

PAPER DETAILS

TITLE: YABANCI KANUNLARA TEB`AN VERILEN HAKEM KARARLARININ TRKIYEDE ICRA SI

AUTHORS: Rabi KAROL

PAGES: 149-195

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96729>

YABANCI KANUNLARA TEB'AN VERİLEN HAKEM KARARLARININ TÜRKİYEDE İCRASI [*]

Dr. Rabi Koral

YABANCI HAKEM KARARLARININ İCRASI PROBLEMİ

I. Probleme temas eden kanunî mevzuat

1. Problemin önemi

Adaletin tevzii devletin inhisarı altındadır. Bununla beraber bilhassa son zamanlarda devletler omuzlarındaki bu ağır yükü kısmen hafifletmek kısmen de dâvaların bir an önce neticelenebilmesini temin etmek için tahkim prosedürünü teşvik etmişler, fertlerin — resmî sıfatı haiz bulunmayan kimselere ihtilâflarını hallettirmek üzere — mukavele aktetmelerine müsaade etmişlerdir.

*Tahkim anlaşması*¹ iki esaslı netice husule getirir : Evvelâ tahkimin mevzuunu teşkil eden ihtilâfın devlet hâkimi tarafından halledilmesini imkânsız kılar yani mahkemelerin o ihtilâf üzerindeki selâhiyetinin tahakkuk etme ihtimalini bertaraf eder, saniyen taraflara, verilen hakem kararına uymak vecibesini yükler². Tahkimi hukukî mevzuatı arasına

[*] Bu etüdümüzde *icra* terimini «*exécution*» mukabilinde, *tenfiz* terimini ise daha ziyade «*exequatur*» karşılığı olarak kullanıyoruz.

1) *Tahkim anlaşması* terimini umumî mânada, tahkimin çeşitli münasebetlerini (hakem mukavelesi, hakem şartı, tahkim akti, hakem hükmü) nü ihtiva edecek şekilde, yani tahkim müessesesinin tamamına şâmil olacak tarzda kullanmaktayız. (Yukarıda meskûr terimlere izafe ettiğimiz mânalar için bakınız: *Yeni ve Eski Hukukumuzda tahkim*, ve *İç Hukukumuzda tahkim* etüdlerimiz, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XIII, sayı 1 ve yine cilt XIII sayı 3).

2) *Ulrich H. Vollenweider*, *L'arbitrage volontaire en Droit International privé*, thèse 1938 Genève s. 30.

katan bütün devletler vazettikleri hükümlerle bilhassa bu iki esaslı unsurun temin ve tahakkukunu gaye edinmişlerdir.

Tahkim hakkında 516 ncı ve müteakip maddelerinde hüküm sevk etmiş olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz dahi bir taraftan *devlet kazasının tahakkuku ihtimalini bertaraf etmeğe matuf* olan hakem mukavelesinin³ muteber olması için gerçekleşmesi lâzım gelen şartları ve tahkimin hangi meselelerde cari olabileceğini tayin etmiş⁴, öte yandan tarafların hükmüne *katlanmak vecibesinde* bulundukları hakem kararının ne miktar ve hangi evsaftaki hakemler tarafından verilebileceğini, takip olunacak prosedürü, tahkim müddetini, hakem kararlarının kat'îlik iktisap edinceye kadar tâbi olacakları muameleleri tespit etmiş ve sevk ettiği hükümlerin müeyyidelerini vaz etmiştir⁵.

Tahkim prosedürünü kabul etmiş bulunan yabancı devlet kanunları ezcümle Fransız, İtalyan ve Alman kanunları da az veya çok farkla aynı gayeye matuf hükümler sevk etmişlerdir⁶.

Gerek kanunumuzun gerekse yabancı kanunların zikri geçen mahiyetteki hükümlerine tevfikân her devlet, kendi mevzuatının bahsettiği selâhiyete binaen ve vaz ettiği kayıt ve şartlara uyularak aktedilen hakem mukavelelerinin⁷ ve verilen hakem kararlarının muteberliğini tanımış ve bunların kendi arazisi hudutları dahilinde icra edilmesini sağlamış bulunmaktadır.

* * *

Fakat tahkim bugün sadece mahalli bir kıymeti haiz olmakla kalmamış aynı zamanda *milletlerarası bir önem* dahi kazanmıştır. Milletlerarası iktisadî münasebetlerin gelişmesi neticesinde doğan bu usulü genelleştirmek maksadiyle sayısız miktarda hakem heyetleri meydana getirilmiştir. London Court of Arbitration, American Arbitration Association, Chambre Arbitrale de Paris gibi ashında milli olan bu müesseseler zamanla milletlerarası bir vasıf kazanmış bulunmaktadır⁸. Şöhretleri şimdiden evrensel

3) Hakem mukavelesi terimini (compromis) mânasında kullanıyoruz.

4) H. U. M. K., 516, 517, 518.

5) H. U. M. K., m. 520, 521, 525, 529, 532.

6) Code de Procédure civile m. 1003 ve m. Codice di Procedura civile m. 810 ve m. Zivilprozessordnung m. 1025. ve m.

7) Hakem mukaveleleri teriminden hakem mukavelesini (compromis) ve hakem şartını (clause compromissoire)'ı kastediyoruz.

8) Frances Kellor, American Arbitration, New - York 1948, s. 149 ve m.

Gad Franko, Hukukî Bilgiler Mecmuası, 1938, s. 5646 ve m., ve 5778.

olan bu gibi hakem heyetlerinin verdikleri kararlarının, kendi memleketlerinde hususi bir prosedüre bağlı bulundurulmaksızın diğer millî hakem kararları gibi icra edilebileceğine şüphe yoktur. Fakat bazı hallerde bu heyetler tarafından verilen hükümlerin yabancı memleketlerde de muteber kılınmak istendiği görülmektedir.

Kezalik, milletlerarası şöhreti haiz olan bu heyetlerden kat'annazar; son zamanlarda gitgide artan ferdi münasebetlerin milliden ziyade milletlerarası bir mahiyet almaları yüzünden, bir devlet arazisinde münferit hakemler tarafından verilen kararlarının dahi komşu veya uzak diğer bir devletin arazisinde icra edilmek istendiğine, hattâ bir devlet arazisinde tevessül olunan tahkimin ikinci bir devlet hudutları içinde tekemmül ettirildiğine ve üçüncü devlet arazisinde de bunun tenfizine tevessül edildiğine rastlanmaktadır.

Bu vaziyet karşısında şu suallerin cevaplandırılmasına ihtiyaç hasıl olmaktadır :

Acaba, bu gibi hakem veya hakem heyetlerinin verdikleri kararlar yabancı memleketlerde ve bilfarz Türkiyede, sadır oldukları memlekette husule getirdikleri tesirlerin aynını husule getirirler veya muhafaza ederler mi ? Yani acaba bu kararlar, yeni bir nizam yaratmak suretiyle taraflar arasında hallettikleri ihtilâfın yabancı memleket mahkemeleri tarafından yeniden incelenmesine mâni olurlar mı ? Bunun gibi taraflardan biri hakem hükmünün icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu hükme dayanarak diğer taraf, yabancı memleket arazisinde cebri icra yoluna başvurabilir mi ?

Bu iki soru karşısında şu anlaşılmaktadır ki, yabancı bir hakem kararının bir memleketin kaza makamları huzuruna ibraz edilmesi halinde iki mesele bahis mevzuu olur : Birincisi yabancı hakem kararlarının *tanınması* meselesi, ikincisi bu tanınmanın tabii bir neticesi olan hakem kararlarının yabancı topraklarda *icra edilmesi* meselesi.

Hakem kararlarının bir devlet arazisinde kaziyei muhkeme teşkil etmesi demek olan o devlet arazisinde *tanınması* hali ile bunların *icra edilmesi* halinin birbirinden ayırd edilmek suretile mütalâa edilmelerinin ileride göreceğimiz veçhile yabancı hakem kararlarının tarzı tenfizi bahsinin aydınlatılması bakımından büyük bir faidesi olmakla beraber, bu bapta kanunlarında hüküm sevkeden ve aşağıda bazılarını zikrettiğimiz devletler bir tefrik yapma zaruretinin hissetmemişlerdir.

Biz bu iki hali birbirinden ayırmayı hem hukuk tekniği bakımından fâideli ve hem de, mevzuatımızda yabancı hakem kararlarının ne suretle tenfiz edileceğine dair bir hüküm olmaması dolayısıyla, Türk hukuk siste-

mine en uygun tenfiz tarzını teklif etmek bakımından zaruri addediyoruz". Mamafih şunu belirtelim ki, yabancı hakem kararlarının tarzı tenfizi hakkında hüküm sevketmiş bulunan devletlerin hakem kararlarının münhasıran *tanınmasını* veya sadece *icrasını* derpiş etmiş olmaları, pratik bakımdan bir mahzur doğurmamıştır. Filhakika her hangi bir müşkülât karşısında, italyan hukukçusu Anzilotti'nin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi münasebetile ileri sürdüğü fikri kıyasen tatbik ederek diyebiliriz ki, yabancı hakem kararlarının *icra edilebilmelerini* mümkün kılmak için vazolunan şartlar bu kararların *muteberliğinin tanınması* hususunda da aynen tatbik olunabilir¹⁰.

2. Muhtelif Devletlerin mevzuatı ve Türkiye

Yabancı hakem kararlarının tenfizini temin maksadile akdolunan 26 Ekim 1927 tarihli Cenevre anlaşması yabancı hakem kararlarının hem *tanınması* ve hem de *tenfizi* meselesini ele almış ve her iki ciheti aynı şartlara tâbi tutmuştur¹¹.

1940 İtalyan Usul Kanunu 796 ncı ve müteakip maddelerinde, yabancı mahkeme veya hakem kararlarının İtalyada husule getirdikleri hüküm ve tesiri yani bu kararların münhasıran *muteberliğinin tanınması meselesi*-ni (efficacia delle sentenze straniere) tanzim etmiş, muteberliği bir kerre

9) İleride 189 ve m. sahifelere bakınız.

10) Arrigo Cavaglieri, Lezioni di diritto Internazionale privato, Napoli 1938, s. 382.

11) Arthur Nussbaum, Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil und Handelssachen, cilt II, 1928, s. 237 ve m. ve aynı cilt s. 130 ve m. A. de Lapradelle et Niboyet, Répertoire de Droit International 1929, cilt III, s. 461.

26 Ekim 1927 tarihli anlaşmayı imza veya ona tasdik suretile iltihak eden devletler arasında : Almanya (1 Eylül 1930), Avusturya (18.7.1930), Belçika (27.4.1929), Büyük Britanya ve Şimali İrlanda (5.6.1930), İspanya (15.1.1930), Estonya (16.5.1929), Finlandiya (30.7.1931), Fransa (tanımayı sırf kendi mevzuatının ticari mahiyette addettiği mukavelelere hasretmek kaydı ile 13.5.1932), Yunanistan (yine aynı kaydı ihtirazile 15.1.1932), İtalya (12.11.1930), Lüksemburg (aynı kaydı ihtirazı ile 15.9.1930), Hollanda (12.8.1931), Portekiz (aynı sakinme kaydı ile 10.12.1930), Romanya (aynı sakinme kaydı ile 22.6.1931), Siam (7.7.1931), İsveç (8.8.1929), İsviçre (25.9.1930), Çekoslovakya (8.9.1931) devletleri vardır.

tanınmış olan kararların İtalyada tabiatıyla kabili icra olacağını kabul etmiştir¹².

Bu hal şekline mütenazır olarak diğer bazı kanunlar yabancı hakem kararlarının münhasıran *icrası meselesini* ele almışlar ve sadece mezkûr kararların icra edilebilmeleri için tahakkuku gereken şartları tadat etmişlerdir. Alman Hukuk Usulü Kanununa ek 1930 tarihli kanunu bu kanunlar meyanında gösterebiliriz¹³. Eski 1865 tarihli İtalyan Usul Kanununun 941 inci maddesini değiştiren kanun - kararname de aynı tarzda hüküm sevketmiş idi.

Yabancı hakem kararlarının muteberliğinin tanınması ve icrası veya bu şıklardan sadece biri hakkında hüküm sevketmiş olan kanun veya andlaşmalar yanında, Türk Kanunu veya Fransız Kanunu gibi bu mesele hakkında *hiç bir serahati* ihtiva etmeyen kanunlar da mevcuttur. Acaba bu gibi hallerde vaziyet ne olacaktır? Yabancı hakem kararlarının Fransada icra edilmesi mümkün bulunduğu hakkında yerli rey ve içtihatlar arasında mütabakat mevcut olmakla beraber icranın *ne tarzda yapılacağı* noktasında derin görüş farkları mevcuttur. Fransız müelliflerinin ve mahkeme içtihatlarının bir kısmı (Lainé, Pillet v.s.) Code de Procedure civile'in 546 ncı maddesinin Code Civil'in 2123 ve 2128 inci maddelerine yaptığı atfa dayanarak ve zikri geçen maddelerin hükmünü tefsir ederek yabancı hakem kararlarının — bunlar ister kazai mahiyette telâkki edilsinler, ister yabancı memlekette resmî memurlar tarafından tanzim olunan senetlere benzetilsinler — *Fransız mahkemelerinin bunlar hakkında lüzumu tenfiz kararı vermesi üzerine icra olunabileceklerini* ve buna da Fransız mahkemelerinden başka hiç bir merciin yetkili olmadığını ileri sürerler^{14 - 15}. Yani bu müelliflere göre yabancı hakem kararları tıpkı yerli *mahkeme kararları veya resmî senetler* gibi tenfize tâbi tutulur.

Bilâkis diğer bir kısım Fransız müellif ve mahkeme içtihatları ise yukarıda zikredilen kanunî hükümlerin münhasıran yabancı mahkeme

12) Filippo Bianchi, Il codice di procedura civile annotato sistematicamente anno XIX s. 768, 774.

13) Arthur Nussbaum, z. g. e., cilt I, s. 187.

14) Lainé, De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères. (İspanya kraliçesi Marie - Christine'in verasetinin tanzimine dair mütalâaname, Clunet, 1899 s. 641), Pillet, Traité théorique et pratique de droit International privé s. 721.

15) Seine mahkemesi, 6 Mart 1899, (Clunet, Journal de droit Inter. 1899, s. s. 743); Paris mahkemesi, 10 Aralık 1901, (Clunet z. g. e., 1902, s. 314), Tunus mahkemesi, 30 Ocak 1924, (Clunet, z. g. e., 1925, s. 760).

kararları veya resmî senetlerin icrasına taallûk ettiklerini halbuki hakem kararları, *tarafların arzusu* neticesinde varolmak hasebiyle kazaî veya resmî mahiyette olmayıp *mukavelevî* (contractuel) bir mahiyeti haiz bulunduklarını belirtmişlerdir¹⁶⁻¹⁷. Bu müellifler yabancı hakem kararlarının tıpkı *Fransada verilen hakem kararları* gibi icra edilmesini isterler¹⁸. Fransız hakem kararlarının Fransada icra edilebilmesi için ise *mahkeme kurulunun* değil sadece mahkeme başkanının lüzumu tenfiz kararı vermesi kâfi geleceğinden mezkûr müellifler, yabancı olsun yerli olsun bilûmum hakem kararlarının aynı şartlar altında yani Code de Procedure Civile'in hakem kararlarının tenfizine ait ahkâmını ihtiva eden 1020 ve 1021 inci maddelerinin hükmü dairesinde icra edilmesi gerektiğini iddia ederler¹⁹.

Fransada 1882 senesindenberi devam edegelen ve yabancı hakem kararlarının icrasını kâh mahkeme heyetinin vereceği karara kâh mahkeme başkanının mütekaddim kontrolüne bağlı kılan fikir ve içtihat çarpışmasından hukukumuz bakımından edeceğimiz istifade büyüktür. Hakikaten biraz evvel belittiğimiz gibi Türk mevzuatı Fransız mevzuatına müşabih

16) *Merlin* , Lainé tarafından iktibas edilmiş fıkra, (Clunet, z. g. e., 1899, cilt 26, s. 652), *Brachet* , De l'exécution internationale des sentences arbitrales, s. 83 ve m.

17) *Douai mahkemesi* , 27.5.1912 (Clunet, z. g. e. 1912, s. 717).

18) *Weiss* , Traité de Droit international privé cilt VI, s. 29.

19) Fransız C. Pr. C. inin 1020 ve 1021 inci maddeleri aynen şöyledir :

«Le jugement arbitral sera rendu exécutoire par une ordonnance du président du tribunal de première instance, dans le ressort duquel il a été rendu. A cet effet la minute du jugement sera déposée, dans les trois jours, par l'un des arbitres, au greffe du tribunal. — S'il avait été compromis sur l'appel d'un jugement, la décision arbitrale sera déposée au greffe de la cour royale, et l'ordonnance rendue par le président de cette cour. — Les poursuites pour les frais du dépôt et les droits d'enregistrement ne pourront être faites que contre les parties.»

«Les jugements arbitraux, même ceux préparatoires, ne pourront être exécutés qu'après l'ordonnance qui sera accordée à cet effet par le président du tribunal, au bas ou en marge de la minute, sans qu'il soit besoin d'en communiquer au ministère public; et sera ladite ordonnance expédiée ensuite de l'expédition de la décision. — La connaissance de l'exécution du jugement appartient au tribunal qui a rendu l'ordonnance.»

olarak yabancı hakem kararlarının icrası hakkında muayyen veya sarîh bir hükmü ihtiva etmemektedir.

Halbuki Hukuk Usulü M. Kanunumuzun iktibas edildiği 7-IV-925 tarihli Neuchatel Medeni Usul Kanunu 501 inci maddesinde «Medeni mesailde Kantona yabancı mahkemeler veya hakemler tarafından verilen kararların lüzumu tenfizi hakkında kanton mahkemesi tarafından hüküm verilmedikçe bunlar icra edilemez» demek suretiyle Kantona yabancı hakemler tarafından verilen hükümleri yabancı mahkeme kararları ile aynı tenfiz şekline tâbi tutmuştur²⁰.

