

ÖZEL HUKUK

HAKEMLİĞİN HUKUKİ MAHİYETİNİN TAYİNİNDE KULLANILAN KRİTERLER VE BİR SEMİNERİN BIRAKTIĞI İZLENİMLER

Prof. Dr. Rabi KORAL

I

Yabancı memleketlerde olsun, Türkiye'de olsun fertler arasındaki medenî ve ticarî uyumsuzlukların devlet yargısı dışında kanunların öngördüğü özel yollarla hallini hedef tutan hakemlik müessesinin hukukî mahiyetinin tayini bugün bile hukukun nazari yönünden ihtilâflı konularından biridir. Bunun bir örneğini *Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfı*'nın bir müddet evvel Etap Marmara otelinde düzenlediği ve zaman darlığından ötürü ilmî bir tartışma hüviyetinin hudutlarını aşarak bir münazara mahiyetini alan, neticede seçkin ve ihtisas sahibi bir dinleyici kitlesini tatmin etmeden biten toplantıda yakinen gördük¹.

-
- 1) **Türk Ekonomik Hukuk Vakfı** 1969 yılında kurulmuş ve bugün 16. çalışma yılını doldurmuştur. Merkezi İstanbul'dadır. Amacı iş ve ekonomik münasebetlerin getirdiği sorunları tespit, bu münasebetleri ticarî, sınaî ve malî hukuk açısından düzenleyen kuralları ahenkleştirmek, tanıtmak ve geliştirmektir. Bu münasebetle vakıf, ticarî, sınaî ve malî alanlarda çalışan iş adamlarını, iktisatçıları ve hukukçuları bir araya getirmekte, bilgi ve tecrübelerini değerlendirmekte, Türkiye'nin plânlı kalkınma davasına bilinçli ve yapıcı katkıda bulunmaktadır.

Vakıf kuruluşundan bu yana amaçları doğrultusunda başarılı çalışmalar yapmış, ülkemizde gelişen hukukî, ekonomik ve sosyal olayları titizlikle izleyerek düzenlediği konferans ve tartışmalı toplantılarda öneriler oluşmasına hizmet etmiştir.

Kurulduğundan beri vakıf diğer birçok konular arasında ezümle 1974 petrol krizini, 1980 yılının başında Türkiye'nin sarılmış ekonomik, hukukî ve sosyal düzenini, Türkiye'nin beşer yıllık plânlarını, devalüasyon konusunu, sigortacılığı, iş güven-

Gerçekten hakemlik hükümle sona erdiğine göre tıpkı bir mahkeme kararı gibi kazaî (juridictionel) bir müessese mi olduğu, yoksa bunun esas itibarile iki tarafın anlaşmasına dayandığı için özel hukuk alanı içine giren aktî (contractuel) bir faaliyet mi teşkil ettiğinin saptanması, sadece ilmî veya hukukî merakımızı gidermekle kalmıyarak aynı zamanda hakemliğin millî ve milletlerarası alandaki birçok problemlerini halle, kanunun birçok boşluklarını doldurmaya ve neticede ilmî olsun, kazaî olsun, birçok isabetli içtihatların doğumuna yardım eder².

liği konusunu, kentleşmenin doğurduğu yasal, sosyal ve ekonomik konuları, nihayet sendikacılık ve çeşitli vergi konularını başarı ile incelemiş, bunlara ilmî bir yöntem vermeye gayret etmiştir.

Vakıf son olarak konumuzla ilgili 18 Mart 1983 tarihli toplantısını yapmıştır. Ancak Vakfın "Yabancı hakem kararlarında infaz sorunu" adlı bu toplantısında görüşmeler esas konu olan "infaz" sorununa intikal etmeden zaman dolmuştur. Gerçekten konuşmacılar daha evvel hakemliğin mahiyeti üzerinde durmak lüzumunu hissetmişler, bazıları hakenilîğin **adli yargı** mahiyetinde bir müessese olduğunu, bazıları bu müessesenin **usul hukuku** müessesesi olup, kamu hukukunun alanı içine girdiğini öne sürmüş, biz ise eskiden olduğu gibi hakemliğin **aktî bir temele** dayandığını ve kamu alanının dışında kaldığını öne sürmüş ve bu inancımızı bugüne kadarki neşriyatımız ile de ispatlamış sayılmamız gerektiğini bildirmiş isek de vaktin darlığı, ne bizim, ne de ayrı fikir sahibi olan meslekdaşlarımızın sözlerimizi bitirmemize imkân vermemiştir. **Bu yazımızı o günkü eksikliği gidermek**, birçok medenî memleketlerde, nazari yönden olmasa bile, fiilen halledilmiş gözü ile bakılan **bu problem hakkında açıklamalarımızı tamamlamak** ve **senelerden beri memleketimizde ilmen ihtilâflı durumunu devam ettiren bu konunun bir problem olarak kalmasını gidermeğe yardım etmek** amacile arz ediyoruz.

- 2) KORAL, Yabancı Kanunlara Tebean Verilen Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası, Kısım I, İHFM., İst. 1951, sah. 168 ve m.; ve gene aynı müellifin, Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası, II, 1958, sah. 105 ve m.

