

HAKEMLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

ORHAN EMRE KONURALP

Özel Hukuk Disiplininde Doktora Derecesi Kazanma
Yükümlülüklerinin Parçasıdır

HUKUK BÖLÜMÜ
İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ

ANKARA

Ocak 2018

*Babam
Haluk Konuralp'in
Aziz Hatrasına*

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Murat ATALI
Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR
Tez Jüri Üyesi

Handwritten note in blue ink: "farklı bir sonuçta vücutta"

Handwritten note in blue ink: "dört kişiden"

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün onayı

Prof. Dr. Halime DEMİRKAN
Enstitü Müdürü

ABSTRACT

CIVIL LIABILITY OF THE ARBITRATORS

Konuralp, Orhan Emre

Ph. D., Department of Law

Supervisor: Prof. Dr. Murat Atalı

2018

This study examines the legal basis, scope and consequences of the civil liability of arbitrators, who constitute one of the essential elements of arbitration, which is a frequent dispute resolution method. For this purpose, the legal basis of the relationship between the arbitrators and the parties to the dispute is first examined. Later on, the legal nature of the arbitration agreement, which constitutes the basis of the contractual relationship, is examined and the rights and obligations of the parties arising from this contract were handled separately. Finally, it is discussed how the arbitrators' civil liability is covered by law and whether these regulations are restrictive. In addition, the civil liability of the arbitrators is compared with the civil liability of the judges and it is asked whether the arbitrators have an immunity from civil liability. The criminal liability of arbitrators is also taken into consideration, as far as it is related with civil liability.

Keywords: Arbitration, Arbitrators Contract, Legal Liability, Obligations of Arbitrators

ÖZET

HAKEMLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

Konuralp, Orhan Emre

Doktora, Hukuk Anabilimdalı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Murat Atalı

2018

Bu çalışmada, sıklıkla başvurulanan bir uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkim faaliyetinin kilit unsurlarından birini teşkil eden hakemlerin hukukî sorumluluğunun temeli, kapsamı ve neticeleri incelenmektedir. Bu amaçla ilk olarak hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin hukukî temeli incelenmiştir. Daha sonra söz konusu hukukî ilişkinin temelini teşkil eden hakem sözleşmesinin niteliği irdelenmiş, tarafların bu sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri ayrı ayrı ele alınmıştır. Son olarak da hakemlerin hukukî sorumluluğunun kanunlarda ne şekilde düzenlendiği, bu düzenlemelerin sınırlandırıcı olup olmadığı tartışılmıştır. Ayrıca hakemlerin hukukî sorumluluğu, hâkimlerin hukukî sorumluluğu ile karşılaştırılmış, hakemler açısından hukukî sorumluluktan bağımsızlığın söz konusu olup olmadığı sorusuna cevap aranmıştır. Hukukî sorumlulukla ilgili olduğu ölçü de hakemlerin cezai sorumluluğu da sınırlı bir şekilde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hakem Sözleşmesi, Hakemlerin Yükümlülükleri, Hukukî Sorumluluk, Tahkim

TEŞEKKÜR

Bu çalışma doktora tezi olarak İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında, Sayın Prof. Dr. Murat Atalı danışmanlığında hazırlanmış ve 4 Ocak 2018 tarihinde Sayın Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Sayın Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, Sayın Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar ve Sayın Prof. Dr. Murat Atalı'dan oluşan jüri önünde savunulmuş ve başarılı bulunarak kabul edilmiştir.

Sadece doktora tezinin hazırlanması aşamasında değil, akademik hayatımın başından itibaren her an yanımda olan, her türlü sorunumla yakından ilgilenen, benim için yalnızca aynı kürsüde bir hoca değil aynı zamanda bir ağabey olan, asistanı olmaktan her zaman şeref duyacağım kıymetli hocam Prof. Dr. Murat Atalı'ya en içten saygılarımı ve şükranlarımı sunarım.

Tüm yoğunluğuna rağmen vaktini ayırarak tezimle ve özellikle borçlar hukuku ile ilgili olan her türlü soru ve sorunuma çözüm bulan ve kıymetli düşüncelerini benimle paylaşan hocam Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar'a şükran ve minnet duygularımı sunarım. Farklı şehirlerde olmamızın dezavantajını hiç hissettirmeden, tezin yazımında ve akademisyen olma yolunda vermiş olduğu tüm destek için de Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e müteşekkirim. Hem tez savunması öncesinde hem de tez savunmasında kıymetli eleştiri ve düşüncelerini paylaşan Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a ve Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu'na da çok teşekkür ederim.

Tezim konusu itibariyle medeni usul hukuku ve hatta özel hukuk ile sınırlı olmadığı için kamu hukuku ile ilgili konularda da pek çok soruya cevap aramam gerekti. İşte

bu anlamda her türlü soruma aynı tezin danışmanıymış gibi ilgi göstererek, ihtiyacım olduğu vakit hiçbir sorumu yanıtızsız bırakmayarak tezin yazılması sürecinde çok yardımını gördüğüm Prof. Dr. Tuğrul Katoğlu'na ve Doç. Dr. Ece Göztepe'ye ne kadar teşekkür etsem yeterli olmayacaktır. Akademik yaşamımın başından itibaren çok desteğini gördüğüm kıymetli hocam Prof. Dr. Ali Cem Budak'a da müteşekkir olduğumu ifade etmek isterim.

Tüm doktora sürecinde gerek dostlukları gerekse akademik anlamda göstermiş oldukları cömertlikleri için Yard. Doç. Dr. Ersin Erdoğan'a ve Yard. Doç. Dr. Alperen Karasahin'e de teşekkürlerimi sunmayı zevkle yerine getirilmesi gereken bir borç addediyorum. Huzurlu bir çalışma ortamı sağlayarak, olumsuzlukları göz ardı etmemi sağlayan "komşularım" başta Dr. Damla Gül Tarhan olmak üzere Dr. Bahar Bayazıt'a ve Gizem Alper'e çok teşekkür ederim. Bununla birlikte değerli arkadaşlarım Burcu Can ve Ekin Korkmaz'a da sağladıkları tüm destek için teşekkür ederim.

Çalışmamda kullanmış olduğum kaynaklara ulaşmamda büyük kolaylık sağlayan ve ihtiyacım olan her an yardımını gördüğüm Bilkent Üniversitesi Kütüphanesi'ne ve başta Füsun Yurdakul olmak üzere tüm çalışanlarına çok teşekkür ederim

Hazırlanan bu tez çalışması açısından önem arz eden Alman, İsviçre, Fransa ve Avusturya kaynaklarının büyük kısmına erişim imkanına Almanya'nın Giessen şehrinde bulunan Justus Liebig Üniversitesi'nde bir yıl süre ile araştırma yapabilmek suretiyle eriştim. Vermiş olduğu maddî destekle bu imkâna ulaşmamı sağlayan TÜBİTAK Bilim Adamı Destekleme Daire Başkanlığı'na da çok teşekkür ederim.

Beni konuk araştırmacı olarak davet ederek, üniversite kaynaklarından yararlanmamı sağlayan Prof. Dr. Jens Adolphsen'e çok teşekkür ederim. Ayrıca kürsüsünde olmadığım halde göstermiş olduğu yakınlıktan dolayı Prof. Dr. Wolf Dietrich Walker'e de çok teşekkür ederim. Almanya'da geçirdiğim bir yıllık zaman dilimi boyunca arkadaşlıklarını esirgemeyerek orada geçirdiğim zamanı güzel kılan kıymetli arkadaşlarım Hilal Üçüncü'ye, Nefise Gökçen Gürcan'a, Naz Parlar'a ve Dr. Zeynep Kılıçkaya'ya da çok teşekkür ederim.

Bu çalışma sırasında en büyük desteği ise şüphesiz ki ailemden gördüm. Bana her zaman destek olan, vermiş oldukları desteğin yanı sıra bu çalışmayı baştan sona okuyan canım annem Aynur Konuralp'e ve kıymetli eşim Ayşen Çilenti'ye de minnettarım.

Son on yıldır fiziki olarak yanımda olamasa da bana kazandırdıkları ve kazandırmaya devam ettikleriyle her geçen gün kıymetini daha çok anladığım ve her geçen gün daha çok özlediğim babam Haluk Konuralp'e ne kadar teşekkür etsem yetersiz kalacaktır. Bu naçizane eser kendisine adanmıştır, umarım bu, kendisine duyduğum minneti ifade etmemde bir nebze de olsa yardımcı olur.

31 Ocak 2018/Bilkent-Ankara

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	I
ÖZET.....	II
TEŞEKKÜR	III
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR CETVELİ	XII
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	6
İRADİ TAHKİMİN HUKUKÎ ZEMİNİ OLARAK TAHKİM SÖZLEŞMESİ ..	6
§ 1 TAHKİMİN HUKUKÎ NİTELİĞİ	6
I. Genel Olarak.....	6
II. Hakemler Tarafından Yerine Getirilen Faaliyetin Yargısal Niteliği.....	8
A. Anayasa Hukuku Bakımından	10
B. Medenî Usul Hukuku Bakımından	22
III. Tahkimin Hukukî Niteliğinin Hakemlerin Sorumluluğuna Olan Etkisi ..	24
A. Özel Hukuk Bakımından	24
B. Ceza Hukuku Bakımından	27
§ 2 TAHKİM İLE DİĞER UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	31
I. Tahkim ile Devlet Yargısı Arasındaki İlişki	31
II. Tahkim ile Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Arasındaki İlişki	37

İKİNCİ BÖLÜM..... 46

HAKEM SÖZLEŞMESİNİN HAKKINDA GENEL BİLGİLER..... 46

§ 3 HAKEM SÖZLEŞMESİNİN AMACI 46

I. Hakem Sözleşmesinin Hukukî Niteliği 47

A. Genel Olarak 47

B. Kamu Hukuku Sözleşmesi Olduğuna Dair Görüş 52

C. Özel Hukuk Sözleşmesi Olduğuna Dair Görüş 56

1. Usul Hukuku Sözleşmesi Olduğuna Dair Görüş..... 56

a) Saf Usul Sözleşmesi Görüşü 57

b) Usulî Maddî Hukuk Sözleşmesi Görüşü 63

2. Maddî Hukuk Sözleşmesi Olduğuna Dair Görüş..... 65

a) Vekâlet Sözleşmesi Görüşü..... 66

b) Eser Sözleşmesi Görüşü 78

c) Hizmet Sözleşmesi Görüşü 82

d) Sui Generis Sözleşme Görüşü 89

3. Görüşümüz 92

II. Hakem Sözleşmesinin Tarafları 96

III. Hakem Sözleşmesinin Kurulması 98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 99

HAKEM SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ 99

§ 4 UYUŞMAZLIĞIN TARAFLARININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ..... 99

I. Genel Olarak..... 99

II. Uyuşmazlığın Taraflarının Mali Yükümlülükleri 100

A.	Yargılama Giderlerini Karşılama Yükümlülüğü	101
1.	Hakem Ücretini Ödeme Yükümlülüğü	103
2.	Hakem Ücreti Dışında Kalan Diğer Yargılama Giderlerine Katlanma Yükümlülüğü.....	105
III.	UYUŞMAZLIĞIN TARAFLARININ YARGILAMAYA İLİŞKİN YÜKLERİ	107
A.	İddia ve Savunmalarını Bildirme Yükü	107
B.	Belgeleri İbraz Yükü.....	110
§ 5	HAKEMLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	114
I.	Genel Olarak.....	114
II.	Hakemlerin Yükümlülüklerinin Sınıflandırılması.....	115
A.	Sözleşme Öncesi Yükümlülükleri	117
1.	Aydınlatma Yükümlülüğü.....	117
2.	Hakemliği Kabul Etmediğini Derhal Bildirme Külfeti	124
B.	Sözleşmenin İfası Sırasındaki Yükümlülükleri	125
1.	Hakem Mahkemesini Teşkil Etme Yükümlülüğü.....	125
a)	Başkan Seçilmesi Yükümlülüğü.....	126
b)	Hakem Sekreterinin Seçilmesi Yükümlülüğü	127
2.	Sebepsiz Yere İşi Bırakmama Yükümlülüğü.....	128
3.	Şahsen İfa Yükümlülüğü.....	133
4.	Yargılamayla İlgili Bilgi Verme Yükümlülüğü	135
5.	Tarafsız Davranma Yükümlülüğü.....	139
a)	Genel Olarak.....	139
b)	Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Eşit Davranma Yükümlülüğü	140

i. Kanunla Kurulmuş, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemece (Tahkim Kurulunca) Yargılanma Hakkı	146
ii. Hakkaniyete Uygun Olarak Yargılanma Hakkı.....	149
iii. Makul Sürede Yargılanma Hakkı	151
iv. Aleni Yargılanma Hakkı.....	156
6. Karar Verilmesi Yükümlülüğü.....	158
a) Karar Verilmesi ve Yazılması Yükümlülüğü.....	160
b) Kararın İmzalanması Yükümlülüğü	167
c) Kararın Tavzihi ve Düzeltilmesi Yükümlülüğü	169
7. Kararın Tevdi Yükümlülüğü	175
8. Belgelerin Geri Verilmesi Yükümlülüğü	176
C. Sözleşme İlişkisi ve Sonrasında da Devam Eden Yükümlülükleri.....	179
1. Gizliliğin Korunması Yükümlülüğü	180
a) Gizliliğin Konu Yönünden Sınırları	180
b) Gizliliğin Kişi Yönünden Sınırları	186
c) Gizliliğin Zaman Yönünden Sınırları.....	189
d) Gizliliğin Korunması Yükümlülüğünün İstisnaları	191
2. Belgelerin Korunması Yükümlülüğü	196

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM 199

HAKEMLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNUN ESASI..... 199

§ 6 HAKEMLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI.....

 199

I. Hakemlerin Hukukî Sorumluluğunun Temeli.....

 200

II. Hakemlerin Hukukî Sorumluluğunun Kapsamı

 202

§ 7 HAKEMLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNUN SINIRLARI.....	203
I. Hakemlerin Hukukî Bağışıklığının Ortaya Çıkışı.....	203
A. Hakemlere Hukukî Bağışıklık Tanınmasının Amacı.....	205
B. Hâkimlerin Hukukî Bağışıklığı ile İlişkisi.....	207
C. Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğuna Dair Hükümlerin Hakemler Açısından Kıyasen Uygulanabilirliği.....	209
1) Kayırma veya Taraf Tutma Yahut Taraflardan Birine Olan Kin ve Düşmanlık Sebebiyle Hukuka Aykırı Bir Hüküm veya Karar Verilmiş Olması	215
2) Sağlanan veya Vaat Edilen Bir Menfaat Sebebiyle Kanuna Aykırı Bir Hüküm veya Karar Verilmiş Olması.....	217
3) Farklı Bir Anlam Yüklenemeyecek Kadar Açık ve Kesin Bir Kanun Hükmüne Aykırı Karar veya Hüküm Verilmiş Olması.....	218
4) Duruşma Tutanağında Mevcut Olmayan Bir Sebebe Dayanılarak Hüküm Verilmiş Olması	221
5) Duruşma Tutanaklarının Değiştirilmiş Yahut Tahrif Edilmiş Olması.....	222
6) Hakkın Yerine Getirilmesinden Kaçınılmış Olması	223
D. Hukukî Bağışıklığın Sınırları.....	224
II. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 419. Maddesinin Hakemlerin Hukukî Sorumluluktan Bağışıklığı Kapsamından Değerlendirilmesi	229
A. Maddenin Amacı.....	231
B. Haklı Bir Neden Kavramı	234
C. Görevin Yerine Getirilmesi Kavramı	237
1) Görev Kavramının Kapsamı	238

2) Yerine Getirme Kavramı.....	238
3) Görevin Yerine Getirilmemesi Hali ile Akdin Müspet İhlali Arasındaki İlişki	239
§ 8 HAKEMLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNA BAŞVURULMASI.....	241
I. Hakem Kararının İptali Davası ile Hakemlerin Hukukî Sorumluluğu Arasındaki İlişki.....	241
A. Hakem Kararının İptali Davasının Niteliği ve Etkisi.....	242
B. Hakem Kararının İptali Davası ile Zararı Azaltma Külfeti Arasındaki İlişki	243
C. Hakem Kararının İptali Davası ile Hakeme Karşı Açılacak Sorumluluk Davasını Hukukî Yarar Bakımından Karşılaştırılması	245
II. Seçilen Tahkim Yöntemine Göre Başvuru Usulleri	248
A. Ad-Hoc Tahkim Usulünde.....	248
B. Kurumsal Tahkimde	249
SONUÇ.....	251
KAYNAKÇA	257

KISALTMALAR CETVELİ

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Aşa.	: Aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AvK	: Avukatlık Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Ayr.	: Ayrıca
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Enstitüsü Dergisi
Bd.	: Band
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
Co.	: Company
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
eTCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
ZPO	: Zivilprozessordnung
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

ICC	: International Chamber of Commerce
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
İÜMHMÖHB	: İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
İSTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
İTOTAM	: İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi
K.	: Karar
Kap.	: Kapital
Karş.	: Karşılaştırınız
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
n.	: Numara
Nr.	: Nummer
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht
Örn.	: Örneğin
özPO:	: Österreichische Zivilprozessordnung
para.	: Paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
Rn.	: Rundnummer
S.	: Sayı
s.	: Sayfa

T.	: Tarih
TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TOBB	:Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK:	: Türk Ceza Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UTTDER	: Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi
v.	: versus
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Yarg.	: Yargıtay
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozessrecht

GİRİŞ

En az iki tarafın bulunduğu bir hukukî ilişkide, tarafların hukukî ilişkiye dair en az bir hususta ortak bir kanaate varmak konusundan anlaşamamaları halinde bir uyuşmazlığın varlığından söz edilir. Toplumsal barışın sağlanabilmesi ve sürdürülebilmesi için, toplum içindeki uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının önlenmesi, ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise, en kısa sürede ve en az maliyet yaratacak şekilde sonlandırılması gerekmektedir.

Ortaya çıkan bir uyuşmazlığın çözümü için meşru olarak başvurulabilecek yol, Devlet tarafından sağlanan yargı hizmetidir. Çünkü devletler, artık uyuşmazlık niteliği kazanmış bir hususun, uyuşmazlığın taraflarınca, zor kullanma suretiyle sona erdirilmesini, yani kişilerin kendi haklarını zor kullanarak elde etmesini meşru göremezler. Modern bir hukuk devletinde zor kullanma tekelinin devlette olduğunun kabulü gerekir. Yargı faaliyetinin, devletin zor kullanma tekelini en etkili kullanma yolu olduğu söylenebilir. Nitekim yargı faaliyeti kapsamında devlet, kişileri özgürlüğünden alıkoyabilmekte, kişilerin haklarını sınırlayabilmektedir.

Oysaki devlet yargısına başvurmak, taraflar açısından her zaman çok avantajlı olmayabilir. Nitekim devlet yargısını meşru tek başvuru yolu olarak kabul ettiğimiz takdirde, uyuşmazlığını çözmek isteyen herkes, bu amaçla devletin yargılama faaliyetinden yararlanmak isteyebilir. Bu durumun ise devlet tarafından sağlanan yargı hizmetinin tıkanmasına yol açabileceği düşünülebilir. Bunun haricinde, kişilerin tarafı oldukları uyuşmazlıklar, kolaylıkla anlaşılabilir ve çözülebilir olamayabilir, dolayısıyla da uzmanlık gerektirebilir. Bu gibi durumlarda devletin

yargı faaliyeti kapsamında, her zaman tarafların ihtiyacı olan uzmanlığı sağlayabilmesi de mümkün olmayabilir. Ayrıca, globalleşen dünyada, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların tarafları da, uyuşmazlıklarını yatırım yaptıkları devletin mahkemelerince çözülmesini istemeyebilirler.

Tarih boyunca devletler, yukarıda başlıcalarına değinilen sebeplerle, devlet yargısına başvurmak isteyemeyen kişilere, uyuşmazlıkların niteliğini de dikkate alarak, devlet yargısı haricinde bir yol ile uyuşmazlıklarını çözüme imkânı sunmuşlardır. Bu imkânlardan en eski olanının ise tahkim yolu olduğu söylenebilir. Nitekim tahkim faaliyetinin, niteliği geçen zaman içinde değişmiş olsa da, devlet yargısı kadar eski bir faaliyet olduğu görülmektedir.

Devlet yargısı içinde yargılama faaliyeti, mahkemeler ve mahkemelerin karar almalarını sağlayan hâkimler aracılığıyla, yani bir yargı örgütü vasıtasıyla yürütülmektedir. Devlet yargısına başvuran kişilerin, uyuşmazlık çözümü faaliyeti dolayısıyla bir zarara uğramaları halinde, bu zararlarını, yargı hizmetini sunmakta olan devleti hasım göstermek suretiyle tazmin etme imkânları bulunmaktadır. Zira yargılama faaliyeti devlet tarafından sunulan bir hizmet olduğuna göre, devlet tarafından sunulan diğer hizmetlerden veya devletin eylemlerinden zarar gören kimseler nasıl bu iddialarını devlete karşı ileri sürüyorlarsa, yargı faaliyeti kapsamında zarar gören kimselere de yine devlete karşı söz konusu iddialarını ileri sürme imkânının sağlanması gerekmektedir. Oysaki tahkim faaliyetinden bahsedebilmemiz için bu nitelikte bir sisteme ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira tahkim yargılaması, devlet tarafından değil, kural olarak, uyuşmazlığın taraflarınca seçilen hakemlerce yerine getirilen bir faaliyettir.

Tahkim yargılaması, devletin mümkün merteye en az ölçüde dâhil olduğu bir ilişki olup, tahkim faaliyetinden dolayı zarara uğrayanların muhatabı, devlet değildir. Bu nedenle tahkim yargılamasından dolayı ortaya çıkan zararın giderilmesinin, kimden talep edilebileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Tahkim, kural olarak tarafların iradeleriyle başvurdukları bir yoldur. Nitekim tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar açısından tahkim yoluna başvurmaları mümkün değildir. Bazı hallerde ise kanun koyucu, tarafların devlet yargısı yerine veya devlet yargısına başvurmadan önce, mecburi olarak devlet yargısı haricinde bir uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmalarını öngörmüş olabilir. Bu yollardan biri de mecburi tahkim yoludur. İradi tahkimden farklı olarak mecburi tahkimde, tahkim ilişkisinin temelini tarafların iradeleri oluşturmaz ve dolayısıyla sözleşmesel bir ilişkiden söz edilemez. İncelememizin kapsamı, tarafların iradi olarak başvurdukları tahkim yolu olduğu için, mecburi tahkim, bilinçli bir şekilde inceleme kapsamı dışında bırakılmış, yalnızca ihtiyaç olduğu ölçüde, mukayese yapmak maksadıyla değerlendirilmiştir.

Aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların, uyuşmazlığın devlet yargısı dışında özel bir hakemce çözülmesi konusunda anlaşmaları halinde tahkim ilişkisi, uyuşmazlığı çözecek kişiyi belirlemeleri ve belirledikleri kişinin o uyuşmazlığı çözmeyi kabul etmesi halinde de hakem sözleşmesi ilişkisi kurulmuş olacaktır. O halde tam anlamıyla bir tahkim ilişkisinin varlığından söz edebilmemiz için bir uyuşmazlığa taraf olan en az iki kişiye ve o uyuşmazlığı çözecek en az bir hakeme ihtiyaç bulunmaktadır. İncelememiz kapsamında ilk olarak bu taraflar arasındaki ilişkinin niteliği tespit edilmeye çalışılmaktadır. Tahkim ilişkisinin bu çok taraflı

niteliğinden dolayı, kavram karışıklığını önlemek adına, tahkim yoluyla çözülmek istenen uyuşmazlığın taraflarını ifade etmek için “uyuşmazlığın tarafları” kavramı, uyuşmazlığın taraflarını ve uyuşmazlığı çözecek hakemleri ifade etmek için ise yalnızca “taraf” kavramı kullanılmıştır.

Çalışmamızın temelini, *ad-hoc* tahkim usulü olarak adlandırılan, uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlığı çözecek hakem ile münferit bir ilişki kurarak oluşturdukları tahkim faaliyeti oluşturmaktadır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK) da esas itibariyle düzenlenmiş bulunan tahkim usulü budur. Bu nedenle kurumsal tahkime ilişkin olarak incelememiz sınırlı tutulmuş, *ad-hoc* tahkim usulüyle mukayese yapma imkânının var olduğu hallerde inceleme konusu yapılmıştır.

Bilindiği üzere HMK’da düzenlenmiş bulunan tahkim, yabancılık unsuru taşımayan ve tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıkların çözümü için öngörülmüştür. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların, tahkim yeri Türkiye olması halinde, tahkim yoluyla çözülmesi halinde ise uygulama alanı bulacak düzenleneme Milletlerarası Tahkim Kanunu’dur (MTK). Her iki düzenlemenin de, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law/UNCITRAL*) Model Kanunu¹ esas alınarak hazırlanmış olması sebebiyle pek çok noktada ortak düzenlemeler içerdiği söylenebilir. Bu nedenle HMK açısından yapmış olduğumuz açıklamalar, aksi belirtilmediği müddetçe, MTK kapsamındaki tahkim faaliyeti açısından da geçerlidir.

¹ Resolution 40/72, 1982.

Hukukumuzun iki ayrı tahkim düzenlemesi arasında farklılık olması halinde ise bu farklılığa ayrıca değinilmektedir.

Bu kapsamda ilk olarak, hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin hukukî niteliği tespit edilmektedir. Bu tespitin ardından, tarafların söz konusu hukukî ilişkiden doğan hakları ve yükümlülükleri belirlenmekte, tarafların bu hakları nerede ve nasıl ileri sürebileceği incelenmekte ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkabilecek hukukî sonuçlar üzerinde durulmaktadır. Son bölümde ise hakemlerin hukukî sorumluluğunun sınırları belirlenmekte ve hakemlerin hukukî sorumluluğuna nasıl başvurulabileceği ele alınmaktadır.

Birinci Bölüm

İradi Tahkimin Hukukî Zemini Olarak Tahkim Sözleşmesi

§ 1 Tahkimin Hukukî Niteliği

I. Genel Olarak

Tahkimin, uyuşmazlık çözüm yolları arasında bulunup bulunmadığı hususu hem Kara Avrupası hukuk sistemi hem de Anglo-Sakson hukuk sistemi açısından tartışmalıdır. Hakemlerin yerine getirdikleri görevin niteliğini tam olarak saptayabilmek ve bunun neticesinde de sorumluluklarının kapsamını belirleyebilmek için, bu faaliyetin niteliğinin ne olduğunun sağlıklı bir şekilde tayin edilmesi gerekir.

Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan ülkelerde, tarihsel süreç içerisinde, modern devletin gelişimine de paralel olarak, devlet tarafından sağlanan yargı hizmeti, uyuşmazlık çözümü açısından geleneksel bir yer kazanmıştır. Bu nedenle, tahkim yargılamasının tarihinin de devlet yargısınınki kadar eskiye dayandığı ifade edilmektedir². Başlangıçta modern devletin getirdiği temel yargısal ilkelere birinin de kişilerin kendi haklarını zor kullanarak elde etmelerinin yasaklanması, yani bizzat ihkak-ı hak yasağının tesis edilmesi³, olduğu söylenebilir. Bunun yerine ise kişilerin haklarının tespit edilebilmesi için devletin, yargılama yapmak üzere bir yargı örgütü ihdas edip, uyuşmazlıkları çözmesi kabul edilmiştir. Zaman içerisinde devlet

² Schütze, R. A.: Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 5. Auflage, München 2012, s. 1;.

³ Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, İstanbul, 2001 (C. I), s. 39.

yargısının yetersiz gelmesi, tahkim kurumunun ortaya çıkmasına ve güçlenmesine neden olmuştur⁴. Buna mukabil Orta Çağ'ın sonlarına doğru, dönemin tahkim sisteminin ihtiyaçlara cevap verememesi ise devlet yargısının daha da güçlenmesine neden olmuştur⁵.

Sanayi devrimiyle birlikte uyuşmazlıkların niteliğinin ve uyuşmazlık konusunun, ekonomik değerinin hatırı sayılır ölçüde artması ve uluslararası nitelikli ticari ilişkilerin gelişmesi ve uyuşmazlıkların daha karmaşık hale gelmesiyle birlikte devlet tarafından sunulan yargı hizmeti hem yetersiz hale gelmiş hem de hukukî güvenliği sağlamakta aciz kalmıştır. Bu durumun, tahkim müessesesinin gelişmesinin önünü açtığı söylenebilir. Nitekim 19. Yüzyılın bilhassa son dönemlerinde, tahkim, ülkelerin usul kanunlarında yapılan değişikliklerle kabul edilmeye başlamıştır. 20. Yüzyılın sonlarına gelindiğinde ise, tahkim bu zamana kadar hiç olmadığı ölçüde uygulama alanı bulmaya başlamıştır⁶.

Anglo-Sakson hukukunda tarafların üçüncü bir kişiyle sözleşme yapmak suretiyle, yani günümüzdeki hakem sözleşmesi yoluyla uyuşmazlıklarını çözmek istemeleri, kabul edilen bir uyuşmazlık çözüm yoluydu. Anglo-Sakson hukukundaki bu yaklaşım, uyuşmazlığı çözecek hakemin hukukî sorumluluğunu da beraberinde

⁴ Taşkın, A.: Hakem Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 2.

⁵ Gal, J.: Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Tübingen 2009, s. 19; karşı görüş için bkz. Averdick, O.: Die Haftung des Schiedsrichters für einen unrichtigen Schiedsspruch nach gemeinem Recht und nach Bürgerlichem Gesetzbuche, Leipzig 1904, s.91; Bornhak, C.: *Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Recht*, ZZP 30 (1902), s.1.

⁶ Lionnet, K.: Rechtspolitische Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Otto Sandrock, s. 603-608, Heidelberg 2000, s. 603; Alangoya, Y.: *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Hukukî Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul 1973, s. 19. Türk Hukukunda tahkime dair düzenlemelerin tarihçesi için bkz. Ekşi, N.: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, İstanbul 2013, s. 1-6.

getirmiştir. Anglo-Sakson hukuku sorumluluğu sınırlı bir ölçüde ele almış ve hakemlerin yalnızca karar vermede gecikmesi yahut hiç karar verilmemesi hallerinde sorumlu olacağı görüşü kabul edilmiştir⁷. Bu durumların haricinde hakemin görevini ihmal etmesi yahut yanlış bir karar vermesi halinde hakemlerin hukukî sorumluluğunun doğmaması gerektiği kabul edilmiştir⁸. Bununla birlikte tarafların hakemin hukukî sorumluluğunun kapsamının sözleşme yoluyla genişletmeleri kabul edilmemiştir⁹. Bu yaklaşımın, evvela MTK devamında da HMK ile hakemlerin hukukî sorumluluğuna dair getirilmiş bulunan rejim¹⁰ ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. Buna karşın pek çok hukuk düzeninde, hakemlerin hukukî sorumluluğuna dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹. Bu noktada Türk hukukundaki düzenlemeyle tarafların sorumluluğa dair kanunun aksine bir anlaşmaya varabilme imkânlarının tanınmış olduğuna dikkat çekmek gerekir¹².

II. Hakemler Tarafından Yerine Getirilen Faaliyetin Yargısal Niteliği

Hakemlerin hukukî sorumluluğunun sınırlarını ve kaynaklarını tespit edebilmek için, öncelikle hakemlerin yerine getirdikleri faaliyetin niteliği ortaya konulmalıdır. Hakemler tarafından yerine getirilen faaliyet, esas itibariyle, aralarında uyuşmazlık bulunan iki tarafı dinleyip, uyuşmazlığı çözecek nitelikte bir karar vermektir. Bu nedenle tahkimin, arabuluculuk ve uzlaştırma gibi alternatif

⁷ Gal, s. 66.

⁸ Gal, s. 66 vd.

⁹ Glück, Pandecten 6, 1, s.75.

¹⁰ Bkz. aşağıda § 7-II.

¹¹ Gal, s. 249.

¹² Bkz. aşağıda §7-I/D.

uyuşmazlık çözüm yollarından ayrıldığı söylenebilir¹³. Zira, tahkim neticesinde hakemin karar verebilmesi için uyuşmazlığın taraflarının rızasına ihtiyacı yoktur¹⁴. Uyuşmazlığın taraflarının bu bağlamda vermiş oldukları rıza, uyuşmazlığın hakem tarafından çözülmesine yöneliktir. Bu şekilde tahkim yoluna başvurmakla uyuşmazlığın tarafları, sonuca baştan rıza göstermiş olurlar. Bu açıdan tahkim sürecinin, devlet yargısına benzer olduğu kabul edilebilir.

Hakemler ile hâkimlerin yerine getirmiş oldukları görevlerin niteliği arasında bu yönde bir benzerliğin kurulması, hakemlerin statülerinin hâkimlerinkiler ile karşılaştırılmasına yol açmaktadır. Böyle bir karşılaştırma yapılabilmesi için, karar veren hakemin ve hâkimin karar verme yetkisinin kaynağının ve sınırlarının belirlenmesi gerekir. Hâkimlerin, karar verme yetkilerinin temelinde devletin yargı gücü yatmaktadır. Gerçekten hâkimler, karar verme yetkilerini doğrudan Anayasa'dan almaktadırlar. Oysa hakemlerin karar verme yetkisi, yalnızca uyuşmazlığın taraflarının tahkim yoluna başvurmaya ilişkin anlaşmalarına, yani tahkim sözleşmesine dayanmaktadır¹⁵. Kuşkusuz tahkim faaliyeti de Anayasa'ya aykırı olmayacak şekilde, kanunların olanaklı kıldığı bir uyuşmazlık çözüm şeklidir. Ancak hakemlerin yetkisi doğrudan Anayasa'ya ve ilgili kanunlara değil, tarafların anlaşmasına dayanmaktadır. Çünkü hakem mahkemesi devletin bir organı değildir¹⁶. Bu nedenle, hakemlerin karar verme yetkisi, bir uyuşmazlığa ve o uyuşmazlığa

¹³ Sanders, P.: The Links between Arbitration and Conciliation, Festschrift für Otto Sandrock, s. 823-832, Heidelberg 2000, s. 823.

¹⁴ Sanders, s. 823.

¹⁵ Aynı doğrultuda bkz. Balkar Bozkurt, s. 95.

¹⁶ Schlosser, P.: Die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes -eine rechtsvergleichende und internationalrechtliche Studie, Festschrift für Hans W. Faschig zum 65. Geburtstag, s. 405-438, Wien 1988, s. 436.

ilişkin yapılmış tahkim sözleşmesine bağlıdır¹⁷. Dolayısıyla, hakemlerin karar verme yetkisi, hem zaman itibariyle kısıtlı hem de yalnızca uyuşmazlığın tarafları üzerinde etki doğuracak şekilde nisbîdir. O halde hakemler ile hâkimlerin görevlerinin yerine getiriliş şekilleri benzese dahi, hukukî temellerinin birbirinden farklı olduğu söylenebilir. Bu nedenle hakemler ile hâkimlerin tâbî olacakları hukukî rejim de farklı olacaktır.

Hakemler ile hâkimler arasındaki farklılığın birden fazla boyutu vardır. Bu açıdan, ilk olarak uyuşmazlığı çözecek hakemlerin bir mahkeme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, anayasa hukuku bağlamında değerlendirilecek, daha sonra ise medenî usul hukuku kapsamında hakemler ile hâkimler kıyaslanacaktır. Sonrasında ise karar verme yetkisinin hukukî temelleri arasındaki farkın ortaya konulması kapsamında konunun anayasa hukuku boyutu tartışılacaktır.

A. Anayasa Hukuku Bakımından

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 9'uncu maddesinde yargı yetkisini tanımlarken bu yetkinin bağımsız mahkemelerce kullanılabileceğini belirtmiş ve buna herhangi bir istisna da getirmemiştir. Bu noktada sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için bağımsız mahkeme kavramının iyi tanımlanması gerekmektedir.

¹⁷Staudinger, J.v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse §§652-704, Berlin 1995, s. 608; Baur, F.: Rechtshängig-Schiedshängig, Festschrift für Hans W. Fasching, s. 81-92, Wien 1988, s. 87; Stojiljkovic, M.: Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, Zürich St. Gallen 2014, s.25.

Mahkemeler temel olarak uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş ve kamusal güç kullanan kurumlardır¹⁸. Mahkemelerin kamusal karakteri, hem yargılama esnasında hem de yargılamanın ardından kararların icrası esnasında rahatlıkla görülebilir. Örneğin, mahkeme, dosyada aslında taraf olmayan bir kişinin, tanığın, zorla getirilmesine karar verebilir¹⁹, keşif yapılması kapsamında bir uyuşmazlığın tarafı olsun olmasın bir kişinin mülkiyet hakkını zaman itibariyle kısmen de olsa sınırlayabilir²⁰, duruşmanın düzenini bozan bir kimsenin disiplin hapsi cezasıyla cezalandırılmasına karar verip, o kişiyi hürriyetinden alıkoyabilir²¹. Görüldüğü üzere mahkemelerin kullandığı kamusal güç yalnızca bir uyuşmazlığı çözmekle kalmayıp, etkisini çok geniş bir çerçevede göstermektedir. Bu nedendir ki, mahkemelerin statüsü de Anayasa ile belirlenmiştir. Nitekim mahkemeler, yasama ve yürütme ile birlikte devletin üç unsurundan biri olan yargı erkini teşkil etmektedirler.

Elbette ki mahkemelerin sahip olduğu bu güç sınırsız değildir ve keyfi olarak kullanılamaz. Bu nedenle yargı görevlilerin hem hukukî²², hem cezai²³ hem de idari

¹⁸ Kuru, B.: Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966, s. 6; Pekcanitez, H./ Atalay, O./ Özekes, M.: Medenî Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013, s. 114.

¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 767; Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S.: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 440 ve 441.

²⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 795; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 459.

²¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 590.

²² Hâkimlerin cezai sorumluluğuna ilişkin olarak bkz. Özen, M.: Hakim Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 152 vd.; hâkimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin olarak bkz. Aktepe Artık, S.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s. 242 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 219 vd. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 126 vd.; Bilirkişilerin hukukî sorumluluğuna ilişkin olarak bkz. Tanrıver, S.: Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002 (Bilirkişi), s. 107 vd., Öntan, Y.: Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Ankara 2014, s. 137 ve 138.

²³ Hâkimin, hâkim sıfatına sahip olduğu için işleyebileceği suçlar ile ilgili olarak bkz. Özen, s. 167 vd.; hâkimin memur olarak işleyebileceği suçlar ile ilgili olarak bkz. Özen, s. 238 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 228; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 126; bilirkişinin işleyebileceği suçlar ile ilgili olarak bkz. Öntan, s. 139.

(disiplin) sorumluluğu²⁴ bulunmaktadır. Ayrıca, istisnaları olmakla birlikte, mahkemelerin verdikleri kararlar yargısal denetime tâbidir. Öte yandan bir yargı görevlisi olabilmek, yani bir anlamda yukarıda anılan kamusal gücü kullanma ehliyetine sahip olmak belli bir süreci gerektirir²⁵. Bu bağlamda devlet tarafından görevlendirilmiş bir hâkim ile uyuşmazlığın taraflarınca hakem olarak seçilmiş bir kimsenin aynı kudrette olduğu da söylenemez. Daha kapsamlı bir ifade ile belirtmek gerekirse, Anayasa’da ifade edilmiş bulunan bağımsız mahkeme kavramının yalnızca devlet mahkemelerini kapsadığını kabul etmek gerekir²⁶.

Anayasanın 9’uncu maddesi kapsamında yargı yetkisinin kullanılmasına dair önem arz eden diğer bir husus ise, “bağımsızlık” kavramıdır. Anayasa, yargı yetkisinin niteliğinden ötürü, bu yetkiyi kullanacak makamların, yasama ve yürütmeden farklı olarak bağımsız olması gerektiğini öngörmüştür. Bu noktada hakemler açısından bu nitelikte bir bağımsızlığın varlığından söz etmenin, gerekli olup olmadığı tartışılabilir²⁷. Zira ihtiyari tahkimde hakemlerin bir kamu görevlisi olmadığının kabulü gerekir. Bununla birlikte Fransız hukukunda Clay, hakemlerin, uyuşmazlığın taraflarınca güvenilerek seçilmesi ve söz konusu taraflarca ücretlerinin verilmesi nedeniyle, hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkiyi, hâkimlerle

²⁴ Buna ilişkin olarak bkz. Özen, s. 152 vd.; Aktepe Artık, s. 210; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 227; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 126; bilirkişinin disiplin sorumluluğuna ilişkin olarak bkz. Öntan, s. 136 ve 137.

²⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 208. Türk Hukukunda hâkimlerin seçim süreci bu sürecin âdil yargılanma hakkının bir gereği olan bağımsız mahkeme kavramı çerçevesinde eleştirisi için bkz. Aktepe Artık, s. 207 vd.

²⁶ Aynı şekilde “hakem mahkemesi” (*Schiedsgericht*) kavramının Alman Anayasası’nın (*Grundgesetz*) 92’inci maddesinde bulunan “mahkeme” kavramını kapsamında olmadığı da ifade edilmektedir. Bkz. Prütting, s. 708; Karl, R.: Die Gewährleistung der Unabhaengigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, Konstanz 2004 s. 21; Strieder, s. 26.

²⁷ Doktrinde bu nitelikte bir kıyaslamanın ne doğru ne de yanlış olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Balkar Bozkurt, s. 95.

devlet arasındaki ilişkiye benzetmektedir²⁸. Hakemlerin kural olarak uyuşmazlığın taraflarınca seçilmesi, devletin hâkim istihdam etmesine benzer bir sonuç doğurmamalıdır. Zira hâkimlerle devlet arasındaki ilişki bir kamusal yönü olan bir iş ilişkisidir ve hâkimler birer kamu ajanıdır. Oysaki uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında bu nitelikte bir ilişki bulunmamaktadır²⁹. Bununla birlikte Clay'nin kriterlerinden birisi hakemlerin, uyuşmazlığın taraflarınca seçilmesidir. Bu durumda bu ilişki yalnızca taraf hakemleri açısından söz konusu olabilir ve dolayısıyla da hakemlerin bağımsızlığı yalnızca hakemlerin kendilerini seçen tarafa yönelik olarak yerine getirmeleri gereken bir yükümlülük olur. Bu ise tahkim ilişkisinin niteliğine aykırı olacaktır. Kaldı ki hakemler her zaman uyuşmazlığın taraflarınca seçilmezler, kimi özel durumlarda devlet mahkemesince seçilebilirler, bu durumda da Clay'nin görüşünü benimsemek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla hakemler açısından esas olarak söz konusu olan tarafsızlık yükümlülüğü, uyuşmazlığın taraflarının ve yargılamayı yapacak hakemlerin kim olduğundan bağımsız olarak ortaya çıkan bir yükümlülüktür. Örneğin, tahkim yargılamasının bir tarafının devlet ve dolayısıyla hakem heyetinin bir üyesinin de devlet tarafından seçilmiş olması da bu sonucu değiştirmemelidir. Hakemi devlet mahkemesi seçmiş olsa bile hakemin devletle arasındaki ilişkide en önemli husus yine tarafsızlık olacaktır³⁰. Gerçekten, taraf hakemleri, uyuşmazlığın taraflarından biri tarafından

²⁸ Clay, s. 234 ve 236.

²⁹ Nomer ise hakemin de bir hâkim olarak faaliyet gösterdiğini ileri sürmektedir. Bkz. Nomer, E.: *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı*, İÜMHMÖHB, C. 4, S. 1 (1984), s. 30.

³⁰ Karş. Balkar Bozkurt, s. 96. Taraf hakeminin tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin olarak bkz. Yeşilirmak, A.: *Doğrudan Görüşme Arabuluculuk Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim (Sorunlar ve Çözüm Önerileri)*, İstanbul 2011, s.93; taraf hakemleri ile başhakemin aynı tarafsızlık ve bağımsızlık kıstaslarına tâbî olmaları gerektiğine ilişkin olarak bkz. Kayalı, D.: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Ankara 2015, s. 37.

atanmış olsalar dahi, uyuşmazlığın her iki tarafına da eşit davranmakla yükümlüdürler³¹. Bu, hakemin yalnızca uyuşmazlığın tarafları karşısındaki bir yükümlülüğüdür³². Oysa, bağımsız olması gereken hâkimlerin, bu yükümlülüğü, yalnızca uyuşmazlığın taraflarına yönelik değil, kamuya yöneliktir³³.

Anayasa kapsamında tahkimin yargısal bir faaliyet olarak nitelendirilebileceğine dair yegâne düzenleme Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kuruluna ilişkindir. Söz konusu kurulun varlığı, 2011 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte Anayasa’da düzenlenmiştir³⁴. Düzenlemenin çözeceği uyuşmazlıkların kapsamının darlığı karşısında, bu kurula dair anayasal düzenlemenin varlığının, tahkimin Anayasa’da düzenlediği sonucuna ulaşılmasını sağlamayacağı açıktır. Bu durumda tahkimin anayasal temelinin söz konusu düzenlemeyle sağlandığı söylenemez. Belirtmek gerekir ki anılan Tahkim Kurulu’nun yerine getirdiği işlev, zorunlu olarak başvurulması gereken bir uyuşmazlık çözüm yoludur ve Kurul, yargısal bir faaliyet yürütmektedir³⁵. Bu nitelikteki uyuşmazlık çözüm yolları ile medenî usul hukuku bağlamında ele alınan tahkim arasındaki farklara ileride değinilecektir.

Salt bu düzenlemeden hareketle, tahkimin Anayasa’da düzenlenişi itibariyle bağımsız mahkemelerce yerine getirilen bir yargı faaliyeti olarak düzenlendiği

³¹ Tweeddale, A./Tweeddale, K.: Arbitration of Commercial Disputes, New York 2007, s. 148 vd.; Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, 6. Baskı, İstanbul, 2001 (C. VI), s. 6049; Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 166.

³² Hâkimlerin tarafsızlığı açısından bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 229.

³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 213; Balkar Bozkurt, s. 97.

³⁴ Düzenlemeye sebep olan Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. AYM, E. 2010/61, K. 2011/7, T. 6.1.2011 (www.anayasa.gov.tr). Karara ilişkin değerlendirme için bkz. Yılmaz, E.: Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Kararlarına Karşı Hiçbir Yargı Merciiine Başvurulamamasının Yanlışlığı, Av. Atılâ Elmas Armağanı, s. 817-842, Ankara 2012, s. 831 vd.

³⁵ Yılmaz, Elmas Armağanı, s. 825.

söylenemez. Gerçekten, hem Anayasa’da düzenlenişi itibariyle söz konusu kurul yargı faaliyeti kapsamında ele alınmamış, hem de söz konusu kurulun yapısına ve dolayısıyla da üyelerinin niteliğine dair herhangi bir hükme de Anayasa’da yer verilmemiştir. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi’nin ilçe seçim kurullarının mahkeme niteliğine sahip olmadığına dair olan kararına değinmekte fayda görüyoruz. Zira anılan kararda Mahkeme, Anayasa’daki düzenleme biçimini gerekçe göstermek suretiyle, “ilçe seçim kurulu”nun somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilecek bir mahkeme olmadığına karar vermiştir. Kararda bu husus, şöyle ifade edilmektedir:

“Bir kuruluşun mahkeme sayılabilmesi için, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıktan ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması ve Anayasa’da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir.

Anayasa’nın 79. maddesinde seçimlerin, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılması öngörülmüş ve seçimlerin başlamasından bitimine kadar seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili şikayet ve İtirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kuruluna verilmiştir. Ayrıca Anayasa’ya göre Yüksek Seçim Kurulu’nun kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamaz.

Başta Yüksek Seçim Kurulu olmak üzere seçim kurulları Anayasa'nın yargı bölümünde yer almadıkları gibi yargı organlarının sahip olması gerekli olan ve yukarıda sayılan anayasal niteliklerin tümüne de sahip değildirler.

Anayasa ve seçimle ilgili yasalara göre, seçim kurulları genelde seçimin yönetim, denetim ve gözetimi ile görevli olan ve istisnai olarak da seçimle ilgili uyuşmazlıkları çözümleyen kuruluşlardır.

Seçimle ilgili uyuşmazlıkları kesin nitelikte olarak çözümlemiş olmaları, Yüksek Seçim Kurulu'nun tümünün yüksek yargıçlardan kurulu bulunması, il ve ilçe seçim kurulu başkanların yargıç olmaları bu kurulların mahkeme olarak nitelendirilmeleri için yeterli değildir. Aynı şekilde ilçe seçim kurulu başkanının bazı cezai yaptırımlar uygulamaya yetkili olması da, bu kurul başkanlığının mahkeme sayılmasını gerektirmez.

Seçim kurulları ve seçimlerle ilgili yasa hükümleri kendine özgü bir çözüm ve kurallar bütünüdür. Anayasa'nın 79. maddesinde dayanağını bulan seçim yasaları ile bu kurullara ve yargıçlara verilen görevler seçimin sınırlan içinde ve kendi bütünlüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Bu nedenlerle başvuran ilçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nın "Mahkeme" deyimini içine girmediği kabul edilerek ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri üzerinde durulmadan İtirazın başvuranın yetkisizliği yönünden reddi gerekir.”³⁶

³⁶ AYM E. 1992/12, K. 1992/7, T.18.02.1992 RG:13.05.1992-21227.

Buna mukabil Mahkeme, daha yakın tarihli olarak vermiş olduğu bir Bireysel Başvuru kararında, yukarıda bir kısmı verilen kararına da atıf yapmakta³⁷ ve fakat bu tanıma dayanmamakta ve mahkemeyi farklı tanımlamaktadır:

“33. Devletin yargılama fonksiyonunun belirlenmesinde iki temel yaklaşım söz konusudur. Maddi anlamda yargılama faaliyeti, hukukî uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını çözümlleyen ve karara bağlayan bir devlet fonksiyonu olarak görülmektedir. Bu anlayış, organik açıdan idare içerisinde yer alan kimi organ ve kurulların benzer faaliyetlerinin de yargılama faaliyeti sayılması sonucunu doğurması nedeniyle yetersiz kalmaktadır (AYM, E.2012/102, K.2012/207, K.T. 27/12/2012).

34. Günümüzde genel kabul gören organik-şekli ölçüte göre, yargısal faaliyet, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlar tarafından, hukukî uyumsuzlukların ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi ve kesin hükme bağlanması faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık, yargı fonksiyonunu idare fonksiyonundan ayıran en önemli ölçüt olup, yargı yetkisini kullanacak olan merciin, çözülmesi istenen uyumsuzlığa doğrudan veya dolaylı olarak taraf olmayan ve uyumsuzluğun taraflarından tamamen bağımsız olan kişi veya kişilerden oluşmasını gerektirmektedir. Öte yandan yargılama faaliyetinde idari faaliyetten farklı olarak, uyumsuzluğun çözümü, bağımsızlık ve tarafsızlığı güçlendiren özel yargılama usulleri izlenerek gerçekleştirilmektedir. Ayrıca, yargı organları bir uyumsuzluğu kesin bir

³⁷ Bkz. AYM 2013/3912 sayılı Bireysel Başvuru Kararı, para. 30.

biçimde çözerken, idare organlarının verdiği kararlar kural olarak kesin nitelikte değildir. Dolayısıyla verilen karara karşı herhangi bir organa başvurulamaması, karara yargısal kimlik kazandıran önemli bir göstergedir (AYM, E.2012/102, K.2012/207, K.T. 27/12/2012).

35. *AIHM de, AIHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama hakkı bağlamında mahkemeyi, ulusal kanunlarda mahkeme olarak nitelendirilmiş olup olmadığına bakmaksızın, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün olan karar verme yetkilerini elinde tutan organ olarak nitelemektedir (bkz. Sramek/Avusturya, B. No: 8790/79, 22/10/1984, § 36). İlgili karar organının mahkeme olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca dava konusu olayı hem maddi hem de hukukî açıdan inceleme yetkisine sahip olması (bkz. Belilos/İsviçre, B. No: 10328/83, 28/4/1988, § 70) ve dava konusunu bağlayıcı bir şekilde sonuçlandırma yetkisinin bulunması gereklidir (bkz. Findlay/İngiltere, B. No: 22107/93, 25/2/1997, § 77).*

36. *Bu tanıma göre yargısal faaliyetin en önemli unsuru, bir hukukî uyumsuzluğun tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması ve bu kararın kesin hüküm niteliği taşımasıdır. Kesin hüküm, davanın tarafları arasındaki hukukî ilişkinin, bütün bir gelecek için kesin olarak tespiti veya düzenlenmesi ve aynı davanın hükmün kesinleşmesinden sonra yeniden açılmamasıdır.”³⁸*

³⁸ AYM 2013/3912 sayılı Bireysel Başvuru Kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda örneği verilen yeni yaklaşımına göre, tahkimi de bir yargı faaliyeti olarak kabul etmek mümkündür. Çünkü tahkim yargılaması sonucunda da bir uyuşmazlık esası itibariyle çözülür ve bu çözüm taraflar açısından kesin hüküm teşkil eder³⁹ ve dolayısıyla aynı dava tekrar açılmaz. Belirtmek gerekir ki, tahkim yargılamasını bu anlamda bir yargı faaliyeti olarak kabul etmek, tahkim yargılamasına ilişkin olarak, bireysel başvuru yoluna gidilebileceği anlamına gelmemelidir. Çünkü bireysel başvuru yoluna gidebilmenin öncelikli şartı, hak ihlalinin bir kamu gücü tarafından yapılmış olmasının gerekliliğidir. Oysaki tahkimde hakemlerin karar verme yetkisinin temeli, uyuşmazlığın tarafları ile aralarındaki sözleşmedir ki, bu nitelikte bir sözleşmenin hakemlere kamusal bir güç verdiği söylenemez.

Kuramsal olarak, bilhassa 19. Yüzyılın sonlarından itibaren savunulmaya başlanan, yukarıda anılan resmî kurum teorisi (*Amtstheorie*) çerçevesinde, taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü amacıyla bir hakeme başvurmaya karar verdikleri takdirde, yalnızca bu uyuşmazlığın çözülmesi için bir mahkeme ihdas edildiği savunulmaktaydı⁴⁰. Tahkim ile gerçekleştirilen faaliyetin, yani uyuşmazlık çözümünün, niteliğini temel alan bu teoriye göre, yapılan yargılama neticesinde ortaya çıkan sonuç ilam niteliğinde olduğuna göre, kararı verenler hâkim olmasalar bile bu kararı veren müessesenin mahkeme olması icap etmekteydi⁴¹.

³⁹ Neef, M.: Die Rechtskraft des Schiedsspruchs, Halle (Saale) 1933, s. 47 vd.; Lühmann, T. B.: Die Rechtskraft des Schiedsspruchs im deutschen und US-amerikanischen Recht, Tübingen 2014, 33 ve 34. "Hakem kararları da, mahkeme kararları gibi, tarafları bağlayıcı ve "kesin hüküm" vasfı ve mahiyetindedir". Yarg. İBGK, E. 1972/2 K. 1972/12, T. 23.10.1972.

⁴⁰ Averdick, s. 16; Bornhak, s. 1.

⁴¹ Gal, s. 27 vd.

Ancak bu, tahkimin niteliğini izah etmeye çalışan teoriler içinde en çok eleştiri alan görüştür. Eleştirilerin toplandığı ilk nokta, devlet yargısından farklı olarak, tahkimde hakemlerin aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için kendilerine başvuran tarafların taleplerini kabul etme zorunluluklarının bulunmamasıdır. Gerçekten, hakemlik için kendisine başvuru alan kişi, o uyuşmazlığı çözmek isteyip istememe konusunda, taraflarla arasında hakem sözleşmesi yapılmıncaya kadar özgürdür⁴².

Oysa benzer bir özgürlükten hâkimler açısından söz etmek mümkün değildir; bilakis bu şekilde hakkı yerine getirmekten kaçınması, hâkimin hukukî sorumluluğunu doğurur⁴³. Hâkimler yalnızca kanunda belirlenmiş bulunan red ve yasaklılık hallerinde önlerine gelen uyuşmazlığa bakmaktan kaçınabilirler. Aksi halde önlerine gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak karar vermek zorundadırlar⁴⁴. Bu durumda da dikkat edilmesi gereken iki husus vardır. İlk olarak, ret ve yasaklılık hallerinin neler olduğu kanunda belirlenmiştir. Ret sebepleri, yasaklılık sebeplerinin aksine sınırlı olarak nitelendirilemeyecek olsa⁴⁵ da hâkimin keyfi olarak uyuşmazlığı çözmekten kaçınmasına elverecek ölçüde geniş yorumlanmaya müsait değildir. İkinci olarak, burada söz konusu hükümlerin uygulanması durumunda bile, uyuşmazlık aynı mahkeme tarafından ama yalnızca farklı bir hâkim tarafından görülecektir.

⁴² Buna ilişkin olarak bkz. aşa. § 5-II/A/2.

⁴³ Akkan, Pekcanitez Usul, s. 364.

⁴⁴ Aktepe Artık, s. 183; ayr. Bkz. Anayasa md. 36.

⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 2234.

Resmi kurum teorisine getirilen ikinci eleştiri, uyuşmazlığın tarafları ile uyuşmazlığı çözecek kimse (hakem) arasındaki ilişkinin temelini açıklanması bakımındandır. Tahkim yoluna başvurulduğu takdirde, taraflar ile uyuşmazlığı çözecek kişi arasında bir ilişki meydana gelir ki, bu ilişki, geleneksel devlet yargısından farklı olarak temeli karşılıklı irade beyanlarıyla kurulmuş bir sözleşme ilişkisidir⁴⁶. Roma hukukundan beri tahkim ilişkisinin temelini teşkil eden bu sözleşme tahkim sözleşmesidir (*receptum arbitri*)⁴⁷. Bu sözleşme müstakil bir sözleşme olabileceği gibi, genel olarak uygulamada görüldüğü üzere esasa dair sözleşmenin bir klozu şeklinde de düzenlenebilmektedir⁴⁸. Oysa devlet yargısına başvurulduğu takdirde, mahkeme ile uyuşmazlığın tarafları arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Uyuşmazlığı çözme zorunluluğu bakımından sözü edilen farklılığın sebebi de budur. Resmî kurum teorisinin esas savunucuları olan Averdick ve Bornhak, tahkim müessesesini açıklarken hakem sözleşmesi kavramını kullanmaktan kaçınmışlar⁴⁹, bu husus ise doktrinde eleştirilmiştir⁵⁰. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de Alman Anayasası'nın yargısal haklara ilişkin 103'üncü maddesinin, hakem yargılamasında uygulama alanı bulamayacağına hükmetmiştir⁵¹.

⁴⁶Rosenberg, L./Schwab, K.H./Gottwald, P.: Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004, §177 Rn. 14; Vogt, S. A.: Der Schiedsrichtervertrag nach schweizerischem und internationalem Recht, Aachen 1996, s. 97; Leuenberger, C./Uffer-Tobler, B.: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016, Rn. 14.1.

⁴⁷ Baumbach, A./Lauterbach, W./Albers, J./Hartmann, P.: Zivilprozessordnung, 74. Auflage, München 2016, §1035, Ahn. Rn. 1; Wieczorek/Schütze, § 1028 Rn.15.

⁴⁸ Schlosser, Festschrift Fasching, s. 408; Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, 6. Baskı, İstanbul, 2001 (C. VI)., s. 5940 ve 5941. Bu şartın seçimlik olabileceğine dair olarak bkz. Alangoya, s. 21.

⁴⁹ Gal, s. 29.

⁵⁰ Gal, s. 29.

⁵¹ BGH NJW, 1959, s. 2213 ve 2214 (Sawang, J.: Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Shiedsverfahren nach deutschem Recht, Tübingen 2010, s. 256).

Sonuç itibariyle, düzenleniş biçimi bakımından ele alındığı takdirde, tahkim faaliyetinin Anayasa bağlamında yargısal bir faaliyet olmadığı, bununla birlikte Anayasa önünde hakemlerin, hâkimlerle aynı pozisyonda bulunmadığı açıktır. Bu bakımdan tahkim ile gerçekleştirilen faaliyetin bir yargı faaliyeti olduğunu savunmak pozitif hukuk bakımından her şeyden önce Anayasa'daki düzenleme ile uyum içerisinde olmayacaktır.

B. Medenî Usul Hukuku Bakımından

Medenî usul hukuku bağlamında, iki taraf arasında bulunan uyuşmazlığın, bir yargılama yapmak suretiyle kesin olarak hükme bağlanacağı yer mahkeme, uyuşmazlığı hükme bağlayacak olan kişi de hâkimdir. Bu nedenledir ki HMK'da uyuşmazlık çözümüne ilişkin olarak öngörülen düzenlemelerin muhatabı, kural olarak, hâkimdir. Bu nedenle hâkimlerin, devletin yargı faaliyetini gerçekleştirecek kimseler olarak istihdam edilen özel statülü kamu görevlileri olduğu söylenebilir⁵².

Tahkim ise kanun koyucunun, devlet tarafında sağlanan yargı hizmetine getirdiği bir istisnadır⁵³. Bu istisnai halin, bilhassa *ad-hoc* tahkim açısından⁵⁴, en dikkat çekici noktalarından biri de, ileride ayrıca inceleneceği üzere, tarafların istedikleri kişiyi hakem olarak seçebilmeleridir⁵⁵. Bu nedenledir ki, hakemlerin hâkimler gibi kullanabilecekleri bir yargı yetkisi olmadığı gibi, resmî bir sıfatları da

⁵² Akkan, Pekcanitez Usul, s. 340.

⁵³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1064.

⁵⁴ Kurumsal tahkimde tarafların tasarruf yetkisinin kısmen kısıtlandığı ifade edilmektedir. Bkz Sutter-Somm, T.: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich Basel Genf 2012, s. 404.

⁵⁵ Sutter-Somm, s. 404; Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkommentar, s. 1511 vd.; Şanlı, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, 6. Bası, İstanbul 2016, s. 292.

bulunmamaktadır⁵⁶. Bundan dolayıdır ki hakemler, hâkimlere tanınmış olan hâkimlik teminatı⁵⁷ kapsamında da değildirler.

Tahkim neticesinde verilecek olan hüküm, devlet mahkemesince verilecek hükümle aynı etkiye sahip olacak olsa da, hâkimler ile hakemler arasındaki bu farklılığın doğal sonucu olarak, medeni usul hukuku bakımından hakemlerin birer hâkim olduğunu kabul etme imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle de hâkimler için getirilen veya muhatabı, hâkimler olan düzenlemelerin, aksine hüküm bulunmadıkça, tahkimde hakemler bakımında uygulama alanı bulabileceği söylenemez. Bu sebeple de hakem mahkemesi olarak ifade edilen, tahkimde karar merciinin de, medeni usul hukuku bakımında bir mahkeme olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Nitekim mahkemeler, devletin, kamu adına, kamu gücü kullanarak işleyen kurumlarıdır. Mahkemelerin yegâne işlevi uyuşmazlığı çözmek değil, esas itibariyle toplumda adalet anlayışının güvencesini sağlamaktır. Bu nedendir ki yargı gücü devletin temelini teşkil eden yasama ve yürütme erkleriyle beraber değerlendirilmektedir. Buna mukabil, tahkim kurumunun toplumun adalete olan inancını temin etmek gibi bir işlevi olduğu söylenemez. Tahkimin esas işlevi, devlet yargısının neden olduğu olumsuzluklardan kaçınmak isteyen kişilerin, taraf oldukları uyuşmazlıkların seri bir şekilde sonlandırılmasını sağlamaktır. Tahkim kurumunun, sadece belirli nitelikteki uyuşmazlıkların çözümü için işlerlik kazanabildiği, uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü kişilerin dahil olabildiği yahut menfaatlerinin etkilenebileceği, aile

⁵⁶ Kuru, Usul, s. 939.

⁵⁷ Kuru, Usul, s. 67; Kuru, Bağımsızlık, s. 29 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 116.

hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar gibi uyuşmazlıklarda uygulanmasının mümkün olmaması bundan dolayıdır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, hakem mahkemesinin, devlet mahkemeleri ile aynı nitelikte olmaması hususu, vereceği kararın niteliğini değiştirmeyecektir. Tahkim yargılaması neticesinde verilen bir karar, aynı devlet yargısında verilmiş bir karar gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır⁵⁸.

III. Tahkimin Hukukî Niteliğinin Hakemlerin Sorumluluğuna Olan Etkisi

A. Özel Hukuk Bakımından

Uyuşmazlığın tarafları, tahkim sözleşmesi yapmak suretiyle, aralarındaki uyuşmazlığı kendi belirleyecekleri bir veya birden fazla kişi tarafından çözülmesi hususunda anlaşılırlar⁵⁹. Bu anlaşmayla birlikte uyuşmazlığın tarafları, aynı zamanda kendi seçtikleri hakem veyahut hakemlerin verecekleri karara razı olacaklarını da kabul etmiş olurlar⁶⁰. Daha doğru bir deyişle uyuşmazlığın tarafları, bu yola başvururken, esas itibariyle verilecek karara karşı kanun yolu imkânının, devlet yargısına kıyasla sınırlı olduğunu da kabul etmiş sayılırlar.

Tarafların uyuşmazlığın çözümünün başında, neticede verilecek olan kararı kabul edecekleri gerçeği karşısında, taraflar da, hakemlerden görevlerini özenle yerine getirmeleri ve hakkaniyete uygun olarak uyuşmazlığı çözmelerini beklerler. Zira, uyuşmazlığın taraflarının, tahkim yoluna başvurmalarındaki temel saikleri,

⁵⁸ Leuenberger/Uffer-Tobler, Rn. 14.1

⁵⁹ Stein/Jonas, § 1029 Rn. 1.

⁶⁰ Musielak/Voit, § 1029 Rn. 3. Aksi halde tahkim sözleşmesinin kurulmayacağı ifade edilmektedir, bkz. Alangoya, s. 60.

uyuşmazlığın en iyi şekilde, seçtikleri hakemler tarafından çözüleceğine dair olan güven ve inançlarıdır. Dolayısıyla tahkim ilişkisinin başında sağlanamayan bu güven ilişkisinin kurulmamış olması, tahkim yolunu işlevsiz kılacaktır.

Tahkim sözleşmesine dayanılarak hakemlerle yapılacak hakem sözleşmesiyle birlikte, bir yanda uyuşmazlığın taraflarının, diğer yanda ise uyuşmazlığı çözecek olan hakem(ler)in bulunduğu bir ilişki ortaya çıkar. Bu sözleşme ilişkisi ile hakemler, uyuşmazlığın tarafları arasındaki uyuşmazlığı, kesin olarak çözümlenmesi yükümlülüğü altına girerler⁶¹. Bu ilişkinin temelinde bir özel hukuk sözleşmesi bulunsa da, karar verilmesiyle birlikte, ortaya kamu hukukuna ilişkin kimi sonuçlar da çıkacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, ortaya çıkan bu kamusal sonuçların temeli, hakem sözleşmesi değil, tahkim sözleşmesidir⁶².

Gerçekten de hakemlerin vereceği karar, kamu hukukuna ilişkin sonuçlar da doğurur. Zira hakemler tarafından verilecek olan karar kesinleştiğinde, maddî anlamda kesin hüküm teşkil edecek⁶³, dolayısıyla aynı uyuşmazlık devlet yargısı kapsamında tekrar görülemeyecek ve hattâ söz konusu hakem kararı görülen bir davada unsur etkisine dahi sahip olabilecektir⁶⁴. Bununla birlikte, verilmiş olan hakem kararı, aynı devlet yargısınca verilmiş bir karar gibi, ilamlı icra yolu ile icra edilebilecektir.

⁶¹ Göksu, T.: Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, Nr. 1060; Schäfer, Teil I, s. 340.

⁶² Stein/Jonas, § 1029 Rn. 1; Schlosser, Schiedsgerichtbarkeit, s. 297; Kuru, C. VI, s. 5938.

⁶³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, §179 Rn. 31; Lörcher/Lörcher, Rn. 10 ve 12; Sutter-Somm, s. 407; Özbay, İ.: *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi*, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 295 vd.; Yeşilırmak, s. 116; Korucu, s. 154.

⁶⁴ Bosch, W, Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren, Tübingen 1991, s. 50.

Alman doktrininde, hakem sözleşmesiyle birlikte uyuşmazlığın tarafları ve hakemler arasında, yalnızca o uyuşmazlığı çözmek amacıyla kurulmuş özel bir mahkeme olduğuna dair bir görüş bulunmaktadır. Resmî kurum teorisi olarak adlandırılan bu görüşe göre, hakem sözleşmesi yapan taraflar, bu sayede bir uyuşmazlığı çözmek için özel bir mahkeme ihdas etmektedirler⁶⁵ fakat söz konusu bu mahkeme bir devlet mahkemesi olmayıp⁶⁶, yalnızca hakem sözleşmesi ile belirlenen hususlarda karar verme yetkisi olan bir mahkemedir. Bunun doğal bir sonucu olarak, kurulmuş bulunan bu mahkemenin yargı yetkisi, yalnızca uyuşmazlığın taraflarını kapsamaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü kişiler, kurulmuş bulunan bu mahkemeye başvurarak uyuşmazlığın çözümünü talep edemezler⁶⁷ verilen kararlardan da etkilenmezler⁶⁸.

Kurulan bu mahkeme ile hakemler, hakem sözleşmesinde belirlenmiş bulunan uyuşmazlığı çözmek amacıyla yargılama yaparlar ve bir karar verirler. Neticede

⁶⁵ Averdick, O.: Die Haftung des Schiedsrichters für einen unrichtigen Schiedsspruch nach gemeinem Recht und nach bürgerlichem Gesetzbuche, Leipzig 1904, s. 16; Bornhak, C.: *Schiedsvertrag* und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Recht, ZZP 30, 1902, s. 1.

⁶⁶ Burada kanun koyucu tarafından da sözü edilen kurumu bir devlet kurumu, hakemi de hâkim olarak ele almadığı görüşünü, o zamanki Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 339. maddesindeki "hâkim, resmi görevli veya hakem" ifadesinden anlaşıldığı ileri sürülmektedir. Bkz. Gal, s. 27, dn. 105; ayrıca bkz. Hiepe, s. 1. Buna mukabil Yunan Hukuku bakımından aksi bir husus söz konusudur. Foustoucos'a göre mülga Yunan Medenî Usul Kanununun 114. maddesinde hakemler açısından "aynı diğer hâkimler gibi" ifadesi Yunan Hukuku açısından kurumsal teorinin kabul edildiği sonucuna varılmasını sağlamaktadır. Bkz. Foustoucos, A. C. L'arbitrage Interne Et International En Droit Privé Hellénique. Librairies techniques, Paris 1976, s. 103. (Gal, s.32, dpt. 133'ten naklen)

⁶⁷ Kuru, C. VI, s. 5982. Tahkim ilişkisinin temelini teşkil eden sözleşmenin tarafının değişmesi hali bu kapsamda düşünülmemelidir. Buna ilişkin olarak bkz. Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkommentar, s. 1500 ve 1501; Gaul, H. F.: Die Rechtskraft und Aufhebbarkeit des Schiedsspruchs im Verhältnis zur Verbindlichkeit des staatlichen Rinterspruchs, Festschrift für Otto Sandrock, Heidelberg 2000, s. 286 ve 304.

⁶⁸ Neef, s. 68.

verdikleri karar, kurulmuş bulunan bu “özel mahkeme”⁶⁹ tarafından verildiği için de bir mahkeme kararı olacaktır.

Bu teorinin çıkış noktasını, hakemlerin karar verme zorunluluğunun nereden kaynakladığı sorusuna verilen cevaplar teşkil etmektedir. Resmî kurum teorisinin kurucuları olarak görebileceğimiz Averdick ile Bornhak hakemlerin karar verme zorunluluğunun sözleşmeden kaynaklanabilecek bir zorunluluk olamayacağını savunmaktadırlar⁷⁰. Bornhak, esas itibariyle karar verme zorunluluğunun Roma hukukundan doğan ve hakemin görevi kabul etmesinden kaynaklanan bir zorunluluk olduğunu ifade etmektedir⁷¹.

B. Ceza Hukuku Bakımından

Tahkim kurumu ile ceza hukuku arasında kuvvetli bir bağlantı olmadığı düşünülebilecek ise de tahkim ilişkisinin taraflarının, bu ilişki dolayısıyla ceza hukukunun konusu olabileceği ileri sürülmüştür⁷². Elbette ki burada konusu olmaktan kasıt, yerine getirilen tahkim faaliyetinden kaynaklanacak cezai sorumluluğu gerektirebilecek fiillerle ilgilidir. Hakemlerin yürütmüş oldukları tahkim faaliyeti dolayısıyla cezai sorumluluklarını, özel olarak gerektirebilecek bir durumun var olup olmadığının tespiti için, evvela hakemlerin ceza hukukundaki konumlarının belirlenmesi isabetli olacaktır.

⁶⁹ Vogt, Konkordat’ın 14 ve 16’ncı maddelerindeki “Amt” kelimesinin, terim anlamı haricinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir, bkz. Vogt, s. 61.

⁷⁰ Averdick, s. 16; Bornhak, s. 1; aynı doğrultuda bkz. Grabner, M.: Schiedsvertrag, Schiedsgutachtenvertrag, Schiedsrichtervertrag, Linz 1998, s. 12.

⁷¹ Bornhak, s. 38.

⁷² Okuyucu Ergün, s. 135.

Avusturya⁷³, İngiltere⁷⁴, İtalya⁷⁵, İsviçre⁷⁶, Hollanda⁷⁷, hukuk sistemlerinde, hakemler açısından, özel olarak cezaî sorumluluklarının düzenlenmediği, fakat, suç işledikleri takdirde genel hükümlere göre cezalandırılacakları kabul edilmektedir. Buna mukabil Alman⁷⁸, Belçika⁷⁹, İsveç⁸⁰, Singapur⁸¹, hukuklarında, hakemlerin, hakem olmaları sebebiyle özel olarak cezai sorumluluklarının söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hakemlerin, hakem olmaları sebebiyle cezai sorumlulukları açısından, hukukî sorumluluklarının aksine bir bağımsızlık söz konusu değildir. Türk hukuku açısından da hakemlerin, yalnızca hakem olmaları sebebiyle özel olarak ceza hukukunun süjesi haline gelebileceğinin kabulü gerekir. Bunun temelinde ise hakemlerin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri yatmaktadır.

Hakemlerin özel hukuk açısından kamu görevlisi olarak nitelendirilmesine ilişkin tartışma, esas itibariyle hakemlerin görevinin resmî bir görev olduğunu savunan teorinin (*Amtstheorie*) bir sonucudur. Önceki başlık altında izah edildiği üzere bu teori, hakemlerle uyumsuzluğun tarafları arasındaki ilişkinin hukukî niteliğini izah bakımından artık modern hukuk sistemlerinde taraftar bulamamaktadır. Buna mukabil ceza hukuku kapsamında hakemler, bu faaliyeti uyumsuzluğun tarafları ile yapmış oldukları bir sözleşmeye dayanarak yerine getiriyor olsalar dahi, ceza

⁷³ Liebscher, Weigand-Practitioner's Handbook, nr. 2.264.

⁷⁴ Karali/Ballantyne, Weigand-Practitioner's Handbook, nr. 5.272.

⁷⁵ Rubino-Sammartano, Weigand-Practitioner's Handbook, nr. 8.295.

⁷⁶ Karrer/Straub, Weigand-Practitioner's Handbook, nr. 12.226.

⁷⁷ Lazic/Meijer, Weigand-Practitioner's Handbook, nr. 9.315.

⁷⁸ Hanefeld, Weigand-Practitioner's Handbook, nr. 7.249.

⁷⁹ Van Houtte, Weigand-Practitioner's Handbook, nr. 3.301.

⁸⁰ Oldenstam/von Pachelbel, Weigand-Practitioner's Handbook, nr. 11.273.

⁸¹ Lau, Weigand-Practitioner's Handbook, 10.276.

hukuku bakımından kamu görevlisi olarak nitelendirilmektedirler. Bunun sonucunda ise hakemler, ceza hukukunda öngörölmüş bulunan kimi özgü suçların faili olabilirler.

765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nun 279'uncu maddesinde, ikili bir ayırım yapılmış ve bu ayırında kamu görevi ile kamu hizmeti farkı esas alınmıştı⁸². Bu ayırım kapsamında hakemler, muvakkat surette, ücretli veya ücretsiz olarak ihtiyari⁸³ bir amme hizmeti gören kimse olarak nitelendirilebilmekteydi⁸⁴. Bu nedenle hakemler ceza hukuku bağlamında kamu görevlisi olduğu için değil⁸⁵, bilakis kamu hizmeti yerine getirdiği için⁸⁶ cezai sorumlulukları söz konusu olabilmekteydi. Bunun haricinde sadece hâkimlerin işleyebileceği suçlar⁸⁷ açısından hakemlerin görevleriyle ilgili dahi olsa fail olamayacağıının kabulü gerekir. Zira bu suçların failinin ancak ve ancak "hakim" olabileceği ifade edilmektedir⁸⁸.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, eTCK'da bulunan ayırma gitmeden çok geniş bir kamu görevlisi tanımı yapmıştır. Kanunun, tanımları içeren 6'ıncı maddesinde kamu görevlisi: "kamusal faaliyetin yürütölmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" olarak

⁸² Erem/Toroslu, s. 145; Malkoç/Güler, s. 2095, Erol, s. 703.