Usul Kanunumuz Neuchatel Kanununun bu hükmüne tekabül eden maddesinde (H. U. M. K. 537) yabancı «hakemlere» müteallik olan ibarâyı* iktibas etmiyerek münhasıran «yabancı mahkeme» kararlarının Türkiyede tenfizini derpiş etmiş bulunmaktadır. Şu halde memleketimiz bakımından da — tıpkı Fransada olduğu gibi — yabancı hakem kararlarının hukukî mahiyetinin ne olduğunu tespit etmek, tayin edilecek mahiyetteki hukukî muameleler hakkında kanunlarımızda mevcut olan hükümleri araştırmak, ve eğer bu bapta hükümler mevcutsa bu hükümlerin bahşettiği imkânlar dairesinde yabancı hakem kararlarının Türkiyede muteberliğini ve icrasını temin etmekten başka bir çare mevcut değildir.

Gerçekten gerek memleketimiz gerekse kanunlarında yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında hüküm sevketmemiş olan diğer memleketler için hakem kararlarının hukukî mahiyetinin tayini meselesi ön plânda gelir²¹. Bu gibi memleketlerde, diğer memleketler mahkemesinde bahis konusu olan — yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkındaki muhtelif kanun hükümlerinin birbirinden farklı oluşunun tevhit ettiği kanunlar ihtilâfı problemleri yerine — doktrinin ve içtihatların daha iç hukuk sahasında ihtilâflı olduğu ve bunların bilhassa hakem kararlarının hukukî mahiyetinin tayini noktasında çarpıştığı görülür. Hattâ bazen bu gibi, tenfiz şikkına dair kanunlarında hüküm mevcut olmıyan memleketlerde, yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmesinin mümkün olamayacağı iddiası da öne sürüldüğü vakidir: Meselâ İsviçrenin Soleure ve Argovie kantonlarından yabancı hakem kararlarının icra olunamayacaklarına dair İsviçrenin

20) Neuchatel Medeni Usul Kanununun 501 inci maddesi aynen şöyledir:

«Les jugements définitifs en matière civile rendus par des tribunaux ou des arbitres étrangers au canton ne peuvent, être exécutés que lorsque l'exequatur en a été accordé par le tribunal cantonal.»

21) Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İst. 1939, s. 472 ve m. Salem, Droit International Privé de la Turquie makalesi, (Répertoire de Droit International, A. de Lapradelle et J. P. Niboyet, c. VII, s. 284, n. 296).

yetkili makamları tarafından milletlerarası ticaret odasına cevabi bir mektubun gönderilmiş olması bu görüşü teyid eder²². Nitekim 1919 tarihinden evvel İtalyada da, yabancı hakem kararlarının kabili icra olup olmadığı meselesi münakaşalı idi²³. Kezalik yabancı hakem kararlarının memleketimizde *aynen Türk hakem kararları gibi tenfiz* olunmaları gerektiği fikrini sayın Hocam Prof. Belgesay ile birlikte müdafaa eden Metr Salem, «*Türkiyenin Devletler Hususî Hukuku*» mevzulu makalesinde, serdettiği bu fikrin memleketimiz mahkemeleri tarafından kabul edilmemesi halinde yabancı hakem kararlarının Türkiye'de *icra edilmesinin mümkün olamayacağı mütalâasını* ileri sürece kadar ileri gitmiştir²⁴.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi ihtimalini derpiş eden ve bu bapta muayyen kanunî hükümler kaleme almış bulunan Devletlerle mezkûr mesele hakkında mevzuatları arasına hiç hüküm dercetmemiş olan Devletlerden başka bir de, yabancı hakem kararlarının ülkelerinde icra edilmesini «*siyasî muahedelerin aktine veya politik müteakabiliyet şartına*» bağlı kılan Devletler zümresini zikretmek lâzımdır²⁵. Bu devletleri bir bakıma, yabancı hakem kararlarının tenfizi konusunda *menfi hüküm sevk eden* Devletler olarak vasıflandırabiliriz. Halbuki yabancı hakem kararlarının muteberliğinin tanınması veya icrasının mümkün olabilmesi için mevzuatında daha yukarıda arz ettiğimiz hükümleri dercetmiş olan Devletler konuya *müspet* tarzda temas etmiş olan devletlerdir.

Yabancı hakem kararlarının icrası hakkında hüküm sevkeden Devletlerin bu esasın temini ve tahakkuku için muayyen şartlar derpiş etmeleri ve bu şartları haiz olmıyan hakem kararlarını tenfizden imtina etmeleri tabiidir. Kanunlarında yabancı hakem kararlarının *icrası hakkında hiç hiç bir hüküm bulamayan* memleketlerden bir kısmını da yabancı hakem kararları hakkında *müsaıt* durum alan devletler arasına sokabiliriz. Filhakika eğer bu memleketlerde hakem kararlarının bilhassa mukavelevî mahiyette olduğu telâkkisi hâkim ise, yabancı hakem kararlarının icrası

22) Brachet, z. g. e., s. 61.

23) Arrigo Cavaglieri, z. g. e., s. 393.

24) Salem, «Droit International Privé de la Turquie» makalesi, A. de Lapradelle et J. P. Niboyet, Répertoire de Droit International, c. VII, s. 288 ve m. ve s. 284.

25) Meselâ Sovyet Rusya H. U. M. K. 255'inci maddesi yabancı hakem kararlarının tarzı tenfizini bu bapta aktolunacak siyasî muahedelere tâbi tutmudur. Macaristan, Slovakya gibi memleketlerde hakem kararları müteakabiliyet şartı ile icra olunabilmektedir. (Bu hususta bakınız, Brachet, z. g. e., s. 53 ve s. 62).

keyfiyeti prensip itibariyle büyük bir güçlük doğurmaz. Mukaveleler her yerde mer'î ve muteber oldukları esastan hareket edilerek yabancı hakem kararları sırf hususî hukuk hükümleri çerçevesi dairesinde icra edilir. Fakat eğer hakem kararlarının tenfizini «siyasî andlaşma veya politik mütakabiliyet şartına» bağlı kılınacak olursa keyfiyet aynı değildir. Böyle bir prensibi ihtiyar eden Devletlerde, yabancı hakem kararlarının icrası mümkün olabilmek için evvel be evvel fiilî, siyasî bir olayın gerçekleşmesine veya bir âmme hukuku tasarrufu olan siyasî bir andlaşmanın aktine ihtiyaç vardır. Aksi takdirde — *bu memleketlerde hakem hükümlerinin mahiyeti hakkında mevcut telâkki ne olursa olsun* — mezkûr hükümlerin tenfizine imkân yoktur; hâkim bu bapta sebkedecek herhangi bir tenfiz talebini derhal reddetmeğe mecburdur. Bu kabil memleketlerde, temas ettiğimiz hal tarzı kabul edilmiş olduğuna nazaran, hakem kararlarının birer *hususî hukuk tasarrufu* mahiyetinde değil, bilâkis üzerlerinde Devlet otoritesi tecelli eden birer *âmme hukuku tasarrufu* mahiyetinde telâkki edildikleri izahtan müstağnidir.

II. Probleme temas eden andlaşmalar

1. Milletlerarası andlaşmalar

Bundan evvelki bahiste açıkladığımız veçhile bir yandan muhtelif Devletlerin hakem kararlarının tenfizine mütedair *mevzuatının birbirinden farklı oluşu*, öte yandan bu mevzu hakkında *doktrinin veya mahkeme içtihatlarının birbirine zıt fikir ve mütalâaları* muhtevî bulunuşu, nihayet muayyen kanunların yabancı hakem kararlarının tenfizini hususunu *politik veya fülî bir takım şartlara bağlı kılmaları* hallerinin doğurduğu mahzurların giderilmesi ve milletlerarası ticarî faaliyetlerin teşviki gayesi ile, muhtelif devletler, hakem kararlarının icrasını müteaddit *andlaşmalarla teminat altına almak* lüzumunu duymuşlardır²⁶. Yabancı hakem kararlarının milletlerarası alanda icrasını temin zmnında aktolunan mukavele-

26) *Lapradelle et Niboyet*, z. g. e. Clause Compromissoire et Sentences arbitrales bahsi s. 452 ve m. *Arthur Nussbaum*, z. g. e. Haag projesi, c. II, s. 253. *Arthur Nussbaum*, z. g. e., cilt II, s. 126, s. 237 ve m.; *Hususî andlaşmalar*: Türkiye'nin aktettiği andlaşmalar hakkında daha ileride malûmat veriyoruz. Fransa ve diğer devletlerin aktettiği andlaşmalar için, *Brachet*, z. g. e., s. 199 m. *Lapradelle ve Niboyet*, z. g. e., s. 459 ve 460, *Arthur Nussbaum*, z. g. e., s. 254-267'e bakınız.

lerinin en mühimi 21 Devletin akt veya iltihak ettiği 27 Eylül 1927 tarihli Genevre Protokoludur. Bu protokol Milletler Cemiyetinin gene Genevrede Devletlerin kabul ve tasvibine arz ettiği (25 Devlet tarafından mün'akit) 1923 tarihli protokolünün tamamlayıcısıdır. Filhakika 1927 tarihli protokolün hükümlerinden faydalanılabilmek için 1923 tarihli protokole iltihak etmiş olmak lâzımdır.

1923 tarihli protokole göre âkit devletlerin mahkemeleri, âkit 'araf-ların teb'ası tarafından aktolunacak hakem mukavelelerini (compromis) veya hakem şartını (clause compromissoire) *muteber sayacakları* ve böyle bir şartı ihtiva eden mukaveleler karşısında kendilerini yetkisiz addedecekleri hususu hüküm altına alınmış idi. Bu protokole göre her âkit devlet *kendi toprağında verilen hakem kararlarını* bazı kayıt ve şartlar mahfuz kalmak şartıyla *icra etmeği* de taahhüt etmiş bulunmakta idi²⁷. Buna mukabil hakem kararlarının *yabancı bir devletin topraklarında* verilmiş bulunmaları halinde bunların icrasını temin için bu protokolde herhangi bir hüküm sevkedilmiş değildi. Böyle bir hükmün fıkdanından dolayı Milletler Cemiyetinin eserinin pratik kıymeti bir hayli azalmakta idi. Filhakika hakem kararlarının beynelmilel sahada icrasını teminat altına almadıkça 1923 tarihli protokolü tasdik etme keyfiyeti bazı hallerde ihkakı haktan imtinayı bile müeddi olmakta idi, şöyleki :

1923 tarihli protokolü imzalamış ayrı ayrı devletlere mensup iki kişi arasında bir hakem mukavelesinin (compromis) aktedilmiş olduğunu tasavvur edelim. Bu mukaveleye müsteniden verilecek hükmü — âkit devletlerden *hüküm arazisine sadır olan devlet* — 1923 tarihli protokol mucibince icra etmek mükellefiyeti altında idi. Buna mukabil diğer âkit devletler için protokoldeki hüküm fıkdanı dolayısıyla böyle bir mükellefiyet yoktu. İşte bu son zikrettiğimiz devletlerden biri, haiz olduğu bu yetkiye dayanarak, (yani mükellefiyet altında bulunmadığını ileri sürerek) diğer âkit Devlet arazisinde ittihaz edilen hakem hükmünü *icradan imtina ettiği takdirde*, bu Devlet, Protokol mucibince hakem mukavelesine konu teşkil

27) Meselâ âkit devletlerden biri olan Fransa andlaşmasının 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının bahsettiği selâhiyete dayanarak, mevzuatına nazaran *ancak ticarî mahiyette addedilen* mukavelelere müteferri olan tahkim şartlarını tanımayı ve bu şarta binaen Fransada verilmiş olan hakem kararlarını icrayı taahhüd etmiştir. Kezalik aynı Devlet mezkûr protokolün 8 inci maddesine dayanarak protokolün, kolonilerine, denizasırlı ülkelerine, himaye veya mandası altındaki topraklara şumulü olmadığını beyan etmiştir. (Bakınız : *Lapradelle ve Niboyet*'nin z. g. e. inde nakledilmiş «Décret du 11 Juillet 1928, J. Off. 23 - 24 Juillet 1928».)

eden ihtilâfı kendi mahkemelerinde tetkik de ettiremeyeceği zira âkit devletlerden herhangi birinin arazisinde verilen hakem hükmünü *muteber saymağa* protokol gereğince mükellef olduğu cihetle, leyhine hakem hükmü verilen taraf mezkûr hükmü *icra imkânsızlığı* karşısında kalırdı. İşte 1923 tarihli anlaşmanın bu boşluğu kuvvetle kendini hissettirmiş olduğu için 1927 tarihli protokolle hakem kararlarının sadece verildikleri memleketlerde değil aynı zamanda *diğer âkit Devletler arazisinde de icrası teminat altına alındı*.

2. Türkiyenin aktettiği andlaşmalar

Türkiye Geneve andlaşmalarının gerek birincisine gerekse ikincisine iştirak veya iltihak etmiş değildir. Bu itibarla yabancı hakem kararlarının icrasına mütedair olan beynelmilel mahiyetteki bu anlaşma bize bu konu hakkında bir hal şekli göstermeyecektir. Türkiyenin yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında muhtelif devletlerle aktetmiş olduğu *hususî andlaşmalara gelince*, bu andlaşmalarda mevcut olan hükümlerden de mevzuu-bahs konu üzerindeki Türk sisteminin ne olduğuna dair kat'i bir fikir edinmek mümkün değildir. Filhakika, esas gayesi Türk hakem kararlarının yabancı devletler arazisinde muteberliğini temin ve bilmukabele yabancı hakem kararlarının Türkiyede icrasını taahhüd etmek olan Devletimizin bu gibi anlaşmaları aktederken muayyen bir sisteme bağlı kalma keyfiyetini ikinci plânda bıraktığını müşahade etmekteyiz.

Bu andlaşmaların esaslılarını sıra ile gözden geçirelim : 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan İdarei Adliye beyannamesiyle tahkim hakkında ilk andlaşmasını akteden Türkiye Cumhuriyeti, hukuk ve ticaret işlerinde âkit Devletlerin kanunlarına göre teşkil edecekleri hakem mahkemeleri tarafından verilen kararları, *Türk mahkeme reisine sadece tasdik ettirmek suretiyle* icra etmeği taahhüt etmişti²⁸. Velev yabancı hakem kararlarının tenfizi münasebetiyle olsa bile, tahkim hakkında sadece «tasdik» hususunda bir hüküm sevk etmek suretiyle zuhur edebilecek ihtilâfların değil

28) Lozan İdarei Adliye Beyannamesi, m. 4, Düstur, 3 üncü tertip, cilt V, s. 97 madde aynen şöyledir :

«Mevaddı hukukiye ve ticariyede bilcümle tahkimnamelerle tahkimname mahiyetindeki ahkâm mücaz olup bu suretle verilecek hakem kararları, bidayet mahkemesi reisinin tasdiki üzerine icra edilecektir, mumaileyh bidayet reisi, intizamı âmmeye mugayir olmadıkça hakem kararını tasdikten imtina edemeyecektir.»

hepsini, hattâ birkaçını dahi halle imkân olmadığı izahtan müstağnidir. Vakıa o zamanki politik durum münasebetiyle bu tarz bir anlaşmanın yapılmış olması kolaylıkla izah olunabilir. Fakat bugün aradığımız hal şekli bakımından bu anlaşmadan faydalanamayız. Filhakika bu hüküm esas ittihaz edilecek olursa Devletimizin ihtiyar ettiği sistemin ânime intizamı kaydı müstesna, kontrolsüz yabancı hakem kararlarını tasdik ve binaberin tenfiz olduğuna hükmetmek lâzımdır ki, buna mesağ olamaz.

* * *

16 Haziran 1929 da tasdik edilen Türkiye ile İtalya arasında münakit 10 Ağustos 926 tarihli «Adli Himaye, Adli Makamların karşılıklı müzaheret ve Adli kararların tenfizi» hakkındaki anlaşma o zaman mer'i bulunan İtalyan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 941 inci maddesinin koyduğu genel prensipten mülhem olarak her iki taraftan yalnız birinin veya bir tarafla diğer tarafın teb'aları arasındaki uyuşmazlıklarda verilen hakem hükümlerinin Türkiyede icrasının «yabancı mahkeme kararlarının» tâbi oldukları kayıt ve tenfiz şartlarına bağlı olduğunu bildirmiş ve mezkûr hükümlerin evveleminde (İtalyan sistemine uygun olarak) verildikleri memleket kanunlarına nazaran yetkili adli makamlar tarafından verilen kararların tesir ve kıymetini iktisap etmiş bulunmalarını (yani kabili icra olmalarını) şart kılmıştır²⁹.

İtalya ile aktettiğimiz andlaşmadan da bir netice çıkarmağa ve sistemimizin rûknünü tayin etmeğe imkân yoktur. Evvelce izah ettiğimiz üzere Hükümetimiz bu andlaşmayı aktederken yabancı hakem kararlarının Türkiyede tenfizi hakkında herhangi bir prensip vaz ve tespit etmekten ziyade her ne bahasına olursa olsun yabancı hakem kararlarının tenfizini temin etmek üzere bir anlaşmaya vasil olma gayesini gütmüştür. Bunu yaparken de bu anlaşmada hakem kararlarının tenfizi hakkındaki İtalyan görüşüne tebaiyet etmekte bir mahzur görmemiştir.

Filhakika, İtalyan müellifleri arasında hâkim olan telâkkiye göre, hakem hükümleri, velev hususî mahiyette bile olsa, *kaşai* bir karar teşkil

29) Sicilli Kavanin V. s. 129. Türk - İtalyan andlaşmasının bahsimizi ilgilendiren maddesi aynen şöyledir:

Madde 22: «Her iki taraftan yalnız birinin tebaası veya bir tarafla diğer tarafın tebaaları arasındaki ihtilâflarda hakemler tarafından verilen kararlara, yukarıdaki mevzu kaideler (mahkeme kararlarına mütedair olan kaideler) tatbik olunabilir, şu kadar ki, işbu kararlar verildiği memleket kanunlarına nazaran «selâhiyetli adli makam tarafından verilen kararlar tesir ve kıymetini haiz» bulunmak lâzımdır.»

etmezler. İtalyan müelliflerine göre, kaza, *emredici* kuvveti olan bir irade-nin taraflar arasındaki münasebeti tespit ve tanzim etmesidir. Hakem kararları ise böyle emredici mahiyetteki bir kuvveti ancak mahkemenin tasdikinden sonra (omologazione del lodo) kazanırlar. İtalyan müellifleri-nin görüşünü benimseyen Niboyet'nin dediği gibi, mahkeme tarafından henüz tasdik edilmemiş olan bir hakem kararı bir «*karar projesinden*» başka bir şey değildir³⁰.

İtalyan müelliflerinin mezkûr görüş tarzı yeni İtalyan Medenî Usul Kanununda da tesirini göstermiştir. Bahsi geçen kanunun 800 üncü maddesine göre, yabancı hakem kararlarının İtalyada muteberliğinin tanın-ması için aranan diğer şartlar meyanında bunların verildikleri memleket kanununa göre *kazaî otoriteler tarafından ittihaz edilmiş karar ve hüküm-lerin tesirini haiz olmaları* (yani mahkemece tasdik edilmiş bulunmaları) şartı da mevcuttur.

10 Ağustos 1926 tarihli Türk - İtalyan andlaşmasının akti sırasında mer'i bulunan 1865 tarihli İtalyan Usul Kanununun 941 inci maddesi de aynı esası kabul etmişti³¹. İşte bu nazariyenin tesiri altında akdolunan Türk - İtalyan andlaşmasının yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkın-daki Türk görüşünü ihtiva ettiği iddia edilemez.

* * *

Sovyet Rusya ile 11 Mayıs 1927 tarihinde aktettiğimiz Ticaret ve Seyrisefain muahedesine gelince, burada hakem kararlarının icrası yukar-dakinden farklı bir hükme bağlanmıştır. Mezkûr andlaşmaya göre âkit Devletler, teb'aları tarafından âkit Devletlerden birinin arazisi içinde mahallî kanunlara tevfiikan aktedilen hakem mukavelelerini — taraflar âkit Devletlerden birinin ülkesinde mukim olmak şartıyla — *muteber saymak* ve bu mukavelelere müsteniden verilen hakem kararlarını (âkit Devletlerden birinin kazaî makamları tarafından verilen mukaddem bir

30) Niboyet, Manuel de Droit International Privé, 1928, s. 973, Francesco Carnelutti, Istituzioni del nuovo processo civile Italiano, Roma 1942, s. 573, Calamandrei, La sentenze soggettivamente complessa, (Rivista di diritto processuale civile 1924, s. 254).

31) Filippo Bianchi, Il codice di procedura civile annotato sistematicamente, s. 775.

karara ve icra olunacakları memleket kanunlarına aykırı olmamak şartıyla) *icra etmek* vecibesini yüklenmişlerdir³².

Hakem mukaveleleri ve bunlara müsteniden verilen hakem kararları gibi aynı zamanda hem alâkadar şahıslar arasındaki hukukî münasebete ve hem de Devletin bu münasebet üzerindeki kazaî selâhiyetine tesiri olan muğlak ve muhtelit hukukî muamelelerden doğan ve bilhassa bu muamelelerin milletlerarası alanda tatbikinden ileri gelen bütün müşküllerin Türk - Sovyet Ticaret ve Seyrisefayin andlaşmasındaki kısa ve hattâ vuzuh ve kat'iyetten ari hükümle halledilebileceğini iddia etmek mümkün değildir³³. Filhakika bu anlaşma hakem kararlarının usul ve kanuna uygun suretle verildiklerini kontrol meselesini ihmal etmiştir. Tahkimde önemli olan cihet sadece hakem mukavelesinin (compromis) tâbi olduğu memleketin kanunlarına *uygun bir şekilde aktedilmiş* olması değil aynı zamanda hakem kararlarının da tahkimin tâbi bulunduğu kanunlara *uygun olarak ittihaz edilmiş* bulunmasıdır³⁴. Netekim muhtelif devletler

32) *Türkiye Cumhuriyeti Hariciye Vekâleti Muahedat Mecmuası*, cilt V, s. 98. *Düstur*, 3. üncü tertip c. 3, s. 1316; Türkiye Sovyet Rusya ile bundan sonra 16 Mart 1931 ve 8 Ekim 1937 de Ticaret ve Seyrisefain muahedeleri aktetmiştir, fakat bu andlaşmalarda hakem hükümlerinin icrası derpis edilmemiştir.

33) Mezkûr andlaşmanın bizi alâkadar eden maddesi aynen şöyledir :

Madde 7 : «Memleketeyn teb'a veya eşhası hükmüyesî beyninde kavanini mahal» «liyye tevfikân akt edilmiş olan hakem mukavelelerinin tarafeyn memleketeyn» «âkıdeynden biri ülkesinde mukim bulunmaları şartile muteber tanınacağını mem-» «lekeyni âkıdeyn taahhüd eder.»

«Aynı surette memlekeyni âkıdeyn balâda mezkûr mukavelenameler mucibince» «tayin edilmiş olan hakemlerin kararlarının icrasını atideki şeralt dairesinde derunte» «ederler : 1) Hakemlerin mukarreratının infazı keyfiyeti aynı maslahat hakkında» «tarafeyni âkıdeynden birinin müessesatı adliyesi tarafından ısdar edilmiş olan bir» «kararı mukaddeme muhalif olmyı; 2) Mukarrerat infaz edilecekleri memleketin» «kanunlarına muhalif ahkâmı muhtevi bulunmyı.»

Bu andlaşma hakkında bakınız : *Belgesay Mustafa Resit*, Devletler Hususi hukukunda Adliye, Kısım II, s. 247. *Motr Salem*'in makalesi : *Répertoire de Droit International Privé*, cilt VII, s. 283; *Nussbaum*, *Türkisch - Russisches Abkommen*, II, s. 266.

34) Fransız müellifi Niboyet eserinde, yabancı kanunlara tebean ittihaz edilen hakem kararlarının yine o kanunların hükmüne tâbi olması icap ettiği keyfiyetini mantıklı bir kaziye şeklinde izah etmiştir. *Niboyet*, *Manuel de Droit International Privé*, 1928, s. 974, N. I. Kezalik bakınız : *Seuffert - Walamann*, *Kommentar zur*

bizzat kendi prosedür ve kanunlarına tebean verilen hakem kararlarını dahi, ancak *adli makamların* kontrolüne tâbi kıldıktan sonra tenfiz edilmesine cevaz verirler³⁵. Vakıa bazı devletlerin kanununda temyiz veya istinaf yolu ile hakem kararları aleyhine müracaatı mümkün kılacak kanun yolları yoktur; diğer bazı memleketlerde bu yollar mevcut olmakla beraber bunlara müracaat imkânı henüz zail olmadan önce bile hakem kararlarının tenfizini istemek imkânı mevcuttur. Fakat bütün bu kanunlarda behemahal, hakem kararlarının *kontrolünü sağlayacak bir yol* mevcuttur, bilfarz bu : *tenfiz kararının verilmesine karşı itiraz yoludur*³⁶. Kezalik bazı kanunlarda taraflara, tenfiz kararının verilmesini itiraz suretiyle önleme imkânı verilmemiş olmakla beraber, bunlara kararın verilmesini müteakip derhal hakem hükmünü iptal ettirme *yolu açık bulundurulmuştur*³⁷. Hülâsa muhtelif devletlerin mevzuatına göre hakem hükümleri, ya tenfiz kararının verilmesinden önce veya bu kararın verildiği sırada yahutta kararın verilmesini müteakip, *kontrole tâbi tutulmuştur*.

Halbuki Türk - Sovyet anlaşmasında bu bapta herhangi bir serahat yoktur. Acaba bu anlaşmanın mevzuunu teşkil eden hakem kararlarının

Zivilprozessordnung, 1933, cilt II, s. 772, n. 2. 1930 tarihli ek kanunla Alman Medeni Usul Kanununun yabancı hakem kararlarının Almanyada infaz edilebilmeleri için saydığı şartlar arasında hakem kararının *tâbi olduğu ahkâma tevfikân müteber olması* kaydını en başa geçirmiştir. Ehemmiyetine binaen mezkûr kanunun bizi ilgilendiren 1044 üncü maddesini naklediyoruz : «*Tâbi olduğu ahkâma tevfikân bağlayıcı bir karakter iktisap eden yabancı bir hakem kararı, siyasi anlaşmaların başka bir hükmü âmir bulunmadığı hallerde dahilî hakem kararlarının tâbi oldukları prosedüre tevfikân tenfiz edilir.*»

35) Bizde bu kontrol H. U. M. Kanunumuzun 533 üncü maddesi hükmüne tevfikân yapılır. H. U. M. K. nun 533 üncü maddesine göre : «1 — Tahkim müddetinin inkisasından sonra karar verilmiş olması, 2 — Talep edilmemiş bir sey hakkında karar verilmesi, 3 — Hakemlerin selâhiyetleri dahilinde olmayan meseleye karar vermeleri, 4 — Hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermeleri» noktalarından hakem hükmü kontrol edilir.

36) «Opposition à l'ordonnance d'exécution» yolu için Fransız Code de Procédure Civil'in 1028 inci maddesine ve aynı mahiyette olan *Einwendung gegenüber dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung* prosedürü için Alman Z. P. O., m. 1041 - 1042 ye bakınız.

Not : Alman Usul Kanununa göre, hakem kararlarına karşı iptal sebepleri hem dâva yolu ile ve hem de *tenfiz kararına karşı itiraz suretile* dermeyer edilebilir. (Seuffert - Walde mann, z. g. e., c. 2, s. 762).

Türkiyede olsun Rusyada olsun kontrol edilmesine veya bu kontrolün vukuunun aranmasına lüzum yok mudur ? Böyle bir ihtimali kabul etmek biraz müşküldür.

Yerli bir mahkemenin yabancı bir hakem hükmünün tenfizine karar vermezden evvel bu hükmün tâbi olduğu kanun ve prosedüre nazaran *muteber olup olmadığını* araştırması Devletler Hususi Hukuku kaideleri icabatındandır³⁷. Ancak bu kontrolün yerli hâkim tarafından ifası yabancı kanunun inceliklerinin bilinmesinc bağlı ve bu itibarla bazen çok müşkül olduğundan tenfiz kararını verecek olan hâkim için diğer bir çare vardır o da yabancı hakem kararının *verildiği memlekette kontrol edilip edilmediğini tahkik* etmek kısaca yabancı hakem hükmünün tâbi olduğu kanuna nazaran *kat'iyet iktisap* edip etmediğini anlamaktır³⁸.

Halbuki üzerinde durduğumuz anlaşmada bu bakımdan büyük boşluklar mevcuttur. Bu anlaşmada mevcut diğer bir noksan da bunun hakem kararlarının *tenfiz tarzı* hakkında muayyen bir hükmü ihtiva etmeyişiştir. Sovyet Rusyanın İtalya ile 7.XII.924 tarihinde aktettiği ve hüküm itibarıyla bizimle yapılan muahedenin 7 nci maddesine *aynen tekabül eden* «Ticaret ve Seyrisefayin» anlaşmasının 12 nci maddesinde ise iki âkit Devlet birbirinin toprağında verilen hakem kararlarını icra etmeği prensip olarak kabul etmiş olmakla beraber *bu icranın tarz ve usulünü* 3 ay içinde akt edecekleri ikinci bir anlaşma ile tespit edeceklerini ayrıca taahhüt etmişlerdir³⁹.

37) İtalyan Usul Kanunu 829 uncu maddesi hükmü ile «*Casi di nullità*» matlâbı altında bu yolu hakem kararlarına karşı açık bulundurmıştır.

38) Sovyet Rusyada hakem kararlarına cebri icra kuvveti bahşeden halk mahkemelerinin bu kararlar üzerindeki kontrol selâhiyeti için: *Eugel Kelman*, *Schiedsgerichte im Sowjetrecht* makalesi. (Nussbaum, z. g. e., cilt I. s. 145, n. 7).

39) Yabancı hakem kararlarını tenfiz hükmünü vermeden evvel yerli mahkemelere bu bakımdan bir kontrol selâhiyeti tanımış olmamız hakem kararlarının *adli kararlar mahiyetini haiz oldukları fikrini* benimsemiş olmamızı tazammun etmez; daha ilerideki maruzatımızla da görülebileceği üzere hakem kararlarının mahkeme kararı mahiyetinde olduğu fikrine taraftar olanlar tenfiz kararı verilebilmesi için yabancı hakem kararlarının kat'iyet veya nihailik kazanmış olmalarını değil *verildikleri memlekette adli kararların husule getirdikleri neticeleri yani icra kabiliyetini* ihraz etmiş olmalarını şart koşarlar. Bu iki mefhum arasında ehemmiyetli bir fark mevcuttur, hakem kararları adli makamlar tarafından kontrol edilerek *tasdik edilmekle* kabili icra olurlar, halbuki bunların nihailiği tarafların bu kararlara karşı kanun yollarına başvurma imkânlarını izaa etmelerile olur. (Bakınız: H. U. M. K., m. 533 ve 536, keza 1927 tarihli Genevre Anlaşması, m. I.).

Hakem kararlarının icrasına müteallik Türk - Sovyet andlaşmasının üzerinde durduğumuz hükmünü *andlaşmaların tefsiri* yolu ile tamamlamak belki de mümkündür⁴¹. Türk ve Sovyet murahhasları yabancı hakem kararlarının icrası hakkında bir andlaşma aktederken şüphesiz bu andlaşmanın tatbiksiz kalmasını değil bilâkis mevzu ve gayesinin tahakkukunu istemişler, birbirinin arazisinde verilen hakem hükümlerinin icrasını arzu etmişlerdir. Bu esastan hareket edilerek bilfarz diyebiliriz ki : Âkit devletlerin akt ettikleri andlaşmanın, henüz normal müracaat yolları ile kendi memleketlerinde *kabili iptal* olan kararlara tatbik edilmesini istedikleri düşünülemez⁴². Böyle bir istek, evvelce belirtmiş olduğumuz muhtelif memleketlerin tahkim'e mütedair sevkettikleri hükümlerden de anlaşılacağı üzere tahkim müessesesinin bünyesi ile kabili telif değildir. Bir devletin kendi kanunlarına göre henüz kabili iptal olan hakem hükmünün kayıtsız ve şartsız olarak diğer devletin arazisinde icra edilmesini temin zımında muahede aktettiği düşünülemez.

İkincisi denilebilir ki, yerli mahkemenin bu verilen kararların verildikleri memlekette kanun ve usulüne uygun olarak ittihaz edilip edilmediğini bizzat tetkik ve kontrol etmesi bugünkü şartlar altında çok müşküldür. Binaenaleyh hakem hükmünün doğrudan doğruya *yabancı âkit Devlette haiz olduğu ve iktisap etmiş bulunduğu kıymete önem vermek*, yani hükmün kat'ileşmiş olup olmadığını tetkik etmek ve ancak kaziyei muhkeme halini almış olan hakem kararlarının icrasına karar vermek hem tarafların iradesiyle hemahenk ve hem de tahkimin bünyesi ve icapları ile kabili telifdir.

Türk - Sovyet andlaşmasında aydınlanması gereken bir cihet de andlaşmanın 7 nci maddesinin ikinci bendinin ihtiva ettiği hükümdür. Bu bende göre, hakem hükümlerinin *infaz edilecekleri memleketin kanunlarına aykırı ahkâm ihtiva etmemeleri* şarttır. Âkit devletlerin bu kayıttan kastettiklerinin ne olduğu da teemmüle muhtaçtır. Eğer mezkûr kaydı geniş mânada telâkki edecek olursak yerli hakimın âkit devlette sadır olan

40) *Arsène Stoupnitsky*, Droit International Privé Soviétique isimli makalesi, (Rép. Droit Int. Privé, c. VII, s. 121, n. 196).

41) *Cemil Bilsel*, Devletler Arasında Andlaşmalar, İstanbul 1936, s. 172. *Valéry*, Manuel de Droit International Privé, application des traités Internationaux, s. 617, 624. *Belgesoy*, Kanun ve muahede arasında münasebet (Cemil Bilsel'e Armağan, s. 109).

42) *Eugen Kelman*, Sovyet Rusyada Hakem mahkemesi hakkında makalesi, Z. g. e. s. 142, n. 8 ve aynı sahifedeki II n. li not.

hakem hükmünü kendi kanunlarına uygun olup olmadığı bakımından *yeniden gözden geçirmesi* yani *revizyon yapması* selâhiyeti vardır demektir⁴³. Bu derece şumüllü bir kontrol yetkisinin tanınması ise, iki taraf arazisinde verilen hakem hükümlerinin icrasını temin zımında âkitlerin taahhüde girişmeleri keyfiyeti ile kabili telif değildir. Profesör Belgesay pek haklı olarak, andlaşmanın mezkûr bendinin, *âmme intizâmı mülâhazasile mevzu bir hükme muhalif olan* hakem kararını istihdaf ettiğini söylemektedir⁴⁴. Sovyet Rusyanın İtalya ile aktettiği Ticaret ve Seyrisefayin andlaşmasında bizde olduğu gibi kanuna muhalif ahkâm ihtiva etmeme kaydı yerine *«âmme intizâmı ve iç âmme hukuku kaidelerine muhalif ahkâm ihtiva etmeme»* ibaresi kullanılmıştır ki, şüphesiz bu ibare âkit devletlerin maksadını ifade etmek bakımından daha yerinde ve tahkimin mahiyeti ile kabili telifdir⁴⁵.

Arzettiğimiz şekilde üzerinde durduğumuz andlaşmanın hükmünü imal etmek suretile onu kabili tatbik bir hale ifrağ etmek belki de mümkündür ama Türk sisteminin bu anlaşmanın ihtiva ettiği prensibe dayandığını düşünmek yersizdir. Bir kere bu anlaşmanın temel prensibinin ne olduğunu anlamak bir meseledir. İkincisi bu anlaşmanın tebaiyet ettiği esas prensip ile Türk-İtalyan anlaşmasına rehber teşkil eden prensibin aynı olduğu iddia edilemez.