⁸³ Nitekim hakemlerin kamu ile herhangi bir istihdam bağı bulunmamaktadır. Bkz. Malkoç/Güler, s. 2095.

⁸⁴ Malkoç/Güler, s. 2095

⁸⁵ eTCK'da esas itibariyle cezai sorumluluk açısından kamu hizmeti gören kimse ile memurlar arasında, uygulama açısından bir fark olmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Erem/Toroslu, s. 147. eTCK açısından sonuç doğabilmesi için yalnızca memur olmanın gerekli olacağı haller için bkz. Eren/Toroslu, s. 149.

⁸⁶ Buna ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. CGK, E. 693 K. 1969/17, T. 20.1.1969.

⁸⁷ Örn. eTCK m. 233'te düzenlenmiş bulunan hâkimin etki altında karar verme suçu, m. 244'te düzenlenmiş bulunan kanuna aykırı olarak hüküm verme suçu, m. 231'de düzenlenmiş bulunan hâkimin görevi ihmal suçu.

⁸⁸ Özen, s. 167 ve 170.

tanımlanmıştır. Kanun gerekçesinde bu yönde geniş bir tanım yapılmasının kolaylık sağlama amacıyla olduğu belirtilmektedir⁸⁹. Görüldüğü üzere TCK'nın tanımlar başlığını taşıyan 6'ncı maddesindeki kamu görevlisi kavramı da memur tanımına nazaran oldukça geniş kapsamlıdır⁹⁰. Bu geniş kapsam sebebiyle, aynı hakemler açısından olduğu gibi, özel hukuk bakımından kamu görevlisi olarak nitelendirilemeyecek bir kişinin, TCK kapsamında kamu görevlisi sayılması ihtimal dâhilindedir.

Hakemleri ceza hukukunun bir süjesi haline getirebilecek diğer bir halin ise hakemlerin, ceza hukuku kapsamında yargı görevlisi sayılması durumunda ortaya çıkabileceği düşünülebilir. Nitekim yalnızca yargı görevlilerine karşı işlenebilen suçlar da mevcuttur⁹¹. TCK'nın tanım maddesi olan 6'ncı maddesinde yargı görevlileri, yargı görevi yapan olarak şu şekilde tanımlanmaktadır: “yüksek mahkemeler ve adli, idarî ve askerî mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar”. Görüldüğü üzere Kanun, kamu görevlisi tanımının aksine, kimlerin yargı görevlisi olarak nitelendirilebileceği hususunu, tek tek saymak suretiyle belirlemiştir⁹². Dolayısıyla hakemlerin de avukat/hâkim/cumhuriyet savcısı

⁸⁹ “Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler” (Hükümet gerekçesinden).

⁹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 48; Parlar/Hatipoğlu, s. 113.

⁹¹ Örneğin, m. 277/1 ve m. 288'deki suçlar ile m. 265/2'de öngörölmüş bulunan ağırlaştırıcı hal. TCK'nın 252'inci maddesinin 7'inci fıkrasındaki ağırlaştırıcı hal, bilinçli olarak bu kapsamda değerlendirilmemiştir. Zira anılan düzenlemede yargı görevi yapan kimselerin yanında hakemler özel olarak belirtilmiştir.

⁹² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 110.

adayları, noterler, icra müdürleri gibi⁹³, TCK kapsamında yargı görevlisi olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir.

Netice itibariyle hakemler, her ne kadar özel hukuk açısından resmî bir sıfat taşımasalar ve yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getiriyor olsalar da, bu yükümlülüğün ve yargılama neticesinde verilen kararın niteliği dolayısıyla, ceza hukuku açısından kamu görevlisi olarak nitelendirilmektedirler. Bununla birlikte yukarıda izah ettiğimiz üzere, hakemlerin yerine getirdikleri faaliyet, onlara ceza hukuku bakımından da yargı görevlisi sıfatı kazandırmamaktadır.

§ 2 Tahkim ile Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yolları Arasındaki İlişki

I. Tahkim ile Devlet Yargısı Arasındaki İlişki

Yargı faaliyeti devlet tarafından sunulan bir hizmettir. Bu hizmeti sunmadaki en önemli unsur ise yargılamayı sevk ve idare eden, en nihayetinde de uyuşmazlığı çözecek olan hâkimdir. Hâkim ise bağımsız ve tarafsız olmakla birlikte yine de bir kamu ajanıdır, kamu adına görev yapar. Bu durum, hem uyuşmazlığın tarafları açısından bir şüphe doğurabilir, hem de hâkimin üzerinde bir baskı oluşturur.

Bu noktada hâkimin rolünün niteliğini uyuşmazlığın taraflarının niteliğini de göz önüne alarak değerlendirmek gerekir. Eğer uyuşmazlığın taraflarının her ikisi de özel hukuk kişileri ise bu durumda hâkim, yargı faaliyetini yerine getirirken sadece

⁹³ Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 110 ve 111.

kişisel sebeplerle taraflarda bir şüphe uyanmasına yol açabilir. Bu durum bilhassa hâkimin tarafsızlığı açısından önem arz eder⁹⁴.

Örnek olarak hâkim ile taraflardan biri arasında daha önceden vuku bulmuş bir uyuşmazlık varsa, yahut tam aksine aralarında ekonomik bir ilişki bulunmaktaysa, bu, hâkimin güvenilirliğini zedeleyecek bir durum teşkil eder⁹⁵. Bu nedenledir ki kanun koyucu bu gibi durumlar için hâkimin yasaklılığı ve hâkimin reddi müesseselerini düzenlenmiştir. Kanunun öngördüğü bu hallerde dava yine o mahkemede, fakat bu sefer başka bir hâkimle görülecektir.

Buna mukabil uyuşmazlığın taraflarından biri kamu tüzel kişisi ise, bu durumda, bilhassa yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın diğer tarafı olan özel hukuk kişisi açısından ortaya çıkacak bir güven sorunundan bahsedilebilir⁹⁶. Bu noktada ise yargılamayı yürütecek olan hâkimin tarafsızlığı ile birlikte bağımsızlığı da tartışma konusu olacaktır⁹⁷. Nitekim bağımsızlık, uyuşmazlığın taraflarından ziyade bünyesinde buldukları devlete karşı olarak hâkimlere yüklenmiş bir ödevdir⁹⁸. Bu ise zaten başlı başına bir tartışma konusudur. Zira bu nitelikteki taraflar arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisi olup, medenî yargıda görülüyor olsa bile bu durumda hâkimin yukarıda bahsettiğimiz kamu ajanı rolü yargılama sürecinde ve nihayetinde karar vermesinde rol oynayabilir. Nitekim devlet mahkemeleri bağımsız

⁹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 229.

⁹⁵ Çon, Ö.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hakimin Yasaklılığı ve Reddi, Ankara 2013, s. 56 ve 57.

⁹⁶ Akıncı, Z.: *Milletler Arası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, BATİDER, C. XVIII, S.4, s. 95; Başaran, H. R.: *Uluslararası Tahkim*, İstanbul 2014, s. 22.

⁹⁷ Bkz. Yuk. § 1-II. Ayr. Bkz. Ahner, J.: *Inverstor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht*, Tübingen 2015s. 31; Karayalçın, s. 5; Şanlı, *Uyuşmazlık*, s. 292; Akıncı, *Alternatif*, s. 95, dpt. 5; Kaplan, s. 54.

⁹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 213 vd. Benzer doğrultuda bkz. Balkar Bozkurt, s. 95.

olarak nitelendirilmiş olsalar bile, netice itibariyle bir devlete bağılı oldukları ve bu sebeple etki altında kalabilecekleri ifade edilmektedir⁹⁹. Özellikle ülkemiz yargı sistemi üzerindeki tartışmalar ve hâkimlik güvencesi ile hâkimlerin bağımsızlığın mevcut durumu göz önüne alındığı takdirde, bu hususun, uyuşmazlığın taraflarında meydana gelen güven eksikliğinin temelini oluşturduğu söylenebilir. Esasında bu husus zaten bilhassa doğrudan yapılan yabancı yatırımlar ve de iki devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü açısından¹⁰⁰ oldukça önem arz ettiği için, yabancı yatırımcılar bakımından söz konusu olmuştur¹⁰¹. Buna ilişkin olarak, Türkiye'nin de taraf olduğu "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme"¹⁰² ile özel olarak kurulan ICSID (*International Center for Settlement of Investment Disputes*) yabancı yatırımcının, ev sahibi ülkenin yargı sistemindeki olumsuzluklardan etkilenmeden uyuşmazlıklarını çözebilme güvencesi sağladığı söylenebilir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın teknik ve özel bilgiyi gerektirdiği hallerde, taraflar tabii olarak bu noktada uyuşmazlığın âdil bir şekilde çözülemeyebileceğine dair bir şüpheye düşebilirler ve bu nedenle aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluna başvurmak suretiyle çözmeyi avantajlı bir yol olarak görebilirler¹⁰³. Teknik ve özel bilgiyi gerektiren hallerde kanun koyucu hâkimi bilirkişiye başvurmak zorunda bırakmış olsa da, bu husus, hâkimin takdirindedir. Kaldı ki bilirkişiye başvurulması beraberinde, ileride ele alınacağı gibi,

⁹⁹ Şanlı, Uyuşmazlık, s. 292.

¹⁰⁰ Ahner, s. 33; Balkar Bozkurt, s. 95.

¹⁰¹ Örneğin Alman hukuku açısından yabancı yatırımcının karşılıklı olarak korunması amacıyla ilk anlaşma Almanya ile Pakistan arasında 1959 yılında yapılmıştır. Bkz. Ahner, s. 35.

¹⁰² RG. 2.6.1988 S. 19830.

¹⁰³ Karayalçın, s. 5; Kaplan, s. 53.

hem süre hem de yargılamanın maliyeti açısından¹⁰⁴ taraflar bakımından çeşitli olumsuzluklara neden olabilmektedir. Bunun öngörülebilir olması durumu ise tarafları, aralarındaki uyuşmazlığı devlet yargısı yoluyla çözmeye başvurmadan alıkoyabilir.

Tarafların devlet yargısı yerine tahkim yoluna başvurmalarının diğer bir nedeni ise uyuşmazlığın çözülebilmesi için, bilhassa doğrudan hukukî bir mesele ile ilgili teknik ve özel bilgi gerektiği takdirde ortaya çıkacak güven sorunudur. Hâkim, hukuku bilen ve doğru biçimde uygulayabileceği varsayılan kimsedir. Bu nedendir ki kanun koyucu da –uygulamada tam tersi bir durum söz konusu olsa da- hâkimin hukukî konularda bilirkişiye gitmesini öngörmemiş, bu yolu kapatmıştır¹⁰⁵. Yani kanun koyucu hâkimin zaten hukuku tek başına uygulayabilecek kapasitede ve yetkinlikte olduğunu öngörmüştür. Yalnızca, hukuk bilgisi dışında, özel bilgi gerektiren hususlara dair uyuşmazlıkların çözümü zaman içinde problemlere neden olmuş ve ihtisas mahkemeleri kurulmuştur¹⁰⁶.

İhtisas mahkemeleri kurulmasının amacı, uzmanlaşmayı sağlayıp, uyuşmazlığın bir anlamda konunun uzmanı tarafından çözülmesini sağlamak olsa da bu amacın pratikte gerçekleştiğini tespit etmek zordur. Bunun temelde iki nedeni olduğu söylenebilir: İlk olarak ihtisaslaşan müessese mahkemedir, o mahkemede görev alıp uyuşmazlığı çözecek olan hâkim değildir; oysaki bu manada

¹⁰⁴ Hâlbuki tahkimde zaten uyuşmazlığı çözecek kişi seçilebileceği için, ayrıca bilirkişi seçilmesine gerek kalmayacağı da söylenebilir, bkz. Alangoya, s. 18. Buna mukabil hakem hukukçu değilse, tahkimde hukukî konularda bilirkişiye başvurulması imkânı da bulunmaktadır. Bkz. Umar B.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 1228 ve 1229.

¹⁰⁵ HMK, m. 266. Ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 780 vd.

¹⁰⁶ Kuru, C. I, s. 60 vd.

ihtisaslaşmanın sağlanabilmesi için hâkimin kendisinin uzman olması gerekir¹⁰⁷. Hâkimin bir yargı yerinde uzunca bir süre kalmasının mevzuat gereğince mümkün olmaması ve hukukun bir alanında ihtisaslaşmanın da çok kısa bir süre içerisinde gerçekleşmeyecek olması, bu konuda önemli bir sorun olarak ortaya çıkar. İkincisi, bu anlamda ihtisas mahkemeleri sadece belirli düzeyde iş yoğunluğunun olduğu yerlerde kurulabilmektedir. Bu nedenle iş yoğunluğu ihtisas mahkemesi ihdas edilmeyi gerektirmeyecek düzeyde olan yerlerde açılacak davalara, ihtisas mahkemesi sıfatıyla o yerde görev yapan genel görevli mahkeme hâkimi bakacaktır¹⁰⁸. Bu durumda, az önce sözünü ettiğimiz hâkimin ihtisaslaşması hususu gerçekleşmiş olsa bile bu ihtisaslaşmadan, genel görevli mahkemede açılmak zorunda kalınan davalarda istifade edilemeyecektir. Bu durum ise yargı sistemine başvuran taraflar arasında tabii olarak bir ayrımcılığa yol açacaktır.

Tahkim ile devlet yargısı arasındaki ilişkinin bir diğer boyutunu ise, devlet yargısının, tahkim üzerindeki denetimi oluşturmaktadır. Uyuşmazlığın taraflarının devlet yargısı yerine tahkim yoluna başvurma sebeplerinden birinin de devlet yargısına başvurmaksızın, uyuşmazlığın çözülmesi olduğu göz önüne alındığında, tahkim yolu üzerindeki devlet yargısı denetiminin mümkün olduğunca dar kapsamlı olması gerektiği söylenebilir. 6100 sayılı HMK yürürlüğe girmeden önce tahkim ile devlet yargısı arasında sıkı bir ilişki vardı. Nitekim 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre hakem yahut hakemler uyuşmazlığı çözen kararı verdikten sonra, ilgili kararı görevli mahkemeye tevdi etmekteydiler. Bu nedenle söz konusu ilişki, ilk derece mahkemesi-yüksek mahkeme ilişkisine benzer bir ilişkiydi, zira bu sayede

¹⁰⁷ Şanlı, Uyuşmazlık, s. 292.

¹⁰⁸ Kuru, C. I, s. 61.

devlet yargısı, tahkim yargılaması sonucunda yapılan yargılama üzerinde sınırsız olmasa da bir denetim hakkına sahiptir.

HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte bu denetim yetkisi sınırlandırılmıştır¹⁰⁹. Şöyle ki, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte tahkim yargılaması neticesinde verilen kararın kesinleşmesi için evvela görevli mahkemeye tevdi usulü terk edildi ve bunun yerine getirilen sistemle hakem kararına karşı iptal davası yolu öngörüldü. Buna göre, kanunda gösterilen sınırlı sayıdaki sebeplerden birine dayanarak, uyuşmazlığın taraflarından biri yahut her ikisi hakem kararına karşı iptal davası açabilir. Böylece, kanun koyucunun hakem kararının denetlenmesini tarafların iradesine bıraktığı ve bu denetimin de sınırlı bir çerçevede olabileceğini öngördüğü söylenebilir¹¹⁰. Gerçekten iptal davası için gösterilen sebepler, sınırlı sayıda olup, hakem kararının esasına ilişkin sebepler değildir¹¹¹.

Devlet mahkemelerinin, hakem kararı üzerinde esasa ilişkin bir denetim yetkisinin olmasının, tahkimin amacına aykırılık taşıyacağı açıktır¹¹². Bu nedenle de kanundaki şekliyle düzenlenmiş olması olumlu olmakla birlikte, hakem kararları üzerindeki denetimin sınırlandırılmış olması, uyuşmazlığı çözen hakem kararının başlı başına bir uyuşmazlık konusu teşkil etmesine neden olabilir. Bu husus ise

¹⁰⁹ Ekşi, s. 11.

¹¹⁰ Stojiljkovic, s. 51.

¹¹¹ Bu noktada kanunda hakem kararının iptal sebeplerinden biri olan kamu düzeni kavramını ayrık tutmakta fayda bulunmaktadır. Zira kamu düzeni kavramı hali hazırda sınırlarını tam olarak belirleyen bir tanımla yapılamamış, muğlak bir kavram olup, buna dayanarak bir hakem kararının nasıl denetlenebileceği muallaktır. Tahkim yargılamasında kamu düzeninin işlevine ve nasıl nitelendirilmesine dair bir karar için bkz. Yarg. 15. HD. E. 2014/2183, K. 2014/3226, T. 12.5.2014 (emsal.yargitay.gov.tr, E. T: 12.4.2016) Bu hususa dair çarpıcı ve ilginç bir örnek uluslararası bir kongrede Glossner'in tahkimin devlet yargısı ile rekabet ettiğine dair beyanına ev sahibi ülkenin adalet bakanınca "evet ama bizim kontrolümüz altında" cevabını vermesi olarak gösterilebilir. Bkz. Böckstiegel, H.: Schiedsgerichtbarkeit im Umfeld von Politik, Wirtschaft und Gerichtsbarkeit, 1992, s. 9. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. Schlosser, Festschrift Fasching, s. 438.

¹¹² Şanlı, Mütalaalar, s. 705.

hakemlerin hukukî sorumluluğunu, eski düzenlemeye nazaran daha ön plana çıkarmaktadır.

II. Tahkim ile Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Arasındaki İlişki

Uyuşmazlık çözümü yöntemleri arasında güçlenen diğer bir alan ise alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıdır. Alternatif uyuşmazlık çözümüyle esas olarak amaçlanan, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı mahkemeye gitmeden sonlandırmalarıdır. Bu sayede hem taraflar haklarına en kısa sürede kavuşabilmekte hem de uyuşmazlığın çözümü yargı örgütü haricinde gerçekleştiği için, uyuşmazlık yargı örgütü üzerinde bir iş yüküne sebep olmamaktadır¹¹³.

Zaman içinde hukuk sistemleri tarafından bu yolların tanınması ile birlikte, taraflar açısından alternatif uyuşmazlık çözümünün işlevsel hale geldiği söylenebilir¹¹⁴. Türk hukuku açısından, arabulucunun düzenleyeceği tutanağın ve Avukatlık Kanunu'nun 35a maddesi uyarınca avukat tarafından düzenlenecek olan uzlaştırma tutanağının ilam hükmünde olması, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının işlevselliğinin önemli bir göstergesidir.

Ortaya çıkan bir uyuşmazlığın çözülmesini arzu eden tarafların sahip olduğu arabuluculuk ve uzlaşma alternatiflerinin, teorik açıdan sınıflandırılması önem arz etmektedir. Diğer çözüm yollarına göre yeni sayılabilecek arabuluculuk ve uzlaştırma gibi yolların alternatif uyuşmazlık çözümleri başlığı altında ele alındığı

¹¹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1091.

¹¹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1091.

görülmektedir. Devletin kendi gücü kapsamında ihdas ettiği yargı örgütü tarafından sunduğu devlet yargısını ise tek başına bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak ele almak mümkündür¹¹⁵. Tahkim müessesesinin bu aşamada nereye dâhil edilmesi gerektiği hususu ise tartışma konusudur¹¹⁶. Bu konuda bir değerlendirmenin yapılabilmesi için uyuşmazlığı çözecek kişinin yetkileri, kararın bağlayıcı olup olmadığı, uyuşmazlık çözümü sürecinin belirli kurallara tâbî kılınıp kılınmadığı, uyuşmazlığı çözecek kimsenin tarafların iradeleriyle ne derece bağlı olduğu, neticenin bir anlaşmaya bağlı olup olmadığı gibi pek çok kriterin dikkate alınması gereklidir¹¹⁷.

Bu tartışmadaki birinci görüş, tahkim kurumunun da bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğudur¹¹⁸. Bu görüşe göre alternatif uyuşmazlık kavramındaki “alternatif”, devlet yargısına alternatif olmak değildir¹¹⁹. Dolayısıyla devletin yargı faaliyeti kapsamında bulunmayan her türlü uyuşmazlık çözüm yolu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilmelidir¹²⁰.

Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise tahkim, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu değildir¹²¹. Bu noktada belirtmek gerekir ki, tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğuna dair görüş esas itibariyle Anglo-Amerikan hukuku

¹¹⁵ Buna ilişkin bir tasnif için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1092.

¹¹⁶ Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sınıflandırılmasının bir zorluk olduğuna dair bkz. Hopt, K. J./Steffek, F.: Mediation, Oxford 2013.s. 16.

¹¹⁷ Hopt/Steffek, s. 16.

¹¹⁸ Yılmaz, Uzlaşma, s. 845; Özbek, Alternatif, s. 127. Özbek bu tanımları yaparken, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını hüküm vermeye dayalı usuller ve müzakere temelli usuller olarak sınıflandırmıştır. Oysa tahkim faaliyetinin hüküm verme gayesini taşıdığı açıktır; ancak diğer alternatif çözüm yolları örnekleri arasında başkaca hüküm verme gayesi taşıyan bir yol bulunmamaktadır.

¹¹⁹ Özbek, Alternatif, s. 136.

¹²⁰ Oysaki Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2'nci maddesi gerekçesinde arabulucu sıfatını haiz kişinin hâkim veya hakem gibi hüküm ve karar veremeyeceğini belirtmektedir.

¹²¹ Göksu, Nr. 47; Kayalı, s. 41.

temelli olup¹²², Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nde tahkim faaliyeti bir yargılama faaliyeti olarak görüldüğü için alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında değerlendirilmemektedir¹²³. Zira alternatif kavramından anlaşılması gereken devlet yargısına değil, başlı başına yargılama faaliyetine alternatif olmaktadır¹²⁴. Tahkim faaliyeti ise sadece devletin yargılama faaliyetini ikame edecek nitelikte bir faaliyettir¹²⁵. Çünkü tahkim faaliyeti kapsamında da yargılama yapılmaktadır¹²⁶, yalnızca uyuşmazlığın tarafları yargılamayı yapacak kişiyi ve yargılama usulünü belirleme imkânına sahip olmaktadırlar¹²⁷. Buna mukabil alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, devletin yargı faaliyetinin ikamesi değildir¹²⁸. Bu nedenle tahkim faaliyeti neticesinde hakemlerce verilecek olan karar, uyuşmazlığın taraflarının anlaşması ürünü olmayacaktır¹²⁹.

Tahkim faaliyeti neticesinde verilen karar, uyuşmazlığın taraflarının aleyhine de olsa taraflar o kararla bağlı ve dolayısıyla ona uymakla yükümlü olacaklardır¹³⁰.

¹²² Lörcher/Lörcher, Rn. 30.

¹²³ Kayalı, s. 41. Nitekim örneğin, İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu'nun 1 ve 4/1-b hükümlerinin kaleme alınış şekline de kanun koyucunun, tahkim faaliyetini, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından ayrı olarak nitelendirdiği anlaşılabilmektedir. Bkz. 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu, R.G. 29.11.2014, S. 29190.

¹²⁴ Nitekim Özbay, tahkim kurumunun devlet yargısına alternatif olduğunu belirtmektedir. Bkz. Özbay, s. 28. Şanlı ise bu nitelikteki uyuşmazlık çözüm tekniklerinin milli mahkemelere ve tahkime alternatif olduğu görüşündedir. Bk. Şanlı, Uyuşmazlık, s. 491; ayrıca bkz. Ildır, s. 21.

¹²⁵ Lörcher/Lörcher, Rn. 23; Alangoya, s. 54; Tanrıver, Alternatif, s. 171; Tanrıver, Tahkim, s. 84; Özbay, s. 28; Ilgın, s. 60; Küçükgüngör, E.: *Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı Ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği*, AÜHFD, C. 50, S. 2 (2001), s. 141; Tunç Yücel, M.: HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara 2013, s. 27. Tahkim yargılamasının, devletin karar verme tekelinin istisnası olduğuna dair tartışmalar için bkz. Gaul, s. 286.

¹²⁶ Tweeddale/Tweeddale, s. 37.

¹²⁷ Yarg. 15.HD, E. 1989/1023, K. 1989/2841, T. 15.6.1989.

¹²⁸ Bulur, A.: Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, TBBD, 2010, S. 89, s. 201; Taşpolat Tuğsavul, s. 24; Korucu, s. 34.

¹²⁹ Ildır, Kuru Armağanı, s. 387, dpt. 3; Ekşi, s. 51.

¹³⁰ Tweeddale/Tweeddale, s. 38.

Bununla birlikte, bu kararın maddi anlamda kesin hüküm niteliği dolayısıyla¹³¹ tarafların devlet mahkemelerine yahut yeni bir hakem heyetine başvurmak suretiyle farklı bir karar alma imkânları da yoktur. Buna mukabil alternatif uyuşmazlık çözüm yolu faaliyeti neticesinde başarıya ulaşılabilmesi için, uyuşmazlığın taraflarının, çözüm noktasında anlaşmaları gerekmektedir¹³². Arabuluculuk ve uzlaştırma faaliyetini gerçekleştiren kişiler bu noktada, uyuşmazlığın taraflarına ideal bir çözüm sunabilirler¹³³, bu doğrultuda uyuşmazlığın taraflarına yardım edebilirler¹³⁴, tahkim faaliyetinin aksine, uyuşmazlıkla ilgili bir karar vermezler¹³⁵. Tarafların bu nitelikte bir anlaşmaları olmaksızın, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının işlerlik kazanması mümkün olamaz. Uyuşmazlığın tarafları ayrıca, alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurup netice aldıktan sonra dahi bu kararın etkisini ortadan kaldırabilirler¹³⁶.

Tahkim ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasındaki farkın bir diğer göstergesi de, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birini tercih etmenin sağlayacağı avantajlardan bazılarının, tahkimde söz konusu olmamasıdır. Örneğin, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmanın avantajı olarak gösterilen uyuşmazlık çözümüne doğrudan katılma¹³⁷ ve süreci kontrol etme¹³⁸ imkânları tahkimde söz konusu değildir¹³⁹. Zira tahkimde, uyuşmazlığın taraflarının

¹³¹ Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilebilecek “Bağlayıcı Olmayan Tahkim” açısından ise bu husus söz konusu olmayacaktır. Bkz. Akıncı, Alternatif, s. 107. Bu konuda ayrıca bkz. 23.10.1972, 2/12 İBK.

¹³² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1093; Tanrıver, Alternatif, s. 151 ve 154; Akıncı, Alternatif, s. 101.

¹³³ Tanrıver, Alternatif, s. 151; Bu noktada Bulur arabulucunun taraflara çözüm önerisi sunamayacağını belirtmektedir. Bkz. Bulur, s. 204.

¹³⁴ Prütting, H./Gehrlein, M.: Zivilprozessordnung Kommentar, 6. Auflage, Köln 2014, § 1025 Rn. 18.

¹³⁵ Hopt/Steffek, s. 16; Bulur, 204.

¹³⁶ Göksu, Nr. 50; Akıncı, Alternatif, s. 109; Ekşi, s. 51.

¹³⁷ Tanrıver, Alternatif, s. 158; Bulur, s. 202; İldır, Kuru Armağanı, s. 388.

¹³⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1095; Korucu, s. 35.

¹³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1095; İlgin, s. 61.

yargılamaya katılma imkânı, verecekleri dilekçeler ve sözlü beyanları ile sınırlıdır. Bu nedenle uyuşmazlığın tarafları, tahkim yargılaması sırasında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birine başvurmanın kendilerine avantaj sağlayacağını düşünebilirler¹⁴⁰. Aynı şekilde alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin tarafların haklılığından ziyade aralarındaki menfaatler dengesini gözetmesi ve her iki tarafı da tatmin etmek suretiyle sonuca varması hususu¹⁴¹ da tahkim açısından geçerli değildir. Zira hakemler uyuşmazlığı, tarafların onayını alma ihtiyacı olmadan çözerler ve verecekleri karar uyuşmazlığın tarafları açısından bağlayıcı olacaktır¹⁴². Bu nedendir ki tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurması ile sahip oldukları ifade edilen yargı yollarına başvurma imkânlarının baki kalacak olması¹⁴³ da tahkim açısından geçerli olmayacaktır.

Buna mukabil tahkim ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının birbirlerine benzer yönleri de bulunmaktadır. Örneğin, alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmak suretiyle elde edilebilecek avantajlardan olan uyuşmazlığın gizlilik içerisinde¹⁴⁴, daha az giderle, seri olarak¹⁴⁵ ve konunun uzmanı kişilerce çözülmesi¹⁴⁶ her iki kurumun da taraflara sağladığı ortak avantajlardır.

¹⁴⁰ Sanders, s. 824.

¹⁴¹ Tanrıver, Alternatif, s. 158; Bulur, s. 202.

¹⁴² Başaran, s. 23.

¹⁴³ Tanrıver, Alternatif, s. 158. Uluslararası uyuşmazlıkların çözümü bakımından Erdoğan, yargısal olmayan yöntemlerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde yargılamaya dayanan yöntemlere başvurulduğunu belirtmektedir. Bkz. Erdoğan, s. 23. Erdoğan bu örneği uluslararası kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlık çözümü açısından vermiş olsa da Başaran'a göre zaten tahkim hukukuna ilişkin olarak uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuk alanı önem taşımamalıdır. Bkz. Başaran, s. 13.

¹⁴⁴ Hopt/Steffek, s. 49; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1095; Tanrıver, Alternatif, s. 158; Şanlı, s. 292; Ilgın, s. 60; Yazıcı Tıktık, s. 34; Bulur, s. 202; Taşpolat Tuğsavul, s. 134.

¹⁴⁵ Tanrıver, Alternatif, s. 158; Özbay, s. 38; Şanlı, Uyuşmazlık, s. 292; Ilgın, s. 60; Bulur, s. 202.

¹⁴⁶ Tanrıver, Alternatif, s. 158; Özbay, s. 39; Şanlı, Uyuşmazlık, s. 292; Ilgın, s. 60; Bulur, s. 203.

Bu noktada ÷lkemizdeki uyuşmazlık çözümlerinden belki de niteliği en tartışmalı olan Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ni incelemek gerekli olabilir. Bir mecburi tahkim yolu olarak nitelendirilebilecek olması sebebiyle, doğrudan çalışmamızın kapsamında olmasa da alternatif uyuşmazlık çözümleri ile tahkim arasındaki farkların incelenmesi bakımından şu aşamada Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin hukukî niteliğine değinmekte fayda görüyoruz.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, tüketici uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak, tarafların, aralarındaki tüketici uyuşmazlığını ihtiyari tahkim ile çözümleremeyeceği hususu aydınlatılmalıdır. Zira tüketicilerin taraf olduğu uyuşmazlıkların, kanunda öngör÷lmüş bulunan tüketici sorunları hakem heyeti ve yahut tüketici mahkemeleri ile çözümlerine yerine, ihtiyari tahkim yoluyla çözümleremeyeceği hususunda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Kara, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun kamu düzeni¹⁴⁷ saikiyle hazırlanmış bir kanun olduğunu, tüketici uyuşmazlıklarının çözümlerine ilişkin düzenlemelerinin tüketiciyi koruyucu nitelikte olduğunu, bu nedenle tarafların, bu hususlarla ilgili olarak ihtiyari tahkim yoluna başvuramaması gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁸. Öte yandan ise tahkim yoluna tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar ile ilgili olarak gidebilecekleri gerekçesiyle, tüketici uyuşmazlıklarında da ihtiyari tahkim yoluna başvurulabileceği ifade edilmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Kamu düzenine dair konularla ilgili olarak tahkim yoluna başvurulamayacağına, hakemin de bunu resen gözetmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2645. Ayrıca bkz. Yarg. 13. HD, E. 2008/6195, K. 2008/12026, T. 20.10.2008, Yarg. 13. HD. E. 2008/3492, K: 2008/11120, T. 25.9.2008. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, E. T. 12.4.2016)

¹⁴⁸ Kara, İ.: Tüketici Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 591; Aynı doğrultuda bkz. Yeşilirmak, s. 85.

¹⁴⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1070; Ermenek, s. 603; Akil, C.: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı*, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014, s. 117.

Bir tüketici uyuşmazlığının tarafları, uyuşmazlığın çözümü için tüketici sorunları hakem heyetine başvurmuş olsalar bile, o uyuşmazlık kabul ve yahut feragat ile son bulabilir¹⁵⁰. Bu durumda tüketici uyuşmazlıkları ile ilgili olarak ihtiyari tahkim yoluna başvurulabileceğinin kabulü gerekir. Tüketici hukukunun amacı göz önüne alındığı takdirde, tüketicinin korunması amacıyla bu yönde konulacak bir tahkim kaydının, standart sözleşme içinde yer aldığı hallerde bu hususun, şaşırtıcı bir şart olarak nitelendirilmesi mümkündür¹⁵¹. Örneğin, uyuşmazlık çıkması halinde tüketici sorunları hakem heyetine çözülmesi gereken nispette düşük tutarda bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceğine dair bir kaydın, objektif olarak tüketici tarafından öngörülmesi mümkün değildir. Bu durumda ise, tahkim şartı haksız şart olarak nitelendirilebileceği için geçerliliğinden söz edilemeyecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu durum, tüketici sözleşmelerine özgü olarak anlaşılmalı, TBK'nın genel işlem şartları¹⁵² kapsamında uygulanacağı her somut olayda ayrıca incelenebilmelidir. Zira tahkim yargılaması taraflara çeşitli avantajlar sağlasa da, bilhassa küçük uyuşmazlıklar için oldukça pahalı ve tüketiciler açısından devlet yargısının sağladığı avantajları sağlayamayan bir yoldur, bu nedenle de bu tür uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna başvurulması tüketicinin yararına değildir¹⁵³.

¹⁵⁰ Kara, s. 555 ve 556.

¹⁵¹ Yarg. 13. HD. E. 2006/7789, K. 2006/12275, T. 25.9.2006. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, E. T. 12.4.2016)

¹⁵² Tüketici işlemlerinde TKHK kapsamında haksız şart denetimi yapılmasının, TBK kapsamında genel işlem koşulları denetimi yapılmasına kıyasla tüketicinin daha lehine olmasına dair olarak bkz. Kara, s. 120.

¹⁵³ Tahkim şartının bir haksız şart olarak nitelendirilmesine ilişkin görüş için bkz. Umar, HMK, s. 1199.

Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, bir görüşe göre bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu, diğer bir görüşe göre ise mecburi¹⁵⁴ bir tahkim faaliyetidir¹⁵⁵. Özbek, bu noktada esas itibariyle tahkimin de bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu ileri sürdüğü için, buna yönelik bir ayırım yapmamakta, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin yerine getirdiği görevin niteliğini bir alternatif uyuşmazlık çözüm türü olan tahkim olarak nitelendirmektedir¹⁵⁶. Benzer şekilde Özmumcu, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti tarafından yerine getirilen görevin bir alternatif uyuşmazlık çözümü olduğunu; ancak faaliyetin niteliği itibariyle arabuluculuk olarak nitelendirilemeyeceğini ama uzlaştırma olarak nitelendirilebileceğini savunmaktadır¹⁵⁷. Uzlaştırmanın amacı ve bununla birlikte Türk hukukundaki düzenleniş şekli dikkate alındığı takdirde, bu görüşe katılma imkânı kalmamaktadır. Zira uzlaştırmanın amacı, arabuluculuğa benzer olarak, uyuşmazlığın taraflarını, uyuşmazlık üzerinde ortak bir noktada anlaşmaya sevk etmek, tarafları buna teşvik etmektir¹⁵⁸. Bu süreçte uzlaştırıcı olan kimse herhangi bir hüküm vermemektedir. Oysaki Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin işleyişi dikkate alındığının kanun koyucunun esas amacının

¹⁵⁴ Ermenek, tüketici sorunları hakem heyetine başvurma zorunluluğunun yalnızca devlet mahkemelerinde dava açılmasının önünde bir engel olarak nitelendirilebileceğini, dolayısıyla tarafların tüketici sorunları hakem heyetinin görev alanına giren bir konuda ihtiyari tahkime başvurabileceklerini belirtmektedir. Bkz. Ermenek, s. 603 ve 604. Akil de bu görüşten yola çıkarak aynı kapsamda tarafların arabulucuya da başvurabileceğini belirtmektedir. Bkz. Akil, Arabuluculuk, s. 117 ve 118. Buna mukabil Kara, tüketici sorunlarıyla ilgili olarak ihtiyari tahkim yoluna gidilemeyeceğini ve fakat arabuluculuğa başvurulabileceğini belirtmektedir.

¹⁵⁵ Atalı, M.: *6502 sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014, s. 412; Ermenek, Arabuluculuk, s. 603.

¹⁵⁶ Özbek bu noktada, Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurma zorunluluğunun gönüllülük esasına dayanmadığını belirtmekte, ancak bu eksikliğin söz konusu yolun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilmesine engel olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Özbek, Alternatif, s. 710.

¹⁵⁷ Özmumcu, s.273. Hemen belirtmek gerekir ki yazar, uzlaştırma ile arabuluculuk arasındaki ayrımın da giderek kaybolduğunu ifade etmektedir. Bkz. Özmumcu, s. 283 ve 284. Karayalçın ise arabuluculuk ile uzlaştırma arasında açık bir ayırım yapılamayacağını belirtmektedir. Bkz. Karayalçın, s. 2.

¹⁵⁸ Özmumcu, s. 261. Tanrıver'e göre uzlaşma, taraflara çeşitli çözüm önerileri sunulmasını da kapsamaktadır. Bkz Tanrıver, Öztan Armağanı, s. 2026 ve 2027; Taşpolat Tuğsavul'a göre ise, çözüm önerilerini getirmek arabulucunun değil, tarafların görevidir, arabulucunun taraflarca getirilen bu çözüm önerileri kapsamında, uyuşmazlığın taraflarını çözüme yönlendirir. Bkz. Taşpolat Tuğsavul, s. 179.

tarafkların anlaşması suretiyle uyuşmazlığın halledilmesi olmadığı açıktır. Ayrıca, YKHK'da belirlenen sınırın altında kalan uyuşmazlıkların açısından Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurmanın, taraflar açısından bir zorunluluk teşkil etmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel özelliklerinden biri olan gönüllülük esasına aykırılık teşkil edecektir¹⁵⁹. Kaldı ki Türk hukukunda uzlaşma yolu, yalnızca avukatlara tanınmıştır. Bu nedenle, yorum yoluyla, uzlaştırma yetkisinin başka bir kanunla kurulmuş bir kuruluşa, açık bir kanuni düzenleme olmaksızın, teşmili mümkün olmamalıdır. Doktrinde bir diğer görüş ise Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin vermiş olduğu kararların maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemesinden dolayı, mecburi tahkim olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir¹⁶⁰.

Sonuç olarak biz tahkimi, bir yargılama yapıldığı, sonuca ulaşılması için tarafların iznine yahut anlaşmasına ihtiyaç bulunmadığı, yapılan yargılama sonucunda kesin hüküm ortaya çıktığı için, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendiremiyoruz. Tahkim, bir uyuşmazlığa taraf olan en az iki kişinin, bir sözleşme yapmak suretiyle, üçüncü bir kişiye, aralarındaki uyuşmazlığı çözdürmekten ibaret olan bir yargılama faaliyetidir.

¹⁵⁹ Tutumlu, M. A.: Tüketici Yargılaması Hukuku, Ankara 2015, s. 43.

¹⁶⁰ Tutumlu, s. 43.

İkinci Bölüm

Hakem Sözleşmesinin Hakkında Genel Bilgiler

§ 3 Hakem Sözleşmesinin Amacı

Bir tahkim ilişkisinde hakemlerle uyumsuzluğun tarafları arasındaki ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olduğunu ve bu ilişkinin de hakem sözleşmesine dayandığını tespitini yaptıktan sonra, hakemin hukukî sorumluluğunun sınırlarını belirleyecek olan hakem sözleşmesinin niteliğinin incelenmesi gerekmektedir.

İç tahkim açısından uygulanacak kuralları içeren HMK hükümleri arasında hakem sözleşmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. HMK'daki hakem sözleşmesi ile ilgili tek hüküm, Kanun'un 74'üncü maddesidir. Söz konusu maddede, tarafın, avukatına, hakem sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki vermesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu noktada HMK'nın hakem sözleşmesinin varlığını kabul ettiği ama onu özel olarak düzenlemediği sonucuna varılabilir¹⁶¹.

Hukukumuzda tahkime ilişkin esas düzenlemelerden bir diğeri olan MTK kapsamında da hakem sözleşmesi ile ilgili düzenleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Maddî hukuka dair düzenlemeler kapsamında da özel olarak hakem sözleşmesini düzenleyen bir hükme rastlanılmamaktadır. Bu durum karşısında hakem sözleşmesinin hukukî niteliğinin mevcut düzenlemeler karşısında tespit edilmesi,

¹⁶¹ Doktrinde, HMK'da hakem sözleşmesinin düzenlenmemiş olduğunun bir eksiklik olarak nitelendirilemeyeceği, çünkü hakem sözleşmesinin maddî hukuka tâbi bir sözleşme olduğu belirtilmektedir. Bkz. Kuru, Usul, s. 938.

hakemlerin hukukî sorumluluğunu hukukî dayanağının, mahiyetinin ve sınırlarının belirlenmesi bakımından özel bir önem taşımaktadır.

I. Hakem Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

A. Genel Olarak

Bir uyuşmazlığın çözümü için kendisine yetki verilen hakemin, bu faaliyeti yerine getirirken sebep olduğu zararlardan, hangi kapsamda ve hangi gerekçelerle sorumlu tutulabileceğini tespit edebilmek için, taraflarla arasındaki ilişkinin niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Doktrinde savunulan görüşlerden biri olan hakem sözleşmesinin bir kamu hukuku sözleşmesi olduğuna dair görüşün aksine, bu ilişkinin neden salt kamusal bir ilişki olamayacağı, hakemlerin neden hâkimler gibi ele alınamayacağı bir sonraki başlık altında izah edilecektir¹⁶².

Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, uyuşmazlığın taraflarının o uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurmaları ve bu doğrultuda bir hakeme uyuşmazlığın çözümü için yetki verilmesiyle ortaya çıkan ilişki sözleşmesel bir ilişkidir¹⁶³. Bu ilişkinin sözleşmesel bir ilişki olduğuna dair görüşü ilk dile getiren kişi Contius, idi¹⁶⁴. Contius tarafından ileri sürülen bu görüşün ardından Fransız doktrinince uzunca bir süre bu ilişkinin niteliğine dair yeni bir görüş ileri sürülmemiştir¹⁶⁵.

¹⁶² Bkz. aşa. § 7-I/C.

¹⁶³ Schlosser, *Schiedsgerichtbarkeit*, s. 378

¹⁶⁴ Contius, *Disputationum iuris civilis I*, 1607, s. 524 (Gal, s. 23, dpt. 89'dan naklen).

¹⁶⁵ Gal, s. 73.

Tarihi açıdan Fransız doktrininde genel olarak kabul edildiği söylenebilecek bu sözleşmesel ilişkinin ise diğer hukuk sistemlerinden biraz farklı olarak, hakeme verilen temsil yetkisine özel bir önem verdiği söylenebilir. Nitekim Fransız hukukunda hakem uzunca bir süre tarafın temsilcisi olarak görülmüştür¹⁶⁶. Belirtmek gerekir ki, tahkimle ulaşılmak istenen sonuç tarafların iradelerine¹⁶⁷ göre değil, yapılan yargılamanın sonucunda uygulanan hukuka yahut, uyuşmazlığın taraflarının açıkça yetki vermeleri halinde¹⁶⁸, hak ve nesafete göre, bir şekilde karar verilmesidir¹⁶⁹. Bu nedenle de hakemin, tarafın temsilcisi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Nitekim Fransız Yargıtay'ı 1838 yılında vermiş olduğu Parquin Ducros v. Salmon kararında, hakemin bir temsilci olmadığına bilakis o uyuşmazlığı çözmekle görevli bir "hâkim" olduğuna hükmetmiştir¹⁷⁰.

Avusturya hukukunda ise, Alman hukukundaki resmî kurum teorisine benzer bir teori bulunmamaktadır. Genel olarak Avusturya'da uyuşmazlığın tarafları ile hakem arasındaki ilişkinin sözleşmeye dayanan bir ilişki olduğu ileri sürülmektedir¹⁷¹. Nitekim Avusturya Yüksek Mahkemesi de 1915 yılında vermiş olduğu kararla birlikte, ilk defa hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin bir sözleşmeden kaynakladığını belirtmiştir. Mahkeme bu belirlemeyi yaparken, sözleşmenin kamusal boyutuna da dikkat çekmiştir¹⁷². Avusturya hukuku bakımından

¹⁶⁶ Clay, n. 608. Bu hususa ilişkin olarak bkz. Balkar Bozkurt, s. 12 vd.

¹⁶⁷ Belirtmek gerekir ki uyuşmazlığın taraflarının ortak bir iradesi varsa, hakemlerin bununla bağlı olduğunu kabul etmek gerekir.

¹⁶⁸ HMK m. 433/3: "*Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılınmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir.*"

¹⁶⁹ Gal, s. 75, Kuru, C. VI, s. 6073 ve 6074; Kuru, Usul, s. 946. Ayr. Bkz. Yarg. 15.HD, E. 1989/1023, K. 1989/2841, T. 15.6.1989.

¹⁷⁰ Parquin und Ducros vs. Salmon, Sirey 1838, C. 2 s. 398 ve 399. Ancak söz konusu kararda mahkeme, sözleşmenin niteliğine dair değerlendirme yapmamıştır. Bu nitelikte bir değerlendirme yapan kararlar ileride yeri geldikçe incelenecektir.

¹⁷¹ Gal, s. 80.

¹⁷² OBG, G1UNF 18, n. 7623, s. 1019 ve 1020.

bu meselede en çok tartışılan husus da budur. Bu nedenle doktrinin, hakem sözleşmesinin niteliği konusunda fikir birliği içinde bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

İngiliz hukukunda da hakem sözleşmesi özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte doktrinde uzun bir müddet boyunca taraflar arasındaki bu ilişkinin niteliği tartışılmamış, hakem sözleşmesi isimsiz bir sözleşme olarak uygulanmıştır¹⁷³. Buna ilişkin olarak ilk defa 1887 yılında verilen *Crampton&Hold vs. Ridley&Co* kararında İngiliz Yüksek Mahkemesi hakemler ile taraflar arasında zımni de olsa bir sözleşme bulunduğunu ve bu sözleşmeye göre hakem mahkemesinin teşkil edildiğine hükmetmiştir¹⁷⁴. Bu karardan üç yıl sonra verilen *Wilis vs. Wakely* kararında da mahkeme, hakemin ücrete, bu zımni sözleşmeye dayanarak hak kazanacağına hükmetmiştir¹⁷⁵. Fakat anılan kararlarda, hakemin sözleşmeden kaynaklanan borcunun ne olduğu belirtilmemiştir. 1986 yılında verilen *Compagnie Europeene de Cereal vs. TradaxExport* kararına kadar hakemlerin faaliyetlerinden kaynaklanan zararlara ilişkin olarak, ihmal suretiyle haksız fiil hükümlerinin uygulandığı görülmektedir¹⁷⁶.

Bir borcun ifası esnasında meydana gelen zarara neden olan fiil aynı zamanda haksız fiil olarak değerlendirilebilirse de, Kara Avrupası hukuk sisteminde bu fiili sözleşmeye aykırılık kapsamında ele alma eğilimi olduğunu söylemek mümkündür. Buna mukabil İngiliz hukukunda hakemlerin vermiş oldukları kararlardan dolayı

¹⁷³ Gal, s. 61.

¹⁷⁴ Queen's Bench, *Crampton&Hold vs. Ridley&Co*. 20 (1888), s. 48.

¹⁷⁵ Queen's Bench, *Wilis vs. Wakely*, *Times L. R.*, s. 604 ve 605.

¹⁷⁶ Queen's Bench, *Compagnie Europeene de Cereal vs. TradaxExport*, V. II, s. 306.

meydana gelen zararın tazminini haksız fiil hükümlerine göre talep ettikleri görülmektedir.

Anılan *Compagnie Europeene de Cereal vs. TradaxExport* ve o karardan kısa bir süre sonra verilen *K/S Norjarl A/S v. Hundai Heavy Industries Co.* kararlarıyla birlikte ise “hakem sözleşmesinin bir tarafı olarak hakemin, hakem sözleşmesini kabul etmekle birlikte” yükümlülük altına gireceği kabul edilmiştir¹⁷⁷. Bu kararlar ile birlikte hakem sözleşmesi kavramı İngiliz hukuk terminolojisine başlı başına bir sözleşme olarak girmiştir. Bundan önce taraflarla hakem arasındaki ilişkinin kaynağı tahkim sözleşmesi olarak görülmekteydi ki, bu yaklaşımın başka hiçbir hukuk sisteminde bir benzerinin olmadığı belirtilmektedir¹⁷⁸. Gal, bu noktada, taraflar arasındaki ilişkinin kaynağının tahkim sözleşmesi olarak ele alınması halinde, bir nedenden dolayı tahkim sözleşmesinin ortadan kalktığı durumda, hakemlerin görevinin devam etmesinin güç olacağını; ancak, hakem sözleşmesinin müstakil bir sözleşme olarak ele alınması halinde bu tehlikenin bertaraf edilebileceğini belirtmektedir¹⁷⁹.

Uyuşmazlığın taraflarıyla hakemler arasındaki ilişkinin niteliğine dair farklı yaklaşımlar ve teoriler bulunmaktadır. Yaklaşımlar arasındaki farkın temelinde ise hakemlerin ne zaman karar vermek üzere atandıkları, atanan hakemlerin karar verme mecburiyetlerinin kaynağı ve hakemlere karar verme yetkisinin ne zaman verildiğine dair sorulara verilen cevapların farklılığı yatmaktadır¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Queen’s Bench, *K/S Norjarl A/S v. Hundai Heavy Industries Co.*, 1992, V. I, s. 260.

¹⁷⁸ Gal, s. 63 vd.

¹⁷⁹ Gal, s. 65.

¹⁸⁰ Münchener Kommentar, Zivilprozess, §1034 Rn. 3.

Hakem sözleşmesinin tarafları arasındaki bu ilişkiyi nitelendirirken ilk olarak meseleyi usul hukuku boyutuyla ve maddî hukuk boyutuyla ele alanlar şeklinde bir sınıflandırma yapmak mümkündür. Usul hukuku boyutuyla konuya yaklaşanların görüşleri ise salt usul hukuku görüşü ve usulî maddî hukuk görüşü olarak ayırmak suretiyle inceleme konusu yapılmıştır. Bu noktada ortaya çıkan farklılığın sebebini, hakemin atanması ile karar verme yetkisinin geçip geçmediği sorununa verilen cevaplardaki farklılık oluşturmaktadır¹⁸¹.

Hakem sözleşmesine maddî hukuk boyutuyla yaklaşan teoriler ise anılan sözleşmenin pozitif hukuk düzenlemeleri karşısında hakem sözleşmesinin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğini tartışmışlar ve bu doğrultuda kanunlarda düzenlenmiş çeşitli özel hukuk sözleşmeleri kapsamında hakem sözleşmenin niteliğini tayin etmeye çalışmışlardır. Söz konusu teoriler, hakem sözleşmesinden kaynaklanan karar verme yetkisinin usulî etkisini, sınırlı bir şekilde değerlendirmişlerdir.

Belirtmek gerekir ki, yapılan bu ayrımlar Kara Avrupası hukuk sistemi kaynaklıdır. Nitekim Anglo-Sakson hukuk sisteminin bir parçası olan İngiliz doktrininde uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasındaki ilişki daha çok hakem kararlarının hukukî sonuçlarına yönelik olarak tartışılmış, buna mukabil hakem sözleşmesinin bilhassa tipine yönelik olarak yeterli miktarda çalışma yapılmamıştır¹⁸². Bu ilişkinin niteliğine yönelik yeterli miktarda çalışma yapılmamasından dolayıdır ki, hakemlerin sorumlulukları uzunca bir süre tartışılmamış, yapılan tartışmalarda da daha ziyade hakemlerin hukukî sorumluluğu

¹⁸¹ Taşkın, s. 24.

¹⁸² Gal, s. 61.

hâkimlerin hukukî sorumluluğu çerçevesinde ele alınmıştır. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde daha ziyade Kara Avrupası hukuk sistemi temel alınmıştır.

B. Kamu Hukuku Sözleşmesi Olduğuna Dair Görüş

Hakem sözleşmesinin kamusal yönü bulunan bir usul hukuku sözleşmesi olduğu görüşünü ilk savunanlardan biri Bülow'dur.¹⁸³ Hakem sözleşmesinin bir kamu sözleşmesi olarak ele alınmasının temelinde hakemlerin yerine getirdikleri görevin, devlet yargısındaki hâkimler tarafından yerine getirilen görevle aynı nitelikte olduğu düşüncesi yatmaktadır¹⁸⁴. Bununla birlikte söz konusu kamu hukuku sözleşmesi görüşünün de usul hukuku görüşünün temelini teşkil ettiği savunulmaktadır¹⁸⁵. Bu noktada dikkat edilmelidir ki, hakem sözleşmesiyle uyuşmazlığın tarafları uyuşmazlığın çözülmesi için, hakeme, yetki vermektedir. Bu yetkinin kullanılması neticesinde, devlet yargısındakine benzer bir yargılama yapılıyor ve aynı etkiye sahip bir karar veriliyor olsa da, bu hususun, tahkime kamusal bir karakter kazandırdığı söylenemez¹⁸⁶. Nitekim burada sözü edilen karar verme yetkisi, hâkimlerin sahip oldukları karar verme yetkisinden farklı olarak, yalnızca tahkim ve buna bağlı olarak hakem sözleşmesiyle belirlenen uyuşmazlıkla sınırlıdır¹⁸⁷. Diğer bir ifadeyle, hakem kararı, uyuşmazlığın tarafları açısından

¹⁸³ Bülow, ZZP, 1903, s.191, 220.

¹⁸⁴ Hiepe, s. 1.

¹⁸⁵ Gal, s. 37.

¹⁸⁶ Hiepe, s. 2.

¹⁸⁷ Hiepe s. 4.

bağlayıcılığını tahkim sözleşmesinden almaktadır¹⁸⁸. Dolayısıyla hakemlerin, hâkimlerle aynı statüye sahip olduğu söylenemez¹⁸⁹.

Söz konusu uyuşmazlığın verilecek bir karar ile sona erdiği durumda hakemlerin o uyuşmazlık ile ilgili karar verme yetkisi de son bulur¹⁹⁰. Oetting, yalnızca kararın verilmesi halinde değil ayrıca hakem çekilse bile karar verme yetkisinin ve buna bağlı olarak da karar verme zorunluluğunun sona ermesi gerektiğini savunmaktadır¹⁹¹. Nitekim, Türk hukukunda haklı sebep olmaksızın hakemin karar vermektan kaçınması hali, salt doğan zarardan ötürü hakemin hukukî sorumluluğunu doğuran bir hal olarak düzenlenmiştir¹⁹².

Hâkimlerin yerine getirdikleri faaliyetin kamusal yönünü gösteren, disiplin hapsine karar verme yahut keşif kapsamında mülkiyet hakkının kısmen de olsa sınırlandırılması gibi başka dayanaklar da bulunmaktadır. Aynı şekilde hâkimlerin bu yetkileri davaya taraf olmayan üçüncü kişiler açısından da geçerlidir. Oysaki tahkim açısından hakemlere, tahkim ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişilere karşı kullanılabilir, bu tür yetkilerin tanındığı söylenemez¹⁹³. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkimde delillerin toplanmasını düzenleyen 432'inci maddesi¹⁹⁴ de bunu kanıtlar niteliktedir. Söz konusu maddeye göre taraflardan biri hakemin onayı ile delillerin toplanması amacıyla mahkemeden yardım

¹⁸⁸ Şanlı, Mütalaalar, s. 685.

¹⁸⁹ Zöllner, R.: Zivilprozessordnung, 10. Auflage, Köln 2014, §1034, Rn. 6.

¹⁹⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, §179 Rn. 29; Schlosser, Schiedsgerichtbarkeit, s. 375.

¹⁹¹ Oetting, s.35.

¹⁹² HMK m. 419 ve MTK m. 7/E.

¹⁹³ Bkz. s. 53.

¹⁹⁴ HMK m. 432: "*Taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun onayı ile delillerin toplanmasında mahkemeden yardım isteyebilir.*" Düzenlemenin eleştirisi için bkz. Umar, HMK, s. 1231.

isteyebilecektir¹⁹⁵. Maddenin gerekçesi de incelendiği takdirde buradaki yardımın esas itibarıyla delillerin toplanması aşamasında kamu gücü gereken haller açısından¹⁹⁶ öngörüldüğü söylenebilir¹⁹⁷. Nitekim devlet yargısının yardımının¹⁹⁸ öngörülmediği bir tahkim düzeninin de olmadığı ifade edilmektedir¹⁹⁹.

Aynı şekilde hakemler tarafından verilecek bir ihtiyati tedbir kararı da yalnızca tahkim ilişkisinin taraflarını bağlayacak nitelikte olabilecek²⁰⁰, üçüncü kişileri etkileyebilecek şekilde tedbir kararı verilmesi mümkün olamayacaktır²⁰¹. Çünkü tahkim ilişkisi kapsamında hakemlerin karar verme yetkisi, yalnızca tahkim sözleşmesinin tarafları açısından söz konusudur. Hakemler üçüncü kişiler lehine veya aleyhine karar verme yetkisine sahip değildirler²⁰². Benzer şekilde hakemler esas hakkında, maddî anlamda kesin hüküm niteliğinde²⁰³ ve herhangi bir tasdike ihtiyaç duyulmaksızın ilamlı icra usulüne göre icra edilebilecek nitelikte²⁰⁴ bir karar

¹⁹⁵ Delil tespitine ilişkin olarak bkz. Tunç Yücel, s. 29-31; belge ibrazına ilişkin olarak bkz. Demir Gökyayla, C.: Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazi, İstanbul 2014, s. 200-203.

¹⁹⁶ Örneğin üçüncü kişilerin elindeki belgelerin elde edilmesi hali.(Bkz. Demir Gökyayla, s. 71 vd.).

¹⁹⁷ “Hakem veya hakem kurulunun, yargı gücüne doğrudan sahip olmamaları ve tahkimin sözleşmesel niteliği gereği, tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan kişilere karşı herhangi bir yetkileri olmaması sebebiyle, sözleşmenin tarafı olan ancak hakem veya hakemlerle işbirliği yapmak istemeyen bir tarafın veya tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan bir kişinin elindeki delillerin toplanması için, ancak mahkemeden yardım istemesi mümkündür...” (Hükümet Gerekçesinden) Ayr. bkz. Wolff, s. 145.

¹⁹⁸ Doktrinde Umar, “mahkemelerin yardımı” başlığını taşıyan HMK’nın 411’inci maddesinin kaleme alınış şeklini eleştirmekte, MTK m. 3’te ifade edildiği şekliyle “mahkemelerin müdahalesi yerine, Kanun’da “yardım” kelimesi kullanılmak suretiyle mahkemelerin, süreçten dışlanmak istendiğini, mahkemelerin bir yardım mercii olmadığını, hakkı hukuku koruma mercii olduklarını belirtmektedir. Bkz. Umar, HMK, s. 1196.

¹⁹⁹ Schlosser, Schiedsgerichtbarkeit, s. 445.

²⁰⁰ Tunç Yücel, s. 54.

²⁰¹ Tahkim yargılamasındaki ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz uygulamasının zorluklarının uyumsuzluğunun tarafları açısından bir dezavantaj olduğuna dair görüş için bkz. Akıncı, Alternatif, s. 96 ve 98.

²⁰² Neef, s. 68; Şanlı, Mütalaalar, s. 687.

²⁰³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, §179 Rn. 31; Lörcher/Lörcher, Rn. 10 ve 12; Sutter-Somm, s. 407; Özbay, Hakem Kararı, s. 295 vd.; Yeşilirmak, s. 116; Korucu, s. 154.

²⁰⁴ Korucu, s. 168;. Karataş, iptal davasına konu olmayarak şeklen kesinleşen kararın doğrudan doğruya icraî nitelik kazanamayacağını, devlet mahkemesi tarafında tasdik edilmesi gerektiği, iptal davası açıldığı takdirde bu tasdik incelemesinin zaten ayrıca gerekmeyeceğini, Yargıtay’dan geçerek kesinleşen karar için ise ayrıca tasdik zorunluluğunun olmadığını belirtmektedir. Bkz. Karataş, s. 210 ve 211. HMK’ya göre hakem kararının icraî nitelik kazanabilmesi için ayrıca devlet mahkemelerince

verebilecek olsalar dahi, geçici hukukî koruma tedbirleri kapsamında cebri icra da dâhil olmak üzere resmî makamlarca yerine getirilmesi gereken bir konuda karar vermeleri de mümkün değildir. Bu tür geçici hukukî korumaya yönelik kararların devlet mahkemesinden talep edilmesi gerekmektedir²⁰⁵.

Benzer şekilde HMK'nın tahkim faaliyeti kapsamında verilecek olan geçici hukukî korumaya ilişkin düzenlemesi olan 414'üncü maddesi de hakemlerin yalnızca ihtiyati tedbir ve delil tespiti kararı verebileceğini, ihtiyati haciz kararı veremeyeceğini öngörmektedir²⁰⁶. Buna mukabil MTK'nın aynı husustaki düzenlemesi olan 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında, hakem heyetinin ihtiyati haciz kararı da verebileceği düzenlenmektedir. Öte yandan HMK'daki düzenlemede hakemlerin devlet mahkemelerince verilmiş ihtiyati tedbir kararını değiştirebileceği ve hattâ kaldırabileceği²⁰⁷ düzenlenmişken, MTK'da böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir²⁰⁸.

bir tasdik işlemi yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle uyuşmazlığın tarafları, hakem kararının imzalanmasıyla birlikte doğrudan kararın icrasını isteyebilirler. Bununla birlikte hakem kararlarının kesinleşmesi için devlet yargısının denetiminden geçmesi gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Ekşi ise iptal davası açılmasının ve iptal davası üzerine mahkeme tarafından verilen hükmün temyiz edilmesinin hakem kararının icrasını kendiliğinden durdurmayacağını belirtmektedir. Bkz. Ekşi, s. 209. Türk hukukunda hakem kararlarının verildikleri anda icra edilebildiği dikkate alındığı takdirde, iptal davası açılmasının icraya engel olmaması gerektiği açıktır.

²⁰⁵ Tunç Yücel, s. 58.

²⁰⁶ Nitekim doktrinde hakemlerin ihtiyati haciz kararı verememesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Pekcanitez, *Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukukî Koruma Önlemleri*, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003 s. 125; Özekes, *İhtiyati*, s. 181; Korucu, s. 115.

²⁰⁷ Nomer/Ekşi/Günseli Gelgel, s. 30. Pekcanitez, bu düzenlemenin tahkimde taraf iradelerine tanınan üstünlüğün bir gereği olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Pekcanitez, H.: *Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümleri*, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2011, s. 75.

²⁰⁸ Benzer şekil HUMK döneminde de hakemlerin ihtiyati tedbir kararı vermesi mümkün değildi. Bkz. Kuru, C. VI, s. 6055.

Hukukumuzda biri ulusal biri uluslararası tahkimi düzenleyen bu iki düzenleme arasında bir çelişki bulunmaktadır²⁰⁹. Hemen belirtmek gerekir ki, MTK'nın aynı maddesinde hakem heyeti tarafından resmî makamlara yönelik olarak karar verilemeyeceği de ifade edilmektedir. Hakemlerce verilecek olan bir ihtiyati haciz kararının resmî makamların yahut taraflarının kendilerinin uygulaması söz konusu olamayacağına göre, bu doğrultuda, bir mahkeme tarafından yeniden ihtiyati haciz kararı verilmesi gerekeceği ifade edilmektedir²¹⁰. Benzer şekilde hakemlerin cezai kovuşturma gerektiren sahtelik iddiası hakkında da karar veremeyecekleri ifade edilmektedir²¹¹. Bu açıdan bakıldığında de hakemler ile hâkimlerin yerine getirdiği faaliyetlerin kamusal yönü arasındaki fark daha net bir şekilde anlaşılmaktadır.

Bu noktada anlaşılmaktadır ki, hakem sözleşmesiyle, uyuşmazlığın taraflarının hakemlere tanıdığı yetki kamusal faaliyette bulunma yetkisi değildir. Yalnızca kanunda öngörüldüğü kadarıyla kamusal alanda kimi sonuçları olan bir yetkidir. Dolayısıyla bu sözleşmenin bir kamu hukuku sözleşmesi olarak kabul edilmesi, yerine getirilen faaliyetin özel hukuk boyutunu göz ardı edecektir.

C. Özel Hukuk Sözleşmesi Olduğuna Dair Görüş

1. Usul Hukuku Sözleşmesi Olduğuna Dair Görüş

²⁰⁹ Tunç Yücel, s. 57.

²¹⁰ Pekcanıtez, Milletlerarası Tahkim, s. 117.

²¹¹ Görgün, Ş.: Medenî Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2014, s. 477. Bu noktada Umar, sahte olduğu belirlenmiş bir belgeye dayanılarak verilen hakem kararının kamu düzenine aykırılıktan dolayı bozulabileceği kanaatindedir. Bkz. Umar, HMK, s. 1218.

Uyuşmazlığın taraflarının aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi konusunda anlaşmaları ve bunun için hakem tayin etmeleriyle, devlet yargısına başvurmadan vazgeçmeleri²¹² ve neticede alınacak hükmün niteliği²¹³, usul hukukuna dair görüşlerin temelini oluşturmaktadır. Bu kapsamda, ilk olarak bir görüşe göre, yapılan bu hukukî işlem yalın bir usul işlemidir, maddî hukuka dair sonuçları sınırlıdır, dolayısıyla da usul kurallarının tâbî olduğu ilkeler göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Bu görüşü esas almakla birlikte, bu ilişkinin temelini bir maddî hukuk sözleşmesi olduğuna dayanan diğer görüşe göre ise, tarafların arasındaki ilişkinin temeli bir maddî hukuk sözleşmesidir. Dolayısıyla, hakem sözleşmesinin kurulması açısından maddî hukuk karakteri vardır, fakat sözleşmenin sonuçları usul hukuku alanında ortaya çıkmaktadır.

a) Saf Usul Sözleşmesi Görüşü

Hakem sözleşmesinin bir usul sözleşmesi olduğu görüşünün temelinde, hakem sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte hakemlerin atanmasının ve hakeme karar verme yetkisinin verilmesinin aynı zamanda gerçekleşmiş olduğunun savunulması yatmaktadır²¹⁴. Saf usul sözleşmesi görüşünü savunanlara göre, hakemin atanması işleminin hakem sözleşmesi içindeki ağırlığı nedeniyle, sözleşmenin asıl etkisi, usul hukuku alanında ortaya çıkmaktadır²¹⁵. Almanya’da modern usul teorisini temellendiren kişi olarak görülen Schwab’a göre, hakemin karar vermek üzere atanması, hakem sözleşmesinin ayrılmaz bir parçasıdır. Hakemin atanmasıyla birlikte

²¹² Schütze, Rn. 291; Dasser, Oberhammer-ZPO Kurzkommentar, s. 1493.

²¹³ Habscheid, Rechtsnatur, s. 33 ve 35.

²¹⁴ Buna ilişkin görüşler için bkz. Gal, s. 37 vd.

²¹⁵ Real, s. 59.

karar verme zorunluluğunun ortaya çıkması²¹⁶ ile bu karar verme yetkisinin verilmesinin birbirinden ayrılması mümkün değildir²¹⁷. Fransız mahkeme kararları da bu yönden Schwab'ın görüşüne paralellik arz etmektedir. Zira bu kararlarda genel olarak²¹⁸ kabul edilen görüşe göre, hakemlerin atanması ile hakem sözleşmesinin birbirlerinden ayrı düşünülmemesi gerekmektedir²¹⁹. Schwab ise, bu beraberliğin hakem sözleşmesinin sonuçlarının dayandığı hukuk düzeni değiştiği takdirde mümkün olabileceğini savunmaktadır²²⁰.

Bu noktada tartışılması gereken temel mesele, atama işleminin hukukî niteliği ve sonuçlarıdır. Hakemin atanması ile birlikte uyuşmazlığın tarafları, seçtikleri hakeme uyuşmazlığı çözüme görevini vermiş olurlar²²¹. Saf usul hukuku teorisine göre zaten tarafların hakem sözleşmesi yapmaktaki amaçlarının da bu olduğu göz önüne alındığı takdirde, buradaki atama işlemi, aslında hakem sözleşmesine bağlı olarak gerçekleştirilen bir tasarruf işlemidir. Söz konusu sözleşme, soyut bir sözleşme olarak nitelendirildiği takdirde, hakemin atanması ile hakem sözleşmesinin ayrılmaz bir bütün olarak düşünülmesi her durumda mümkün olamayacaktır. Nitekim Avusturya hukukunda sözleşme ile hakemin atanması işleminin ayrıldığı görülmektedir²²². Dolayısıyla Schwab tarafından savunulan görüş, hakem sözleşmesinin illî bir sözleşme olarak kabul edilmesi halinde bir anlam ifade

²¹⁶ Schäfer, Teil I, s. 345.

²¹⁷ Schwab, K. H.: Schiedsrichterernennung und Schiedsrichtervertrag, Festschrift für Gerhard Schiedermair, München 1976, s.499.

²¹⁸ Bu noktada Gal, içtihat olarak görülebilecek ortak bir görüşün bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. Gal, s. 38.

²¹⁹ Gal, s. 41.

²²⁰ Schwab, s.499.

²²¹ Hiepe, s. 5.

²²² Gal, s. 41, dpt. 171.

edecektir ki, bu durumda da saf usul hukuku teorisinin genel geçer bir teori olması söz konusu olamayacaktır.

Daha önce de belirtilen ve 1915 yılında Avusturya Yüksek Mahkemesince verilen karara göre hakem sözleşmesi bir yargılamayı başlattığı için ve hakem mahkemesi bu sözleşmeyle kurulduğu için kamusal boyutu olan bir sözleşmedir²²³. Mahkemenin bu kararda ileri sürdüğü görüş daha sonradan Sperl tarafından ileri sürülmüştür²²⁴. Sperl'in, hakemin atanması işlemini, kamusal bir niteliği olan hakemin karar verme yetkisini ve uyuşmazlığın taraflarıyla hakemler arasında tahkim yargılamasının icrasını sağlayan niteliği dolayısıyla kamusal bir karakteri olduğunu ileri sürdüğü görüşü ise, sözleşme ile atama işlemini birbirinden ayırmadığı için Fasching tarafından eleştirilmiştir. Fasching'e göre Avusturya Medenî Usul Kanunu'nun 579'uncu maddesine göre, hakemin atama işlemi ile sözleşmenin bağlayıcılığının ayrı ele alınması gerekmektedir. Bu ayrım yapıldığı takdirde hakemin atama işleminin kamusal karakteri ve sözleşmenin bağlayıcılığının ise özel hukuk karakteri daha iyi görülebilecektir²²⁵.

Saf usul hukuku sözleşmesi görüşünü savunanlardan biri olan Real'e göre, tarafların bir veya daha fazla usul hukukuna dair bir konuda anlaşmaya varmış olmaları, yapılan bu anlaşmanın işin doğası gereği usul sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için yeterlidir²²⁶. Bu görüş, sözleşmeyle birlikte hakem mahkemesinin kurulmuş olduğunu ve hakeme karar verme yetkisinin verildiğini,

²²³ OGH, G1UNF 18, n. 7623, s. 1019 ve 1020. Ayrıca bkz. Real s. 43; Fasching, s. 68.

²²⁴ Sperl, Hans, Lehrbuch der Bürgerlichenrechtspflege, Wien, s. 781.

²²⁵ Fasching, H. W.: Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht, Wien 1973, s. 69.

²²⁶ Real, Der Schiedsrichtervertrag, 1983, s.59.

dolayısıyla bu sözleşmenin bir usul sözleşmesi olduğunu savunmaktadır. Bu noktada, sözleşmenin konusunu ve sonuçlarının ağırlıklı olarak hangi alanda ortaya çıktığının belirlenmesi gerekir.

Hakem sözleşmesiyle hakemler, uyuşmazlığın taraflarına karşı, o uyuşmazlığı çözme borcu altına girerler²²⁷. Bu borcu yerine getirirken hakem, var olan usul kurallarını dikkate alarak bir yargılama yapacak ve netice itibariyle, devlet yargısında verilmiş bir kararla aynı güce sahip bir karar verecektir²²⁸. Fakat dikkat etmek gerekir ki, burada usul kurallarının uygulanıyor olması ve netice itibariyle usul hukuku kapsamında ele alınabilecek nitelikte bir karar verilecek olması, tek başına bu ilişkiyi salt usul hukuku ilişkisi olarak nitelendirmek için yeterli olmamalıdır. Nitekim bu nitelendirmeyi yaparken sözleşmenin amacını da göz önüne almak gerekir.

Hakem sözleşmesiyle uyuşmazlığın taraflarının amacı, aralarındaki uyuşmazlığın sonlandırılması olduğuna göre, bu husus, tabiatı itibariyle maddî hukukla ilgilidir. Uyuşmazlık sonlandığı takdirde hangi tarafın haklı olduğu ortaya çıkacaktır. Bu durum ise doğrudan maddî hukukla ilgili bir mevzudur. Bu süreçte tahkime dair usul kuralları yalnızca bu sürecin âdil ve öngörülebilir bir şekilde yürütülmesine yöneliktir. Bunun, hakem sözleşmesinin doğrudan usulî bir sonucunun olduğu söylenemez²²⁹. Aynı şekilde tahkim sonucunda bir karar verilmesinin amacı, maddî hukuka yönelik sonucun fiilen de gerçekleştirilebilmesini sağlamaktır. Yani

²²⁷ Taşkın, s. 23.

²²⁸ Sutter-Somm, s. 396; Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkommentar, s. 1463.

²²⁹ Wolf, s. 83; Taşkın, s. 23 vd.

tahkim süresince uygulanacak usulî kurallar ve neticede verilecek olan hüküm, esas itibariyle, hakem sözleşmesinin amacı değil, amaca yönelik araçlardır²³⁰.

Bu görüşe getirilen diğer bir eleştiri²³¹ ise, tahkim sözleşmesi ile hakem sözleşmesinin birbirine karıştırılmış olmasıdır²³². Tahkim sözleşmesiyle taraflar, aralarında mevcut yahut müstakbel uyuşmazlıkların devlet yargısı yerine tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşırlar. Bu açıdan bakıldığında zaman, tahkim sözleşmesinin sonuçları, usul hukuku alanında ortaya çıkmaktadır. Nitekim taraflar, bu sözleşmeyle yalnızca devlet yargısına başvurmaktan vazgeçmekte, tahkim yoluna başvurmayı tercih etmektedirler²³³. Bu esnada yargılamanın içeriğine veyahut maddî hukuka dair bir saptama yapmamaktadırlar. Bilhassa Alman doktrininden Real, hakem sözleşmesinin neden aslında bir usul sözleşmesi olduğunu izah ederken, hakem sözleşmesinin aslında teorik olarak tahkim sözleşmesinin tipine uyan özellikleri kapsadığını ileri sürerek görüşünü desteklemeye çalışmıştır²³⁴.

²³⁰ Aynı doğrultuda bkz. Fouchard, s. 12 ve 17.

²³¹ Gal, s. 39.

²³² Benzer bir husus Türk hukuku açısından da söz konusudur. Örneğin doktrinde “Tahkim Anlaşması”, “Hakemlik Sözleşmesi” olarak adlandırılabilir. Bkz. Zevkliler/Gökyayla, s. 13. Benzer şekilde yargı kararlarında da iki kavramın birbiri yerine kullanıldığı görülebilmektedir. Örneğin 1994/1 karar sayılı İBK’da tahkim sözleşmesi şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Bilindiği üzere gerçek veya tüzel kişilerin, kamu düzenine ilişkin olmayan ve fakat, doğmuş veya doğacak olan hukuki uyuşmazlıkların çözümünü, hakem veya hakemlere bıraktıkları sözleşmeye, hakem veya tahkim sözleşmesi adı verilir. Hakem sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, bu sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerekir. Tarafların karşılıklı olarak iradelerini açıklamaları ve bunu yazılı olarak imza altına almaları ile hakem sözleşmesi oluşur. Hakem sözleşmesi bağımsız bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, bir sözleşmenin şartı olarak da düzenlenebilir. Hakem sözleşmesi, sözleşme serbestliği ilkesinin bir sonucu olarak özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü hakkında yapılabilir. Hakem sözleşmesinde taraflar, uyuşmazlığın en sağlıklı çözümüne katkıda bulunabilecek tüm olasılıkları göz önüne alabilirler. Özellikle taraflar, hakem ve hakemlerin, uyuşmazlıkta uygulamalarını istedikleri veya uygulanmasında zorunlu oldukları usul ve esasa ilişkin kurallara yer verebilirler. Bu hususlar arasında en önemlisi, uyuşmazlığın çözümünde uygulanması istenilen maddi hukuk kurallarının öngörülmesidir.*” (Yarg. İBGK E. 1993/4 K. 1994/1 T. 28.1. 1994) (kazanci.com; E.T.: 3.5.2017)

²³³ Born, G.: International Commercial Arbitration, Volume I, Second Edition, 2014, s. 1270.

²³⁴ Real, s. 66.

Uygulamada kimi zaman esasa ilişkin sözleşmelerin içinde yer alan tahkim klotların da aynı zamanda hakem seçimine yer verildiği görülmektedir. Bu durumda her bir klozu ayrı ele almak gerekir. Aynı klot içerisinde yer alan tahkim kaydı ve hakem seçimi, ayrı ayrı değerlendirilmelidir²³⁵. Nitekim doktrinde, hakem sözleşmesiyle tahkim sözleşmesinin birbirine karıştırılması eleştirilmiştir²³⁶. Zira tahkim sözleşmesi bir usul sözleşmesi²³⁷ hakem sözleşmesi, bir maddî hukuku sözleşmesidir²³⁸.

Saf usul teorisine dair getirilen bir diğer eleştiri ise, tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini tayin ederken usul kuralları arasında kalma zorunluluğunun doğmasıdır. Bu eleştiriye göre hakem sözleşmesinden kaynaklanan edimlerin tayininde usul kuralları yetersiz kalacağı gibi, bu sözleşme bir usul hukuku sözleşmesi olarak tanımlandığı için maddî hukuk kurallarının doğrudan uygulanması da mümkün olmaz.

Resmî kurum teorisine göre hakemin atanması, hakem mahkemesinin kurulması için yeterli olarak kabul edilmektedir. Buna mukabil, usulî teoriye göre, hakemlerle uyumsuzluğun tarafları arasındaki ilişki sözleşmesel bir ilişki olduğu için, bir mahkemenin kurulduğundan bahsedebilmek için hakem sözleşmesinin yapılmış olması gerekmektedir. Nitekim daha önce bahsettiğimiz üzere, resmî kurum teorisi

²³⁵ Münchener Kommentar, Zivilprozess, §1034, Rn. 6.

²³⁶ Gal, s. 39; Kuru, C. VI, s. 5919.

²³⁷ Kuru, Usul, s 932.

²³⁸ “Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için[...].” Yarg. 22. HD E. 2016/27462, K. 2016/21049, T. 26.09.1989. (emsal.yargitay.gov.tr, ET: 06.05.2017) Aynı doğrultuda Yarg. 22. HD E. 2016/6529, K. 2016/11095, T. 18.4.2016.

zaten tarafların yapmış oldukları sözleşmenin kurucu bir yönü olamayacağını savunmaktadır.

b) Usulî Maddî Hukuk Sözleşmesi Görüşü

Uyuşmazlığın tarafları ile uyuşmazlığı çözecek hakem arasındaki ilişkinin usulî boyutunu göz ardı etmemekle birlikte ilişkinin kuruluşu itibariyle maddî hukuk yönüne dikkat çeken bir diğer görüş ise, usulî maddî hukuk görüşüdür²³⁹. Usulî maddî hukuk teorisi, yukarıda anılan eleştiriye karşı, bu sözleşmenin karma yapıli bir sözleşme olduğunu ileri sürerek, hem usul kurallarının hem de maddî hukuk kurallarının doğrudan uygulanmasını sağlayabilmektedir²⁴⁰. Bu sebeple usul hukuku teorisinde olduğu gibi²⁴¹ bir kanun boşluğu olduğu söylenemez.

Usulî maddî hukuk teorisine göre, uyuşmazlığın tarafları ile uyuşmazlığı çözecek hakem arasında, maddî hukuka dayalı ve maddî hukuka göre kurulan ve sözleşmeye dayanan bir ilişki bulunmaktadır²⁴². Fakat bu sözleşmenin sonuçları usul hukuku alanında ortaya çıkmaktadır²⁴³. Bu nedenledir ki hakem sözleşmesini, ne saf usul hukuku sözleşmesi ne de saf maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkündür. Anglo-Sakson hukukunda da benzer şekilde bu görüş Redfern ve Huntern tarafından ileri sürülmüştür²⁴⁴. Tahkim ilişkisinin yapısını hibrid/melez

²³⁹ Gal, s. 40.

²⁴⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1071.

²⁴¹ Hakem sözleşmesinin saf bir usul hukuku sözleşmesi olarak ele alınması halinde, maddî hukuka dair hükümlerin ancak kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkomentar, s. 1525.

²⁴² Gal, s. 40.

²⁴³ Örneğin tarafların mahkemeye başvurma imkânının ortadan kalkması, bkz. Alangoya, s. 49. Ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1071.

²⁴⁴ Redfern, A./Hunter J. M.: Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th Edition, Oxford 2015, para. 5.

olarak tanımlayan yazarlara göre, tahkim ilişkisi özel hukuka tâbî bir sözleşme ile başlamakta, kişilerin taleplerini dikkate alan özel bir yargılama ile devam etmekte ve nihayetinde icra kabiliyeti olan bir kararlar sözleşme sonuç doğurmaktadır. Bu noktada yazarlar, özel hukuka tâbî bir sözleşme ve daha geniş kapsamda bir sürecin kamusal etkilerine dikkat çekmektedirler²⁴⁵.

Uyuşmazlığın taraflarıyla hakem arasındaki bu ilişkinin hem kamu hem de özel hukuk boyutunu göz önünde bulunduran görüşler, bu noktada ortak bir görüş gibi görünse de, esas itibariyle hem çıkış noktaları hem de bu nitelendirmenin sonucunda vardıkları noktalar itibariyle birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Örneğin, bilhassa Alman hukukunda özel bir önem atfedilen “hakemin atanması”nın, bir usul işlemi olduğu ve bu nedenle de hakem sözleşmesinin usul hukuku boyutu ağır basan bir maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürülmektedir²⁴⁶. Buna mukabil, İngiliz hukuku açısından salt “hakemin atanması” kurumunun niteliğine dair ileri sürülen tanımların farklılığı dahi, varılan sonucun aynı olması karşısında sonuca giden yolun farklılığından ötürü bu görüşlerin ortak bir görüş olarak ele alınmasını güçleştirir niteliktedir. Örneğin, İngiliz hukukunda Mustill/Boyd, hakemin atanması işlemi başka hiçbir hukuk kuralına benzemeyen bir hukuk kuralı olarak nitelendirmişlerdir²⁴⁷. Merkin de benzer bir şekilde hakemlerin statüsünün sadece sözleşmesel yahut sadece kamusal bir statü olarak belirlenemeyeceğini ileri sürmüştür²⁴⁸. Daha önce işaret ettiğimiz K/S Norjarl vs. Hyundai Heavy Industries Co. Kararında ise buna ilişkin olarak değişik boyutlarını

²⁴⁵ Redfern/Hunter, para. 1.84.

²⁴⁶ Schwab/Walter, Kap. 11, Rn. 9.

²⁴⁷ Mustill/Boyd, s. 223.

²⁴⁸ Merkin, Rn. 8-1.

ortak noktaları ele alınıp, “hakemlerin hakları ve görevlerinin niteliğini göz önüne alındığı takdirde, buna dair sözleşmesel ve kamusal yaklaşımlarını birbirlerinden ayrı olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı” belirtilmiştir.

2. Maddî Hukuk Sözleşmesi Olduğuna Dair Görüş

Uyuşmazlığın tarafları ile uyuşmazlığı çözecek hakemler arasındaki ilişkinin, esas itibarıyla sözleşmeye dayanan bir ilişki olduğunun tespitinin ardından, bu sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu sözleşmesel ilişkinin hangi kurallara tâbî olarak nitelendirilebileceğine yönelik olarak, evvela önceki başlık altında usul hukuku temelli olan görüşlerden sonra bu bölümde, bu ilişkiyi maddî hukuk boyutuyla ele alan görüşleri inceleyeceğiz.

Hakemler ile uyuşmazlığın tarafları arasında bulunan ilişkinin maddî hukuk kapsamında sözleşmesel bir ilişki olduğuna dair görüşler, bu noktada birlik arz ediyor olsa da, gerekçeleri oldukça farklıdır. Bu farklılığın sebebi ise, söz konusu ilişkinin hangi sözleşme tipi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dair tartışmaların sonucunda ortaya çıkan fikir ayrılıklarıdır.

Bu bağlamda yapılan tartışmalarda, özellikle ilk zamanlarda, doktrinin bir kısmı tarafından hakem sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş olan iş görme sözleşmeleri kapsamında izah edilmeye çalışılmıştır. Burada en çok üzerinde durulmuş bulunan sözleşmeler vekâlet, eser ve hizmet sözleşmeleridir²⁴⁹. İkinci olarak öne sürülen görüş ise hakem sözleşmesinin, anılan sözleşmelerden müteşekkil karma yapıları bir

²⁴⁹ Münchener Kommentar, Zivilprozess, §1034, Rn. 5, Musielak/Voit, §1035, Rn. 20.

sözleşme olduğu görüşüdür. Son zamanlarda hakem sözleşmesinin tipini belirlemeye yönelik ortaya çıkan görüş, bu sözleşmenin kendine özgü-*sui generis* bir sözleşme olduğu görüşüdür.

a) Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

TBK’da düzenlenmiş bulunan iş görme sözleşmelerinden biri olan vekâlet sözleşmesinin, uygulama alanının genişliği ile Kanun’da düzenlenmiş diğer iş görme sözleşmelerinden ayrıldığı söylenebilir. Çünkü TBK’nın 502’nci maddesinin ikinci fıkrası dolayısıyla, vekâlet sözleşmesi hükümleri, kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine, kıyasen de olsa²⁵⁰, uygulanmaktadır. Bu nedenle vekâlet sözleşmesi hükümlerinin “birincil” hükümler olduğu kabul edilmektedir²⁵¹.

Türk hukukunda hem yargı kararlarında hem de doktrinde genel itibariyle kabul edilen görüşe göre, hakem sözleşmesi ile taraflar arasında doğan hukukî ilişkinin temelini bir vekâlet sözleşmesi teşkil etmektedir²⁵². Bu görüşe göre, uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki uyuşmazlığın özenle çözülmesi amacıyla hakemle anlaşırlar.

Hakem sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu görüşünün en çok savunulduğu hukuk sistemlerinden biri, bizim de özel hukukumuzun kaynağını teşkil eden İsviçre hukukudur. İsviçre doktrini ve yargı kararları incelendiği takdirde, genel

²⁵⁰ Gümüş, C. 1, s. 6. r

²⁵¹ Gümüş, C. 1, s. 6.

²⁵² Umar, HMK, s. 342; Taşkın, s. 40 vd.; Korucu, s. 52 ve 53; Biçkin, İ.: *Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması*, TBBD 2006, S.68, s. 381. Ayr. bkz. Yarg. 15.HD E. 1989/1023 K. 1989/2841 T. 15.6.1989.

olarak vekâlet sözleşmesi görüşünün kabul gördüğü söylenebilir²⁵³. Bu noktada belirtmek gerekir ki, İsviçre Medenî Usul Kanunu'nun tahkim bölümüne ilişkin genel gerekçede, hakem sözleşmesinin, maddî hukuka tâbî bir sözleşme olduğu açıkça ifade edilmektedir. Hattâ hakem sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesi mi yahut vekâlet benzeri bir sözleşme mi olarak vasıflandırılabilirliğinin belirlenmesi gerektiği, hakemin hukukî sorumluluğunun temelini her hâlükârda, maddî hukuka göre belirleneceği ifade edilmektedir²⁵⁴.

Hakem sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olduğuna dair görüşün ilk gerekçesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 394'üncü (TBK m. 502) maddesidir. Söz konusu maddeye göre, iş görme sözleşmeleri çerçevesinde, eğer söz konusu sözleşme kanunda düzenlenmemişse bu sözleşmeye vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir²⁵⁵. Buna dair olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin çok tartışmalı bir kararı bulunmaktadır. Mahkeme, tarafların yapmış oldukları gayrimenkul yönetim sözleşmesinin kanunda özel olarak düzenlenmemiş olduğundan hareketle, bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirdiği bu sözleşmeyi, vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirmiş ve anılan hüküm dolayısıyla iş görme

²⁵³ Göksu, Nr. 1061; Vogt, s. 104.

²⁵⁴ “*Der so genannte Schiedsrichtervertrag (d.h. der Vertrag zwischen den Parteien und den Mitgliedern des Schiedsgerichtes) ist nicht Gegenstand des Prozessrechts, sondern ein Vertrag des materiellen Rechts. Daher ist nach dem anwendbaren materiellen Recht (in der Regel nach schweizerischem Recht) zu beurteilen, ob der Schiedsrichtervertrag als Auftrag oder lediglich als auftragsähnlich zu qualifizieren ist (vgl. auch die Erläuterungen zu den Art. 361 und 362). Die Haftung eines Schiedsrichters oder einer Schiedsrichterin für Schlechterfüllung des Mandates richtet sich ebenfalls nach dem materiellen Recht.*” [Hakem sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşmenin (yani, taraflar ve hakem mahkemesinin üyeleri arasındaki sözleşme), temeli usul hukuku olmayıp, aksine bu bir maddî hukuk sözleşmesidir. Dolayısıyla, yürürlükteki maddî hukuk kurallarına göre (İsviçre kanunları uyarınca), hakem sözleşmesi vekalet veya en azından vekalet benzeri bir söz olarak nitelendirilmektedir (ayrıca 361 ve 362. Maddeler hakkındaki yorumlara da bakınız). Bir hakemin görevini kötü bir şekilde ifa etmesi halinde sorumluluğu da maddî hukuka göre belirlenecektir] (BBl, 2006, 7393)

²⁵⁵ Hofstetter, s. 26 ve 27. Türk Hukuku için bkz Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 706.

sözleşmeleri açısından *sui generis* bir sözleşmenin kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir²⁵⁶.

Bu karar doğrultusunda hakem sözleşmesinin de bir vekâlet sözleşmesi olması gerektiği görüşüne dair getirilebilecek ilk eleştiri, genel olarak İsviçre borçlar hukuku açısından genel bir prensip olarak kabul edilebilecek sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Sözleşme özgürlüğü, kanuni sınırlamalar kapsamında tarafların, sözleşmenin içeriğini ve şeklinin de belirlemelerine imkân sağlar²⁵⁷. Bu belirleme özgürlüğü, kanunda düzenlenmiş bulunan sözleşmelere ilişkin hükümlerin emredici olmayanlarının aksinin kabul edilmesini mümkün kılmakla birlikte, kanunda hiç düzenlenmemiş bulunan bir sözleşme türünün yapılabilmesine de imkân tanır²⁵⁸. Eğer sözleşme özgürlüğü, İsviçre Federal Mahkemesinin anılan kararında olduğu gibi bir sınırlamaya tâbî olsaydı, kanun koyucunun bunu yalnızca iş görme sözleşmeleri açısından değil, özel hükümler çerçevesinde, kanun tarafından düzenlenmiş bulunan sözleşmeler açısından ön görmesi gerekirdi. O halde ne kanun koyucunun bu yönde bir amacının olduğunu ne de doktrinde özel hükümlerde düzenlenmiş tüm sözleşmeler açısından bu yönde bir sınırlama olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim kanunun sözleşme tiplerinin düzenlemesinin amacının, yeteri derecede açık olmayan veya eksik olan sözleşmelerin uygulanmasını kolaylaştırmak, tarafların sözleşmenin kurulması sırasında düşünmedikleri sorunlarla ilgili önceden

²⁵⁶ BGE 109 II, s. 462 vd. BGE 112 II, s. 41 vd. Doktrinde benzer bir görüş de, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki iş görme sözleşmelerinin sınırlı sayıda olduğunu, tarafların, iş görmeye ilişkin isimsiz bir sözleşme yapamayacaklarını belirtmekte; ayrıca OR 394/2 hükmünün çok dar bir kapsamda uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Berner Kommentar, VI/2-3, s. 14 ve 15. Karş. Berner Kommentar, VI/2-4, s. 75 ve 76.

²⁵⁷ Vischer, F.: Schweizerischer Privatrecht, VII/2, Basel Stuttgart 1967, s. 780; Tandoğan, C.I-1, s. 11; Bucher, Festschrift Schlosser, s. 97; Yavuz, s. 7 ve 8.

²⁵⁸ Tandoğan, C.I-1, s. 9.

bir çözüm sunmak olduğu ifade edilmektedir²⁵⁹. Bir başka deyişle, özel bir amacı olmadığı müddetçe, Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmındaki düzenlemelerin emredici nitelikte olmadığı, tam tersine tamamlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmelidir²⁶⁰. Bu nedenle, yalnızca iş görme sözleşmeleri açısından bu yönde bir sınırlamanın bulunduğunu düşünmek kanunun ruhuna uygun olmayacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, isimsiz sözleşmelere ilişkin bu görüşünü değiştirdiği ifade edilmektedir²⁶¹.

Türk hukuku açısından ise bu yönde bir yaklaşımın olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim Yargıtay'a göre: *“borç doğuran akitler, kanunda düzenlenip düzenlenmediğine göre de ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu bakımından, taraflardan birinin bir iş görme borcunu yüklediği akitlere "iş görme akitleri" denilmektedir. Hizmet akdi, istisna akdi, vekalet akdi böyledir. Anayasaya ve Türk Borçlar Kanununa göre taraflar kanunda öngörülen sınırlar içinde diledikleri konuda, diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Buna sözleşme özgürlüğü (akit serbestisi), irade özerkliği denir. Başka bir ifadeyle taraflar kanunda düzenlenmemiş bir akit yapmakta serbest oldukları için kanunda öngörülmüş akitlerden karma bir akit yapacakları gibi tamamen kendine özgü (sui generis) bir akitte yapabilirler.*²⁶² “ Anılan kararda Yargıtay, bu görüşten hareketle muhasebecilik sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olduğuna hükmetmiştir²⁶³. Nitekim doktrinde

²⁵⁹ Tandoğan, C.I-1, s. 8.

²⁶⁰ Tandoğan, C.I-1, s. 8; Eren, s. 10.

²⁶¹ Eren, s. 715.

²⁶² Yarg. HGK, E. 2013/13-1913, K. 2015/1260, T.22.4.2015 (lexpera.com.tr, E.T.: 11.06.2017).

²⁶³ Yargıtay'ın uyuşmazlık konusu sözleşmeleri *sui generis* olarak nitelendirdiği diğer kararlar için bkz. Yarg. HGK E. 2014/718, K. 2015/1433, T. 27.05.2015; Yarg. 23. HD E. 2014/10388, K. 2015/5832, T. 14.09.2015; Yarg. 3. HD E. 2015/912, K. 2015/3138, T. 26.02.2015; Yarg. 21. HD E. 2007/22696, K. 2008/3847, T. 10.03.2008 (emsal.yargitay.gov.tr, E.T.: 06.05.2017).

de, özel hukuk bakımından *sui generis* sözleşmelerin olabileceği konusundan görüş birliği bulunmaktadır²⁶⁴.

İsviçre’de hakem sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair görüşlerin neden bu denli yoğun olduğuna dair doktrinde temel olarak iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerin ilki, hakem sözleşmesinin hangi özel hukuk sözleşmesi tipine dâhil olması gerektiği tartışmasından evvel, hakem sözleşmesinin bir maddî hukuk sözleşmesi olarak mı yoksa bir usul hukuku sözleşmesi olarak mı nitelendirilmesi gerektiği tartışması sonucunda ortaya çıkmıştır. Habscheid’a göre hakem sözleşmesi, bir usul hukuku sözleşmesi olarak nitelendirildiği takdirde, sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda evvela –o gün açısından- kantonal düzeyde düzenlenmiş usul kanununun uygulanması gerekecektir; buna mukabil söz konusu sözleşme bir maddî hukuk sözleşmesi olarak ele alındığı takdirde, o uyuşmazlığın çözümünde federal düzeyde yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu’nun uygulanması mümkün olacaktır. Bu nedenledir ki, hem doktrin hem de yargı kararlarında hakem sözleşmesini bir maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirme yönünde bir eğilim olduğunu söylemek mümkündür²⁶⁵. Günümüz hukuk sistemi açısından bakıldığında, İsviçre’de artık Medeni Usul Kanunu da federal düzeyde yürürlükte olduğu gerçeği karşısında, bu görüşün, günümüzde geçerli olamayacak bir yorum olduğu söylenebilir.

Gal, hakem sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu görüşünün İsviçre’de genel olarak kabul edilmesinin diğer bir nedenini ise, İsviçre hukukunda vekâlet

²⁶⁴ Tandoğan, C.I-1, s. 12.

²⁶⁵ Habscheid, Schiedsrichtervertrag, s. 200.

sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinin karşısında, bilhassa Alman hukuku ile kıyaslandığı takdirde, çok daha geniş bir uygulama alanını düzenlemesi olarak göstermektedir²⁶⁶. İsviçre Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesini, bir nevi “esas” iş görme sözleşmesi olarak gördüğü, yukarıda bahsettiğimiz hükmün de bu görüşü destekler nitelikte olduğu ifade edilmektedir²⁶⁷. Benzer şekilde Alman hukukunda ise, hizmet sözleşmesi görüşü kapsamında da belirttiğimiz üzere²⁶⁸, hizmet sözleşmesinin daha geniş kapsamda bir düzenleme alanı olduğunu söylemek mümkündür. Farklılıktan dolayıdır ki, hakemlerin, hakem sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri aynı şekilde tanımlanmasına karşın, sözleşmenin niteliği açısından farklı hukuk sistemleri karşısında ayrı ayrı sonuçlara varmaktadırlar.

Bu meseleyi Türk hukuku kapsamında değerlendirmek açısından ilk olarak vekâlet sözleşmesinin taraflara yüklediği edimleri tespit etmek, hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinin bir türü olup olmadığının tespiti için önem arz eder. Vekâlet sözleşmelerinin temelinde bir işin görülmesi yatmaktadır²⁶⁹. Bu iş, müvekkilin kendisinin yapması yerine, muhtelif sebeplerle bir başkasına yaptırmayı tercih ettiği bir iştir. Bir sonraki başlık altında ele alacağımız eser sözleşmesinden farklı olarak, vekâlet sözleşmesinde, işin görülüp görülmediği kadar nasıl görüldüğü de oldukça önemlidir ki bu durumda, vekilin özen yükümlülüğü²⁷⁰ kavramı karşımıza çıkmaktadır. Nitekim vekâlet sözleşmesinde esas olan işin görülmesiyle, eser

²⁶⁶ Gal, s. 90.

²⁶⁷ Eren, vekâlet sözleşmesini, bu özelliğinden dolayı, torba (*Sammelbecken*, aynı tanım için bkz. Weber, Basler Kommentar, s. 2478) sözleşme olarak nitelendirmektedir. Bkz. Eren, s. 706. Gümüş ise vekâlet sözleşmesi hükümlerini, kıyasen uygulanacak diğer sözleşmeler açısından yedek hukuk kuralı olduğunu belirtmektedir. Bkz. Gümüş, C. 2, s. 121.

²⁶⁸ Bkz. aşa. § 3-I/C/2/c.

²⁶⁹ Eren, s. 706.

²⁷⁰ Vekilin özen yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. Başpınar, s. 121 vd.; ayr. bkz. Gümüş, C. 2, s. 159.

sözleşmesinde esas olan ortaya bir eser çıkarılmasıdır²⁷¹. Vekil kendisine tevdi edilen işi görürken, müvekkilinin iradesine ve talimatlarına uygun bir şekilde²⁷² ve özenle hareket etmeli ve müvekkilinin menfaatini gözetmelidir²⁷³.

Hakem sözleşmesinin, bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda, vekilin özen yükümlülüğünün tayininde önemli zorluklarla karşılaşılabilir. Şöyle ki, vekâlet sözleşmesinin bir tarafı hakemken, diğer tarafı, bir uyuşmazlığın tarafı olan iki kişidir. Bu iki kişinin hakem sözleşmesi yapmalarının temelinde zaten aralarında bir uyuşmazlık olması yatmaktadır. Belirtmek gerekir ki vekilin, müvekkilinin çıkarına hareket etmesi gereklidir²⁷⁴. Bu noktada hakemin, birbiri ile çıkar çatışması yaşayan iki müvekkilin çıkarlarına uygun bir şekilde hareket etmesi oldukça güç olacaktır²⁷⁵. Bilhassa tek hakem vasıtasıyla gerçekleştirilen tahkim faaliyetinde, hakem olarak seçilen kişinin, sözleşmeden kaynaklanan özen yükümlülüğünü, her iki taraf açısından da eşit şekilde yerine getirmesi²⁷⁶ ve ayrıca her iki tarafın da menfaatini göz önünde tutması gerekecektir. Bu noktada getirilebilecek tek kıstas ise, vekilin (yani hakemin) özen yükümlülüğünün sınırlarının objektif olarak belirlenmesi sonucunda ortaya konulabilir.

Birden fazla hakem seçilmesi durumu ise özen yükümlülüğünün konusunun tespitinde ve anılan bu çıkar çatışmasına bir alternatif olarak görülmemelidir. Nitekim birden fazla hakem seçilmesi durumunda hakemler, kendilerini seçen

²⁷¹ Gümüş, C. 2, s. 9.

²⁷² Yarg. 13. HD E. 2005/1777 K. 2005/5216.

²⁷³ Eren, s. 728 vd.; Yavuz, s. 632.

²⁷⁴ Yavuz, s. 635 vd.

²⁷⁵ Belbez, H.: *Hakemlerin Mesuliyeti*, AÜHFD 1950, C. 7 S. 3, s. 354.

²⁷⁶ Korucu, s. 80.

tarafkların temsilcileri olmamalıdır²⁷⁷. Hakemleri bu şekilde tarafkların birer temsilcisi olarak nitelendirilmesi, hakemlerin karar verirken tarafsız davranma yükümlülüklerini de tam olarak yerine getirmelerini engelleyebilir²⁷⁸. Ayrıca bu durumda da, ortaya sadece yine hakem sözleşmesi ve bu sözleşmenin birden fazla kişiyi kapsayan iki tarafı çıkmaktadır²⁷⁹. Yani tarafklarca seçilen hakemlerin, kendilerini seçen tarafklara karşı olan yükümlülükleri, aynen diğer hakemi seçen tarafa karşı da söz konusudur. Bu durumda her hakemin, uyuşmazlığın her iki tarafına da aynı özen yükümlülüğünü ayrı ayrı göstermesi gerekecektir.

Buna karşın doktrinde, vekilin müvekkil karşısındaki bağımsızlığının nispi olduğu, bunun sebebinin ise, vekilin, müvekkilinin menfaatine olan sonuca ulaşmak için karar verme mecburiyetinin olduğu ifade edilmektedir²⁸⁰. Oysaki hakemlerin tarafklardan bağımsız olmalarının esas olduğu hususu karşısında, nispi bağımsızlık kıstasının, tahkim açısından arzu edilen sonuca ulaştırmayacağı açıktır²⁸¹. Bu nedenle, vekâlet sözleşmesindeki vekil müvekkil ilişkisinin niteliğinin, uyuşmazlığın tarafkları ile hakemler arasındaki ilişkinin gereklerine uygun olmadığı söylenebilir.

²⁷⁷ Balkar Bozkurt, s. 12. Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından taraf hakemleri ile taraf hakemlerince seçilecek başhakem arasında, bir fark gözetilmemesine ilişkin olarak bkz. Kayalı, s. 37.

²⁷⁸ Gal, s. 304 ve 305; Hiepe, s. 5.

²⁷⁹ Birden çok hakemin seçilmesi durumunda ortaya o seçilen hakem sayısınca sözleşme çıkacağına dair görüş için bkz. Onyema, s. 76 vd. Ayrıca bkz. Balkar Bozkurt, s. 425 ve 426. Bu noktada belirtmek gerekir ki tek bir hakem seçilse de birden çok hakem seçilse de hakemlerle yapılacak olan sözleşmenin amacı uyuşmazlığın çözümüdür. Bu sonuca ulaşmak için hakemlerin yerine getirmesi gereken edim yükleri açısından bir farklılık olmadığı gibi, hakemi bir taraf seçse bile diğer taraf o hakemle yapılacak sözleşmenin de tarafı olacaktır. Bu nedenle hakem sayısınca sözleşme olduğunun kabulünün pratik bir sonucu olduğu söylenemez.

²⁸⁰ Yavuz, s. 640 ve 641.

²⁸¹ Belbez, s. 354.

Vekâlet sözleşmesinin, çıkar çatışması halinde tarafların iradesiyle çifte temsile imkân tanıdığı²⁸² göz önüne alınsa bile, bu durumun vekâlet sözleşmesinin tipik bir unsuru olduğunu söylenemez²⁸³. Hakem sözleşmesinde mecburen uygulanması gereken bir hal olan bu durumun, vekâlet sözleşmesi bakımından aslında bir istisna olduğu göz önüne alındığı takdirde, hakem sözleşmesinin tipik bir vekâlet sözleşmesi olduğunu söylemek daha da güçleşmektedir.

Vekâlet sözleşmesiyle birlikte vekilin, müvekkilin iradesine ve daha önemlisi talimatlarına uygun hareket etme borcu doğar²⁸⁴. Nitekim Yargıtay da vekilin, müvekkilin “*sarih talimatına aykırı*” işlem yapamayacağına hükmetmiştir²⁸⁵. Ayrıca yine Yargıtay’a göre: “*vekil sadakat borcu gereği olarak, müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmak ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Sadakat borcu, vekâletin nasıl yerine getirileceği konusunda sözleşmede açık bir hüküm olmasa ve müvekkilinin herhangi bir talimatı bulunmasa da yine zorunlu olarak ortaya çıkar*”²⁸⁶.” Hakem sözleşmesi kapsamında ise, uyuşmazlığın taraflarının iradelerine uygun olarak ve onların yararına aynı anda

²⁸² Hakem sözleşmesinin çifte temsile olanak sağladığına dair görüş için bkz. Belbez, s. 355.

²⁸³ Vekâlet sözleşmesinde çifte temsilin sakıncalı olabileceğine ilişkin olarak bkz. Eren, s. 735.

²⁸⁴ Vekilin, müvekkilin talimatlarına uygun hareket etme yükümlülüğü ile hakem sözleşmesinin hukukî niteliği arasındaki ilişkinin İsviçre doktrini açısından değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Vogt s. 104 ve 105. Türk doktrini açısından bkz. Yeşilirmak, s. 92 ve 93. Yargıtay, “*uyuşmazlığın çözümü için "Maddi Hukuk" koşulu üzerinde anlaşmaya varmakla hakemlerin karar verme yetkilerini bilerek sınırlandırmış*” olduğunu belirtmekte ve bu gerekçeyle “*hakemler maddi hukuk kuralları dışına çıkmak suretiyle hüküm kurdukları takdirde yetkilerini aşmış olacaklarından HUMK. 533/3. madde hükmü gereğince bu husus Yargıtay’ca bozma nedeni yapılabilir*” demektedir. Bkz. Yarg. 15. HD, E. 1989/1023, K. 1989/2841, T. 15.6.1989 (kazanci.com E.T.: 11.06.2017).

²⁸⁵ Yarg. 13. HD, E. 2005/1777, K. 2005/5216, T. 30.03.2005 (legalbank.net, E.T.: 11.06.2017)

²⁸⁶ Yarg. HGK, K.2011/13-161, E.2011/726, T. 4.5.2011. Ayr. bkz. Yarg. 13.HD, E. 2016/8399, K. 2016/22989, T. 8.12.2016; Yarg. 13.HD, E. 2015/13135, K. 2016/23029, T. 8.12.2016. Yarg. 13.HD, E. 2015/31871, K. 2016/22953, T. 7.12.2016.

hareket etme imkânı da pratik hayatta mümkün değildir²⁸⁷, zira uyuşmazlığın taraflarının iradeleri tabiatı itibariyle birbirinin aksi istikamettir. İlk bakışta aralarındaki uyuşmazlığın çözülmesi isteği ortak bir irade olarak değerlendirilebilirse bile, uyuşmazlığın taraflarının esas iradelerinin kendilerinin iddia ettikleri doğrultuda haklarının tespit edilmesi olduğu söylenebilir. Aksinin varsayılması halinde (yani tarafların birbirlerine karşı ileri sürdükleri haklardan, birbirlerinin talepleri doğrultusunda vazgeçebileceğinin kabulü halinde) zaten bir uyuşmazlıktan bahsedebilmek de mümkün olmayacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki hakemler, uyuşmazlığın taraflarının üzerinde anlaştıkları hususlarla bağlıdırlar²⁸⁸. Bu nedenle hakem sözleşmesiyle, hakemin iş görmesi esnasında yerine getirmek durumunda olduğu edimlerin, vekâlet sözleşmesinin tabiatıyla tam anlamıyla uyum içerisinde görünmemektedir²⁸⁹. Bu nedenle İsviçre doktrinde bir görüş hakem sözleşmesinin atipik bir vekâlet sözleşmesi olduğunu ileri sürmektedir²⁹⁰.

Hakem sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesinin tipiyle uyuşmadığı bir diğer nokta ise, sonucun taahhüt edilmesi ve bundan doğan sorumluluk hususudur. Bir iş görme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesi, vekilin sonuçtan kural olarak sorumlu olmamasıyla diğer iş görme sözleşmelerinden ayrılır²⁹¹. Bu noktada evvela hakem sözleşmesiyle ulaşılmak istenen sonucun ne olduğunun tespiti gerekir.

²⁸⁷ Hakemin, “kimseyle arasında bağımlılık ilişkisi bulunmayacak” ve “kimseden emir veya talimat almaması” gerektirecek şekilde, bağımsız olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Balkar Bozkurt, s. 97 ve 98.

²⁸⁸ Vogt, s. 141.

²⁸⁹ Karş. Vogt, s. 140.

²⁹⁰ Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkommentar, s. 1527.

²⁹¹ Hofstetter, s. 19; Eren, s. 710.

Hakem sözleşmesinin bir tarafında, aralarında uyuşmazlık bulunan en az iki kişi, diğer tarafta ise uyuşmazlığı çözmesi istenen hakem bulunur. Bu durumda hakem sözleşmesiyle ulaşılmak istenen nihai sonuç, tarafların aralarında bulunan uyuşmazlığın çözülmesidir. Eğer hakem sözleşmesi, tipik bir vekâlet sözleşmesi olarak ele alınırsa, hakemin uyuşmazlığı çözmek için objektif özen ve sadakat yükümlülüğüne bağlı olarak elinden geleni yapması, borcunu tam olarak yerine getirmiş kabul edilebilmesi için yeterli görülebilir²⁹² ki, bu durum da, hakem sözleşmesine ve daha geniş anlamda tahkimin amacına aykırılık teşkil eder. Hakem, hakem sözleşmesine taraf olurken yargılama yapmayı ve yapılan bu yargılama neticesinde vereceği kararlar uyuşmazlığı çözmeyi taahhüt etmektedir²⁹³. Neticede vereceği bu karar olmadan, yapılan yargılamanın da bir anlamı kalmamaktadır. Özel olarak belirtmek gerekir ki, hakemin bu noktadaki taahhüdü sadece uyuşmazlığın çözülmesine yöneliktir, uyuşmazlığın hangi taraf lehine çözüleceğine yönelik değildir. Aksi yönde bir taahhüdün varlığı, zaten başlı başına hakemin tarafsızlığını şüpheye düşürecek ve hakemin reddini gerektirebilecek bir hal olarak ortaya çıkacaktır²⁹⁴.

Benzer bir yorum, Alman hukukunda hakem sözleşmesinin, ivazlı bir şekilde yapıldığı takdirde hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğine dair görüş ile ilgili olarak yapılabilir. Nitekim Alman hukukunda, eser sözleşmesi ile işi yapacak olan kimse, hizmet sözleşmesinden farklı olarak, sözleşmeyle taahhüt edilen sonucu

²⁹² Eren, s. 710.

²⁹³ Taşkın, s. 157.

²⁹⁴ Kuru, C. VI, s. 6023.

gerçekleştirmekle yükümlüdür, oysaki hizmet sözleşmesinin ifa yoluyla sona ermiş sayılması için, hizmetin görülmüş olması yeterlidir²⁹⁵.

Pozitif hukuk açısından bakıldığı takdirde de Türk kanun koyucusu, hakemin görevini haklı bir neden olmadan yerine getirmemesi halini bir sorumluluk sebebi olarak öngörmüştür²⁹⁶. Şu halde hakemin söz konusu görevinin yargılama yapmak kadar, karar vermek de olduğu söylenebilir²⁹⁷. Nitekim neticede uyuşmazlığı çözen bir karar olmadıkça, yapılan yargılama beyhude bir çabadan öteye gitmeyecektir. Dolayısıyla da, bu iki hususun birbirinden ayrı düşünülmemesi gerekir.

Netice itibariyle, vekâlet sözleşmesi açısından önem arz eden hususlardan olan vekilin özen ve sadakat yükümlülüğü, müvekkilinin iradesine ve çıkarına uygun hareket etme borcu ve bilhassa sonuç taahhüdü açısından vekâlet sözleşmesinin tipik unsurları²⁹⁸, hakem sözleşmesine uygun görünmemektedir. Doktrinde de, kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerinin varlığının vekâlet sözleşmesinin oluşmasını engelleyeceği ifade edilmektedir²⁹⁹. Zira, vekalet sözleşmesinin bir unsuru olmayan, sonuç taahhüdünün, hakem sözleşmesi açısından geçerli olduğunu kabul ettiğimiz takdirde, vekalet sözleşmesi için zaruri bir unsur³⁰⁰, ortadan kalkmaktadır. Bu halde tipik bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendiremediğimiz hakem sözleşmesinin,

²⁹⁵ Brox, H./Walker, W. D: Besonderes Schuldrecht, 39. Auflage, München 2015, s. 277; Reich/Schmitz, s. 246.

²⁹⁶ HMK m. 419 ve MTK m. 7/E.

²⁹⁷ Münchener Kommentar, Zivilprozess, §1034, Rn. 18; Musielak/Voit, §1035 Rn. 23.

²⁹⁸ “Sadakat borcu, vekilin kendisine değil başkasına ait bir işi görmesinden ve işini gördüğü kimsenin menfaat ve iradesine uygun hareket etmesinin vekâletin zorunlu bir unsuru olmasından çıkarılabilir.” Ayrıca “[m]üvekkilin irade ve talimatlarına uygun davranma yükümü ise; vekilin, edimini yerine getirirken müvekkilin açık veya örtülü biçimde ortaya koyduğu iradesine ve verdiği talimatlara uymak zorunda olmasıdır.” Bkz. Yarg. HGK, E. 2011/13-161, K. 2011-276, T. 4.5.2011.

²⁹⁹ Yavuz, s. 634.

³⁰⁰ Bu durumun sonucu açısından bkz. Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 2013, s. 128 vd.

kanunda düzenlenmemiş müstakil bir sözleşme olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda hakem sözleşmesinin tipik bir vekâlet sözleşmesi olduğu görüşüne katılma imkânı bulamıyoruz.

b) Eser Sözleşmesi Görüşü

Alman doktrininde, bilhassa yirminci yüzyılın başlarında hakem sözleşmesini bir eser sözleşmesi olarak görme eğilimi gözlenmektedir. Bu görüşün savunucularından Kaufmann ve Bohlen, hakemlerin yerine getirdikleri görevin bir hâkimlik görevi olmadığından hareketle, yalnızca kendilerine tevdi edilen uyuşmazlığı çözmekle sınırlı bir görev olduğunu ileri sürmüşlerdir³⁰¹. Bu düşüncenin temelinde, hakemlerin uyuşmazlığı çözmek için ortaya çıkaracakları kararın bir eser olarak görülüp görülemeyeceği, ücrete hak kazanabilmek için sadece karar vermesinin yeterli olup olmadığı tartışması yatmaktadır³⁰². Nitekim Hamburg Yüksek Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, hakemin görevini işlevi açısından değerlendirmiş ve hakem sözleşmesini, eser sözleşmesi benzeri bir sözleşme (*Werkvertrag nahe*) olarak nitelendirmiştir³⁰³. Bununla birlikte aynı mahkeme vermiş olduğu başka bir kararında ise, hakemin görevinin niteliğinin hâkimlik ile kıyaslanabilir olduğuna, talep edeceği ücreti de yapılan işin kendisi için değil fakat ortaya çıkması için harcanan süre ve özen için talep edebileceğine hükmetmiştir³⁰⁴. İmparatorluk Mahkemesi ise vermiş olduğu bir kararında, *receptum*

³⁰¹ Bohlen, A.: Die Honoraransprüche der Schiedsrichter nach geltendem Recht, Zürich 1932, s. 17; Kaufmann, W.: Der Schiedsrichtervertrag nach geltendem Recht, Rostock 1915, s. 65, 71 ve 72; ayrıca aynı doğrultuda bkz. Schulte-Westhoff, s. 77; Tessmer, s. 159; Broh; s. 40-41; Rechberger/Simotta, Rn. 1157.

³⁰² Bohlen, s. 17.

³⁰³ OLG. Hamburg Bd. 45 S. 178.

³⁰⁴ OLG. Hamburg, Bd. 10 S. 177.

arbitri (tahkim sözleşmesi) 'nin bir eser sözleşmesine vücut veremeyeceğine, ama bu ilişkinin nitelendirilebilmesi için vekâlet ve hizmet sözleşmelerinin kıyaslanabilir olduğuna hükmetmiştir³⁰⁵.

Eser sözleşmesinin konusunun, bir fikri mülkiyet eseri olabileceğinin kabulüyle birlikte³⁰⁶ desteklenmeye başlayan bu görüşe göre, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözülmesi için bir hakemle anlaşılır ve o hakem de vereceği kararla uyuşmazlığı çözer. Bu yaklaşım ilk bakışta, vekâlet ilişkisinde vekilin sonuç sorumluluğunun olmaması, dolayısıyla hakem sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi türü olarak değerlendirilmesine dair getirdiğimiz eleştiriye cevap verebilir gözükmektedir³⁰⁷. Nitekim hakem sözleşmesiyle ulaşılmak istenen nihai amacın uyuşmazlığın, hakemin vereceği bir karar ile çözülmesi olduğunu, söylemiştik. Eser sözleşmesiyle de, işi üstlenen taraf ortaya bir eser getirmeyi taahhüt etmektedir³⁰⁸. Yalnızca sonucu açısından bakıldığı takdirde hakem kararının bir eser, hakem sözleşmesinin bir eser sözleşmesi türü olduğu söylenebilir³⁰⁹. Nitekim bir uyuşmazlığı sona erdiren icra edilebilir nitelikte bir metin, yani hakem kararı, eser olarak nitelendirilebilir. Benzer şekilde, bu metnin ortaya çıkarılması süreci de, yani tahkim yargılaması, “meydana getirme” kavramıyla açıklanabilir³¹⁰.

Tahkim neticesinde verilen karar, uyuşmazlığı çözecek ve bununla birlikte uyuşmazlığın taraflarının da tekrardan devlet yargısına gitmesine de mâni olacaktır.

³⁰⁵ RG Bd. 94 S. 210.

³⁰⁶ İsviçre hukukunda, hakem sözleşmesinin niteliği açısından bu tartışmalar için bkz. Vogt, s. 99 vd. Ayrıca bkz. Voit, Rn. 8; Teichmann, Rn.4; Hofstetter, s. 20; Gümüş, C. 2, s. 9; Selimoğlu, s. 19.

³⁰⁷ Vekâlet ve eser sözleşmelerinin unsurlarının karşılaştırılması için bkz. Eren, s. 600 ve 601.

³⁰⁸ Eren, s. 585; Yavuz, s. 537.

³⁰⁹ Eren, s. 589.

³¹⁰ Gauch, Nr. 25.

Ayrıca tahkim yoluyla verilen kararlara karşı gidilebilecek olan başvuru yollarının ve bu yollara başvuru sebeplerinin genel olarak sınırlı olduğu³¹¹ göz önüne alındığı takdirde, tahkim yargılaması, yalnızca bir karar vermektan ibaret değildir³¹². Tahkim yargılamasında, karar verilinceye kadar yürütülmesi gereken süreç, en az verilecek karar kadar önemlidir³¹³. Bu süreç içerisinde uyuşmazlığın tarafları da yargılamaya katılmalı, iddialarını ve savunmalarını, kararı verecek olan hakeme sunmalı ve bu süreçte eşit söz sahibi olmalıdırlar³¹⁴. Eser sözleşmesinde ise, işi üstlenenin ediminin niteliği itibariyle kural olarak ani edimli bir sözleşmedir. Yani tipik bir eser sözleşmesinde işi üstlenen kişi, ortaya çıkardığı eseri iş sahibine teslim ettiği anda borcunu ifa etmiş olur.

Hakem sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olduğuna dair görüşe karşı getirilen eleştirilerin toplandığı bir diğer nokta ise hakemin ne zaman ücrete hak kazanacağı hususudur³¹⁵. Eser sözleşmesine göre, hakemin ücrete tam olarak hak kazanabilmesi için sözleşmesinin konusu eseri tamamlaması gerekmektedir. Eserin ayıplı olmasıyla eksik olması arasındaki ayrım³¹⁶ da dikkate alındığı takdirde, hakem sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumunda, sözleşmenin konusu olan eserin yalnızca yargılama neticesinde verilecek olan karardan ibaret sayılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü hakem sözleşmesiyle ulaşılmak istenen nihai sonuç, hakem tarafından uyuşmazlığı çözmeye yönelik verilecek olan karar olsa da,

³¹¹ Spühler, K.: Der gerichtliche Vergleich, Zürich Basel Genf 2015, s. 53.

³¹² Schäfer, Teil I, s. 345.

³¹³ Gal, s. 49.

³¹⁴ Gal, s. 47 vd.

³¹⁵ Bohlen, s. 17-18.

³¹⁶ Gümüş, C. 2, s. 29.

tahkimin niteliği itibariyle uyuşmazlığın taraflarının da karar verilinceye kadar olan sũrece dâhil olmaları gerekmektedir.

Tarafların yargılamaya katılımlarının sağlanması ve onlara eřit sũz hakkı verilmesi hususları, hakemler tarafından yerine getirilmesi gereken ani bir edim³¹⁷ olarak değerlendirilemez. Nitekim yapılan yargılamada, tarafların iddialarını ve savunmalarını hakemin ẽnũnde dile getirebilmeleri, delillerini âdil bir şekilde ileri sũrebilmeleri de gerekmektedir. Bu ağıdan bakıldığı takdirde, hakem sũzleřmesiyle hakemin yerinde getirmesi gereken edim, klasik bir eser sũzleřmesinde mũteahhidin yerine getirmesi gereken edimden farklı ve daha kapsamlıdır. Bu nedenle hakem sũzleřmesiyle amağlanan, yalnızca uyuşmazlığı çözecek nitelikte bir karar verilmesi değil, bunun yanında karar verilmesine kadar olan sũrecin de hukuka uygun bir şekilde yũrütũlmesidir³¹⁸. Oysaki klasik bir eser sũzleřmesinde, eseri ısmarlayan taraf çoğunlukla eserin oluşturulma sũrecine dâhil değildir. Genellikle mũteahhit, yũklendiđi eseri, iř sahibinin talimatlarına uygun olarak ortaya ıkarır³¹⁹ ve teslim etmekle de edimini yerine getirmiş olur. Bu nedenledir ki eser sũzleřmesi, kural olarak ani edimli sũzleřme olarak nitelendirilmektedir³²⁰. Oysaki hakemin ediminin ani edimli olabileceğini kabul etmek, tahkimin niteliğine aykırı bir değerlendirme olur. Tahkim yargılaması boyunca hakemin yerine getirmesi gereken edimlerin ẽnemli bir kısmı, sũrekli edim olarak nitelendirilebilir. Benzer şekilde hakemin, uyuşmazlığın taraflarının talimatlarıyla bağlı olması hususu da tahkimin niteliğiyle

³¹⁷ Eser sũzleřmesiyle bir eser meydana getirilmesinin sũresinin uzun olmasının, eser sũzleřmesini sũrekli bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmesi için yeterli olmayacağına ilişkin olarak bkz. Eren, s. 587.

³¹⁸ Bucher, Schlosser, s. 97; Strieder, s. 35, Gal, s. 49; Taşkın, s. 29.

³¹⁹ Eren, s. 607 vd.

³²⁰ Eren, s. 587.

bağdaşmaz³²¹. Hakem sözleşmesini bir eser sözleşmesi olarak nitelendirmek bu nedenle hakemin özgürce ve objektif olarak, hâkime benzer şekilde³²², karar vermesinin de önüne geçebilecek bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır³²³.

Hakem sözleşmesini bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde, esas problemin, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin nasıl tayin edilmesi gerektiği hususunda ortaya çıkacağı ifade edilmektedir³²⁴. Vogt'a göre, hakem kararına kararının teslim edilmesinden sonra muayene imkânı, eser sözleşmesinin niteliklerine uygun düşmemekte; bu durum ise eserin niteliğinin, iş sahibinin siparişe uygun olup olmadığı hususunda tereddütlere yol açmaktadır³²⁵. Bu nedenle de hakem sözleşmesinin tipik bir eser sözleşmesi olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

c) Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Hem doktrinde hem de bazı yargı kararlarında, hakem sözleşmesinin aslında bir hizmet sözleşmesi olduğuna dair görüşler vardır³²⁶. Doktrinde hizmet görüşü savunanların temel dayanağının, hakem sözleşmesiyle tarafların yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkabilecek hukukî sorumluluğu en iyi şekilde hizmet sözleşmesinin açıkladığı iddiası olduğu görülmektedir. Burada önem arz eden yükümlülük tabii olarak hakemlerin yerine getirmesi gereken yükümlülüktür. Buna karşılık, uyuşmazlığın taraflarının esas yükümlülüğü, hakeme ücretin ödenmesinden

³²¹ Taşkın, s. 30.

³²² Schäfer, Teil I, s. 343.

³²³ Vogt, s. 102 ve 103.

³²⁴ Schäfer, Teil I, s. 343; Vogt, s. 101; Taşkın, s. 30.

³²⁵ Vogt, s. 101.

³²⁶ Prütting/Gehrlein, § 1035 Rn. 8; Stein/Jonas, § 1025 Rn. 17. Yargıtay da vermiş olduğu eski bir kararında hakem sözleşmesini bir hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Bkz. 4. HD, 1.6.1970, E. 3699, K. 1970/4536.

ibarettir. Bu görüş, ayrıca, hakem sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olarak ele alındığı takdirde, vekâlet sözleşmesi görüşüne karşı getirilen, hakemin asli edim yükümünün ani edimli bir borç olmadığına dair eleştiriye de cevap verdiği iddiasındadır³²⁷. Bu görüşe göre, hakemin hakem sözleşmesinden kaynaklanan edim yükümlülüğünün bir süreci kapsadığı göz önünde bulundurulduğu takdirde, hizmet sözleşmesi bu edimin niteliğini ve yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçları açıklayabilmektedir.

Hizmet sözleşmesi görüşü, bilhassa Alman doktrininde savunulmaktadır. Almanya’da bu görüşün diğer hukuk sistemleri karşından daha fazla kabul görmesinin temel olarak iki sebebi olduğu söylenebilir. İlk olarak Alman hukukunda vekâlet sözleşmesi, ücret karşılığı olmayan bir sözleşmedir³²⁸. Buna mukabil hakem sözleşmesi açısından, uyuşmazlığın taraflarının hakeme bir ücret ödemesinin günümüz açısından tipik bir unsur olduğu söylenebilir³²⁹. İkinci olarak ise Alman hukukundan hizmet sözleşmesi bilhassa İsviçre hukukundakine nazaran çok daha kapsamlı bir şekilde düzenlemiştir³³⁰. Dolayısıyla örneğin İsviçre hukukunda asli edim yükümünün niteliği itibariyle vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbî olabilecek nitelikteki bir sözleşme Alman hukukunda hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bu nedenledir ki Alman doktrininde hakem sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi hükümlerine tâbî olması gerektiğini savunan görüşler

³²⁷ Schäfer, Teil I, s. 344.

³²⁸ BGB, m. 662

³²⁹ Gal, s. 56.

³³⁰ Taşkın, s. 27.

değerlendirilirken, anılan sözleşme türlerinin pozitif hukuk kapsamında ne şekilde düzenlenmiş olduğunun da göz önünde bulundurulmasında fayda bulunmaktadır.

Alman doktrininde genel olarak kabul gören görüşe göre hakem sözleşmesi, ivaz karşılığında yapıldıysa hizmet sözleşmesi, buna mukabil ivazsız olarak yapıldığı takdirde vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir³³¹. Yazarlar bu görüşlerini, Alman Medenî Kanunu'nun (BGB) vekâlet sözleşmesini ivazsız bir sözleşme olarak düzenlemesine dayandırmaktadırlar. BGB'nin 662'inci maddesinde düzenlenen vekâlet sözleşmesi, kanundaki düzenlenişi itibarıyla, ivazsız bir sözleşmedir³³². Diğer bir ifadeyle, Alman hukukunda vekâlet sözleşmesinin tipik unsurunun ivazsız olması ile diğer iş görme sözleşmelerinden ayrıldığı söylenebilir³³³. Türk doktrininde ise hakem sözleşmesini, bir hizmet sözleşmesi olarak nitelendirebilmek için ücreti esas aldığı görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, eğer hakem sözleşmesi, ücret karşılığı yapılıyorsa hizmet sözleşmesi; ücret karşılığı yapılmıyorsa vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir³³⁴.

Her şeyden önce hizmet sözleşmesinin esas amacı, ücreti karşılığında zihni ve/veya bedeni bir emekle bir işin görülmesidir³³⁵. İlk bakışta bir uyumsuzluğun çözülmesi de bir iş görme edimi olarak nitelendirilebilir gibi görünse de, tahkimin

³³¹ Staudinger, s. 611; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman, §1035, Rn. 1; Schwab/Walter, Kap. 11-8, s. 92; Wieczorek/Schütze, §1028, Rn. 15; Glossner/Basedow/Bühler, Rn. 240. Ancak Hiepe, hakem sözleşmesinin ivazlı yapıp yapılmamasına bağlı olarak niteliğinin değişmemesi gerektiğini düşünmektedir. Bkz. Hiepe s. 4 vd. Bu nitelendirmeye dair Alman İmparatorluk Mahkemesi kararı: RG 74, 323

³³² Münchener Kommentar, Bn. 4, s. 2548; Prütting/Wegen/Wenreich, §611, Rn. 9; Schäfer, Teil I, s. 353.

Ve ³³³ Staudinger, s. 246.

³³⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz; s. 787 ve 788.

³³⁵ Vogt, s. 98.

daha geniş kapsamda uyuşmazlık çözüme işinin niteliği, bunun bir iş görme olarak görülmesine uygun değildir³³⁶. Nitekim hizmet sözleşmesini, kanunda düzenlenmiş diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran temel fark, hizmet sözleşmesinin en tipik unsuru olarak da nitelendirilebilecek, işi görececek kimse ile işi görülecek kimse arasındaki bağımlılıktır³³⁷. Ne eser ne de vekâlet sözleşmesi açısından sözleşmenin tarafları arasında bu nitelikte bir bağımlılıktan söz edilmesi mümkündür³³⁸. Buna mukabil hizmet sözleşmesinin tabiatı gereği sözleşmenin tarafları arasında bu yönde bir bağımlılık vardır³³⁹. Hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasında ise, yargılamayı sürdürme ve karar verme açısından bu nitelikte bir bağımlılık söz konusu değildir³⁴⁰.

Hizmet sözleşmesiyle diğer iş görme sözleşmeleri arasındaki diğer bir farkın da işin ne zaman görüleceği hususu ile ilgili olarak işverenin takdir yetkisi olduğu söylenebilir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında bu hususu şöyle açıklamaktadır:

³³⁶ Örneğin hakem, edimini, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi belirli saatlerde veya günlerde yerine getirmemektedir. Bkz. Vogt, s. 98.

³³⁷ Staehelin, Art. 319, N. 26,27 ve 32; Gümüş, C. 2, s. 9; Eren, s. 535. Yargıtay ise hukukî uyuşmazlığın temelini hizmet sözleşmesi mi vekalet sözleşmesi mi olduğu konusundaki bir kararında bu farkı şu şekilde belirtmektedir: “iş sözleşmesinin ayırt edici ve belirleyici özelliği, “zaman” ile “bağımlılık” unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir. Bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. İş sözleşmesinde çalışan, emeğini iş sahibinin emrine hazır bulundurmaktadır ve ücret, yapılan faaliyetin karşılığı olarak ödenmektedir.” Bkz. Yarg. 21. HD, E. 2015/9560, K. 2016/3257.

³³⁸ “Borçlar Kanunu’nun 356. maddesi hükmüne göre, yüklenicinin sorumluluğu, aynı Kanunu’nun 321. maddesinde belirtilen işçinin hizmet akdindeki sorumluluğu gibidir. Ancak, iş sahibine nazaran bağımsız çalışması, işin ehli olması da gözönünde bulundurularak sorumluluğu hizmet akdine göre çalışan işçiye nazaran daha ağır kabul edilmektedir. İş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınması, yüklenicinin “özen borcu” kapsamındadır. Açıklanan bu hukukî sebeplerle; kural olarak eser sözleşmesi ile yüklenilen edimlerin ifası sırasında veya sözleşmenin hazırlanması aşamasında gerçekleşen zararlı olayların oluşumunda etkili olan yüklenicinin kusurunun, daima iş sahibinin kusurundan daha ağır derecede olması gerekir.” Bkz. Yarg. 15. HD, E. 2015/6030, K. 2017/92, T. 10.1.2017.

³³⁹ Staehelin, Art. 319, N. 26; Eren, s. 535. Kurumsal tahkimde, tahkim kurumuyla hakemler arasındaki ilişkinin bundan ayırık olduğuna dair olarak bkz. Vogt, s. 98.

³⁴⁰ Taşkın, s. 27 ve 28.

“Hizmet sözleşmesinde çalışma zamanı genellikle işveren tarafından tespit edilmiştir. İşçinin muayyen bir zamanda işe başlaması ve yine muayyen bir zamanda işi bırakması gerektiği halde, vekâlet sözleşmesinde çalışma zamanının tespiti genellikle vekile ait bulunmaktadır³⁴¹.” Hakem sözleşmesi kapsamında ise yargılamanın ne zaman, ne şekilde yapılacağı hakemlerin takdirinde olan hususlardır. Elbette ki örneğin duruşmaların yeri ve zamanı gibi konularda, hakemlerin uyuşmazlığın taraflarının görüşlerini dikkate almasının gerekli olduğu söylenebilir. Fakat bu durumda dahi yargılamanın sevk ve idaresinin hakemlerden ziyade uyuşmazlığın taraflarında olduğunu söylemek mümkün değildir.

Hizmet sözleşmesiyle işi görececek kimse (işçi), işi görülecek kimsenin (işverenin) talimatı altında işi görür. Bu noktada hakem sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirildiği takdirde, işi görececek kimsenin yani hakemin kimin talimatı altına gireceği sorunu ortaya çıkar³⁴². Daha önce belirttiğimiz üzere hakem sözleşmesinin bir tarafında çıkarları birbirinin tam tersi istikamette olan en az iki kişi bulunmaktadır. Bu durumda da vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan sadakat yükümlülüğünde olduğu gibi, (üstelik de ondan daha yoğun bir şekilde) ortaya çıkacak bu bağımlılık ilişkisinin hakemler açısından uygulanması tahkimin niteliğine aykırı olacaktır³⁴³. Bununla beraber, hizmet sözleşmesi kapsamındaki talimata bağlı olma yükümlülüğü ile vekalet sözleşmesindeki talimata bağlı olma yükümlülüğünün farklı olduğu kabul edilmektedir³⁴⁴. Bu nedenle bu kişilerin işi görececek hakem

³⁴¹ Yarg. 9. HD E. 2008/496 K. 2009/14827.

³⁴² Taşkın, s. 27.

³⁴³ Taşkın, s. 27 vd. Arabuluculuk sözleşmesi açısından da bağımlılık unsurunun uygulanamayacağına ilişkin olarak bkz. Taşpolat Tuğsavul, s. 145.

³⁴⁴ Yarg. 9. HD E. 2008/496 K. 2009/14827.

üzerinde, ortak bağımlılık ilişkisi içinde bulunmaları hukuken mümkün değildir. Ayrıca hakem, böyle bir bağımlılık ilişkisinin varlığı halinde tahkim müessesesinden kaynaklanan tarafsızlık görevini de yerine getiremeyecektir³⁴⁵. Bu açıdan hakem sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olduğuna dair olan görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

Taraflar arasındaki hakem sözleşmesinde ücretin kararlaştırılıp kararlaştırılmamasına göre, sözleşmenin tipinin değiştiğini ileri sürülebilmesi için ücretin, hakem sözleşmesi açısından karakteristik bir edim olarak kabul edilmesi gerekir³⁴⁶. Hakem sözleşmesinin niteliği dikkate alındığı takdirde, uyuşmazlığın taraflarının yerine getirmesi gereken para borcundan ziyade, hakem tarafından yerine getirilmesi gereken yargılama yapma ve neticesinde uyuşmazlığı çözecek bir karar verme edimlerinin hakem sözleşmesinin karakteristik unsurları olduğunu söylemek mümkündür³⁴⁷. Hattâ hakemin bu edimlerinin tam olarak yerine getirilebilmesi için tarafların ücret dışında kalan, dava malzemesini sunma ediminin de önemi göz önünde bulundurulduğu takdirde, hakem sözleşmesinde ücretin karakteristik bir edim yükümü olduğunu söylemek mümkün değildir. Buna mukabil ivaz, hukukumuzda göre, hizmet sözleşmesinin tipik bir unsurudur³⁴⁸. Oysaki hakem sözleşmesinin ivazsız olarak düzenlenmesi de mümkündür. Bu nedenle hukukumuz açısından, hakem sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

³⁴⁵ Arabuluculuk sözleşmesi açısından da bu hususun tarafsızlığa engel olacağına ilişkin olarak bkz. Taşpolat Tuğsavul, s. 145.

³⁴⁶ Kuntalp, s. 128. Örneğin yargı kararlarında ücret, hizmet sözleşmesinin esaslı bir unsuru olarak kabul edilmekte ve ücretin kararlaştırmamış olması halinde hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. Yarg. 9. HD E. 2008/496 K. 2009/14827.

³⁴⁷ Münchener Kommentar, Zivilprozess, §1034, Rn. 18; Süral, C.: Hakemin Sorumluluğu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi, C. 10, S. 2, 2011, s. 232.

³⁴⁸ Staehelin, Art. 319, N. 23; Hofstetter, s. 17.

Belirtmek gerekir ki, hakem sözleşmesinin bir ücret karşılığında yahut ivazsız olarak yapılması halinde hakemin edim yükümünün niteliğinde bir değişiklik olmaması gerekir. Nitekim her iki halde de hakemin bir yargılama yapıp neticede bir karar vermesi gerekecektir. Fakat ücret kararlaştırılmış olmasına bağlı olarak, sözleşmenin tipinin değiştiğinin kabulü halinde, hakemin yerine getirmesi gereken edimin niteliğiyle, bu edimi nasıl yerine getirmesi gerektiği de tartışma konusu olacaktır. Nitekim vekâlet sözleşmesinde vekilin özen ve sadakat yükümlülüğü ile hizmet sözleşmesinde işçinin özen ve sadakat yükümlülüğü aynı kıstaslara tâbî değillerdir³⁴⁹. Kaldı ki kanunda tipik düzenlenişi itibariyle ücreti ihtiva etmeyen vekâlet sözleşmesinin³⁵⁰ bir ücret karşılığında yapılması halinde o sözleşmenin, vekâlet sözleşmesi niteliği de ortadan kalkmamaktadır, nitekim Türk hukukunda vekâlet sözleşmesinin teamül olması halinde ücret karşılığında yapılması mümkündür³⁵¹. Yargıtay da, hakem sözleşmesini, vekalet sözleşmesi olarak nitelendirdiği bir kararında bu hususu şu şekilde açıklamaktadır: “*vekil durumundaki hakemler sözleşme dairesinde kendisine yükletilen işin idaresini ve aldıkları ücretin karşılığı olan hizmetin ifasını kabul etmiş sayılırlar*”³⁵².” Bu nedenle tarafların ücret kararlaştırmış olmalarına bağlı olarak, hakem sözleşmesinin tipinin değiştiği görüşünü kabul etmek Türk hukuku açısından mümkün görünmemektedir.

³⁴⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 652 ve 653.

³⁵⁰ “*Vekâlet Sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesi olduğundan tipik edim bir işin görülmesi veya bir hizmetin yerine getirilmesidir. Vekâlet Sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir akittir. Çünkü vekil, bir edimi ifa borcu altına girmekte ve fakat müvekkil ancak bazı durumların varlığı halinde borç altına girmektedir.*” Bkz. Yarg. HGK, E. 2011/13-161, K. 2011/276, T. 4.5.2011.

³⁵¹ Yarg. 9. HD E. 2008/496, K. 2009/14827. İsviçre hukuku açısından da aynı durum söz konusudur. bkz. Weber, Basler Kommentar, s. 2477; Hofstetter, s. 40.

³⁵² Yarg. 15. HD E: 1989/1023, K. 1989/2841, T.15.6.1989.

Buna mukabil, Alman hukuku açısından vekâlet sözleşmesinin tipik unsuru, ivazsız olmasıdır. Dolayısıyla, tarafların hakem sözleşmesini ivazlı olarak yapmaları durumunda bu sözleşme, Alman hukukunda hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Fakat Türk hukuku açısından, vekâlet sözleşmesinin ivazlı yapılmasının önünde bir engel olmadığı için, bu şekilde yapılacak bir nitelendirmenin benimsenmesi mümkün değildir.

d) *Sui Generis* Sözleşme Görüşü

Taraflar arasında yapılan hakem sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olduğuna dair görüşe göre, bu sözleşme, kanunda düzenlenmiş hiçbir sözleşme tipine tam olarak uymamaktadır. Nitekim Türk hukukunda hakem sözleşmesi herhangi bir yerde düzenlenmiş değildir³⁵³. Bu nedenle hakem sözleşmesi, kanunda düzenlenmemiş, kendine özgü bir sözleşmedir. Belirtmek gerekir ki, bir sözleşmeyi *sui generis* bir sözleşme olarak nitelendirebilmek için, o sözleşmenin özgün unsurlar içermesi, yani kısmen de olsa kanunda öngörülen unsurlar içermemesi gerekmektedir³⁵⁴. Eğer hakem sözleşmesi *sui generis* bir sözleşme olarak nitelendirilecekse, hangi unsurları bakımından, Kanun'da düzenlenmiş diğer iş görme sözleşmelerine nazaran özgün olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

Doktrinde Fransız hukukuna dair olarak Ditcher, hakem sözleşmesinin bir *sui generis* sözleşme olduğunu ileri sürmüştür³⁵⁵. Fransız doktrininde aynı şekilde

³⁵³ Kuru, Usul, s. 938; Kayalı, s. 91.

³⁵⁴ Vischer, s. 776; Gümüş, C. 1, s. 11.

³⁵⁵ Ditcher, A.: *Le "contrat d'arbitrage" -Essai sur le contrat ayant pour bjet la mission d'arbitre*, Rev. Arb. 1981, s. 395.

Fouchard da hakem sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş bir *sui generis* sözleşme olduğunu ileri sürmektedir³⁵⁶. O'na göre tahkim, kaynağı sözleşme olan yargısal bir faaliyettir. Bu nedenle saf bir maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir³⁵⁷. Fransız hukukunda bu doğrultuda olan diğer bir görüş ise Clay'e aittir. Clay'e göre hakem sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte hakemin atanması gerçekleşmekte ve karar verme yetkisi hakeme geçmektedir, dolayısıyla hakemin atanması işlemini sözleşmenin kurulmasından ayırmak mümkün değildir³⁵⁸. Clay buna dayanarak hakem sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olduğunu ileri sürmektedir. Nitekim bu sözleşmeyle aslında hâkimlere ait olan karar verme yetkisi bir özel hukuk kişisine tanınmaktadır³⁵⁹. Clay'nin anılan görüşü esas itibariyle, *sui generis* sözleşme görüşünden ziyade Schwab tarafından temellendirilmiş bulunan usulî maddî hukuk görüşüne benzemesi açısından Gal tarafından eleştirilmiştir³⁶⁰. Alman doktrininde de genel olarak savunulan hizmet sözleşmesi görüşünün aksine Zimmerman, hakem sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olduğu görüşündedir³⁶¹.

Türk Hukukunda da hakem sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olduğuna dair görüşe karşı taraftar bulmuş görüş, *sui generis* sözleşme görüşüdür³⁶². Hakem sözleşmesinin tipik olarak kanunda düzenlenmiş bulunan sözleşmelerden hiçbirine tam olarak uymamasının, bu görüşü destekleyenlerin temel gerekçesi olduğu söylenebilir.

³⁵⁶ Fouchard, P.: International Commercial Arbitration, 1999, s. 605.

³⁵⁷ Fouchard, s. 368.

³⁵⁸ Aynı doğrultuda Schwab, s. 499.

³⁵⁹ Clay, T.: L'arbitre, Paris 2001, Rn. 764.

³⁶⁰ Gal, s. 78.

³⁶¹ Zimmerman, W.: Zivilprozessordnung, Aachen 2011, § 1035, Rn. 4.

³⁶² Yeşilirmak, s. 93 ; Süral, s. 231; Kayalı, s. 93.

Hakem sözleşmesi içeriği itibariyle hem usul hukukunda hem de maddî hukukta sonuç doğuran bir sözleşmedir³⁶³. Hakem sözleşmesinin bir tarafını oluşturan hakemin, uyuşmazlığı çözmesi faaliyeti, sözleşmenin maddî hukuk yanını oluştururken, neticede maddî anlamda kesin hüküm teşkil eden bir hüküm çıkması ise usul hukuku yanını teşkil etmektedir. Bu açıdan hakem sözleşmesinin, ne saf bir usul sözleşmesi ne de saf bir maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkündür. Bununla birlikte maddî hukukta düzenlenmiş sözleşmeler arasında da, yukarıda açıkladığımız sebeplerle tam olarak hakem sözleşmesinin tipik unsurlarını karşılayabilecek bir sözleşme tipi bulunmamaktadır.

Hakem sözleşmesinin hem maddî hukuk hem de usul hukuku bağlamında ortaya çıkan sonuçları karşısında karışık muhtevalı bir akit olarak nitelendirilmesi de doğru olmayacaktır³⁶⁴. Zira hakem sözleşmesinin kamusal niteliği ve sonuçları onun yalnızca maddî hukuka dair teorilerle açıklanmasının önünde bir engel olarak görülebilmekle birlikte, bu hususların, görülen işin niteliği açısından özgün bir karakter ortaya koyup koymadığı tartışılmalıdır. Hakem sözleşmesiyle verilen yetki neticesinde hakemler, uyuşmazlığın taraflarını bağlayıcı nitelikte karar verebiliyorlar ise de, bu kararın bağlayıcılığının temeli hakem sözleşmesi değil, tahkim sözleşmesidir. Tahkim sözleşmesi ise zaten bir usul hukuku sözleşmesidir. Bu nedenle ki tahkim yargılaması neticesinde ortaya çıkan usuli sonuçların yalnızca hakem sözleşmesinin bir sonucu olarak kabul etmek mümkün değildir.

³⁶³ Münchener Kommentar, § 1034 Rn. 5; Üstündağ, Medenî Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, 2. Baskı, İstanbul 1971, s. 958; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2690.

³⁶⁴ İsviçre doktrininde bir görüş, bu gerekçeyle, hakem sözleşmesini isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirmektedir. Bkz. Berner Kommentar, VI/2-4, s. 121ve 122.

Bununla birlikte hakem sözleşmesine dair ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda, kanun tarafından düzenlenmiş sözleşmelere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması mümkündür. Bu nedenle ortaya çıkabilecek bir kanun boşluğundan da söz etmek mümkün değildir. Nitekim hakem sözleşmesini kesin olarak kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birinin içine dâhil olması zorunluluğundan söz edilmeyeceğine göre ve ayrıca da, sözleşme özgürlüğünün, sözleşmenin tipini belirme özgürlüğünü de kapsamı³⁶⁵ nedeniyle, sözleşmenin tipine ilişkin sıkı kuralları olan bir rejim belirlemek de kanunun amacına aykırı olacaktır.

Kanunda düzenlenmiş sözleşme türlerinden herhangi birine tam olarak uymayan hakem sözleşmesinin, bu nedenle kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme olarak kabul etmek, kanunun sistematığına en uygun çözüm olarak görülmektedir. Bu sayede, uygun düştüğü ölçüde, kanunda düzenlenmiş diğer iş görme sözleşmelerinin hükümlerinin kıyasen uygulanması imkânı³⁶⁶ doğacaktır.

3. Görüşümüz

Hakem sözleşmesinin amacının, aralarında uyuşmazlık bulunan iki tarafın arasındaki uyuşmazlığı, iki tarafın da iddialarını ve savunmalarını dinlemek, ibraz ettikleri delilleri de dikkate almak suretiyle bir yargılama yapmak sonucunda karar

³⁶⁵ Bucher, Festschrift Schlosser, s. 97; Vischer, s. 778.

³⁶⁶ Kuntalp s. 295. Gümüş, sui generis sözleşmeler bakımından uygulanabilecek hukuk kuralı bulunamaması halinde, sözleşmelerin tamamlanması için doktrinde yaratma teorisinin uygulanması gerektiğinin hâkim görüş olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Dolayısıyla sui generis olarak nitelendirilen bir sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralı bulamıyorsa, hâkim, TMK 1'inci maddesinin uygulamalı ve dolayısıyla örf ve âdet hukukuna başvurmalıdır. Eğer örf ve âdet hukukunda da uygulanabilecek bir hukuk kuralı bulamadıysa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacaksa o şekilde kural yaratmalı ve onu uygulamalıdır. Bkz. Gümüş, C: 1, s. 14 ve 16. Aynı doğrultuda bkz. Vischer, s. 798.

vermek olduğu açıktır. Bu sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu dikkate alındığı takdirde ise, özel hukuk sözleşmeleri arasında da iş görme sözleşmeleri kapsamından değerlendirilebileceği söylenebilir. İş görme sözleşmeleri arasında ise hakem sözleşmesi özel olarak düzenlenmemiştir. Bu halde uygulanacak olan hukuk kurallarının tespit edilmesi gerekecektir.

Tarafların, kanunda düzenlenen sözleşme tipleri bağılı olmadığını, bunların haricinde sözleşmeler yapabileceğini belirtmiştik. Kanunda düzenlenmemiş sözleşmenin varlığı halinde ise, o sözleşmeye hangi hükümlerin, nasıl uygulanması gerektiği sorusuna cevap verebilmek için, kanunda düzenlenmemiş ne tür bir sözleşme olduğunu belirlemek gerekecektir. Esas itibarıyla isimsiz sözleşmeler olarak nitelendirilen bu sözleşmeler, kendi içinde iki ayrı başlık altında incelenmektedir³⁶⁷. Buna göre isimsiz bir sözleşme, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde kısmen veya tamamen bulunmayan unsurlardan meydana gelebilir ki, bu durumda kendine özgü, yani *sui generis*, bir sözleşmeden söz edilir³⁶⁸. *Sui generis* bir sözleşmeden söz edebilmek için, sözleşmeyi meydana getiren unsurlarının kanunla hiç ya da açıkça düzenlenmemiş olması gereklidir³⁶⁹. Buna mukabil, isimsiz bir sözleşme, kanunda düzenlenen farklı sözleşme tiplerindeki unsurların, kanunda öngörülmediği şekilde bir araya gelmesiyle de oluşabilir ki, bu durumda da karma bir sözleşmeden söz edilir³⁷⁰. Karma sözleşmeden söz edilebilmesi için ise, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin, birleştirilerek bir araya getirildiği bir sözleşmenin

³⁶⁷ Tandoğan, C.I-1, s. 12.

³⁶⁸ Tandoğan, C.I-1, s. 12.

³⁶⁹ Vischer, VII/2, s. 776.

³⁷⁰ Tandoğan, C.I-1, s. 12; Kuntalp, s. 16.

bulunması gerekmektedir³⁷¹. Bu durumda karma sözleşme ile *sui generis* sözleşme arasındaki fark şu şekilde açıklanabilir: Karma sözleşme, o haliyle olmasa bile, kanunda farklı yerlerde düzenlenmiş, kısım kısım olan bazı yerlerin, taraflarca bir araya getirilmiş bir sözleşmedir³⁷². Buna mukabil *sui generis* sözleşme, kanun tarafından hiç öngörülmemiş ve dolayısıyla düzenlenmemiş bir sözleşmedir. Hakem sözleşmesi ise kanun tarafından hiç düzenlenmemiş bir sözleşmedir; ayrıca hakem sözleşmesinin kanun tarafından düzenlenmiş diğer sözleşmelerden elde edilen kısımların, taraflarca bir araya getirilmiş bir sözleşme olduğu da söylenemez. Bu nedenle de hakem sözleşmesinin kanun tarafından düzenlenmemiş bir sözleşme olduğunun kabul edilmesi halinde, ancak *sui generis* bir sözleşme olarak nitelendirilebilmesi mümkün olacaktır.