* * *

Devletimizin tahkim hakkında yabancı devletlerle akt ettiği andlaşmalardan biri de Türk - Avusturya andlaşmasıdır.

22 Haziran 1930 tarihinde Avusturya ile akt ettiğimiz «Hukukî ve Ticarî mevaddı Adliyeye müteallik müteakıl münasebetlere ve adli kararların tenfizine» dair anlaşma⁴⁶, İtalya ile aktettiğimiz anlaşmanın

43) Tahkimin revizyon kabul edip etmediği, bakınız : *Niboyet*, Manuel de Droit International Privé, s. 981, n. 883, ve 943, n. 842; *Salem*, z. g. e., cilt VII, s. 284, n. 293 ve 294.

44) *Belgesay*, Devletler hususî hukukunda adliye, cilt II, s. 247.

45) *Niboyet*, Tahkimin revizyon'a tâbi tutulup tutulamayacağına dair, z. g. e., s. 981, n. 883.

46) *Seviğ Muammer Rasit*, Devletler Hususî Hukuku, c. II, s. 449 - 458. Mezkûr andlaşmanın 20 nci maddesi aynen şöyledir :

«Âkit taraflardan birinin arazisinde hakemler tarafından verilen kararlar diğer âkit taraf arazisinde lâzımüttenfiz olacaktır. Şu şartla ki, işbu kararlar sadır olduk-

hemen hemen aynıdır. Burada da hakem kararları tıpkı İtalya ile aktedilen anlaşmada olduğu gibi» sadır oldukları memleket kanununa nazaran *adli kararlar* mahiyetini haiz bulunmaları (yani memleketlerinde kabili icra olmaları) şartı aranmıştır. Demek oluyor ki, Türk - Avusturya anlaşmasında İtalya ile olan anlaşmada olduğu gibi, verildikleri memleket kanununa nazaran henüz kabili icra olmayan yani bir mahkeme kararı tesirini husule getirmeyen hakem hükümlerine kıymet verilmemektedir.

Bahsi geçen anlaşmalarda hakem hükümlerine, ancak memleketlerinde *kabili icra olduktan sonra kıymet verilmesi, ve bu hükümlerin* memleketlerinde kabili icra olmadan önce yani sırf âkti bir kuvveti haiz bulundukları müddetçe anlaşmanın çerçevesi içersine girememeleri, bu anlaşmalarda hakem kararlarına — *mahkeme kararı mahiyetini haiz oldukları nispette* — kıymet verildiğine yani hakem kararlarının *kazâi mahiyette telâkki edildiğine* bir delildir. Halbuki Türk - Sovyet anlaşması ile Lozan İdarei Adliye beyannamesinde münderiç bulunan prensip bundan farklı ve, bahsi geçen anlaşmalarda mezkûr şartın aranması icabetmediğine nazaran, belki de hakem hükümlerinin *mukavelevî mahiyette* bulunduğunu mübeyyindir.

* * *

Türkiyenin, yabancı Devletlerle milletlerarası münasebetlerini kolaylaştırmak emelile⁴⁷ bu devletlerin mevzuatına uyarak aktetmiş olduğu anlaşmalardan kendi sistemimizi istihraç etmek imkânı olmadığına ve evvelce belirttiğimiz veçhile kanunlarımızda yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında bir hüküm bulunmadığına nazaran, sistemimizin ne olduğunu tayin etmek için bizim de tıpkı Fransada olduğu gibi *evvelâ hakem kararlarının hukukî mahiyetini tayin etmemiz icabeder ki, bu problemi gelecek bahiste hemen ele alacağız.*

ları memleket kanunlarına nazaran adli kararlar kuvvetini haiz olsun ve tenfizleri talep olunan memleket kanunlarına tevfikân hükümlerin mevzuu hakeme müracaat suretile halli kabil mahiyette bulunsun.»

«Tenfiz kararının icrasını isteyen taraf atıdaki vesikaları ibraza mecburdur.

1 — Tahkimname yahut tahkim maddesini muhtevî mukavelename. 2 — Hakem kararının bir sureti. 3 — Kararın kaziyel muhkeme halini aldığı ve lâzımüttenfiz olduğunu tasdik eden bir şahadetname. İşbu şahadetname; atıdaki şartlar dairesinde verilecektir: a) Hakem kararının Avusturya Cumhuriyeti dahilinde icrasını emre selâhiyettar bir Avusturya mahkemesi tarafından sadır olması. b) Hakem kararının Türkiye Cumhuriyeti ülkesi dahilinde Türkiyede tasdikine selâhiyettar bir mahkeme tarafından verilmiş olması.»

47) *Salom, Répertoire de Droit Int. Privé, z. g. m., n. 292.*

TAHKİMİN HUKUKİ MAHİYETİ

I. Tahkimin esas mahiyeti

1. *Tahkimi mahkeme kararı mahiyetinde telâkki eden nazariye*

Acaba tahkimin hukukî mahiyeti nedir? Türk hukuku zaviyesinden bakacak olursak tahkim müessesesini ne şekilde vasıflandırabiliriz? Müellifler tahkimde üç esaslı unsur tefrik ederler: 1) Tarafların hakem kararına uyacaklarına dair aralarında âktettikleri *hakem mukavelesi* (compromis) 2) Böyle bir mukaveleye müsteniden verilen *hakem kararı* 3) Nihayet hakem kararının mahkeme kurulu veya mahkeme başkanı tarafından *tasdiki*⁴⁸.

Bu üç unsurdan ilk ikisinin birbirinden müstakil veya birbirine bağlı sayılmasına göre hakem hükmünün hukukî mahiyeti hakkındaki telâkki değişir. Hakem hükmünün hakem mukavelesinden (compromis) ayrı ve müstakil bir varlığı olduğu kabul edilirse bunun *mahkeme kararına* benzediği, yani kazai mahiyette bulunduğu iddia edilir. Yok eğer mezkûr hüküm hakem mukavelesine merbut ve onun bir mütemmimi telâkki edilirse o zaman tahkimi *akti mahiyette olduğu fikri daha kolaylıkla* öne sürülür. Hakem hükümlerinin kazai mahiyette olduğunu iddia eden hukukçuların başında Lainé vardır. Bunun yanında Pillet, Niboyet, Glasson, Garçonnet ve Sezar - Bru gibi müellifler birbirinden farklı esbabı mucibelere dayanmakla beraber esasta aynı görüşü iltizam etmiş bulunmaktadırlar⁴⁹. Kezalik İtalyan hukukçuları arasında Zanobini, Ghiovenda, Calamandrei ve Carnelutti birbirine mümasil olmıyan görüşler ileri sürmekle beraber hakem hükümlerinin *kazai mahiyetini* kabul hususunda ittifak ederler⁵⁰.

48) Brachet, z. g. e., s. 5.

49) Lainé, z. g. e., z. g. makale s. 641, Pillet, Traité de Droit International Privé, c. II, s. 540, Niboyet, Manuel de Droit International privé, s. 976, Brachet, z. g. e., s. 30, Glasson, Précis de Proc. Civ. 2nci basım, c. V, n. 1855, Garçonnet ve Sezar - Bru, Traité théorique et pratique de Procédure civile, 2nci basım, c. VIII, n. 3078.

50) Zanobini, Natura ed efficacia delle sentenze degli arbitri, Studi in onore di Carlo Fadda, c. VI, s. 109; Calamandrei, la senteza soggettivamente compresa,

1899 tarihinde İspanya Kraliçesi Marie - Christine verasetinin tanzimi meselesinin doğurduğu çeşitli müşküllerden birinin halli için beyan ettiği mütalâa ile şöhret kazanan Lainé'nin hakem kararları hakkındaki fikri hülâsaten şudur :

Hakem iki taraf arasında mevcut olan bir *uyuşmazlığı*⁵¹ halletmeğe memurdur; tarafların sarîh veya zımnî anlaşmaları üzerine bir işe vaziyet eden adli mahkemeler için de keyfiyet aynıdır. Hakem mukavelesi (compromis) aktolunduktan ve hakemler tayin edildikten sonra mahkemelerde olduğu gibi alâkadarlara *taraflar* adı verilir⁵². Gerek taraflar gerekse hakemler aksine mukavele olmadıkça kazaî makamlara ait olan *usullere* (prosedüre) tebaan dâvayı yürtürler⁵³. Hakemler *reddi hâkim* sebeplerine binaen reddolunabilir⁵⁴. Bunlar, hilâfına anlaşma olmadıkça *hukuk* kaidelerine dayanarak hüküm vermek zorudadırlar⁵⁵. Nihayet hakemlerin verdiği hükme *karar* denilir⁵⁶. Bundan maada Lainé, hakem kararları aleyhine *istinaf* mahkemelerine müracaat edilebileceğini de öne sürerek mezkûr mahkemelerin hakem kararlarını teyid veya tadil edilebilmeleri keyfiyetini hakem kararlarının *kazaî* mahiyette bulunduğunu izhar eden birer delil olarak göstermiştir. Gerçekten, bir tasarrufun münhasıran *akdî* mahiyette telâkki olunması halinde tadil edilebilmesi ve bu suretle devletin kendi iradesini âkitlerinkinin yerine ikame edebilmesi kabul olunamaz⁵⁷.

Lainé'nin mütalâası, yukarıda zikri geçen ihtilâfı rüyet eden Fransız Seine mahkemesi tarafından 1899 senesinde muvafık görülmüş ve mahkeme o güne kadar zamanın büyük hukukçularından Merlin'in tesiri altında kalmış olan Fransız doktrininin görüşünden ayrılarak hakem kararlarının

Rivista di diritto processuale civile 1924, s. 254; *Ghiovenda*, principi s. 104 (Brachet tarafından zikredilmiştir, z. g. e., s. 30).

51) H. U. M. K. 516, 530.

52) H. U. M. K. 516, 518, 524.

53) Fransa için bu böyledir (C. P. C., m. 1009), Türk hukukunda böyle bir şart yoktur (H. U. M. K., m. 525).

54) H. U. M. K. 521.

55) Fransa için bu böyledir (C. P. C., m. 1019), Türk hakem kararları için böyle bir vaziyet yoktur (*Belgösay*, z. g. Şerh, madde 484 şerhi); Rabî Koral, İç hukukumuzda tahkim, z. g. mec., s. 1061, aynı müellif Yeni ve Eski Hukukumuzda tahkim, z. g. mec., s. 204.

56) H. U. M. K. 531, 532, 533.

57) Lainé, z. g. e., s. 651; *Glasson*, z. g. e., s. 394; *Brachet*, z. g. e., s. 79.

akti değil *kazai* mahiyette olduğunu kabul etmiştir. O tarihten sonra da bir çok Fransız mahkemeleri aynı görüşü iltizam etmişlerdir⁵⁸.

Yargıtay Ticaret Dairemiz de son zamanlarda müstakar bir mahiyet almağa yüz tutan kararlarile hakem hükümlerinin *kazai mahiyette* olduğu şikkını iltizam etmektedir.

Yargıtay Ticaret Dairesi 48/4700 E., 1495 K., 23/3/949 tarihli ilâmile yabancı hakemler tarafından kanun hükümleri dairesinde verilmiş kararların yabancı *mahkeme ilâmlarına kıyasen* selâhiyetli Türk mahkemesinden tenfiz kararı alınmadıkça icra olunamayacaklarını belirtmiştir^{58a}.

Yine aynı daire 48/4733 E., 2042 K., ve 22/4/949 tarihinde ittihaz ettiği ikinci bir kararda *aynı görüşü teyid* etmiştir⁵⁹.

Nihayet Ticaret Dairemiz son olarak verdiği 4/10/950 tarihli tavzih hükmünde eski görüşünü şu ibarelerle bir daha teyid ve takviye etmiştir :

«Hakem kararı Arjantinde seçilmiş hakemler tarafından Arjantin kanunları hükümleri dairesinde verilmiş bir karar olması bakımından alâkadarın kıyasen *Ecnebi mahkemeleri ilâmları hakkındaki usul hükümleri veçhile* selâhiyetli Türk Mahkemessinden tenfiz kararı istihsal etmedikçe bu hakem kararının icrasına kanunen imkân bulunmadığı tebarüz ettirilmiş olup Arjantinde aktedilmiş sözleşmeye tevfiikan aynı yerde seçilmiş olan hakemlerin verdikleri kararın hem ittihaz edildiği mahal ve hemde hakemlerin tatbik eyledikleri kanunlar dolayisiyle Türkiyede icra edilebilmesi için *usulen tenfiz kararı alınması* gerektiği aynı ilâmda açıkça gösterilmiş olmasına ve bu itibarla olayda tavzihi mucip bir cihet bulunmadığına 14/10/1950 tarihinde oy birliğiyle karar verildi»⁶⁰. Görülüyor ki, mezkûr Daire hakem hükümlerini *mahkeme kararı mahiyetinde* ad ve telâkki etmektedir.

58) *Tunus mahkemesi*, Ocak 1924 T. kararı (Clunet, 1925, s. 769); *Maraslya mahkemesi* 31.10.912 ve istinaf üzerine *Aiz mahkemesi* 18.12.913 (Clunet 1913, s. 880); *Seine mahkemesi* 2.2.926 t.l. kararı (Clunet 1927 s. 436).

58a) *İstanbul Baro Dergisi*, Ekim 1949, Sayı 10, s. 631.

59) *Tatbikatta Yargıtay Kararları*, Sene I, sayı 1-2, s. 51.

60) *Yargıtay Ticaret Dairesi*, Esas N. 950/4700, Karar N. 4185 T. 14/10/950.

Büyük hukukçu Lainé'nin kanunun kullandığı terimlere dayanarak hakem kararlarını *mahkeme* kararlarına benzetmesi keyfiyeti zannımızca kabule şayan değildir.

Evvelâ hüküm, ihtilâf veya niza tâbirleri *resmî* bir makam olan mahkemelerin görevini ifade etmek üzere değil de felsefi veya etimolojik mânalarında kullanılmış olabilirler. Weiss'in dediği gibi, filozof için hükmetmek bir şeyin diğer bir şeye uygunluğunu beyan ve ifade etmektir, birbirine zıt olan iki iddia arasında birini tercih etmek üzere tayin olunan her şahıs bir *hüküm* verir, bu itibarla kanunun hakem kararlarına *hüküm* ismini vermiş olması, bu kararların mahkeme kararlariyle aynı mahiyette olmasını istilzam etmez⁶¹.

Saniyen, Lainé'nin hakem hükümlerinin *mahkeme* kararlarına mümasil olduğunu ispat etmek üzere öne sürdüğü sebeplerin bazıları memleketimiz için varit değildir. Meselâ Fransada hakemler hükümlerini Fransız kanununa veya usulüne dayandırmak mecburiyetindedirler. Bil'akis bizde hakemler kanun veya prosedüre bağlı olmadan hak ve nesafete müsteniden karar verebilirler⁶².

Salisen memleketimizde Fransadakinden farklı olarak *istinaf* mahkemeleri de yoktur; bu itibarla hakem hükümlerinin üstün bir mahkeme tarafından tekrar gözden geçirilmesi (*revision*) mevzubahs değildir. Bu bakımdan da hakem hükümlerinin mahkeme kararlarile aynı muameleye tâbi tutulduğu iddia edilemez.

2. Tahkimi akti mahiyette telâkki eden nazariye

Hakem hükümlerinin birer mahkeme kararı mahiyetinde olduğunu kabul etmiyoruz ama acaba hakem kararları *sırf akti mahiyette midir*? Hakem kararlarının mahkeme kararı mahiyetinde olmadığını iddia edenlerin hemen hepsi bu kararların münhasıran akti mahiyette olduğunu iddia ederler.

Hakem kararlarının *sırf akti mahiyette olduğunu iddia edenlerin* başında Weiss⁶³ gelir, sayın hocam Prof. Belgesay dahi aynı fikirdedir.

61) Bu hususta değerli hukukçu Paul Brachet'nin z. g. e. nin 70 inci sahifesine bakınız.

62) H. U. M. K., m. 525, *Belgesay*, z. g. e., s. 484; *Rabi Koral*, İç hukukumuzda tahkim, z. g. mecmua, s. 1061.

63) Weiss, *Traité de Droit International Privé*, c. VI. s. 29.

Bundan mada «yabancı hakem kararlarının beynelmilel sahada tenfizine» dair tezi ile şöhret kazanan Paul Brachet ve hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi hakkında muhtelif makaleler neşreden Metr Salem, nihayet değerli Prof. Sabri Şakir Ansay hep hakem kararlarının akti olan mahiyetini tebarüz ettirmişlerdir⁶⁴.

Bu müellifler ezcümle şöyle derler : hakem kararları *aktî mahiyette*dir, çünkü bu kararlar bir akit olan hakem mukavelesine (compromis) dayanır. Taraflar bir hakem mukavelesi aktetmekle bu yüzden doğacak olan vecibelerin ifasını birbirine karşı *taahhüt* etmişlerdir. Hakem selâhiyetini iki tarafın arzu ve *iradesinden* alır ve bunların bizzat yapabileceği bir işi yerlerine kaim olarak ifa eder. Bu itibarla hakem, tarafların müşterek bir *vekilidir*. İfa ettiği görev hâkiminkine benzemez ve *verdiği karar bir hüküm mesabesinde değildir*. Hakem hükmü hakem mukavelesinden neşet eder binaberin onunla yekvücuttur, gerek hakem mukavelesi gerekse hakem hükmü tek bir anlaşmanın ayrı ayrı iki cüzünden ibarettir⁶⁵.