Hakem sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olabileceği düşünülebilirse de, bilhassa sonuç taahhüdü açısından, hakem sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesinin tipik unsurlarını karşılamadığını görülmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, TBK’da düzenlenmiş bulunan iş görme sözleşmeleri arasında da tipik unsurları itibariyle hakem sözleşmesine en benzeyen sözleşme yine de vekâlet sözleşmesidir. Bu nedenle vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin hakem sözleşmesi için kıyasen uygulanması mümkündür. Nitekim TBK’nın düzenlemesine göre, hüküm bulunmayan hallerde, iş görme sözleşmeleri için vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyasen uygulanacaktır. Bu durumda hakem sözleşmesi açısından, örneğin

³⁷¹ Vischer, VII/2, s. 772.

³⁷² Kuntalp, s. 16.

özen yükümlülüğünün sınırlarının tayininde vekâlet sözleşmesinin esas alınması da uygun olacaktır.

Buna mukabil, hakem sözleşmesini bir eser sözleşmesi olarak nitelendirdiğimiz takdirde, hakem kararını da bir eser olarak nitelendirme zorunluluğu doğmaktadır. Hemen belirtelim ki hakem kararının bir eser olarak nitelendirilmesi, başta eserde ayıp ve ayıba karşı tekeffül borcu ile eseri meydana getirecek olan kimsenin, iş sahibinin talimatlarına uyma yükümlülüğü hususlarında tahkimin niteliğine aykırılık teşkil edebilecektir. Nitekim uyuşmazlığın taraflarının her birinin, dilekçelerindeki taleplerini birer talep olarak nitelendirdiğimiz takdirde, hakemin eseri ayıpsız bir şekilde meydana getirme imkânı ortadan kalkmaktadır. Benzer şekilde, yalnızca uyuşmazlığın taraflarının ortak iradelerinin, eseri meydana getirecek hakem açısından bağlayıcı olduğunu kabul ettiğimiz takdirde de yargılama yapmak suretiyle karar verme edimi, eser sözleşmesinin karakteristik ediminden farklılık arz etmektedir. Bu nedendir ki hakem sözleşmesini saf bir eser sözleşmesi olarak kabul etme imkânı da bulunmamaktadır.

Alman hukukunda, ivazlı olarak yapılan hakem sözleşmeleri açısından genel olarak kabul gören hizmet sözleşmesi görüşünün kabulü ise Türk hukuku bakımından mümkün değildir. Çünkü Türk hukukunda, hizmet sözleşmesindeki bağlılık unsuru, onu eser ve vekâlet sözleşmelerinde ayırıcı bir özellik arz eder³⁷³. Oysaki tahkim ilişkisinde hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkide esas olan bağımlılık değil, bilakis bağımsızlıktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki hizmet sözleşmesi, belirli süreli olarak yapılabiliyor olsa bile, tahkim ilişkisinin, bu nitelikte

³⁷³ Gümüç, C.2, s.9. İsviçre hukuku bakımından aynı yorum için bkz. Hofstetter, s. 18.

bir sürekliliği gerektirmediği söylenebilir. Bu nedenle, hakem sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olduğunu kabul etme imkânı da bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere, bir iş görme sözleşmesi olduğu hususunda şüphe bulunmayan hakem sözleşmesinin, kanunda düzenlenmiş bulunan tiplerden herhangi birine tam olarak uymadığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla hakem sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş bulunan kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme olduğunun kabulü gerekmektedir.

II. Hakem Sözleşmesinin Tarafları

Uyuşmazlığın tarafları ile uyuşmazlığı çözecek olan hakem arasındaki ilişkinin sözleşmesel bir ilişki olduğunu tespit ettikten sonra, tarafların yükümlülüklerinin neler olduğunun ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin sonuçlarının neler olduğunun tespit edilmesi gereklidir.

Hakem sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Çünkü hakem sözleşmesiyle hakemler uyuşmazlığı verecekleri bir kararla çözüme borcu altına girerken, uyuşmazlığın tarafları da bunun karşılığında ücret ödeme borcu altına girmektedirler. Bu tanımdan yola çıkarak hakem sözleşmesinin iki taraflı olduğu sonucuna varılsa da hakem sözleşmesinin esasında üçlü “sacayağı” gibi bir yapısı olduğunu söylemek mümkündür³⁷⁴. Zira hakem sözleşmesinin taraflarından biri, esasında aralarında uyuşmazlık bulunan iki taraftır³⁷⁵. Hakem sözleşmesiyle varılmak

³⁷⁴ Staudinger, s. 609; Yeşilirmak, s. 92.

³⁷⁵ Prütting/Gehrlein, § 1035, Rn. 8; Lörcher/Lörcher, Rn. 127; Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkomentar, s. 1526; Kuru, C. VI, s. 5919.

istenen nihai amacın bu uyuşmazlığın halli olduğu da düşünüldüğü takdirde, aslında bir tarafmış gibi gözükken bu iki tarafın aralarında bir menfaat çatışması olduğunu söylemek de mümkündür.

Bir tahkim davasında taraf olabilmek, dolayısıyla hakem sözleşmesinin bir tarafını teşkil edebilmek için hak ehliyetine sahip olmak yeterlidir. Dolayısıyla hakem sözleşmesinin bir tarafında hem bir gerçek kişi hem de bir yahut birden fazla tüzel kişi olabilir³⁷⁶. Bir sözleşmenin bir tarafı olarak bu kişilerin yapacakları bazı işlemler ortak, bazıları ise münferit olacaktır. Örneğin dava dilekçesinin ve buna karşılık olarak cevap dilekçesinin verilmesi yalnızca davacı ve davalı ile ilgili bir işlem olacak, bu noktada ortaya çıkacak bir eksiklik veya yanlışlık, yalnızca o kişiyi etkileyecektir.

Hakem sözleşmesinin taraflarından hakemin hayatını kaybetmesi halinde hakem sözleşmesinin son bulacağı kabul edilmektedir³⁷⁷. Nitekim hakemin hakem sözleşmesinden doğan yükümlülükleri, şahsen ifa edilmesi gereken yükümlülüklerdir, dolayısıyla halefiyete konu olamaz. Fakat, hakemin şahsen ifa

³⁷⁶ Başaran, ilk olarak tahkim hukukunun bir bütün olduğundan hareketle, tahkime konu uyuşmazlığın niteliğinin tahkim hukukuna etkisi olmaması gerektiğini ifade etmiş ve şekilde tahkim ilişkilerini evvela devlet-devlet, devlet-şirket ve son olarak şirket-şirket olacak şekilde tasnif etmiştir. Yazar ayrıca, tek bir kişinin sahip olduğu şirketler olabileceği için, gerçek kişilerin tahkimde taraf olabileceğini ileri sürmüştür. Bkz. Başaran, s. 23. Ayrıca belirtmeye gerek bulunmamakla birlikte gerçek kişilerin bir tahkim davasında taraf olabilmesi için şirket sahibi olmasına gerek yoktur. Gerçek kişiler elbette ki uluslararası kamu hukukuna dair uyuşmazlıklara dair tahkim davalarında taraf olamayabilirler fakat bu halde aynı zaman bir şirketin de bu bağlamda bir tahkim davasının tarafı olması mümkün olmamalıdır. Kaldı ki bir gerçek kişi ancak; adi şirket söz konusu olduğunda bir davada doğrudan kendisi taraf olabilir, tek kişi sahip olsa dahi ticari şirketlerin ilk aşamada kendi tüzel kişilikleri tahkim davasında taraf olur. Zaten tahkim ilişkisini de devlet-devlet, devlet-şirket, şirket-şirket şeklinde tasnif etmenin de ne pratik ne teorik bir faydası vardır. Nitekim yazar da aynı eserinin pek çok yerinde yapmış olduğu bu üçlü tasnifin ortak noktalarından bahsetmektedir. (Örn bkz. s. 36.) Bu noktada uygulanacak tahkim kurallarına dair yapılacak bir tasnif olsa olsa özel hukuka tâbî uyuşmazlıklar ile kamu hukukuna tâbî uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olabilir.

³⁷⁷ Vogt, s. 175.

etmesi gerekemeyen yükümlülükleri, örneğin belgelerin geri verilmesi yükümlülüğü³⁷⁸, açısından halefiyet söz konusu olabilir, yani bu edimler mirasçılardan talep edilebilir.

III. Hakem Sözleşmesinin Kurulması

Bir özel hukuk sözleşmesi olan hakem sözleşmesinin kurulabilmesi için özel bir işleme gerek olmayıp, tarafların, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmış olmaları yeterli kabul edilmelidir. O halde, hakem sözleşmesinin tarafları açısından iki esaslı unsur olan, uyuşmazlığın konusunda tarafların anlaşmış olması halinde hakem sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Bu sonuca ulaşılabilmesi için, uyuşmazlığın niteliğinin, kapsamının ve miktarının hakemlerce biliniyor olması gerekli kabul edilmelidir. Aksi takdirde hakemin, çözeceği uyuşmazlıkla ilgili tam bir bilgi sahibi olduğu kabul edilemeyecektir.

³⁷⁸ “Vekâlet sözleşmesine konu olan işin ifa edilmesine yönelik borç ile vekâlet sözleşmesi dolayısıyla alınan şeyleri iade etme borcu farklı borçlardır.

Vekilin, iade borcu yukarıda da değinildiği gibi, müvekkilin ölümü ile sona ermeyip, bu alacak müvekkilin mirasçılarna geçmekte; vekil öldüğü takdirde ise bu borcu vekilin mirasçıları yerine getirmek mecburiyetinde olmaktadır.” Bkz. Yarg. HGK, E. 2011/13-161, K. 2011/276, T. 4.5.2011.

Üçüncü Bölüm

Hakem Sözleşmesinin Taraflarının Yükümlülükleri

§ 4 Uyuşmazlığın Taraflarının Yükümlülükleri

I. Genel Olarak

Hakemler ile uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin sözleşmesel bir nitelik taşıdığı, söz konusu bu sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu ve bu özel hukuk sözleşmesinin de *sui generis* bir sözleşme olduğunu tespit ettikten sonra çalışmamızın esasını teşkil eden hakemlerin hukukî sorumluluğunun sebeplerini ve sınırlarını belirlemek gerekmektedir.

Bir özel hukuk sözleşmesi olan hakem sözleşmesi esas itibariyle vekâlet sözleşmesine benzemekte olup, bir önceki bölümde ifade ettiğimiz noktalarda vekâlet sözleşmesinin tipik unsurlarını ihtiva etmemektedir. Uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasındaki ilişkinin temeli bir sözleşme olduğuna göre, tarafların sözleşmeden doğan yükümlülükleri, hukukî sorumluluklarını belirleyecektir. Gerek uyuşmazlığın tarafları gerekse hakemler, sözleşmeden doğan yükümlülükler yerine getirmediği takdirde bu husus her şeyden önce TBK'nın 112³⁷⁹'nci maddesinin ihlali anlamına gelecektir. Nitekim Umar'da HMK'da hakemlerin sorumluluğunu

³⁷⁹ TBK m. 112: “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

düzenleyen 419'uncu maddesinin gerçekte TBK'nın 112'nci maddesini yansıttığını belirtmektedir³⁸⁰.

Hakemlerin hukukî sorumluluğunun temelini hakem sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ihlali teşkil ettiği için hakemlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin de neler olduğunun tespit edilmesi gerekir. Zira hakemler bu yükümlülükleri ihlal ettiği ölçüde hukuken sorumlu olabileceklerdir. Bununla birlikte hakem sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğuna göre³⁸¹, yalnızca hakemlerin, sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin tespit edilmesi yeterli görülmemelidir. Zira hakemler, TBK'nın 97'nci maddesine³⁸² dayanarak, uyuşmazlığın taraflarının kendi yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde, temerrüde düşmeksizin ifadan kaçınabileceklerdir³⁸³. O halde hakemlerin yükümlülüklerinin yanında, uyuşmazlığın taraflarının da hakem sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızın bu bölümde öncelikle uyuşmazlığın taraflarının yükümlülükleri belirlenecek, daha sonra hakemlerin yükümlülükleri incelenecektir. Bu inceleme yapılırken, mümkün olduğu ölçüde, yükümlülüklerin ortaya çıkma anları esas alınarak bir inceleme yapılacaktır. Sözleşme öncesinden başlayıp sözleşme sonrası da devam eden yükümlülükler ise en sonra, ayrı bir başlık altında incelenecektir.

II. Uyuşmazlığın Taraflarının Mali Yükümlülükleri

³⁸⁰ Umar, HMK, s. 1212.

³⁸¹ Bkz. yuk. §3-II.

³⁸² TBK m. 97: “*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.*”

³⁸³ Tekinay, s. 608; Kılıçoğlu, s. 624.

A. Yargılama Giderlerini Karşılama Yükümlülüğü

Bir uyuşmazlığın çözülmesinin, kim tarafından çözülsün, bir maliyeti vardır. Belirtmek gerekir ki en az maliyetli çözüm yolu, uyuşmazlığın taraflarının, anlaşmak suretiyle uyuşmazlığı sona erdirdikleri yoldur. Bu nedenle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, uyuşmazlığın tarafları açısından, tahkime nazaran daha faydalı olduğu söylenebilir.

İlk olarak tarafların aralarındaki uyuşmazlığı, uyuşmazlığın temelini teşkil eden vakıaları, bu vakıalara ilişkin delilleri hazırlamaları ve sunmaları gerekir. Tarafların uyuşmazlığın çözümü sürecinin başında yüklenmeleri gereken bu masraflar uyuşmazlığın hangi yolla çözüldüğüne göre pek değişiklik göstermez. Buna mukabil tarafların hazırlamış olduğu dava malzemesinin uyuşmazlığı çözecek müessese tarafından incelenmesi, değerlendirilmesi ve ayrıca tarafların da dinlenmeleri gerekir. İşte bu noktada uyuşmazlığın hangi yolla çözüleceğinin maliyet üzerindeki etkisi fark edilmeye başlanır.

Uyuşmazlık çözümü faaliyetinin ekonomik bir maliyeti olduğu açıktır. Taraflar, hem uyuşmazlığın çözümü sürecinin başında hem süresince ekonomik olarak belirli masraflara katlanmak zorunda kalırlar³⁸⁴. Daha önce izah ettiğimiz üzere uyuşmazlığın çözümü sürecinin başında yapılan masraflar esas itibariyle uyuşmazlığın hangi yolla çözüleceğine bağlı olarak değişkenlik göstermemektedir. Eğer taraflar, uyuşmazlıklarını medenî yargı yoluyla çözmek isterlerse bu durumda devletin bir hizmeti olan yargı hizmetinden yararlandıkları için harç ödemek

³⁸⁴ Schütze, Rn. 290; Vogt, s. 163.

durumunda kalırlar. Söz konusu bu harç kural olarak nisbî olduğu için bilhassa düşük miktardaki alacaklar açısından yargıya başvuran kişiler için önem arz edecek noktada olmaz. Fakat bilhassa ticari uyuşmazlıkların ekonomik anlamda boyutu düşünüldüğü takdirde, yargılama giderlerinin önemi artmaktadır³⁸⁵. Bununla birlikte söz konusu bu giderin önceden tamamen öngörülmesi de mümkün değildir. Buna mukabil tahkim açısından giderin öngörülmesi daha olasıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, taraflar aralarındaki uyuşmazlığın konunun uzmanı bir kimse yahut bir kurul tarafından, daha kısa ve kesin bir süre içinde çözülmesi imkânı karşısında tahkim yoluna başvurmayı ekonomik anlamda daha maliyetli görünmesine rağmen isteyebilirler³⁸⁶.

Tahkim yargılaması da, aynı devlet yargısı gibi masraf yapılmasına neden olan bir yargılama faaliyetidir. Yargılama esnasında hem duruşmaların yapılması, evrak teatisi, gerektiği takdirde bilirkişiye başvurulması gibi yargılama faaliyetinden kaynaklanan masraflar, bu masrafların bir yüzünü oluştururken³⁸⁷, tahkim sürecinin tamamını yürütüp, tarafları dinleyip netice itibariyle bir karar verecek olan hakemlere emekleri karşılığında ödenecek ücret³⁸⁸ de diğer yüzünü oluşturmaktadır.

HMK'nın tahkimdeki yargılama giderlerini düzenleyen 441'inci maddesi, yargılama giderlerini hakem ve hakem sekreteri ücretini de kapsayacak şekilde geniş bir şekilde ele almış olsa da dayandıkları hukukî temelin farklılığı göz önünde

³⁸⁵ Umar, HUMK döneminde var olan hakem kararlarının mahkemece tasdiki zorunluluğunun HMK tarafından ortadan kaldırılmasıyla birlikte, bu durumun “ekonomi devleri”nin yararına hizmet edecek sonuçlara yol açtığını belirtmekte ve söz konusu değişikliğin bu sonucunu eleştirmektedir. Bkz. Umar, HMK, s. 1224 ve 1225.

³⁸⁶ Alangoya, s. 18 ve 19.

³⁸⁷ Schäfer, Teil I, s. 247.

³⁸⁸ Schäfer, Teil I, s. 247; Korucu, s. 161.

bulundurulduğu takdirde, hakemlerin ve hakem sekreterinin ücret alacağına diğer yargılama giderlerinden ayrı olarak incelenmesinin daha doğru olacağı görüşündeyiz.

1. Hakem Ücretini Ödeme Yükümlülüğü

Hakemler ile uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin temeli olan hakem sözleşmesiyle hakemler bir sonraki ana başlık altında incelenmiş bulunan yükümlülükler altına girerler. Hakem sözleşmesinin diğer tarafını teşkil eden uyuşmazlığın taraflarının ise hakem sözleşmesinden kaynaklanan asli edim yükümlülüğü hakemlere ücret ödenmesidir³⁸⁹. Hakemler, kendilerine ödenecek ücreti tahkim yargılamasındaki emekleri karşılığı alırlar³⁹⁰. Zira hakemlerin hakem sözleşmesinden kaynaklanan en temel hakkı ücret talep etme hakkıdır³⁹¹. Nitekim hakemler bu faaliyeti bir emek karşılığında yerine getirmektedirler. Ücret ödeme aynı zamanda, uyuşmazlığın taraflarının karşı edimi olduğu için, bu edimin ifasında gecikilmesi halinde, hakemler hem ödemezlik defini ileri sürebilmeliler hem de gerektiği takdirde hapis hakkını kullanabilmelidirler.

Ücret hakem sözleşmesinin bir tarafı açısından asli bir edim yükümlülüğü olsa da sözleşmeye karakterini veren bir edim yükümlülüğü değildir³⁹². Taraflar hakem sözleşmesiyle birlikte, hakemlere ne kadar ücret ödeneceğini serbestçe kararlaştırabilecekleri³⁹³ gibi herhangi bir ücret ödenmeyeceğini de pekâlâ

³⁸⁹ Yeşilirmak, s. 91 ve 92.

³⁹⁰ Habscheid, Schiedsrichtervertrag, s. 201; Kalpsüz, Ücret, s. 453; Karadaş, s. 142; Korucu, s. 161. Ayr. bkz. Yarg. 15.HD E. 1989/1023 K. 1989/2841 T. 15.6.1989.

³⁹¹ Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkommentar, s. 1527.

³⁹² Hakem sözleşmesinin karakteristik edim yükünün hakemlerce yerine getirilecek olan karar verme edimi olduğuna dair bkz. Süral, s. 232. Ayrıca bkz. yuk. § 3-I/C/2.

³⁹³ Ekşi, s. 169.

kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda da hakem sözleşmesinin niteliğinin değiştiğini kabul etmek hukuk sistemimiz açısından mümkün grnmemektedir³⁹⁴.

Kararlaştırılmışsa hakemlere ödenecek ücretin hukukî dayanağı hiç şüphesiz hakem sözleşmesi olacaktır.

Hakemlere denecek ücretle ilgili dikkat çekilmesi gereken husus, taraflarca belirlenmemişse, hakemlerin kendi alacakları ücretin miktarına kendilerinin karar veremeyeceęidir³⁹⁵. Bundan anlaşılması gereken, hakemlerin sözleşmenin müzakeresi aşamasında talep ettikleri ücretin miktarını belirtmeleri değil, bilakis hakem sözleşmesinde, hakemlere ödenecek ücret ile ilgili olarak herhangi bir kayda rastlanmaması halinde, hakemlerin bakmakta oldukları dosya ile ilgili olarak karar verirken hakem ücretine de karar vermeleri halidir³⁹⁶. Hakemler, tabii olarak, sözleşme görüşmeleri esnasında alacakları ücret ile ilgili müzakerelerde bulunabilirler. HMK'daki düzenlemeye göre, hakemlere ödenecek ücrete taraflar özgürce karar verebilecekleri gibi, daha önceden hazırlanmış bir hakemlik ücret tarifesine de atıf yapabilirler. Eğer taraflar herhangi bir ücret kararlaştırmamışlarsa, hakemler kendi ücretlerinin miktarına kendileri karar veremezler³⁹⁷. Türk hukuku

³⁹⁴ Bkz. yuk. ř 3-I/C/2.

³⁹⁵ Kuru, C. VI, s. 6030.

³⁹⁶ Kuru, C. VI, s. 6033.

³⁹⁷ "Hakemlerin kendi ücretlerini belli edememeleri bir kimsenin kişisel alacağı hakkında hakim olamayacağı, hüküm veremeyeceği kuralına dayanır. Gerçekten, hakemin kendi emeğinin karşılığı için hakim durumuna girerek hüküm vermesi, hakemin tarafsızlığı kuralı ile bağdaşamaz. Hakem ücretinin akitle taraflarca belirtilmesi halinde (ki böyle bir akit Borçlar Kanununun 19 uncu maddesi hükmünce yapılabilir ve geçerliği şekle bağlı değildir), bu ücretin hakemlerce alınması mümkündür, aksi halde hakemlerin genel hükümler uyarınca yetkili mahkemelere başvurarak emeklerinin karşılığı olan alacaklarının ödetilmesi için karar almaları gerekir. Ancak bu yön, kamu düzenini ilgilendirmediğinden, Yargıtayca kendiliğinden gözönünde tutulamaz." Yarg. İBGK E. 1964/1 K. 1964/3 T. 13.5.1964 (kazanci.com, E.T: 3.5.2017). ayrıca bkz. şanlı, Mütalaalar, s. 662.

açısından bu durumda, bir yedek hukuk kuralı olarak nitelendirebileceğimiz, Hakemlik Ücret Tarifesinin uygulanması gerekecektir.

Tahkim yargılamasının yürütülmesi üzerine hakemlerce bir sekreteryaya oluşturulması da gerekecektir. Hakem sekreterliği HMK’da düzenlenmemiş olup yalnızca tahkimdeki yargılama giderleri arasında hakem sekreterliği ücretinin gösterilmesiyle yetinilmiştir. Oysaki tahkim yargılamasının sağlıklı ve hızlı bir şekilde yürütülmesi açısından hakem sekreteri önemli bir rol oynar. Bu nedenle hakem sekreterine de taraflarca emeğinin karşılığı olarak bir ücret ödenmesi gerekmektedir³⁹⁸. Bu ücret hakemlerce belirlenecektir³⁹⁹. Bu noktada hakem sekreteri sözleşmesinin niteliğinin ve taraflarının incelenmesi faydalı olacaktır⁴⁰⁰.

2. Hakem Ücreti Dışında Kalan Diğer Yargılama Giderlerine Katlanma Yükümlülüğü

Tahkim yargılaması sırasında muhtelif sebeplerle pek çok harcama yapılması söz konusu olabilmektedir. Tahkimde yargılama giderlerini düzenleyen HMK’nın 441’inci maddesi yargılama giderlerini şu şekilde sınıflandırmaktadır:

-Hakemlerin ve hakemlerce belirlenen hakem sekreterliği ücreti

-Hakemlerin seyahat giderleri⁴⁰¹ ve yaptıkları diğer masrafları

³⁹⁸ Korucu, s. 165.

³⁹⁹ Korucu, s. 165.

⁴⁰⁰ Bkz. aşa. § 5-II/B/1/b.

⁴⁰¹ Göksu, Nr. 1079.

-Hakem veya hakem kurulu tarafından atanan bilirkişilere ve yardımına başvuru alan diğer kişilere ödenen ücretleri ve keşif giderleri

-Hakem veya hakem kurulunun onayladığı ölçüde tanıkların seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları

-Hakem veya hakem kurulunun, davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgari ücret tarifesine göre takdir ettiği vekâlet ücreti

-Bu Kanuna göre mahkemelere yapılacak başvurularda alınan yargı harçları

-Tahkim yargılamasına ilişkin tebligat giderleri

Bunlardan hakem ve hakem sekreterliği ücreti bir önceki başlık altında incelenmiş olduğundan ayrıca değinilmeyecektir. Bu kalemlerden seyahat ve tebligata ilişkin olanlar haricindeki giderler, sadece başvurulduğu takdirde ortaya çıkacak masraflardır. Örneğin her tahkim yargılamasında bilirkişiye başvurulması gerekmeyeceği gibi, devlet mahkemelerinden hukukî yardım talep edilmesi de gerekli olmayabilir. Dolayısıyla her tahkim yargılamasını kapsayacak şekilde bir gider öngörüsü yapılması mümkün değildir ve her bir tahkim yargılamasında bu hususun ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Tahkim yargılamasından kaynaklanan giderlerin nasıl karşılanacağı ve paylaşılacağı konusunda da HMK, taraf iradelerine öncelik tanımıştır. Bu hususunun yargılama giderleri açısından tek istisnası gider avansıdır. Eğer hakemler müstakbel yargılama giderlerini karşılamak üzere uyuşmazlığın taraflarının avans ödenmesine karar verirse, uyuşmazlığın tarafları bu karara karşı koyamayacakları gibi, kanunun düzenlemesinden tarafların daha önceden anlaşarak avans ödenmesinin kararlaştırılmayacağına karar vermeleri de mümkün değildir. Hakemlerce karar verilmesine rağmen uyuşmazlığın taraflarının öngörülen süre içerisinde avans ödemesine yanaşmamaları halinde, millî tahkimde HMK m. 442/2 hükmüne göre, milletlerarası tahkimde de MTK 16/C maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre bu husus, hakemlerin yargılamaya devam etmemeleri için haklı bir gerekçe oluşturur⁴⁰². Yargılamanın durdurulması kararından itibaren başlayacak bir aylık süre⁴⁰³ içerisinde de bu eksiklik giderilmezse bu durumda anılan fıkra hükmü gereğince tahkim sona erecektir. Bu durumda ortaya çıkabilecek zararlardan tabii olarak hakemler sorumlu olmamalıdır.

III. Uyuşmazlığın Taraflarının Yargılamaya İlişkin Yükleri

A. İddia ve Savunmalarını Bildirme Yükü

Davacı, davalı aleyhine bir hak iddiasında bulunan kimsedir. Davacı bu iddiayı mahkeme önünde dile getirmekle, yani davayı açmasıyla birlikte bu sıfatı kazanır. Tahkim yargılaması kapsamında davacının ilk olarak bu iddialarını dile

⁴⁰² Korucu, s. 167.

⁴⁰³ Korucu, bu sürenin tahkim süresinin de dikkate alınarak uzatılabileceği görüşündedir. Bkz. Korucu, s. 167.

getirmesi gerekecektir. Zira bu husus olmadan yargılamaya başlanamayacağı için hüküm de verilemeyecek yani hakem kendi edimini yerine getiremeyecektir.

Bir uyuşmazlığın varlığından söz edebilmek için bir tarafça, diğer taraf aleyhine ileri sürülen bir iddianın varlığı gerekmekte⁴⁰⁴ birlikte, tek bir iddianın varlığı da yeterli değildir. Zira karşı taraf bu iddiayı kabul ettiği takdirde ortada uyuşmazlık konusu bir husus kalmayacaktır⁴⁰⁵. Dolayısıyla bir uyuşmazlıktan söz edebilmek için bir tarafın ileri sürdüğü bu iddianın ya diğer tarafça kabul edilmemesi yahut da kabul edilmekle birlikte o iddiaya bir şekilde karşı koyabilmek amacıyla başka bir iddia ileri sürüyor olması gerekmektedir. Taraflar arasındaki bu uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istedikleri takdirde, uyuşmazlığın sebebi iddialarını ve buna ilişkin savunmalarını hakemlere sunmaları gerekecektir. HMK tahkimde dava ve cevap dilekçelerinin ibrazını düzenlemiş olmakla birlikte, ilgili düzenlemenin medenî yargılama açısından öngörülmüş bulunan dava ve cevap dilekçesine dair düzenlemeler karşısında oldukça dar kapsamlı olduğu söylenebilir.

Tahkimde dava ve cevap dilekçesi HMK tarafından 428'inci maddede, dilekçelerin verilmemesi hali ise 430'uncu maddede düzenlenmiştir. Anılan maddelerde ise dilekçelerin kapsamı ve şekli düzenlenmemiş, delillerin ise dilekçelere eklenebileceği ve ileride sunulacak delillerin gösterilebileceği belirtilmiştir. Hattâ delillerin ibrazına ilişkin bu husus 428'inci maddenin gerekçesinde⁴⁰⁶ tavsiye olarak nitelendirilmiştir. Tahkim kurumunun uyuşmazlığın

⁴⁰⁴ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 8 ve 9.

⁴⁰⁵ Örneğin sulh halinde olduğu gibi.

⁴⁰⁶ “İkinci fıkra, dava ve cevap dilekçesinde bulunması gerekli hususlar belirtilmiş ve tahkimin bir an önce bitirilebilmesi için delillerin dilekçelere eklenmesi ile ileride sunulacak delillerin gösterilmesi tavsiye edilmiştir.” (Madde gerekçesinden).

taraflarının iradelerine atfettiği önem göz önünde bulundurulduğu takdirde, HMK'nın bu düzenlemesinin eksiklik olarak nitelendirilmemesi gerekir. Tahkim yargılaması kapsamında taraflar, dilekçelerinin şekline, kapsamına, hangi delilleri nasıl sunacaklarına, daha geniş bir ifadeyle yargılama usulüne, kendileri karar verebilirler⁴⁰⁷.

Uyuşmazlığın taraflarına bırakılan bu özgürlüğün sınırsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira basit bir şekilde uyuşmazlığın anlatılması ve buna ilişkin hiçbir belge sunulmaması ve buna rağmen hakemlerin bu uyuşmazlığı çözmelerini beklemek objektif olarak hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu nedenle uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasındaki ilişkinin temeli olan hakem sözleşmesinin bu açıdan uyuşmazlığın taraflarına, iddialarını ve savunmalarını, iddialarını ve savunmalarını dayandırdıkları vakıaları ve bunlara ilişkin delillerini sunmaları yükünü yüklediğini kabul etmek gerekir. Bununla birlikte uyuşmazlığın taraflarının, tahkim sürecinin uzamasına neden olacak şekilde hareket etmekten de kaçınmaları gerekmektedir⁴⁰⁸. Hakemlerden, çözmeleri beklenen uyuşmazlıkla ilgili olarak vaka araştırmaları beklenmesi tahkim kurumunun niteliklerine aykırı olacağı için, bu faaliyetin uyuşmazlığın taraflarınca yerine getirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu hususta esas menfaat sahibi olanlar da tarafların bizatihi kendileridir. Bu nedenle hakemler bu noktada uyuşmazlığın taraflarından en fazla yeterince açık olmayan vakıalarını açıklamalarını talep edebilirler. Dolayısıyla burada uyuşmazlığın taraflarının yerine getirmesi gereken edim, yalnızca bir yük olarak nitelendirilebilir. Hakemler

⁴⁰⁷ Leuenberger/Uffer-Tobler, Rn. 14.21; Kuru, C. VI, s. 6046; Akıncı, Tahkim, s. 162; Nomer/Ekşi/Günseli Gelgel, s. 32 ve 33.

⁴⁰⁸ BG, 10.5.1982, 108 Ia 197, 201.

uyuşmazlıkla ilgili iddiaların, savunmaların ve bunlarla ilgili vakıaların ileri sürülmesi konusunda uyuşmazlığın taraflarını zorlayamazlar. Hakemlere süresi içinde dava dilekçesi verildiyse hakemler o davaya bakmak zorundadırlar. Nitekim HMK'nın 430'uncu maddesinde cevap dilekçesinin verilmemiş olması halinde dahi bu zorunluluğun devam edeceği düzenlenmiştir. Bu hususta ortaya çıkacak bir eksikliğin sonuçlarına da, eksikliğin sebebi olan tarafın katlanması gerekecektir.

B. Belgeleri İbraz Yükü

Davacının ileri sürdüğü iddialar ile birlikte bu iddialarının dayanağını teşkil eden delillerini de hakem mahkemesine sunması gerekmektedir⁴⁰⁹. Nitekim deliller ile desteklenmemiş iddiaların bir mahkeme sürecinin sonunda davacının istediği şekilde hükme konu olması söz konusu olamaz. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki belgelerin ibrazı meselesi, uyuşmazlığın tarafları açısından bir yükümlülük olduğu⁴¹⁰ kadar, aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkıyla bağlantılı bir haktır⁴¹¹.

Hakemlere sunulan iddia ve savunmalarla bağlantılı olarak, uyuşmazlığın taraflarının bu iddia ve savunmalarına ilişkin belgeleri de hakem heyetine sunmaları gerekmektedir. Belgelerin sunulması, hakemlerin dava konusu ile ilgili olarak ileri sürülen vakıalar hakkında ikna edilmesi için önem arz ettiği gibi, tahkim yargılamasında uygulanacak hukuka bağlı olarak bir ispat sorunu olarak da ortaya

⁴⁰⁹ Tahkimde belge ibrazı ile ispat yükü arasındaki ilişki için bkz. Demir Gökyayla, s. 32 vd.

⁴¹⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki, belge ibrazının yükümlülük olarak ifade edilmesini, sözleşmesel bir ilişki olması dolayısıyla, tahkim yargılaması kapsamında değerlendirmek gerekir. Nitekim devlet yargısı kapsamında iddia ve savunmalarını ileri sürmenin bir yükümlülük değil, bilakis yalnızca bir hak olduğu belirtilmektedir. Bkz. Pekantez, Seyfullah Edis'e Armağan, s. 756.

⁴¹¹ Pekantez, H.: *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 756; Demir Gökyayla, s. 242.

çıkabilir. Nitekim tarafların seçecekleri hukuka göre belli vakıalar, belli delillerle ispat edilebiliyorsa, bu delillerin hakemlere sunulması, ileri sürdükleri vakıaların ispat edilmesi bakımından bir zorunluluk olacaktır. Bu zorunluluğun temelini ise tarafların davayı aydınlatma yükümlülüğü olduğu ifade edilmekte⁴¹², davayı aydınlatma yükümlülüğünün temeli ise dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır⁴¹³. Öte yandan doktrinde diğer bir görüş, aydınlatma yükümlülüğünün, özen yükümlülüğü ile ilişkili olduğunu ve edimin doğru bir şekilde ifa edilmesi açısından önem arz ettiğini belirtmektedir⁴¹⁴.

Görüşümüze göre aydınlatma yükümlülüğü, tarafların hakem sözleşmesinden kaynaklanan bir edim yükümlülüğüdür. Zira bu sayede hakemler, önlerine gelen ve çözmeleri gereken uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olabileceklerdir. HMK'nın devlet yargılaması açısından öngörmüş olduğu belge ibrazına dair hükümlerin tahkim ilişkisinin taraflarınca uygulanma zorunluluğunun bulunmadığı⁴¹⁵ da göz önüne alındığı takdirde, bu yükümlülüğün tek kaynağı hakem sözleşmesi olmaktadır. Ortada mevcut bir sözleşme varken de, kural olarak⁴¹⁶, yükümlülüğün temellendirilebilmesi için dürüstlük kuralına başvurmanın gerekli olmadığı kanısındayız.

⁴¹² Erdönmez, s.27; Aygül, Deliller, s. 122;

⁴¹³ Demir Gökyayla, s. 38.

⁴¹⁴ Gümüş, Özen, s. 160 ve 168.

⁴¹⁵ Akıncı, s. 221; Bu durumda hakemin, belgeyle ispat edilmek istenen vakıanın ispatıyla ilgili olarak takdir hakkı olduğuna dair görüş için bkz. Demir Gökyayla, s. 268.

⁴¹⁶ Örnek olarak Demir Gökyayla, taraflardan birinin elindeki belgeyi ibrazdan kaçınması halinde bu husus dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği için, kaçışan tarafın belge ibrazından kaynaklanan yargılama giderlerine mahkûm edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Demir Gökyayla, s. 225

Belgeleri ibraz yükü bir edim yükü olarak nitelendirilmesinin neticesi olarak, taraflardan birinin elindeki belgeyi ibrazdan kaçınması halinde⁴¹⁷ hakemlerin, o belgeyi ibraza zorlayabilecekleri ama buna rağmen ibraz edilmemesi halinde, belgelerin ibrazı ile ilişkili kendi edimlerini yerine getirmekten kaçınabileceği düşünülebilir. Örneğin, davacının elindeki hiçbir delili hakemlere sunmaması halinde, hakemler de davayı reddedebilecek; davacının iddiasını ileri sürmemesi halinde ise yargılamanın sürdürülememesine karar verebileceklerdir. Bu durumda hakemler, o belge hiç var olmamış gibi yargılamaya devam edebilirler. Nitekim HMK'nın m. 430/1-c hükmü de, tarafların ellerindeki delilleri sunmamaları halinde, yargılamaya mevcut delillerle devam edilebileceğini öngörmektedir.

Doktrinde, bu durumda hakemlerin, uyuşmazlığın taraflarına para ceza verip veremeyeceği tartışılmıştır⁴¹⁸. Eğer tahkim yargılamasına uygulanan usul kurallarında bu nitelikte bir para cezası öngörülmüşse buna imkân olduğu söylenebilir. Buna karşın, doktrinde ileri sürüldüğü şekliyle, taraflar arasında, hiçbir anlaşma olmamasına rağmen, hakemlerin yine de belgeyi ibraz etmeyen taraf aleyhine cezaya hükmedebileceği görüşüne⁴¹⁹ katılamıyoruz. Çünkü hakemlerin, tüm yetkisinin kaynağı olan tahkim sözleşmesi⁴²⁰ ve uyuşmazlığın taraflarıyla aralarındaki ilişkinin temelini teşkil eden hakem sözleşmesi ile belirlenen sınırlar dışında karar verme yetkisi bulunmamaktadır. O halde, anılan sözleşmeler kapsamına

⁴¹⁷ Tarafların ellerindeki belgeleri ibraz etmekten kaçınmalarını haklı gösteren sebeplere ilişkin olarak bkz. Demir Gökyayla, s. 263.

⁴¹⁸ Demir Gökyayla, s. 220.

⁴¹⁹ Demir Gökyayla, s. 220

⁴²⁰ Hakemlerin karar verme yetkilerinin kaynağının tek başına tahkim sözleşmesi değil buna imkân tanıyan hukuk düzeni olduğu da ifade edilmektedir. Tartışmalar için bkz. Balkar Bozkurt, s. 15 vd. ayr. bkz. Yeşilova, B.: *Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler*, TBBD, S. 76, 2008, s. 98 vd.

girmeyen ve kanunla da düzenlenmemiş bir konuda hakemlerin karar vermesi her şeyden önce yetki aşımı olacak, dolayısıyla bu husus iptal davasına konu olacaktır. Bununla birlikte, sözleşmenin bir tarafının, diğer tarafa sözleşmeyle kendine verilmeyen ve hukuk düzeni tarafından da tanınmayan bir yükümlülük yüklemesi de sözleşmenin ihlali niteliği taşır ve bu nedenle de sebepsiz zenginleşmeye neden olur.

Bununla birlikte tahkim yargılamasında, para cezası verilebilmesinin, pratik hayatta sadece kurumsal tahkimde mümkün olabileceğini düşünüyoruz. Çünkü para cezasının verilmesi halinde, o ceza, kurumsal tahkimde, tahkim kurumuna ödenir, fakat ad-hoc tahkimde bu nitelikte bir kurum bulunmamaktadır. Dolayısıyla cezanın ya hakemlere ya da karşı tarafa ödenmesi gerekliliği ortaya çıkacaktır. Hakemlerin kendilerine ödenmek üzere, uyuşmazlığın taraflarına bu nitelikte bir ceza vermeleri hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmasına neden olabilir. Söz konusu cezanın uyuşmazlığın diğer tarafına ödenmesi ise, tahkimin mantığına aykırı bir sonuç ortaya çıkaracaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bir usul hukuku sorunu olan belgelerin ibraz yükümlülüğüne dair uyuşmazlığın tarafları anlaşabilecekleri gibi bu nitelikte herhangi bir anlaşmanın var olmaması halinde hakemler resen de ibraz usulü belirleyebilirler⁴²¹. Hakemlerin, bu anlaşmaya aykırı davranışları⁴²² ise, esasa ilişkin karara etki ettiği ölçüde, bir iptal sebebi olacaktır.

⁴²¹ Demir Gökyayla, s. 65.

⁴²² Bu durumda Demir Gökyayla, anlaşmanın içeriğinin dikkate alınması gerektiğini belirtmekte ve eğer taraflar, uygulanacak kuralları belirlerken bu kuralları, bir kılavuz olarak nitelendirmişlerse, buna aykırılığın iptal sebebi olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Demir Gökyayla, s. 247.

§ 5 Hakemlerin Yükümlülükleri

Hakem sözleşmesinin kurulması ve hakemlerin atanması ile birlikte, taraflar arasında tahkim ilişkisi başlar⁴²³. Aynı durum, uyuşmazlığın tarafları açısından söz konusu olduğu gibi, hakemlerin kendileri açısından da sözleşmeye ilişkin yükümlülükleri sözleşmenin yapıldığı andan itibaren değil, bilakis sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada başlar. Bu kısımda, evvela güven sorumluluğu çerçevesinden değerlendirilebilecek bu husus ele alınacak, sonra sırasıyla hakemlerin sözleşme sırasındaki ve sözleşme sonrası yükümlülükleri incelenecektir.

I. Genel Olarak

Uyuşmazlığın taraflarının devlet tarafından sunulan yargı hizmeti yerine neden kendilerinin tayin edecekleri hakemler tarafından uyuşmazlıklarının çözülmesini isteyeceklerine dair pek çok sebep bulunmaktadır. Bu noktada bu sebeplerin bir kısmının tarihsel sebepler olduğunu bir kısmının ise daha çok ülkemize dair sebepler olduğunu belirtmek gerekir.

Uyuşmazlığın taraflarının hakem sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, ileri sürebilecekleri taleplerin neler olabileceğinin tayin edilebilmesi için, hakem sözleşmesinin niteliğinin davacı ve davalı açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Tahkim yargılamasında davacı, davalı ile arasındaki uyuşmazlığın, hakem sözleşmesinin diğer tarafı olan hakemlerce çözülmesini arzulamaktadır. Tabiidir ki davacının bu noktada asıl amacı haklılığının ortaya konması olacaktır.

⁴²³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, §177 Rn. 15.

Zira uyuşmazlığın ortaya çıkmasındaki sebep, davacı ile davalının hangi tarafın haklı olduğu konusunda anlaşamamış olmalarıdır. Davacının haklılığının tespit edilmesi amacının, hakem sözleşmesinden doğan bir hak olduğunu kabul etmek mümkün değildir; çünkü hakemin görevi, kendisine yöneltilen talepleri, sunulan vakıalar ve bunlara ilişkin delillerle birlikte değerlendirmek ve neticede bir yargılama yaparak söz konusu uyuşmazlığı çözecek nitelikte bir karar vermektir⁴²⁴. Bu nedenle davacının hakem sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte sözleşmenin diğer tarafı olan hakemlerden talep edebileceği edim de bu kapsamda değerlendirilebilir. Aynı şekilde davalının da tahkim yargılaması neticesinde davanın reddedilmesi talebi olsa da, hakem sözleşmesi kapsamında talep edebileceği edim yükümlülüğü, davanın reddedilmesi değil, yalnızca uyuşmazlıkla ilgili bir karar verilmesi olacaktır.

II. Hakemlerin Yükümlülüklerinin Sınıflandırılması

Hakemler ile uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin temelini teşkil eden hakem sözleşmesi, hakemlerin yükümlülüklerinin sınırlarını da belirleyecektir⁴²⁵. Nitekim aradaki hukukî ilişkinin yegâne temeli hakem sözleşmesidir.

Hakem sözleşmesi ilişkisi, tabii olarak, sözleşme öncesi müzakere aşamasını da içerir. Bu aşamada uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki uyuşmazlığı en iyi çözecek kişiyi hakem olarak seçmek isterler. Öte yandan, hakem olarak seçilecek kişi de kendi niteliklerine uygun bir uyuşmazlığın çözülmesi için seçilmek ister. Bu nedenle, hakem sözleşmesi bakımından sözleşme öncesi müzakere süreci, önem arz etmektedir. Bu aşamada taraflar, birbirlerine hem kendileri hem de uyuşmazlık

⁴²⁴ Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkomentar, s. 1526.

⁴²⁵ Born, G.: International Commercial Arbitration, Volume II, Second Edition, 2014, s. 1986.

hakkında önemli bilgiler vermektedirler. Bu nedenle hakem sözleşmesinin kurulmasından önceki aşamanın ayrıca incelenmesi faydalı olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, gerek vekalet gerek hizmet sözleşmesi bakımından söz konusu olan özen borcu, ayrıca incelenmemiştir. Zira katıldığımız görüşe göre özen borcu bağımsız bir yük olmayıp, iş görme edimi tamamlayan bir borçtur⁴²⁶.

Doalysıyla hakemler açısından denilebilir ki, hakemler yerine getirmekte oldukları tüm yükümlülüklerde zaten özen göstermek zorundalardır. Bu, özen borcunun “iş veya hizmet görme yükümüne eklemlenerek onu tamamlaması⁴²⁷”nın bir sonucudur. Bu nedenle özen yükümlülüğü, hakemlerin tüm yükümlülükleri açısından, gerektiği ölçüde, ayrı ayrı ele alınacak olup, bağımsız olarak işlenmeyecektir.

Bu başlık altında evvela, hakemlerin, hakem sözleşmesinin kurulmasından önceki safhadaki yükümlülükleri ele alınacaktır. Sonraki kısımda ise, hakem sözleşmesinin kurulmasından sonraki safhadaki yükümlülükleri incelenecektir. Hakem sözleşmesinden doğan kimi yükümlülükler ise hem sözleşme öncesinde hem sözleşme sırasında hem de sözleşmenin ifasından sonra karşılaşılan yükümlülükler olabildiği için, bu niteliktekiler, son başlık altında ayrıca incelenecektir.

⁴²⁶ Gümüş, A. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 404.

⁴²⁷ Gümüş, C. I, s. 404.

A. Sözleşme Öncesi Yükümlülükleri

1. Aydınlatma Yükümlülüğü

Aralarında uyuşmazlık çıkan kişilerin bu uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurmalarının sebeplerinden birinin de tahkimin, o uyuşmazlık açısından uzmanlık vasfı taşıyan kişiler tarafından çözülmesine olanak sağlaması olduğunu belirtmiştik⁴²⁸. Tahkim yoluna başvuran taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın niteliğine göre o uyuşmazlığın kimin tarafından çözüleceğine karar verme imkânına sahiptirler⁴²⁹. Bu nedenle tahkim yargılamasını yürütmek için seçilecek hakemin kim olacağı özel bir önem arz eder⁴³⁰.

HMK, hakem seçiminde, tahkim yoluna başvurmaya karar veren tarafların iradesine özel bir önem atfetmiştir. HMK yalnızca uyuşmazlığın taraflarının hakem seçim usulü belirlememesi veya hakemin seçilememesi halinde uygulanmak üzere, bir yedek hukuk kuralı⁴³¹ olarak, hangi niteliklere sahip kişilerin, hakem olarak seçilebileceğini sınırlayıcı olarak belirlemiştir⁴³². Tarafların iradesine verilen bu önemden dolayı, hakemin vasıflarının iyi belirlenmesi de yapılacak yargılamanın selameti açısından özel bir önem taşır. Taraflar, uyuşmazlığı çözecek hakemin kim olacağını en başta tahkim sözleşmesiyle belirleyebilecekleri gibi, tahkim

⁴²⁸ Bkz. yuk. § 1 ve 2.

⁴²⁹ Prütting/Gehrlein, § 1035, Rn. 2; Lörcher/Lörcher, Rn. 16.

⁴³⁰ Gal, s. 262. Ayrıca bu durum ilgili madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Tahkimde hakemlerin atanması büyük önem taşıdığı için atanma usulü açıkça belirlenmiştir.” (HMK m. 416 gerekçesinden)

⁴³¹ Umar, HMK, s. 1206.

⁴³² “Maddede, hakemlerin atanmasında tarafların serbest olduğu kabul edilmiş, tarafların hakemlerin seçimi usulünü belirlemelerine karşın, hakem seçiminin yapılamaması durumunda, taraflardan birinin istemi üzerine hakem veya hakem kurulunun seçiminin mahkeme tarafından yapılabileceği belirtilmiş ve bu seçimde esas alınacak hususlara yer verilmiştir.” (HMK m. 416 gerekçesinden)

sözleşmesinde yalnızca hakemin vasıflarını belirtmekle yetinip, hakem sözleşmesiyle birlikte hakemin kim olacağını da kararlaştırabilirler. Bu noktada belirtmek gerekir ki, tahkim sözleşmesiyle birlikte bir hakem belirlendiği takdirde, o kişi hakemliği kabul etmediği müddetçe hakem olarak seçilmiş olmayacağından, da karar verme zorunluluğunun doğduğundan da bahsedilemez⁴³³.

Taraflarca aralarındaki uyuşmazlığın yalnızca tek bir hakem tarafından çözüleceği kabul edildiği takdirde, hakemin kim olacağı hususu daha da önem kazanacaktır. Nitekim bu durumda tüm yargılama tek bir hakem tarafından yürütülecek ve neticede uyuşmazlığı da yine o hakem tek başına çözecektir. Öte yandan tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın bir kurul tarafından çözülmesini öngördükleri halde, kural olarak her iki taraf da eşit sayıda hakem seçecek ve onlar tarafından seçilen hakemler de kendi arasında tahkim heyetinin başkanını seçeceklerdir. Hakemler tarafından yapılacak başhakem seçiminde, hakemliği yürütebilecek nitelikte bir kimsenin seçilmesi gerekmektedir⁴³⁴. Ayrıca kanun koyucunun hakem seçiminde taraf iradesine vermiş olduğu önemden ötürü, varsa taraflarca öngörülmüş vasıfların dikkate alınması uygun olacaktır.

Uyuşmazlığın çözülmesi faaliyeti açısından hakemin kim olacağının önemli bir husus olması sebebiyle, hakemin kendisiyle ilgili olarak taraflara doğru bilgi vermesi gerekmektedir⁴³⁵. Zira o kişinin hakem seçilmesinde etkili olan husus, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın en doğru ve etkin şekilde o kişi tarafından

⁴³³ Kuru, C. VI, s. 5997; Biçkin, s. 381.

⁴³⁴ Lachmann, J. P.: Handbuch für die Schiedsgreichtspraxis, 3. Auflage, Köln 2008, Kap. 39, Rn 4277; Gal, s. 284.

⁴³⁵ Gal, s. 300.

çözüleceğine dair olan inançlarıdır. Bir sonraki başlık altında incelenecek olan hakemin görevini şahsen yerine getirme yükümlülüğünün altında yatan sebep de budur. Dürüstlük kuralı kapsamında, hakemin zaten kendisiyle ilgili olarak doğru bilgi verme yükümlülüğü olduğu söylenebileceğinden⁴³⁶, bu yükümlülüğün varlığından bahsedebilmek için ayrıca pozitif bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu da söylenemez.

Hakemlik faaliyeti sırasında hakem seçilen kişinin kişisel özellikleri önem arz etmektedir. Bu nedendir ki, hakem sözleşmesinden dolayı ortaya çıkan hakemin edim yükümlülüğü kural olarak şahsen yerine getirilmesi gereken bir edim yükümlülüğüdür⁴³⁷. Kişisel özelliklerin bu şekilde ön planda olduğu bir faaliyet açısından, aralarındaki uyuşmazlığın çözülmesini arzu eden tarafların, bu uyuşmazlığı çözecek kişiler hakkında yeteri derecede bilgi sahibi olmaları, kendileri açısından en doğru kişiyi hakem seçmeleri için önem taşımaktadır. Bu nedenle de, kendisine uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla başvurulmuş bir kimsenin, kendisine başvuran kişileri aydınlatması gerekecektir. Zira diğer taraf bu aşamada hataya düştüğü takdirde, bu hata, esaslı bir hata olarak nitelendirilebilir ve “tahkim davasının kaderini” etkileyebilir⁴³⁸. Bununla birlikte tahkim yargılaması esnasında hakemden beklenecek olan özen yükümlülüğünün sınırının da yine hakemin kişisel özelliklerinin dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Örneğin çözümü teknik bilgiyi gerektiren bir hususla ilgili uyuşmazlığı çözmesi için seçilen bir kimsenin, aslında o

⁴³⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 8.

⁴³⁷ Prütting/Gehrlein, § 1035 Rn. 9; Münchener Kommentar, Zivilprozess, §1034 Rn. 17; Lachmann, Kap. 39, Rn. 4284; Gal, s. 300; Vogt, s. 129; Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkommentar, s. 1526; Schäfer, Teil I, s. 228; Wilske/Fox/Steward, s. 175.

⁴³⁸ Karayalçın, s. 6.

teknik bilgiye sahip olmaması sebebiyle bir zarara neden olması halinde sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Kendisine taraf hakemi olması amacıyla başvuru alan kişinin bilgi verme yükümlülüğünü, kendisini seçecek kişiye karşı yerine getirmesi yeterli kabul edilmelidir. Eğer uyuşmazlığın her bir tarafı birer hakem seçecekse, seçilecek hakemlerden her biri sadece kendisine başvuran tarafa karşı bu yükümlülüğü yerine getirmelidir. Zira bu durumda tarafların birbirlerinin hakem seçimlerine, hakemin reddi hali dışında, karşı koyma imkânı bulunmamaktadır. Eğer taraflar hakemleri ortak seçmeye karar vermişlerse, bu halde hakemlerin bilgi verme yükümlülüğünü her iki tarafa karşı yerine getirmesi gerekecektir. Bununla birlikte, hakemlerden biri yahut birden fazlası üçüncü kişi tarafından seçilecekse bilgi verme yükümlülüğünün hakemi seçecek kişiye karşı yerine getirilmesi gerekmektedir. Eğer uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki uyuşmazlığı çözecek hakemin, belirli niteliklere sahip olması gerektiğine karar vermişlerse, seçilecek başhakemin bu niteliklere sahip olup olmadığının başhakemi seçecek kişi tarafından dikkate alınması gerektiği söylenebilir⁴³⁹.

Hakem olarak seçilmek istenen kimsenin kendi şahsı ile ilgili olarak bilgi verme yükümlülüğünün, esas itibarıyla hakem sözleşmesinin kurulmasına ilişkin olarak ortaya çıkan güvenden kaynaklanan bir yükümlülük olduğunu söylemek mümkündür⁴⁴⁰. Bu yükümlülüğün yanı sıra, hakem olarak seçilmek istenen kişinin bilgi vermekle ilgili diğer bir yükümlülüğü ise, tarafsızlığından ve bağımsızlığından

⁴³⁹ Lachmann, Kap. 39, Rn. 4277; Gal, s. 284.

⁴⁴⁰ Aydınlatma yükümlülüğünün güven sorumluluğuyla ilişkisine dair olarak bkz. Kocayusufoğlu, s.

şüphe duyulmasını haklı duruma çıkaracak hususlarla ilgili açıklama yapma maddede düzenlenmiştir. Buna göre, hakem olarak seçilmek istenen kimsenin hakemin reddini gerektirecek bir durumu varsa bunu taraflara bildirmelidir⁴⁴¹.

Seçilen hakem açısından o uyumsuzlukla ilgili olarak bir ret sebebinin olması görevini yerine getirmesi önünde hukukî bir engel teşkil eder. Bu durum ise HMK'nın "görevin yerine getirilememesi" başlığını taşıyan 420'nci maddesinin ilk fıkrası⁴⁴² gereği hakemliğin sona ermesi için bir sebeptir. Dolayısıyla hakemin reddi sebebinin varlığı, hakemlik borcunun yerine getirilmesini hukuken imkânsızlaştırır, bu nedenle de hukukî bir imkânsızlık hali ortaya çıkacağı söylenebilir. Ortaya çıkan bu durum, bir imkânsızlık sebebi olarak nitelendirilecekse, bu sebep, hakemin şahsı ile ilgili olduğuna göre ayrıca bir sübjektif imkânsızlık hali söz konusu olacaktır. Bu durumun bir imkânsızlık sebebi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunun cevabını bulabilmek için ise ikili bir ayırım yapmak gerekir.

İlk olarak hakem, hakem sözleşmesi daha kurulmadan önce, ret sebebinden haberdar ise, baştan itibaren var olan bir hukuka aykırılıktan söz edilebileceği düşünülebilir ki bu durumda da, imkânsızlığın objektif olması koşuluyla⁴⁴³, sözleşmenin aynı zamanda TBK m. 27 kapsamında sakat olduğu sonucunun ortaya çıktığı, doktrinde tartışmalı olarak⁴⁴⁴ kabul edilmektedir⁴⁴⁵. Fakat hakemin reddi

⁴⁴¹ Musielak/Voit, §1035 Rn. 23; Akıncı, Tahkim, s. 155; Korucu, s. 68.

⁴⁴² HMK m. 420/1: "Bir hakem, hukuki veya fiili sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde hakemlik görevi, çekilme veya tarafların bu yönde anlaşmaları suretiyle sona erer."

⁴⁴³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C. III, s. 171; Oğuzman/Öz, s. 91.

⁴⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 89.

⁴⁴⁵ Tekinay, s. 330 ve 331; Özçelik, Ş. B.: *Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık Ve Sonuçları*, AÜHFD, 63 (3) 2014, s. 573. Eleştiriler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı .: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, 6. Bası, İstanbul 2014, s. 172 vd.*

sebebinin var olması tek başına hakemin tahkim yargılamasına bakmasına engel değildir. Uyuşmazlığın taraflarının bunu süresinde ileri sürmeleri ve sürülen bu talebin kabul edilmiş olması gerekir. Kaldı ki buradaki “hukuka aykırılık” objektif değil, sübjektiftir. Dolayısıyla ret talebi kabul edilmediği müddetçe hukukî bir engelden ve de hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Eğer hakem hakkındaki ret talebi kabul edilirse, bu durumda artık hukukî bir engel söz konusu olacaktır. Buna mukabil, hakemin, ortada bir ret sebebi bulunmasına rağmen bunu bilerek ve taraflara bildirmeyerek hakemliği üstlenmiş ve -sözleşmenin imkânsızlıktan ötürü geçersiz olmasından dolayı değil de- ret sebebinin varlığından dolayı görevini sürdürememiş olması halinde, imkânsızlık hakemin kusuru⁴⁴⁶ sonucu meydana geldiği için, hukukî sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴⁴⁷. Fakat, hakem bu bildirim yükümlülüğünü yerine getirir ve uyuşmazlığın tarafları hakemin reddi süresinde yahut hiç talep etmezler ve hakem yargılamayı tamamlayıp karar verirse, bu durumda hem hukukî bir engelden hem de uyuşmazlığın tarafları açısından bir zarardan söz edilemeyeceği için, ne sözleşmenin geçerliliği ne de hakemlerin hukukî sorumluluğu tartışma konusu olacaktır.

İkinci olarak, hakemin bu yükümlülüğünün yalnızca hakem sözleşmesi öncesinde⁴⁴⁸ değil, tüm tahkim yargılaması boyunca devam ettiğinin kabulü gerekir⁴⁴⁹. Zira yargılamanın sürdüğü esnada yeni bir red sebebi ortaya çıkmış olabilir. Red sebebi hakem sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkmış ve

⁴⁴⁶ Borçlunun kusurlu davranışları neticesinde imkânsızlığın ortaya çıkmasının sonuçları için bkz. Kocayusufoşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C. III, s. 198; Kılıçoğlu, s. 695.

⁴⁴⁷ Umar, HMK, s. 1213.

⁴⁴⁸ Bu yükümlülüğün hakem sözleşmesi öncesinde ihlal edilmesi halinde hakemin gizleme tutumu *culpa in contrahendo* sorumluluğunu doğuracaktır. Bkz. Umar, HMK, s. 1208.

⁴⁴⁹ Akıncı, Tahkim, s. 155.

hakem bu durumu uyuşmazlığın taraflarına bildirmemiş olabilir. Acaba bu durumda, sonradan ortaya çıkan sübjektif bir hukukî imkânsızlık haline neden olabilir mi? Her şeyden önce bu durumda, baştaki imkânsızlıktan farklı olarak sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına dair bir sorun olmadığı için TBK m. 27 uygulama alanı bulmayacağı aşikardır. Buna mukabil hakemin reddine ilişkin talebin kabulüne kadar hakemin görevine devam etmesine dair, başta var olan ret sebepleriyle ilgili yapmış olduğumuz açıklamalar geçerliliğini koruyacaktır. Eğer uyuşmazlığın taraflarının ret talebi kabul edilmişse işte bu durumda reddi istenen hakemin artık o yargılamayı yürütmesi yetkili makamın kararıyla⁴⁵⁰ imkânsız hale gelmiştir. Bu noktada sonradan ortadan kalkabilecek bir imkânsızlıktan söz edilemeyeceği için bu aynı zamanda sürekli bir imkânsızlık hali olacak ve hakemin borcu sona erecektir⁴⁵¹. Eğer bu sonuç, hakemin reddi sebebinin hakem tarafından öğrenilmesi ve bu durumun uyuşmazlığın taraflarına bildirilmesi yoluyla gerçekleşmişse hakemin kusurundan söz etmek mümkün değildir. Zira burada hakem kendi üstüne düşeni yapmıştır. Buna mukabil, hakem, ret sebebinin varlığından haberdar olduğu halde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve uyuşmazlığın tarafları ret sebebinin tesadüfen öğrenmiş ve hakemin reddi sonucu ortaya çıktıysa artık hakemin kusurundan söz edilebileceği için, bu durumdan doğan zararın tazmini açısından hukukî sorumluluğu doğacaktır⁴⁵².

⁴⁵⁰ Özçelik, s. 577 ve 578.

⁴⁵¹ Özçelik, s. 592.

⁴⁵² Bu Borçlunun sorumluluğunu gerektiren sonraki imkânsızlığın sonuçları için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C. III, s. 200 vd.; Oğuzman/Öz, s. 469 ve 470; Kılıçoğlu, s. 693 ve 694.

Bu yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde, hakemin hukukî sorumluluğunun söz konusu olması gerektiği ifade edilmişse de⁴⁵³, hakemin ret sebepleri ile ilgili olarak tarafları aydınlatma yükümlülüğünün sınırları çok belirli değildir. Zira, hakem olan kişinin, şahsı açısından söz konusu olabilecek ret sebeplerini ne ölçüde bilmesi ve bildirmesi gerektiği hususunda bir kıstas koymak çok da mümkün değildir. Bu açıdan her bir hakem için, bu durumun, subjektif olarak değerlendirilmesi ve bu yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin ona göre belirlenmesi uygun olacaktır.

2. Hakemliği Kabul Etmediğini Derhal Bildirme Kulfeti

Hakem sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olduğunu belirtmemizle birlikte, hakem sözleşmesine ilişkin olarak vekâlet sözleşmesine dair hükümlerin uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştik. Hakem sözleşmesinin kurulması aşamasında, sözleşmenin niteliği ve tarafları dikkate alındığı takdirde, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulması gerektiği söylenebilir⁴⁵⁴.

Vekâlet sözleşmesine göre, kendisine bir işin görülmesi için başvuru kimse, işin niteliği dikkate alınarak uygun bir süre içerisinde işi reddettiğini bildirmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır. Bu hususun hakem sözleşmesi için de geçerli olabileceği düşünülse de, bu noktada derhal kavramının en azından hakem sözleşmesi bakımından biraz daha geniş olarak değerlendirilmesi gerektiği

⁴⁵³ Kayalı, s. 89; Korucu, s. 74.

⁴⁵⁴ Nitekim Alman hukukunda da bu durumda, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin (BGB m. 663) kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Gal, s. 261.

söylenbilir. Nitekim hakem sözleşmesiyle birlikte, bir uyuşmazlığı çözme yükümlülüğü altına girecek olan hakemin, hakemlik görevini kabul etme hususunda düşünmek için süreye ihtiyacı olduğunun kabulü gerekir. O halde uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak⁴⁵⁵ makul bir süre içerisinde işi üstlenmeyi reddetmeyen hakem ile hakem sözleşmesinin kurulduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

B. Sözleşmenin İfası Sırasındaki Yükümlülükleri

1. Hakem Mahkemesini Teşkil Etme Yükümlülüğü

Hakemlerin bir uyuşmazlık hakkında karar verebilmesi için ilk olarak uyuşmazlığın taraflarının o uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşmaları, daha sonra ise uyuşmazlığı çözmek maksadıyla, uyuşmazlığı çözmeyi isteyen hakemlerle anlaşmaları gerekmektedir. Daha önce belirttiğimiz üzere, bu iki anlaşma birbirinden farklı olup⁴⁵⁶, bu anlaşmalar ilk halde tahkim sözleşmesi, ikinci halde ise hakem sözleşmesi ile hukukî sonuç doğurur. Hakemlerin karar verme yetkilerinden bahsedebilmek için tarafların, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusundan anlaşmış olmaları yeterli değildir. Bunun için hakemin de uyuşmazlığı çözmeyi kabul etmesi ve dolayısıyla hakem sözleşmesinin kurulmuş olması gerekir⁴⁵⁷.

Karar verme yetkisinin hakemlere, hakem sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte kendiliğinden mi geçeceği yoksa bunun için ayrıca bir hukukî işlem gerekip gerekmediği konusuna daha önce değinmiştik⁴⁵⁸. Doktrinde genel olarak kabul edilen

⁴⁵⁵ Lachmann, Kap. 39, Rn. 4258.

⁴⁵⁶ Kuru, C. VI, s. 5919.

⁴⁵⁷ Kuru, C. VI, s. 5919.

⁴⁵⁸ Bkz. yuk. § 3-I/B.

görüŖe göre, hakemlerin bir uyuŖmazlıđı çözebilmesi için gerekli olan karar verme yetkisi, hakem sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte kendiliğinden hakemlere geçecektir⁴⁵⁹. Dolayısıyla bu noktada sözü edilen yükümlülük, hakemlerin görevi kabul ettikten sonra hakem sözleşmesi yapma yükümlülüğü olarak anlaşılmalıdır. Zira hakem sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte hakemler, karar verme yetkisine sahip olacaklardır.

a) Başkan Seçilmesi Yükümlülüğü

UyuŖmazlıđın tarafları, aralarındaki uyuŖmazlıđın bir hakem tarafından değil de birden fazla hakem tarafından çözümlenmesini istiyorlarsa bir hakem heyeti kurulacaktır. Hakem heyetinin kurulması için ise hakem heyetine başkanlık edecek bir başhakem seçilmesi gerekmektedir⁴⁶⁰. Seçilen başhakemin diğer hakemlere göre bir üstünlüğü bulunmasa da doktrinde başhakem “*primus inter pares*”⁴⁶¹ olarak nitelendirilmektedir⁴⁶². Tarafların aralarında ayrıca bir anlaşma yoksa hem teamüle hem de Türk hukukundaki düzenlemeler olan HMK m. 416/1-c ve MTK m. 7/B-3 hükümlerine göre başhakem, tarafların seçtikleri hakemlerce seçilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, anılan kanun maddelerindeki düzenlemeler uyuŖmazlıđın taraflarının hakem seçim usulü konusunda kanun hükümlerine atıf yaptıkları, yahut bu konuda hiçbir anlaşma yapmadıkları hallerde işlerlik kazanacaktır. Zira uyuŖmazlıđın tarafları hakem seçimi usulünü özgürce belirleyebilirler.

⁴⁵⁹ Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkommentar, s. 1526.

⁴⁶⁰ Lachmann, Kap. 39, Rn. 4277.

⁴⁶¹ “EŖitler arasında birinci”.

⁴⁶² Münchener Kommentar, Zivilprozess, §1034, Rn. 60.

Taraf hakemlerinin, başhakem seçiminde gecikmeleri veya başhakemin seçiminde anlaşamamaları halinde ise yine HMK'ya göre başhakem seçilebilmesi için mahkemeye başvurmak gerekecektir. Hakem kurulu için tahkim süresinin, ilk toplantı tutağının düzenlenmesiyle başlayacağı dikkate alındığı takdirde, başhakem seçilmesinin ve dolayısıyla hakem kurulunun teşkil edilmesinin önemi daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle hakemlerin, başhakemi mümkün olan en kısa sürede seçmeleri gerektiği⁴⁶³ söylenebilir.

b) Hakem Sekreterinin Seçilmesi Yükümlülüğü

Teamüle göre, tahkim faaliyetinde görev alacak olan hakem sekreteri hakemlerce seçilir⁴⁶⁴. Hakem sekreterinin nitelikleri ve hangi usulle seçileceği HMK'da düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, hakem sekreterinin seçilmesi, tahkim yargılaması açısından bir zorunluluk olarak da öngörülmemiştir⁴⁶⁵. Hakemlerin yargılama yapma edimini şahsen ifa etmeleri gerekse de yargılama faaliyetinin kimi idari işleri gerektirdiği açıktır. Bu nitelikteki idari işlerin yürütülmesi amacıyla hakemlerin yardım alabileceği, bu nitelikteki bir yardımın ise şahsen ifa etme zorunluluğuna aykırılık teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir⁴⁶⁶. Hakem sekreterinin, yargılama faaliyetine yardım edici bu niteliğinden dolayı, hakemlerin, uyuşmazlığın taraflarının rızası olmaksızın da bir hakem sekreteri tayin edebileceği, uyuşmazlığın taraflarının hakem sekreterinin atanmamasına ilişkin olarak gösterecekleri açık irade

⁴⁶³ Hakem mahkemesinin kurulmasının, hakemlerin sorumluluğunda olduğuna dair bkz. Alangoya, s. 61.

⁴⁶⁴ Lachmann, Kap. 39, Rn. 4236; Gal, s. 301.

⁴⁶⁵ Göksu, Nr. 879.

⁴⁶⁶ Prütting/Gehrlein, § 1035 Rn. 9; Gal, s. 300; Wilske/Fox/Steward, s. 175.

beyanının varlığı halinde ise, hakemlerin hakem sekreteri atayamayacağı kabul edilmektedir⁴⁶⁷. Şayet taraflar hakem sekreteri seçilmesine karar vermişlerse, bu durumda hakem sekreteri ile hem hakemler hem de uyuşmazlığın tarafları arasında bir ilişki kurulacaktır. Bu noktada hakem sekreteri tarafından yerine getirilecek görevin niteliği itibariyle, taraflardan herhangi birinin menfaatinin daha öne çıktığı yahut korunmaya muhtaç olduğu söylenemez. Bu açıdan bakıldığında, hakem sekreteri ile yapılacak sözleşmenin bir tarafını uyuşmazlığın taraflarıyla birlikte uyuşmazlığı çözecek hakemlerin birlikte teşkil ettiği söylenebilir. Sözleşmenin diğer tarafı ise tabii olarak hakem sekreteri olacaktır. Bu durumda hakem sekreteri ile yapılacak olan sözleşmenin bir vekâlet sözleşmesi olacağı kabul edilebilir⁴⁶⁸.

Hakem ve hakem sekreterinin ücretinin nasıl kararlaştırılacağı HMK'da düzenlenmemiştir, HMK'nın 440'inci maddesinin kaleme alınış şekline, kanun koyucunun tahkim ilişkisinin taraflarının ücretin miktarına ve nasıl ödeneceğine kendilerinin karar vereceğini öngördüğü sonucu çıkarılmaktadır⁴⁶⁹.

2. Sebepsiz Yere İşi Bırakmama Yükümlülüğü

Hakemler ile uyuşmazlığın tarafları hakem sözleşmesi akdederek, uyuşmazlığın taraflarının arasında bulunan uyuşmazlığın seçilen hakemlerce çözülmesi konusunda anlaşmış olurlar. Hakemlerin bu noktada üstlendikleri asli edim yükümlülüklerinden en önemlisi uyuşmazlığın çözülmesidir⁴⁷⁰. Bunun için

⁴⁶⁷ Wilske/Fox/Steward, s. 175.

⁴⁶⁸ Göksu, Nr. 884.

⁴⁶⁹ Nomer/Ekşi/Günseli Gelgel, s. 27; Ekşi, s. 169.

⁴⁷⁰ Habscheid, Schiedsrichtervertrag, s. 200; Göksu, Nr. 1071; Vogt, s. 167; Yeşilirmak, s. 99; Kayalı, s. 92.

başlanılan yargılama faaliyetinin, herhangi bir karar vermeksizin sonlandırılmasının ise hakem sözleşmesinin amacına aykırı olacağı ve sözleşmenin ihlal edilmesi niteliği taşıyacağı açıktır⁴⁷¹. Bu nedendir ki kanun koyucu tahkim yargılamasının hangi hallerde sona ereceğini belirlemiştir. Bununla birlikte, tahkim yargılaması açısından öngörmüş olduğu sona erme sebeplerinin gerçekleşmesi halinde sözleşmenin ne şekilde tasfiye edileceğine dair de düzenlemelere yer vermiştir.

Tahkim yargılamasının hangi hallerde son bulacağı HMK'nın 435'inci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre tahkim yargılaması, ilk olarak nihai hakem kararının verilmesi ile son bulacaktır. Burada sözü edilen nihai hakem kararı esasa ilişkin hakem kararı olabileceği gibi, usule ilişkin bir nihai karar da olabilir. Nihai kararın verilmesiyle birlikte hakemlerin sözleşmeden kararlaştırılan tam ücrete hak kazanmaları gerekmektedir.

HMK'nın öngördüğü diğer bir hal ise davacının davasını geri alması halidir. HMK'da, tahkime ilişkin hükümlerinde, davanın geri alınması, açıkça düzenlenmemiştir. Geri almaya ilişkin yegâne düzenleme, tahkim yargılamasının sona ermesi hallerini düzenleyen m. 435/1-a bendidir. Buna göre eğer hakemler kesin olarak çözümünde davalının hukukî yararı bulunduğunu kabul ederlerse, davacının geri alma beyanına rağmen davaya bakmaya devam edebilirler. Dolayısıyla da tahkimde geri almanın sonuç doğurması açısından, medenî yargılamada olduğu gibi davalının açık beyanına ihtiyaç olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Davacının davasını geri almak istediği, hakemlerin de uyuşmazlığın çözümünde davalının bir hukukî yararı olmadığı düşünüldüğü halde hakemlerin yine tam ücrete

⁴⁷¹ Gal, s. 315, Kuru, C. VI, s. 6023.

hak kazanmaları gerekecektir. Zira sözleşmenin sona ermesi, taraflardan birinin talebi üzerine gerçekleşmektedir. Eğer bu halde uyuşmazlığın tarafları hakem ücretinin ne şekilde ödeneceği hususunda anlaşamamışlarsa, söz konusu ücretin davasını geri alan davacı tarafa yüklenmesi hakkaniyete uygun olacaktır, zira geri almanın sonuç doğurması davalının rızasına tâbi değildir. Hakem Ücret Tarifesinin 6'ncı maddesi de bu halde hakemlerin tam ücrete hak kazanacağını öngörmektedir.

HMK kapsamında öngörülen diğer bir hal tarafların, yargılamanın sona erdirilmesi konusunda anlaşmaları halidir. Tarafların bu konudaki anlaşmaları esasa yönelik, örneğin sulh olmaları hali, olabileceği gibi⁴⁷², esasa yönelik olmayacak şekilde, yalnızca o anki tahkim yargılamasının sona ermesine dair bir anlaşma da olabilir⁴⁷³. Bu halde de aynı geri almada olduğu gibi, hakemlerin tam ücrete hak kazanmaları hakkaniyete daha uygun görünmektedir. Zira bu durumda da hakemlerin iradeleri olmaksızın ve hattâ iradeleri hilafına sözleşmeyi ifa etmelerine mani olunmaktadır. Buna mukabil Hakem Ücret Tarifesi bu konuda bir ayırım yapmaktadır. Tarifenin 6'ncı maddesine göre tahkim davasının sulh⁴⁷⁴, feragat yahut kabul ile son bulması halinde hakemler yarı ücrete hak kazanacaktır. Bununla birlikte 6'ncı maddeye nazaran daha genel bir düzenleme olarak kabul edilebilecek 5'inci maddesine göre de hakemler yarı ücrete kazanacaktır.

HMK, hakemlerin başka bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini gereksiz veya imkânsız bulması halini de, tahkim yargılamasının sona ereceği bir hal olarak

⁴⁷² Akıncı, Tahkim, s. 236.

⁴⁷³ Lörcher/Lörcher, Rn. 238.

⁴⁷⁴ Tahkim davasının sulh ile sona erdiği halde uyuşmazlığın tarafları, hakemlerden, sulh anlaşmasına uygun olarak karar verilmesini talep edebilirler. Bunun talep edilmediği durumda, hakemlerin "tahkimdeki yargılamanın sona erdiğine karar vermeleri gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Karataş, s. 186; Korucu, s. 126.