Yargıtay İcra ve İflâs Dairemiz, yabancı bir hakem kararının icrası münasebetile verdiği tasdik kararı ile, hakem hükümlerinin *akdî mahiyette* olduğu şikkını iltizam etmiştir. Filhakıka mezkûr Daire, İstanbul İcra Hakimliğinin, hakem kararlarının yabancı mahkeme ilâmları gibi değil, *Türk hakem kararları* gibi icra olunacaklarını mutazammın bulunan E. 47/6444, K. 114, 4/3/948 tarihli hükmünü tasdik etmekle, «*akit*» teorisini benimsemiş ve binnetice hakem hükümlerinin mahiyeti hakkında içtihat sahasında memleketimizde ikilik arız olmuştur. İstanbul İcra Hâkimliğinin hükmü şu esbabı mucibeyi ihtiva etmekte idi :

64) Salem, L'arbitrage en Turquie, (Nussbaum cilt III, s. 89); Salem, Le Droit International privé de la Turquie, (Répertoire, cilt VII, s. 282); Salem, Exécution des jugements Étrangers en Turquie, (Clunet, 1928, s. 312), Ansay Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1950 s. 344 - 345, Dr. Berki Osman Fazıl, aynı şekilde tahkimin mukavelevî mahiyette olduğu fikrindedir, Devletler Hususi Hukuku, Ankara 1949, s. 421. Kezalik aynı mütalâa da : Müfit Erkuymucu, z. g. m., s. 586.

65) Belgesay, Devletler Hususi Hukukunda adliye, s. 242, Brachet, z. g. e., s. 80, 81 ve m., Weiss, z. g. e. c. VI, s. 29; Merlin, Questions de Droit, 4 üncü basım, Jugement bahsi p. 14, s. 143 - 145 (Niboyet, Manuel, s. 972).

«Takibin müstenidi olan vesika bir hakem kararıdır. Yargılama Usul-leri Kanununun 536 ncı maddesine göre hakemlerin verdiği karar temyiz müddeti geçince mahkeme reisi veya hâkimi tarafından tasdik olunur. Tasdik keyfiyeti karar zirine zaptı mahsusuna yazılır. Hakem kararları ancak bu suretle kabili icradır.

İcra dosyasındaki hakem kararı zirine hakem kararının Dış İşleri Bakanlığına 22/Temmuz/947 tarihinde usulüne uygun olarak tebliğ edilmiş olup temyiz edilmemesine mebni 4/10/947 tarihinde tasdik edildiği yazılıdır. Tasdik şerhi Başkan tarafından imzalanmıştır. O halde bu hakem kararı 536 ncı madde mucibince kabili icra hale gelmiştir...

Ecnebi mahkemelerinden verilen *ilâmların sureti tenzifi hakkındaki usul hükümleri de hakem kararları hakkında* velevki ecnebi hakemler tarafından verilmiş olsun *uygulanamaz.....»*

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi, E. 2614, K. 2931 ve 28/6/948 tarihli kararı ile İcra Hâkimliğinin bu hükmünü «*kanuna uygun*» görmüş ve tasdik etmiştir^{65a}.

Vakıa Yüksek Daire, 11.7.950 tarihinde ittihaz ettiği bir karar münasebetile eski görüşünün şiddetini hafifletmiş ve Ticaret Dairesinin telâk-kisine yaklaşmış gibi görünmekte ise de^{65 b}, Yargıtay İcra İflâs Dairesi ile Yargıtay Ticaret Dairesi arasında mülâhaza ettiğimiz tarzdaki ihtilâfın zuhuruna sebebiyet veren hâdise henüz nihai bir karara bağlanmış değildir. Hâdise halihazırda Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna intikal etmiş bulunmaktadır. Yüce Daire bu bapta henüz kararını vermemiş olduğundan iki daire arasındaki görüş ayrılığı şimdilik zail olmuş değildir^{65c}.

65a) Yukarıda arzettiğimiz bu iki karar Dr. Osman Fazıl Berki tarafından da zikredilmiş bulunmaktadır. Bakınız, *Dr. Osman Fazıl Berki, Devletler Hususi Hukuku*, 1949, s. 422.

65 b) *Yargıtay İcra İflâs Dairesi*, E. 1919, K. 3334, 11.7.950 t.11 kararı (T. Yargıtay Kararları mec. S. 16, s. 473).

65 c) Vakıa Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna intikal etmiş olan ihtilâf haddizatında İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı ile Yargıtay Ticaret Dairesi arasında tahkîm yüzünden zuhur etmiş bir ihtilâftır ama, Yargıtay Genel Kurulunun iki taraftan birini iltizam etmesine göre, y. hakem kararlarının memleketimizdeki tarzı tenfizine ve binaenaleyh bunların mahiyeti hakkında iki yüksek Daire arasında mevcut olan görüş ayrılığına da tesir ika edeceği, veya belki de memleketimizde iki tarz tenfiz usulünün cari olmasına meydan vereceği kanaatindeyiz. Bu bakımdan Yüce Kurulun vereceği kararı merakla beklemekteyiz.

Bu noktalara ileride, «*Yabancı hakem kararlarının icrası probleminin halli*» bahsinde yeniden avdet edeceğimizden şimdilik daha fazla üzerinde durmuyoruz.

3. Tahkimin mahiyeti hakkındaki kendi görüşümüz

Bize gelince, hakem kararlarının *mahkeme kararı* mahiyetinde olduğu iddiasına iştirak etmediğimiz gibi, bunların münhasıran *birer mukaveleden ibaret bulunduğu* ve hukukî mahiyetlerinin *akıt sahasının dışına çıkmadığı* fikrine de aynen iştirak etmiyoruz.

Eski hukuk şarihlerinden birinin istidraten ileri sürmüş olduğu bir mütalâayı burada zikretmeği faydalı buluyoruz : Mecelle şarihlerinden Atıf Bey, eski mevzuatımıza göre tarafların aralarındaki nizada hüküm etmek üzere bir tek hakem seçip seçemeyecekleri meselesini incelerken şu mülâhazayı yürütür ve der ki, «Bir kimse meselâ hem bayi ve hem de müşterinin vekili olmadığı halde tarafeynin hakemi olabilir, çünkü vekâlette *inşaa* olduğundan vekil tarafeynden iktibas ettiği iktidar ile müvekkilunbihi her ikisi için inşa edemez⁶⁶. Ama hakemin hükmü *ihbar* kabilinden olmakla hakem tarafeynden filân haklı ve filân haksız veyahut dâvanın şu cihetinde filân ve bu cihetinde filân haklıdır diyebilir.»

Kanaatimizce bu görüş hakemin görevini canlı bir şekilde tebarüz ettirir ve tahkimi hem «vekâlet» ve hem de «sulhtan» meharetli bir şekilde tefrik eder. Filhakika hakem taraflar arasındaki uyuşmazlığı bertaraf için *herhangi* bir sureti tesviye bulmağa değil, kanun, doğruluk, hak veya nasafet gibi muayyen ölçülere dayanarak taraflar arasındaki uyuşmazlığı halletmeğe *haklıyı haksızdan, iyiyi kötüden* ayırd etmeğe çalışır⁶⁷. Bu itibarla hakemin ifa ettiği görev hem vekilinkinden hem de muslihinkinden ayrılır.

Borçlar Kanunumuzun 2 nci maddesinde, bir aktin husulü için «iki tarafın aktin esaslı noktalarında uyuşmuş» bulunmaları şart kılınmıştır. Halbuki hakem kararını husule getiren hükümler tarafların iradelerinin karşılıklı uyuşmasından vücut bulmuş değildir. Bilâkis tarafların hakem hükmünün mevzuunun teşkil eden hususlar üzerindeki iradeleri ihtilâf halindedir. İhtilâfa nihayet veren tarafların anlaşması ile hakeme verilen

66) Atıf B., Mecelle Ahkâmı Adliye şerhi, 1843, m. şerhi.; Rabi Koraî, Yeni ve Eski Hukukumuzda tahkim, z. g. mec. s. 207.

67) Hakem, kanun veya usule dayanarak bir nizayı bertaraf etmeğe çalışması halinde bu böyle olduğu gibi *uzlaştırıcı* (Amiable compositeur) sıfatile bir ihtilâfa son vermeğe çalıştığı takdirde de bu böyledir. «Amiable compositeur» olan hakem muslih sayılmaz çünkü o, kanunun hükmüne dayanarak değilse de nasafet, doğruluk gibi ölçülerle ihtilâfa son vermeğe çalışır. Bu hususta bakınız : Garconnet, z. g. c.,

*kaza selâhiyetidir*⁶⁸. Fakat bu kaza selâhiyeti kuvvetini milletin iradesinden ve binnetice Devletin otoritesinden almaz, hakemin ifa ettiği görev bir âmme hukuku tasarrufu mahiyetinde değildir, hakem hükmü kuvvetini, tarafların bu hükme boyun eyeceklerine dair aktettikleri *hususî hukuk anlaşmasından* alır.

Bu itibarla kanaatimizce, *hakem hükmü hem kazaî ve hem de aktîdir mahiyet itibarıyla kazaî*⁶⁹, *kuvvet itibarıyla aktîdir*⁷⁰.

Hakem hükümlerinin birer hususî hukuk tasarrufu mahiyetinde bulunduğuna mütedaîr olan görüşümüz tahkimin aktî mahiyette olduğunu iddia edenlerin fikrine çok yakındır, gerçekten hakemin ifa ettiği görevin mahiyeti ne olursa olsun madem ki bu bir mukaveleye dayanır doğrudan doğruya mukavelenin tâbî olduğu ahkâma tâbî tutulmak lâzımgelir. Biz de, hakem hükümlerinin hususî hukuku alâkadar eden birer tasarruf mahiyetinde bulunduklarını öne sürmekle, bu hükümleri gerek mahkeme kararlarından gerekse âmme hukukunu alâkadar eder diğer tasarruflardan ayırmış oluyor, tahkimin aktî olduğunu iddia edenlerin fikrine yaklaşıyoruz⁷¹.

cilt VIII, n. 3057, *Carnelutti*, z. g. e., s. 62, 63, *Belgesay*, z. g. e., s. 484 n. 2, *Glasson*, z. g. e., cilt V, n. 1837.

68) Bu hususta bakınız : *Gasp - Stein - onas, Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cilt II, pgr. 1023 şerhi, bend II/d.

69) İtalyan müelliflerinden bir kısmı adaletin tevziini veya kaza hakkının kullanılmasını Devletin inhisarına tâbî bir keyfiyet telâkki ettiklerinden, belki de hakemlerin tıpkı birer hâkim gibi kazaî bir fonksiyon ifa ettiklerini müşahade etmekle beraber gene hakem hükümlerini adli kararlar mesabesine yükseltmek istemezler ve ezcümle ustaca bir ifade ile hakemleri, adli hâkimlerin yerine «*kaim olan*» kimse-ler, tahkimî ise adli prosedüre «*muadil*» müessese şeklinde tesmiye ve telâkki ederler. (Bakınız : *Piero Calamandrei, Istituzioni di Diritto Processuale civile*, Padova 1943, cilt II, s. 176. *Francesco Carnelutti, Sistema del diritto Processuale civile*, Padova, 1938, cilt I, s. 154, 178).

69a) Nitekim H. U. M. K.muzun 518 inci maddesinden de bu istihraç olunabilir. mezkûr maddeye göre : «Yalnız iki tarafın arzularına tâbî olmayan mesailde tahkim cereyan etmez.»

70) Müellif *Ulrich H. Vollenweider* dahi tahkimin kendine has (sui generis) bir tasarruf olduğunu iddia etmekle beraber hakem hükmünü *hususî senet (Acte privé)* şeklinde tavsif etmiş ve müessesenin esas itibarıyla hususî hukuk mahiyetine

Hakem hükümlerinin akte istinat etmekle beraber kazai mahiyette oldukları kısaca hususi hukuka ait birer tasarruftan ibaret bulundukları hakkındaki görüşümüz Romadaki *hususî mahkemeler nizamının* (ordo iudiciorum privatorum) hukuki bünyesi ile mukayeseye evlerişlidir⁷¹.

Evvel be evvel hatırlatalım ki, Roma tarihinin cumhuriyet devrinden son asırlarına kadar yani Bizans devrine kadar adaletin tevziinin başlıca organı olan ve yegâne muhakeme usulü olarak tatbik edilen *hususî mahkemeler nizamı*, tıpkı bu günün tahkimi gibi iki esaslı safhaya ayrılmıştı : «Jus» ve «Judicium» safhaları⁷².

Romanın klâsik devrinin adalet mekanizmasına hâkim olan prensip mucibince ihtilâflar ilk evvelâ bir majistraya arz olunurlar (*in iure safhası*) majistra taraflar arasındaki ihtilâfı *tesbit* ettikten sonra keyfiyet hükme bağlanmak üzere tarafların seçtikleri hususi bir şahsa bir «hakem» e havale edilirdi (*Apud iudicem safhası*).

Bugün de tahkimi biz başlıca iki safhaya ayırabiliriz : Tarafların hakeme uyuşmazlıklarını hallettireceklerine müteallik olan anlaşma safhası (*hakem mukavelesi*), bu anlaşmaya dayanarak hakemin, taraflar arasındaki ihtilâfın halli için, takip ettiği prosedür ve verdiği karar safhası.

Roma hukukundaki *hususî mahkemeler nizamını* bu günkü *tahkim* müessesesi ile karşılaştırırsak şunları tespit ederiz : Romanın «*in iure*» safhası bugünkü tahkimdeki «*kompromi*» safhasına benzemekle beraber iki safha tam mânasiyle aynı mahiyette değildir. Benzeyiş bilhassa, tarafların majistra önüne giderek ihtilâflarını halledecek olan şahsı, ihtilâfın mevzuunu tespit etmelerinde ve keyfiyeti bir «*formula*» ile tevsik etmelerindedir. Sayın hocam Prof. Schwarz'ın Roma Hukuku dersleri kitabında yazılı olduğu veçhile Avusturyalı âlim Maoriz Wlassak, «Die Litiskontestation in Formula Process» adlı eserinde, hususi mahkemeler nizamının sonunda yapılan tespitin (ki buna «Litiskontestation» deniyordu)

işaret etmiştir. (U. H. Vollenweider, z. g. e., s. 28). Kezallık müellif *Comte Giorgio Ballardore Pallieri* tahkimi tamamen *hususî hukuk müessesesi* olarak kuvvetle müdafaa ve mütalâa etmiştir. (Receuil des cours de l'Académie de droit International cilt 51, s. 297 ve m.)

71) - 72) Bu hususta bakınız : Schwarz, Andreas B., Roma Hukuku Dersleri, cilt I, s. 270, İst. 1945; Gaffard, A. E., Précis de droit Romain, c. I, n. 132 ve m.; Honig, Richard, Roma Hukuku, s. 82 ve m.

tamamile *akti* olduğunu ve *ihtiyarî tahkimdeki kompromi ile olan ayniyetini* açıklamıştır⁷³.

Bununla beraber *litis contestation* ile *kompromi muamelesi* arasında ihmal edilemeyecek bazı farklar mevcuttur: Evvelâ hakem, taraflar canibinden seçilmekle beraber ona hükmetmek selâhiyetini veren majistra idi, bu itibarla Romalı hakem bir nevi *kanunî hakem* (arbitre legal) vasfını haizdi⁷⁴. Saniyen Romada hakemin selâhiyet hududu, ihtilâf mevzuu ve bunun hal şekli tamamen tarafların anlaşmasına müsteniden taayyün etmekle beraber keyfiyet majistra önünde cereyan eder ve onun tarafından tespit edilirdi. Bu itibarla bu mukavele *adli bir mukavele* (*contrat judiciaire*) mahiyetini haizdi⁷⁵. Salisen Romada tahkim usulü, yukarıda arz olunan şekilde tarafların mütekabil rızasına dayanmakla beraber bu nevi adalet tarzı *ihtiyarî olmaktan çıkmıştı*. Çünkü taraflar bu usule müracaat etmedikleri takdirde haklarında yani imtina eden taraf aleyhine ağır müeyyideler tatbik edilir idi⁷⁶.

Bununla beraber Romada bizi asıl alâkadar eden safha *in iurē* safhası değildir. Romadaki adalet tarzını bugünkü tahkimin mahiyeti hakkındaki görüşümüze müşabih kılan safha (*ordo judiciorum privatorum*'un), hususî mahkemeler nizamının, ikinci safhası yani *in iudicio safhasıdır*.

Bu safha esnasında, bugünkü tahkimde olduğu gibi, Devlet memuru olan şahıslar değil resmî sıfatı haiz olmayan bir hür vatandaş veya vatandaşlar vazife görmekte ve hüküm vermekte idiler. Mezkûr hususî hâkimler her türlü delile müsteniden hasıl olan kanaatleri ile hüküm verir, isticvap, ikrar, yemine istinat ederlerdi⁷⁷. Romalı hâkim bugünkü hakemler gibi müddetle mukayyet olarak, ve *litis contestatio* mucibince tesbit edilen formulanın muhtevasına göre hüküm vermek mecburiyetinde idiler (Nitekim hakem mukavelesi de hakemin selâhiyeti hududunu çizer). Nihayet her iki halde de hâkim veya hakem için, taraflar arasında mevcut olan hukukî veya fiilî bir *ihtilâfın halli* yani *kazai* bir fonksiyon ifası mükellefiyeti vardır⁷⁸.

73) Schwarz, z. g. e., s. 274; Giffart, z. g. e., n. 150, 199 ve m. Monier, manuel de Droit Romain s. 157, n. 121, 163, n. 126.

74) Schwarz, z. g. e., s. 274; Giffart, z. g. e., s. 138.

75) Monier, z. g. e., s. 163, n. 126.

76) Schwarz, z. g. e., s. 269.

77) Giffart, z. g. e., s. 97; Monier, z. g. e., s. 134, 138.

78) Monier, z. g. e., s. 166, n. 129, s. 134, n. 103 ve s. 187, n. 107.

Bu mukayesemizle şunu belirtmek istedik ki, tıpkı Romada olduğu ve isabetli bir şekilde isimlendirildiği gibi tahkimin esas rüknünde ne *adli bir kaza* veya ne de *akdi bir mümasebet* mevcut olup bunda belki de Romanın (*ordo iudiciorum privatorum*)'una mütenazır olan bir *hususî muhakeme nizamı* mevcuttur. Tahkim, Devletin inhisarı altında bulunan *adli kazanın* yanıbaşında *hususî bir kaza*'dan başka birşey değildir.

* * *

Hususî mahiyette olmakla beraber tahkim neticesinde verilen hakem kararının *kazaî bir karar* olduğu keyfiyeti mezkûr müessesenin Devletler Umumî Hukuku sahasındaki mahiyetinin tetkiki ile de taayyün eder. Devletler Umumî Hukuku sahasında da tahkimin mahiyeti üzerinde münakaşa edilmiştir, müelliflerden bir kısmı tahkimi vekâlete benzetmişler ise de bu tez sonradan muhtelif hukukçular tarafından red ve cerh edilerek hakemin *kazaî* bir fonksiyon ifa ettiği, adaleti tevzi ile mükellef bulunduğu görüşü üstünlük kazanmıştır⁷⁹.

Malûmdur ki, son zamanlara kadar Devletler Hukuku alanında Devletlerin üstünde müstakil bir kuvvet mevcut değildi. Şu halde beynelmilel sahada da tahkim, *hususî mahiyette* olduğu söylenebilen bir müessese idi, yani Devletlerin üstünde olan bir otoriteden, veya devletlerin birleşmesinden ötürü bir birlik namına otoriter bir şekilde icrayı faaliyet eyleyen bir mekanizma değil, bilâkis ihtilâf halinde bulunan Devletlerin arzusu ve ihtiyarı üzerine faaliyete geçen, *hususî* ve fakat *kazaî* olan bir müessese mahiyetini haiz bulunuyordu.

II. Tahkimin geçirdiği safhalar

1. Problemin vasfı

Şimdiye kadarki mütalâalarımıza rağmen, hakem kararlarının birer *hususî hukuk* tasarrufu mahiyetinde bulunduklarına dair görüşümüz, tahkimin *akdi* mahiyette bulunduğunu ileri süren müelliflerinkine yakındır. Hakemlerin ifa ettiği görevin mahiyeti ne olursa olsun, mademki bunlar selâhiyetlerini Borçlar Kanununa dayanan bir mukaveleden almışlardır, mademki taraflar ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri haklar

79) *Politis, La justice internationale, Paris 1924, s. 79, 168.*

hakkında tahkime müracaat edebilirler, tahkim *mukavelelerin* tâbi olduğu *ahkâma tâbidir*⁸⁰.

Hakem hükümleri hususî hukuku alâkadar eden tasarruflar oldukları için gerek *mahkeme kararlarından*, gerekse diğer bütün *âmme hukuku tasarruflarından* ayrıdır. Binaberin ilerideki bahiste göreceğimiz veçhile mahkeme kararları gibi tenfize tâbi tutulmamak lâzımgelir. Bu hususta da tahkimin akdî mahiyette olduğunu kabul eden müellifler ile aramızda bir fark yoktur.

Hakem hükümleri haddizatında *hususî hukuka* dayanan birer tasarruf mahiyetinde bulundukları halde, bunlarda *âmme hukukuna* dayanan bir takım *vasıflar* görürüz. Ezcümle, *kaziyei muhkeme*, *kat'îlik* ve tasdik neticesi husule gelen *icra kabiliyeti*⁸¹ vasıfları. Bu vasıflar nasıl oluyor da tahkimin özelliğine yani hususî hukuk tasarrufu olma mahiyetine halel getirmiyorlar ? Bu cihet, tahkimin mukavelevî mahiyette olduğunu iddia eden müellifler tarafından aydınlatılmış değildir. Vakıa hakem kararlarının *mahkeme kararı* mahiyetinde olduğunu iddia eden müellifler için bu kabil vasıfların hakem hükmünde bulunması tabiidir, ve hakem hükmünün *âmme hukuku tasarrufu* olma vasfını teyid ve takviye ederler fakat tahkimin hususî hukuk tasarrufu mahiyetinde olduğunu kabul edenlerin bu kabil vasıfların tahkimin mahiyetine neden halel getirmediğini izah etmeleri lâzımdır.

2. Hakem hükmünün «tasdiki»

Evvelâ şu problemi inceleyelim : Hakem kararlarının verildikleri memlekette *icra kabiliyeti* kazanmalarının, hususile kendi memleketleri mahkemeleri tarafından *tasdik* edilmelerinin tahkimin mahiyeti üzerinde husule getirdiği bir *değişiklik* var mıdır ?

Bu suali müspet şekilde cevaplandıranlar arasında hakem kararlarını birer *adlî hüküm* mahiyetinde telâkki edenler olduğu gibi bunları sadece *aktî birer tasarruf* şeklinde mülâhaza edenler de vardır. Meselâ İtalyan müellifleri ve bu meyanda Calamandrei, hakem kararlarının tasdik edildikleri zaman *mahkeme kararı* mahiyetini iktisap ettiklerini bildirirler.

80) H. U. M. K., m. 518.

81) «*İcra kabiliyeti*» veya «*cebrîlik*» terimlerini *force exécutoire* mukabilli olarak kullanıyoruz.

Kezalik hakem kararlarının akdî olduğunu iddia eden müelliflerden bir kısmı hakem hükmünün akdiliğini kuvvetle iddia etmelerine rağmen mahkeme reisi tarafından tasdik edilen bir hakem hükmünün *kazaî karar* mahiyetine münkalip olacağını kabul etmişlerdir⁸².

Bize nazaran hakem kararlarının mahkeme reisi tarafından *tasdik* edilmek suretiyle *icra kuvveti* kazanmaları onların mahiyetini değiştirerek haiz oldukları *hususî kaza* vasfını âmmе hukuku tasarrufu mahiyetine inkilâp ettirmez⁸³.

Hakem hükümlerinin tasdikle mahkeme kararı mahiyetine inkilâp edemeyeceklerini iddia etmemizin sebebi hâkimin, bunların *kabili icra olduklarına dair şerh* verirken bu kararları *yeni baştan göden geçirmemesidir*. Filhakika yabancı memleketlerde bile hâkim ancak, icra şerhi verilmesine karşı *bir itiraz üzerine* (opposition à l'ordonnance d'exequatur), hakem kararlarını bunların muteberliğini temin eden *muayyen bazı*

82) Bu noktada netice itibarile aynı fikirde bulunan müellifler: *Valery*, z. g. e., s. 820, no. 582, *Niboyet*, z. g. e., 973, No. 3; *Belgesay*, Devletler Hususî Hukukunda Adliye, s. 246, n. 264, *Weiss*, z. g. e., cilt VI, s. 29 ve m.

83) Hakem kararlarının mahkemece *tasdik* edilmesi keyfiyetinin haddizatında *hususî hukuk tasarrufu* mahiyetinde bulunduğunu iddia ettiğimiz hakem kararlarına bir *resmî tasarruf* mahiyetini izafe edeceği öne sürülmüştür. Bize göre, mahkeme reisi tarafından yapılan hakem hükümlerinin tasdiki muamelesi ile noterin, resmî bir senede mevsukiyet verirken yaptığı tasdik muamelesi arasında da fark vardır. Bir senedin resen tanzim edilmesi neticesinde noter tarafından vaki tasdik senedin *mevsukiyetini ve hakikate uygunluğunu* temin eder, halbuki mahkeme reisinin tasdiki hakem hükmüne sadece *icra kuvveti* bahşeder.

Noter senetlerinin icra kabiliyetini haiz olmaları İcra Kanununun bu baptaki hükmünden ileri gelir (İc. İf. K., m. 38). Nitekim yabancı memleket noterleri tarafından tasdik edilmiş senetlerin ispat kuvveti bakımından memleketimizde, H. U. M. K. muzun 926 ncı maddesi hükmüne teb'an *resmî senet* sayılmalarına imkân var ise de, bunların memleketimizde *icra kuvvetini* kendiliğinden haiz olup olmayacakları cayı sualdır.

Bu maruzatımızdan da anlaşılıyor ki, yabancı hakem kararlarının bir memlekette tenfizi bahsinde, verildikleri memleket noteri tarafından tasdik edilen *resmî senetlerle* kendi memleketlerinde mahkeme reisleri tarafından tasdik edilmiş bulunan *hakem hükümlerinin* aynı mahiyette telâkki edilmesi doğru olamaz. (Aksi fikirde, *Lainé*, z. g. e., s. 641, 648) bu hususta *Glasson*, z. g. e., cilt V, s. 382 ye de müracaat ediniz.

unsurların mevcut olup olmadığı noktasından tetkik eder, yoksa hakem hükümlerini yeni baştan gözden geçirmez⁸⁴.

Türk kanununun hükmü ise, görüşümüzü daha ziyade teyid edici mahiyettedir. Filhakika gerek Fransız gerekse İtalyan hukukuna nazaran, hakem kararlarının tasdik edilmesinden sonra dahi kanun yollarına müracaat imkânı henüz mevcuttur. Bu memleketlerde henüz kat'iyet iktisap etmemiş bulunan hakem hükümlerinin icrası mümkün olduğundan dolayı biraz evvel bahis mevzuu ettiğimiz bu kanunlarda mezkûr muayyen sebeplerden ötürü hâkime, *hakem kararlarına icra kuvveti bahşetmekten imtina hakkı* dahi verilmiştir (C. Pr. C. 1028). Yani bu hukuklarda tasdiki yapan hâkime az çok bir takdir hakkı bir hâkimlik görevi tanınmıştır. Halbuki bizde tasdik muamelesi hakem hükmü *kat'iyet iktisap ettikten sonra* yapılır. Bu yüzden bizde hakemin, hakem hükmünü *kontrol yetkisi* hemen hemen mevcut olmadığı gibi, yabancı Devlet kanunlarında derpiş edilen sebepler dolayısıyla «icra şerhi verilmesine karşı itiraz» müessesesi de bizde yoktur⁸⁵.

Bunun içindir ki, bilhassa Türk hukuku bakımından Usul Kanunumuzun 536 ncı maddesine te'ân hakem kararlarına icra kuvveti bahşetmek üzere hâkim tarafından yapılan tasdikin *asla kazaî bir mahiyeti olmadığını* kabul etmek lâzımdır⁸⁶.

İşte, aslında *hususî bir hüküm* mahiyetini taşıyan hakem kararlarının mihanikî bir tasdike iktiran etmek neticesinde *mahkeme hükmü* mahiyetini iktisap edemeyeceklerini kabul etmeliğimizi müeddi olan esaslı sebep budur.

Gariptir ki, hakem hükmünün mukavelevî mahiyette olduğunu en kuvvetli müdafilerinden olan Weiss, görüşümüzün aksine olarak hakem

84) Bu bilhassa Fransa ve İtalya için böyledir. (C. Pr. C. 1028, İtalyan M. U. K., m. 823). Alman kanununda vaziyet biraz farklıdır. (A. M. U. K., m. 1041 - 1042 ye bakınız).

85) H. U. M. K., m. 536 aynen şöyle der : «Hakemlerin verdiği karar *temyiz müddeti geçince* mahkeme reisi veya hâkim tarafından tasdik olunur. Tasdik keyfiyeti kararın zirine ve zaptı mahsusuna yazılır. Hakem kararları ancak bu surette kabilli icradır.

86) *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun* da 5/1/1930 t. 347 sayılı hükmü ile bu ciheti karar altına almıştır. Bakınız : *Müfit Erkuşuncu*, Tahkime müteallik hükümler üzerinde bir inceleme, Adalet Dergisi, Temmuz 1947, yıl 38, sayı 7, s. 579. Bizde hakim bilfarz kendisine ibraz edilen hükmün ancak sahte olup olmadığını tetkik edebilir.

hükmünün tasdik edilmekle mahkeme kararı mahiyetine münkalip olacağını kabul etmiş ve böylelikle belki de müdafaa ettiği teze tamamilе aykırı bir noktai nazar iltizam etmiştir. Weiss ve onun fikrini benimsemiş olan müelliflere göre haddizatında mukavelevî mahiyette olan hakem hükümleri tasdik edilmekle mahkeme kararı mahiyetini iktisap ederler ve bu suretle tasdik edilmiş bir karara sahip olan kimse, hakem hükmünün yabancı bir memlekette tenfizini istediği vakit dilerse, *tasdikten istifade etmiyerek* hakem hükmünü alelâde bir *mukavele* gibi tenfiz ettirebilir yahut dilerse hükmün *tasdik edildiğini* ileri sürerek bunu bir *mahkeme kararı* gibi tenfiz ettirir⁸⁷.

Yukarıki mütalâamıza binaen Weiss'in fikrini kabul etmemize imkân yoktur. Hattâ bize göre ilerideki maruzatımızdan anlaşılacağı üzere, yabancı bir hakem kararı verildiği memlekette tasdik edilmiş olsa bile, karardan istifade eden tarafın hükmün verildiği memlekette *kabili icra* olduğunu ileri sürse bile, tenfizi yapacak olan hâkimin bu yüzden hakem hükmüne haiz olduğu kıymet ve mahiyetten daha başka bir mahiyet izafe etmesine mesâğ yoktur.

Hülâsa *tasdik* ancak mahallî bir kıymeti haiz olan bir muameledir ve kararın ancak *sadır olduğu memlekette* icra edilebilmesini sağlamaktadır. Paul Brachet'in dediği gibi, «hakem kararlarının *icrai kıymetini* bunların *hukukî kıymetlerinden*» ayırmak lâzımdır⁸⁸. Hakem kararlarının hukukî kıymeti bunların *mukavelevî* veya görüşümüze nazaran *hususî mahiyette* olmalarından ileri gelir. Şu halde tıpkı diğer mukaveleler veya *hususî* mahiyetteki tasarruflar gibi arzıulusal bir mer'iyet sahaları vardır, ve her memlekette dermeyan edilebilirler⁸⁹. Halbuki hâkem kararlarının *icrai* kıymeti hukukî mahiyetlerinin birer müeyyidesini teşkil eder ve bir memleketin *âmme kudreti* tarafından temin edildiğinden mahallidir.

Demek oluyor ki, hakem kararlarının verildikleri memlekette tasdik edilmeleri keyfiyeti, bazı müelliflerin iddia ettiklerinin hilâfına olarak hakem hükümlerinin mahiyetini değıştirmez, mezkûr hükümlere mahkeme kararı mahiyetini izafe etmez⁹⁰.

87) *Belgeşay*, Devletler Hususî Hukukunda Adliye, c. IV, s. 246, n. 264.

88) Müellif aynen şöyle der: «Il faut, croyons nous distinguer soigneusement la valeur juridique et la valeur exécutoire de la sentence arbitrale.» (z. g. e., s. 87).

89) Bakınız: *Niboyet*, z. g. e., s. 796, 800.

90) *Lainé*, z. g. makale (Clunet, 1899, s. 641-648). *Lapradelle ve Niboyet*, Répertoire de Droit International, s. 459, n. 67, 68.

2. Hakem hükmüne «yabancılık» izafesi

Şimdi kararlaştırdığımız ikinci meseleyi ele alalım, acaba hakem kararlarına bizim anladığımız mânada bir yabancılık vasfının izafesine imkân var mıdır ?

Hakem kararlarının *mukavelevî* mahiyette olduğunu kabul eden müelliflerden Weiss der ki : «hakem kararını veren hakemin tâbiyeti, veyahut hakem kararının verildiği memleketin hangi memleket olduğu hakkında zihinimizi yormamıza lüzum yoktur. Tarafların iradesi hudut tanımaz, hakem kararı ister yabancı bir memlekette sadır olsun ister kendi memleketimizde verilsin hüküm ve kuvveti aynıdır, yeter ki, mezkûr karar Fransız hakem kararlarının icrası için gereken şeraiti haiz bulunsun.»

Yabancı hakem kararlarının Türkiyede tenfizi hususunda hocamız Prof. Belgesay dahi aynı görüşü iltizam etmişler ve yabancı hakem kararlarının Türkiyede tıpkı *Türk hakem kararları gibi icra edilebileceğini bildirmişlerdir*⁹¹. Değerli hukukçu Metr Salem dahi muhtelif makalelerinde aynı görüşü müdafaa etmiştir⁹².

Kanaatimize göre, yabancı hakem kararlarının yerli hakem kararları gibi tenfize tâbi tutulmasına istemek, yerli ile yabancı hakem kararları arasında hiçbir tefrik gözetmemek, binaenaleyh bu kararlarda miktar ve derecesi ne olursa olsun bir yabancılık vasfının mevcudiyetini baştan itibaren inkâr etmek demektir. Bu vaziyet altında hakem kararları arasında yabancı ve yerli diye bir tefrik yapılmasına bile lüzum yoktur. Halbuki bizce sadece *ismen* değil, yerli prosedüre tevfiқан ittihaz edilmiş her hakem kararına *mahiyet ve hüküm* itibarile de bir yabancılık izafe etmek zaruridir. Aşağıdaki maruzatımızla bu *yabancılıktan* kastımızın ne olduğunu izah edeceğiz.

* * *

Müellifler hakem hükümlerine izafe ettikleri yabancılık vasfını çeşitli anlamlarda kabul ve telâkki ederler.

Bazı müelliflere göre, *yabancı hakemler* tarafından verilen hakem kararları yabancılık vasfını taşırlar⁹³.

91) Belgesay, Devletler Hususî Hukukunda Adliye, s. 245; not. 263.

92) Salem, «Droit International Privé de la Turquie» isimli makalesi, (Répertoire de Droit International, cilt VII. s. 282).

93) Bu hususta bakınız : Belgesay, Devletler Hususî Hukukunda Adliye, s. 245; Brachet tarafından zikredilen : Demangeat sur Félix ve Lachau et Daguin, Exécution

Lainé'ye göre bir hakem kararı yabancılık vasfını haiz olmak için *yabancı hakemler tarafından ve yabancı bir memleket arazisinde verilmiş* bulunmak lâzımdır⁹⁴⁻⁹⁵.