öngörmüştür. Bu durumda tahkim yargılaması uyuşmazlığın taraflarının değil bilakis hakemlerin iradesi ve takdiri sonucu son bulmakta ve hakemler uyuşmazlığı çözecek nitelikte bir karar vermemektedirler. O halde hakemlerin, neden bu yönde bir karar verdiklerini gerekçesiyle birlikte izah etmeleri gerekmektedir⁴⁷⁵. Zira ilk olarak kabul etmek gerekir ki, bu yönde verilecek kararın nedenini öğrenmek, uyuşmazlığın taraflarının sahip olduğu hukukî dinlenilme hakkı kapsamında bilgi alma hakkının bir parçası olacaktır⁴⁷⁶. İkinci olaraksa, kanuna göre haklı bir sebep olmaksızın görevinin yerine getirilmemesi hali hukukî sorumluluğu doğuracak bir haldir⁴⁷⁷.

Hakemlerin, yargılamayı neden sürdürmediklerine dair kararlarını gerekçelendirmemeleri halinde de, görevin haklı bir neden sebebiyle yerine getirilip getirilmediğini tespit etmek mümkün olmayabilir. Aksi hali hakemlerin hukukî sorumluluğunu doğuracağı için, hakemleri bu yönde verecekleri kararın içeriği önem kazanacaktır. Hakem Ücret Tarifesine göre ise bu halde hakemler yine de yarı ücrete hak kazanacaklardır. Esas itibarıyla ortada yargılamanın devam etmesini objektif olarak imkânsız kılacak bir hal varsa, hakemlerin ücrete hak kazanmaları gerekmele birlikte, 435'inci maddesinin ilk fıkrasının (c) bendinde düzenlenen bu halin keyfi olarak kullanılmaya elverişli olmadığı kabulü gerekir.

HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerine göre tahkim yargılamasının, uyuşmazlığın taraflarının aksine bir anlaşması⁴⁷⁸ yoksa, bir yıl içinde tamamlanması

⁴⁷⁵ Gal, s. 314.

⁴⁷⁶ Özkes, M.: Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 166 vd.; tahkime ilişkin olarak bkz. Özkes, Hukukî Dinlenilme, s. 226, 232 ve 233.

⁴⁷⁷ Gal, s. 315.

⁴⁷⁸ Uyuşmazlığın tarafları aralarında anlaşmak suretiyle tahkim yargılaması için farklı bir süre belirleyebilirler; ancak bu sürenin belirlenebilir nitelikte bir süre olması gerekir. Bkz. Karataş, s. 188 ve 189.

gerekmektedir. HMK, yargılamanın süresinde bitirilemeyeceği hallerde, uyuşmazlığın taraflarının, anlaşması yahut tahkim süresi içinde⁴⁷⁹ mahkemeye başvurmak suretiyle⁴⁸⁰ ek süre talep edilmesinin ve mahkemece bu talebin kabul edilmesi halinde tahkim süresinin uzatılabileceğini öngörmüştür. İşte bu durumda mahkemece süre uzatım talebi kabul edilmezse, tahkim yargılaması da o anda son bulacaktır. HMK m. 427/2 hükmüne göre bu karar, verildiği anda kesin bir karardır. Bu halde tarifeye göre hakemler yarı ücrete hak kazanacaklardır.

HMK tarafından öngörülen diğer bir hal ise taraflarca kararın oybirliğiyle verilmesinin öngörülmesine rağmen, hakem kurulunun oybirliğiyle karar verememesi halidir. Bu husus hakemlerin karar verme, yazma ve imzalama yükümlülüğü başlığı⁴⁸¹ altında incelendiği için, tahkim yargılamasına son veren hallerden biri olarak bu başlık altında ayrıntılı olarak ayrıca incelenmeyecektir.

Tarafların yargılama giderlerini karşılama yükümlülüğü başlığı⁴⁸² altında değinildiği üzere, hakemler, uyuşmazlığın taraflarından müstakbel yargılama giderlerinin karşılanması için henüz yargılama gideri yapılmadan avans yatırmalarını talep edebilirler. Kural olarak, hakemler belirlenen avansın ödemesini uyuşmazlığın her iki tarafından talep ederler. Fakat taraflardan biri ödeme yapmazsa diğer taraf avansın tamamını ödeyebilir⁴⁸³. Hakemlerin bu talebi taraflar açısından bağlayıcıdır

⁴⁷⁹ Karataş, s. 195. Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 13. HD, E:1974/439, K: 1974/923, T. 16.4.1974.

⁴⁸⁰ Süre uzatımı amacıyla mahkemeye başvurmanın hakemlere değil, yalnızca taraflara tanınmış bir hak olduğuna ilişkin olarak bkz. Yarg. 15. HD E:1977/781, K:1977/896, T. 15.4.1977.

⁴⁸¹ Bkz. aşa. § 5-II/B/7.

⁴⁸² Bkz. yuk. § 4-I/A/2.

⁴⁸³ BGE 142 III 284 s. 286.

ve gereğinin yerine getirilmemesi halinde, hakemlere yargılamayı sonlandırma hakkı tanınmaktadır.

Görüldüğü üzere HMK, tahkim yargılamasının hangi hallerde sona ereceğini düzenlemiş, hakem ücretlerinin belirlenmesine ilişkin tarifede de her bir hal için, hakemlerin hangi nispette hakem ücretine hak kazanacağını açıkça ifade etmiştir. Kanunda sayılan haller haricinde, hakemlerin hangi sebeple olursa olsun yargılamayı bırakmaları hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle hakemlerin hukuka aykırı bir şekilde yargılamayı bırakmaları durumunda, uyuşmazlığın tarafları bir zarara uğradıkları takdirde, bu zararın tazminin hakemlerden talep edilebileceği kabul edilmelidir⁴⁸⁴. Zira bu durum, HMK'nın hakemlerin hukukî sorumluluğunu düzenleyen 419'uncu maddesi kapsamında değerlendirilebilecek görevin yerine getirilmemesi halinin örneğini teşkil edecektir.

3. Şahsen İfa Yükümlülüğü

Uyuşmazlığının taraflarının, uyuşmazlığın tahkim vasıtasıyla çözülmesini istemelerinin temel bir nedeni, uyuşmazlığın çözümü için özel ve hattâ kimi zaman teknik bilginin gerektiği söylenebilir. Bundan dolayıdır ki, taraflar, hakemlerini aralarındaki uyuşmazlığı anlayabilecek kişiler arasından seçerler. Kanun koyucunun hakemlerin niteliğine ilişkin gereklilikleri emredici olarak düzenlememiş olmasının sebebi, kanun koyucunun alelade kişilerin hakem olmasına imkân sağlamak olmadığı, bilakis taraflara, tarafı buldukları uyuşmazlığı en iyi kimin çözebileceği konusunda bir özgürlük sağlamak istediği açıktır⁴⁸⁵. Netice itibariyle tahkim, devlet

⁴⁸⁴ Kuru, C. VI, 6022 ve 6023.

⁴⁸⁵ Vogt, s. 129.

yargısına kıyasla tarafların tasarrufuna daha çok önem ve imkân veren bir kurumdur. Bu nedendir ki, tahkim yargılamasını kimin yürüttüğü, neticede kararı kimin verdiği ve hattâ kaleme aldığı oldukça önem taşır⁴⁸⁶, hakemler de bu emeklerinin karşılığı olarak ücrete hak kazanırlar.

Hakem sözleşmesi *sui generis* bir sözleşme olarak nitelendirilse bile, kıyasen uygulama alanı bulacak iki sözleşme türü eser ve vekâlet sözleşmeleridir. Hem vekâlet⁴⁸⁷ hem de eser sözleşmesi⁴⁸⁸ açısından⁴⁸⁹ şahsen ifa yükümlülüğü esastır. Bu nedendir ki hakem sözleşmesi bakımından hakemin edimini şahsen ifa etmesi gerekmektedir.

Bu noktada hakemlerin, hakem sözleşmesinden doğan, yargılama yapma ve karar verme yükümlülüklerini şahsen ifa etmeleri gerektiği açıktır⁴⁹⁰. Elbette ki bu husus tam mânâsıyla mutlak bir zorunluluk değildir. Hakemler yargılama sırasında teknik anlamda yardım alabilecekleri gibi⁴⁹¹ tahkim yargılamasının idari işlerini sürdürebilmek için örneğin bir hakem sekreteri de atayabilirler⁴⁹². Hakem yargılamasının sağlıklı bir şekilde sürdürülebilmesi için bir hakem sekreteri atanması

⁴⁸⁶ Benzer bir kurum olarak arabuluculukta arabulucunun şahsen ifa yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. Demir, Ş.: *Arabulucunun Hukukî Sorumluluğu*, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, s. 115-146, İstanbul 2014, s. 137.

⁴⁸⁷ Hofstetter, s. 94 ve 95; Gümüş, C. 2, s. 147. “vekâlet sözleşmesinde müvekkil ile vekil arasındaki güven ilişkisi ön plandadır ve buna bağlı olarak vekâlet sözleşmesinin vekile yüklediği işin onun tarafından şahsen yapılması kuraldır.” Bkz. Yarg. HGK, E. 2011/13-161, K. 2011/278, T. 4.5.2011.

⁴⁸⁸ Gümüş, C. 2, s. 11.

⁴⁸⁹ Hakem sözleşmesi bakımından hakemin, ifada kişisel özelliklerinin önem taşıdığı kabulü gerekir.

⁴⁹⁰ Prütting/Gehrlein, § 1035 Rn. 9; Münchener Kommentar, Zivilprozess, §1034 Rn. 17; Vogt, s. 129; Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkomentar, s. 1526. Schäfer, Teil I, s. 228; Wilske/Fox/Steward, s. 175.

⁴⁹¹ Wilske/Fox/Steward, s. 177; Türk milletlerarası tahkim hukukunda birliktelik uygulaması ile ilgili olarak bkz. Hacıbekiroğlu, E.: Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2012, s. 83.

⁴⁹² Inderkum, H. H.: Der Schiedsrichtervertrag: nach dem Recht der nicht internationalen Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz unter Mitberücksichtigung der Schiedsordnung des IPRG, Freiburg 1989, s. 107; Gal, s. 301; Wilske/Fox/Steward, s. 175.

hakemlerin şahsen ifa yükümlülüğüne aykırı olmamakla birlikte⁴⁹³, hakem sekreterinin yapabileceği şeyler sınırlıdır. Örneğin hakem sekreteri yargılamaya doğrudan dâhil olmamalı, kararı yazmamalıdır⁴⁹⁴.

4. Yargılamayla İlgili Bilgi Verme Yükümlülüğü

Tahkim kurumu esas itibariyle yargılama faaliyetini içerdiğinden, medenî yargılamaya dair olan haklar ve ilkelerin niteliğine uygun üstüğü ölçüde tahkim yargılaması açısından da geçerli olması gerektiğini söylenebilir⁴⁹⁵. Bu haklar arasından aynı medenî yargılamada uygulandığı şekliyle uygulanması gereken haklardan biri de hukukî dinlenilme hakkıdır⁴⁹⁶. Zira hukukî dinlenilme hakkı hem kişilerin kendileri ile ilgili bir uyuşmazlıkta kendilerini ifade etmelerini, hem de o yargılamayla ilgili olarak bilgi edinme haklarını düzenler⁴⁹⁷. Tarafların tahkim yargılamasını seçmek suretiyle bu haklarından kısmen de olsa feragat ettiklerini kabul etmek ise, tahkim kurumunun kanun koyucu tarafından öngörülmesinin amacına ve olağan hayatın akışına aykırı olacaktır⁴⁹⁸. Tahkim yoluna başvurmak

⁴⁹³ Prütting/Gehrlein, § 1035 Rn. 9; Vogt, s. 130; Wilske/Fox/Steward, s. 175.

⁴⁹⁴ Bkz. BG 4A_709/2014, 21.5.2014 (http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/150521_4A_709-2014.html, E. T: 22.4.2016). Karara konu olan olayda, hukukçu olmayan bir hakem, hukukçu bir danışmandan yardım almış, ancak davayı kaybeden taraf, hakemin değil, yardım aldığı bu danışmanın kararı yazdığını ileri sürmüştür. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, hakemlerin danışmanlık yoluna başvurabileceğini, danışmanın rolünün doğrudan karara etki edecek düzeyde olmaması sebebiyle bunun hakem mahkemesinin doğru bir şekilde teşkil edilmediği ve dolayısıyla âdil yargılanma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği için kararın iptal talebini reddetmiştir. Benzer şekilde doktrinde Umar, hakem kararının bilirkişi tarafından yazılması halinde de, gerek MTK'da gerekse HMK'da düzenlenmiş bulunan iptal sebepleri kapsamında, hakem kararının iptal edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Umar, HMK, s. 1230. Ayrıca bkz. Vogt, s. 130; Göksu, Nr. 885.

⁴⁹⁵ Buna ilişkin olarak bkz. Korucu, s. 78 vd.

⁴⁹⁶ Bkz. aşa. §5-II/B/5/b.

⁴⁹⁷ Pekcanitez, Seyfullah Edis'e Armağan, s. 769 vd.; Özekes, Hukukî Dinlenilme, s.

⁴⁹⁸ Gal, yargılamayla ilgili bilgi verme yükümlülüğünün hakem sözleşmesinden doğan doğal bir yükümlülük olduğunu, bu nedenle de vekâlet sözleşmesinden doğan bilgi verme yükümlülüğüne (BGB m. 666) ilişkin hükmün kıyasen uygulanmasına ilişkin bir tartışma yapılmasının önem arz etmediğini belirtmektedir. Bkz. Gal, s. 311. Ayr. Bkz. Kaufmann, s. 64.

suretiyle taraflar aleni yargılanma gibi kimi yargısal haklardan feragat edebilecekleri hususu, yargılamaya dair tüm haklardan tahkim uğruna feragat edilebileceği anlamına gelmemelidir⁴⁹⁹. Bu noktada hem tahkim kurumunun niteliği hem de tarafların menfaati dikkate alınmalıdır. Nitekim HMK'nın 423'üncü maddesinde bu husus düzenlenmiş ve tahkim yargılamasında tarafların eşit olduğu ve hukukî dinlenilme haklarını kullanmalarına imkân sağlanması gerektiği vurgulanmıştır.

Tahkim yargılamasında da uygulama alanı bulacak olan hukukî dinlenilme hakkının temel unsurlarından biri de, tarafların yargılama sürecine ilişkin olarak bilgi edinme haklarıdır⁵⁰⁰. Bundan dolayıdır ki kanun, tahkim yargılaması kapsamında yapılacak işlemlerin taraflara bildirimini öngörmüştür. Hakemler de tahkim yargılaması süresince uyuşmazlığın taraflarının yargılamadan haberdar olmalarını sağlamalıdır⁵⁰¹. Bu nedenle duruşma yer ve saati makul bir süre önce bildirilmeli, bir değişiklik yapılacaksa da imkân olduğu ölçüde erkenden taraflar bundan haberdar edilmelidirler. Tahkim ilişkisinin niteliği dikkate alındığında bu hususunun hakemlerin yargılama yapma ediminin bir parçası olduğu söylenebilir. Zira burada tarafların bilgilendirilmesi gereken hususlar yargılamanın kendisiyle ilgilidir. Çünkü hakemler, yapılan duruşmalar vasıtasıyla uyuşmazlığa vakıf olabilmekte, uyuşmazlığın tarafları da iddialarını ve savunmalarını, doğrudan hakemler huzurunda dile getirme olanağına sahip olabilmektedirler⁵⁰². Bu nedenle hakemlerin, bilgilendirme yükümlülüğünden doğacak zararlardan dolayı sorumlu olmaları gerekir. Tahkim faaliyeti sırasında yapılacak tebligatların usulüne uygun olarak

⁴⁹⁹ Bkz. aşı. §5-II/B/5/b.

⁵⁰⁰ Korucu, s. 103.

⁵⁰¹ Münchener Kommentar, Zivilprozess, §1034, Rn. 25; Musielak/Voit, §1035 Rn.24.; Spühler, s.55.

⁵⁰² Şanlı, Mütalaalar, s. 660.

yapılması, aksi halde, uyuşmazlığın taraflarının aynı devlet yargısında olduğu gibi, hukukî dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır.

Bununla birlikte uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasındaki hakem sözleşmesi dolayısıyla da hakemlerin, bilgi verme yükümlülüğü olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim, bilgi verme yükümlülüğü bakımından, hakem sözleşmesine kıyasen uygulanabilecek⁵⁰³, vekalet sözleşmesi kapsamında da vekilin, müvekkiline bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Yargıtay, vekalet sözleşmesi kapsamında hesap verme yükümlülüğüyle bağlantılı olarak bu hususu şu şekilde açıklamaktadır:

“Hesap verme borcu vekilin başkasına ait bir iş görmesinin doğal sonucudur; gerçekten, işi görülen kimsenin (müvekkilin) işe başlanıp başlanmadığını, işin nasıl yürütüldüğünü ve sonuçlandırıldığını bilmeye ihtiyacı vardır.

Böylece hesap verme borcu, geniş anlamında, genel bir bilgi verme yükümlülüğü olarak kendini göstermektedir. Vekil sadece işin sonunda değil, yürütülmesi sırasında da durumdan müvekkile bilgi vermek zorundadır. B.K.m.392, f.I'de hesabın "müvekkilin talebi üzerine" verileceğinden söz edilmekte ise de, vekil gerekiyorsa kendiliğinden müvekkile işin durumu hakkında bilgi vermelidir. Sürekli vekâlet sözleşmelerinde uygun aralarla müvekkile hesap verilmesi zorunluluğu vardır.

⁵⁰³ Alman hukukunda, hakemin bilgi verme yükümlülüğünün, vekalet sözleşmesinin kıyasen uygulanmasından dolayı değil hakem sözleşmesinin bit unsuru olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Bkz. Gal, s 311.

Hesap verme, hem müvekkilin, hem de vekilin yararınadır; vekilin, müvekkile bilgi vermesi suretiyle, müvekkil, vekili denetlemek, vekile ifa edeceği işle ilgili talimatları vermek, talimatların ne ölçüde yerine getirildiğini tespit etmek, gerektiğinde vekili azletmek olanağına kavuşmuş olmaktadır. Müvekkil, kendisinin vekil tarafından bilgilendirilmesi neticesinde ortaya istenmeyen bir sonucun veya zararın çıkmasını engellemiş olacaktır.

Vekil ise, müvekkilin bu davranışları sayesinde, vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği işi daha kolay gerçekleştirecek ve müvekkile her aşamada zaten hesap verdiği için, sözleşmenin bitiminde vekilin iade borcu daha kolay yerine getirilecektir. Zira böylece vekilin, kendisinin müvekkilden olan alacaklarının mahsubunun sağlanması ve ifa ettiği iş dolayısıyla ibra edilmesi daha kolay gerçekleşecektir.

Hesap verme yükümlülüğü müvekkilin, hukukî durumu ve haklarını kullanabilmesi için olaylar hakkında tam ve gerçeğe uygun bilgi verme suretiyle yerine getirilmelidir. Bu yükümlülük vekâlet konusu olan işin yapılması borcunun bir tamamlayıcısı ve vekâletin, elde olunan veya kalan şeyleri müvekkile vermek suretiyle, tasfiyesinin bir hazırlayıcısı niteliğindedir⁵⁰⁴.

⁵⁰⁴ Yarg. HGK, E. 2011/13-161, K. 2011/276, T. 4.5.2011.

5. Tarafsız Davranma Yükümlülüğü

a) Genel Olarak

Hakemler⁵⁰⁵, uyuşmazlığın taraflarınca seçilseler dahi, tahkim faaliyetini tarafsızlıkla yürütmek zorundadırlar⁵⁰⁶. Hakemlerin bu yükümlülüğün temelini hem Türk hukuku⁵⁰⁷ hem yabancı hukuklar⁵⁰⁸ hem de uluslararası ortak hukuk⁵⁰⁹ tarafından tanınmış bulunan eşit davranma yükümlülüğü olduğu söylenebilir. Hakemin tarafsız davranma yükümlülüğüne aykırı davranmasının, diğer yükümlülüklerini ihlal ettiği ölçüde, hukukî sorumluluğuna neden olması gerekir⁵¹⁰.

Uyuşmazlığın taraflarına tarafsız bir şekilde davranma yükümlülüğünün bir uzantısı da taraflara delillerini sunmada eşit imkân tanınmasıdır⁵¹¹. Nitekim bir uyuşmazlık bakımından iddiaların da savunmaların da bir anlam ifade edebilmesi için bunlara ilişkin belgelerin ve bilgilerin ibraz edilmesi gerekmektedir. Hakemler ise uyuşmazlığın taraflarına, bunun için eşit hak ve imkân tanınmalıdır.

⁵⁰⁵ Stein/Jonas, § 1036 Rn. 5; Prütting/Gehrlein, § 1036 Rn. 2; Zöllner, § 1035 Rn. 29; Musielak/Voit, § 1035 Rn. 19. Arabulucunun tarafsız davranma yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. Hopt/ Steffek, s. 74; Yazıcı Tıktık, s. 43; Taşpolat Tuğsavul, s. 149; Demir, s. 139.

⁵⁰⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 178 Rn. 2; Lörcher/Lörcher, Rn. 324, Gal, s. 304; Sutter-Somm, s. 405; Kuru, C. VI, s. 6023.

⁵⁰⁷ Akıncı, Tahkim, s. 165.

⁵⁰⁸ Habscheid, Schiedsrichtervertrag, s. 201; Schütze, Rn. 293. ZPO §1042/1; öZPO §594/2 (ZPO, “*Die Parteien sind gleich zu behandeln*” ifadesiyle taraflara eşit muamele yapılmasını öngörürken öZPO, “*Die Parteien sind fair zu behandeln*” ifadesiyle taraflara âdil muamele yapılmasını öngörmektedir. İki metin arasındaki bu farktan dolayı Avusturya Medenî Usul Kanunu’nun, daha geniş bir koruma alanı sağladığı savunulmaktadır. Bkz. Schwarz/Konrad, s. 440, dpt, 164); Fransız hukukunda ise tahkim açısından eşit davranma yükümlülüğü ayrıca düzenlenmemiş fakat tahkim yargılamalarında, yargılamaya ilişkin hangi temel ilkelerin uygulanacağı CPC §1464/2 hükmünde düzenlenmiştir.

⁵⁰⁹ Gal, s. 306.

⁵¹⁰ Yeşilirmak, s. 100.

⁵¹¹ Demir Gökyayla, s. 253; Hacıbekiroğlu, s. 47. Aksi halin bir iptal sebebi olacağına ilişkin görüş için bkz. Şanlı, Mütalaalar, s. 722.

b) Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Eşit Davranma
Yükümlülüğü

Uyuşmazlığın taraflarının tahkim yoluna başvurmalarına gerekçe olabilecek muhtelif sebepler olabileceğinden bahsetmiştik. Bu kapsamda davacının, ilk olarak yapılacak yargılamanın âdil bir yargılama olmasını talep hakkı bulunmaktadır. Doktrinde, tarafların ihtiyari tahkime başvurmakla birlikte, en azından tahkim yargılaması aşaması bakımından, âdil yargılanma hakkından feragat ettikleri savunulmuş olsa da⁵¹² yalnızca tahkim yoluna başvurmuş olmanın bu yönde bir feragat etme iradesini de içerdiği kabul edilemez. Bu yönde bir feragat beyanının yalnızca tahkim yoluna başvurmakla değil, uyuşmazlık çözüm yoluna başvurulduktan sonra açık bir şekilde verildiği takdirde sonuç doğurduğunu kabul etmek gerekir⁵¹³.

Doktrinde bir görüş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) vermiş olduğu iki karara atıf yaparak, tarafların tahkim yoluna başvurmak suretiyle âdil yargılama haklarından feragat ettiklerini ileri sürmektedir⁵¹⁴. AİHM'nin kararları incelendiği takdirde ise Mahkemenin, uyuşmazlığın taraflarının tahkim yoluna başvurmak suretiyle ilk olarak âdil yargılama hakkının tüm unsurlarının tam olarak uygulandığı devlet mahkemelerine başvurma haklarından feragat ettiklerini⁵¹⁵

⁵¹² Başar, âdil yargılanma hakkının tahkim neticesinde verilen hükmün denetimi ve icrası aşamasında söz konusu olacağını düşünmektedir. Bkz. Başar, s. 11-12; ayr. Bkz. Aktepe Artık, s. 68-69.

⁵¹³ Kaufmann-Kohler/Schultz, s. 204.

⁵¹⁴ Aktepe Artık, s.

⁵¹⁵ Bu yönde bir feragatin sözleşmenin ihlali sayılmayacağına dair olarak bkz. Çayan, G.: Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2016, s. 61.

belirtmektedir⁵¹⁶. Nitekim taraflar aralarında bir tahkim anlaşması yapmak suretiyle, uyuşmazlığın çözümü amacıyla devlet mahkemelerine başvurmaktan vazgeçmektedirler. Bu anlaşmaya aykırı olarak taraflardan birinin devlet mahkemelerine başvurması ise hukukumuzda bir ilk itiraz nedenine vücut vermekte olup, süresinde diğer tarafça ileri sürülmesi halinde davanın devlet mahkemesinde görülmesine⁵¹⁷ usulî bir engel teşkil etmektedir⁵¹⁸.

AİHM ikinci olarak ise tarafların, tahkim yoluna başvurmakla birlikte, âdil yargılanma hakkının tüm unsurlarının uygulanmasından feragat ettiklerini⁵¹⁹ belirttiği görülmektedir. Nitekim tahkimin niteliği itibariye, tahkim yargılaması kapsamında âdil yargılanma hakkının tüm unsurlarının uygulanması mümkün değildir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, AİHM söz konusu başvuruyu “kabul

⁵¹⁶ “Consequently, there was a renunciation by the parties of a procedure before the ordinary courts satisfying all the guarantees of Article 6 [...] of the Convention.” [Sonuç olarak tarafların, AİHS'nin 6. maddesinin tüm güvencelerini yerine getiren olağan mahkemelerindeki yargılamadan feragati söz konusudur.] Bkz. AİHM 28101/95, Nordström-Janzon And Nordström-Lehtinen v. The Netherlands, T. 27.11.1996; ayrıca bkz. AİHM 31737/96, Suovaniemi And Others v. Finland, T. 23.2.1999.

⁵¹⁷ Tahkim sözleşmesinin ilamsız icra takibine engel olmayacağına dair olarak bkz. Kuru, Usul, s. 936.

⁵¹⁸ “Ayrıca davacının bağlı bulunduğu federasyonun yönetmelik veya genelgelerinde özel hakem veya tahkim şartının öngörülmesi iş mahkemesinin görevini ortadan kaldırmayacaktır. Davacı tarafından imzalanan sözleşmede düzenlenen tahkim şartının ilk itiraz olarak da ileri sürülmemiş olması karşısında davanın bu sebeple usulden reddedilme imkanı bulunmamaktadır. Mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.” Yarg. 22. HD E. 2016/16083, K. 2016/17467, T. 13.06.2016 (emsal.yargitay.gov.tr, ET: 06.05.2017).

⁵¹⁹ “In some respects - in particular as regards publicity - it is clear that arbitral proceedings are often not even intended to be in conformity with Article 6 [...], and the arbitration agreement entails a renunciation of the full application of that Article. The Commission therefore considers that an arbitral award does not necessarily have to be quashed because the parties have not enjoyed all the guarantees of Article 6 [...], but each Contracting State may in principle decide itself on which grounds an arbitral award should be quashed.” [Bazı açılardan –bilhassa aleniyet konusunda- tahkim yargılaması genellikle 6'ncı maddeye uygun değildir ve tahkim sözleşmesi, bu maddenin tümüyle uygulanmasının feragat edilmesini gerektirir. Bu nedenle, Komisyon, tarafların 6'ncı maddenin tüm güvencelerinden yararlanamadıklarından gerekçesiyle bir hakem kararının mutlaka kaldırılması gerektiğini düşünmektedir, ancak her bir Akit Devlet, prensip olarak, hakem kararlarının iptal gerekçelerine kendi karar verebilir.] Bkz. AİHM 28101/95, Nordström-Janzon And Nordström-Lehtinen v. The Netherlands, T. 27.11.1996.

edilemez” bulmuştur. Mahkemenin gerekçesi, tahkim faaliyetinin kamu gücü tarafından yerine getirilen bir faaliyet olmadığı, tahkim üzerindeki denetimin içeriğinin de devletlerin kendi takdir yetkilerinde olduğu ve tahkim faaliyetinde meydana gelebilecek bir hak ihlalinin devletin sorumluluğunu gerektirmeyecek bir hal olduğudur. Dolayısıyla bu karar tahkim kapsamında ortaya çıkabilecek bir âdil yargılanma hakkı ihlalinin, ancak ve ancak AİHM tarafından sağlanan korumadan yararlanamayacağı şeklinde yorumlanmalı; tarafların âdil yargılanma hakkından tamamen feragat ettikleri şeklinde bir sonuca da varılmamalıdır. Nitekim tarafların, âdil yargılanma hakkını zedeleyecek nitelikte bir yargılama usulü belirleyecek olmaları halinde bunun emredici hükümlere aykırılık teşkil edeceği⁵²⁰ ve bunun da kamu düzeniyle ilgili olduğu ifade edilmekte⁵²¹, tahkim yargılamasında dahi tarafların temel haklarından yararlanmasının devletin güvencesi altında olması gerektiği belirtilmektedir⁵²². Bununla birlikte doktrinde de ifade edildiği üzere⁵²³, tahkim neticesinde verilen hükümle ilgili olarak devlet yargısına başvurulması üzerine yapılacak olan yargısal faaliyetler kapsamında tarafların âdil yargılanma hakkından AİHM koruması kapsamında yararlanabileceği hususu duraksamaya yer vermeyecek derecede açıktır⁵²⁴.

⁵²⁰ Özkes, *Hukukî Dinlenilme*, s. 221; Tunç Yücel, s. 27; Yeşilirmak, s. 104; Hacıbekiroğlu, s. 46. Akıncı ise uyuşmazlığın taraflarının, iddia ve savuma haklarından vazgeçebilecekleri kabul edilse bile, taraflardan yalnızca birinin vazgeçmesinin geçerli olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Akıncı, *Tahkim*, s. 166.

⁵²¹ Sawang, s. 253.

⁵²² Kaufmann-Kohler/Schultz, s. 204.

⁵²³ Başar, s. 11 ve 12.

⁵²⁴ Pekcanitez'e göre, tahkim yargılamasında âdil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olması, kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle hem tenfiz hem de iptal sebebi olarak kabul edilmelidir. Bkz. Pekcanitez, Seyfullah Edis'e Armağan, s. 767. Aynı doğrultuda bkz. Hacıbekiroğlu, s. 57 ve 58; Ekşi, s. 172. Budak ise hukukî dinlenilme hakkına ve tarafların eşitliği ilkesine aykırı hareket edilmesi halinde, bu ilkelerin kamu düzenine dair olmayıp taraf menfaatleriyle ilgili olması sebebiyle hâkim

Bu kapsamda bilhassa âdil yargılanma hakkının en önemli⁵²⁵ unsuru olarak nitelendirilebilecek⁵²⁶, hukukî dinlenilme hakkının özellikle ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Hakemlerin tahkim yargılamasında, tarafların hukukî dinlenilme hakkını ihlal etmemesi gerekir⁵²⁷. Zira uyuşmazlığın taraflarının hukukî dinlenilme hakkına, tahkim faaliyeti kapsamında aynı devlet yargısında olduğu şekliyle sahip olduğunun ve bunun tüm unsurlarıyla dikkate alınması gerektiğinin kabulü gerekir⁵²⁸. Nitekim hukukî dinlenilme hakkının, niteliği gereği istisnasının olmadığı, kanunla dahi ortadan kaldırılamayacağı ifade edilmektedir⁵²⁹. Bu noktada belirtmek gerekir ki aynı Kara Avrupası hukukuna dahil ülkelerin yargı kararlarında⁵³⁰ görüldüğü gibi, Yargıtay kararlarında da hukukî dinlenilme hakkının, tahkim yargılaması açısından da, temel bir yargısal hak olduğunu belirtmektedir⁵³¹. Nitekim

tarafından resen dikkate alınmayacağını ifade etmektedir. Bkz. A. C.: *Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri*, UTTDER 2012, C. 1, S.1, s. 55. Aynı doğrultuda bkz. Korucu, s. 184.
⁵²⁵ “Mahkeme iki tarafa eşit şekilde hukukî dinlenilme hakkı tanıyarak hükmünü vermelidir. Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen “âdil yargılanma hakkı”nın en önemli unsuru olan hukukî dinlenilme hakkı, âdil yargılanma hakkı içinde teminat altına alınmıştır. Bu hakka, tarafın hâkime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, bu ifadeleri de kapsayan daha geniş bir anlama sahiptir.” Bkz. Yarg. 20. HD. E. 2015/2970, K. 2016/991, T. 26.1.2016, aynı doğrultuda bkz. Yarg. 21. HD. E. 2015/18686, K. 2015/22027, T. 8.12.2015; Yarg. 3. HD. E. 2015/397, K. 2015/19273, T. 1.12.2015; Yarg. 7. HD. E. 2015/19719, K. 2015/10661, T. 1.6.2015; Yarg. HGK. E. 2013/2201, K. 2015/1326, T. 13.5.2015; Yarg. 3. HD. E. 2014/13740, K. 2015/6426, T. 16.4. 2015; Yarg. HGK. E. 2013/2164, K. 2015/873, T. 25.2.2015; Yarg. HGK. E. 2013/2128, K. 2015/872, T. 25.2.2015; Yarg. 21. HD. E. 2014/13566, K. 2014/28211, T. 23.12.2014; Yarg. 21. HD. E. 2014/6353, K. 2014/9071, T. 28.4.2014; Yarg. 7. HD. E. 2014/4638, K. 201/8978, T. 25.4.2014; Yarg. HGK. E. 2013/1027, K. 2014/528, T. 16.4.2014; Yarg. HGK. E. 2013/634, K. 2014/143, T. 26.2.2014; Yarg. HGK. E. 2012/367, K. 2012/616, T. 26.9.2012; Yarg. HGK. E. 2011/554, K. 2011/684, T. 23.11.2011 (emsal.yargitay.gov.tr, E. T. 12.4.2016).

⁵²⁶ Pekcantez, Seyfullah Edis’e Armağan, s. 760; Özekes, Hukukî Dinlenilme, s. 29; Hacıbekiroğlu, s. 42 ve 43.

⁵²⁷ Münchener Kommentar, Zivilprozess, §1034, Rn. 27; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 178 Rn. 3-6; Habegger, Basler Kommentar, s. 2182 vd.; Spühler, s. 55.

⁵²⁸ Lachmann, Kap. 14, Rn. 1298; Lörcher/Lörcher, Rn. 146; Schütze, Rn. 292; Schäfer, Teil I, s. 346; Özekes, Hukukî Dinlenilme, s. 222.

⁵²⁹ Pekcantez, Seyfullah Edis’e Armağan, s. 757.

⁵³⁰ OLG Köln, 19.11.2010, 19 Sch 7/10.

⁵³¹ “Hukukî dinlenilme hakkı, sadece belli bir yargılama için ya da yargılamanın belli bir aşaması için geçerli olan bir ilke değildir. Tüm yargılamalar için ve yargılamanın her aşamasında uyulması gereken bir ilkedir. Bu çerçevede gerek çekişmeli ve çekişmesiz yargı işlerinde gerekse bu yargılamalarla bağlantılı geçici hukukî korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamasında, hattâ hukukî

HMK'nın 423'üncü maddesinde tarafların hukukî dinlenilme hakkına sahip olduğu açıkça düzenlenmiş ve 439/2-f hükmünde ise hukukî dinlenilme hakkının ihlal edilmesi hakem kararının iptal nedeni olarak öngörülmüştür⁵³². Bundan dolayıdır ki tarafların bu hususun aksini kararlaştıramayacakları kabul edilmektedir⁵³³.

Hukukî dinlenilme hakkı, MTK'da da düzenlenmiş olmakla birlikte, HMK'dan farklı olarak terim hali ile ifade edilmemiş, 8/B-1 hükmünde "taraflar tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır" şeklinde düzenlenmiştir⁵³⁴. Bu noktada belirtmek gerekir ki, MTK'da bulunan ifadenin, hukukî dinlenilme hakkının tüm unsurlarını kapsadığı söylenemez⁵³⁵. Zira hukukî dinlenilme hakkı, iddia ve savunmaların ileri sürülmesinin yanı sıra, bunların dikkate alınmasını ve uyuşmazlığın taraflarının yargılama ile ilgili olarak bilgi alma hakkını da kapsamaktadır. HMK ile MTK'nın düzenleme alanları dikkate alındığı takdirde hukukî dinlenilme hakkının farklı bir şekilde düzenlenmesini gerektirecek bir husus

uyuşmazlıklarla ilgili yargılama dışında ortaya çıkan çözüm yollarında, her bir yargılama, çözüm yolu ve uyuşmazlığın niteliğiyle bağlantılı şekilde hukukî dinlenilme hakkına uygun davranılmalıdır." Bkz. Yarg. 7. HD. E. 2014/4638, K. 2014/8978, T. 25.4.2014; aynı doğrultuda bkz. Yarg. HGK, E. 2013/2201, K. 2015/1326, T. 13.5.2015. (emsal.yargitay.gov.tr, E. T. 12.4.2016)

⁵³² Ekşi, HMK bu düzenlemeyi ihtiva etmeseydi ve bu düzenlemenin ihlalini bir iptal sebebi olarak görmeseydi dahi, maddede düzenlenmiş bulunun taraflara eşit davranma ilkesine aykırı ve tarafların hukukî dinlenilme hakkını ihlal edecek şekilde yapılacak bir yargılama sonucunda verilen hükmün kamu düzenine aykırı olması dolayısıyla iptal edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Ekşi, s. 172. Alman hukukunda hukukî dinlenilme hakkının kamu düzeni kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin olarak bkz. Lörcher/Lörcher, Rn. 350.

⁵³³ Görgün, s. 489.

⁵³⁴ Kalpsüz bu düzenlemenin kaleme alınışını ağır bir şekilde eleştirmekte, maddenin pek çok açıdan hatalı olduğunu belirtmektedir. Kalpsüz'e göre: "tarafların yargılamada eşit hak ve yetkiye sahip olmaları ayrı, onlara uyuşmazlığı çözecek merci tarafından eşit şekilde davranılması ayrı bir husustur." Kalpsüz aynı zamanda tarafların aynı maliki, zilyedi yahut şirketin büyük hissedarı gibi özel durumlar sebebiyle yargılamada eşit hak ve yetkilere sahip olmalarının söz konusu olamayacağını belirtmektedir. Bkz. Kalpsüz, Tahkim, s. 115.

⁵³⁵ Özkes ise MTK'da hukukî dinlenilme hakkının, diğer maddelerine de yayılmış bir şekilde düzenlendiğini belirtmektedir. Bkz. Özkes, Hukukî Dinlenilme, s. 224 ve 225.

bulunmadığı açıktır. MTK hazırlanırken UNCITRAL Model Kanunu'nun esas alınmış olması⁵³⁶, MTK ile HMK arasındaki farklılığın sebebi olarak gösterilebilir⁵³⁷. Aynı hukuk düzeni içinde temel bir yargısal hakkı düzenleyen iki hüküm arasında *de lege ferenda* olarak bir fark olmaması gerekirken, bizim hukukumuzda bu yönde bir farklılık⁵³⁸ bulunmaktadır. Bununla birlikte Türk Hukuk sisteminde tahkim hukuku açısından HMK ve MTK tarafından ayrı ayrı düzenleme yapılmasına olan ihtiyaç da tartışmalıdır⁵³⁹.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, tahkim yargılaması açısından âdil yargılanma hakkının kapsamı, devlet tarafından yerine getirilen yargılama faaliyeti açısından söz konusu olacak âdil yargılanma hakkının kapsamından farklı olacaktır⁵⁴⁰; zira her iki kurumun amacı ve kendilerine başvuran kişilerin amaçları

⁵³⁶ Esas itibarıyla HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri de MTK'da olduğu gibi UNCITRAL Model Kanun Hükümleri dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bkz. Kuru/Budak, s. 23; Hacıbekiroğlu, s. 43. Alman Medenî Usul Kanunu ZPO'nun da tahkim hükümleri UNCITRAL hükümleri dikkate alınarak düzenlenmiştir. Kanununun yargılamanın genel hükümleri (*Allgemeine Verfahrensregeln*) başlığını taşıyan 1042'inci maddesinde bu husus, "*rechtliches Gehör*" kavramıyla, yani aynı HMK'da olduğu gibi, hukukî dinlenilme hakkı olarak belirtilmiştir.

⁵³⁷ Esas itibarıyla HMK düzenlenirken de MTK ve dolayısıyla UNCITRAL hükümleri esas alınmıştır. (bkz. Pekcanitez, Seminer, s. 64) Ancak iki kanunun düzenlemelerinin birebir örtüştüğü söylenemez. Nitekim HMK açıkça "hukukî dinlenilme hakkı" terimini kullanırken, MTK' da bu terime yer verilmemiş, UNCITRAL kuralına bağlı kalınmaya çalışılmıştır. Nitekim MTK'nın mehasını teşkil eden UNCITRAL Model Kanunu'nun taraflara eşit muameleyi düzenleyen 18'inci maddesi şu şekildedir: "*The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.*" Ancak belirtmek gerekir ki Kalpsüz, MTK düzenlemesine esas alınan 18'inci maddesinin yanlış tercüme edildiğini belirtmekte ve bu düzenlemenin "taraflara eşit davranılması ve onlara iddia ve savunmalarını sunmada her türlü fırsatın verilmesi" şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Kalpsüz, Tahkim, s. 115. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki bu süreç içerisinde UNCITRAL model kanunu da değişikliğe uğramıştır. Hemen hemen aynı düzenleme 17'inci maddenin ilk fıkrası kapsamında şu şekilde ele alınmaktadır: "*Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at an appropriate stage of the proceedings each party is given a reasonable opportunity of presenting its case.*" [Bu Kurallara bağlı olarak, tahkim kurulu, taraflara eşit muamele edilmesi şartıyla ve her iki tarafın da davasını sunma konusunda makul bir fırsat vermelidir.]

⁵³⁸ HMK ile MTK arasındaki benzer diğer farklar için bkz. Pekcanitez, Seminer, s. 67, 71-75, 81,

⁵³⁹ Kuru, Usul, s. 931. Bu hususa ilişkin farklı hukuk düzenlerinden örnekler için bkz. Pekcanitez, Seminer, s. 63 ve 64.

⁵⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu nokta ihtiyari tahkim ile mecburi tahkim arasında bir ayrım yapmaktadır. Eğer tahkime başvuru, uyumsuzluğun tarafları açısından zorunluluk arz ediyorsa âdil yargılanma hakkının tüm unsurlarıyla uygulanması gerekmektedir. (örn: Kolgu v. Türkiye, 2935/07,

farklıdır. Bu nedenle âdil yargılama hakkının, tahkim faaliyetinde uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacağıın kabulü gerekir⁵⁴¹. Örneğin delillerin sunulmasında, devlet yargısında uyuşmazlığın taraflarının sahip olduğu hukukî dinlenilme hakkının, tahkim yargılamasında da aynı şekilde uygulanması gerekirken, aleni yargılanma hakkının aynı devlet yargılamasında olduğu gibi uygulanması mümkün değildir⁵⁴². Âdil yargılanma hakkının unsurları ayrı ayrı incelendiği takdirde bu farklılık daha net bir şekilde ortaya konulabilecektir.

i. Kanunla Kurulmuş, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemece
(Tahkim Kurulunca) Yargılanma Hakkı

Âdil yargılanma hakkı kapsamında ilk olarak ele alınabilecek husus kanunla kurulmuş⁵⁴³, bağımsız⁵⁴⁴ ve tarafsız⁵⁴⁵ bir mahkemece⁵⁴⁶ yargılanma hakkıdır⁵⁴⁷. Bu noktada tahkim faaliyetinin kanuni bir temeli olmakla birlikte, tahkim kapsamında yapılacak yargılamayı yürütecek hakem mahkemesinin kurulması, bir kanuna değil, bilakis uyuşmazlığının taraflarıyla uyuşmazlığı çözecek hakemler arasında yapılmış hakem sözleşmesine dayanmaktadır. Bu nedenle de, tahkim açısından davacının kanunla kurulmuş bir mahkeme talep etme hakkının bulunduğundan bahsetmek

27.08.2013; Suda v. Çek Cumhuriyeti, 1643/06, 28.09.2010). Ayr. Bkz. Özekes, Hukukî Dinlenilme, s. 220.

⁵⁴¹ Pekcanitez, kanuni hâkimden ayrılmış olsa bile hukukî dinlenilme hakkının söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Pekcanitez, Seyfullah Edis'e Armağan, s. 760. Kayalı ise âdil yargılanma hakkının tahkimin yapı taşlarından biri olduğunu belirtmektedir. Bkz. Kayalı, s. 95.

⁵⁴² Sawang, s. 248.

⁵⁴³ Aktepe Artık, s. 174 vd.; Çayan, s. 70.

⁵⁴⁴ Aktepe Artık, s. 183 vd.; Çayan, s. 72.

⁵⁴⁵ Aktepe Artık, s. 214 vd.; Çayan, s. 78.

⁵⁴⁶ Çayan, s. 67. Mahkeme tanımına ilişkin tartışma için bkz. yuk. § 1-II.

⁵⁴⁷ Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının, âdil yargılanma hakkının bir unsuru olan bağımsızlık ve tarafsızlık açısından değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Hacıbekiroğlu, s. 57. Ayrıca bkz. Çayan, s. 49.

mümkün değildir. Buna mukabil hakem mahkemesinin Anayasa’da belirtilmiş bulunan bağımsız mahkeme kavramı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda İsviçre doktrininde tarafsızlık ve bağımsızlığın Anayasa’da düzenlendiği halinin hakem heyetlerini de bağlaması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴⁸.

Bu husus Türk hukuku açısından incelendiği takdirde ise hakem heyetleri Anayasa kapsamında bağımsız bir mahkeme olarak kabul edilemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin bağımsız mahkeme yaklaşımı göz önüne alındığı takdirde bu durum daha netleşmektedir. Bu husus hakem mahkemesinin bağımsız olmasının gerekli olmayacağı anlamına da gelmemelidir⁵⁴⁹. Tahkim faaliyeti açısından bağımsızlığın, hakemin taraflarla, kişisel yahut profesyonel, maddî bir ilişkisi olması ile ilgilidir olduğu ifade edilmektedir⁵⁵⁰. Doktrinde bir görüş ise, hakemin taraflarla olan bu nitelikteki ilişkisinin yanı sıra, tarafların avukatı ile de bu nitelikte bir ilişkisi olması durumunda hakemin karar verme özgürlüğünü ve dolayısıyla bağımsızlığını etkileyebileceğini ileri sürmektedir⁵⁵¹. Bu noktada belirtmek gerekir ki, tahkim neticesinde verilen karar, sadece tahkim ilişkisinin taraflarını etkileyecektir. Tarafların avukatı üzerinde doğrudan bir sonuca yol açmayacaktır⁵⁵². Bu nedenle hakemin tarafların avukatıyla olan ilişkisinin karar verme özgürlüğünü ne derece

⁵⁴⁸ Voser, N./Fischer, E.; International arbitration in Switzerland, 2013, s. 63.

⁵⁴⁹ Lörcher/Lörcher, Rn. 23.

⁵⁵⁰ Benzer bir kurum olarak kabul edilebilecek arabuluculukta ise arabulucunun bağımsızlığı, “taraflardan herhangi birine karşı özel bir yükümlülüğü olmaması şeklinde” ifade edilmektedir. Bkz. Yazıcı Tıktık, s. 43. Ayr. Bkz. Hopt/Steffek, s. 75.

⁵⁵¹ Kayalı, s. 20.

⁵⁵² Aynı husus devlet mahkemelerindeki bir davada, taraflardan birinin avukatı ile davaya bakmakta olan hâkim arasındaki yakınlık durumu açısından da söz konusudur. Aynı şekilde bu nitelikte bir yakınlık halinde -örneğin hısımlık- kanun koyucu hâkimin o davaya bakması önünde bir engel görmemiş bilakis avukatın belli durumlarda o işi alamayacağını hükme bağlamıştır. Karş. AvK. M. 13 ve HMK m. 34 ve 36.

etkileyebileceği kuşkulu olarak kabul edilmelidir. Bu bakımdan avukatla hakem arasındaki ilişki, somut olarak ispatlanabildiği ölçüde, hakemin tarafsızlığı önünde bir engel olarak görülebilir. Bununla birlikte tahkim açısından söz konusu olan bağımsızlık kavramının, devlet mahkemeleri açısından söz konusu olan bağımsızlık kavramıyla arasındaki fark da dikkate alındığı takdirde tahkim açısından önemli hususlar olan tarafsızlığın ve bağımsızlığın birlikte değerlendirilmesi uygun olacaktır⁵⁵³. Nitekim hakemin reddi sebeplerini düzenleyen HMK'nın 417'inci maddesinin ikinci fıkrasında da, hakemin tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren bir durumun varlığı halinde hakemin reddedileceği belirtmektedir. Oysaki aynı maddenin ilk fıkrasında, maddenin bir amacının da hakemlerin tarafsızlığını ve bağımsızlığını teminat altına almak⁵⁵⁴ olduğu anlaşılmaktadır⁵⁵⁵. Bu noktada kanun koyucunun hakemin bağımsızlığının, tarafsızlığına nazaran daha önemsiz gördüğü için, bilinçli bir şekilde bağımsızlığı anılan ret sebepleri arasında saymadığını kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucunun iradesinin de tahkim açısından bağımsızlığın, tarafsızlık içinde nitelendirilebilecek bir kavram olduğu yönünde olduğunu kabul etmek mümkündür. Çünkü devletin yargı faaliyeti kapsamında mahkemelerle olan ilişkisi, tahkim faaliyeti söz konusu olduğunda

⁵⁵³ Tahkimde tarafsızlığın ve bağımsızlığın devlet yargısından farkı olarak düşünülmemesi gerektiği çünkü tahkimin devlet yargısının bir alternatifi olduğuna dair görüş için bkz. Lörcher/Lörcher, Rn. 23. Tahkim açısından tarafsızlık ve bağımsızlık kavramlarının aynı kavramın iki yüzü olarak nitelendirilmesine ve buna bağlı olarak bu kavramların birbirleri yerine kullanıldığına dair görüş için bkz. Kayalı, s. 19; hakemlerin tarafsızlığı ile bağımsızlığı arasındaki ilişki için bkz. Akıncı, Tahkim, s. 154. Tahkim esas olanın bağımsızlık değil tarafsızlık olduğuna dair bkz. Tweeddale/Tweeddale, s. 150. Hakem ve bağımsızlık kavramlarının birbirilerini beslediklerine ilişkin görüş için bkz. Balkar bozkurt, s. 93.

⁵⁵⁴ Karayalçın, s. 29. Arabulucunun reddi imkânının taraflara tanınmasının, arabulucunun tarafsızlığının sağlanması açısından önemi için bkz. Yazıcı Tıktık, s. 45.

⁵⁵⁵ "Maddenin birinci fıkrasında, hakemin reddi sebepleri belirtilmiş; tahkim yargılamasının özelliği gözetilerek, hakemlik önerilen kimsenin, tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmesini haklı gösterecek durum ve şartları varsa, görevi kabul etmeden önce bunları açıklama yükümlülüğüne yer verilmiştir." (Hükümet gerekçesinden). Ayrıca bkz. Kayalı, s. 61.

devlet, uyuşmazlığın bir tarafı olarak o faaliyet kapsamında yer alabileceğinden, bu durum tarafsızlığın konusunu oluşturacaktır.

ii. Hakkaniyete Uygun Olarak Yargılanma Hakkı

Âdil yargılanma hakkının diğer bir unsuru ise hakkaniyete uygun olarak yargılanmadır⁵⁵⁶. Ülkemiz hukuk sisteminde tahkim faaliyeti kapsamında hakem olarak görev almak için hukuk fakültesi mezunu olmak bir şart değildir.

Uyuşmazlığın tarafları, istedikleri herhangi bir kişiyi aralarındaki uyuşmazlığı çözmek üzere hakem olarak seçebilirler. Bu husus dikkate alındığında, uyuşmazlığı çözmek için seçilen hakemin yapacağı yargılama sırasında hakkaniyete uygun yargılama ölçütleri ile devlet mahkemesinde yapılan yargılama sırasında hâkim tarafından yerine getirilmesi gereken hakkaniyete uygun yargılamanın ölçütlerinin farklı olması gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay'ın hakemlerin hukuku uygulaması açısından, uyuşmazlığın taraflarının iradelerinin dikkate alınması gerekliliğine ilişkin İBK⁵⁵⁷ da göz önüne alındığı takdirde bu farklılık daha net ortaya konulabilmektedir. Bu açıdan, davacının hakem heyetinden talep edebileceği

⁵⁵⁶ Çayan, s. 109.

⁵⁵⁷ “Usul yasamızda ve diğer yasalarda, hakemlerin hangi kurallar çerçevesinde karar verecekleri hususunda herhangi bir kural mevcut değildir. Bugün için kökleşmiş Yargıtay İçtihatlarına göre, hakemlerin hak ve nesafet kurallarını gözönüne alarak karar verecekleri kabul edilmektedir. Az önce de değinildiği üzere taraflar, hakem sözleşmesi veya şartında, uyuşmazlığın maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmesi gerektiğini öngörebilirler. Böyle bir durumda artık hakemlerin hak ve nesafet kurallarına göre değil, tarafların uyuşmazlık hakkında uygulanmasını istedikleri maddi hukuk kuralları uyarınca karar vermeleri gerekir. Başka bir deyişle, hakem sözleşmesi veya şartında, taraflarca öngörülen maddi hukuk kurallarının uygulanması istemi, hem tarafları ve hem de uyuşmazlığı çözmekle yetkili hakemleri bağlar.” Yarg. İBGK E. 1993/4 K. 1994/1 T. 28.1.1994 (kazanci.com, E.T.: 03.05.2017). Bu husus, HMK'nın iptal davasına ilişkin 439'uncu maddesinin gerekçesinde ise şu şekilde açıklanmaktadır: “Şu husus ifade edilmelidir ki, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir. Tahkim, sözleşmesel bir kurumdur. Yukarıda belirtilen riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez. Ayrıca, tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usulü, taraf serbestisine bırakılmıştır.”

hakkaniyete uygun yargılanma hakkının da bu sınırlar kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hakkaniyete uygun bir yargılamadan söz edilebilmesi için öncelikle, yargılama usulüne ilişkin kuralların hukuka uygun bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Tahkim yolunun uyuşmazlığın taraflarına sağladığı bir imkân da yargılama usulünü belirleme hakkını tanımasıdır. Bu sayede, uyuşmazlıkların kısa sürede ve öngörülebilir şekilde çözülmesinin sağlandığı söylenebilir. Eğer uyuşmazlığın tarafları, bir yargılama usulü belirlemişlerse, hakemler bununla bağlı olacaklardır. Zira, uyuşmazlığın taraflarınca belirlenen yargılama usulü kurallarına aykırılık, kararın esasına etkili olduğu takdirde, bu durum, HMK'nın 439'uncu maddesinde sayılan hakem kararının iptal hallerinden birini teşkil edecektir⁵⁵⁸. Belirtmek gerekir ki uyuşmazlığın tarafları, yargılama usulünü belirlemek zorunda değildirler. Bu durumda millî tahkim bakımından HMK'nın, milletlerarası tahkim bakımından MTK'nın tahkim usulüne ilişkin kuralları uygulanacak ve hakemler bu kurallarla bağlı olarak yargılama faaliyetini yürüteceklerdir. HMK'nın tahkim dışındaki düzenlemelerinin ise tahkim yargılaması kapsamında uygulanması, Kanun'un 444'üncü maddesi⁵⁵⁹ uyarınca mümkün değildir; meğerki uyuşmazlığın tarafları bu konuda anlaşmış olsun yahut aksine bir hüküm bulunsun.

⁵⁵⁸ Örneğin seçilen yargılama dilinden başka bir dilde yargılama yapılması, hakem kararının iptali için bir neden olarak gösterilmektedir. Bkz. Şanlı, Mütalaalar, s. 661.

⁵⁵⁹ Madde 444: "Bu kısımda düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça bu Kanunun diğer hükümleri uygulanmaz."

iii. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Âdil yargılanma hakkının bir diğer unsuru ise makul sürede yargılanmaktır⁵⁶⁰. Herhangi bir uyuşmazlığı olan herkes, uyuşmazlığın çözümü amacıyla bir mahkemeye başvurduğu takdirde, bu uyuşmazlığın olabilecek en hızlı şekilde çözülmesini arzular⁵⁶¹. Nitekim yargılamanın yegâne amacı adaleti sağlamak değil, söz konusu adaleti mümkün olan en kısa sürede sağlamaktır. Makul sürede yargılanma hakkı, tahkim kapsamından yürütülen yargılama faaliyeti açısından da göz önünde bulundurulması gereken bir hak olsa da, kapsamı ve sonuçları devlet yargılamasından farklıdır. Nitekim uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlığın çözümü amacıyla tahkime başvurmalarının temel gerekçelerinden biri, aralarındaki uyuşmazlığın devlet yargısına kıyasla daha kısa bir sürede çözümlenmesidir⁵⁶². Bu nedenle de tarafların hakem heyetinden, devlet yargısından daha hızlı bir şekilde karar vermelerini talep etme hakkı olduğu söylenebilir. Nitekim hızlı yargılama yapılıyor oluşu, tahkim yargılamasının temel avantajlarından biri olarak kabul edilmektedir⁵⁶³. Bu gerçeği göz önünde bulunduran kanun koyucu da HMK'nın tahkime ilişkin düzenlemeleri kapsamında 427'inci maddesinde ve MTK'nın da 10/B maddesinde, tahkim yargılamasının sonuçlandırılmasına ilişkin olarak bir yıllık bir süre öngörmüştür⁵⁶⁴. Bu noktada belirtmek gerekir ki, öngörülmüş bulunan bu bir

⁵⁶⁰ Aktepe Artık, s. 249.

⁵⁶¹ Uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki uyuşmazlığın en kısa sürede çözülüp, haklarını elde etmek isteseler de bu noktada önemi olan kavram makul süredir, yargılama ne çok uzun ne de çok kısa sürede sonuçlanmalıdır. Bkz. Aktepe Artık, s. 249.

⁵⁶² Karayalçın, s. 5; Briner, R.: Reflections on the Duration of Arbitral Proceedings, Festschrift für Otto Sandrock, s. 137-148, Heidelberg 2000, s. 137.

⁵⁶³ Lörcher/Lörcher, Rn. 25.

⁵⁶⁴ Kılıçoğlu HMK'nın süreye ilişkin bu düzenlemesinin emredici olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Kılıçoğlu, s. 1520; ayrıca doktrinde bu sürenin kamu düzeninden olduğunu belirtmiştir. Bkz. Korucu, s. 131. Ancak biz bu görüşlere katılmıyoruz, zira 427'inci maddenin hem birinci hem ikinci fıkrasında kanun koyucu ilgili düzenlemelerinin aksinin taraflarca kararlaştırılabileceğini öngörmüştür. Bu halde

yıllık süre, tarafların aksine bir anlaşmaları yoksa⁵⁶⁵ adli tatilde de işlemeye devam eder⁵⁶⁶. Bununla birlikte tahkim hükümlerine göre mahkemelerin görev alanına giren dava ve işler, HMK'nın m. 103/1-g hükmü gereğince adli tatilde de görülmeye devam edilir. Bu nedenle tahkime başvuran tarafların, zaman açısından devlet mahkemelerine başvuran kişilere nazaran avantajlı olduğunu söylemek mümkündür⁵⁶⁷.

Yargılamanın sona erdirilmesi açısından devlet mahkemeleri için de muhtelif süreler öngörülmüş olsa da, tahkim açısından öngörülen süre bunlardan farklıdır. Zira tahkim yargılamasının süresi içinde sonuçlandırılmaması HMK tarafından bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür⁵⁶⁸. Belirtmek gerekir ki tahkim yargılamasının belirli bir sürede sonlandırılmamış olmasının kanun koyucu tarafından bir iptal sebebi olarak öngörülmesi, Türk hukuku açısından tahkim süresinin önemi artırmaktadır. Eğer tahkim süresinin aşılmış olması bir iptal sebebi olarak öngörülmemiş olsaydı, yargılamanın uzaması, makul sürede yargılanma hakkının ihlali ölçüsünde, hakemin sorumluluğunun belirlenmesi bakımından dikkate alınabilecekti. Bununla birlikte, tahkim yargılamasının sona ermesi için kanun

uyuşmazlığın taraflarının bir yıllık süreyi daha uzun yahut daha kısa belirleyebileceklerinin, daha önce belirledikleri süreyi tahkim yargılaması sırasında dahi uzatabileceklerinin kabulü gerekir. Bununla birlikte eğer kanun koyucunun, tahkim süresini kamu düzenine ilişkin olarak nitelendirseydi, bir iptal sebebi olarak gördüğü kamu düzenine aykırılık hali haricinde tahkim süresinin aşılmış olması halini ayrıca bir iptal sebebi olarak düzenlemeyeceği söylenebilir. Ancak Ekşi, tarafların tahkim süresi ile ilgili olarak kesin bir süre belirlemeleri halinde 427/2 hükmüne dayanarak mahkemeden süre uzatımı talebinde bulanamamaları gerektiğini, aksi halde mahkemece talebin reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Ekşi, s. 185.

⁵⁶⁵ Korucu, s. 107.

⁵⁶⁶ Akıncı, Tahkim, s. 174; Ekşi, s. 186; Hakem kararının temyiz edilmesi için öngörülmüş sürenin adli tatilde de işleyeceğine dair bkz. Yarg. 13. HD E. 1981/6547, K. 1981/8245, T. 16.12.1981.

⁵⁶⁷ Şanlı, Uyuşmazlık, s. 292.

⁵⁶⁸ Akıncı, Tahkim, s. 182. Aynı doğrultuda bkz. Özbay, Temyiz, s. 118; Alangoya, s. 205; Belbez, s. 358; Koral, s. 570; Korucu, s. 179.

tarafından bir süre öngörülmemiş olması halinde dahi, hakemlerin, uyuşmazlığın taraflarınca öngörülmüş sürelerle riayet etmeleri gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶⁹.

Oysaki devlet mahkemeleri açısından getirilen gerek belli bir zaman diliminde gerek en fazla belli sayıda duruşma yapıldıktan sonra karar verme zorunluluklarının ihlali halinde, geç de olsa verilmiş olan kararın ortadan kaldırılmasına ilişkin bir yaptırım yoktur. Bu durumun, olsa olsa açık kanun hükmüne aykırılıktan dolayı bir bozma sebebi olabileceği düşünülse bile, salt bu sebepten bir mahkeme kararının bozulması ve yeniden yargılama yapılması da süreye ilişkin bu düzenlemelerin amacına aykırılık taşıyacaktı⁵⁷⁰. Bununla birlikte, uzun süren yargılama nedeniyle bu hakkın devlet mahkemelerince ihlal edilmiş olduğuna karar verilmiş olması da geç bir şekilde verilmiş olan kararın geçerliliğine etki etmeyecektir⁵⁷¹. Bu sebeple, tahkim yargılamasının süresi içinde sonuçlandırılması fevkalade önemli olup, uyuşmazlığın taraflarının talep edebileceği bir haktır. Bu hakkın hukukî temelini de uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasındaki hakem sözleşmesi teşkil etmektedir. Dolayısıyla, uyuşmazlığın taraflarının, tahkim yargılamasının süresi içinde bitirilmesini talep etmesi, âdil yargılanma hakkı kapsamında değil, hakem sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

⁵⁶⁹ Born, Vol III, s. 3062.

⁵⁷⁰ Maddî hukuk açısından hukuka uygun bir kararın yalnızca esasa etkili olmayacak bir usule aykırılıktan dolayı bozulmasının usul ekonomisine aykırı olacağına ilişkin olarak bkz. Akcan, R.: Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999, s. 316.

⁵⁷¹ Bununla birlikte makul sürede yargılama yapılmadığı gerekçesiyle âdil yargılanma hakkının ihlal edildiği AİHM yahut AYM kararıyla tespit edildiği takdirde, âdil yargılanma hakkının diğer unsurlarının ihlali halinde ortaya çıkabilecek yargılamanın yenilenmesi olanağının olmadığı kabulü gerekir.

Hakem yargılamasının süresi uyuşmazlığın niteliğine, taraflarına ve uyuşmazlığı çözecek hakemlere bağlıdır⁵⁷². Dolayısıyla hakem yargılamaları açısından objektif bir kriter getirilmesi mümkün olmamakla birlikte, uygun da olmayacaktır. Zira her uyuşmazlığın kendine özgü bir yapısı olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla da tahkim yargılamasının makul bir sürede tamamlanıp tamamlanmadığı her bir yargılama için ayrı ayrı tespit edilmelidir.

Eğer bir hakem yargılaması, hakemlerin yargılama faaliyeti kapsamındaki tutumundan kaynaklı olarak uzadıysa, bu husus ortaya çıkan zararın tazmini açısından dikkate alınmalıdır. Buna mukabil, yargılamanın uzun sürmüş olması uyuşmazlığın taraflarından kaynaklandıysa, bundan dolayı ortaya çıkabilecek zararlardan dolayı hakemlerin hukukî sorumluluğunun doğmaması gerekmektedir.

Taraflarca sunulmuş olan dava malzemesinin incelenmesi ve tarafların dinlenip bunun sonucunda bir kanaate varılması, bir süreç olup, uyuşmazlığın niteliğine de bağlı olarak zaman gerektirir. İşte, bu zaman, hem uyuşmazlığın taraflarının hem de uyuşmazlığı çözecek kişilerin katlanması gereken zaman maliyetidir. Uyuşmazlığın çözülmesi süreci, bütün tarafların katılımı ile ilerleyebilecek bir süreç olduğu için, bu sürecin herhangi bir tarafında ortaya çıkabilecek bir aksaklık da diğer bütün tarafları aynı şekilde etkileyebilecektir.

Tarafların normal şartlar altında aralarındaki uyuşmazlığın âdil ve olabilecek en kısa sürede çözülmesini beklemeleri gerekir. Nitekim makul sürede yargılanma,

⁵⁷² Briner, s. 138.

âdil yargılanma hakkının, bu açıdan özel hukuk davalarında da söz konusu olan bir unsurudur⁵⁷³. Devlet yargısı -bu çalışma kapsamında medenî yargı- sınırları belirli kurallarla çizilmiş bulunan bir süreçtir. Bu sürecin başı, sonu ve aşamaları ile bunlar arasındaki tüm süreler, tamamen olmasa da, katı ve tarafların anlaşması ile dahi değiştirilmesi mümkün olmayan sürelerdir. Söz konusu sürecin bu niteliğinden ötürü zaten medenî yargılamanın tamamen sona erebileceği asgari bir süre söz konusudur. Bununla birlikte pratikte, söz konusu bu asgari süre içerisinde uyuşmazlığın tamamen çözüldüğüne rastlamak pek olası değildir.

Buna mukabil kanun koyucu, tahkim sürecinin belirli bir sürede sona ermesini, hakemlerin belirli bir zaman diliminde karar vermelerini öngörmüş olup, aksi durumu ise hakem kararının iptali için bir neden olarak belirlemiştir. Kanundaki bu düzenlemenin, tahkimin, uyuşmazlığın taraflarına sunduğu zaman avantajına⁵⁷⁴ hizmet ettiği söylenebilir. Tahkim açısından öngörülen bu nitelikte bir sürenin ise medenî yargı açısından öngörülmesi, gerçekçi olmayacak ve dolayısıyla bu nitelikte bir çözüm söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, bu nitelikte bir süre öngörülse dahi, sürenin aşılmasının bir bozma sebebi olarak nitelendirilmesi, yargılamanın belli bir sürede sonuçlandırılması amacına uygun olmayacaktır. Dolayısıyla bu husus, hâkimin hukukî sorumluluğuna neden olabilecek bir neden olarak nitelendirilebilir. Çünkü medenî yargı herkese açık bir faaliyet olup, iş yükünün kesin olarak öngörülmesi mümkün değildir. Kaldı ki kesin olarak öngörülebilen bir iş yükü olsaydı bile, bu durumda öngörülen bu iş yükünü aşacak nitelikteki uyuşmazlıkların çözümü talebinin reddedilmesi gerekirdi ki, bu durum da mahkemeye erişim

⁵⁷³ Aktepe Artık, s. 249.

⁵⁷⁴ Alangoya, s. 17 vd.; Tanrıver, HMK Revizyon, s. 34;

hakkının ihlali niteliği taşırdı. Oysaki tahkim yargılamasını yapacak olan hakem yahut hakem heyeti kural olarak yalnızca o uyuşmazlık için teşkil edilmiş bir müessesedir⁵⁷⁵, bu nedenledir ki sürecin uzunluğunun öngörülmesi mümkündür. Türk hukukunda da kanun koyucu hem millî hem de milletlerarası tahkimde, yargılamanın sonuçlandırılması için bir yıllık bir süre ön görmüştür. Bu husus ise taraflara, aralarındaki uyuşmazlığın ne zamana kadar çözüleceğini öngörebilme imkânını vermektedir.

Tahkim yargılamasının süresi içinde tamamlanmaması ve bu nedenle hakem kararının iptal edilmesi halinde, İsviçre hukukunda, ödenen hakem ücretinin geri istenebileceği ve ayrıca doğan zararın tazmin edilebileceğini kabul eden bir görüş bulunmaktadır⁵⁷⁶. Benzer şekilde Avusturya⁵⁷⁷ ve Belçika⁵⁷⁸ hukukunda da hakem kararının, süresi içinde verilmemesi hali, hakemlerin hukukî sorumluluğunu doğurabilecek bir hal olarak kabul edilmektedir.

iv. Aleni Yargılanma Hakkı

Âdil yargılanma hakkının son unsuru ise aleni bir şekilde yargılanmaktır⁵⁷⁹. Devlet yargılamasında uygulanması esas itibariyle prensip olan aleniyet ilkesi⁵⁸⁰, kamunun mahkemeler üzerindeki denetimini amaçlar. Aleniyet ilkesi, yargılama bakımından mutlak bir ilke olmakla birlikte, âdil yargılanma hakkının diğer

⁵⁷⁵ Schlosser, Festschrift Fasching, s. 426.

⁵⁷⁶ Vogt, s. 148.

⁵⁷⁷ Liebscher, Weigand-Practitioner's Handbook, nr. 2.260.

⁵⁷⁸ Van Houtte, Weigand-Practitioner's Handbook, nr. 3.295.

⁵⁷⁹ Aktepe Artık, s. 305; Çayan, s. 147 vd.

⁵⁸⁰ Ritz, P.: Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, Tübingen 2007, s. 56; Lörcher/Lörcher, Rn. 21.

unsurlarından farklı olarak, istisnai hallerde uygulanmayabilir⁵⁸¹. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus ise, bu istisnai hallerde tarafların, örneğin küçüklerin, üstün yararının korunması gerekliliğinin varlığıdır. Aleniyetin devlet mahkemelerince istisnai olarak uygulanmaması, bu ilkeyi âdil yargılanma hakkının diğer unsurları yanında daha değersiz kılmamalıdır⁵⁸². Kişilerin devlet yargısına olan güveni sağlayan temel unsurlardan biri olan aleniyet⁵⁸³, tahkim açısından⁵⁸⁴ ise tam tersi bir kimliğe bürünür⁵⁸⁵. Nitekim, uyuşmazlığın taraflarının tahkime başvurmalarının temel gerekçelerinden biri gizlilik⁵⁸⁶, bu nedenle de gizlilik tahkimin temel taşlarından biri olarak nitelendirilmektedir⁵⁸⁷.

Tahkim faaliyeti öncesinde, esnasında ve sonrasında tarafların tevdi ettikleri belgelerin, ileri sürdükleri görüşlerin ve kendileriyle ilgili bilgilerin yalnızca tahkim ilişkisinin taraflarına ulaşması ve orada sınırlı kalması esastır. Aksine bir durumun varlığı halinde meydana gelebilecek zarar ise, doğrudan sebep olan kişinin hukukî

⁵⁸¹ Aktepe Artık, s. 307; Çayan, s. 153.

⁵⁸² Akcan, gizli yapılmaması gereken yargılamanın, gizli yapılmasını hükmün sonucuna etki etmeyen bir usul kuralı ihlali olduğunu belirtmekte ve bu nedenle de bozma nedeni olarak nitelendirilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Akcan, s. 165. Hemen belirtmek gerekir ki aleni yargılanma temel bir insan hakkı olan âdil yargılanma hakkının bir unsurudur. Bu derecedeki bir hakkın ihlal edilmiş olması, hükmün maddî hukuk açısından hukuka uygun olup olmamasından bağımsız olarak, tek başına bir mahkeme kararın bozma nedeni olarak ele alınmalıdır. Kaldı ki aleni yargılanma hakkının ihlali, AİHM tarafından âdil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi olarak nitelendirilmektedir. (Örn: *Lawless v. İrlanda*; *Hummotov v. Azerbaycan* kararları) Dolayısıyla aleni yapılması gereken yargılamanın gizli yapılması yalnızca bir bozma sebebi olarak değil, aynı zamanda AİHM yahut AYM tarafından ilkenin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde bir yeniden yargılama nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Eğer ki bu hakları ihlal edilmiş olan taraflar, verilen kararın hüküm sonucundan memnunsalrsa, kararı temyiz etmemek suretiyle, bozma sonucunda yeniden yargılama yapılması gereğinden doğacak zaman maliyetine katlanmaktan kaçınabilirler.

⁵⁸³ Aktepe Artık, s. 306; Yazıcı Tıktık, s. 75.

⁵⁸⁴ Arabuluculuk faaliyeti açısından da aleniyet ilkesi, devlet mahkemelerinde olduğu gibi bir uygulama alanı bulmaz. Bkz. Yazıcı Tıktık, s. 77.

⁵⁸⁵ Bu noktada belirtmek gerekir ki AİHM, tahkim yolu eğer devlet mahkemelerine başvurmayı engelleyecek şekilde zorunlu bir yol olarak öngörülüyse aleni yargılama yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. *Kolgu v. Türkiye*, 29935/07, 27.08.2013. Ayrıca bkz.

⁵⁸⁶ Köbl, s. 236; Dasser, *Oberhamer-ZPO Kurzkomentar*, s. 1464.

⁵⁸⁷ *Tweeddale/Tweeddale*, s. 349.

sorumluluğuna neden olabilecektir. Bu nedenle aralarındaki uyuşmazlığın çözüümü için tahkim yoluna başvuran tarafların, aleni bir şekilde yargılanma hakkından vazgeçtikleri kabul edilmelidir⁵⁸⁸. Zira, tarafların menfaatleri de bu yöndedir; dolayısıyla, uyuşmazlığın taraflarının hakem mahkemesinden aleni bir yargılama hakkını talep edebileceği söylenemez; aksi durum tarafların, tahkim yargılamasının aleni bir şekilde yapılması hususunda anlaşmaları halinde mümkün olabilir⁵⁸⁹.

6. Karar Verilmesi Yükümlülüğü

Uyuşmazlığın taraflarının tahkim yoluna başvurarak, bir hakem sözleşmesi yapmalarının amacının, aralarındaki uyuşmazlığın kesin olarak çözümlenmesi olduğunu söylemiřtik⁵⁹⁰. Hakemler tarafından yürütülecek yargılama faaliyeti boyunca hakemler, tarafları dinleyecek, ileri sürdükleri vakıaları ve bunlara ilişkin delilleri inceleyerek uyuşmazlık hakkında bir kanaat edineceklerdir. Hakemler tarafından yerine getirilecek ve süreklilik arz eden bu edimlerinin ifası ise, hakem sözleşmesinin tam olarak ifa edilmesi için yeterli değildir. Yapılan yargılamanın, anlam ifade edebilmesi için neticede bir karara varılması gerekir. Bu nedenle hakemlerin karar verme yükümlülüğü, hakem sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğüdür.

Hakemlerin yapacakları yargılama neticesinde bir karara varmaları yeterli olmayıp, ayrıca bu kararın yazılması ve imzalanması gerekmektedir. Bu başlık

⁵⁸⁸ Prütting, s. 632.

⁵⁸⁹ Kurt Konca, s. 239.

⁵⁹⁰ Bkz. yuk. ř 1 ve 2.

altında evvela kararın yazılması yükümlülüğü incelenecek, kararın imzalanması yükümlülüğü ise, uygulamadaki sorunlar nedeniyle ayrıca tartışılacaktır.

Bazı hallerde kararın verilmesi ve imzalanması, icraî nitelik kazanması için yeterli olmayabilir. Eğer kararda hesap veya yazım hataları varsa, ortaya çıkabilecek bu durumun yine kararı veren hakemlerce düzeltilmesi gerekmektedir. Ayrıca hakemlerin, uyuşmazlığın taraflarının taleplerinin tümü hakkında karar vermeleri de gerekmektedir. Aksi halde tamamlayıcı karar talep edilebilir. Bu kapsamda son olarak, hakemlerin tavzih ve kararın düzeltilmesi yükümlülüğü ile birlikte tamamlayıcı karar verme yükümlülüğü incelenecektir.

HMK, 443'üncü maddesindeki düzenlemeyle, tahkim yargılaması neticesinde verilen karara karşı yargılamanın yenilenmesi yolunu açmıştır⁵⁹¹. Tahkim yargılamasının tamamlanmasından sonra HMK'nın öngördüğü hallerden⁵⁹² birinin gerçekleşip de tarafların bu yola başvurmaya karar vermeleri halinde, yapılmış olan hakem sözleşmesinin yargılamanın yenilenmesine etkisi bu aşamada incelenebilir. Zira kanun koyucu tahkimde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidildiği takdirde, yenilenen yargılamanın yine tahkim yoluyla çözülmesini öngörmüştür.

Kararın verilmesiyle birlikte hakem sözleşmesi sona erer⁵⁹³ ve hakemlerin, hakem sözleşmesinden kaynaklanan karar verme yetkisi ortadan kalkar. Nitekim kanun koyucu da yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması ve mahkemece bu talebin kabul edilip hakem kararının iptal edilmesi halinde, yargılama yapılması

⁵⁹¹ Ekşi, s. 205 vd.

⁵⁹² Tahkim yargılamasında yargılamanın iadesine başvurulabilecek haller için bkz. Korucu, s. 199-204.

⁵⁹³ Habscheid, Schiedsrichtervertrag, s. 203.

üzere yeni bir hakem seçilmesini yahut yeni hakem kurulu oluşturulmasını ön görmüştür.⁵⁹⁴ Dolayısıyla, bu durumda tamamlayıcı yargılamada olduğu gibi hakem sözleşmesinin canlanacağından söz etmek mümkün değildir. Yeniden yargılama talebinin kabulü halinde, bu yargılama için seçilen hakem veya hakemler ile uyuşmazlığın tarafları arasında yeni bir hakem sözleşmesi kurulduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle yeniden yargılamaya başvurulması halinde, hakemlerin önceki hakem sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir yükümlülüğünden söz edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle de ayrıca inceleme konusu yapılmayacaktır.

a) Karar Verilmesi ve Yazılması Yükümlülüğü

Hakemlerin ilk olarak bu sürecin tamamında özenli davranmaları gerekmektedir. Nitekim *sui generis* bir iş görme sözleşmesi olduğunu ifade ettiğimiz hakem sözleşmesinin, işin görülmesi sırasında özenli davranılmasını gerektirdiği açıktır. Buradaki özen ölçütünü, objektif olarak kararlaştırmak güç olmakla birlikte, hukukî ilişkinin niteliği dikkate alınarak bir belirleme yapılabilir⁵⁹⁵. O halde bu durumda da, hakem sözleşmesi açısından, vekâlet sözleşmesine ilişkin özen yükümlülüğünün kıyasen uygulanabileceğinin kabulü gerekir.

Hakemlerin edindiği bu kanaatin, bir anlam ifade edebilmesi ve hakem sözleşmesi kapsamında hakemlerin asli ediminin ifası olarak kabul edilebilmesi için, yazıya dökülmesi gerekmektedir⁵⁹⁶. Bununla birlikte, kararın hakemlerin iradelerini yansıtabilmesi için yazıya dökülmesi yeterli olmaz, bu nedenle hakemlerin, bu

⁵⁹⁴ Korucu, s. 205

⁵⁹⁵ Vogt, s. 138.

⁵⁹⁶ Lachmann, Kap. 19, Rn. 1745.

edimlerini yerine getirmiş kabul edilmeleri için ayrıca kararı imzalamaları da gerekmektedir⁵⁹⁷. Bütün bu işlemlerin Kanun'un 427'nci maddesinde belirlenmiş bulunan bir yıllık süre içinde yapılmış olması gerekmektedir⁵⁹⁸. Aksi takdirde tahkim ilişkisi sona erecek⁵⁹⁹ fakat buna rağmen karar verildiyse bu husus hakem kararının iptali için bir neden teşkil edecektir. Hakem kararının sürenin geçirilmesi nedeniyle iptal edilmesi halinde ise hakemlerin hakem ücretine hak kazanamayacağı ifade edilmektedir⁶⁰⁰. *Sui generis* bir sözleşme olduğunu ifade ettiğimiz hakem sözleşmesinin tam olarak ifa edilmiş sayılması için, hakem kararının verilmiş, yazılmış ve imzalanmış olması gerekir. Kararın iptal edilmesi halinde ortada icra edilebilir bir karardan artık bahsedilemeyeceği için, hakem sözleşmesinin hakeme yüklediği asli edim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olacağı açıktır⁶⁰¹.

Hakem kararının şekli HMK tarafından, tahkime ilişkin diğer hükümlerin aksine, nispeten ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Kanununun 436'nci maddesine göre hakem kararlarında:

-Kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin ad ve soyadları

⁵⁹⁷ Lachmann, Kap. 19., Rn. 1746; Schwab/Walter, Kap. 20-4; Gal, s. 312; Habscheid, Schiedsrichtervertrag, s. 200.

⁵⁹⁸ Tahkim süresi her ülke hukuk sisteminde olan bir husus değildir. Ancak hukuk düzeninin tahkim süresini açık bir şekilde düzenlemediği hallerde de tahkim yargılamasının somut olayın niteliklere de bağlı olarak belirli bir sürede tamamlanması gerektiği söylenebilir. Örneğin İngiliz Yüksek Mahkemesi, tahkim yargılamasındaki bir yıllık gecikmenin, tek başına bir iptal sebebi teşkil etmemesi gerektiğini, ancak bu gecikmeden dolayı bir tarafın zararının ortaya çıktığı hallerde bunun bir iptal sebebi olabileceğine hükmetmiştir (BV Scheepswerf Damen Gorinchen v. The Marine Institute, 2015, EWHC 1810, westlaw.co.uk, E. T. 22.4.2016)

⁵⁹⁹ Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkommentar, s. 1502.

⁶⁰⁰ Kuru, C. VI, s. 6039; Karadaş, s. 143, Korucu, s. 164.

⁶⁰¹ Yeşilirmak, s. 116. Bu durumda hakemin sorumlu olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Vogt, s. 148.

- Tarafların ve varsa temsilcileri ile vekillerinin ad ve soyadları, unvanları ve adresleri
- Kararın dayandığı hukukî sebepler ile gerekçesi⁶⁰²
- Bir sıra numarası altında açık ve kesin bir biçimde taraflara yüklenen hak ve borçlar ile yargılama giderleri⁶⁰³
- Karara karşı iptal davası açılabilmesi ve süresi
- Tahkim yeri ve kararın tarihi
- Kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin tamamı veya çoğunluğunun imzaları ve karara eklenmiş ise karşı oy yazısının⁶⁰⁴ gösterilmesi gerekmektedir⁶⁰⁵.

⁶⁰² Hakem kararlarının gerekçesi olma zorunluluğuna ve aksi halin hukukî dinlenilme hakkı ihlali olduğuna ilişkin olarak bkz. Özekes, Hukukî Dinlenilme, s. 226; ayrıca bkz. Alangoya, s. 56 ve 57. Doktrinde hakem kararının gerekçesinin olması gerektiğini, ancak tarafların bunun aksini kararlaştırabileceğini belirtmektedir. Bkz. Lörcher/Lörcher, Rn. 301; Karayalçın, s. 9; Yeşilırmak, s. 117. Kararın gerekçesi, hukukî dinlenilme hakkı ve dolayısıyla âdil yargılanma hakkıyla doğrudan ilgilidir. (bkz. Pekcanıtez, Seyfullah Edis'e Armağan, s. 786; Akıncı, Tahkim, s. 238; Aktepe Artık, s. 409) Bu nedenle yargılamanın başında uyuşmazlığın taraflarının gerekçeli karara gerek olmamasına ilişkin yapacakları bir feragatin sonuç doğurmaması gerekir. Bu nitelikteki bir feragat ancak yargılamanın sonunda, karar verilmiş ve ancak yazılmamışsa sonuç doğurabileceğinin kabulü hukukî dinlenilme hakkının amacıyla bağdaşacaktır.

⁶⁰³ Yargılama giderlerinin hakemlerce hesaplanmasına gerektiğine ilişkin olarak bkz. Habscheid, Schiedsrichtervertrag, s. 201; Vogt, s. 137.

⁶⁰⁴ Karşı oy yazısının UNCITRAL tahkim kuralları bakımından önemi ve işlevi açısından bkz. Dayınlı, K.: UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 71 ve 72; Yeşilırmak, genel olarak tahkim faaliyetinin kapsamında aksi kararlaştırılmadıysa karşı görüş yazılabileceğini belirtmektedir. Bkz. Yeşilırmak, s. 118. Ancak belirtmek gerekir ki HMK'da açık düzenleme olduğu için buna yönelik bir tartışmaya gerek bulunmamaktadır.

⁶⁰⁵ Karataş, hakem kararlarının bu niteliklere tam anlamıyla sahip olmaması durumunun bir iptal sebebi teşkil edip etmeyeceğinin tartışmalı bir husus olduğunu belirtmekte; meydana gelen eksikliğin kararın esasına etkili bir husus olması durumunda iptal sebebi olarak kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Karataş, s. 208 ve 209.

Hakem kararının bu nitelikleri taşıması halinde, hakem kararının iptali için bir sebep teşkil edip etmeyeceğinin çok net bir cevabı yoktur. HMK'nın iptal sebeplerini düzenleyen 439'uncu maddesinin 2-e hükmünde usul hükümlerine aykırılık, esasa etki ettiği takdirde, bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür. Hakem kararının niteliğinin ve şeklinin ise usul hükümleri içerisinde değerlendirilebileceği açıktır. Karar metninin, tahkim ilişkisinin tarafları açısından önemi ve etkisi göz önüne alındığı takdirde, hakemlerden hakem kararını, kanundaki şekline uygun bir biçimde yazmaları beklenmelidir. Bu nedenle hakem kararının yukarıda anılan hükümlerde öngörülen niteliklere sahip olmamasının tek başına bir iptal sebebi olarak değerlendirilmemesi gerekir⁶⁰⁶. Bu unsurlardan, örneğin gerekçenin eksikliği, doğrudan doğruya hukukî dinlenilme hakkının ihlal edildiği anlamına geleceği için⁶⁰⁷ bu nitelikteki bir eksikliğin, bir iptal sebebi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim hukukî dinlenilme hakkına aykırılık hali, aynı fıkranın (f) bendinde de bir iptal sebebi olarak öngörülmüş, üstelik (e) bendinden farklı olarak, aykırılığın esasa etkili olması gerekli kılınmamıştır.

Yazılacak olan kararın bilhassa hüküm fıkrasının, açık, tutarlı ve net olması gerekir. Çelişkili yahut şarta bağlı olarak yazılmış bir hüküm fıkrası, hükmün icrasına engel olabilir. Bu durum da tahkim kurumunun amacıyla bağdaşmaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kararın bu niteliklere sahip olmasının tarafların hukukî

⁶⁰⁶ Diğer ülke hukuk sistemlerinde de hakem kararının şekle aykırılığı hakem karara karşı kanun yoluna başvurulabilmesi için bir sebep olarak öngörülmüştür. Örn. İngiliz Tahkim Kanunu (1996) m. 68/2-h.

⁶⁰⁷ Bkz. yuk. §5-II/B/5/b.

dinlenilme hakkı açısından da önem arz ettiği söylenebilir⁶⁰⁸. Bu nedenle hakem kararının, bu hususlar gözetilerek yazılması gerekmektedir.

Uyuşmazlığın taraflarınca, uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla tek bir hakem seçildiği durumlarda, hakem kararının yazılmasının ve imzalanmasının tek başına problemlili bir konu olduğu söylenemez. Zira hakemin kararını verirken bir kimseye mutabakata varmak yahut birini ikna etmek mecburiyeti bulunmamaktadır. Hakemin, yargılama neticesinde ulaştığı şahsi kanaati, yukarıdaki hususlar çerçevesinde yazıya dökmesi ve imzalaması yeterli olacaktır. Diğer taraftan, tahkim yargılaması bir hakem heyeti tarafından sürdürüldüyse, bu durumda ortaya sadece bir karar çıkabileceği için hakemlerin bu doğrultuda ortak bir kanaate varmaları gerekecektir. HMK, kural olarak, hakem kararının verilebilmesi için oybirliği olmasını gerekli kılmamakla birlikte, kanuna göre uyuşmazlığın tarafları bunun aksini kararlaştırabilirler. Eğer oy çokluğu ile karar verilmesi gerekiyorsa, bu durumda hakem heyetinin çoğunluğunun aynı doğrultuda, ortak bir kanaate varması gerekmektedir⁶⁰⁹. Bu halde karşı görüş olması, karar verilmesine engel olmayacağı gibi kararın geçerliliğini de etkilemeyecektir. Karara katılmayan hakem, bu görüşünü

⁶⁰⁸ Özkes, Hukukî Dinlenilme, s. 226.

⁶⁰⁹ Üç hakem tarafından görülen bir dava neticesinde her üç hakemin de farklı görüşte olduğu ilginç bir örnekte Yargıtay şu şekilde karar vermiştir: “HUMK’nın 531. maddesinde “Hakemlerin ekseriyetle itiraz ettikleri karar muteberdir” hükmü getirilmiştir. Buna göre kararın oyçokluğu ile verilmesi geçerlilik koşuludur. İnceleme konusu kararda başhakem asıl davanın kısmen kabulü-karşı davanın reddi, hakem Av. ... asıl davanın kabulü-karşı davanın reddi, hakem Prof.Dr.... asıl davanın reddi-karşı davanın kabulü düşüncesinde olup, bu şekilde oy kullanmışlar ve muhalefet şerhlerini yazmışlardır. Karşı davanın reddinde oyçokluğu sağlanmış gibi görünmekte ise de, kararın bütünlüğü dikkate alındığında oyçokluğu sağlanamamıştır.

Bu durumda verilen hakem kararı oyçokluğu sağlanmaksızın oluşturulduğu ve bu haliyle HUMK’nın 531. maddesi hükmü gereğince yok hükmünde bulunduğundan kanuna uygun karar verilmesini teminen diğer yönleri incelenmeksizin bozulması uygun bulunmuştur.” bkz. 15. HD., 23.05.2013, E.2013/160, K.2013/3346 (lexpera.com.tr E.T.:03.05.2017). Böyle bir durumda hakemlerin en azından oy çokluğunu sağlayıncaya kadar müzakere devam edeceklerine ilişkin görüş için bkz. Dayınlarlı, s. 70.

bir karşı oy yazısıyla dile getirilebilir ve bu karşı oy yazısı 436'ınca maddeye göre hakem kararına eklenir.

Tahkim kararının verilebilmesi için hakemlerin oybirliğiyle karar vermeleri öngörülüyse, hakemlerin tümünün ortak bir kanaate varması gerekecektir. Bunun gerçekleşmediği hallerde, HMK'nın m. 435/1-d hükmü tahkim yargılamasının sona ereceğini öngörmektedir. Bu durumda hakemlerden artık bir karar vermeleri beklenemez; zira hakem sözleşmesi sona ermiş olmakta ve hakemlerin karar verme yetkisi ortadan kalkmaktadır. Bu durum ise, hakemlerin hakem sözleşmesinden kaynaklanan karar verme yükümlülüğünü yerine getirmediği anlamına gelmemelidir. Çünkü hakemlerin karar verme yükümlülüğü, hakemlerin bir kanaate varmaları halinde söz konusu olabilecektir. Bu halde uyuşmazlığın tarafları, hakemlerin ortak bir kanaate varmaları halinde verilecek bir kararı talep ettiklerinden dolayı, sözleşmenin ifa edilememesi hakemlerin değil uyuşmazlığın taraflarının talebi doğrultusunda ortaya çıkmış bir sonuçtur. Fakat uyuşmazlığın taraflarının anlaşarak bu sonucu ortadan kaldırmaları mümkündür. Şöyle ki eğer, uyuşmazlığın tarafları yargılamanın başlangıcında hakemlerin oybirliği ile karar vermelerini öngörmüş ve fakat hakemler oybirliği ile karar veremeyecek durumdalarsa, taraflar bu nokta hakemlerin oyçokluğu ile karar vermelerine rıza gösterebilirler⁶¹⁰. Bu sayede tahkim yargılamasının, verilecek bir hüküm ile sona ermesini sağlayabilirler.

Hakemlerin serbest iradeleriyle ve birbirlerinden bağımsız olarak bir kanaate varmaları gerekliliği karşısında, hakemlerin oybirliğiyle karar verememeleri halinde bir sorumluluğundan söz edilememesi gerekir; bilakis hakemler karar verememiş

⁶¹⁰ Umar, HMK, s. 1237.

olsalar bile hakem ücretine o zamana kadar geçen sürede vermiş oldukları emekleri nispetinde hak kazanmalıdırlar⁶¹¹. Zira, hakemlerin hakem sözleşmesinden kaynaklanan tek edim yükümlülüğü karar vermek değildir. Karar verinceye kadar hakemlerin bir yargılama faaliyeti yürütmesi gerekecektir. Bu yargılama faaliyeti hiç şüphesiz emek harcanması ile gerçekleştirilebilir. Bu nedenle kararın verilemediği bu halde de hakemlerin, hakem sözleşmesinde kararlaştırılan ücrete kısmen de olsa hak kazanacağına kabulü gerekir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hakem Ücret Tarifesi⁶¹²'nin 5'inci maddesine göre bu halde hakemler tarifede belirtilen ücretin yarısına hak kazanacaklardır.

HMK ile birlikte, iç tahkim alanına getirilen yeniliklerden bir diğeri de hakemlere kısmi karar verme imkânının tanınmasıdır⁶¹³. Bu sayede hakemler gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, davacının talebin yalnızca bir kısmına yönelik ve esasına ilişkin olarak nihai karar verebilecek ve fakat karar verilmeyen kısım için yargılamaya devam olunacaktır⁶¹⁴, tahkim yargılaması verilecek olan son kararlar sona erecektir⁶¹⁵.

Kısmi karar verilmesi durumunda hakemlerin ücrete hak kazanıp kazanmayacağı hususu sorusu akıllara gelebilir de, tahkim hukukundan teamül olan hakem ücretinin tahkim yargılamasının sonunda ödenmesidir⁶¹⁶. Bu halde,

⁶¹¹ Kusuru olmaksızın azledilen hakemin ücrete hak kazanacağına dair olarak bkz. Kuru, C. VI, s. 6039.

⁶¹² 30 Eylül 2017 tarihli 30196 sayılı Resmi Gazete.

⁶¹³ Milletlerarası tahkim açısından hakemlerin kısmi karar verebilmesine ilişkin olarak bkz. Akıncı, Tahkim, s. 239.

⁶¹⁴ Kısmi karar verildikten sonra ve fakat yargılama henüz sona ermediyse, ortaya kısmi hakem kararını değiştirebilecek nitelikte bir belge çıktığı takdirde, hakemlerin vermiş oldukları kararı değiştirebilecekleri ileri sürülmektedir. Bkz. Demir Gökyayla, s. 233.

⁶¹⁵ Umar, HMK, s. 1239.

⁶¹⁶ Taşkın, s. 189 vd.

tarafarca aksine bir anlaşma olmadığı müddetçe kısmi karar verilse dahi, hakemlerin o an için bir ücrete hak kazanamayacağıının kabulü gerekir.

b) Kararın İmzalanması Yükümlülüğü

Hakemlerin, kararın verilmesi ve yazılmasından sonra yerine getirmesi gereken diğer yükümlülük ise, kararın imzalanmasıdır⁶¹⁷. Kararı veren hakemlerin imzasını içermeyen bir hakem kararı, hakemlerin iradesini yansıtmayacağı için icraî olamayacaktır. Bunun doğal bir sonucu olarak, uyuşmazlığın taraflarının hakem sözleşmesiyle ulaşmayı arzuladıkları amaç da gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Bu nedenle, hakemlerin edimlerini tam olarak ifa edilmiş sayılmaları için kararı imzalamaları gerekecektir⁶¹⁸.

Hakem tek kişi olarak seçildiyse, seçilen bu hakemin kararı imzalaması yeterlidir. Bunun doğal bir sonucu olarak da tek hakemin imzalamaması hakemin, yerine getirmesi gereken bir yükümlülüğü getirmediği⁶¹⁹ anlamını taşır ve imzalamadığı müddetçe sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılamaz. Kurul halinde karar veren hakem heyetlerinde ise kimi zaman karara katılmayan hakemin yahut hakemlerin bir kısmının kararı imzalamaktan imtina ettikleri görülebilmektedir⁶²⁰. Eğer taraflarca açıkça öngörülmediyse hakemlerin oybirliği ile karar vermesine gerek bulunmamaktadır⁶²¹, dolayısıyla hakemlerden birinin yahut

⁶¹⁷ Lörcher/Lörcher, Rn. 298.

⁶¹⁸ Gal, s. 312.

⁶¹⁹ Balkar Bozkurt, s. 428.

⁶²⁰ Alangoya, s. 155.

⁶²¹ Korucu, s. 145.

azınlıkta kalacak bir kısmının karara katılmaması ihtimali vardır⁶²². Bu durumun sonucu olarak hakemlerin bir kısmının neden karara katılmadıklarını bir karşı oy yazısıyla bildirmekte iseler de kimi zaman kararı imzalamayarak bu iradelerini ortaya koymaya çalışmaları mümkündür.

Hakemin, aksi görüşte olduğu hakem kararını imzalamamak suretiyle, hakemin, kararın icrasına engel olabilme ihtimali olabilir. Hakemlerin tamamının imzasını ihtiva etmeyen bir hakem kararının geçerliliğine dair ortaya çıkabilecek muhtemel sorunların önüne geçmek isteyen kanun koyucu, 436/1-f hükmünde hakemlerden çoğunun imzasının olmasını yeterli görmüştür⁶²³. Bu sayede hakemlerin kararı imzalamamak suretiyle kararın icraî nitelik kazanmasına engel olmalarının önüne geçilmek istendiği ifade edilmektedir⁶²⁴. Çoğunluğu bozmayacak oranda hakemlerin imzasının eksikliğinin kararın icrailiği önünde bir engel teşkil etmemesi hali, hakemin müzakere aşamasına dâhil olmadığı kısım açısından söz konusu değildir⁶²⁵. Zira bu halde karar, iptal edilebilecektir. Bu noktada Türk hukuku açısından dikkat edilmesi gereken husus, bu düzenlemenin yalnızca HMK'da bulunması dolayısıyla MTK hükümlerine göre yürütülen tahkim faaliyeti sonucunda verilen bir hakem kararında, MTK'nın m. 14/A-4 hükmü dolayısıyla hakemlerin hepsinin imzasının bulunması gerekecektir⁶²⁶. Hakem kararının, çoğunluk görüşünü karşılayacak nispette imzalanmaması, hakem kararının verilmesine engel teşkil eder. Hakem kararı da verilmeden ve icrai nitelik taşımadan hakemler, hakem

⁶²² Bu durumda dahi kararı imzalama yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmektedir. Bkz. Gal, s. 312.

⁶²³ Korucu, s. 145.

⁶²⁴ Pekcanitez, Seminer, s. 79; ayrıca bkz. TBMM Alt Komisyon Raporu.

⁶²⁵ Kuru, C. VI, s. 6079; Umar, HMK, s. 1232.

⁶²⁶ Alangoya'ya göre, hakem eğer yargılamaya katılmış ve fakat sadece imzadan kaçınıyorsa, bu durumun hakem kararının geçerliliğine etki etmemesi gerekir. Bkz. Alangoya, s. 155.

sözleşmesinden doğan karar verme yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmazlar. Bu durum ise edimin ifasında temerrüde düşme sonucunu, dolayısıyla da sözleşmenin ihlali sonucunu doğurabilir.

c) Kararın Tavzihi ve Düzeltilmesi Yükümlülüğü

Hakem sözleşmesi ile uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki uyuşmazlığın, bir hakem tarafından, kesin bir şekilde sona erdirilmesini amaçlarlar. Tahkim ilişkisi sonucunda uyuşmazlığın sona ermesi ise, ortaya bir karar çıkması ile mümkün olabilecektir. Ortaya çıkacak karar, doğrudan icra edilebilir bir mahkeme ilâmı niteliğinde olacağı için⁶²⁷ de, devlet mahkemesince verilmiş bir ilâmı aynı niteliklerde olması gerekir. Bu sebeple hakem mahkemesince verilecek nihai kararın kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açık, net, kayıtsız ve tutarlı olması gereklidir. Bu niteliklere sahip olmayan bir karar hem tarafların esas amacı olan uyuşmazlığın çözümü açısından kuşkulara⁶²⁸ neden olabilecek hem de ilâmın icrası aşamasında ilâmı icra ettirmek isteyen tarafın menfaatine aykırı sonuçların doğmasına neden olabilecektir. Bu sebeple de kanun koyucu HMK'nın 437'inci maddesinde hakem kararlarının tavzihini, düzeltilmesini ve tamamlanmasını düzenlemiştir.

Kural olarak hakem sözleşmesi ve buna bağlı olarak hakemlerin karar verme yetkisi, hakem sözleşmesi ile çözülmesi istenen uyuşmazlığın bir hüküm verilmesi suretiyle çözülmesiyle birlikte sona erer⁶²⁹. Hakem kararının tavzihi, düzeltilmesi ve

⁶²⁷ Sutter-Somm, s. 407; Christ, M.: Berichtigung, Auslegung und Ergänzung des Schiedsspruchs, Frankfurt am Main 2008, s. 153; Karayalçın, s. 27.

⁶²⁸ Akıncı, Tahkim, s. 241.

⁶²⁹ Schwab/Walter, Kap. 23a-1-2; Musielak/Voit, §1035 Rn. 28.

tamamlanması imkânı ise, HMK m. 435/2 hükmünde de ifade edildiği üzere bu durumun bir istisnasını oluşturmaktadır⁶³⁰. Bilhassa hükmün tamamlanması imkânı hakemlerin, daha önce yargılama yapmadıkları bir konuyla sınırlı da olsa, yeni yargılama ve hüküm verme yetkisine sahip olmalarını sağlamaktadır. Böyle bir durumun varlığı halinde yeni bir hakem sözleşmesi kurulduğu söylenemez. Bunun yerine, daha önce kurulmuş ve ifa edilmiş bulunan hakem sözleşmesinin yalnızca inceleme konusuyla sınırlı kalmak koşuluyla yeniden canlandığı kabul edilebilir. Bu nedenle, bu tür bir inceleme neticesinde hakemlerin ek ücrete hak kazanacağı kabul etmemek gerekir. Zira hakemlerin, hakem sözleşmesine göre esas itibariyle tavzihe ve düzeltmeye ihtiyaç doğurmayacak nitelikte ve ayrıca tamamlayıcı yargılamaya yapmaya gerek olmayacak, tarafların tüm taleplerini kapsayacak şekilde karar vermeleri gerekmektedir. Nitekim hakemlere ödenecek ücreti düzenleyen HMK m. 440/5 hükmü de hakemlerin, bu durumda ücrete hak kazanmayacağını düzenlemektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, özellikle hükmün tamamlanması isteği, muhtemelen yargılama faaliyetini gerektireceği için, tarafların bu yargılama faaliyetinden kaynaklanan masraflara katlanması gerekecektir. Nitekim tamamlanması istenen husus, zaten taraflarca dava açılırken talep edilmiş bir husustur.

HMK'nın 437'inci maddesi incelendiğinde kanun koyucunun üç farklı hali öngördüğü anlaşılmaktadır. Kanun koyucu ilk olarak, hakem kararlarındaki maddî bir hatanın düzeltilmesini ile hükmün tavzihini ele almış ve bunun için taraflara,

⁶³⁰ Schwab/Walter, Kap. 21-16.

maddî hatanın düzeltilmesi amacıyla, uyuşmazlığın diğer tarafına bilgi vermek⁶³¹ kaydıyla, kararı veren hakem heyetine başvurma hakkı tanımıştır. Bu başvuru için öngörülen süre iki haftadır⁶³². Fakat taraflar bu sürenin aksini kararlaştırabilirler. Bu noktada belirtmek gerekir ki, ilgili maddede sözü edilen maddî hatanın kapsamı, sonuca etki etmeyen, gerekçeyi değiştirmeyen, hesaplama hataları, yanlış hesap yöntemi seçilmesi⁶³³ ve yazım yanlışlarıyla⁶³⁴ sınırlı tutulmalıdır. Maddî hata düzeltilmesi yoluyla uyuşmazlığın taraflarının⁶³⁵, kararın gerekçesinin yahut hüküm fıkrasının değiştirilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde hakem kararının düzeltilmesi istenmesi suretiyle, hakemlerin yeniden yargılama yapma imkânı da bulunmamaktadır⁶³⁶.

Hükümde maddî hata niteliğinde olmayan ve fakat hükmün anlaşılabilmesi ve icra edilebilmesi için açıklanması gereken hususların bulunması halinde⁶³⁷ ise, taraflar, aynı süreye tâbî olarak, kararı veren hakem heyetine tavzih talebinde bulunmalıdırlar. Yapılan tavzih veya düzeltme talebine istinaden yapılacak olan incelemenin sınırlarının ise medenî yargılama hukukundaki incelemenin sınırlarıyla

⁶³¹ Özekes, bu hususun hukukî dinlenilme hakkıyla ilgili olduğunu belirtmektedir. Bkz. Özekes, Hukukî Dinlenilme, s. 225.

⁶³² Korucu, söz konusu hüküm içinde ne zamana kadar tavzih istenebileceğinin düzenlenmediğini, bu nedenle de medenî yargılamadaki tavzihi düzenleyen HMK'nın 305'nci maddesinin kıyasen uygulanabileceğini, bunun da HMK'nın 444'ncü maddesine aykırılık teşkil etmeyeceğini, dolayısıyla hükmün icrası tamamlanıncaya kadar tarafların tavzih talebinde bulunabileceğini belirtmektedir. Bkz. Korucu, s. 156. Oysaki HMK'nın 444'ncü maddesi açık bir şekilde HMK'nın tahkime ilişkin olmayan hükümlerinin tahkimde uygulanabilmesi için açıkça atıf yapılmış olmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu hüküm karşısında bu şekilde bir yorum yapılması hükmün amacına aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki HMK'nın tavzih talebinde bulunulabilmesi için taraflara açık olarak kararın kendilerine bildirilmesinden itibaren başlamak üzere iki haftalık bir süre tanımıştır. Dolayısıyla tahkimde tavzih talebinde bulunulmasının süreye tâbî olup olmaması açısından tartışmalı bir husus bulunmamaktadır.

⁶³³ Christ, s. 67.

⁶³⁴ Born, Vol. III, s. 3125 vd; Christ, s. 68 vd.

⁶³⁵ Christ, s. 83.

⁶³⁶ Christ, s. 85.

⁶³⁷ Lörcher/Lörcher, Rn. 336; Christ, s. 90; Kalpsüz, Tahkim, s. 98.

benzer olduğu söylenebilir⁶³⁸. Nitekim her iki yargılama faaliyetinde de tavzih amacı ortaktır. Uyuşmazlığın tarafları tavzih ile kararı değiştirmeyi değil, yalnızca yorumlanmasını veya açıklığa kavuşturulmasını amaçlar⁶³⁹. Tarafların, kendilerine tanınan süre içerisinde başvurmaları halinde hakem heyetinin maddî hata düzeltmesi ve tavzih için bir aylık süresi bulunmakla birlikte HMK m. 437/2 hükmü dolayısıyla hakemler bu süreyi kendileri uzatabilirler. Fakat tahkim süresine ilişkin düzenlemenin amacı göz önünde bulundurulduğu takdirde, bu sürenin tahkimin toplam süresine oranla aşırı bir şekilde uzatılmaması gerektiği söylenebilir. Hakem kararının tavzihi de, düzeltilmesinde olduğu gibi, hakem kararındaki yanlışların düzeltilmesi yahut yeni bir yargılama yapılması amacıyla kullanılamaz⁶⁴⁰.

Hakem kararında bulunan maddî hataların resen düzeltilmesi için de, kanun koyucu hakemlere de iki haftalık bir süre öngörmüştür. Maddenin kaleme alınış şeklinden, maddî hataların düzeltilmesi için hakemler açısından öngörülen sürenin, taraflar açısından öngörülen sürenin aksine, anlaşmak suretiyle değiştirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Hakemler tarafından yapılacak maddî hata düzeltmesinin sınırları da, taraflarca yapılacak maddî hata düzeltme başvurusu neticesinde yapılacak incelemenin sınırlarıyla aynı olmalıdır. Bununla birlikte hakemlerin vermiş oldukları kararları resen düzeltmeleri yalnızca maddî hata niteliğindeki hususlar açısından söz konusu olup, tavzihi gereken hususlar açısından hakemlerin resen inceleme imkânı bulunmamaktadır⁶⁴¹.

⁶³⁸ Gal, s. 335.

⁶³⁹ Born, Vol III, s. 3142.

⁶⁴⁰ Christ, s. 110.

⁶⁴¹ Alman hukuku açısından da aynı husus söz konusudur. Bkz. Lörcher/Lörcher, Rn. 335 ve 336.

Kanun koyucu tarafından öngörölmüş üçüncü hal ise hükmün tamamlanması isteğidir. Tavzih ve düzeltmeden farklı olarak hükmün tamamlanması isteği, medenî yargılamaya yabancı bir kavramdır. Eğer medenî yargıda taraflardan birinin talebi mahkemece hiç dikkate alınmamış ise bunun üzerine taraf, kanun yoluna başvurabilir; bu şekilde verilmiş bulunan karar, verildiği anda kesin bir karar ise söz konusu taraf bu durumda hakkın yerine getirilmesinden kaçınılması gerekçesiyle kararı veren hâkimin hukukî sorumluluğuna başvurabilir. Zira ne tashih ne tavzih imkânı mahkemenin, bu yönde bir düzeltme yapmasına elverişlidir⁶⁴². Fakat kanun koyucu tahkim açısından, taraflarca ileri sürölmüş olmasına rağmen hakem heyetince karar verilmemiş talepler hakkında, tamamlayıcı nitelikte bir yargılama yapılmasına olanak sağlamıştır. Belirtmek gerekir ki, bu durumda da yapılacak olan tamamlayıcı yargılamanın kapsamı yalnızca, daha önce yapılan yargılamada karar verilmeyen taleplerle sınırlı olmalıdır.

Tamamlayıcı hakem kararı yalnızca uyuşmazlığın taraflarınca ileri sürölen bir konuda karar verilmemesi (*infra petita*) halinde söz konusu olmalıdır. Eğer hakemler, uyuşmazlığın taraflarınca ileri süröleden fazlasına (*ultra petita*) yahut ileri süröleden farklı bir şeye (*extra petita*) karar vermişlerse tamamlayıcı hakem kararı talep edilmek suretiyle bu kararların düzeltilmesi mümkün olmayacaktır⁶⁴³.

Bu nitelikte bir eksikliğin giderilmesini isteyen taraf, kararın kendilerine bildirilmesinden itibaren bir ay içinde hakem heyetine başvurmalıdır. Hakem heyeti talebi haklı bulduğu takdirde, söz konusu hususla ilgili olarak yargılama yapma

⁶⁴² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 687 vd.

⁶⁴³ Christ, s. 145 vd.

imkânı bulabilecektir. Bu durumda hakem heyetinin yargılamayı tamamlamak için süresi bir ay olup, kanun koyucu tavzih ve düzeltmeden farklı olarak bu sürenin hakem heyetince en fazla bir ay daha uzatılabilmesini öngörmüştür. Tamamlayıcı yargılama yapılması yoluyla hakemlere yeniden karar verme yetkisi verildiği⁶⁴⁴ göz önünde bulundurulduğu takdirde, sürenin dolmasıyla birlikte hakemlerin yargılama yapma yetkisinin de kendiliğinden ortadan kalktığı kabulü gerekir⁶⁴⁵. Dolayısıyla bu sürenin ardından verilecek olan bir karar iptale konu olabilecektir. Nitekim tamamlayıcı yargılama neticesinde verilen karar, başlı başına ayrı bir hakem kararı olacaktır⁶⁴⁶. Bu nedenle tamamlayıcı hakem kararı tek başına iptal davasına konu olabilir⁶⁴⁷. Şüphesiz ki burada iptal edilecek kararın yalnızca tamamlayıcı yargılama neticesinde verilen kararlarla sınırlı tutulması daha isabetli olacaktır. Zira esas hakem kararı açısından bir iptal sebebi bulunmamasına rağmen, bu nitelikte istisnai bir şekilde verilebilecek bir iptal kararı, kanunun amacına aykırı olacaktır.

Bu noktada hakem kararının tavzihinin, düzeltilmesinin yahut tamamlanmasının talep edilmesinin hakem kararının icra edilmesine olan etkisi de bir soru olarak akıllara gelebilecektir. Verilmiş olan hakem kararının niteliğini değiştirecek nitelikteki değişikliklerin yapılması, tavzih ve düzeltme imkânlarının amaçlarını aşacak niteliktedir; bu sebeple de tavzihe yahut düzeltmeye başvurulması halinde, bu durumunun hakem kararının icrasına engel olmaması gerekir.

Tamamlayıcı yargılamanın konusu ise zaten hakemlerce hakkında karar verilmemiş

⁶⁴⁴ Schlosser, Schiedsgerichtbarkeit, s. 375; Lörcher/Lörcher, Rn. 333.

⁶⁴⁵ Nitekim tahkim süresinin dolmasıyla tahkim ilişkisi de sona ermektedir. Bkz. Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkommentar, s. 1502.

⁶⁴⁶ Wiczorek/Schütze, § 1058 Rn.26.

⁶⁴⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman, § 1058 Rn. 4; Zöllner, § 1058 Rn. 4. Wiczorek/Schütze, § 1058 Rn. 26.

bir talebi kapsamaktadır. Bu bağlamda, verilmiş olan hakem kararının kapsamı dışında kalan bir hususun, verilmiş olan tahkim hükmünün kapsamında olduğunu düşünmek de mümkün görünmemektedir. Bu durumda tamamlayıcı kararın verilmesi beklenmeden hükmün icrası istenebilmeli, tamamlayıcı yargılama sona erdikten sonra verilen hüküm ayrıca icra edilmelidir.

7. Kararın Tevdi Yükümlülüğü

Hakemlerin yaptıkları yargılama sonucunda verdikleri kararı yazıya dökmeleri ve imzalamaları ile birlikte tahkim ilişkisinin sonuna gelinir. Tahkim ve ona bağlı olarak yapılan hakem sözleşmesiyle uyuşmazlığın taraflarının aralarındaki uyuşmazlığın kesin bir hüküm ile sonuçlandırılması amacının hâsıl olabilmesi için hakemler tarafından imzalanmış bulunan hakem kararının taraflara tevdi edilmesi gerekmektedir⁶⁴⁸.

Karataş, hakem kararının uyuşmazlığın taraflarına tevdiinin tahkim süresi içinde yapılması gerektiğini belirtmektedir⁶⁴⁹. Biz bu görüşe katılmıyoruz, çünkü kanundaki bir yıllık tahkim süresi hakemlerin yargılama yapma ve karar verme yetkisi ile ilgili bir süredir. Kararın yazılıp imzalanmasıyla birlikte hakemlerin karar verme yetkileri de sona ermektedir⁶⁵⁰. Yazılmış ve imzalanmış olan kararın, uyuşmazlığın taraflarına tevdi edilmesi, karar verme yetkisinin bir parçası olarak düşünülmemelidir. Zira hakemlerim bu yükümlülüğü, bir yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilebilir. Tahkim süresi içinde yazılmış ve imzalanmış kararın, tebliğ

⁶⁴⁸ Schwab/Walter, Kap. 20-9; Gal, s. 313.

⁶⁴⁹ Karataş, s. 210.

⁶⁵⁰ Lörcher/Lörcher, Rn. 327.

işleminin tahkim süresi içinde yapılmamış olmasının bir iptal sebebi olarak kabul etmek⁶⁵¹ tahkim davası sonucunda haksız çıkan tarafça kötüye kullanılabilir. Hemen belirtmek gerekir ki hakem sözleşmesinden dolayı hakemler, kararın geç teslimi dolayısıyla neden oldukları zararı tazminle yükümlü olacaklardır.

8. Belgelerin Geri Verilmesi Yükümlülüğü

Bir hukukî uyuşmazlığın çözülebilmesi için uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlığa ilişkin çok sayıda belgeyi uyuşmazlığı çözecek hakemlere tevdi etmesi gerekmektedir. Bu gereklilik esas itibariyle aynı devlet yargısında olduğu gibi uyuşmazlığın taraflarına yüklenmiş bir yüküdür. Taraflar dilekçelerinde ileri sürdükleri vakıalar ile ilgili belgeleri hakem heyetine sunmadıkları müddetçe, hakem heyetinin söz konusu vakıalar ile ilgili fikir sahibi olması mümkün olmayacaktır. Buna mukabil hakemlerin, belgeleri uyuşmazlığın taraflarına geri vermeleri bir yük değil başlı başına sözleşme sonrası bir yükümlülüktür⁶⁵².

Bu noktada aydınlatılması gereken husus, belge kavramının kapsamıdır. Bir uyuşmazlığa dair belgeler, basılı bir doküman olabileceği gibi elektronik ortamda bulunan dokümanlar da uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla hakem heyetine tevdi edilmiş olabilir; nitekim tahkim hukuku açısından, dava dosyasının tamamının fizikî olarak basılmış olması gerekliliği de bulunmamaktadır. Tahkim yargılaması

⁶⁵¹ Karataş, s. 210.

⁶⁵² Gal, s. 337. Vekalet sözleşmesi açısından Yargıtay, bu hususu şu şekilde açıklamaktadır: “*vekil her ne ad altında olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye zorunludur. İade borcu vekâlet sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanmaktadır, çünkü vekil sözleşme konusu işi kendisi yararına değil, müvekkili için görmektedir. Müvekkilin alınanların teslimine ilişkin alacağı, ifaya yönelen akdi bir alacaktır, yoksa bir tazminat alacağı değildir.*” Bkz. Yarg. HGK, E. 2011/13-161, K. 2011/276, T. 4.4.2011.

esnasında kullanılacak belgelerin çeşitliliği karşısında, belge kavramının tanımının yapılması faydalı olacaktır. HMK’da belge kavramının kapsamı sınırlı sayıda olmayacak şekilde örnekleme yoluyla yapılmıştır⁶⁵³. Bu ise tahkim açısından gerekli olacak esnekliğin sağlanabilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle de medenî yargılama için öngörülmüş bulunan HMK’nın 199’uncu maddesinde tanımlanmış belge kavramının tahkim yargılaması açısından da kullanılmasının uygun olacağı görüşüdeyiz. Uluslararası Barolar Birliğinin kuralları kapsamında da belge, sınırlayıcı olmayacak şekilde örnekleme yoluyla sayılmıştır⁶⁵⁴. Anılan madde incelendiği takdirde, yapılan belge tanımının HMK’da bulunan belge tanımıyla büyük ölçüde örtüştüğü söylenebilir. Bu nedenle de dava dosyasına giren her türlü bilgi taşıyıcısı bu kapsamda belge olarak nitelendirilebilecek ve hakemlerin geri verme yükümlülüğünün kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu noktada, kanunun tahkime ilişkin olmayan hükümlerinin, tahkim yargılaması için uygulanabilmesi için açıkça düzenleme yapılmasını gerekli kılan 444’ncü maddesinin bu yönde bir yoruma engel olabileceği düşünülebilir. Bu durumda ise anılan maddenin tahkim ilişkisinde doğrudan uygulandığını söylemek zordur. Belge tanımı yalnızca yol gösterici olarak kabul edilmelidir⁶⁵⁵.

Hakemlerin belgeleri geri verme yükümlülüğünün de kendi içinde sınırları olduğu söylenebilir. Zira hakemleri elinde bulunan kimi belgeler, örneğin kendilerine yapılmış bir ödemeye ilişkin bir makbuz, hem tahkim yargılamasına ilişkin hem de hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkiye ilişkin olabilir. Hakemin

⁶⁵³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 723.

⁶⁵⁴ Demir Gökyayla, s.21.

⁶⁵⁵ Nitekim Bilgi Edinme Kanunu da belgeyi bezer şekilde tanımlamaktadır. Bkz. Demir Gökyayla, s. 21, dpt. 42.

belgeyi saklamasında menfaati olan durumlarda hakem, mümkünse ilk olarak belgenin birden fazla olacak şekilde üretilmesini, mümkün değilse aslı ile aynı olacak şekilde orijinal belgenin bir kopyasını talep edebilmelidir. Hakemlerin bu şekilde tahkime ilişkin bir belgeyi elde edip saklayacakları durumunda, ortaya çıkacak gizliliğin korunması yükümlülüğü ileriki başlık altında incelenecektir.

Hakemlerin belgeleri geri verme yükümlülüğüne ilişkin diğer bir sınırlama ise, şartları olduğu takdirde kullanabilecekleri hapis hakkıdır. Hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişki sözleşmesel bir ilişki olduğundan, eğer uyuşmazlığın tarafları sözleşmeden kaynaklanan edimlerinden birini vadesi içinde yerine getirmezse, örneğin asli edimi olan hakem ücretini ödemezse, hakemlerin bu tarafa karşı hapis hakkını kullanabilmeleri gerekir⁶⁵⁶. Bu husus avukatın, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan hapis hakkına benzetilebilir. Bu nedenle hakemlerin de hapis hakkını kullanmak suretiyle belgeleri paraya çevirmek suretiyle alacağını tahsil etme yoluna başvurma imkânı bulunmadığının kabulü gerekir.

Bu noktada hakem sözleşmesinin kendine özgü niteliğinden dolayı ortaya çıkabilecek özel bir duruma dikkat etmek gerekir. Hakem sözleşmesinin bir tarafını aslında bir uyuşmazlığın iki ayrı tarafı oluşturduğu için tek bir edim yükümü bulunmamaktadır. Bu durumda da hakemlerin hapis hakkının yalnızca edim yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafa karşı ve yalnızca o tarafa geri verilmesi gereken belgeler üzerinde kullanılabilmesinin kabulü gerekir.

⁶⁵⁶ “Müvekkilin, vekilin aldıklarını geri vermesine ilişkin vekilden bir alacağı bulunmaktadır; vekilin ise müvekkil ile aralarındaki bu hukuki ilişkiye göre takas, zamanaşımı, ödemezlik def'i, hapis hakkı gibi hukuki imkânları bulunmaktadır.” Bkz. Yarg. HGK, E. 2011/13-161, K. 2011/276, T. 4.5.2011.

Belgelerin geri verilmesine ilişkin masraflara ise, eğer taraflar arasındaki sözleşmede bir açıklık yoksa, belgelerin geri verileceği tarafın katlanması uygun olacaktır. Zira tahkim yargılamasının başında belgelerin tevdiine ve teatisine ilişkin masraflara taraflar katlanmaktadır. Bu durumda geri verilmeye ilişkin masraflara da hakem sözleşmesi kapsamında uyuşmazlığın taraflarınca katlanması gerekmektedir. Yargılama boyunca yapılan masraflardan farklı olarak belgelerin geri verilmesine ilişkin masraflardan uyuşmazlığın taraflarının, müteselsilen değil de kendilerine ait belgelerin geri verilmesi nispetinde sorumlu olmaları daha uygun olacaktır.

C. Sözleşme İlişkisi ve Sonrasında da Devam Eden Yükümlülükleri

Hakem sözleşmesi bir süreç halinde ele alındığı takdirde, bu sürecin, sözleşmenin müzakeresi, kurulması, ifası aşamaları ile sözleşmenin ifası sonrası olarak sınıflandırılması mümkündür. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin bir kısmı sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada ortaya çıkarken, büyük bir kısmı sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte hakem sözleşmesinden doğan bazı yükümlülükler, sözleşme hiç kurulmadığı halde ortaya çıkabildiği gibi, sözleşmenin kurulması durumunda ise, hem ifa sırasında hem de sözleşmenin ifasından sonra söz konusu olabilmektedir. Bu nitelikteki yükümlülüklerin özel durumundan dolayı, diğer yükümlülüklerden ayrı olarak incelenmesi daha uygun olacaktır. Bu kısımda, hakem sözleşmesi ilişkisinin süresince ve sonrasında da karşılaşılan yükümlülükler olarak nitelendirilebilecek gizliliğin korunması yükümlülüğü ile belgelerin korunması incelenecektir.

1. Gizliliğin Korunması Yükümlülüğü

a) Gizliliğin Konu Yönünden Sınırları

Bir uyuşmazlığın taraflarının, o uyuşmazlığı devlet mahkemeleri yerine tahkim yoluyla kendi seçeceklerine hakemlere çözdürmek istemelerinin esas gerekçelerinden biri, devlet mahkemelerinde uygulama alanı bulan aleniyet ilkesidir⁶⁵⁷. Nitekim devlet mahkemelerinde görülen davalar ve işler kamuya açık bir şekilde yürütülür. Özel düzenlemeler ve bu düzenlemelere ilişkin karar alınmadığı müddetçe, herkes duruşmalara katılıp dinleyebilir, avukatlar suret almasalar dahi taraf olmadıkları davaların dosyalarını inceleyebilirler. Aleniyet ilkesinin amacı devlet mahkemelerinde görülen dava ve işleri kamuya arz etmek olmamakla birlikte kamunun yargı organı üzerinde bir baskı oluşturmasını sağlamaktır⁶⁵⁸. Zira yargı organı bağımsız olduğu için tabiatı itibarıyla kendi içindeki kanun yolu denetimi⁶⁵⁹ haricinde herhangi bir denetime tâbî değildir. Bu nedendir ki aleniyet ilkesi, devlet yargısının güven tesis edebilmesi açısından önem arz eder⁶⁶⁰.

Devlet yargısındaki aleniyet ilkesi mutlak bir ilke olmayıp mahkeme önündeki işin niteliğinden⁶⁶¹ ötürü yahut fiziki imkânlar⁶⁶² dolayısıyla kısıtlanabilir. Örneğin kişilerin özel hayatın ilgilendiren boşanma davası, buna ilişkin karar verilmesi suretiyle kamuya kapalı olarak yürütülebilir. Yahut mahkemenin duruşma salonunun kapasitesinin yetersizliği dolayısıyla hâkim, içerideki kişilerin haricindeki

⁶⁵⁷ Köbl, s.236.

⁶⁵⁸ Kuru, C. I, s. 147; Kurt Konca, s.23.

⁶⁵⁹ Kanun yolu denetiminin mahkemelerin bağımsızlığı üzerindeki etkilerine yönelik tartışmalar için bkz. Aktepe Artık, s. 203.

⁶⁶⁰ Aleniyet ilkesinin amacı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt Konca, s. 23 vd.

⁶⁶¹ Kuru, C. I, s. 147; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 400.

⁶⁶² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 400.

kimselerin duruşma salonuna girmesine mâni olabilir⁶⁶³. Bu gibi durumlar aleniyet ilkesine aykırılık teşkil etmemekle birlikte, anılan ilkeye istisnai haller olarak nitelendirilebilir. Nitekim HMK'nın aleniyeti düzenleyen 28'inci maddesinin kaleme alınışından mahkemelerdeki aleniyetin mutlak bir husus⁶⁶⁴ olduğu anlaşılmaktadır. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre her iki taraf da talep etse dahi yargılamanın gizli yapılması yalnızca genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde hâkim gizlilik kararı verebilir. Dolayısıyla hâkimin gizlilik kararı vermede takdir yetkisi olduğu⁶⁶⁵, bu nedenle de gizli yargılamanın tarafların doğrudan tasarrufunda olmadığı söylenebilir⁶⁶⁶.

Oysaki kimi zaman bir uyuşmazlığın tarafları çeşitli saiklerle uyuşmazlığın çözümü sürecinin kamuya açık olmamasını isteyebilirler. Kişilerin bir uyuşmazlığın çözümü için dahi olsa kişisel ve ticari bilgilere aleniyet kazandırma zorunluluğu olmadığı gibi, kişiler bu nitelikteki bilgilerin korunmasını, Anayasanın 20'inci maddesi kapsamında devletten bir hak olarak talep edebilirler⁶⁶⁷. Hukukumuzda göre bir uyuşmazlığın tarafları, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri meseleler hakkında tahkim yoluna başvurabildiklerine göre, bu nitelikteki münferit bir uyuşmazlığın çözümünün aleni olmasında kamunun bir yararı bulunmamaktadır. Bu açıdan tahkimin bizatihi gizliliği sağlayacak bir imkân olarak görülebileceği söylenebilir.

⁶⁶³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 400.

⁶⁶⁴ Akcan, HUMK dönemine ilişkin olarak aleniyet ilkesinin ihlalinin tek başına bir bozma nedeni olmaması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Akcan, s. 165. Aynı doğrultuda Yargıtay kararı için bkz. 2. HD, 12.11.1974, 4967/6817 (Kuru, C. I, s. 148)

⁶⁶⁵ Kuru, C. I, s. 147; Yazıcı Tıktık, s. 232.

⁶⁶⁶ Bucher, Einführung, s. 7.

⁶⁶⁷ Yazıcı Tıktık, s. 232.

Yargılamanın yürütülmesi bakımından tahkim yargılamasına egemen olan ilke, devlet yargısının aksine gizliliktir⁶⁶⁸. Taraflar açıkça aksini kararlaştırmadıkça⁶⁶⁹, bütün tahkim süreci gizli yürütülür. Dolayısıyla üçüncü kişilerin tahkim davasının dosyasını incelemesi ve suret alması söz konusu olmayacağı gibi, duruşmalar da kural olarak⁶⁷⁰ kamuya kapalı olarak yapılır⁶⁷¹, neticede verilecek hüküm de herhangi bir yerde ilan edilmez. Gizlilik tahkim açısından bir ilke olarak kabul edildiği için, pozitif bir düzenleme olmasa bile, tüm tahkim sürecinin gizli yürütülmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁷².

Tahkim kapsamında söz konusu olan gizlilik prensibinin yalnızca aleniyet ilkesinin uygulanmaması şeklinde de anlaşılması gerekir. Belirtmek gerekir ki aleniyet, gizliliğin korunmasının aksi hali değildir⁶⁷³. Zira söz konusu gizlilik prensibinin amacı, tahkim yargılamasını kamudan saklamak değil, her ne surette olursa olsun, tahkim davasına ilişkin her türlü bilgiyi üçüncü kişilerden korumaktır⁶⁷⁴. Dolayısıyla, tahkimde gizliliğin korunması için yalnızca dava dosyasının, duruşmaların ve dahi hükmün üçüncü kişilerin erişimine kapalı olması yeterli değildir. Tahkim davasını gören hakemlerin de bizatihi gizliliğin korunması

⁶⁶⁸ Göksu, Nr. 1076; Lörcher/Lörcher, Rn. 21; Born, Vol. II, s. 2784; Karayalçın, s. 6; Şanlı, Uyuşmazlık, s. 294; Başaran, s. 37; Korucu, s. 82.

⁶⁶⁹ Haller, uyuşmazlığın taraflarının gizliliğin kaldırılması için yapacakları bir anlaşmanın, tek başına yeterli olmaması gerektiğini savunmaktadır bkz. Haller, s.181.

⁶⁷⁰ Yeşilirmak, s. 110.

⁶⁷¹ Duruşmaların aleni olarak yapılıp yapılamayacağı tarafların iradesine tâbidir. (bkz. Pekcanıtez, H.: *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet*, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar Bildiriler Tartışmalar Belgeler, Nisan 2000, s. 415) Korucu ise duruşmaların aleni olmamasını bir ihlal olarak nitelendirmemektedir. Bkz. Korucu, s. 83. Eğer tahkim uyuşmazlığının tarafları açık bir şekilde duruşmaların aleni bir şekilde yapılmasını öngörmüşlerse, hakemlerin bunun aksi yönde bir karar verememeleri gerekir. Hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin niteliği itibariyle hakemlerin, uyuşmazlığın taraflarından talimat alabilecekleri hususlar sınırlı olsa da, yargılamanın idaresi bakımından hakemlerini uyuşmazlığın taraflarının ortak iradelerine uygun hareket etmelerinin gerekli olduğu söylenebilir.

⁶⁷² Ritz, s. 57 ve 58; Born, Vol. II, s. 2785.

⁶⁷³ Sawang, s. 244.

⁶⁷⁴ Weiler, s. 171; Haller, s. 181; Özsunay, s. 541; Yazıcı Tıktık, s. 87.

maksadıyla gayret sarf etmeleri gerektiği söylenebilir. Hakemler dava dosyasının ihtiva ettiği bilgilerin üçüncü kişilerin eline geçmemesi için özen göstermeli, üçüncü kişilerle dava konusu ile ilgili konuşmaktan kaçınmalıdırlar. Bu sebeptendir ki, hakemlik bir meslek olmasa da, hakemlerin tahkim faaliyeti dolayısıyla elde ettikleri bilgi ve belgelerin mesleki sır hükmünde olması gerektiği savunulabilir. Bu açıdan bakıldığında hakemlerin bu konudaki yükümlülüğünün avukatların sır saklama yükümlülüğü ile kıyaslamak, sınırlarının çizilmesi açısından faydalı olacaktır.

Hakemlerin sır saklama yükümlülüğü olarak adlandırılabilir bu yükümlülüğünün⁶⁷⁵ kaynağı da, uyuşmazlığın tarafları ile aralarında akdedilmiş olan hakem sözleşmesi⁶⁷⁶ ve bu sözleşmeden doğan sadakat yükümlülüğüdür⁶⁷⁷. Tahkim kurumunun ve dolayısıyla hakem sözleşmesinin amacı ve işlevi göz önünde bulundurulduğu takdirde, hakemlerin sır saklama yükümlülüğünün hakem sözleşmesinden kaynaklanan bir yan yükümlülük olduğu sonucuna varılabilir⁶⁷⁸. Çünkü sır saklama yükümlülüğü hakemlerin hakem sözleşmesinden kaynaklanan asli edim yükümlülüğü olan uyuşmazlığı çözüme ve karara bağlama yükümlülüğünün bir parçası olarak nitelendirilemez. Zira sır saklama yükümlülüğü sözleşme kurulmasından önce başlayıp, sözleşme ilişkisinin sonuna kadar ve hattâ sözleşme sona erdikten sonra da varlığını devam etmesi gereken⁶⁷⁹ bir yükü ifade etmektedir. Bununla

⁶⁷⁵ Arabuluculukla ilgili aynı doğrultuda bir nitelendirme için bkz. Taşpolat Tuğsavul, s. 154.

⁶⁷⁶ Arabuluculuk faaliyetindeki sır saklama yükümlülüğünün kaynağı olarak arabuluculuk sözleşmesi olduğuna dair olarak bkz. Yazıcı Tıktık, s. 141.

⁶⁷⁷ Göksu, Nr. 1076; Vogt, s. 131; Taşkın, s. 164. Ayr. bkz. Yarg. HGK, E. 2011/13-161, K. 2011/276, T. 4.5.2011.

⁶⁷⁸ Sır saklama yükümlülüğü, vekalet sözleşmesi bakımından da, kural olarak, yan yükümlülük olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Hofstetter, s. 109.

⁶⁷⁹ Vekâlet ilişkisinde sır saklama yükümlülüğünün sözleşmenin sonrasında da devam edecek bir yükümlülük olmasına ilişkin olarak bkz. Tandoğan, s. 450 ve 451.

birlikte, sır saklama yükümlülüğünün ifa edilmesi dava yoluyla talep edilemeyecek bir meseledir ve fakat ihlali halinde tazminat sorumluluğunun söz konusu olacağı da açıktır. Bu hususlar ise edim yükümlülüklerinin değil yan yükümlülüklerin tipik bir unsurudur. Oysaki yargılama yapma ve karar verme edimlerinin bu şekilde bir nitelik arz etmediği açıktır. Kanun koyucu tarafından tahkimde gizliliğin esas olduğu ve gizliliğin kaldırılmasının uyuşmazlığın taraflarının açık iradelerine bağlı olduğu⁶⁸⁰ göz önünde bulundurulduğunda, bu edim yükümlülüğünün hakem sözleşmesinin tipik bir unsuru olduğu⁶⁸¹ ve dolayısıyla tahkim ilişkisinin taraflarının bu konuda açıkça anlaşmaları olmamasına rağmen hakemlerin sır saklama yükümlülüğünün olduğunun kabulü gerekir.

Sır saklama yükümlülüğü, niteliği itibariyle her zaman sözleşmenin kurulmasıyla birlikte de başlamayabilir. Zira taraflar, hakem sözleşmesinin kurulmasından evvel, sözleşme görüşmeleri esnasında tahkim ilişkisi bakımından sır niteliği taşıyabilecek bilgileri hakem olarak atamayı düşündükleri kişiler ile paylaşabilirler. Hakemlerin uyuşmazlığa ilişkin bilgileri talep etme hakları da bulunmakta, dolayısıyla taraflar kendiliğinden paylaşmasalar bile, hakemler bu bilgileri hakem sözleşmesi kurulmadan önce de talep edebilirler. Her zaman bu görüşmelerin hakemlerin atanmasıyla ve hakem sözleşmesinin kurulmasıyla sonuçlanmayacağına kabulü gerekir.

Taraflar arasında bir sözleşme meydana gelmemiş olmaması, tarafların sözleşme görüşmeleri esnasında diğer taraftan edindikleri bilgiler ile ilgili sır

⁶⁸⁰ Gizliliğin kaldırılabilmesi için açık iradenin yeterli olmayacağına dair olarak bkz. Haller, s. 181.

⁶⁸¹ Gizliliğin arabuluculuk açısından da tipik bir unsur olduğuna dair bkz. Hopt/Steffek, s. 49.

saklama yükümlülüğü olmadığı anlamına gelmemelidir. Bu durumda taraflar arasında, bir sözleşme olmasa bile, bir güven ilişkisinin meydana geldiğinin kabulü gerekir⁶⁸². Taraflar, kendi aralarında, ileride bir sözleşmenin kurulacağına olan inançla, sır niteliğindeki bu bilgileri paylaşmışlardır. Bu halde ortaya çıkan bu güven ilişkisinin korunması gerekecektir ki, bu da hakem sözleşmesi kurulmasa bile sır saklama yükümlülüğünün ortaya çıkmasına, ihlal edilmesi sonucu zarar meydana gelmesi halinde de tazmin sorumluluğuna neden olabilecektir⁶⁸³.

Eğer taraflar arasında bir hakem sözleşmesi kurulmuş ve hakemlere karar verme yetkisi verilmişse, sır saklama yükümlülüğünün hukukî dayanağı hiç şüphesiz ki hakem sözleşmesi olacaktır. Yukarıda izah ettiğimiz üzere, sır saklama yükümlülüğü, bağımsız ve asli bir edim yükümlülüğü olduğu için, hakemler, karar verdikten sonra veyahut hiç karar vermese bile varlığını sürdürecektir. Zira sır saklama yükümlülüğünün kaynağı taraflar arasındaki güven ilişkisi olup, sözleşme sona erse bile varlığını sürdürür⁶⁸⁴. Dolayısıyla herhangi bir sebepten dolayı sözleşmenin sona ermesi sır saklama yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi sebebiyle ortaya çıkacak zararın tazmini, kusuru olan kişilerden talep edilebilir. Dolayısıyla sır saklama yükümlülüğü açısından müşterek ve müteselsil bir sorumluluktan bahsedilemez.

⁶⁸² Sözleşme kurulmasa bile culpa in contrahendo sorumluluğunun ortaya çıkabileceğine ilişkin olarak bkz. Serozan, R.: "*Culpa In Contrahendo*", "*Akđın Müsbet İhlali*" Ve "*Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme*" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İÜMHAD, C. 2, S. 3 (1968), s. 111.

⁶⁸³ Korucu, s. 73. Arabuluculuk faaliyeti kapsamında sır saklama yükümlülüğünün ihlalinden dolayı meydana gelebilecek zararın, arabulucudan tazmin edilebilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Taşpolat Tuğsavul, s. 154; bu hususta arabuluculukta özel bir düzenleme yapılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Kuru, Arabuluculuk, s. 244.

⁶⁸⁴ Yarg. 13. HD, K. 2015/2405, K. 2016/3644, T. 9.2.2016.

b) Gizliliğin Kişi Yönünden Sınırları

Tahkim ilişkisi yalnızca aralarında uyuşmazlık bulunan en az iki tarafla hakemler arasında ortaya çıkan sözleşmesel bir ilişki olsa da, yargılamanın niteliği itibariyle, yargılama faaliyetine üçüncü kişilerin de dâhil olması mümkündür. Örneğin, tahkim yargılamasında bilirkişiye başvurulmuş⁶⁸⁵ yahut tanık dinlenmiş olabilir. Bunun haricinde tahkim dosyası dahilinde, kendisin tahkim ilişkisinin tarafı olmamakla birlikte uyuşmazlıkla ilgili olan kişilere ait bilgi ve belgeler de bulunabilir. Ayrıca, uyuşmazlığın taraflarının vekilleri de tahkim ilişkisine tabiatı itibariyle dahil olmaktadır⁶⁸⁶. O halde tahkim yargılaması kapsamında gizliliğin kimler tarafından korunması gerektiği hususu tartışmalı bir hal almaktadır.

Tahkim ilişkisinin tarafları açısından, aralarında bir sözleşme olduğu için, gizliliğinin temelini teşkil eden hukukî ilişkiyi belirlemek kolaydır. Gizliliğin, tahkim ilişkisinin taraflarından biri tarafından ihlal edilmesi halinde, bu husus doğrudan sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Oysaki tahkim yargılamasına dâhil olan üçüncü kişiler açısından denilebilir ki, tahkim ilişkisinin taraflarıyla üçüncü kişiler arasında hakem sözleşmesine benzer sözleşmesel bir ilişki bulunmamaktadır.

Bu noktada ikili bir ayırım yapılmalıdır. İlk olarak tahkim yargılamasına dâhil olan üçüncü kişilerin sahip olduğu gizliliğin korunmasını talep etme hakkından söz edilebilir. Bu durumun ortaya çıkabileceği bir hal, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasında tanık olarak dinlenmesi halinde ortaya çıkabilir. Tahkim

⁶⁸⁵ Tahkimde bilirkişiye başvurulması halinde bunun gizlilik ilkesiyle ilişkisi için bkz. Ritz, s. 65 vd. Tahkim ilişkisinde kendisine başvurulanan bilirkişinin, aynı hakem gibi tarafsız ve bağımsız olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Lörcher/Lörcher, Rn. 279.

⁶⁸⁶ Ritz, s. 63 ve 64.

yargılamasında tanık dinlenmesi ise devlet yargılamasında olduğu şekliyle cereyan etmemektedir. Bu nedendir ki, kendisiyle ilgili bilgileri vermek istemeyen kimse tanıklık yapmayabilir⁶⁸⁷; tanıklık yapsa bile bu bilgileri vermeyebilir. Ayrıca üçüncü kişi tanıklık yapsa bile bu kapsamda vermiş olduğu bilgilerin de yalnızca o tahkim yargılaması kapsamında kullanılmasını, ifşa edilmemesini talep hakkının var olduğunu söylemek de mümkündür. Bu durum, hem kişilik hakkının bir parçası olarak kabul edilebilecek kişisel verilerin korunmasına hizmet eder, hem de kişilerin tahkim yargılamalarında tanıklık yapmaları hususunda endişeye kapılmamalarını sağlar.

İkinci bir hal olarak, üçüncü kişilere ait bilgi ve belgelerin, uyumsuzlukla ilgili olduğu için tahkim dosyasına girmiş olması hali, örnek olarak gösterilebilir. Fakat bu durum tanıklıktan farklıdır. Zira tanıklık halinde, tanık olacak kişi kendi rızasıyla bilgi vermektedir. Oysaki uyumsuzluğun taraflarından birinin hakemlere sunmuş olduğu bilgi ve belgelerin sunulmasında, üçüncü kişinin doğrudan ve açık bir rızası her zaman olduğu söylenemez. Bu durumda, üçüncü kişilere ait gizliliğin korunmaya daha muhtaç olduğu söylenebilir.

Üçüncü kişilere ait bilgi ve belgelere dair gizliliğin korunmasının hukukî temelini tespit etmek için, tahkim ilişkisinin taraflarıyla üçüncü kişiler arasındaki ilişkinin niteliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Normal olarak bu kişiler arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu noktadaki bir aykırılığın doğrudan doğruya bir sözleşmenin ihlali saymak çok kolay değildir. Fakat bu

⁶⁸⁷ Tahkim açısından tanıklıktan çekilme ile belgeleri ibraz mecburiyeti arasındaki ilişki için bkz. Demir Gökyayla, s. 267.

durumda üçüncü kişilerin gerek tanık olarak tahkim yargılamasına dahil olmaları, gerekse kendilerine ait bilgi ve belgelerin tahkim dosyasına, uyuşmazlığın taraflarınca sunulması halinde, hakem sözleşmesinin asli edimi olan hakemlerin yargılama faaliyetine olan yakınlığı⁶⁸⁸ dolayısıyla, üçüncü kişilerin, hakem sözleşmesinin koruma alanına girdiği ve bu bakımdan hakem sözleşmesinin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme⁶⁸⁹ olarak kabul edilmesi mümkündür⁶⁹⁰. Nitekim “*edimin gerektiği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan tehlikelerden, en az edim ile bağlantı kurmasını sağlayan sözleşme tarafı kadar etkilenebilecek*⁶⁹¹” kimselerin sözleşmenin koruyucu etkisi kapsamına gireceği ifade edilmektedir⁶⁹².

Üçüncü kişilerin, tahkim ilişkisine ve tahkim ilişkisinin taraflarına karşı olan gizlilik yükümlülüğü ise, gizliliğin kişi bakımından sınırlarının diğer yüzünü teşkil etmektedir. Bu durumda tahkim ilişkisine dâhil olan üçüncü kişilerin, dâhil olmaları sebebiyle öğrenebilecekleri bilgileri hangi hukukî sebebe dayanarak, sır olarak saklamaları gerektiğinin tespit edilmesi gerekecektir⁶⁹³.

⁶⁸⁸ Edime yakınlık kavramı için bkz. Karabağ Bulut, N.: Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009, s. 101 vd. Ayrıca bkz. Serozan, s. 113.

⁶⁸⁹ Bilgi verenlerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun temelini güven sorumluluğu olduğuna dair görüş için bkz. Kırca, Ç.: Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 133.

⁶⁹⁰ Vekalet sözleşmesinden doğan güven ilişkisinin üçüncü kişiyi koruyucu etki doğurmasına ilişkin olarak bkz. Berner Kommentar, VI/2-4, s. 540.

⁶⁹¹ Karabağ Bulut, s. 104.

⁶⁹² Karabağ Bulut, s. 104; Kırca, s. 70 ve 107.

⁶⁹³ Yazıcı Tıktık, gizliliğin arabuluculuk faaliyeti kapsamında korunması bakımından, üçüncü kişilerin de bu yükümlülük altında olduğunun açıkça düzenlendiğini ifade etmektedir. Bkz. Yazıcı Tıktık, s. 56. Ancak hemen belirtmek gerekir ki arabuluculuğun pozitif düzenlemesi olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda üçüncü kişilere yönelik böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim arabuluculukta gizliliği düzenleyen 4’üncü madde hükmü şu şekildedir: “*MADDE 4 – (1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.*

(2) *Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.*”

Son olarak belirtmek gerekir ki, esas itibariyle taraflar açısından önem arz eden gizliliğin, hakemler açısından da söz konusu olabileceği kabul edilebilir⁶⁹⁴. Nitekim, tahkim yargılamasında kamunun, bir denetimi olmayacağı için tahkim yargılamasına kimin dâhil olup olmayacağıının, yargılamayı idare eden hakemlerin takdir yetkisinde olduğu söylenebilir. O halde tahkim yargılamasının üçüncü kişilere karşı gizli olmasının hakemler açısından da bir hak olduğunu söylemek mümkündür⁶⁹⁵.

c) Gizliliğin Zaman Yönünden Sınırları

Tahkim açısından gizliliğin korunması yükümlülüğü, niteliği itibariyle yalnızca sözleşmenin ifası aşamasında söz konusu olan bir yükümlülük değildir. Gizliliğin korunması yükümlülüğü, sözleşme öncesi tarafları aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde elde edilen bilgiler açısından işlerlik kazanabileceği gibi, sözleşmenin ifası sonrasında yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak ortaya çıkabilir.

İlk olarak, taraflar henüz hakem sözleşmesi kurulmadan önce, uyuşmazlıkla ilgili birbirlerini aydınlatırlar. Bu faaliyet uyuşmazlığın tarafları açısından, hakemlerin, o uyuşmazlığı çözebilecek nitelikte olup olmadıklarını tespit edebilmeleri, hakemlerin açısından ise, kendilerinin o uyuşmazlığı çözebilecek durumda olup olmadıklarını tespit edebilmeleri için son derece önemlidir. Bu

⁶⁹⁴ Haller, s. 181.

⁶⁹⁵ Vekalet sözleşmesinde, vekilin üçüncü kişilere karşı yükümlü olduğu sır saklama yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. Hofstetter, s. 111.

nedenledir ki, uyuşmazlığa ilişkin bilgiler henüz hakem sözleşmesi kurulmadan taraflarca paylaşılmaktadır.

Tarafların müzakeresi, hakem sözleşmesinin kurulmasıyla son bulursa, hakem sözleşmesi, gizliliğin korunması yükümlülüğünün hukukî temelini teşkil edecektir. Buna mukabil müzakere, hakem sözleşmesinin kurulamamasıyla sonuçlanırsa sözleşme öncesi elde edilen bilgilerin akıbeti tartışma konusu olabilir. Bu durumda taraflar arasında bir sözleşme kurulmamış olsa bile, verilen bilgilerin sözleşmenin kurulacağına olan güven ile paylaşıldığından hareketle, tarafların bu bilgilerin korunmasında menfaati olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla hakem sözleşmesi kurulmamış olsa bile, tarafların bir sözleşme öncesi bir yükümlülük olarak, gizliliği koruma yükümlülüğü olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Hakem sözleşmesinin kurulmasından sonra, dolayısıyla yargılama esnasında, tarafların gizliliği koruma yükümlülüğü, sözleşmeden doğan bir yan yükümlülük olarak ortaya çıkacaktır⁶⁹⁶. Hakem kararının verilmesiyle ve tahkim ilişkisinin sona ermesiyle birlikte ise bu yükümlülük ortadan kalkmamalıdır. Zira tarafların korunması gereken menfaati yalnızca yargılama aşamasını değil, sonrasını da kapsamaktadır⁶⁹⁷. Dolayısıyla da gizliliğin korunması yükümlülüğü hem sözleşme

⁶⁹⁶ Bkz. yuk. § 5-II/C.

⁶⁹⁷ Ritz, s. 179. Avukatın sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bir Yargıtay kararında bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: *"vekalet ilişkisinin kurulmasının adeta ön koşulunu oluşturan "karşılıklı güven" unsuruna, dahası, bu unsurla yakın bir ilgisi bulunan; kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte öğretide ve yargısal uygulamalarda vekilin borçlarından biri olarak kabul edilen ve vekalet ilişkisinin sona ermesinden sonra dahi varlığını devam ettireceği benimsenen "sır saklama yükümlülüğü"ne de uygun bir sonucu ortaya koymaktadır."* Bkz. Yarg. HGK, E. 2006/13-610, K. 2006/639, T. 11.10.2006. Benzer doğrultuda bkz. Yarg. 13. HD, E. 2012/6715, K. 2012/12438, T.15.05.2012.

öncesinde hem sözleşmenin ifası sırasında hem de sözleşme sonrasında yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır.

d) Gizliliğin Korunması Yükümlülüğünün İstisnaları

Tahkim yargılamasındaki temel bir ilke olarak kabul ettiğimiz gizliliğin bir istisnası, uyuşmazlığın taraflarının bu konudaki rızasıdır⁶⁹⁸. Taraf iradelerinin ön planda olduğu tahkim yargılamasında, uyuşmazlığın tarafları, yargılama usûlünü serbestçe belirleyebildiklerine ve hakem sözleşmesi de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna göre, taraflar yargılamanın gizli yapılmasının aksini pekâlâ kararlaştırabilmelidirler⁶⁹⁹.

Gizliliğin ve dolayısıyla bununla bağlantılı olarak sır saklama yükümlülüğünün istisnalarından bir diğeri de ceza hukuku kapsamında belirlenebilir. Zira Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) işlenmekte olan suçu bildirmemek başlı başına suç olarak öngörülmüştür. O halde, uyuşmazlığın taraflarıyla hakemler arasında geçen görüşmelerde, uyuşmazlığın taraflarının sır niteliğindeki beyanlarının içeriğinde suç unsuru bulunması halinde, hakemlerin sır saklama yükümlülüğünün söz konusu suç unsurunu da kapsayıp kapsamadığı önem kazanmaktadır. Hakemlerin tahkim faaliyeti esnasında, bu faaliyetten dolayı öğrendikleri bir suçu bildirmemelerine imkân sağlayacak yegâne düzenleme, TCK'nın m. 278/4 düzenlemesidir. Söz konusu düzenlemeye göre, eğer suçu bildirmesi gereken kişi söz

⁶⁹⁸ Vogt, s. 133. Buna ilişkin bir düzenleme olarak İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları, Madde 42: "Hakem kararının yayınlanması ancak tarafların ve divanın yazılı izniyle olabilir. Ancak hiçbir durumda tarafların, hukukî temsilcilerinin ve hakemlerin kimliklerine veya tahkim yargılamasına özgü bilgiler yayınlanamaz."