Diğer bir takım müellifler vatandaşlık veya tâbiyet gibi vasıfların fertlere has olduğunu bu itibarla *yabancı hakem kararları* yerine *yabancı kanun otoritesi altında* verilen kararlar demenin daha münasip olacağını öne sürmektedirler. Pillet, Bartin, Aubry et Rau ve Brachet gibi zikrettiğimiz noktai nazarı benimseyen müellifler tarafından yapılan tarife göre, «*yabancı bir kanunun hükmü tatbik edilmek suretiyle* verilen hakem kararları *yabancıdır.*»

Bizce hakem kararlarının *yerli* veya *yabancı* diye vasıflandırılması, hattâ *yabancı* hakem kararları için ilim sahasında münasip bir tarif bulmağa gayret edilmesi dahi hakem kararlarına bir tâbiyet izafesini işrab eder mahiyette olduğundan çekinilmesi icabeden bir keyfiyettir. Filhakika her ne nispette olursa olsun hakem kararlarında bir yabancılık unsuru gören bir tatbikatçının bunlara karşı çekingen bir tavır takınması ve bu yüzden haddizatında milletlerarası bir mahiyeti haiz bulunan tahkimin icaplarının yerine getirmekten tevakkî etmesi muhtemeldir. Nitekim bu yüzden «*yabancı*» hakem kararlarının tenfizini temin zımında memleketler arasında anlaşmalar yapma zarureti dahi hasıl olmuştur.

Bugüne kadar yabancı hakem kararları hakkında bir tarif bulmağa çalışan sayısız müelliflerin sayısız tarifleri arasında kanaatimizce hakikate en ziyade yaklaşanı biraz evvel belittiğimiz Pillet, Bartin, Aubry et Rau ve Brachet'nin tarifleridir. Biz dahi bu hukukçuların fikrine iltihak etmekteyiz ancak bu münasebetle de tahkimin mahiyeti hakkındaki görüşümüz üzerinde ileride biraz daha durarak, gücümüzün yettiği nispette noktai nazarımızı teyid ve takyiyeye çalışacağız .

* * *

Tahkim aktî bir münasebete dayanır, Devletler Hususî Hukukuna göre milletlerarası sahada — mukavelelerin sıhhat şartları ve iradenin serbestisi prensibi imkân bıraktığı nispette — mukavelelerin hükümleri pek alâ yabancı bir kanun hükmüne tâbi olabilirler⁹⁶. Bununla beraber,

des sentences étrangères, s. 76 - 77; Kezallık, *Seine mahkemesi*, 6 Mart 1894 t. kararı (Clunet, 1899, s. 743).

94) Lainé, z. g. e., s. 641.

95) Surville, Cours Élémentaire de droit International Privé 7ème édition, s. 700, n. 442.

96) Sevig Muammer Raşit, Devletler Hususî Hukuku 2nci basım, c. I, s. 480.

bir mukavelelinin, yabancı bir kanunun hükmüne tâbi olması sebebiyle ilim sahasında «yabancı» olarak vasıflandırıldığı vakî değildir. Meselâ «yabancı» bir alım - satım veya «yabancı» bir ödünç aktinden bahsedildiği duyulmamıştır. İşte tıpkı diğer mukavelelerde olduğu gibi bir hakem kararının *sıhhat şartı* demek olan kararın yabancı kanun hükmüne uygun surette ittihaz edilmesi zarureti yüzünden ve bu bakımdan tahkimin yabancı kanun hükmüne tâbi olması dolayısıyla, hakem kararından «yabancıdır» şeklinde bahsedilmesi akitler hukukunun icaplarına uygun değildir⁹⁷.

Vakıa tahkim müessesesi, bir memleketin adli makamlarından kaza selâhiyetini *nez'etmesi* ve bunu resmî sıfatı olmıyan kimselere tevdi etmesi yüzünden ta başlangıçtan itibaren *Devlet* ve binaberin *âmme hukuku* ile ilgisi bulunan ve bu yüzden kendisine tâbiyet izafesi gereken bir müessese olduğu ve bu sebeple müelliflerin tahkime diğer mukavelelerden farklı bir nazarla bakmakta haklı oldukları düşünülebilirse de, *İç hukukta tahkim* isimli etüdümüzde işaret ettiğimiz veçhile tahkim neticesinde bir ihtilâf mahkemelerin çevresi içinden *çıkarılmamakta* sadece bir ihtilâfın adli mahkemelere intikal edebilmesi için *gereken şartların tahakkuku ihtimali bertaraf edilmiş bulunmaktadır*. Bu bakımdan adli kaza ile hususî kaza arasında irtibat olmadığı gibi adli kazanın *âmme hukuku* mahiyeti tahkime sirayet etmez⁹⁸.

Demek oluyor ki, yabancı bir kanuna teb'an verilmiş bir hakem kararında mündemiç bulunan «yabancılık» unsuru tahkime *âmme hukuku* tasarrufu mahiyetini izafeye mesned teşkil edemiyeceği gibi, haddizatında «yabancı» hakem kararlarından değil de «yabancı kanun hükümlerine teb'an verilen hakem kararlarından» bahsedilmesi hukukun icaplarına daha uygun bulunan bir keyfiyettir.

3. Hakem hükümlerinin «Kaziyei muhkeme» teşkil etmesi

Hakem kararları sadece iki tarafın karşılıklı iradelerini izhar etmek suretiyle aktettikleri hakem mukavelesine dayanmakla kalmıyor, aynı zamanda bir devletin *âmme hukukundan* inbias eden *kaziyei muhkeme kat'ilik* ve *cebrilik* vasıflarını da kazanıyor. İşte tahkimin bir Devletin tâbiyetini haiz olabileceğini teyid için bu dahi bir sebep olarak gösterilebilir.

97) Bu hususta bakınız: Vollenweider, z.g.e., s. 31.

98) *İç Hukukumuzda Tahkim* makalemiz, z. g. e., s. 1042.

Bu noktada tahkimin bünyesini biraz daha yakından inceleyelim. Evveleminde H. U. M. K. muzun 532 nci maddesini ele alalım H. U. M. K. muzun 532 nci maddesi hükmüne göre : «hakemler verdikleri kararları selâhiyetli mahkeme kalemine tevdi ederler. Mahkeme kararın tevdi üzerine keyfiyeti ve kararın neden ibaret bulunduğunu iki tarafa tahriren tebliğ eder ve bunu mübeyyin bir makbuz ahzeder *Kararın iki taraf hakkında ancak tebliğ tarihinde mevcut addolunur*»⁹⁹. Kanunumuzun bu hükmü hakem kararlarının *kaziyei muhkeme* kuvvetini iktisap ettikleri keyfiyetini belirtir. Vakıa kanunumuz bunu sarahaten ifade etmiyor hakem kararları kaziyei muhkeme vasfını kazanır demiyor ama bunu müelliflerin içtihadından ve diğer devlet kanunlarından istihrac etmek mümkündür.

Fransız, Alman ve İtalyan Medeni Usul Kanunlarında kanunumuzun üzerinde durduğumuz maddesine muadil bulunan hükümler mevcuttur¹⁰⁰. Bir kere Alman Medeni Usul Kanunu 1040 ıncı maddesinde hakem kararlarının taraflar arasında *kaziyei muhkeme* husule getireceğini sarahaten belirtmiştir¹⁰¹.

Kezalik, Fransız müellifleri ve bu meyanda Glasson, hakem kararının mahkeme kalemine tevdi edildiği andan itibaren taraflardan biri herhangi bir kaza mercii huzurunda dâvaya yeniden başlamak isterse diğer tarafın *kaziyei muhkeme* def'inde bulunabileceğini vuzuhla belirtmektedir¹⁰².

99) Kararın iki taraf hakkında ancak tebliğ tarihinde mevcut addolunacağına dair olan bu hüküm, hukukumuza göre, hakem kararlarının tebliğden evvel sadece bir *hüküm projesi*, veya varlık ve *hüküm ifade etmeyen* bir tasarruf mesabesinde addolunmasına müncer olamaz. Nitekim Yargıtayımız da aynı kanaati izhar etmiştir. Hakem hükmü mahkeme kalemine tevdi edilmeden evvel de mevcuttur, ancak mahiyeti hususi bir senedin mahiyetinkinden farklı değildir. (Bu hususta tafsilât için, İç Hukukumuzda Tahkim makalemiz, z. g. m., s. 1059, 1072).

100) C. Pr. C. m. 1020; Z. P. O. 1039 - 1040; C. C. Italiano, m. 827.

101) Z. P. O., m. 1040 : Der Schiedspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils. Z. P. O., m. 1039 : Der Schiedspruch ist unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern zu unterschreiben, den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen und unter Befugung der Beurkundung der Zustellung auf der Geschäftsstelle des zuständigen Gerichts niederzulegen. (Bakınız, *Seuffert - Walaman*, Zivilprozessordnung, s. 760, cilt II.)

102) «Une fois la sentence rendue, les arbitres sont desaisis; ils ne peuvent plus modifier leurs décisions... La sentence arbitrale a, par elle même, autorité de

Hakem kararları *Yargıtayca tasdik* edildikten, veya hakem kararları aleyhine kanun yollarına başvurma imkânı zail olduktan sonra *kat'ileşir* veya *nihaileşirler*¹⁰³.

Nihayet H. U. M. K. muzun 536 ncı maddesi hükmüne müsteniden *mahallî mahkeme hakem hükmünü tasdik etmesi üzerine* hakem hükmü âmmе hukuku vasıflarından üçüncüsünü yani *cebrîlik* vasfını kazanır¹⁰⁴.

İşte kaziyei muhkeme, kat'ilik ve cebrîlik vasıflarını kazandıktan sonra artık *mahkeme kararlarından ayırt etmemize imkân olmayan* hakem hükümlerinin bütün bunlara rağmen gerek iç hukuk gerekse Devletler Hususî Hukuku sahasında *hususî hukuk tasarrufu* mahiyetlerini muhafaza ettikleri fikri üzerinde halâ ısrar edip etmediğimiz suali sorulabilir. Tahkimin ilk teşekkülü anından hakem hükmü halini alıncaya kadar muhtelif safhalarında yaptığımız tahliller neticesinde her zaman bunun bir «hususî hukuk» tasarrufu mahiyetinde kaldığı görüşünü müdafaa ettik. Bu kere, tahkimin hakem hükmü safhasına geldikten sonra yeni vasıflar kazandığını ve bu vasıfların *âmmе hukuku* mahiyetinde bulunduğunu yaptığımız tahliller neticesinde gene kendimiz müşahade ettik. Tahkimin mahiyeti üzerinde müellif ve mahkeme içtihatlarının neden senelerdenberi ihtilâf halinde bulunduğunu bu münasebetle daha da yakından farkettiğimizi de itiraf ederiz. Fakat buna rağmen asli fikrimizi muhafazaya gene devam ediyoruz, şöyle ki :

Evvelâ tahkimi *iç hukuk zaviyesinden* mütalâa edecek olursak bu müesseseye izafe edilen âmmе hukuku vasıflarının hakem hükmünün *bünyesini husule getiren unsurlardan* ayrı olduğunu görürüz. Tahkimi ve hakem hükmünü teşkil eden unsurlar tamamile hususî hukuka dayanır¹⁰⁵. Hakem hükmüne sonradan izafe edilen vasıflar bu unsurlarla meczedile-

chose jugée. C'est par erreur que certains auteurs confondent à la fois l'autorité de la chose jugée, la force probante des actes authentiques et la force exécutoire, pour soutenir que, ces trois effets résultent seulement de l'ordonnance d'exequatur. Il suffit de se reporter au texte de la loi pour se convaincre qu'elle n'exige cette ordonnance d'exequatur qu'au point de vue de (l'hypothèque judiciaire) et de la force exécutoire... De même la sentence arbitrale a autorité de chose jugée par elle même; si l'une des parties voulait recommencer le procès devant une juridiction quelconque, l'autre pourrait lui opposer la chose jugée, bien qu'à ce moment la sentence arbitrale ne fût pas encore revêtue de l'ordonnance d'exequatur. (Glasson, Tissier, Morel. z. g. e., cilt V, s. 382 - 383).

103) İç Hukukta Tahkim etüdüümüz, z. g. e. 1071 - 1074 - 1080.

104) 179 ve m. sahifelerdeki maruzatımıza bakınız.

105) 174 ve m. sahifelerdeki maruzatımıza bakınız.

rek tahkimin *bünye ve mahiyetini değiştirmezler*, bunlar esasen tekemmül etmiş bulunan hakem hükmüne sadece *eklenir*. Kaziyei muhkeme, kat'iyet ve cebrilik vasıflarını sonradan kazanan ve hususî hukuk temellerine dayanan tahkim sadece bir âmme hukuku *elbisesi giymiştir*. Yani hususî hukuk münasebeti içinde yoğurulan ve tamamlanan hakem hükmünü Devlet kendine mal edinmiş ve bu suretle ona âmme hukuku vasıflarını izafe etmiştir. Devletin, asıl hususî hukuk sahasında doğan ve tamamlanan hakem hükümlerini sonradan tesahüp etmesi keyfiyeti, müessesenin esas mahiyet ve cevherini değiştiremez. Bu vasıflar hesaba katılmaksızın da tahkim bir varlık ve mâna ifade ettiğinden ve tahkimin sonradan kazandığı mezkûr vasıflar bünyesine nüfuz ve tesir icra edemediğinden bu vasıfların eklenmesine rağmen tahkimin hususî hukuk müessesesi olduğu inancımızdan inhiraf etmemekteyiz.

Tahkimi Devletler hususî hukuku zaviyesinden de mütalâa edersek gene aynı neticeye varırız, hattâ milletlerarası sahada tahkimin hususî hukuk mahiyetinde telâkki edilmesini gerektiren sebeplerin daha da kuvvetli olduğunu söyleyebiliriz. Filhakika, kaziyei muhkeme, kat'ilik ve cebrilik vasıfları hakem hükmüne âmme hukuku mahiyetini izafe edebilirler, fakat bu vasıflar bir Devletin otoritesinden inbias eden vasıflar oldukları için tahkimin tâbî olduğu devletin hudutlarını aşarak hakem hükmü ile birlikte başka devlet arazisinde hüküm husule getirmezler, onlar kanunlar ihtilâfında taammüm etmiş tâbir veçhile *tamamile mülkî mahiyette kalırlar*¹⁰⁶. O halde hakem hükmü, tâbî olduğu memleket kanunları ve otoritesi tarafından kendisine sonradan eklenen vasıflarla birlikte yabancı devlet hududunu aşamayacağına göre, yabancı bir hakem hükmünün tenfizi talebi ile karşılaşan hâkimin, kendini *tamamile hususî bir tasarruf muvacehesinde* sayacağı aşikârdır. Demek oluyor ki, kanunlar ihtilâfı sahasında ve hususile üzerinde durduğumuz yabancı hakem

106) Her ne kadar *cebrilik* (*force exécutoire*) vasfının mülkî mahiyette olduğunu sayın hocalarım Prof. Seviğ ve Prof. Belgesay kabul etmekte iseler de, değerli hukukçuların *yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bahsinde* verdikleri malûmattan *kaziyei muhkemelik* vasfının mülkî olmayıp ülkesi mahiyette olduğu nokta nazarını iltizam ettikleri anlaşılmaktadır. (Seviğ Muammer Rasit, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı sentezi, İst. 1941, s. 92; Belgesay Mustafa Reşit, z. g. serh, s. 499 ve m.) Aciz kanaatimize göre memleketimiz bakımından dahi ve M. U. K. muzun 539uncu maddesini gözönünde bulundursak bile mahkeme kararlarının kaziyei muhkemelik vasıfları mülkî mahiyette sayılmak lâzımdır. Zira kaziyei muhkemelik vasfı tıpkı cebrilik vasfı gibi bir devletin *otoritesinden* kuvvet ve varlık iktisap eden bir vasıftır. (Bu hususta bakınız, Arrigo Cavallieri, z. g. e., s. 381).

kararlarının tenfizi bahsinde de tahkim gene hususi bir müessese muamelesi görecektir. Bundan sonraki bahiste bu nokta üzerinde işleyeceğiz.

YABANCI HAKEM KARARLARININ İCRASI PROBLEMİNİN HALLİ

1. Umumî bakımdan

Hakem hükümlerinin *mahkeme kararı mahiyetinde olmadığı* kabul eden müellif ve mahkeme içtihatlarının yabancı hakem kararlarının tenfiz tarzı hakkındaki görüşleri ikiye ayrılır.

Müelliflerden bir kısmına hususile Weiss, Merlin ve Foelix'e göre¹⁰⁷, kezaik muhtelif devletlerin mahkeme içtihatlarının da bir kısmına göre¹⁰⁸, hakem kararları *tıpkı yerli kararlar gibi* tenfize tâbi tutulmak lâzımdır. Değerli hukukçularımızdan hocam Prof. Belgesay'ın ve Metr Salem'in reylerine göre¹⁰⁹ de, yabancı bir hakem kararına sahip olan taraflar, bunu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 532 nci maddesine göre selâhiyettar mahkeme kalemine tevdi ederler, yabancı hakem kararı H. U. M. Kanunumuzun 533 üncü maddesinde yazılı olan sebeplere binaen temyiz edilir, karar kat'iyet iktisap edince kanunumuzun 536 ncı maddesi hükmüne göre tasdik edilir, hülâsa yabancı hakem hükümleri memleketimizde Türk hakem kararları gibi icra olunur.

107) Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, cilt VI, s. 33; Merlin, *Questions de droit*, bak: Jugement Pgr. XIV, c. 9, s. 139 ve bilhassa s. 142, 4 üncü basılıs; Foelix, *Traité de droit international privé*, t. 2, s. 161; (Lainé tarafından zikredilmiştir, Clunet 1899, s. 148); Surville, *Cours élémentaires de droit international privé*, 7nci tabı, s. 700 - 701.

108) *Montellier mahkemesi kararı*, 21 Temmuz 1882, Clunet, 1884, s. 70. *Douai mahkemesi kararı*, 5 Mayıs 1892, Clunet 1895, s. 572. *Toulouse mahkemesi kararı*, 29 Mayıs 1901, Clunet 1901, s. 965. *Lyon mahkemesi kararı*, 25.11.1913, Clunet 1914, s. 1230. *Alger mahkemesi kararı*, 17 Mart 1926, Clunet 1928, s. 137. Mezkûr sistem Belçika mahkeme içtihatları tarafından da benimsenmiştir; *Brüksel mahkemesi* 28.2.1912, (Niboyet tarafından zikredilmiştir, *Revue de droit International privé*, 1914, s. 169, Niboyet, z. g. e., s. 976).

109) *Belgesay, D. H. Hukukunda Adliye*, s. 245, *Belgesay, Teorik ve pratik adliye hukuku*, 1944, s. 43. *Salem, Répertoire*, z. g. m., cilt VII, s. 282.

Hakem kararlarının mahkeme kararı mahiyetinde olmadığını kabul eden diğer bir kısım müellifler hususile Paul Brachet, ve son Fransız mahkeme içtihatları, yabancı hakem kararlarının *alelâde mukaveleler gibi muamele* görmesini isterler. Yani yabancı hakem kararlarının icrasını isteyen taraf bu karara dayanarak *bir dâva açmalı* ve mezkûr kârârın muhtevasını teşkil eden hususların icrası hakkında yerli *mahkemeden karar almalıdır*¹¹⁰.

1898 senesinden 1930 senesine kadar Almanyada yabancı hakem kararlarının ne tarzda tenfiz edileceği hakkında Alman Usul Kanununda muayyen bir hüküm yoktu¹¹¹. Bu seneler içinde, esas itibarile hakem hükümlerinin *aktî* mahiyette olduğunu kabul eden Alman mahkeme içtihatları, temas etmekte olduğumuz hal şekillerinde her ikisini de benimsemiş bulunuyordu. Eğer, tenfizi istenen yabancı hakem kararının Alman Usul Kanununun *yerli* hakem hükümlerinin icrası için aradığı şartları haiz olduğu ispat edilebiliyor idi ise, bu takdirde yabancı hakem hükmü tıpkı Alman hakem kararları gibi tenfize tâbi tutulurdu. Bilâkis eğer tenfizi istenen yabancı hakem hükmünün yerli kararlar için aranan şartları haiz

110) Paul Brachet, z. g. z. sahife 102

111) Hakem kararlarının tenfizi Almanyada üç safha geçirmiştir: İlk evvelâ 1898 den 1924'e kadar geçen devre; bu devre zarfında yabancı hakem kararlarının ne şekilde tenfize tâbi tutulduğu yukarıda arz edilmiştir. İkinci devre 1924 senesinden 1930 senesine kadar olan devredir. 1924 senesinde Alman Usul Kanununa ek olarak isdar olunan bir kanunla hakem kararlarının icrası daha basit bir prosedüre tâbi tutulmak istendi: Eskiden hakem hükümlerinin bir *mahkeme kararı* ile icrası karar altına alınmakta iken (*Vollstreckungsurteil*) bu kere *mahkeme reisinin* emri ile kabili icra olunduklarına dair şerh verildi (*Vollstreckungsbeschluss*), ve eğer alâkadar tarafın bu emre karşı itirazı mevcut idi ise hakem hükmü aleyhine ait olduğu mahkemede bir *«iptâl»* dâvası açmasına cevaz verildi.

Alman kanununa tebean verilen kararlar için bu prosedür her ne kadar daha basit gibi görünüyordu idi ise de, bunun yabancı hakem kararlarına tatbiki bir hayli müşkülât doğurdu, bilhassa Alman Reichsgericht'inin 22.2.1927 senesinde, yabancı hakem kararlarına karşı Almanyada asla *«iptâl dâvası»* açılmayacağını karar altına alması üzerine müşkülât bir kat daha arttı. Bunun üzerine 22 Temmuz 1930 senesinde, yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında Alman Usul Kanununa sarîh bir hüküm eklenerek (1044 üncü madde) yabancı hakem kararlarının Almanyada icrası teminat altına alındı. Bu hususta bakınız: Nussbaum, z. g. e., cilt I, s. 14, 15 ve 52, 53; Seuffert Walamann, mezkûr eser cilt II, s. 771; Brachet, z. g. e., s. 113; Wollenweider, z. g. e., s. 110 ve müt.

bulunmadığı tebeyyün ediyor idi ise, tenfiz talebi nazara alınmıyordu ama bu takdirde de ilgililer Alman mahkemelerine müracaat ederek tahkim anlaşmasından doğan *ex contractu* bir ifa dâvası açabilmek selâhiyetini haiz idiler. Bu dâva, doğrudan hakem kararına değil de tarafların hakem mukavelesi mucibince hakem hükmünün icaplarını yerine getirmeği birbirine karşı taahhüd etmiş bulunmalarına dayanırdı. Bu esasa müsteniden açılan dâva da, yabancı hakem kararı tâbi olduğu kanuna nazârân muteber olduğu takdirde, mesmu olurdu¹¹².

* * *

Bir devletin iç kanunlarının ve hususiyle tahkim hakkındaki mevzuatının münhasıran o devlette verilen hakem kararlarını derpiş etmesi halinde, yabancı bir memleket kanunlarına teb'an ittihaz edilen hakem kararlarının, o devlette icra olunamayacağı neticesine varılamaz ise de, kanun koyucunun, yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında sakit kalması halinde meseleyi umumî hükümlere bırakmak istediğini kabul etmek kanaatimizce daha isabetli olur.

1930 dan evvel Alman mahkemeleri yabancı hakem kararlarının yerli hakem kararları gibi tenfiz edilebilmesini şu mülâhazalarla muhik görmekte idiler : «Mademki Alman Usul Kanunu yerli ve yabancı hakem kararları diye bir tefrik yapmamıştır, Alman Usul Kanununun hükümleri hem yerli ve hem de yabancı hakem kararlarına tatbik edilebilir. Bu itibarla eğer yabancı hakem kararları Alman Usul Kanununun aradığı şartları haiz iseler bunların tıpkı Alman hakem kararları gibi tenfiz edilmesinde bir mahzur yoktur¹¹³.

Yabancı hakem kararlarının yerli hakem kararları gibi değil de *alelâde mukaveleler gibi*, bir dâva neticesinde ve mahkeme kararına iktiran ettikten sonra, tenfiz edilmesini iltizam eden mahkeme içtihatları ise bu bapta şu esbabı mucibeyi ileri sürmüşlerdir :

Bir memleketin usul kanununda tahkime dair sevk edilen hükümler münhasıran yerli hakem kararlarını derpiş etmiş bulunmaktadır. Yabancı hakem kararları bu hükümlerin şumulü dışında kalmaktadır. Bu itibarla bunların mahallî usul kanununun tahkim hakkındaki hükümlerine tevfi-kan kabili icra kılınmaları caiz olamaz¹¹⁴. Ancak bir memleket mahkeme-

112) Nussbaum, z. g. e., C. I, s. 18 - 19; keza 22 Ocak 1911 tarihli Reichsgericht kararı, Revue Lapradelle 1914, s. 161 - 162 (Vollenweider tarafından zikredilmiştir).

113) Revue Lapradelle, 1914, s. 161; Zeitschrift für internationales Recht, c. XXIII, s. 362, c. XXIV, s. 310 (Brachet tar. zikr. z. g. e., s. 117) .

114) Marsilya mahkemesi kararı, 13.10.1912 tarihli kararı, Clunet 1913, s. 880.

sinde ileri sürülen yabancı bir hakem kararının tenfizi talebi, doğrudan doğruya tarafların, icaplarını yerine getirmeyi evvelce taahhüt etmiş bulundukları *hakem kararının mütemmim bir cüzünü teşkil eder*, tıpkı alım - satım aktinden doğan vecibenin alım satım münasebetine dayandığı ve onun mütemmim cüz'ünü teşkil ettiği gibi. Bu itibarla hakem hükmü *alelâde mukavelelere dayanan ex contractu* bir dâvaya müsteniden kabili icra kılınmak lâzımdır.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında muhtelif memleket mahkemelerinin kendi memleketlerinin kanunî mevzuatına dayanarak ihtiyar ettikleri şıkkın aksini iddia etmek bilhassa bu memleketin yabancı bulunan bir müellif için kolay hattâ bazen isabetli bir şey değildir. Çünkü her devlet mahkemesi kendi memleketinin kanun ve içtihatlarının tefsirinde, gerek *tefsir* bir iç hukuk meselesi olması gerekse bu memleket mahkemesinin kendi lisanının inceliğine en ziyade vakıf bulunması itibarile en ziyade ehil sayılır. Meselâ bir devlet mahkemesi kendi kanunlarını *tefsir ederek* «kanunlarımız yerli ve yabancı hakem kararları arasında bir tefrik yapmamıştır bunun için yerli olsun yabancı olsun bütün hakem kararlarını aynı hüküm altında tanzim etmiş *ve aynı kaidelere tâbi tutulmuş sayılır*» bilâkis diğer bir devlet mahkemesi kanunlarını başka tarzda tefsir ederek «Kanunlarımız tenfiz bahsinde yabancı hakem kararları hakkında bir serahatı ihtiva etmemektedir, bu itibarla yabancı hakem hükümlerini *tanzimi dışında bırakmış sayılır*» diyebilirler ve bu tefsir tarzlarına karşı mütalâa yürütmek zor olur.

Fakat buna rağmen hakem hükümlerinin ne şekilde tenfize tâbi tutulması gerektiği problemi aynı zamanda tahkim münasebetinin *hukukî mahiyetinin ne olduğu meselesinin halline* de bağlıdır. Bu ise Devletler Hususî Hukuku dilinde bir müessesenin *vasfı'nın* ne olduğunun tayini mesabesinde. Vasfın tayininde, yani kanunları ihtilâfî dilile vasfî ihtilâflarının halline nasıl ki en ziyade selâhiyettar kanun ihtilâfa vaziyet eden hâkimin kanunu, yani *lex fori* ise¹¹⁵⁾, aynı şekilde bir müellifin, hukukun her memleket için müşterek olan unsur ve vasıflarına dayanarak, velev ki, kendi muhit ve mevzuatının kendisine telkin ettiği görüş zaviyesi istikametinden olsa bile, hakem hükümlerinin ne şekilde bir muameleye tâbi tutulması lâzım geldiği ve tahkim müessesesinin her memleket için müşterek olan esas mahiyet ve bünyesinin ne olduğu hakkındaki fikirlerine itibar etmek lâzımdır.

Bu esastan hareket ederek bilfarz Weiss ve hocamız Prof Belgesay'ın aşağıda mezkûr fikirlerini her devlet için varit ve muteber saymak müm-

115) Seviğ, Devletler Hususî Hukuku, cilt I, s. 331.

kündür. Bu müellifler derler ki : «Mademki hakem kararları akti mahiyettedir ve mademki tarafların iradesi hudut tanımaz şu halde bir hakem kararı yabancı bir memleket arazisinde verilmiş olsa bile yerli hakem kararlariyle aynı hükme tâbi tutulmak lâzımdır.»

Üzerinde durduğumuz problemin halli hususunda, gerek kendi görüş ve tezimize daha mülâyim gelmesi, gerekse her devlet için kabili tatbik bir mahiyet arz etmesi bakımından kanaatimize göre şu mülâhazaya en çok iltifat etmek lâzımdır : «Eğer hakemler hâkimlere, ve hakem kararları mahkeme kararlarına kıyas edilecek olursa *mahkeme bütün azalariyle toplanmak suretiyle* (tıpkı mahkeme kararları için vaziyet olduğu gibi) tenfiz kararı vermesi icap eder». Vakıa bu fikir hakem hükümlerinin *mahkeme kararı* mahiyetinde olduğunu kabul edenlerin başında gelenlerinden Lainé¹¹⁶ tarafından ileri sürülmüş bir fikirdir, fakat tahkim hakkındaki kendi görüşümüz ile de kabili telif olması dolayısıyla bunu bizim de benimsemememize bir sebep yoktur.

Bir kere biz hakem hükümlerinin *sui generis* mahiyette olduğunu kabul etmediğimiz için¹¹⁷ bunların yerli hakem hükümlerine kıyas

116) Lainé, z. g. e., s. 653 - 654.

117) İç Hukukta Tahkim etüdümüze bakınız : (z. g. e., s. 1050 - 1060). Hakem kararlarının mahiyetini tayini zımında *hususî hukuk* ve *âmme hukuku muamelesi* tefrikini derpis ederek hakem hükümlerini esas itibarıyla *hususî hukuk tasarrufu* mahiyetinde sayanlar arasında Vollenwelder de vardır. Fakat mezkûr müellif hakem kararlarının hususî hukuka ait olan esas mahiyetini bunların sonradan iktisap ettikleri âmme hukuku (kaziyel mahkeme, nihayilik icra kabiliyeti gibi) vasıflarından tefrike çalışmamış olduğu için hakem kararlarının esas itibarıyla bir âmme hukuku muamelesi mi, yoksa hususî hukuka ait bir muamele mi oldukları hususunu kat'î surette tayin etmemiştir. Bu itibarla müelliflerden Arndt ve Arminjon'un fikirlerine iltihak ederek hakem hükümlerinin *sui generis* karakterli tasarruflar mahiyetinde olduğu neticesine varmıştır (z. g. e., s. 30).

Hakem kararlarının *sui generis* mahiyette olduğu neticesine varılması tahkimin doğurduğu önemli problemlerden biri olan yabancı hakem kararlarının tenfizi problemleri halledemez. Çünkü tahkimin esas mahiyetinin ne olduğu meselesinin vaz'ından maksat bilhassa Türkiye ve Fransa için, yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında bir hal seklîne vasil olmak ve ezcümle tahkimin mahiyetini tayin ettikten sonra mevcut hükümlerden istiane ederek ve kıyas yolu ile bu kararlar için bir tenfiz şekli bulmaktır.

Nitekim Vollenwelder hakem hükümlerinin *sui generis* mahiyette olduğuna dair mütalâa yürütmüş ve fakat yabancı memleketlerde hakem kararlarının tenfiz tarzına dair şahsî bir kanaat izhar etmiyerek hakem hükümlerinin «mahkeme kararı» yahut

edilmek suretiyle bir devletin *mahkeme reisi tarafından* tasdik edilerek tenfiz edilmesine taraftar olamayız. Şu halde noktai nazarımıza en uygun olan hal tarzı yabancı hakem hükümleri hakkında bir devletin *mahkeme hey'etinin* toplanarak icra edilmelerine karar vermesidir.

Vakıa biz daha evvel belirttiğimiz veçhile Lainé'nin anladığı mânada hakem hükümlerini birer *mahkeme kararı* mesabesinde saymamaktayız. Fakat buna rağmen hakem hükümlerini hem aktî ve hem de aynı zamanda *kazaî* mahiyette telâkki etmekteyiz¹¹⁸. Bunun için biz de hakem hükümlerinin bir *mahkeme hey'eti tarafından* kabili icra kılınmaları fikrini iltizam etmekteyiz. Biz diyoruz ki, mademki hakem hükümleri *sui generis* mahiyette değildir, mademki tahkimin hukuktaki mevcut müesseselere benzetilemeyen, kıyas edilemiyen, veya irca edilemiyen bir tarafı yoktur, şu halde iç hukukta, tahkim mahiyetinde bulunan müesseselere nasıl muamele yapılıyor ise, yabancı hakem hükümlerine de aynı muamele yapılmak lâzımdır. Hakem hükümleri bir taraftan *kazaî mahiyettedir*, şu halde nasıl ki yabancı mahkeme kararları birer *hâkim hey'eti* huzurunda muhakeme edilmek suretiyle tenfiz ediliyor ise öylece yabancı hakem hükümlerinin icrası gerektiği zaman bunların da aynı şekilde bir mahkeme hey'etinin tetkikinden geçirilmesi lâzımdır. Fakat öte yandan biz tahkimin *aktî* mahiyette olduğunu kabul etmiştik. Bu bakımdan da bunların tıpkı diğer mukaveleler gibi mahkeme heyeti huzurunda *ex contractu* bir dâvaya (bir ifa dâvasına) mesnet teşkil etmek suretiyle kabili icra kılınmaları gerekmektedir.

Yalnız, hakem hükümleri tam mânasiyle birer *mahkeme kararı* olmadıkları yani adlî kararlar mesabesinde bulunmadıkları için — bu gibi kararlar derpiş edilmek suretiyle tanzim edilmiş bulunan — «*yabancı mahkeme kararlarının tarzı tenfizi*» hakkındaki hükümlere müsteniden tenfiz edilmelerine mesâğ yoktur. Öte yandan hakem hükümleri kendilerine has bir mahiyette olmadıkları için, yani bunlara diğer bildiğimiz hukukî müesseseler dışında «*kendine mahsus bir karakter*» izafe etmediğimiz için, yabancı hakem kararları hakkında bir memleketin *tahkim hakkındaki hükümlerini* tatbik etmek ve bunlara mahkeme reisinin emrile *exequatur* vermek doğru olamaz.

«*hususî tasarruf*» mahiyetinde telâkki edilmelerine göre tenfiz tarzının *değişeceğini* bildirmekle iktifa etmiştir.

118) Yeni ve Eski Hukukta Tahkim etüdümüz, z. g. e., s. 208. Kezâlik 174 nâ 178 inci sahifelere bakınız.

Umumî olarak serdettiğimiz bu mütalâalardan sonra etüdümüzün ta baştan itibaren vasil olduğumuz neticelerini Türk Hukuku ve Türk Mahkeme İçtihatları zaviyesinden yeniden ele alacak ve Türkiyemiz bakımından da yabancı hakem kararlarının yerli kararlar gibi tenfiz edilmesinin yerinde olmadığını ispat etmek suretiyle tetkiklerimizi işbu etüdümüzün son bahislerine, yani yabancı memleket kanunlarına teb'an verilen hakem hükümlerinin *Türkiyede hangi esaslar dairesinde ve ne şekilde tenfiz edileceği* sahasına intikal ettireceğiz.

Dr. Rabî Koral