⁶⁹⁹ Born, Vol. II, s. 2787. Arbuluculuk faaliyetinde tarafların, gizliliğin aksini kararlaştırabileceklerine dair görüş için bkz. Yazıcı Tıktık, s. 58 ve 59.

konusu suç ile ilgili olarak tanıklıktan çekinme hakkını kullanabilecek kişilerdense, suçun bildirilmemesi halinde cezaya hükmolunmayacaktır. Ceza yargılamasında tanıklıktan çekinme Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 45 ila 47'inci maddelerinde düzenlenmekte olup bunlardan 46'ıncı madde doğrudan meslek ve sürekli uğraş sebebiyle tanıklıktan çekinmeyi düzenlemektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hakemlerin de bu madde kapsamında değerlendirilmesine ilişkin yapılacak bir tartışmaya şu an için gerek yoktur. Zira Türk hukukunda hakemler, özel hukuk ve idare hukuku açısından kamu görevlisi olarak nitelendirilmemelerine⁷⁰⁰ rağmen ceza hukuku açısından kamu görevlisi olarak nitelendirilmektedirler⁷⁰¹. Nitekim TCK'nın yalnızca kamu görevlilerince işlenebilecek özgü bir suç olan rüşvet suçunu düzenleyen 252'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, bu suçun hakemlerce işlenmesi halinde verilecek olan cezanın arttırılmasını öngörmektedir.

Ceza hukuku bakımından hakemlerin birer kamu görevlisi olarak kabul edilmesi halinde, hakemlerin suçu bildirme zorunluluğunun TCK'nın 278'inci maddesi yerine, kamu görevlilerinin görevleriyle bağlantılı olarak öğrendikleri hali düzenleyen 279'uncu maddesinin uygulama alanı bulması gerekmektedir⁷⁰². Söz konusu madde kapsamında da suçu bildirme zorunluluğuna, 278'inci maddedekine benzer bir istisna getirilmemiştir. Tahkim yargılamasının kendisinin de, ceza hukuku açısından kamu görevlisi sayılan hakemlerin görevleriyle bağlantılı olması sebebiyle, hakemlerin bu sayede varlığını öğrendikleri bir suçu bildirmemeleri halinin 279'uncu

⁷⁰⁰ İdare hukukunda kamu görevlisi kavramı için bkz. Karslı, M. R.: İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı: Anayasa'nın 128. Maddesi Çerçevesinde Bir İnceleme, İstanbul 2016, s. 3 vd.

⁷⁰¹ Buna ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. § 1-III/B.

⁷⁰² Arabulucuların da suçu bildirmeme suçu bakımından 279'uncu madde kapsamında değerlendirilmeleri gerektiğine dair görüş için bkz. Yazıcı Tıktık, s. 71.

maddeye göre cezalandırılabilir bir hal olacağı açıktır⁷⁰³. Bu halde hakemlerin sır saklama yükümlülüğünün, tahkim faaliyetinden dolayı öğrendikleri suçları bildirmelerine engel olmayacağına kabulü gerekir. Zira aksi durum hakemin cezai sorumluluğuna yol açacaktır; böyle bir sonucun ise hakem sözleşmesinden doğan bir yükümlülük olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu sebeple sır saklama yükümlülüğünün bulunmaması hali yalnızca, suçu resmî makamlara bildirme ile sınırlıdır. Dolayısıyla bu nitelikte bir suçun, üçüncü kişilerle paylaşılması, alenen ifşa edilmesi hali sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmekle birlikte, ayrıca meslek sırrını ifşa etme suçuna da vücut verebilir. Zira bu noktada ilgili düzenlemenin amacının kamuyu suç ile ilgili olarak bilgilendirmek olmadığı, yalnızca işlenen suç ile ilgili yargılama yapılabilmesinin amaçlandığı göz önünde bulundurulmalıdır.

Daha önce belirttiğimiz üzere hakem sözleşmesi, kurulmasından önceki safhayı da kapsayacak şekilde uzun bir zaman diliminde sonuçlarını doğurur. Hakemin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılması ve bunun sır saklama yükümlülüğüne olan etkisi dolayısıyla hakemin ne zamandan itibaren kamu görevlisi sayılacağına tespiti önem taşımaktadır. Ceza hukuku açısından hakemlerin kamu görevlisi sayılmasının sebebi olarak yargılama faaliyeti yürütmeleri

⁷⁰³ eTCK’da suçu haber vermeme suçunun yalnızca memurlar tarafından işlenebileceği öngörülmüştü. Bkz. Erem, F./Toroslu, N.: Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 1994, s. 183. Bununla birlikte Yargıtay vermiş olduğu bir kararında hakemlerin de TCK kapsamında memur olarak nitelendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Yarg. CGK, E. 1/410, K. 1985/595, T. 25.11.1985 (Gözübüyük, A. P.: Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 1181). Bununla birlikte eTCK kapsamında bilirkişilerin, memur olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir. Buna ilişkin tartışmalar için bkz. Tanrıver, S.: Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 118. Bilirkişilerin “adli kamu görevi yapan kimselerden” olduğuna dair Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 4. CD, E. /1050, K. 1999/3400, T. 12.4.1999 (Erol, H.: Türk Ceza Kanunu, C. 2, Ankara 2003, s. 705).

gösterilmektedir⁷⁰⁴. Bu halde hakemin bu kapsamda kamu görevlisi sayılabilmesi için evvela karar verme yetkisine sahip olması gerekir; dolayısıyla hakem sözleşmesi kurulmadan önce hakemlerin ceza hukuku açısından da kamu görevlisi sayılmamaları gerektiği söylenebilir⁷⁰⁵. Bu durumda, henüz sözleşme görüşmeleri esnasında suçun varlığın haberdar olan hakemlerin bunu bildirmemeleri hali ise TCK'nın 278'inci maddesi kapsamında değerlendirilebilir⁷⁰⁶. Bu durumda hakemlerin, anılan maddenin dördüncü fıkrasındaki düzenlemeden yararlanıp yararlanamayacağı sorusu önem kazanacaktır. Hakemlerin, uyuşmazlığın taraflarından biri hakkındaki ceza yargılamasında tanıklıktan çekinebilme ihtimali, CMK'da düzenlenen tanıklıktan çekinme hallerinden biri olan meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkı kapsamında nitelendirilebilir gibi görünse de, ilgili maddenin kapsamının ve amacının dikkate alınması faydalı olacaktır.

CMK'nın 46'ıncı maddesinin ilk fıkrasının (a) bendine göre avukatlar, stajyerleri ve yardımcıları; (b) bendine göre hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları; (c) bendine göre ise malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler bu sınıfları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgilerle ilgili ve sınırlı⁷⁰⁷ kalmak üzere tanıklıktan çekinebilirler. Görüldüğü üzere ilgili düzenlenmede tanıklıktan çekinme hakkını kullanabilecekler sınırlı bir şekilde sayılmış ve

⁷⁰⁴ Okuyucu Ergün, s. 153, dpt. 72 ve s. 157.

⁷⁰⁵ Hakemlerin görevli oldukları süre içinde eTCK kapsamında memur sayılmalarına dair olarak bkz. Bkz. Yarg. CGK, E. 1985/1-410, K. 1985/595, T. 25.11.1985 (Gözübüyük, s. 1181).

⁷⁰⁶ Resmi arabulucu siciline kayıtlı olmayan arabulucuların da arabulucu sıfatı olmayacağı için, benzer şekilde kamu görevlisi sayılamayacağına dair görüş için bkz. Yazıcı Tıktık, s. 72.

⁷⁰⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 613.

hakemlere bu sıfatları dolayısıyla öğrendikleri bilgilerle ilgili olarak tanıklıktan çekinme hakkı tanınmamıştır⁷⁰⁸.

Avukatlara, stajyerlerine ve yardımcılarına tanınan çekinme hakkının⁷⁰⁹, Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nda yalnızca müdafî açısından düzenlenmiş olması, şüpheli yahut sanığın, dosyayı avukata hiç tevdi etmese bile, avukatın bunu yalnızca görevi dolayısıyla öğrenmesinden ötürü çekinme hakkından yararlanabileceği ifade edilmektedir⁷¹⁰. Dolayısıyla avukat ile şüpheli yahut sanığın, aralarında vekâlet ilişkisi olmaksızın, yalnızca avukatın görevi kapsamında görüşmelerinin, güven ilişkisinden dolayı⁷¹¹ kanun tarafından korunduğu göz önünde bulundurularak, hakem ile uyuşmazlığın tarafları arasında da korunmaya değer bir güven ilişkisi olup olamayacağı sorusu akıllara gelebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, korunması öngörülen kişilerin sınırlı şekilde sayıldığı bir kanun maddesinin kapsamının yorum yoluyla bu şekilde genişletilmesi, ilgili düzenlemenin amacıyla bağdaşmaz. Bu

⁷⁰⁸ Benzer bir karşılaştırma için bkz. Vogt, s. 134.

⁷⁰⁹ Bu düzenlemenin esasında tanıklıktan çekinme hakkı değil, aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğü olduğuna dair olarak bkz. Özgenç, s. 315.

⁷¹⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 615.

⁷¹¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 614. Bu güven ilişkisinin ve bundan kaynaklanan sır saklama yükümlülüğünün, hükümlü ile avukatı arasında da devam ettiği hususu Yargıtay tarafından şu şekilde açıklanmaktadır: "Avukat ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisinin temeli güven ve sadakat ilkelerine dayanmaktadır. Müvekkilin; her durumda avukatına güvenmesi, sırrını saklayacağından emin olması gerekir. Bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde, avukatların görevlerini "bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla" yükümlü oldukları ifade edilmiş ve Yasa'nın 36. maddesinde de görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açıklamaları yasaklanarak sır saklama yükümlülükleri öngörülmüştür. Avukatın, müvekkilinin sırrını saklama yükümlülüğü üçüncü kişiler yanında mahkemelere, savcılıklara ve idari birimlere karşı da geçerlidir. Avukatlık meslek sırrı, avukatın mesleğini icra ederken öğrendiği, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması halinde vekil edenin maddi ya da manevi zarara uğrayacağı, üçüncü kişilerden gizlenen özel yaşama dair bilgilerdir. Avukatın mesleği ile bağlantılı olarak öğrendiği, vekil edene ait özel ilişkileri, sağlık bilgileri, mali durumu, kişisel bilgileri gibi gerektiğinde bulunduğu yer ya da adresi de sır kapsamına dahildir. Avukata yüklenen sır saklama yükümlülüğü, vekil edenin adli/idari merciler karşısında daha etkin, yerinde ve etraflıca iddiada bulunması veya savunma yapması ile doğrudan bağlantılıdır. Avukatın meslek sırrını koruması ise uluslararası antlaşmalar ve Anayasamızda güvence altına alınan özel yaşamın gizliliğinin sonucu olmanın yanında yerine getirilen kamu hizmetinin içeriği ve niteliği ile de ilgilidir." Bkz. Yarg. 4. CD, E. 2009/19013, K. 2011/21017, T. 14.11.2011.

nedenle hakem sözleşmesi kurulmadan önce yapılan görüşmeler esnasında, hakemlerce öğrenilen bir suçun yetkili makamlara bildirilmesi sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmemelidir.

2. Belgelerin Korunması Yükümlülüğü

Gizliliğin korunmasından farklı olarak belgelerin korunması yükümlülüğü, belgelerin ihtiva ettiği bilgilerin değil, bilakis belgelerin fiziki varlıklarının korunmasını ifade eder. Uyuşmazlığın çözülmesi için uyuşmazlığın tarafları hakemlere pek çok belge tevdi ederler. Söz konusu bu belgelerin bir kısmın yeniden üretilmesi mümkün olmayan bir belge, örneğin senet olabilir. Bu nitelikteki belgelerin fiziki mahvı o belgenin ekonomik değerini yitirmesine yahut tarafların söz konusu belgeyi tekrar kullanmasını imkânsız kılabilir. Bu durumun ise meydana getirdiği zarar oranında kusuru bulunan kimsenin hukukî sorumluluğuna⁷¹² başvurulabilme imkânı tanınması gerektiği söylenebilir⁷¹³.

Söz konusu yükümlülüğün, niteliği itibariyle tahkim ilişkisinin sadece bir kısmında ortaya çıkmadığı açıktır. Zira uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlıkla ilgili belgelerini henüz hakem sözleşmesi kurulmadan, sözleşme görüşmeleri sırasında hakemle paylaşmış olabilecekleri gibi, hakem kararının verilmesinden, yazılmasından ve uyuşmazlığın taraflarına teslim edilmesinden sonra dahi hakemler hala kimi belgeleri geri vermemiş olabilirler. Bu nedenle hakemlerin kendilerine tevdi edilen belgeleri koruma yükümlülüklerinin tüm tahkim ilişkisi boyunca var

⁷¹² Singapur hukukunda, hakemlerin, tahkime ilişkin belgelerin zararına neden olmaları ayrıca özel bir cezai sorumluluk nedeni olarak öngörülmektedir. Bkz. Lau, nr. 10.276.

⁷¹³ Korucu, s. 73.

olduğunun kabulü gerekir. Bu noktada ise söz konusu yükümlülüğü tahkim ilişkisinin farklı aşamalarında, farklı hukukî temellere dayandığını belirtmek gerekmektedir. Nitekim sözleşme görüşmeleri esnasında uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında akdedilmiş bir sözleşme olmamakla birlikte, bir güven ilişkisi ortaya çıkmış olacaktır. Bu esnada ortaya çıkabilecek bir zarardan dolayı, talep edilebilecek zararın tazmini talebinin kaynağı da bu güven ilişkisi olacaktır. Buna mukabil, tahkim yargılaması esnasında hakemlerde bulunan bir belgenin zayi halinde ortaya çıkacak zararının tazmini talebinin kaynağı ise, uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında bulunan hakem sözleşmesi ve hakemlerin hakem sözleşmesinden doğan özen yükümlülüğü olacaktır.

Hakemlerin hakem sözleşmesinden kaynaklanan koruma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi açısından, belgelerin geri verilmesi başlığı altındaki açıklamalarımızın, belgelerin korunması açısından da geçerli olabileceği söylenebilir. Zira hakemlerin koruma yükümlülüğünün fiziken basılmış bulunan evrak kadar belge kavramı içinde bulunan diğer bilgi taşıyıcılarını da kapsadığının kabulü gerekir. Hakemler kendilerine tevdi edilmiş bulunulan fiziki belgeleri ve varsa elektronik belgelerin bulunduğu cihazları dış koşullardan, elektronik ortamda bulunan belgeleri ise sanal ortamdaki tehditlerden korumalıdır.

Tahkim ilişkisinin başlamasından sona ermesine kadar hakemler, kendilerine tevdi edilen belgelere gelebilecek zarardan sorumlu olmalıdırlar⁷¹⁴. Burada sözü edilen, sorumluluk sözleşmeye dayanan ve kişisel bir sorumluluk olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla hakemlerden yalnızca birinin kusuru neticesinde bir

⁷¹⁴ Umar, HMK, s. 1212; Görgün, s. 487.

zarar meydana geldiyse, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunmayan diğer hakemlerin hukukî sorumluluğu söz konusu olmamalıdır.

Dördüncü Bölüm

Hakemlerin Hukukî Sorumluluğunun Esası

§ 6 Hakemlerin Hukukî Sorumluluğunun Kapsamı

Yargı faaliyetinden dolayı ortaya çıkabilecek zararlardan kimin, hangi oranda sorumlu tutulabileceğinin ve bu sorumluluğun hukukî temelini tarih boyunca tartışma konusu olduğu söylenebilir. Devlet adına ve devletin gücünü kullanarak karar veren hâkimlerin vereceği kararlardan dolayı ortaya çıkan zararlardan kimin sorumlu tutulması gerektiği kadar devletin gücünü kullanmayan hakemlerin de hangi kapsamda sorumlu tutulması gerektiği bu çerçevede değerlendirilmiştir.

Türk hukukunda devletin bir hizmeti olan yargı faaliyeti neticesinde ortaya çıkan zarardan, kararı veren hâkimin şahsı yerine devletin sorumlu olduğu düzenlenmektedir (HMK m. 46). Kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkan zararların tazmininde ilk derecede devletin sorumlu olması kuralı (Anayasa m. 125) ile birlikte düşünüldüğü takdirde, hâkimlerin hukukî sorumluluğu açısından da devletin ilk derecede sorumlu olması kuralı uyum içerisindedir. Oysaki benzer bir düzenleme tahkim açısından söz konusu değildir. Tahkim, devlet tarafından izin verilmiş ve tanınmış bir kurum olsa da, hakemler devlete bağlı ve devletin gücünü kullanan kimseler değildir. Devletin tahkim faaliyetinin dışında olması sebebiyle de, ortaya çıkabilecek zarardan sorumluluğu söz konusu değildir. Bu nedenle tahkimden doğan zararın nasıl tazmin edilebileceği sorusunun cevabı, hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin niteliğinde yatmaktadır.

Bu bölümde ilk olarak hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin temelini teşkil eden hakem sözleşmesinin, nasıl ihlal edilebileceği ve ihlali halinde ortaya çıkan zararın nasıl tazmin edilebileceği incelenecektir. Sonraki başlık altında, yargısal bir karar veren makamın, bu karardan dolayı ortaya çıkacak zarardan doğabilecek sorumluluğunu sınırlandırmayı amaçlayan yargısal bağımsızlık kavramı üzerinde durulacak ve hakemlerin verecekleri kararlardan dolayı bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılacaktır. Sonraki kısımda ise hakem kararlarına karşı açılacak iptal davası ile hakemlere karşı açılacak sorumluluk davası karşılaştırılacaktır. Son olarak da hakemlerin hukukî sorumluluğuna nasıl başvurulabileceği incelenecektir.

I. Hakemlerin Hukukî Sorumluluğunun Temeli

Hakemler ile uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin, devlet yargısına başvuran kişiler ile mahkeme arasındaki ilişkiden farklı olduğunu belirtmiştik. Nitekim tahkimde taraflar arasındaki ilişki, karşılıklı iradelerle kurulan bir sözleşmeye dayanırken, devlet yargısına başvuran kişiler ile mahkeme arasında bu nitelikte bir bağ bulunmamaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak tahkim ilişkisi eşit durumda oldukları faraziyesine⁷¹⁵ tâbi kişiler arasında oluşmaktayken⁷¹⁶, devlet yargısı açısından bu nitelikte bir eşitlik bulunmamaktadır.

⁷¹⁵ Umar, haklı olarak, gerçek durumda eşit olmayan, örneğin bir genel işlem şartı vasıtasıyla tahkim faaliyetine dahil olmuş kişi ile genel işlem şartını ileri süren kişi arasında ortaya çıkacak, bir uyuşmazlıkta, tarafların eşit hak ve yetkiye sahip olamayacağını belirtmektedir. Bkz. Umar, HMK, s. 1217.

⁷¹⁶ Tahkim ilişkisinde uyuşmazlığın taraflarının durumu bir Yargıtay kararın şu şekilde ifade edilmektedir: “Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim

Tarafların nitelikleri arasındaki bu farklılığın, uyuşmazlık çözümü nedeniyle ortaya çıkacak zararın tazmini açısından da ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Zira devlet yargısına başvuran kişilerin, uyuşmazlık çözümü neticesinde bir zarara uğramaları halinde muhatapları, kararı veren hâkim değil, devlettir. Hâkim de karar verme yetkisini, uyuşmazlığın taraflarının iradesinden değil, doğrudan doğruya Anayasa'dan almaktadır. Bu nedenle de hâkimin karar verebilmek için tarafların iznine yahut icazetine ihtiyacı bulunmamaktadır. Oysaki tahkimde muhatap, kararı veren hakemin kendisidir, çünkü hakemi bu yetkisini uyuşmazlığın taraflarından almaktadır. Tahkim sözleşmesi nedeniyle uyuşmazlığın tarafları, çünkü bir veya birden fazla kişi tarafından verilecek kararın, devlet mahkemesi kararı gibi sonuç doğuracağını kabul etmekte, hakem sözleşmesi ile birlikte de üçüncü kişiye, bu nitelikte bir karar verme yetkisi bahşedilmektedir. Dolayısıyla hakemin tüm kudreti, hukuk düzeninin buna izin vermesi şartıyla, uyuşmazlığın taraflarından kaynaklanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, devlet, tahkim ilişkisine dahil değildir, dolayısıyla da devletin herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Tahkim ilişkisinin tarafları arasındaki ilişkinin temelini sözleşmeye dayanması ise hukukî sorumluluğun, hakem sözleşmesinin ihlali halinde ortaya çıkması sonucunu doğurur. Dolayısıyla hakemlerin hukukî sorumluluğunun sınırını,

sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yaridan fazlasını veya tamamının seçme imkânının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. İşçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukuken bağımlı olduğu tartışmasızdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları ile iş görür. Denetim altındadır. İrade serbestliği yoktur. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu gereğince batıl olacaktır. Ayrıca Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği iş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında düzenlenen tahkim sözleşmesi geçersizdir.” Yarg. 22. HD E. 2016/27462, K. 2016/21049, T. 26.09.1989 (emsal.yargitay.gov.tr, ET: 06.05.2017). Benzer doğrultuda bkz. Yarg. 9. HD E. 2016/23808, K. 2016/21742, T. 08.12.2016, Yarg. 22. HD E. 2016/6529, K. 2016/11095, T. 18.4.2016 (emsal.yargitay.gov.tr, ET: 06.05.2017).

hakem sözleşmesi ve hakem sözleşmesinden doğan yükümlülükleri belirleyecektir⁷¹⁷.

II. Hakemlerin Hukukî Sorumluluğunun Kapsamı

Hakemlerin hukukî sorumluluğunun kapsamını hakem sözleşmesi olarak belirledikten sonra sözleşmeden doğan yükümlülükler bakımından bir sınırlama yapılabilir. Bu açıdan ilk olarak hakemlerin, uyuşmazlığın tarafları ile yapmış oldukları hakem sözleşmesinden doğan yükümlülükleri dikkate alınmalıdır. Hakem sözleşmesinin ifasından dolayı ortaya çıkan zararın, hakemlerden tazmin edilebilmesi için, sözleşmeye aykırılığın söz konusu olması gerekir. Bu nedenle sorumluluğun kapsamı, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin niteliği ile yakından ilgili olacaktır.

Sözleşmenin geç yahut kötü ifa edilmesi gibi sebeplerle ortaya çıkan zararların tazminini genel hükümlere göre talep edilebilecektir. Örneğin, hakemlerin yargılama sırasında, uyuşmazlığın taraflarının haklarını ihlal etmeleri bunun neticesinde bir karar vermeleri halinde, hakem sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemiş olması sonucu doğacaktır.

Söz konusu ilişkinin temelini teşkil eden hakem sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu nedenle, edimlerden birinin ifa edilmemesi halinde, tarafların, karşılıklı edimleri açısından⁷¹⁸ ödemezlik defini (TBM m. 97) ileri sürebilecekleri kabul edilmelidir. Örneğin, hakem sözleşmesine göre ücrete hak kazanan hakemin, ücreti ödenmediği için, hakem kararını tevdiinden kaçınması hali

⁷¹⁷ Münchener Kommentar, Zivilprozess, §1034 Rn. 28; Stein/Jonas, § 1025 Rn. 16.

⁷¹⁸ Oğuzman/Öz, s. 345.

ödemezlik defi kapsamında değerlendirilebilir. Buna mukabil, hakemin ücretinin ödenmemesi sebebiyle, bir yan yükümlülük olarak nitelendirdiğimiz sır saklama yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmemesi, ödemezlik defi kapsamında nitelendirilemez.

Hakem sözleşmesinin ifasından doğan zararlardan, hakemlerin sorumlu tutulabilmesi için, borçlar hukukunun yalnızca genel hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Nitekim HMK'nın 419'uncu maddesinde, kanunkoyucu, hakemlerin sorumluluğu açısından özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Söz konusu bu düzenlemenin, hakemlerin hukukî sorumluluğunu belirlerken dikkate alınması gerekmektedir. Bu itibarla, hakemlerin hukukî sorumluluğu kapsamında, anılan maddenin etkisi aşağıda incelenecektir.

§ 7 Hakemlerin Hukukî Sorumluluğunun Sınırları

I. Hakemlerin Hukukî Bağışıklığının Ortaya Çıkışı

Hakemlerin vermiş oldukları kararlardan ötürü sorumlu tutulmamaları fikri esas itibariyle evvela Birleşik Krallık'ta savunulmuş, daha sonraları ise Amerika Birleşik Devletlerinde verilmiş bulunan pek çok yargı kararında söz konusu olmuştur. Pek çok kararda görülebileceği üzere, hakemlerin vermiş oldukları yargısal kararların sonucunda meydana gelen zararlardan sorumlu olmamaları gerektiği savunulmaktadır. Buradaki tartışma konusu, hâkimlerin bu anlamda sahip olduğu yargısal bağışıklığın hakemler açısından da uygulanması gerekip gerekmediğidir⁷¹⁹.

⁷¹⁹ Yeşilirmak, s. 99.

Hakemlerin vermiş oldukları kararlardan sorumlu olmamaları yalnızca, hukukî sorumluluk açısından öngörölmüş bulunan bir sorumsuzluk hali olup görevleri dolayısıyla ortaya çıkabilecek cezai sorumluluklarını kapsamamaktadır⁷²⁰. Bilakis hakemlerin ceza hukuku bakımından kamu görelisi sayılmaları, cezai sorumluluğun kapsamını genişletmektedir.

Hakemlerin hukukî sorumluluktan bağışıklığı, esas itibariyle, Anglo-Sakson hukuk sisteminin hakemlerin, hâkimler ile kıyaslanmaları neticesinde ortaya çıkmıştır. Hâkimlerin görevlerini yerine getirirken meydana gelebilecek zararlardan dolayı sorumsuz olmaları fikri, Kara Avrupası hukuk sistemine nazaran, hâkimlerle mukayese edilebilir bir statü tanınmış bulunan hakemler açısından da uygulama alanı bulmuştur. Bunun temelinde ise Anglo-Sakson hukuk sisteminde hakem ile uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin sözleşmesel bir ilişki olarak görülmemesi yatmaktadır⁷²¹. Anglo-Sakson doktrini ve dahi yargı kararları bu ilişkiyi açıklamaya çalışırken, Kara Avrupası doktrinin aksine yapılan faaliyetin yargısal niteliğini öne çıkarmışlar, bunun neticesinde de hakemin hem görevinin ne olduğunu, hem bu görevi nasıl yerine getirmesi gerektiğini, hem de netice itibariyle sorumluluğunu tayin ederken, devlet yargısında görev yapan hâkimleri esas almışlardır. Bunun neticesinde ise Anglo-Sakson hukukunda hakemlerin hukukî sorumluluğunun çok sınırlı bir alanda değerlendirildiği söylenebilir.

Hakemlerin hukukî bağışıklığın sınırlarının tayininde, hâkimlerin hukukî bağışıklığının taşıdığı önem dolayısıyla bu başlık altında öncelikle bilhassa hâkimler

⁷²⁰ Hakemlerin cezai sorumluluğuna ilişkin olarak bkz. Okuyucu Ergün, s. 135 vd.

⁷²¹ Bkz. yuk. § 1.

açısından öngörülen bağışıklığın unsurları ele alınacak, bunların hakemler açısından da ne şekilde uygulanabileceği daha sonra tartışılacaktır.

A. Hakemlere Hukukî Bağışıklık Tanınmasının Amacı

aa) Tarafsız Karar Verilmesinin Sağlanması

Hakemlerin yürüttüğü tahkim faaliyeti açısından tarafsızlık özel bir öneme sahiptir ve teminat altına alınmıştır. Hakemlerin tarafsızlığının genellikle bir tarafa olan yakınlığı yahut sağlanan bir menfaat nedeniyle bozulabileceği düşünülse de, hakemlerin, uyuşmazlığın taraflarına karşı olan tarafsızlığı farklı ihtimaller dahilinde de bozulabilir.

Hakkında aleyhine karar verilen taraf, karara veren hakemlere karşı bir sorumluluk davası açacağına dair olan bir endişe, bu kapsamda değerlendirilebilir. Şu halde tarafların hakemlere karşı sorumluluk davası açmasının önüne geçmek, veyahut en azından hakemlere karşı açılacak sorumluluk davalarının sebeplerini sınırlandırmak bu amaca hizmet edecektir.

bb) Hakem Kararına Karşı Başvurulacak Bir Yol Olmasının Önüne Geçilmesi

Tahkim sözleşmesinin bir amacı da, uyuşmazlığın taraflarının aralarındaki uyuşmazlığı olabildiğince çabuk bir şekilde çözüme kavuşturmaktadır. Bu nedenledir ki tahkim sürecinde hem Türk hukukunda hem yabancı hukuklarda hakem kararına karşı başvuru yolları sınırlandırılmış, bu başvuru yollarına başvurulması halinde kısa süre içinde karar alınmasına yönelik kimi önlemler alınmıştır. Sınırlı olarak

düzenlenmiş bu başvuru yolları, uyuşmazlığın taraflarının verilecek karar ile tatmin olmalarını engelleyebileceği gibi, kimi hak kayıplarına da yol açabilir. Çünkü hakemlerin verecekleri kararların pek çoğu, uyuşmazlığın taraflarından en az birini tatmin etmeyecektir. Bu durumda, tatmin olmayan taraf, haksızlığın devam ettiğini düşünebilir ve bu haksızlığın giderilmesini isteyebilir. Fakat maddi hukuka uygun olmayacak şekilde karar verilmiş olması iptal davası açmak için bir sebep olmadığı için⁷²², o taraf ancak hakemin hukukî sorumluluğuna başvurmayı düşünebilir. Bu durumda hakemin hukukî sorumluluğu sözleşmenin ifası dolayısıyla ortaya çıkan zararların tazminini amaçlayan bir kurum olmaktan çıkar ve adeta hakem kararlarına karşı başvurulabilecek bir kanun yolu niteliği kazanabilir. Bu husus ise ne sorumluluk davasının ne de tahkim yargılamasının amacıyla bağdaşır. Çünkü bu durum yeni bir uyuşmazlığın ortaya çıktığı anlamına gelir. Oysaki tahkim müessesenin amacı, yeni uyuşmazlık ortaya çıkarmak değil, aksine var olan bir uyuşmazlığı çözmektir. Bu nedenle uyuşmazlığın taraflarınca hakemlere karşı açılacak sorumluluk davalarının sınırlandırılması gerekmektedir.

Verilmiş olan hakem kararıyla ortaya çıkmış olan hak ihlallerine karşı ise aynı husus söz konusu değildir. Nitekim tahkimin amacı, uyuşmazlığın taraflarının haklarını ihlal etmek pahasına bir çözüm bulmak değil, uyuşmazlığın taraflarının haklarını da gözeterek çözüme ulaşmaktır. Bu noktada kanun koyucu zaten, çok ağır usûli ihlallerin varlığı halinde tahkim neticesinde verilen hükümlere karşı yargılamanın yenilenmesi yolunu öngörmüştür. Bunun haricinde ise, hakem kararlarına karşı başvurulabilecek olağan bir kanun yolu olarak tanımlanabilecek

⁷²² Bkz. yuk. § 2-I.

iptal davasının ise, maddî hukuktan kaynaklanmayan hak ihlallerine karşı öngörölmüş bir güvence olduğu söylenebilir.

B. Hâkimlerin Hukukî Bağışıklığı ile İlişkisi

Hâkimler açısından uygulanan hukukî bağışıklığın kapsamının sınırları, esas olarak, yargısal kararlardan kaynaklanacak zararlar olarak tespit edilebilir.

Dolayısıyla hâkimler açısından, yargısal nitelikten yoksun bir karardan ötürü meydana gelebilecek zararın tazmini açısından hukukî bağışıklığının olduğunu söylemek mümkün değildir. Ülkemiz hukuku açısından bu hususa ilişkin olarak, artık yürürlükte bulunmayan Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 93A maddesi⁷²³ örnek olarak gösterilebilir. Nitekim anılan maddeye göre, hâkimlere karşı yalnızca verdikleri kararlardan doğan zararlardan dolayı değil, bilakis özel hukuktan kaynaklanabilecek hiçbir tazminat davasının açılması mümkün değildi. Söz konusu bu davaların evvela devlete karşı açılması gerekiyordu. Bu nedenle örneğin bir hâkimin görevi ile hiçbir ilgisi olmayacak şekilde, işlemiş olduğu bir haksız fiil nedeniyle zararının tazmin etmek isteyen kişinin davasını devlete yöneltmesi gerekiyordu. Hukuk devleti açısından, en hafif ifadeyle, kabul edilemez olarak nitelendirilebilecek bu düzenlemenin artık yürürlükte olmaması⁷²⁴ ise önemli bir gelişmedir.

⁷²³ “MADDE 93/A – Hâkim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle:

a) Ancak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.

b) Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmaz.(...)”

⁷²⁴ 6526 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesi ile düzenleme, yürürlükten kaldırılmıştır. (R.G. 6.3.2014, S. 28933/mükerrer).

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi bu hususa ilişkin 1978 yılında vermiş olduğu *Stump vs. Sparkman* kararında, bir kararın hukukî bağışıklıktan yararlanılabilmesi için gerekli olan “yargı kararı” niteliğinde değerlendirilebilmesi için, hâkim tarafından ve hâkimin yargı yetkisi kapsamında verilmiş bir karar olması gerektiğine hükmetmiştir. Aynı kararında mahkeme, hukukî bağışıklığın yalnızca yargı yetkisinin tamamen ortadan kaktığı halde söz konusu olamayacağını da belirtmiştir. Söz konusu karar bilhassa, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nin yargısal karar kavramını ne derece geniş kapsamda değerlendirdiğini göstermesi açısından önem arz etmektedir. Zira anılan kararda talep edilen zarara neden olan mahkeme kararı, zihinsel engelli kızının kısırlaştırılması için mahkemeye başvurulması üzerine verilen bir karardır. Dolayısıyla bu karar medenî usûl hukuku bağlamında teknik anlamda bir hüküm değildir. Nitekim hâkim gereken izni, aynı gün vermiştir. İlgililerin, somut olayda kısırlaştırılması istenen kızın dinlenmemesi, ortada çözülecek bir uyuşmazlık olmaması nedeniyle yüksek mahkemenin bu kararı oldukça eleştirilmiştir.⁷²⁵ Bu karar karşı getirilen eleştirilen toplandığı nokta hâkim yargısal yetkisinin bu kadar geniş ele alınmış olmasıdır. Mahkemenin bu yaklaşımının altında hâkimlerin yargısal görevlerini yerine getirirken sorumluluk korkusunun olmaması gerektiğine olan inanç yatmakla birlikte söz konusu bu sorumsuzluğun bu denli geniş ele alınması tartışmalı bir husustur.

Hakemler açısından uygulanan ve yargısal bir görev yerine getirdikleri için⁷²⁶ hâkimlerin sahip oldukları hukukî bağışıklığın âdil bir şekilde uygulanabilmesi için

⁷²⁵ Nagel, R.: *Judicial Immunity and Sovereignty*, *Hastings Const. L.Q.* Vol.6, s. 239 vd.; Rosenberg, I. M.: *Stump v. Sparkman: The Doctrine of Judicial Impunity*, *Virginia Law Review* vol.64, s. 834 vd.; Nolan, D./Abrams, R.: *The Judicial Immunity*, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 11, s. 230 vd.

⁷²⁶ Yeşilirmak, s. 77.

sınırlarının iyi tespit edilmesi gerekir. Eğer hukukî bağışıklık çok dar bir kapsamda ele alınırsa amacına ulaşmasının önüne geçilecek, buna mukabil çok geniş kapsamda düzenlendiği takdirde de kişiler uğrayabilecekleri hak kayıplarına neden olabilecektir.

C. Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğuna Dair Hükümlerin Hakemler Açısından Kıyasen Uygulanabilirliği

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun kabul ettiği sisteme (HMK m. 46) göre, devlet yargısı kapsamında uyuşmazlık çözen hâkimler verdikleri kararlardan dolayı birinci dereceden sorumlu değillerdir. Kanunda sınırlı olarak belirlenen hallerden birisine dayanarak davanın taraflarından biri, doğrudan devleti hasım göstererek hâkim tarafından verilen karardan dolayı ortaya çıkan zararı tazmin talebiyle bir dava açabilir. Bu husus esasında Anayasa ile kabul edilmiş bulunan kamu görevlileri aleyhine açılacak sorumluluk davalarına dair rejime de paralellik göstermektedir. Nitekim herhangi bir kamu görevlisinin görevinden dolayı bir kişiye verdiği zararı tazmin etmek amacıyla da, yalnızca devlete karşı dava açılabilmektedir. Dolayısıyla bu düzenleme esas itibariyle hâkimlere tanınmış bir ayrıcalıktan değil, hâkimlerin de bir kamu görevlisi olmasından ileri gelmektedir.

Bu açıdan bakıldığı takdirde, zaten hâkimler ile hakemlerin vermiş oldukları kararlardan dolayı ortaya çıkabilecek zararların tazminine dair açılacak davaların benzer sorumluluk rejimine tâbî olmamaları tabii karşılanmalıdır⁷²⁷. Netice itibariyle,

⁷²⁷ Belbez, s. 358.

hâkimler görevlerini yerine getirirlerken kamusal bir faaliyette bulunmakla birlikte kamu gücü kullanırlar. Oysaki bu husus tartışılmış olsa da⁷²⁸, hakemler karar verirken, hâkimlerin sahip olduğu nitelikte kamusal bir güç kullanmazlar. Bu nedenle de hakemler ile uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin, hakemlerin yargı faaliyeti kapsamındaki rolünün, hakemlerin sorumluluğunun kaynağının ve sınırlarının sağlıklı bir şekilde tayin edilmesi gerekmektedir.

Doktrinde, hakemlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin olarak hâkimlerin hukukî sorumluluğuna dair hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmuşsa da⁷²⁹, hakemler ile hâkimlerin görevlerinin ve dolayısıyla sorumluluklarının temeli farklı esaslara dayandığı⁷³⁰ için, hâkimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin esasların hakemler açısından uygulanması hukuken mümkün değildir⁷³¹. Buna ilişkin olarak ortaya çıkan ilk engel, HMK'da tahkime ilişkin olmayan düzenlemelerin niteliğidir. Zira HMK'nın 444'üncü maddesine göre, kanunun tahkime ilişkin olmayan hükümlerinin açıkça yollama yapılmadığı hallerde tahkim yargılamasında uygulanması mümkün değildir.

Hâkimler ile hakemlerin yerine getirdikleri faaliyetin, taraflar arasındaki maddî hukuktan kaynaklanan somut uyuşmazlığın çözülmesinin amaçlanması açısından benzerlik arz ettiği söylenebilir. Bu hususa da yalnızca işlevsel olarak bir

⁷²⁸ Gal, hakemlerin de verdiklerin kararlardan dolayı aslında hâkimler gibi sorumlu tutulması gerektiğini savunanlara karşı, kanun koyucunun bu doğrultuda bir gayesi olsaydı yargı görevlilerinin sorumluluğuna ilişkin hükümleri düzenlerken, hakemlere de bu noktada yer vereceğini; yer vermemesinin unutkanlık yahut düzenlemeye değer bulmamasından ileri geleceğini, kanun koyucunun da hakemleri hâkimlerle bir tutmadığını ve kamu görevlisi olarak görmediğini savunmaktadır. bkz. Gal, s. 34.

⁷²⁹ Göksu, Nr. 1087; Kuru, C. VI, s. 5998; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1071; Taşkın, s. 161; Karataş, s. 152.

⁷³⁰ Strieder, s. 26.

⁷³¹ Kayalı, s. 91.

uyuşmazlığı çözümlenmesini sağlayan bir kimsenin, söz konusu bu faaliyetten doğan sorumluluğu olarak bakıldığı takdirde, hâkimler ile hakemler kıyaslanabilir gibi görünebilir. Bu durumda ise, yani hukukî sorumluluğun sınırlarının, yalnızca işlevsel bir kıstas dikkate alınarak belirlenmesi halinde, arabulucuların, uzlaştırmacıların hattâ mübalağai bir örnek olarak alelade bir uyuşmazlığın taraflarını barıştıran bir kimsenin de bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür. Bununla birlikte hukukî sorumluluğun sınırlarını tayin ederken, bu şekilde yapılacak bir kıyaslamanın sağlıklı olmayacağı aşikârdır⁷³².

Hâkimlerin hukukî sorumluluğuna dair hükümlerin hakemlerin hukukî sorumluluğu açısından da kıyasen uygulanması ihtimali, her şeyden önce kanun koyucunun iradesi ile tam olarak örtüşmemektedir. Zira hâkimlerin hukukî sorumluluğuna dair hükümlerin kapsamında, söz konusu hükümlerin hakemler açısından da uygulanabileceğine dair bir ibare bulunmamaktadır. Ayrıca, hükmün gerekçesinde de hâkim kavramından ne anlaşılması gerektiği şu şekilde açıklanmıştır: *“Hükümde geçen “hâkim” kavramı, genel anlamda kullanılmıştır. Buna, yargı yetkisini kullanan tüm hâkimler dahildir. Örneğin, ilk derece mahkemesi hâkimleri, bölge adliye mahkemesi hâkimleri, Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri, keza ceza mahkemesi hâkimleri de buraya dahildir”*⁷³³.

⁷³² Benzer bir hukukî tartışma Alman doktrininde hakemlerin hukukî sorumluluğunu belirlemek maksadıyla vasiyet tenfiz memurunun sorumluluğuna dair hükümlerin uygulanması gerektiğine dair görüşün ileri sürülmesi üzerine yapılmıştır. Gal, kanun koyucunun, eğer hakemlerin de resmi bir memur gibi sorumlu tutulmalarını öngörmek isteseydi bunu ayrıca ve açıkça düzenleyeceğini düşünmektedir. Bkz. Gal, s. 35. Hiepe de, esasında özel hukuka tâbî bir iş olan vasiyet tenfiz memurluğuna dair özel olarak getirilen cezai düzenlemeye dikkat çekmekte, özel bir düzenleme olmadan hâkimlerin cezai sorumluluğuna dair hükümlerin kıyasen hakemlere uygulanamayacağını belirtmektedir. Bkz. Hiepe, s. 3.

⁷³³ 46’ncı maddenin hükümet gerekçesinden.

Bununla birlikte, tahkime dair düzenlemelerin içerisinde de hakemlerin hukukî sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, kanun koyucu kıyası emretmiş olsaydı bunu açıkça düzenlerdi. Fakat kanun koyucu tam tersi bir irade göstermiş ve 444'üncü madde ile, tahkime ilişkin olmayan hükümlerin, tahkim yargılamasında kıyasen uygulanmasını yasaklamıştır. Bu nedenle de kanun koyucunun hakemleri bilinçli bir şekilde HMK'nın 46'ncı maddesinin kapsamı dışında tuttuğunu söylemek mümkündür.

İlk olarak hâkimler, hakemlerin aksine, devleti teşkil eden üç erkten biri olan yargı erkinin mensubu olup, bu bağlamda görevlerini yerine getirirler. Bu nedenledir ki hâkimler, bağımsız⁷³⁴ olmaları gerekliliğiyle birlikte aynı zamanda kamu görevlisidirler. Kullandıkları yetkiyi Anayasa'nın 9'uncu maddesi hükmüne göre Türk Milleti adına kullanırlar. Nitekim hâkimlerin hukukî sorumluluğu sebebiyle açılacak tazminat davası da kararı veren hâkime karşı değil, bilakis devlete karşı açılacaktır. Oysaki hakemler açısından bu hususların geçerli olduğunun söylenmesi mümkün değildir⁷³⁵.

İkinci olarak hâkimlerin göreve atanmalarının ve bununla birlikte görevden alınmalarının özel usûle tâbî olması hakemlerle hâkimler arasındaki farklara örnek olarak gösterilebilir. Bunun yanısıra, örneğin hâkimler açısından uygulanan tabii hâkim ilkesinin de hakemler açısından uygulanması söz konusu olmayacaktır⁷³⁶.

⁷³⁴ Bu noktada belirtmek gerekir ki hakemler de tahkim faaliyeti sırasında bağımsız hareket etmek zorundadırlar; ancak hakemler açısından söz konusu olan bağımsızlık kavramı Anayasa'da hâkimler açısından düzenlenmiş bulunan bağımsızlıkla aynı değildir. Bkz. Kaplan, s. 44.

⁷³⁵ Taşkın, s. 164; Kayalı, s. 91.

⁷³⁶ Tanrıver, S.: Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı, TBBD S. 104, Ankara 2013, s. 24; Hasırcı, H.: Medeni Usul Hukuku Bağlamında Tabii Hâkim İlkesi, Ankara 2013, s. 131.

Ayrıca özel olarak düzenlenmiş cezai ve idari disiplin sorumluluklarının bulunması da hâkimlerin görevlerinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Fakat hakemler açısından böyle bir durum bilhassa ad-hoc usulü ihtiyari tahkim açısından söz konusu değildir⁷³⁷. Kurumsal tahkim kapsamında hakemlik yapmak isteyen kimselerin kimi niteliklere sahip olmaları, söz konusu kurum tarafından öngörülebilir. Bu nitelikler ise o kurum tarafından belirleneceği gibi, aynı zamanda da hakemin kendisinden ziyade kurumun itibarını korumak içindir. Kurumsal tahkimin aksine, ad-hoc usulü tahkimde bu şekilde hiçbir sınırlandırma bulunmamaktadır⁷³⁸. Kişiler, aralarındaki uyuşmazlığı çözmesi için herhangi bir kişiyi hakem olarak atayabilirler⁷³⁹. Atayacakları kişinin hukuk fakültesi mezunu olması gibi bir zorunluluk olmadığı⁷⁴⁰ gibi, herhangi bir tahsilinin dahi olmasına gerek yoktur, medenî haklarını kullanma (fiil) ehliyetine sahip olması yeterlidir⁷⁴¹. Bu noktada tahkimde uyuşmazlığın tarafını oluşturan kişilerin iradesi önemlidir. Bunun sonucunda da hakemin yerine getirmesi gereken görevin niteliği ile hâkimin yerine getirmesi gereken görevin niteliği her

⁷³⁷ Süral, s. 237.

⁷³⁸ HMK kapsamında hakemin mahkeme tarafından seçileceği durumlarda, bir kişinin hakem olarak seçilebilmesi için öngörülmüş kimi nitelikler söz konusudur; ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken, tahkimde esas olanın hakemin taraflarca seçilmesi olduğu ve HMK'daki söz konusu düzenlemenin bir yedek hukuk kuralı olduğu hususudur. Nitekim söz konusu maddenin gerekçesi de bu doğrultudadır: *“Maddenin birinci fıkrası, tahkimde taraf serbestisi ilkesi gereği kabul edilmiştir. Taraflar yeni hakem seçimi konusunda bir anlaşmaya varamazlar ise bu Kısımda öngörülen yedek hukuk kuralları uygulamaya alını bulacaktır”*. Aynı doğrultuda bkz. Karataş, s. 102.

⁷³⁹ Akıncı, Alternatif, s. 95.

⁷⁴⁰ Başaran, s. 21.

⁷⁴¹ Kuru, C. VI, s. 5998. Karataş, hakemlerin, iptal sebebi sayılacak usul işlemlerine mahal verilmemesi adına asgari ölçüde hukuk bilgisine sahip olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Karataş, s. 103. Çenberci ise hakemlerin, “afaki iyi niyet” kuralları ölçüsünde taraflarca seçilmesi gerektiğini, tarafların aralarında bulunan uyuşmazlığı çözecek vasıflara sahip olmayan kimseleri hakem olarak seçemeyeceklerini savunmaktadır. Bkz. Çenberci, s. 126. Ancak biz bu görüşlere katılma imkânı bulamıyoruz, zira tahkim kurumu uyuşmazlığın taraflarının iradelerinin egemen olduğu, sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olan bir süreci kapsamaktadır. Bu nedenle aralarındaki bir uyuşmazlığın da en iyi kim tarafından çözülebileceğine yine uyuşmazlığın taraflarının karar verebileceğini kabul etmek gerekir. Nitekim HMK, tahkim yoluna başvurulabilecek uyuşmazlıkları da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar ile sınırlamış olmakla birlikte, “kamu düzeni”ne aykırılık da HMK tarafından bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür.

zaman aynı olmayacaktır⁷⁴². Kaldı ki Yargıtay vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararında da, hakemlerin uyuşmazlığın tarafları kararlaştırılmadıysa maddî hukuka uygun karar verme zorunluluklarının olmadığına⁷⁴³, hak ve nesafete göre karar verilebileceğini belirtmiştir⁷⁴⁴. Oysaki hâkimler açısından böyle bir ihtimalin varlığından dahi söz edilemez. Hâkimin hukuk kuralını uygulaması için tarafın iznine yahut önerisine ihtiyaç bulunmamaktadır, zira hâkim hukuku resen (HMK m.33) uygulamak zorundadır. Oysaki *iura novit curia* ilkesinin hakemler açısından uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir⁷⁴⁵. Hâkimler ile hakemlerin hem görevlerinin dayandığı temel esaslar hem de görevlerinin gereklilikleri arasındaki farklılıklar karşısında, hukukî sorumluluğunun sınırlarını tayini amacıyla bu yönde bir kıyaslama yapılmamalıdır.

Kaldı ki, hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin temelinin hakem sözleşmesi olduğunun kabulü halinde, zaten hukukî sorumluluğun sınırlarının belirlemek bakımından bir kanun boşluğu ortaya çıkmayacaktır. Kanun boşluğunun söz konusu olmadığı bir durumda da, bir başka kanun hükmünün kıyasen uygulanması ihtiyacı kalmayacaktır.

⁷⁴² Tahkim uygulamasında hukukçu bir üyeye gerek olmayabileceği ve bu nedenle HMK'nın m. 416/1-d hükmündeki hukukçu üye zorunluluğuna dair eleştiri için bkz. Pekcanitez, Seminer, s. 69; ayrıca bkz. Nomer/Ekşi/Günseli Gelgel, s. 25.

⁷⁴³ Kuru, C. VI, s. 6073 ve 6074; Alangoya, s158 ve 159. Özbay, s. 262; Biçkin, s. 387. Hakemlerin maddî hukuka uygun karar vermemelerinin tazminat sebebi olmayacağına ilişkin olarak bkz. Korucu, s. 73.

⁷⁴⁴ Yargıtay İBGK, E:1993/3, K:1994/1, T. 28.01.1994; Yarg. 15.HD E. 1989/1023 K. 1989/2841 T. 15.6.1989. Aynı doğrultuda bkz. Kuru, C. VI, s. 6075; Hiepe, s. 3. Belirtmek gerekir ki uyuşmazlığın tarafları özel olarak bir maddi hukuk kuralının uygulanmasını istedilerse, hakemler o kuralı uygulamak zorundadır.

⁷⁴⁵ Schlosser, Rn. 834; Wiczorek/Schütze, §1035 Rn. 8;

Bununla birlikte, bir an için hâkimlerin hukukî sorumluluğuna dair hükümlerin hakemler açısından da kıyasen uygulanabileceği kabul edilse bile, hâkimlerin sorumluluğunu gerektirecek haller, hakemler açısından ayrı ayrı incelendiği takdirde, bu yönde bir kıyas yapılmasının da gerekli olmadığı ortaya çıkacaktır. Bu nedenle hâkimlerin hukukî sorumluluğuna dair HMK'nın 46'ncı maddesinde tahdidi bir şekilde düzenlenmiş bulunan sorumluluk sebeplerinin her birinin, hakemler açısından ne şekilde sonuçlar doğurduğunun incelenmesi faydalı olacaktır.

- 1) Kayırma veya Taraf Tutma Yahut Taraflardan Birine Olan Kin ve Düşmanlık Sebebiyle Hukuka Aykırı Bir Hüküm veya Karar Verilmiş Olması

Hâkimin hukukî sorumluluğuna dair düzenlemenin ihtiva ettiği ilk sorumluluk sebebi hâkimin, uyuşmazlığın taraflarından birine duymuş olduğu kin ve düşmanlığın, vermiş olduğu karara etki etmesidir. Burada hâkimin hukuka aykırı karar vermesi yalnızca şahsi duygularından kaynaklanmaktadır, elde ettiği bir menfaat söz konusu değildir. Bu bendin hâkimin taraflara karşı olan tarafsızlığının ağır bir şekilde ihlal edilmesi halinde işlerlik kazanacağı söylenebilir⁷⁴⁶. Bu nedenledir ki tahkim açısından incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Tahkim müessesesi açısından oldukça önem arz eden hakemin tarafsızlığı açısından bir ihlalin ortaya çıkması halinde, bu bendin kıyasen de olsa hakemler açısından uygulanabileceği düşünülse dahi, tarafsızlığın zaten hakem sözleşmesi

⁷⁴⁶ Karademir, Dilek, Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukukî Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.119, s. 262.

kapsamında hakemin taraflara karşı yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olduğu açıktır. Bu açıdan bakıldığı takdirde, söz konusu bendin düzenleme alanı kapsamında hakemin hukukî sorumluluğunu doğuracak bir hususun varlığı halinde bu bendin kıyasen uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Bu nedenle, söz konusu bentteki düzenleme olmasaydı dahi, hakemlerin bu durumda sorumlu olacağını söylemek mümkündür. Nitekim hakemlerin, bu bağlamda sorumluluğunun hukukî dayanağı HMK'nın 46'ncı maddesi değil, bilakis hakem sözleşmesinin kendisidir⁷⁴⁷. Nitekim hakemlerin hakem sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerinden biri de tarafsız davranma yükümlülüğüdür⁷⁴⁸. Dolayısıyla bu noktada esas itibariyle hakemler açısından, HMK'nın hâkimlerin tarafsızlığı nedeniyle açılacak tazminat davaları bakımından öngördüğü halden daha geniş bir sorumluluk alanı olduğu söylenebilir.

Tahkim faaliyetini yürütmekte olan hakemlerin, taraf tutma, kayırma yahut kin sebebiyle kasten uyuşmazlığın taraflarından birinin aleyhine karar vermesi hukukî sorumluluğunun yanı sıra, tabii olarak hakemlerin cezai sorumluluğuna da neden olabilecektir. Nitekim, hakemin bilhassa kayırma saiki yahut kin gütmesi sebebiyle uyuşmazlığın taraflarından biri aleyhine karar vermesi, görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçlarına vücut verebilecektir⁷⁴⁹. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, hakemlerin maddî hukuka uygun karar verme zorunluluklarının olmamasıdır⁷⁵⁰. Dolayısıyla bu madde kapsamında hukuka aykırı karar verilmesi için, maddî hukuka aykırı karar verilmiş olmasına gerek yoktur, zarar verme kastının olması yeterli sayılmalıdır. Belirtmek gerekir ki, Alangoya da hakemlerin maddi

⁷⁴⁷ Kayalı, s. 90.

⁷⁴⁸ Bkz. yuk. § 5-II/B/5.

⁷⁴⁹ Bkz. yuk. § 1-III/B.

⁷⁵⁰ Buna ilişkin olarak bkz. Kuru, C. VI, s. 6073 vd.

hukuku uygun karar verme zorunluluğu olmaması halinin hukuka uymama özgürlüğü olmadığını belirtmektedir⁷⁵¹. Bu nedenle hâkimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin bu düzenlemenin doğrudan tahkimde uygulama gerekliliği olmadığını söylemek mümkündür.

2) Sağlanan veya Vaat Edilen Bir Menfaat Sebebiyle Kanuna Aykırı Bir Hüküm veya Karar Verilmiş Olması

HMK’da düzenlenmiş bulunan hâkimlerin hukukî sorumluluğuna dair sebeplerin ikincisi hâkimin bir menfaat karşılığında “kanuna aykırı” bir karar vermesi halini düzenlemektedir. Burada ilk olarak önceki bentten farklı olarak kanun koyucunun hâkimin “hukuka” yerine “kanuna” ifadesini kullanmış olmasının nedeni ve sonucu incelenmelidir. Hükümün gerekçesi incelendiğinde, bu şekilde bir terim değişikliğine neden gidildiğine dair bir açıklama bulunmamaktadır. Yılmaz, burada hâkimin yalnızca kanuna değil hukuka aykırı karar vermesi halinde de sorumlu olması gerektiğini, yani iki bent arasındaki terim farkının pratikte bir farklılık yaratmaması gerektiğini savunmaktadır⁷⁵². İki benden düzenleme alanları dikkate alındığı takdirde kanun koyucunun aslında sadece sorumluluk sebeplerinde bir farklılık öngördüğü, vermiş olduğu hüküm veya kararın hangi kapsamda aykırılık teşkil etmesi bakımından bir ayırım yapmadığı sonucuna varılabilir. Bu nedenle iki bentte de daha geniş bir kavram olan “hukuk”un kullanılmasının daha uygun olacağı söylenebilir.

⁷⁵¹ Alangoya, s. 171.

⁷⁵² Yılmaz, s. 478; Aynı doğrultuda Karademir, s. 264.

Söz konusu bent incelendiğinde, aynı ilk bentte olduğu gibi hâkimin tarafsızlığının, bu sefer kin veya düşmanlık neticesinde değil, ama menfaat karşılığında zarar görmesi halindeki sorumluluğunun düzenlendiği görülecektir. Tarafsızlığın, kişisel kin veya nefrete kıyasla menfaat uğruna zarar görmesinin daha ağır bir hal olduğu açıktır. Bu nedenle, bir önceki bentte, hakem sözleşmesinin ilgili kuralın düzenleme alanını kapsadığına dair açıklamalarımız bu bent açısından da evleviyetle geçerli olmalıdır. Bir sözleşmenin bir tarafının, elde edeceği yahut ettiği bir menfaat uğruna sözleşmenin diğer tarafını teşkil eden ve fakat aralarında menfaat çatışması bulunan iki kişiden birinin aleyhine eylemlerde bulunması, zaten sözleşmenin ihlal edilmesi anlamına gelecektir. Bu nedenledir ki bu bendin de düzenleme alanı bakımından hakemlerin hukukî sorumluluğunu tayin etmek maksadıyla kıyasen uygulanmasına gerek bulunmamaktadır.

3) Farklı Bir Anlam Yüklenemeyecek Kadar Açık ve Kesin Bir Kanun Hükmüne Aykırı Karar veya Hüküm Verilmiş Olması

Hâkimlerden farklı olarak hakemlerin maddî hukuka uygun karar verme zorunluluklarının olmadığı kabul edildiğini söylemiştik. Tahkim hukukî niteliği ve tahkim faaliyetinde taraf iradelerinin ön planda olmasından⁷⁵³ kaynaklanan bu farkın bir sonucu da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bu noktada Yargıtay'ın tahkimde, hakemlerin maddi hukuka aykırı karar vermeleri halinin bir temyiz sebebi olup olmamasına ilişkin vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararına değinmek istiyoruz. HUMK döneminde verilen söz konusu karara göre eğer uyuşmazlığın tarafları bir maddi hukuk kuralının uygulanması konusunda anlaşmışlar ve

⁷⁵³ Lörcher/Lörcher, Rn. 13.

hakemlerde anlaşılması bulunan maddi hukuk kuralına aykırı karar vermişlerse bu bir bozma sebebi teşkil edecektir⁷⁵⁴. Bu konuda ilk olarak belirtmek gerekir ki, HUMK döneminde hakem kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabilmekteydi ve temyiz sebepleri sınırlı olarak sayılmıştı⁷⁵⁵. Fakat Yargıtay, anılan içtihadı birleştirme kararı ile birlikte sınırlı sayılan bu hallere yeni temyiz sebebi de eklemiştir⁷⁵⁶. Kanunun, tahkim açısından temyizi özel bir kanun yolu olarak düzenlemiş olması dolayısıyla, temyiz sebeplerinin sınırlı olduğunu ve bu şekilde genişletilememesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, tarafların anlaşmış oldukları bir maddi hukuk kuralına uygun karar vermemiş olmanın bir temyiz sebebi olarak kabul edilmesi halinde, bu durum, Yargıtay'ın hakem kararlarını esas yönünden denetlemesine sebep olur. Oysaki hakem kararına karşı başvurulacak temyiz yolunun kapsamı devlet mahkemelerince verilmiş bulunan kararlara karşı başvurulacak temyiz yolundan daha dardır⁷⁵⁷. Bu ise

⁷⁵⁴ “Hakemler, görev ve yetkilerini tarafların yapmış olduğu hakem sözleşmesi veya şartından alırlar. Demek ki hakemler, hakem sözleşme veya şartına uymak zorundadırlar. Hakemlerin, hakem sözleşmesi veya şartının dışına çıkmaları veya bu sözleşme veya şartı eksik yahut yanlış uygulamaları durumunda, hakemlerin görev ve yetkilerini aştıkları veya eksik yahut yanlış kullandıkları sonucuna varılır. Hatta bazı hallerde de, bu yanlış uygulama nedeniyle, hakemler bilinçli veya bilinçsiz olarak hakem sözleşmesi ve şartındaki maddi hukuk kurallarına aykırı karar vermiş olabilirler. İşte, hakem sözleşmesi veya şartında öngörülen maddi hukuk kurallarına hakemlerin uyup uymadıkları hususunun denetimini, yani hakem kararının temyizini tarafların istemeleri hali, taraflar için en tabii bir hak olmalıdır. Çünkü, taraflar, hakemlere maddi hukuk kurallarına uygun biçimde karar vermek üzere görev ve yetki vermişlerdir. Maddi hukuk kurallarına göre karar verilmesi hususu sadece mahkemelerin görev ve yetkisi içinde değildir. Bu uygulama için tarafların hakemlere görev ve yetki vermeleri ve hakemlerin de bu görev ve yetkilerini maddi hukuk kuralları çerçevesinde kullanmaları gerekir.” Yargıtay İBGK, E. 1993/3, K. 1994/1, T. 28.01.1994 (kazanci.com, E.T.: 15.09.2016).

⁷⁵⁵ Hakem kararlarının temyiz sebeplerini düzenleyen HUMK'nın 533'üncü maddesi şu şekildeydi:

“HUMK m. 533: Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakzolunur;

1- Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması,

2- Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,

3- Hakemlerin salahiyyetleri dahilinde olmıyan meseleye karar vermeleri.

4- Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri,

Karar son üç sebepten birine binaen temyizen nakzedilirse hakemler ve müddet yeniden intihap ve tayin olunur.”

⁷⁵⁶ Doktrinde Üstündağ, tarafların da yeni bir temyiz sebebi ihdas edebilmelerinin önünde bir engel olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. Üstündağ, Yargılama, s. 974. Kuru ise temyiz sebeplerinin sınırlı olarak sayıldığını ve kararının ancak maddede sayılan sebeplerle bozulabileceğini belirtmiştir. Bkz. Kuru, C. VI, s. 6102. Aynı doğrultuda Özbay, s. 114.

⁷⁵⁷ Özbay, s. 114.

tahkimin mantığına aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu nedenle anılan içtihadı birleştirme kararına katılmıyoruz.

Bununla beraber, içtihadı birleştirme kararının alındığı tarih ile günümüz arasında, milli tahkim açısından HMK, milletlerarası tahkim açısından ise MTK yürürlüğe girmiş ve tahkimdeki kanun yolu sistemi değişmiştir. Yeni sisteme göre hakem kararlarına karşı temyiz yoluna başvurma imkânı bulunmamakla birlikte sadece iptal davası açılabilir. HMK ve MTK’da öngörülen temyiz sebepleri de aynı HUMK’da öngörülmüş bulunan temyiz sebepleri gibi sınırlı sayıdadır⁷⁵⁸. Dolayısıyla hem İBK’da tartışma konusu yapılan sistemin artık yürürlükte bulunmaması hem de aynı konuda daha sonradan kanun düzeyinde bir düzenleme (HMK ve MTK) yapılmış olması sebebiyle, anılan İBK’nın uygulanmasının artık mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle, taraflar anlaşmış olsalar dahi, maddi hukuk kuralına aykırı karar verilmiş olması hakem kararları açısından bir iptal sebebi olmayacaktır.

Hâkimler açısından söz konusu olan bu sorumluluk hali kural olarak hakemler açısından söz konusu olmayacaktır⁷⁵⁹. Dolayısıyla uyuşmazlığın taraflarının, maddî hukuka aykırı karar verilmiş olması gerekçesiyle hakemlerin hukukî sorumluluğuna başvurmaları mümkün olmamakla birlikte bu husus tahkim usulüne aykırı davranılması hali açısından geçerli olmamalıdır. Zira hakemlerin her ne kadar maddî hukuka uygun olarak karar verme zorunluluğu olmasa da usule dair

⁷⁵⁸ “Asıl ve birleşen dava, hakem kararının iptali istemine ilişkin olup, 6100 sayılı HMK.’nın iptal davası başlıklı 439 ncu maddesinde hakem kararlarının hangi hallerde iptal edileceği sınırlı olarak sayılmıştır.” Yarg. 11. HD, E. 2012/17087, K. 2013/749, T. 15.01.2013 (Ateş, s. 1730 ve 1731).

⁷⁵⁹ Umar, HMK, s. 1212.

kurallara riayet etmelidirler. Bu noktada belirtmek gerekir ki, usûl kurallarına aykırılığın, yalnızca esasa etkili olduğu hallerde, hakem kararının iptali için bir sebep olarak öngörülmuş olduğu dikkate alındığı takdirde, usûl kurallarına aykırılığın da, esasa etkili olmaması durumunda bir sorumluluk sebebi olarak nitelendirilmemesi gerektiği söylenebilir.

4) Duruşma Tutanağında Mevcut Olmayan Bir Sebebe Dayanılarak Hüküm Verilmiş Olması

Hakem yargılaması süresince duruşmalar yapılacak ve yapılan bu duruşmalar tutanaklarla kayıt altına alınacaktır⁷⁶⁰. Hakem kararı verildiği zaman taraflar, bu tutanaklardan yararlanarak davanın tümü hakkında bilgi sahibi olabileceklerdir. Dolayısıyla duruşma tutanaklarının, hukukî dinlenilme hakkıyla doğrudan ilgilidir. Nitekim Yargıtay, HUMK döneminde vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararında, tutanak düzenlenmemesinin hakem kararı açısından bir temyiz nedeni olduğunu kabul etmiştir⁷⁶¹. O halde hakemlerin duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanarak karar vermiş olması da, hukukî dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olduğu anlamına gelecektir.

⁷⁶⁰ Tahkim yargılamasında tutanak düzenlemenin bir zorunluk olduğuna dair olarak bkz. TD., 4.11.1965, 3323/3144 (Kuru, C. VI, s. 6049 ve 6050). Ayrıca bkz. Umar, HMK, s. 1226.

⁷⁶¹ “Yargıtay’ımız da zaman zaman vermiş olduğu kararlarda; hakem kurulunca hiçbir usuli işlem yapılmadan karar verilmesini, davalının savunması alınmadan karar tesisini, usul kurallarına uygun hareket edildiğini gösteren bir tutanak düzenlenmemesini, hakem kararlarının Usul Yasasının 530. maddesinde yazılı hususları içermemesini, hakemlerin kendi ücretlerini tayin etmelerini, hakim ve savcıların hakem olarak görev almaları ve karar vermeleri ile tarafların veya vekillerinin kendi işlerinde hakemlik yapmış olmalarını temyiz nedeni olarak kabul etmiş(...)”. Yargıtay İBGK, E:1993/3, K:1994/1, 28.01.1994 (kazanci.com, E.T.: 15.09.2016).

Tahkim yargılamasında hukukî dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olması her şeyden önce hakem kararını iptal sebebi teşkil edecektir. Bunun haricinde de temel bir yargısal hak olan hukukî dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olması halinde, zaten hakemin hukukî sorumluluğu doğacaktır⁷⁶². Fakat bu durumda, hakem sözleşmesi ihlal edilmiş ve gereği gibi ifa edilmemiş olacaktır. Bu nedenle, bu yönde ortaya çıkan zararın tazmini açısından hukukî sorumluluğun kaynağı, anılan madde hükmü değil, hakem sözleşmesi olacaktır.

5) Duruşma Tutanaklarının Değiştirilmiş Yahut Tahrif Edilmiş Olması

Bu bent ile kanun koyucu, dava malzemesinin hükme gerekçe teşkil edecek şekilde tahrif edilmesi halini, bir hukukî sorumluluk sebebi olarak öngörmüştür. Burada dikkat edilmesi gereken husus, buradaki tahrifat veya değişiklik adi bir değişiklik olmayıp, hükme etki edecek nitelikte olması öngörülen bir tahrifat veya değişikliktir.

Bununla birlikte bir önceki bölümde incelendiği üzere, hakemlerin zaten kendilerine tahkim davası sebebiyle tevdi edilen evrakı koruma⁷⁶³ ve karar verilmesiyle birlikte iade yükümlülüğü⁷⁶⁴ bulunmaktadır. Bu nedenle dava malzemesi üzerinde hakemlerin yapacağı herhangi bir tahrifat veya değişiklik meydana getirdiği zarar nispetinde hakemlerin hukukî sorumluluğuna neden olacaktır. Üstelik bu noktada hukukî sorumluluğa neden olacak tahrifat veya

⁷⁶² Bkz. yuk. § 5-II/B/5/b.

⁷⁶³ Bkz. yuk. § 5-II/C/2.

⁷⁶⁴ Bkz. yuk. § 5-II/B/8.

değişikliğin hükme etki etmesine de gerek bulunmamaktadır. Bu yükümlülük hakemlerin, taraflara karşı hakem sözleşmesinden dolayı yerine getirmeleri gereken bir yükümlülüktür. Bu nedenle, bu bent açısından da hakemlerin hukukî sorumluluğunun sınırlarını tayin etmek amacıyla kıyasen uygulanmaya gerek olduğu söylenemez.

6) Hakkın Yerine Getirilmesinden Kaçınılmış Olması

HMK'da son olarak düzenlenen sorumluluk sebebi hâkimin hakkın yerine getirilmesinden kaçınması hali, yani eski deyişiyle hâkimin ihkak-ı haktan istinkâf etmesi halidir. Bu bağlamda sorumluluğun söz konusu olabilmesi için hâkimin bir sebep olmaksızın karar vermektan kaçınması yahut sürüncemede bırakması gerekmektedir⁷⁶⁵. Bu açıdan bakıldığı takdirde, yine HMK'nın 419'uncu maddesi kapsamında hakemin haklı bir sebebi olmaksızın görevin gereğini yerine getirmektan kaçınması hali zaten hakemlerin hukukî sorumluluğunu gerektirecek bir durumdur. İleriki bölümde inceleneceği üzere, hakemin hakem sözleşmesinden kaynaklanan edimlerinde birini de yapmış olduğu yargılama faaliyeti neticesinde bir karar vermesi ve vermiş olduğu bu kararın yazılması teşkil etmektedir. Bu nedenle kararın verilmesi açısından da hakemin hukukî sorumluluğunu tayin etmek bakımından ayrıca kıyasen uygulanması gereken bir kanun hükmüne gerek bulunduğunu söylemek makul değildir. Bu nedenledir ki, hâkimlerin hukukî sorumluluğunu gerektirecek hallerin sonuncusu açısından da, bu sebeplerin hakemlerin hukukî sorumluluğunu belirlemek maksadıyla kıyasen uygulanması gerekmeyecektir.

⁷⁶⁵ Aktepe Artık, s. 183.

D. Hukukî Bağışıklığın Sınırları

HMK'nın 419'uncu maddesinin metninden anlaşılmaktadır ki, tahkim ilişkisinin tarafları düzenlemenin aksi yönde bir anlaşma yapabileceklerdir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının taraflarının, hakemlerin hukukî sorumluluğunun kapsamını daraltabilecekleri gibi genişletebileceklerinin de kabulü gerekir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, hakemin hukukî sorumluluğunun tamamen ortadan kaldırarak nitelikte bir anlaşmanın⁷⁶⁶ TBK açısından geçersiz olacağıdır⁷⁶⁷.

Tahkim ilişkisinin temeli, tarafların sahip oldukları sözleşme özgürlüğüdür⁷⁶⁸. Bu nedendir ki, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri haklar açısından tahkim yoluna başvurma imkânları bulunmamaktadır. Tahkimde tarafların sözleşme özgürlüğünün etkisi, hemen hemen her alanda gözükmemektedir. Tahkim ilişkisinin tarafları, tahkim usûlünü, tahkim yerini, hakemlerini özgürce belirleyebilirler. Burada özgürlük elbette ki kanuni sınırlamalara tâbî olsa da, tahkime ilişkin düzenlemelerde kanunun, taraflara bıraktığı özgürlük alanının daha geniş olduğu söylenebilir.

⁷⁶⁶ Örneğin İSTAC Tahkim Kuralları, Madde 40: “Divan ve üyeleri, Sekretarya ve görevlileri ve diğer İstanbul Tahkim Merkezi çalışanları ile Hakemler ve Tek Hakem veya Hakem Kurulu tarafından görevlendirilen kişiler, böyle bir sorumsuzluk anlaşması uygulanacak hukuka aykırı olmadıkça tahkim ile ilgili herhangi bir fiil veya ihmalleri sebebiyle sorumlu tutulamazlar.” TOBB Tahkim Divanı Tüzüğü, Madde 45: “Divan ve Divan üyeleri, TOBB ve TOBB çalışanları, tahkim usulü ile ilgili işlemlerinden dolayı sorumlu değildirler.” İTOTAM Tahkim Kuralları, Madde 46: “Hakemler, divan ve üyeleri, sekreterlik çalışanları tahkim yargılamasındaki eylemleri ya da kusurlarından dolayı -kasten veya ağır ihmalle zarar verme hali hariç- sorumlu tutulamazlar.”

⁷⁶⁷ Yeşilirmak, s. 101. Aynı doğrultuda bkz. Stein/Jonas, §1025 Rn. 16.

⁷⁶⁸ Prütting/Gehrlein, § 1025 Rn. 1; Hesselbarth, s. 42; Dasser, Oberhamer-ZPO Kurzkommentar, s. 1469; Karayalçın, s. 9.

Türk hukuku açısından tahkim ilişkisinin taraflarının sahip olduğu bu özgürlük alanının görülebildiği bir nokta da, hakemlerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerdir. Hem HMK hem de MTK’da hemen hemen aynı şekilde ifade edilmiş bulunan hükme göre, hakemlerin sorumluluğuna ilişkin olarak tarafların, kanunun aksini kararlaştırabilmeleri mümkündür⁷⁶⁹.

Bu noktada ilk olarak tespit edilmesi gereken, kimin kanundaki düzenlemenin aksini kararlaştırabileceği hususudur. Hakemlerin sorumluluğunun temel dayanağı, uyuşmazlığın tarafları ile uyuşmazlığı çözecek hakemler arasında bulunan hakem sözleşmesi olduğuna göre, hakemlerin sorumluluğunun sınırlarına ilişkin bir anlaşma için de uyuşmazlığın taraflarının tek başlarına yapacakları bir anlaşma yeterli görülmemelidir. Bilhassa sorumluluğun ağırlaştırıldığı hallerde ama her hâlükârda bu yönde bir anlaşma, uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında yapılmalıdır.

İkinci olarak ise hakemlerin sorumluluğuna ilişkin yapılacak anlaşmalarda tarafların özgürlük alanının tespit edilmesi gerekir. İlk olarak denilebilir ki, HMK’nın 419’uncu maddesi, taraflara geniş bir özgürlük vermiş. Fakat hakem sözleşmesi TBK hükümlerine tâbî olarak akdedilen bir sözleşme olduğuna göre TBK’nın sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin hükümlerinin de incelenmesi gerekmektedir. Bu noktada ise tarafların hakemlerin sorumluluğuna dair anlaşmalarını ikili bir ayrıma tâbî tutmak gerekmektedir. Zira taraflar, aralarında yapacakları bir anlaşma ile hakemlerin sorumluluğunun, kanunda öngörülen hâle

⁷⁶⁹ Ekşi, s. 168.

kıyasla, daha ağırlaştırabilecekleri gibi, hakemlerin sorumsuzluğuna yönelik de anlaşmış olabilirler.

Sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar, hakemlerin sorumluluğunu kanunda öngörülen halden daha ağır bir hale getirmek konusunda bir anlaşma yapabilirler. Bu noktada tarafların anlaşmalarının tek sınırı dürüstlük kuralı olacaktır, zira gerek HMK'daki gerek MTK'daki düzenlemede kanun koyucu yalnızca, düzenlemenin aksinin kararlaştırılabileceğini belirtmiş, tarafların yapacakları bu anlaşmanın biri lehine yahut aleyhine olup olamayacağına dair bir belirleme yapmamıştır. Dolayısıyla hukukumuz açısından uyuşmazlığın tarafları lehine, örneğin belli bir süre içinde karar verilmemesi halinde, cezai şart öngörülebilir.

Öte yandan taraflar hakemlerin sorumluluğunun kapsamını, kanundaki düzenlemeye nazaran daraltmak isteyebilir ve hattâ tamamen ortadan kaldırmak yönünde anlaşmış olabilirler. Nitekim bilhassa ülkemizde bulunan kurumsal tahkim müesseselerinin, kendi hazırlamış oldukları tahkim kurallarında bu nitelikte hükümlere yer verdikleri görülmektedir⁷⁷⁰. Oysaki TBK, sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak tarafların sözleşme özgürlüğünü kısıtlamıştır. Dolayısıyla hukukî sorumluluğu tamamen ortadan kaldıran sözleşmeler geçersiz olacaktır.

TBK 115'inci maddesine göre tarafların, ağır kusurunu da kapsayacak şekilde sorumluluğu tamamen kaldıracak nitelikteki anlaşmaları batıldır. Bu nedenle hakem sözleşmeleri açısından ağır kusur ve kasıt hallerine ilişkin olarak getirilen sorumsuzluk hükümleri geçerli değildir⁷⁷¹. Çünkü TBK'nın 115'inci maddesinin ilk

⁷⁷⁰ İSTAC tahkim kuralları md. 45; TOBB Tahkim Divanı Tüzüğü, m. 45; İTOTAM, md. 46.

⁷⁷¹ Kocayusufoşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 280; Kılıçoğlu, s. 682; Süral, s. 252.

fikrası, ağır kusura ilişkin olarak baştan yapılmış sorumsuzluk anlaşmalarını hükümsüz kabul etmiş ve ikinci fıkranın aksine bu düzenlemeyi hukukî ilişkinin niteliğinden bağımsız olarak ele almıştır⁷⁷². Nitekim hakemlerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde de aksine bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada hafif kusura ilişkin olarak yapılacak sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olacağı kabulü gerekir. Hakem sözleşmesini bir hizmet sözleşmesi olduğunu kabul etmediğimiz için, hizmet sözleşmeleri açısından sorumsuzluk anlaşmalarını batıl kabul eden TBK m. 115/2 hükmü⁷⁷³ uygulama alanı bulmayacaktır. Buna mukabil, yukarıda belirttiğimiz üzere ağır kusura ilişkin olarak yapılmış olan bir sorumsuzluk anlaşması geçerli olmayacaktır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, tahkim açısından sorumsuzluk kayıtları sadece ülkemize özgü değildir. Bilhassa milletlerarası tahkim kurumlarının kurallarında gerek kurumun gerekse hakemlerin hukukî sorumluluğunu kısıtlayan, bu tür kurallara sık sık yer verilmektedir. Örneğin, Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce*) (ICC) Tahkim Kurallarının 40'inci maddesinde hakemler, hakem mahkemesince atanan kişiler, acil durum hakemleri, tahkim divan ve üyeleri, ICC ve çalışanları, ICC Milli Komiteleri ve Grupları ve onların çalışanları ile temsilcileri, uygulanacak hukuka aykırı olmamak kaydıyla sorumsuz kılınmışlardır. Görüldüğü üzere ICC Tahkim Kuralları, hukuk sistemlerinin sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin sınırlandırıcı hükümler getirebileceğini öngörmüş

⁷⁷² ICC kurallarında bulunan sorumsuzluk hükmünün Türk hukukunda geçerli olmadığına dair olarak bkz. Yeşilirmak, s. 101; Karş. Ekşi, s. 168.

⁷⁷³ Serozan eski Borçlar Kanunu'ndaki "alacaklının borçlunun hizmetinde olması" ifadesinin TBK ile "hizmet sözleşmesinden kaynaklanma" ifadesi ile değiştirilmesini indirgeme olarak tanımlamakta ve işveren lehine kullanılabilme olanağı sağladığı için eleştirmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 280

ve sorumsuzluğun sınırı olarak bunu esas almıştır. Dolayısıyla örneğin türk hukukunun uygulanacağı bir davada, TBK'nın 115'inci maddesi, bu kapsamda sorumsuzluk anlaşmasının uygulama alanını daraltacaktır. Bu düzenleme tarzının öngörülebilir sonuçlar sağlamadığı söylenebilirse de düzenlemenin, zarar verme kastını ve belirli koşullar altında ağır kusuru kapsamadığı ifade edilmektedir⁷⁷⁴.

Benzer şekilde Alman Tahkim Kurumu'nun (*Deutsches Institut für Schiedsgerichtbarkeit e. V.*) (DIS) Tahkim Kurallarının 44.2 maddesi hükmüyle tahkim prosedürünü ile ilgili konularda⁷⁷⁵ hakemlerin, enstitünün kendisinin, görevlilerinin ve çalışanlarının hukukî sorumluluk altında olmayacağı belirtilmiş ama aynı maddenin devamında kasıt ve ağır kusur halleri bu kapsama dahil edilmemiştir. Londra Milletlerarası Tahkim Merkezi (*London Court of International Arbitration*) (LCIA) Kurallarının 31'inci maddesi ile de LCIA, LCIA Tahkim Divanı (başkanı, başkan yardımcısı ve üyeleri), Kurum Sekreteri (*Registirar*) ve yardımcıları ile hakemler ve bilirkişiler, kasten yanlış verilen kararlar ve yapılan işlemler, haricinde hukukî sorumluluktan muaf tutulmuşlardır. Bununla beraber İngiliz Tahkim Kanunu'nun 74'üncü maddesine göre de tahkim kurumları "kötü niyet" in varlığı halinde hukukî sorumluluktan muaf tutulmamaktadırlar. Dolayısıyla LCIA düzenlemesinin İngiliz Tahkim Kanunu ile örtüştüğü kabul edilmektedir⁷⁷⁶.

Bu noktaya kadar vermiş olduğumuz örnekler sınırlı sayıda olmayıp, pek çok tahkim kurumunun kurallarında benzer düzenlemelere rastlanmaktadır. Bütün bu

⁷⁷⁴ Reiner/Aschauer, *Schütze-Institutional Arbitration*, s. 182.

⁷⁷⁵ "Tahkim faaliyeti ile ilgili" kavramı ile kast edilen hususun, karar verme sürecindeki hukukî meseleler olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Theune, *Schütze-Institutional Arbitration*, s. 297.

⁷⁷⁶ Konrad/Hunter, *Schütze-Institutional Arbitration*, s. 498.

düzenlemeler hakkında ayrıca açıklama yapmak, Türk hukukunu esas alan alışmamızın kapsamını aşacaktır. Dolayısıyla, bu aşamada, yukarıda zikredilenler haricindeki düzenlemelerin madde numaraları ile yetinilecektir: Viyana Milletlerarası Tahkim Merkezi Kuralları, m. 8; İsviçre Odalar Tahkim Kurumu Kuralları, m. 45; (Rus) Milletlerarası Ticari Tahkim Divanı (MKAS) Kuralları, m. 47; Singapur Milletlerarası Tahkim Merkezi (SIAC) Tahkim Kuralları, m. 34; Amerikan Tahkim Birliği (AAA) Milletlerarası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (ICDR) Milletlerarası Tahkim Kuralları (IAR), m. 35; Stokholm Ticaret Odası (SCC) Tahkim Merkezi Kuralları, m. 48; Dubai Milletlerarası Tahkim Merkezi (DIAC) Tahkim Kuralları, m. 40.

II. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 419. Maddesinin Hakemlerin Hukukî Sorumluluktan Bağışıklığı Kapsamından Değerlendirilmesi

HMK’da hakemlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin düzenleme 419’unca maddede olup, söz konusu madde hakemlerin hukukî sorumluluğunu şu şekilde düzenlemektedir: “[t]araflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hakem, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür”.

Esas itibariyle anılan düzenleme Avusturya Medenî Usûl Kanunu’nun 594’üncü maddesinin dördüncü fıkrasına⁷⁷⁷ oldukça benzemektedir⁷⁷⁸. Anılan düzenlenmenin amacı, madde gerekçesinde “hakem veya hakem kurulunun sorumluluğu görevi

⁷⁷⁷ “Ein Schiedsrichter, welcher die durch Annahme der Bestellung übernommene Verpflichtung gar nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, haftet den Parteien für allen durch seine schuldhafte Weigerung oder Verzögerung verursachten Schaden”. [Seçilen hakem, yerine getirmesi gereken yükümlülükleri zamanında tam olarak yerine getirmemezse, işi yerine getirmemekte veya gecikmekte kusuru olduğu ölçüde, tarafların bundan doğan zararından sorumludur.] Aynı şekilde önceki öZPO m. 584/2.

⁷⁷⁸ Ekşi, s. 167.

kabul edip, görevi yerine getirmemiş olması hâli ile sınırlandırılmış, böylelikle görevin, sorumluluk davası tehdidi olmaksızın yapılması sağlanmıştır” şeklinde açıklanmıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucu hakemlerin hukukî sorumluluğunu oldukça sınırlandırmayı amaçlamıştır. HMK’nın 419’uncu maddesinin gerekçesinden, kanun koyucunun, hakemin sorumluluk davasının yaratacağı baskı olmadan, görevini yerine getirmesi anlaşılmaktadır. O halde bu düzenlemenin amacının, hakemin hukukî sorumluluğunu, yalnızca düzenlemek değil, ayrıca kapsamını da daraltmak olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, bu madde sayesinde, hakemin hukukî sorumluluğunun ne ölçüde daraldığının, diğer bir ifadeyle HMK’nın 419’uncu maddesinin hakemlerin sorumluluk davasından bağımsızlığını ne ölçüde sağladığı incelenmelidir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, HMK’nın 419’uncu maddesi Türk hukukunda hakemlerin hukukî sorumluluğuna dair getirilmiş bulunulan ilk düzenleme değildir. Anılan maddedeki düzenleme, HMK’dan daha önce yürürlüğe girmiş bulunan MTK’nın 7/E maddesinde de aynı şekilde yer almaktadır. Söz konusu maddelerin metinlerindeki benzerlik gerekçeleri açısından da söz konusudur. Bu nedenle incelememiz medenî yargılama hukuku açısından tahkim ile ilgili olsa da, MTK’da bulunan düzenlemeyi de kapsayacak niteliktedir.

Hem hakemler tarafından yerine getirilecek olan tahkim faaliyetinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi hem de tahkim yoluna başvurmayı düşünen taraflarda güven tesis edilebilmesi için, düzenlemenin sınırlarının ve kapsamının iyi tayin edilmesi gerekmektedir. Bu açıdan evvela düzenlemenin amacı, hakemlerin hukukî

bağışıklığı kapsamında ele alınacak, daha sonra ise düzenlemenin kapsamının sınırlarının ne şekilde görülmesi gerektiği tartışılacaktır.

A. Maddenin Amacı

Türk hukuku açısından nispeten yeni olarak nitelendirilebilecek söz konusu düzenlemenin aynısı ilk olarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/E maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Anılan düzenleme iç tahkim açısından hakemlerin hukukî sorumluluğunu düzenleyen HMK'nın 419'uncu maddesi ile hemen hemen⁷⁷⁹ aynı ifadeye sahip olması nedeniyle söz konusu maddenin, düzenlemenin amacını tespit etmek gerekmektedir. Lafzi olarak neredeyse tamamen aynı olan iki maddenin gerekçeleri incelendiğinde HMK'nın 419'uncu maddesinin daha farklı bir şekilde gerekçelendirildiği dikkati çekmektedir. Zira MTK'nın 7/E hükmünün gerekçesi, hükmün tekrarından ibaret olduğu halde, HMK'nın 419'uncu maddesinin gerekçesinde, hukukî sorumluluğun sınırlandırılmasının hakemlerin sorumluluk davası baskısı olmaksızın karar verebilmesini amaçladığı açıkça ifade edilmektedir⁷⁸⁰. Bu açıdan düzenlemenin amacını tespit edebilmek için MTK yerine HMK'nın gerekçesini dikkate almak faydalı olacaktır.

Doktrinde söz konusu düzenlemenin hakemlerin sorumluluğunu tayin etme bakımından yetersiz kalabileceğine dair görüşler ileri sürülmüştür⁷⁸¹. Süral,

⁷⁷⁹ MTK ile HMK düzenlemeleri arasındaki lafzi anlamdaki tek fark, MTK'da hakemin zararı "ödemekle" yükümlü olacağını ifade etmesine karşın HMK'nın bu hususu "gidermek" terimini kullanmış olmasıdır.

⁷⁸⁰ "Maddede, hakem veya hakem kurulunun sorumluluğu görevi kabul edip, göreviyerine getirmemiş olması hâli ile sınırlandırılmış, böylelikle görevin, sorumluluk davası tehdidi olmaksızın yapılması sağlanmıştır." (Madde gerekçesinden).

⁷⁸¹ Süral, s. 254; Kayalı, s. 94.

düzenlemenin “Hakem, kasıt veya ağır ihmali sebebiyle verdiği zararlar dışında, tahkim yargılamasındaki eylem ve işlemlerinden dolayı sorumlu tutulamaz” şeklinde değiştirilmesinin daha uygun olacağı kanısında olmakla⁷⁸² birlikte, biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira tarafların ağır ihmali ve kastı ortadan kaldıracak şekilde bir sorumsuzluk anlaşması yapmaları zaten mümkün değildir. Bu nedenle, bu hususun kanunda ayrıca düzenlenmesinin gerekli olmadığı kanısındayız. Ayrıca hakemleri, verecekleri kararlardan dolayı tamamen sorumsuz kılmak bir hukuk politikası sorunu olarak görülebilmekle birlikte, Türk hukuku açısından uygulanabilirliği tartışmalıdır.

Alman hukukunda esas olarak kabul edilen hakemlerin yalnızca verdikleri kararlardaki maddî hukuka dair kararlarından dolayı değil, ayrıca tahkim usulüne dair hatalardan dolayı doğacak zararlardan da ancak ağır kusurları halinde sorumlu tutulmalarıdır⁷⁸³. İsviçre hukukunda ise, hakemlerin sorumluluğu, hâkimlerin sorumluluğuna benzer şekilde değerlendirilmekte ve ağır kusuru veya kastı dolayısıyla bir zarara neden olan hakemin, bundan dolayı doğacak zarardan sorumlu olması gerektiği savunulmaktadır⁷⁸⁴.

Doktrinde bir başka görüş ise, hakemlerin sorumluluğuna ilişkin nedenlerin sınırlı bir şekilde belirlenmesi gerektiğini savunmakta ve hakemlerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin aşağıdaki gibi düzenlenmesini önermektedir⁷⁸⁵:

⁷⁸² Süral, s. 254.

⁷⁸³ Glossner/Bredow/Bülow, Rn. 265; Lörcher/Lörcher, Rn. 144. Eleştirisi için bkz. Lachmann, Rn. 918 ve 930.

⁷⁸⁴ Vogt, s. 147.

⁷⁸⁵ Kayalı, s. 94 ve 95.

“Tahkim yargılamasında görev alan bir hakem, ancak aşağıda belirtilen hâllerde, zarara uğrayan taraf ya da taraflara karşı sorumludur. Hakemin sorumlu tutulabilmesi için kastı veya ağır ihmali aranır.

- 1. Haklı bir nedene dayanmaksızın uyuşmazlığı çözme görevini yerine getirmekten kaçınırsa ya da görevini zamanında yerine getirmezse,*
- 2. Bildirim yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle reddi veya verdiği kararın iptali söz konusu olursa,*
- 3. Bağımsızlık veya tarafsızlık yükümlülüğünü ihlâl ederse,*
- 4. Taraflara iddia ve savunmalarına eşit şekilde ileri sürme olanağı tanımazsa.”*

Kayalı'nın önerisine ilişkin ilk olarak getirilebilecek eleştirinin, sorumluluk sebeplerini sınırlı saymanın faydalı olup olmadığına dair oluşan kuşklar olduğu söylenebilir. Tahkim ilişkisi çok taraflı bir ilişki olup, konusu itibariyle de oldukça çeşitli olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle kazuitistik bir şekilde sorumluluk sebeplerini belirlemek tahkimin niteliğine uygun düşmeyecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hakemlerin hukukî sorumluluğunu sınırlamak ile sorumluluk sebeplerini sınırlamak farklı hususlardır.

Bir an için, hakemlerin hukukî sorumluluk sebeplerinin sınırlı bir şekilde sayılabileceği makul kabul edilse bile, bu noktada tahkime ilişkin temel sorumluluk sebebi olarak kabul edilebilecek hususların dâhil edilmesi gerektiği söylenebilir. Örneğin, Kayalı tarafından önerilen sorumluluk sebepleri arasında, uyuşmazlığın

tarafının tahkime başvurmaları bakımından esaslı bir gerekçe teşkil ettiği söylenebilecek, gizlilik ilkesine aykırı davranılması bulunmamaktadır.

Doktrinde ileri sürülmüş bulunan öneriye ilişkin olarak getirilebilecek ikinci eleştiri ise, kanunla sorumluluğa ilişkin bir düzenleme yapmanın ne derece gerekli olduğu ile ilgilidir⁷⁸⁶. Uyuşmazlığın tarafları ile hakem arasındaki ilişkinin temelini teşkil eden hakem sözleşmesi ile, tarafların hak ve yükümlülükleri zaten tespit edilebiliyorken, kanunla bu hak ve yükümlülüklerle ilişkin olarak bir düzenleme yapılmasının gerekli olmadığı ortadadır.

Şöyle ki, hakemler ile uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişki niteliği itibariyle sözleşmesel bir ilişkidir. Bu nedenle söz konusu sözleşme -yani hakem sözleşmesi- taraflar arasındaki ilişkinin esas temelini teşkil etmektedir. Tarafların hak ve yükümlülükleri ile bu yükümlülüklerin ihlali halinde sorumlulukları da yine sözleşmeye göre belirlenecektir. Bu durumda açıktır ki hakem sözleşmesi tarafından çizilen sınır, sorumluluğun da sınır olacaktır.

B. Haklı Bir Neden Kavramı

HMK'nın 419'uncu maddesi kapsamında, hakemin sorumluluğunun doğabilmesi için, hakemin görevini yerine getirmekten kaçınma için haklı bir nedenin bulunmaması gerekmektedir. HMK ve MTK tarafından getirilen bu

⁷⁸⁶ “Çünkü, hukukun genel kurallarının verdiği çözümün, o kuralın kapsamına girebilecek olaylardan birinde geçerli olduğunu (aslında gerek yokken) ifade etmiş bir özel kural; aynı genel kuralın kapsamına giren diğer olaylarda aynı çözümü engellemek istiyorsa bunu açıkça söyler ve söylemelidir; aksi takdirde onun o diğer faraziyeleri anmayışına bakılarak mefhum-u muhalif kanıtı bulduklarını vehmedenler çıkabilir”. Bkz. Umar, HMK, s. 1212.

düzenleme oldukça geniş bir kavram olarak nitelendirilebilirse de, belirliliği sağlamak adına, kavramın sınırları iyi tespit edilmelidir.

Uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasındaki ilişki, sözleşmesel bir ilişki olduğuna göre, ifadan kaçınmak için ileri sürülebilecek haklı nedenler, ilk olarak, her iki tarafın da uyması gereken dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle, hakemin hakem sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden birinin kusuru olmaksızın ve fakat dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil etmeksizin ihlali halinde hukukî sorumluluğu ortaya çıkmamalıdır.

Uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasındaki ilişkinin temeli bir sözleşme olduğuna göre, hakemlerin yüklendiği edimleri yerine getirmekten kaçınması hali de sözleşme hukuku kapsamında ele alınmalıdır. Bir kişinin, sözleşmeye taraf olması sebebiyle yüklendiği edimi yerine getirmekten kaçınmasının, haklı sayılabilmesi, bu hususunun kanun tarafından öngörülmüş olmasına bağlıdır. Örneğin, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin ifada gecikmeye düşmesi ve sonra ifa etme hakkı bulunmadığı hallerde, diğer taraf edimini ifadan kaçınabilir. Ödemezik defî, muaccel olmuş bir edimin, ifa edilmemesi, ifadan kaçınan taraf açısından haklı bir sebep teşkil edecektir⁷⁸⁷. O halde, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan hakem sözleşmesi kapsamında da, hakemin edimi ifadan kaçındığı halin, ödemezik defî kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Örneğin, uyuşmazlığın tarafları, uyuşmazlığa ilişkin belgeleri ibraz yükümlülüğünü yerine

⁷⁸⁷ Tekinay, s. 608; Kılıçoğlu, s. 624.

getirmezlerse, hakemlerin, o belgeleri dikkate alarak karar vermeleri de kendilerinden beklenmemelidir.

Hakemlerin, edimlerini ifa etmekten haklı olarak kaçınma hallerinin tek kaynağı genel hükümler değildir. Tahkime ilişkin düzenlemeler kapsamında da, hakemlerinin, edimlerini ifa etmekten kaçınmalarının düzenlendiği haller mevcuttur. Örneğin, HMK'nın 442'nci maddesinin ikinci fıkrasında da, hakemlerin, yargılama giderleri için avans yatırılmasına karar vermesine rağmen, belirlenen süre içerisinde, avansın ödenmemesi durumunda, hakemlerin yargılamayı devam ettirme yükümlülükleri ortadan kalkmaktadır.

Hakemlerin edimlerini ifa etmekten, haklı bir nedenin varlığı halinde, kaçınmaları sadece bu haklı nedenin devamı süresince mümkün olacaktır. Zira ödemezlik defî borçluyu borcundan kesin olarak kurtaran bir defî değildir⁷⁸⁸. Yani haklı neden ortadan kalktıktan sonra, hakem, derhal edimin ifasına başlamalıdır, aksi takdirde, meydana gelecek zarardan dolayı hukukî sorumluluğu doğacaktır. Örneğin, yargılama giderlerinin karşılanması amacıyla, hakemler, uyuşmazlığın taraflarının avans yatırmasına karar vermiş ve yatırılmaması sebebiyle yargılama durdurulduysa, avansın yatırılmasıyla birlikte, yargılamaya devam edilmelidir.

Dünyada genel olarak kabul görmüş bir ilke olarak, hakemin hafif kusurundan sorumlu olmaması bu kapsamda nitelendirilebilir. TBK'nın 114'üncü maddesine göre işin özel niteliğinden dolayı, borçlunun sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilebilir. O halde hafif kusura ilişkin sorumluluğunun sınırlarının

⁷⁸⁸ Kılıçoğlu, s. 624.

daraldığının kabul etmek mümkün hale gelecektir. Tahkim faaliyeti açısından da, işin özel niteliği gereği, hakemin sorumluluğunun daha hafif olduğu, fakat bu sınırlı sorumluluk halinin ağır ihmal ve kastı kapsamadığını kabul etmek uygun olacaktır.

C. Görevin Yerine Getirilmesi Kavramı

HMK'nın hakemin hukukî sorumluluğuna dair düzenlemesi olan 419'uncu maddesinde hakemlerin, ancak görevin yerine getirmemesi halinde, hukukî sorumluluğunun söz konusu olacağı hükme bağlanmıştır. Anılan düzenlemede hakemin görevinin ne olduğu tanımlanmadığı gibi, görevin hangi halde yerine getirilmemiş sayılması gerektiğine dair bir düzenlemeye de yer verilmemiştir⁷⁸⁹. O halde hakemlerin hukukî sorumluluğunun, kanun tarafından hangi kapsamda düzenlendiğinin belirlenebilmesi için, hem hakemlerin görevinin ne olduğunun hem de hakemlerin bu görevlerini ne zaman yerine getirmiş yahut getirmemiş sayılması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Hakemler ile uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin temeli hakem sözleşmesi olduğuna göre, görev ve yerine getirme kavramlarının da hakem sözleşmesi kapsamında ele alınması gerekmektedir. Hakemin görevinin hakem sözleşmesi bakımından sınırı, hakemin hakem sözleşmesinden doğan yükümlülükleridir. Hakemin bu görevlerinin hangi ölçüde yerine getirdiğinin tespiti ise yükümlülüklerin ifası ile ilgilidir. Bu durumda görev ve yerine getirme kavramları birbirinden bağımsız olarak incelenmelidir. Dolayısıyla HMK'nın

⁷⁸⁹ Benzer şekilde doktrinde maddenin kaleme alınış biçiminden, hakemin görevinin yerine getirmemesinin kim tarafından tespit edileceğinin belirsiz olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. Nomer/Ekşi/Günseli Gelgel, s. 26.

419'uncu maddesinin kapsamının belirlenmesi amacıyla evvela, maddenin görev kavramından neyi kast ettiği, daha sonra da hakemlerin, görevlerini hangi halde yerine getirmiş sayılabileceği incelenecektir.

1) Görev Kavramının Kapsamı

Hakem sözleşmesi ile hakemlerin hangi yükümlülükler altına girmiş olduğunu bir önceki bölümde açıklamıştık⁷⁹⁰. Bu nedenle, hakemlerin hakem sözleşmesine taraf olmakla yerine getirmek zorunda oldukları yükümlülükler, aynı zamanda hakemin görevinin ne olduğu sorusunun da cevabını teşkil etmektedir⁷⁹¹. Bu açıdan hakemlerin, hakem sözleşmesinde doğan yükümlülüklerin ihlal ettikleri ölçüde görevlerini de yerine getirmediğini kabul etmek gerekir.

2) Yerine Getirme Kavramı

Ekşi, bu düzenlemenin “haklı bir sebep olmaksızın usulüne uygun bir şekilde yerine getirmemeleri” şeklinde ifade edilmiş olmasının daha uygun olacağını belirtmekte, bu şekilde bir düzenlemenin “herhangi bir hakemin yargılamaya yeteri derecede katkıda bulunmaması; olağan sayılmayacak şekilde yargılamanın uzamasına sebebiyet vermesi gibi” sebeplerle hakemin sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmektedir⁷⁹². Bu değişiklik önerisini çok yerinde bulmuyoruz. Zira anılan maddenin yorumunda, hakemin yerine getirmesi gereken faaliyetin usulüne uygun olup olmayacağı zaten görev kavramının içinde tanımlanabilir.

⁷⁹⁰ Bkz. yuk. § 5-II.

⁷⁹¹ Gal, s. 256; Leitner, s. 183.

⁷⁹² Ekşi, s. 167.

Tersinden bir ifadeyle eğer hakemin görevinin ne olduğu iyi tanımlanmışsa, yerine getirdiği faaliyetin usulüne uygun olup olmadığı da tespit edilebilecektir.

HMK'nın 419'uncu maddesinin ifadesi incelendiğinde, kanunun "kaçınma" ifadesini kullandığı görülmektedir. Kaçınma, kelime anlamı itibariyle "herhangi bir işi yapmaktan veya özverili davranmaktan geri durmak, imtina etmek" şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁹³. Bu durumda, kaçınmanın sadece kaçınan kişinin iradesiyle yani daha hukukî bir ifadeyle kasti olabileceği düşünülebilir. Bu durumda da maddenin ifadesi karşısında, hakemlerin, ihmallerinden dolayı hukuken sorumlu tutulmamaları gerektiği savunulabilir.

3) Görevin Yerine Getirilmemesi Hali ile Akdın Müspet İhlali Arasındaki İlişki

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalardan yola çıkarak diyebiliriz ki hakemler, hakem sözleşmesinden doğan yükümlülükleri yerine getirmediği zaman sorumlu olabilecekleri gibi, gereği gibi yerine getirmediği zaman da sorumlu olabileceklerdir. Eğer hakemler yükümlülüklerinden birini hiç yerine getirmemişse bu durumda yerine getirilmeyen yükümlülüğün niteliğine bağlı olarak uyuşmazlığın temeli TBK'da düzenlenmiş bulunan, borcun ifa edilmemesi olacaktır. Buna mukabil hakemler yükümlülüğü yerine getirmiş ve fakat gereği gibi getirmemişlerse, uyuşmazlığın temelini, ya ayıplı ifa ya da "kötü ifa" yani akdın müspet ihlali⁷⁹⁴ teşkil edecektir.

⁷⁹³ Bkz. TDK Büyük Türkçe Sözlük.

⁷⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 248.

Özel hükümler içinde bu sözleşmenin niteliğine uygun olan bir ayıp hükmü bulunmamaktadır. Çünkü vekalet sözleşmesi bakımından, kanun koyucu ayıbı düzenlememiş olup, hakem sözleşmesine eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması da uygun olmayacaktır⁷⁹⁵. Bu nedenle hakem sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ifasının akdin müspet ihlali teşkil edecek şekilde, gereği gibi yapılmaması halinde genel hükümlere (TBK m. 112) tazminat talep edilebilecektir.

Eğer hakem, yükümlülüklerini ifa etmiyorsa burada ikili bir ayırım yapmak gerekir. Zira hakem, asli edim yükümlülüğü olan, uyuşmazlığı çözecek nitelikte karar verme yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, artık sözleşmenin ayakta kalması için bir sebep kalmamaktadır. Bu nedenle, bu edim sürekli bir edim olduğu için, hakem sözleşmesinin feshi (TBK m. 126) söz konusu olacaktır. Buna mukabil eğer hakem asli edim yükümlülüğü haricindeki yükümlülüklerini yerine getirmiyorsa bu durumda TBK'nın 113'üncü maddesinin işlerlik kazanacağı söylenebilir⁷⁹⁶. Fakat dikkat etmek gerekir ki, hakem sözleşmesi ayakta kaldığı müddetçe, uyuşmazlığın taraflarının, hakemin asli edim yükümü haricindeki yükümlülükleri başkası tarafından mantıken ifa ettirme imkânı bulunmamaktadır. Şöyle ki, netice kararı verecek olan hakem yerine, örneğin yargılamayla ilgili bilgi verme yükümlülüğünün, uyuşmazlığın taraflarınca seçilecek bir başka kişi tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir. Zaten doktrinde de, ikame olarak edimin bir başkası eliyle ifa edilmesinin, salt kişisel olmayan edimler açısından mümkün olduğu belirtilmektedir⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ Bkz. yuk. §3-I-C-2/a.

⁷⁹⁶ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 223.

⁷⁹⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 223.

Dolayısıyla hakem sözleşmesi ayakta kaldığı müddetçe, asli edim yükümlülüğü dışındaki yükümlülüklerin ihlali halinde, yalnızca TBK'nın 113'üncü maddesince tanınan tazminat hakkının kullanılabilmesi söylenebilir. Bununla birlikte sözleşmenin haklı sebeple feshedilmesi halinde, uyuşmazlığın tarafları her hâlükârda tazminat isteyebileceklerdir.

§ 8 Hakemlerin Hukukî Sorumluluğuna Başvurulması

I. Hakem Kararının İptali Davası ile Hakemlerin Hukukî Sorumluluğu Arasındaki İlişki

HMK, tahkim faaliyeti kapsamında verilen kararların belli koşullar altında devlet mahkemelerince denetlenebilmesini öngörmüş ve bu amaçla da iptal davası yolunu düzenlemiştir. Tahkim niteliğini de dikkate alan kanun koyucu, hakem kararı üzerinde devlet mahkemelerinin sınırsız bir denetim yetkisi olmaması gerektiği düşüncesiyle iptal davası sebeplerini sınırlı olarak⁷⁹⁸ saymıştır. Uyuşmazlığın tarafları, verilmiş olan hakem kararının, yanlış olduğunu ve bu yanlışlığın Kanun'un 439'uncu maddesinde sayılan hallerden birine girdiğini düşünüyorlarsa, iptal davası açmak suretiyle yanlışlığın bertaraf edilmesini sağlayabilme imkânına sahiptirler.

İptal sebepleri incelendiği takdirde esas olarak yargısal yanlışlıkların iptal sebebi olarak düzenlendiği, esasa ilişkin olarak devlet mahkemelerinin inceleme yapma yetkisinin kamu düzenine aykırılıkla sınırlı tutulduğu görülmektedir.

Yargılama faaliyeti kapsamında yapılmış olan yanlışlıklar, aynı zamanda hakemlerin,

⁷⁹⁸ Özbay, Tahkim, s. 786.

hakem sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmiş olduklarını gösterebilir. Dolayısıyla denilebilir ki, hakemlerin yargılamaya ilişkin yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemiş olmaları ve bundan dolayı uyuşmazlığın taraflarından en az birinin zarar görmesi halinde, iptal davası bu zararın giderilmesini sağlayacak bir yol olarak işlev kazanabilir.

Bu yönde bir inceleme yapmak amacıyla ilk olarak iptal davasının niteliği ve hükümlerini incelemek gerekmektedir. Bu nedenle evvela iptal davası incelenecek, daha sonra, hakemin hukukî sorumluluğunun doğduğu bir halde, uyuşmazlığın taraflarının iptal davası yoluna başvurma konusunda bir zorunlulukları mı yoksa seçeneklerimi olduğu sorusuna cevap aranacaktır. Son olarak ise iptal sebeplerinden hangilerinin, hakemlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin hataları ortadan kaldırmaya yönelik olduğu incelenecektir.

A. Hakem Kararının İptali Davasının Niteliği ve Etkisi

İptal davası, uyuşmazlığın taraflarına Kanun tarafından tanınmış bir yol olup, hakem kararının kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmasını sağlamaktadır⁷⁹⁹. Bu yönüyle iptal davası devlet mahkemelerinin hakem kararları üzerindeki yegane denetleme imkânıdır. Ancak bu denetimin kapsamı, konusu itibarıyla sınırlıdır ve esas amacı hakem yargılamasında ortaya çıkan yargısal hataları ortadan kaldırmaktır. Dolayısıyla, devlet mahkemelerinin, hakemlerin maddi hukuka uygun karar verip vermediklerini denetleme yetkisi bulunmamaktadır, bu nedenle de devlet mahkemeleri bakımından Kanun'da düzenlenmiş bulunan olağan kanun yollarından

⁷⁹⁹ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2735; Kalpsüz, Tahkim, s. 102.

farklıdır. Nitekim Türk hukukunda da iptal davası dar ve teknik anlamda kanun yolu olarak nitelendirilmemektedir⁸⁰⁰.

İptal davası, Türk hukukunda, hakem kararına karşı getirilmiş bulunan tek yol olup⁸⁰¹ davanın kabul edilmesi halinde, hakem kararı ortadan kalkmaktadır.

Belirtmek gerekir ki uyuşmazlığın tarafları iptal davasını kanunda sınırlı olarak sayılan hallerin var olması halinde açabilirler⁸⁰². Dolayısıyla bu yol (iptal davası) uyuşmazlığın taraflarına hakem kararının ortadan kaldırılması imkânı vermekle birlikte, hakemin hukuki sorumluluğunu doğuracak her durum, iptal davasının konusunu oluşturmayacaktır.

B. Hakem Kararının İptali Davası ile Zararı Azaltma Külfeti Arasındaki İlişki

Hakem kararının iptali kararı ile birlikte uyuşmazlığın tarafları, iptal sebepler çerçevesinde, yapılmış olan yargısal yanlışlıklardan doğan zararları bertaraf etme imkânı doğmaktadır. Dolayısıyla hakemin yerine getirmedeği bir yükümlülüğünden doğan zarar da iptal davası yoluyla giderilebilmektedir. Peki bu durumda uyuşmazlığın taraflarının, söz konusu zararın giderilmesi için, iptal davasına başvuru zorunluluğu mu vardır yoksa hakemin hukukî sorumluluğuna gidebilme imkânı alternatif olarak varlığını devam mı ettirmektedir?

⁸⁰⁰ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2734; Kalpsüz, Tahkim, s. 100, Tuna, E.: Milletlerarası Tahkimde İptal Davası, Ankara 2016, s. 37

⁸⁰¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 794.

⁸⁰² Yılmaz, Şerh, s. 3686; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2733.

Hukukumuz açısından zararı azaltma külfetinin dayanağı olarak TBK'nın 52'nci maddesinin ilk fıkrası gösterilmektedir⁸⁰³. Anılan düzenlemeye göre “zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya kaldırabilir.” Görüldüğü üzere kanun koyucu, zarar gören kimselere, azaltabilecekleri yahut kaldırabilecekleri zararlara ilişkin olarak bu yönde bir külfet yüklemiştir. Her ne kadar anılan düzenleme haksız fiil sorumluluğu açısından getirilmiş olsa da, TBK'nın 114'üncü maddesinin 2'nci fıkrası gereği, kıyasen sözleşmeden doğan sorumluluk açısından da uygulanması mümkündür⁸⁰⁴.

Bununla beraber, TBK'nın 52'nci maddesi olmasaydı yahut maddenin kıyasen uygulanmamasaydı, bu durumda da zararı azaltma külfetinin temelini, TMK'nın 2'nci maddesinde düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralı teşkil edecekti. Zira dürüstlük kuralı, hukukun her alanında uygulama alanı bulabilecek temel bir ilkedir. Zararın giderilmesine ilişkin olarak tazminat talep edilmesi durumunda açısından da doktrinde denilmektedir ki, zarar gören kişi, tazminat talep ederken alacaklı dürüstlük kuralına uymak zorundadır, yani zararın, dolayısıyla da tazminatın düşmesi yahut en azından artmaması için gereken makul tedbirleri almalıdır⁸⁰⁵. Konuya bu açıdan bakıldığı takdirde görülmektedir ki, iptal davası hakem kararından doğan zararı, her zaman tamamen olmasa da, ortadan kaldıran bir imkândır.

⁸⁰³ Altınok Ormancı, s. 19.

⁸⁰⁴ Altınok Ormancı, s. 19.

⁸⁰⁵ Altınok Ormancı, s. 128 vd.; Kurt, s. 778.

Dolayısıyla Kanun tarafından tanınmış olan bu hak, hakem kararından dolayı zarara uğradığını iddia eden kimse açısından yalnızca bir seçenek değildir.

Hakem kararını iptal eden bir mahkeme kararı, hakem kararının tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmasını sağlayacaktır⁸⁰⁶. Bu durumda, örneğin tahkim yargılaması boyunca hukukî dinlenilme hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek, verilen karar neticesinde zarara uğradığını ileri süren taraf, iptal davası açmak suretiyle zarara uğramasına neden olan bu kararın hukuk dünyasından çıkmasını sağlayabilir⁸⁰⁷. O halde uyuşmazlığın taraflarının, iptal davası açabilecekleri durumlarda, bu yola başvurmayıp, doğrudan hakemin hukukî sorumluluğunu dava konusu yapmaları, zararı azaltma külfetine⁸⁰⁸ aykırılık teşkil edecektir. Zira Kanun, uyuşmazlığın taraflarına zararı ortadan kaldıracakları için zaten bir yol öngörmüştür.

C. Hakem Kararının İptali Davası ile Hakeme Karşı Açılacak Sorumluluk Davasını Hukukî Yarar Bakımından Karşılaştırılması

Hakem kararının iptali davası ile hakeme karşı açılacak olan sorumluluk davasının yarışabileceğini fakat yarışması durumunda, zarara uğradığını ileri süren taraf, iptal davası açmasının, bu zararı ortadan kaldırmak için bir külfet olduğunu bir önceki başlık altında belirtmiştik. Bu nedenle hakem kararı nedeniyle zarara uğrayan

⁸⁰⁶ Neef, s. 102.

⁸⁰⁷ Leitner, s. 50.

⁸⁰⁸ Zararı azaltma külfeti bakımından Avusturya hukukundaki aynı doğrultudaki görüş için bkz. Leitner, s. 50.

tarafın bu anlamda bir seçimlik hakkı bulunduğu söylenemez. Buna ilişkin bir diğer engel ise hukukî yarar açısından söz konusudur.

Bilindiği üzere hukukî yararın varlığından söz edebilmemiz için, mahkemeye başvuran tarafın korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekmektedir⁸⁰⁹. Eğer taraf, mahkeme kararı ile ulaşabileceği sonucu daha kolay bir yolsa elde edebiliyorsa, artık o davayı açmakta hukukî yararı olmayacaktır⁸¹⁰. Fakat, alternatif yollardan birisi, diğerine göre daha geniş bir koruma sağlıyorsa (örneğin kesin hüküm) bu durumda, kişilerin her iki yola başvurmada da hukukî yararı olduğu kabul edilmektedir⁸¹¹. Peki hakem kararının iptali davası ve hakeme karşı açılacak sorumluluk davası açısından bu şekilde bir ilişki olduğu söylenebilir mi?

Hakeme karşı sorumluluk davası açmak isteyen tarafın iddiası, hakemin, hakem sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerinden en az birini ihlal etmek suretiyle, zarara uğradığıdır. Hemen belirtelim ki burada incelenen husus, zarara neden olan hukuka aykırılığın aynı zamanda bir iptal davası sebebi teşkil ettiği hallerdeki durumdur. Dolayısıyla hakemin hukuka aykırı olduğu iddia edilen fiili, iptal davası için bir sebep teşkil etmiyorsa bu nitelikte bir yarışmadan söz edilemeyecektir. Örneğin gizliliğin ihlal edildiğini iddia eden taraf, bundan doğan zararını iptal davası yoluyla giderme imkânına sahip değildir. Bu nedenle tarafın tek çaresi hakeme karşı açacağı sorumluluk davasıdır.

⁸⁰⁹ Kuru, Usul, s. 197; Hanağası, E.: Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 18.

⁸¹⁰ Kuru, Usul, s. 198.

⁸¹¹ Hanağası, s. 270.

Buna mukabil eğer, hakem hukuka aykırı fiili, iptal davası için bir sebep teşkil ediyorsa, zarara uğradığını iddia eden tarafın, ilk bakışta, iki farklı yola başvurma imkânı var olduğu görülmektedir. İlk olarak taraf, iptal davası açmak suretiyle hakem kararının ortadan kaldırılmasını sağlayabilir, diğer taraftan hakeme karşı bir sorumluluk davası açma yoluna başvurabilir. Davaların sonuçlarını karşılaştıracak olursak: Eğer taraf bir iptal davası açar ve kazanırsa, hakem kararı kesin hüküm etkisi de dahil olmak üzere ortadan kalkar⁸¹², uyuşmazlığın tarafları arasındaki hukukî durum, tahkim yargılamasının başındaki hale döner. Oysaki taraf, hakeme karşı bir sorumluluk davası açar ve kazanırsa, bu durum hakem kararının varlığını sürdürmesine engel olmaz. Kaldı ki bu davayı kazanması tek başına zararını ortadan kaldırmaya yetmeyecek, o kararın icra edilmesi, icrası sonucunda da tahsil edilmesi halinde, zarar son bulacaktır. Ayrıca bu sonuca ulaşsa bile hakem kararı geçerliliğini sürdürmeye devam edecektir. Dolayısıyla, iptal davası açmak tarafa, zararı ortadan kaldırmaya yönelik daha kesin ve daha çabuk bir imkân sağlamaktadır. Neticesinde varılan noktada da, iptal davasını kazanan tarafın hukukî durumu, ortada artık bir hakem kararından da bahsedilemeyeceği için, sorumluluk davasını kazanan tarafa kıyasla daha iyidir.

Bu nedenle, hakem kararı dolayısıyla uğramış olduğu zararı tazmin etmek isteyen ve iptal davası açabilecek taraf açısından, bu davayı açmak, maddi hukuktan kaynaklanan bir külfet olmakla birlikte aynı zaman usuli açıdan bir zorunluluktur. Eğer taraf iptal davası yoluna başvurmaksızın, doğrudan hakeme karşı sorumluluk

⁸¹² Neef, s. 102.

davası açarsa, açtığı bu davanın her şeyden önce hukukî yarar yokluğundan reddedilmesi gerekir.

II. Seçilen Tahkim Yöntemine Göre Başvuru Usulleri

A. Ad-Hoc Tahkim Usulünde

Uyuşmazlığın taraflarının, aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmek istedikleri takdirde, uyuşmazlığı çözecek hakemle, uyuşmazlığın tarafları arasında tahkim ilişkisi meydana gelir. Bu ilişkiden doğacak zararların tazmininde de tabii olarak muhatap, sözleşmenin diğer tarafı olacaktır. Bu nedenle hakem sözleşmesinden doğan bir zararın tazmini için açılacak olan dava, doğrudan hakemlere yöneltilmelidir. Eğer hukuka aykırılığın niteliği itibariyle müteselsil sorumluluğa neden olmayacak bir zarar mevcutsa, buna ilişkin dava yalnızca, kusuru olan hakeme yöneltilmelidir.

Ad-Hoc tahkimde hakemlerin hukukî sorumluluğu dolayısıyla açılacak olan dava açısından özel bir görev hükmü bulunmamaktadır. Zira hakem olmayı kabul etmekle kişilerin, tacir sıfatı olamayacağı gibi, uyuşmazlığın taraflarının da tüketici sıfatı bulunmamaktadır. Bununla birlikte taraflar arasındaki ilişkinin temelini hakem sözleşmesi teşkil ettiği için bu ilişkiyi bir iş ilişkisi olarak nitelendirmek mümkün değildir.⁸¹³. Dolayısıyla bu sebeple açılacak bir davada görelî mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır.

⁸¹³ Bkz. yuk. §3-I-C-2/c.

Bununla birlikte, uyuşmazlığın bir ticari dava olması da görevli mahkemeyi değiştirmemelidir. Zira hakemlerin sorumluluğu, uyuşmazlığın esasıyla ilgili değildir. Bu nedenle tahkim yoluyla çözülen uyuşmazlığın niteliği ile hakemin sorumluluğu için açılacak dava arasında bu nitelikte bir bağlantı bulunmamaktadır.

Şüphesiz ki tahkim ilişkisi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir ilişkidir. Dolayısıyla bu ilişkiden doğan bir uyuşmazlık tahkime elverişli olacaktır. Bu nedenle de hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasında, tahkim ilişkisi dolayısıyla ortaya çıkacak yeni uyuşmazlık, tarafların anlaşması halinde tahkim yoluyla da çözülebilecektir.

B. Kurumsal Tahkimde

Kurumsal tahkimde, tahkim ilişkisi, hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasında değil, tahkim kurumuyla uyuşmazlığın tarafları arasında meydana gelmektedir⁸¹⁴. Bu nedenle kurumsal tahkimde, tahkim ilişkisinin tarafları karar verecek hakemlerle, uyuşmazlığın tarafı değildir, bu nedenle de *ad-hoc* tahkimine benzer bir hakem sözleşmesi ilişkisinin varlığından söz edilemez⁸¹⁵.

Kurumsal tahkimde, uyuşmazlığın tarafları, tahkim kurumuna başvurur, hakem heyetini de tahkim kurumu oluşturur. Bu nedenle hakemlerle tahkim kurumu arasındaki ilişki, uyuşmazlığın taraflarıyla tahkim kurumu arasındaki ilişki birbirinden farklıdır. Bu nedenle hakemler doğrudan uyuşmazlığın taraflarının

⁸¹⁴ Stein/Jonas, § 1025 Rn. 7; Wolf, s. 70; Habegger, Basler Kommentar, s. 2177; Göksu, Nr. 1068.

⁸¹⁵ Doktrinde bu ilişki, kurumsal tahkim sözleşmesi (*Schiedsorganisationsvertrag*) olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Wolf, s. 70. Hukukî niteliğine ilişkin olarak bkz. Wolf, s. 233 vd.; Kuru, C. VI, s. 5937.

muhabatı değildir⁸¹⁶. Dolayısıyla tahkim ilişkisinden doğacak zararların tazminin, uyuşmazlığın tarafları, tahkim kurumundan talep etmeli. Tahkim kurumu ise, hakemlerin hukukî sorumluluğu ölçüsünde, bu zararı hakemlere rücu edebilmelidir. Bu noktada ise hakemlerin sorumluluğunun *ad-hoc* tahkimine nazaran daha ağır olmaması gerektiğini ifade etmek gerekir.

⁸¹⁶ Fasching/Konecny, §594 Rn. 130.

SONUÇ

1. Bir uyuşmazlığa taraf olan kimseler, aralarındaki uyuşmazlığı çözmek amacıyla, tahkim sözleşmesi yapmak suretiyle, hukukun izin verdiği kapsamda, tahkim yoluna başvurabilirler. Bu sözleşme, kişilerin devlet yargısına başvurmasına mani olduğu için, sonuçları esas itibariyle usûl hukuku alanında doğan bir usûl sözleşmesidir.
2. Tarafların tahkim yoluna başvurusuyla, aralarındaki uyuşmazlığı çözecek olan hakemi yahut hakemleri serbestçe belirleyebilirler. Uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasındaki ilişki ise, hakem sözleşmesine dayanmakta olup, esas itibariyle bir işin görülmesini amaçlayan bir maddî hukuk sözleşmesidir.
3. Hakemlerin yapacakları yargılama sonucunda verecekleri karar ilam olsa da, o karara ilam niteliğini kazandıran işlem, hakem sözleşmesi değil, tahkim sözleşmesidir. Bu nedenle hakem sözleşmesi, esas etkisini maddî hukuk alanında gösterir.
4. Hakemlerle uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin maddî hukuk ilişkisi olmasından dolayı, tarafların tahkim ilişkisi sırasındaki hak ve yükümlülükler de bu maddî hukuk ilişkisine göre belirlenmelidir.
5. Uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasındaki ilişki bir maddî hukuk ilişkisi de olsa, hakemler, uyuşmazlığın taraflarını dinleyecek, delillerini inceleyecek ve ona göre bir karar verecektir. Bu nedenle yapılan faaliyet bir yargılama faaliyetidir.
6. Yapılan bu yargılama faaliyetinin neticeye varabilmesi için uyuşmazlığın taraflarının anlaşmasına ihtiyaç duyulmadığı ve hakemlerin karar vermesi

yeterli görüldüğü için, tahkim faaliyeti dostane bir çözüm yolu görülemez. Bu nedenle tahkim faaliyetini alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından ayrı olarak değerlendirmek gerekmektedir.

7. Hakemlerin yapacağı yargılamanın usulü, uyuşmazlığın taraflarınca, hakemlerce yahut ortak bir şekilde kararlaştırılabilir. Kararlaştırılmamışsa, milli tahkimde HMK, milletlerarası tahkimde ise MTK hükümleri uygulanır. Bu hükümlere uyulmaması halinde, bu durum esasa etki ettiği ölçüde, hakem kararının iptal sebebi olarak görülebilir.
8. Hakem kararının iptali için bir sebep teşkil etmemesi sebebiyle bu nitelikteki usulî hataların hakemlerin hukukî sorumluluğunu gerektirmediği kabul edilmelidir.
9. Tahkim faaliyeti bir yargılama faaliyeti olduğu için, yargılamaya hâkim olan ilkeler, tahkim faaliyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalı ve yargılamanın taraflarının sahip olduğu haklar, yine tahkim faaliyetine uygun düştüğü ölçüde tanınmalıdır. Bu açıdan tahkim faaliyeti açısından da uyuşmazlığın taraflarının âdil yargılanma hakkından yararlanabileceği kabul edilmelidir.
10. Hukukî dinlenilme hakkı, temel bir yargısal hak olduğu için, uyuşmazlığın taraflarının tahkim yargılamasında da hukukî dinlenilme hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Hukukî dinlenilme hakkının ihlali hem hakem kararının iptali için hem de hakemin hukukî sorumluluğu için bir sebep teşkil edecektir.
11. Tahkim ilişkisinin temelini teşkil eden sözleşmelerden biri olan hakem sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Fakat taraflar

isterlerse hakem sözleşmesinin ivazsız olarak yapılabileceğine karar verebilirler.

- 12.** Hakemler kendilerine, hakemlik için başvurulduğu takdirde, kabul etmediklerini makul bir süre içerisinde karşı tarafa bildirmelilerdir. Aksi takdirde doğacak zarardan sorumlu olmalılardır.
- 13.** Sözleşmenin bir tarafını aralarında uyuşmazlık bulunan ve bu uyuşmazlığın çözülmesi talebinde bulunan en az iki kişi teşkil ederken, diğer tarafını, uyuşmazlığı çözecek olan hakem ve hakemler teşkil etmektedir.
- 14.** Uyuşmazlığın tarafı olarak hakem sözleşmesinin bir tarafını teşkil eden tarafların asli edim yükümlülüğü, hakem ücretinin ödenmesidir. Diğer edim yükümlülükleri ise yargılama giderlerini karşılama, iddialarını, savunmalarını ve bunlara ilişkin bilgi ve belgelerini hakemlere sunmaktır.
- 15.** Hakemlere ödenecek ücreti tahkim ilişkisinin tarafları, serbestçe karar verebilirler. Ancak karar verilmemesi halinde, hakemler, hakem ücretini resen belirleyemezler, buna ilişkin yedek hukuk kurallarından yararlanmaları gerekir.
- 16.** Hakemler yargılama giderlerini karşılamak üzere, uyuşmazlığın taraflarından avans yatırmalarını talep edebilirler. Avansın, süresi içinde yatırılmaması halinde, hakemler yargılamayı sonlandırır, bu durumda hakemlerin hukukî sorumluluğu söz konusu olmayacağı gibi, hakemler hakem ücretine yine de hak kazanırlar.
- 17.** Hakem sözleşmesinin diğer tarafını teşkil eden hakemlerin asli edim yükümlülüğü ise uyuşmazlığı çözmektir. Hakem uyuşmazlığı çözme edimi aynı zamanda hakem sözleşmesine karakterini kazandıran edimdir. Bu

nedenle, uyuşmazlığın çözülmesi haricinde kalan diğer edimlerdeki değişikliklerin hakem sözleşmesinin tipini değiştirmeyeceğini kabul etmek gerekir.

- 18.** Hakemler yargılama faaliyetini yürütürlerken, temel yargısal hakları gözetmelidir.
- 19.** Hakemler, kendilerini seçen tarafın temsilcisi değildirler. Yürütecekleri yargılama faaliyetini, uyuşmazlığın her iki tarafına karşı da eşit şekilde, özenle yerine getirmelilerdir. Hakemler bu faaliyetlerini tarafsızlıkla yürütmelilerdir.
- 20.** Hakemler, yargılama boyunca, uyuşmazlığın taraflarının ortak iradelerine uymak zorundadırlar.
- 21.** Hakemler, maddî hukuka uygun karar vermek zorunda değildirler, hak ve nesafete uygun karar verebilirler. Eğer uyuşmazlığın tarafları, bir maddî hukuk kuralının uygulanmasını açıkça talep etmişlerse hakemler o maddî hukuk kuralını uygulamalıdır.
- 22.** Hakemler yargılama faaliyeti boyunca, gerekli olduğu ölçüde, uyuşmazlığın taraflarının yargılamadan haberdar olmalarını sağlamalıdır. Bu, tahkimde hukukî dinlenilme hakkının uygulanmasının bir sonucudur.
- 23.** Hakemler, kanun tarafından yahut uyuşmazlığın taraflarınca belirlenen süre içerisinde yargılamayı, esas hakkında karar vermek suretiyle sonlandırmalıdır. Tahkim süresinin, hakemlerin kusuru ile aşılması sebebiyle meydana gelebilecek zararlardan hakemler sorumlu olacaklardır.
- 24.** Tahkimde gizlilik esastır. Bu nedenle hakemler, tahkim ilişkisi öncesi, sırası ve sonrasında, tahkim ilişkisi dolayısıyla taraflardan öğrendikleri bilgi ve

belgeleri korumakla ve üçüncü kişilerle paylaşmamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün ihlali dolayısıyla meydana gelebilecek zararlardan hakemler sorumlu olacaklardır.

- 25.** Hakemler, yargılama yapma edimini, şahsen ifa etmelidirler. Bununla birlikte niteliği uygun düştüğü ölçüde tahkim yargılamasına yardımcı kişilerden yardım talep edebilirler, hakem sekreteri atayabilirler, bilirkişi dinleyebilir. Bundan doğacak masraf, yargılama gideri olacağı için, bu masrafa uyuşmazlığın tarafları katlanmalıdır.
- 26.** Hakemler, tahkim süresi içinde, vermiş oldukları kararı, usulüne uygun ve gerekçeli olarak yazmalı ve imzalamalıdır. Tarafların talebi halinde yahut gerekiyorsa, verdikleri kararı süresi içinde düzeltmeli yahut açıklamalıdır.
- 27.** Hakemler, görevlerinin gereğini, tahkim süresi içinde, esas hakkındaki uyuşmazlığı çözecek nitelikte ve icraî bir karar vermekle yerine getirmiş sayılırlar.
- 28.** Hakemlerin görevlerini yerine getirmemesinde doğacak zarardan sorumlu tutulabilmeleri için ağır ihmallerinin veya kasıtlarının bulunması gerekmektedir.
- 29.** Hakemlerin sorumsuzluğunu tamamen kaldırarak biçimde yapılacak sorumsuzluk anlaşmaları hükümsüzdür. Buna mukabil taraflar, hakemlerin hukukî sorumluluğunu ağırlaştırabilirler.
- 30.** Hakemlerin hukukî sorumluluğunun sebeplerini belirlemek için, hâkimlerin hukukî sorumluluğuna dair hükümler, açık kanun hükmü dolayısıyla kıyasen uygulanamaz.

- 31.** Hakemin sorumluluğunu gerektirebilecek bir hukuka aykırılık hali, aynı zamanda hakem kararının iptali için bir sebep teşkil ediyorsa, zarara uğradığını iddia eden tarafın öncelikle iptal davası açma yoluna başvurması gerekir. Çünkü bu, zarara uğradığını iddia eden taraf açısından hem zararı azaltma külfetinin bir parçasıdır hem de bu durumda iptal davası açmakta hukukî yararı bulunmamaktadır.
- 32.** Hakemlerin sorumluluğu başvurmak amacıyla açılacak dava doğrudan, ağır kusuruyla yahut kasıtlı olarak zarara sebep olmuş hakeme karşı açılmalıdır. Kurumsal tahkimde ise sorumluluk davası, tahkim kurumuna yöneltilmelidir.

KAYNAKÇA

Ahner, J.: Inverstor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, Tübingen 2015.

Akcan, R.: Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999.

Akıncı, Z.: *Milletler Arası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, BATİDER, C. XVIII, S.4, s. 93-109 (Alternatif).

Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, İstanbul 2013 (Tahkim).

Akil, C.: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı*, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014.

Aktepe Artık, S.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Usul Hukuk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014.

Alangoya, Y.: Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Hukukî Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.

Altınok Ormancı, P.: Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul 2016.

Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S.: Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017.

Artuk, M. E./Gökçen, A./Yenidünya, A. C.: TCK Şerhi, C. 1, Ankara 2009.

Atalı, M.: *6502 sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014.

Ateş, M.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, 2. Cilt, Ankara 2013.

Averdieck, O.: Die Haftung des Schiedsrichters für einen unrichtigen Schiedsspruch nach gemeinem Recht und nach Bürgerlichem Gesetzbuche, Leipzig 1904.

Balkar Bozkurt, S.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü, İstanbul 2016.

Başaran, H. R.: Uluslararası Tahkim, İstanbul 2014.

Başpınar, V.: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.

Baumbach, A./Lauterbach, W./Albers, J./Hartmann, P.: Zivilprozessordnung, 74. Auflage, München 2016 (Münchener Kommentar).

Baur, F.: *Rechtshängig-Schiedshängig*, Festschrift für Hans W. Fasching, s. 81-92, Wien 1988.

Belbez, H.: *Hakemlerin Mesuliyeti*, AÜHFD 1950, C. 7 S. 3, s. 353-358.

Biçkin, İ.: *Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması*, TBBD 2006, S.68, s. 380-397.

Bohlen, A.: Die Honoraransprüche der Schiedsrichter nach geltendem Recht, Zürich 1932.

Born, G.: International Commercial Arbitration, Volume I, Second Edition, 2014 (Vol. I).

Born, G.: International Commercial Arbitration, Volume II, Second Edition, 2014 (Vol. II).

Born, G.: International Commercial Arbitration, Volume III, Second Edition, 2014. (Vol. III)

Bornhak, C.: *Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Recht*, ZZP 30 (1902), S. 1-25.

Bosch, W.: Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren, Tübingen 1991.

Böckstiegel, H.: Schiedsgerichtbarkeit im Umfeld von Politik, Wirtschaft und Gerichtsbarkeit, Carl Heymanns, 1992

Briner, R.: *Reflections on the Duration of Arbitral Proceedings*, Festschrift für Otto Sandrock, s. 137-148, Heidelberg 2000.

Brox, H./Walker, W. D: Besonderes Schuldrecht, 39. Auflage, München 2015.

Bucher, E.: *Allgemeine Einführung in die Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (Ed: Karl-Heinz Böckstiegel), Köln 1979. (Einführung).

Bucher, E.: *Was macht den Schiedsrichter?*, Festschrift für Peter Schlosser, s. 97-118, Tübingen 2005. (Festschrift Schlosser).

Budak, A. C.: *Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri*, UTDER 2012, C. 1, S.1, s. 31-60.

- Bulur, A.:** Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, TBBD, 2010, S. 89, s. 196-241.
- Christ, M.:** Berichtigung, Auslegung und Ergänzung des Schiedsspruchs, Frankfurt am Main 2008.
- Clay, T.:** L'arbitre, Paris 2001.
- Çayan, G.:** Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2016.
- Çon, Ö.:** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hakimin Yasaklılığı ve Reddi, Ankara 2013.
- Dayınlarlı, K.:** UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Demir Gökyayla, C.:** Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazi, İstanbul 2014.
- Demir, Ş.:** *Arabulucunun Hukukî Sorumluluğu*, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, s. 115-146, İstanbul 2014.
- Ditchev, A.:** Le "contrat d'arbitrage" -Essai sur le contrat ayant pour bjet la mission d'arbitre, Rev. Arb. 1981, s. 395-410.
- Ekşi, N.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013.
- Erem, F./Toroslu, N.:** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 1994.

Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015.

Erol, H.: Türk Ceza Kanunu, C. 2, Ankara 2003.

Fasching, H. W./Konecny, A.: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Auflage, Wien 2016.

Fasching, H. W.: Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht, Wien 1973.

Fouchard, P.: International Commercial Arbitration, 1999.

Gal, J.: Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Tübingen 2009.

Gaul, H. F.: *Die Rechtskraft und Aufhebbarkeit des Schiedsspruchs im Verhältnis zur Verbindlichkeit des staatlichen Rinterspruchs*, Festschrift für Otto Sandrock, s. 285-328, Heidelberg 2000.

Göksu, T.: Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014.

Görgün, Ş.: Medenî Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2014.

Gözübüyük, A. P.: Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, 5. Bası, İstanbul 1989.

Grabner, M.: Schiedsvertrag, Schiedsgutachtenvertrag, Schiedsrichtervertrag, Linz 1998.

Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2013. (C. 1)

Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2014. (C. 2)

Gümüş, M. A.: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.

(Özen)

Habscheid, J. W.: Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages und ihre Auswirkungen, KTS

1955 (Rechtsnatur).

Habscheid, J. W.: *Grundsätzliches zur Dogmatik des Schiedsrichterwertrages im*

schweizerischen Recht, Festschrift für Hans W. Fasching, s. 195-212., Wien 1988

(Schiedsrichterwertrag).

Hacıbekiroğlu, E.: Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin

Değerlendirilmesi, İstanbul 2012.

Haller, H.: *Vorlagepflicht von Schiedsrichterakten im staatlichen Überprüfungsverfahren,*

SchiedsVZ 2011. s. 179-183.

Hanağası, E.: Davada Menfaat, Ankara 2009.

Hasırcı, H.: Medeni Usul Hukuku Bağlamında Tabii Hâkim İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek

Lisans Tezi, Ankara 2013.

Hesselbarth, F.: Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz (Teil-) Verfassungswidrigkeit des

reformierten Schiedsverfahrensrechts, Harland Media, Lichtenberg 2005.

Hiepe, W.: Der Schiedsrichtervertrag und die Rechte und Pflichten des Schiedsrichters,
Bochum 1930.

Hofstetter, F.: Schweizerischer Privatrecht, VII/6, Basel Stuttgart 1967. (VII/6)

Honsell, H./Vogt, N. P./Wiegand, W.: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Auflage,
Basel 2015 (Basler Kommentar).

Hopt, K. J./Steffek, F.: Mediation, Oxford 2013.

Ildır, G.: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ankara 2004 (Alternatif).

Ildır, G.: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü*, 75. Yaş Günü için Prof.
Dr. Baki Kuru Armağanı, s. 337-384, Ankara 2004 (Kuru Armağanı).

Inderkum, H. H.: Der Schiedsrichtervertrag: nach dem Recht der nicht internationalen
Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz unter Mitberücksichtigung der Schiedsordnung
des IPRG, Freiburg 1989.

Kalpsüz, T.: *Milletlerarası Tahkim Kanununun Hakem Ücretine İlişkin Hükümleri ile
Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Yönetmeliği ve Milletlerarası Tahkim Ücret
Tarifesi Hakkında Bazı Mülâhazalar*, Yargıtay Dergisi 2002, C.28, S. 3, s. 451-459
(Ücret).

Kalpsüz, T.: *Tahkim Anlaşması*, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II,
s. 1027 vd., İstanbul 2003 (Anlaşma).

Kalpsüz, T.: *Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri*, BATİDER 1997, C.XIX, S.1, s. 1 vd. (Temyiz).

Kalpsüz, T.: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007 (Tahkim).

Kaplan Y.: *Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz’in Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi*, MHB 2001, C. 21, S. 1-2, s. 43-73.

Kara, İ.: Tüketici Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2015.

Karabağ Bulut, N.: Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009.

Karadaş, İ.: Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013.

Karayalçın, Y.: *Milletlerarası Tahkim-Muhakeme Usulü*, BATİDER 1998, C. XIX, S. 3, s. 1-52.

Karl, R.: Die Gewaehrleistung der Unabhaengigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, Konstanz 2004.

Karlı, A.: Medenî Muhakeme Hukuku, İstanbul 2014 (Usul).

Karlı, A.: Medenî Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001 (İşlemler).

Karlı, M. R.: İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, İstanbul 2016.

Kaufmann, W.: Der Schiedsrichtervertrag nach geltendem Recht, Rostock 1915

Kaufmann-Kohler, G./Schultz, T.: Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice, Leiden 2004.

Kayalı, D.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara 2015.

Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016.

Kırca, Ç.: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.

Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı .: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, 6. Bası, İstanbul 2014.

Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008.

Koral, R.: *Hakemliğin Hukukî Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler*, İÜHFM 1982, C.48, S. 1-4, s.75-98.

Korucu, Y.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkim, Ankara 2015.

Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 2013.

Kurt Konca, N.: Medenî Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009.

Kurt, L. M.: *Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti*, AÜHFD, 64 (3) 2015, s. 775-814.

Kuru, B./Budak, A. C.: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler*, İstanbul Barosu Dergisi 2011, C. 85, S.5, s. 3-43.

Kuru, B.: *Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı*, Ankara 1966 (Bağımsızlık).

Kuru, B.: *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, 6. Baskı, İstanbul, 2001 (C. I).

Kuru, B.: *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. VI, 6. Baskı, İstanbul, 2001 (C. VI).

Kuru, B.: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler*, MİHDER 2010/2, S.16, s. 237-246 (Arabuluculuk).

Küçükgüngör, E.: *Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı Ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği*, C. 50, S. 2 (2001), s. 137-146

Lachmann, J. P.: *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3. Auflage, Köln 2008.

Leitner, M.: *Die Haftung des Schiedsrichters*, Wien 2016.

Leuenberger, C./Uffer-Tobler, B.: *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, Bern 2016.

Lionnet, K.: *Rechtspolitische Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit*, Festschrift für Otto Sandrock, s. 603-608, Heidelberg 2000.

Lörcher, G./Lörcher, H./Lörcher, T.: *Das Schiedsverfahren -national/international- nach deutschem Recht*, 2. Auflage, Heidelberg 2001.

Lüdtke, E.: Der Schiedsrichtervertrag, Würzburg 1933.

Lühmann, T. B.: Die Rechtskraft des Schiedsspruchs im deutschen und US-amerikanischen Recht, Tübingen 2014.

Malkoç, İ./Güler, M.: Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler C. 2, Ankara 1999.

Musielak, H. J./Voit, W.: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 12. Auflage, München 2015.

Mustill, M. J./Boyd, S. C.: Commercial Arbitration, Second Edition, London 1989.

Neef, M.: Die Rechtskraft des Schiedsspruchs, Halle (Saale) 1933.

Nomer, E./Ekşi, N./Öztekin Gelgel, G.: Milletlerarası Tahkim Hukuku C. 1, 5. Bası, İstanbul 2016.

Nomer, E.: *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı*, İÜMHMÖHB, C. 4, S. 1 (1984), s. 29-31.

Oberhamer, P./Domej, T./Haas, U.: Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, 2. Auflage, Basel 2014 (Oberhamer-ZPO Kurzkommentar).

Oetting, T.: Der Schiedsrichtervertrag nach dem UNCITRAL Modellgesetz, München 1994.

Oğuzman, M. K./Öz, M. T.; Borçlar Hukuku Genel Hükümleri Cilt I, İstanbul 2012.

Okuyucu Ergün, G.: *Tahkimde Ceza Hukuku Sorunları*, TBB Dergisi 2007, S. 70, s. 135-161.

Onyema, E.: *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Oxon 2010.

Öntan, Y.: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara 2014.

Özbay, İ.: *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi*, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, s. 281 vd., İstanbul 2003 (Hakem Kararı).

Özbay, İ.: *Hakem Kararlarının Temyizi*, Ankara 2004 (Temyiz).

Özbay, İ.: *Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin Hmk M. 439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s. 779-811 (Tahkim).

Özbek, M. S.: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 3. Baskı, Ankara 2013.

Özbek, V. Ö./Kanbur, M. N./Doğan, K./Bacaksız, P./Tepe, İ.: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, 2012.

Özçelik, Ş. B.: *Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık Ve Sonuçları*, AÜHFD, 63 (3) 2014, s. 569-621.

Özekes, M.: *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara 1999 (Haciz).

Özekes, M.: Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (Hukukî Dinlenilme).

Özen, M.: Hakimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004.

Özgenç, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2012.

Özsunay, E.: *Tahkim Yargılamasında Mahremiyet*, İstanbul Barosu Dergisi 2004/2 C. 78, s. 541-560.

Parlar, A./Hatipoğlu, M.: Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1, 2. Baskı, Ankara 2010.

Pekcanitez, H./ Atalay, O./ Özekes, M.: Medenî Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013.

Pekcanitez, H.: *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Seyfullah Edis'e Armağan, s. 753-791, İzmir 2000 (Seyfullah Edis'e Armağan).

Pekcanitez, H.: *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet*, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar Bildiriler Tartışmalar Belgeler, s. 408-427, Nisan 2000. (Aleniyet)

Pekcanitez, H.: *Milletlerlerarası Tahkimde Geçici Hukukî Koruma Önlemleri*, Milletlerarası Tahkim Semineri, s. 115-152, Ankara 2003 (Milletlerarası Tahkim).

Pekcanitez, H.: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

Pekcanitez, H.: *Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümleri*, Milletlerarası Tahkim Semineri, s. 63-84, Ankara 2011 (Seminer).

Prütting, H./Wegen, G./Weinreich, G.: Bürgerlichesgesetzbuch Kommentar, 9. Auflage,
Köln 2014.

Prütting, H./Gehrlein, M.: Zivilprozessordnung Kommentar, 6. Auflage, Köln 2014.

Rasmussen, M.: *Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France*, Fordham International Law Journal 2009. Vol.26, S. 6, s. 1823-1875.

Real, G. K. L.: Der Schiedsrichtervertrag, Köln Berlin Bonn München 1983.

Rechberger, W. H./Simotta, D. A.: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Wien 2010.

Redfern, A./Hunter J. M.: Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th Edition,
Oxford 2015

Reich, D./Schmitz, P.: Einführung in das Bürgerliche Recht, 3. Auflage, Wiesbaden 2000.

Ritz, P.: Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, Tübingen
2007.

Rosenberg, L./Schwab, K.H./Gottwald, P.: Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München
2004.

Rosenfeld, K.: *Die Entwicklung des schiedsrichterlichen Verfahrens*, Berlin, 1927.

Sanders, P.: *The Links between Arbitration and Conciliation*, Festschrift für Otto Sandrock, s. 823-832, Heidelberg 2000.

Sawang, J.: Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, Tübingen 2010.

Schäfer, M.: Die Verträge zur Durchführung des Schiedsverfahrens Teil I, Frankfurt am Main 2010 (Teil I).

Schäfer, M.: Die Verträge zur Durchführung des Schiedsverfahrens Teil II, Frankfurt am Main 2010 (Teil II).

Schlosser, P.: Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit, 2. Auflage, Tübingen 1989 (Schiedsgerichtbarkeit).

Schlosser, P.: *Die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes -eine rechtsvergleichende und internationalrechtliche Studie*, Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, s. 405-438, Wien 1988. (Festschrift Fasching)

Schütze, R. A.: Institutional Arbitration -Commentary-, München 2013 (Schütze-Institutional Arbitration).

Schütze, R. A.: Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 5. Auflage, München 2012.

Schwab, K. H./Walter, G.: Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auflage, München 2005.

Schwab, K. H.: *Schiedsrichterernennung und Schiedsrichtervertrag*, Festschrift für Gerhard Schiedermaier, München 1976, s. 499-515

Schwarz, F. T./Konrad, C. W.: *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*, Leiden 2009.

Selimoğlu, Y. E.: *Eser Sözleşmesi*, 2. Baskı, Ankara 2015.

Serozan, R.: *"Culpa In Contrahendo", "Aldin Müsbet İhlali" Ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi*, İÜMHAD, C. 2, S. 3 (1968), s. 108-129.

Söğüt, İ. S.: *Roma Hukukunda Tahkim*, İstanbul 2011.

Sperl, H.: *Lehrbuch der Bürgerlichenrechtspflege*, 1930 Wien.

Spühler, K.: *Der gerichtliche Vergleich*, Zürich Basel Genf 2015.

Stahelin, A.: *Obligationenrecht Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art.1-529 OR)*
Teilband V 2c, Zürich Basel Genf 2006.

Staudingers, J.v.: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse §§652-704*, Berlin 1995.

Stein, F./Jonas, M.: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Auflage, Tübingen 2002.

Stojiljkovic, M.: *Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit*, Zürich St. Gallen 2014.

Strieder, J.: Rechtliche Einordnung und Behandlung des Schiedsrichtervertrages, Köln
1984.

Sutter-Somm, T.: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich Basel Genf 2012.

Süral, C.: *Hakemin Sorumluluğu*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi, C.
10, S. 2, 2011, s. 227-254.

Şanlı, C.: Hukukî Mütalaalarım, İstanbul 2016 (Mütalaalar).

Şanlı, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, 6. Bası,
İstanbul 2016 (Uyuşmazlık).

Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt:I-1, Beşinci Basımdan Altıncı
Tıpkıbasım, İstanbul 2008. (C.I-1)

Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt:II, Dördüncü Basımdan Beşinci
Tıpkıbasım, İstanbul 2010. (C.II)

Tanrıver, S.: Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu,
Ankara 2002 (Bilirkişi).

Tanrıver, S.: Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı, TBBD S. 104, s. 12-40, Ankara 2013
(Tabii Hakim).

Tanrıver, S.: *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi*, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ed. Ali Ulusoy, s. 83-112, Ankara 2001 (Tahkim).

Taşkın, A.: Hakem Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2005.

Taşpolat Tuğsavul, M.: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.

Tekinay, S. S.: Borçlar Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1974.

Tuna, E.: Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası, Ankara 2016.

Tunç-Yücel, M.: HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara 2013.

Tutumlu, M. A.: Tüketici Yargılaması Hukuku, Ankara 2015.

Tweeddale, A./Tweeddale, K.: Arbitration of Commercial Disputes, New York 2007.

Umar, B.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014 (HMK).

Üstündağ, S.: Medenî Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000 (Yargılama).

Üstündağ, S.: Medenî Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, 2. Baskı, İstanbul 1971 (Tahkim).

Vischer, F.: Schweizerischer Privatrecht, VII/2, Basel Stuttgart 1967 (VII/2).

Vogt, S. A.: Der Schiedsrichtervertrag nach schweizerischem und internationalem Recht, Aachen 1996.

Voser, N./Fischer, E.: International Arbitration in Switzerland, 2013

Weigand, F. B.: Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, Oxford
2010 (Weigand-Practitioner's Handbook).

Weiler, T.: International Investment Law and Arbitration, London 2003.

Wieczorek, B./Schütze, R. A.: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 3. Auflage, Berlin-
New York 1995.

Wilske, S./Fox, T. J./Steward, G.: *The View From Europe What's New in European
Arbitration?*, Dispute Resolution Journal 2015. Vol.70, No. 3, s. 171-182.

Wolf, C.: Die institutionelle Handelsschiedsgerichtbarkeit, München 1992.

Wolf, R.: *Judicial Assistance By German Courts in Aid of International Arbitration*, The
American Review of International Arbitration 2008. Vol.19, No:1, s. 145-171.

Yaşar, O./Gökcan, H. T./Artuç, M.: Türk Ceza Kanunu, C. 1, Ankara 2010.

Yavuz, C.: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2014.

Yazıcı-Tıktık, Ç.: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, XII Levha Yayınları, İstanbul
2013.

Yeğenil, R.: Tahkim, İstanbul 1974.

Yeşilirmak, A.: Doğrudan Görüşme Arabuluculuk Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim (Sorunlar ve Çözüm Önerileri), İstanbul 2011.

Yeşilova, B.: *Milletlerarası Tahkimin Hukukî Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler*, TBBD, S. 76, 2008, s. 83-164.

Yılmaz, E.: *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu m.35/A)*, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, s. 843-855, Ankara 2004 (Kuru Armağanı).

Yılmaz, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 3, 3. Baskı, Ankara 2017 (Şerh).

Yılmaz, E.: *Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Kararlarına Karşı Hiçbir Yargı Merciiine Başvurulamamasının Yanlışığı*, Av. Atılâ Elmas Armağanı, s. 817-842, Ankara 2012 (Elmas Armağanı)

Ziegler, K.H.: Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, München 1971.

Zimmermann, W.: Zivilprozessordnung, Aachen 2011.

Zöller, R.: Zivilprozessordnung, 10. Auflage, Köln 2014.

Zuberbühler, T./Müller, C./Habegger, P. (Ed.): Swiss Rules of International Arbitration, 2. Edition, Zurich Basel Geneva 2013.