Genel olarak hakemliğin mahiyeti hakkında şu veya bu mahiyette görüş ihtiva eden bazı eski **klâsikleşmiş eserler** için bkz. WEISS, *Traité de Droit International Privé*, c. VI, s. 29; LAINE, *De l'execution en France des sentences arbitrales étrangères*, Clunet, 1899 s. 641; MERLIN, *Questions de Droit Jugement*, XIV;

Ne var ki müessesenin bir veya iki vasfına veya şu veya bu tezahür şekline bakarak mahiyetini tayin etmek yeterli sayılmamalıdır. Örneğin, hakemliği, geniş anlamında aldığımız takdirde, kısmen özel hukuktan sayılması gereken usul hukuku (droit de procedure) alanının içine mi girdiği yoksa, gene geniş anlamında telâkki edersek kısmen kamu hukukundan oluştuğunu kabul etmemiz gereken maddî hukuktan (droit matériel) mi sayılacağı kriterini esas alarak hakemliğin hukukî mahiyetini buna göre tayin etmek günün şartları altında yeterli olmayabilir ve bizi yanılgıya götürebilir³.

NILBOYET, *Traité de droit internationale privé français*, c. XI, 1950, No. 1985; BATTIFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1959, no. 722; LER. - PIGEONNIERE, *dr. int. pri.* 7. baskı, 1959, no. 428; PILLET, *Traité de Droit International Privé*, c. II, s. 540; GULDENER, *Das internationale und interlokale Zivilprozessrecht der Schweiz* 1951, s. 107; ZANOBINI, *Natura ed efficacia delle sentenze degli arbitri*, Studi in onore di Carlo Fadda, c. VI, 1951, s. 109; REDENTI, *Diritto Processuale Civile*, c. 2, 1951, s. 265; MARMO, *Arbitrati stranieri e nazionali con elementi di esterneità*, annuario comparato e di studi legislativi, 1948, no. 14; GLASSON, *Précis de Proc. Civ.*, c. V, no. 1855; GARCONNET, et Sezar - Bru, *Traité théorique et pratique de Procédure civile*, 2. baskı, c. VIII, no. 3078; MORELLI, *Diritto Processuale Civile Internationale*, 1954, no. 145. BELGESAY, *Devletler Hususî Hukukunda Adliye*, s. 242; ANSAY, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara 1950, s. 344-345; BERKİ, *Devletler Hususî Hukuku*, Ankara 1949, s. 421; GAUP - STEIN - JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cilt II, pr. 1025; ROBERT, *Traité de l'arbitrage en droit interne*, 1955, no. 8.

- 3) Türkiye'de hakemliğin **usulî mahiyette** olduğunu öne sürenlerin başında bkz. ALANGOYA, *Medenî Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İst. 1973, s. 38 ve m. ve 52 ve m. İncelememize **bu kriteri ele alarak başlamamızın sebebi, seminerde en başta bu kriter üzerinde durulmuş olmasından ötürüdür.** Hakemliğin bir usul hukuku akti olduğunu veya usul hukuku akti ile ilgili olduğunu öne süren veya hakemlik dolayısıyla usul hukukundan bahseden Alman veya İsviçreli yahut Avusturyalı müelliflerden bazıları için, keza bkz. ALANGOYA, z.g.e., s. 41 ve m. ve 63 ve m. Gene bkz. NOMER, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, s. 502, 506, 510, 516 ve bu sayfelerin dip notlarında z.g. isimler. Keza bkz. Ünal TEKİNALP, z.g.e., sah. 16, 17, 18 ve m. sayfeler ve bu sayfelerin dip notlarında zikri geçen müellifler. Nihayet bkz. KLEIN, *Considération sur l'ar-*

Aynı şekilde bugün bu müessesenin mahiyetini bir memleketin sadece bir hukuk dalına bakarak, örneğin sadece akitler yasasına veya sadece usul yasasına yahut da sadece milletlerarası özel hukuk yasasına bakarak tespiti kalkışmak da yetersiz sayılmalıdır. Bizce bu müessesenin mahiyetini en azından ilgili bulunduğu bütün branşlar nazara alınmak suretiyle tayin etmek, hatta bu meyanda, uyuşmazlıkların hakemlikle halli müessesesi bugün diğer hukuk müesseselerine nispetle milletlerarası alanda çok daha sür'at ve vüs'atle gelişen bir müessese olduğu için, yukarıda belirtilen branşlara mukayeseli hukuk branşını da katmak, yâni hakemliğin birçok hukuk alanlarında müşterek olan noktalarını tespit etmek suretiyle tayine kalkışmak daha isabetli olur⁴.

Bunun gibi hakemlik birden fazla münasebetten oluştuğu için eskiden yapılanın aksine, bunlardan sadece birine yâni, tarafları birbirine bağlayan hakem mukavelelerine (hakem mukavelesi veya hakem şartına), hakemin hüküm vermesi için hakemlerle taraflar arasında aktolunan tahkim aktine, hakemlik fonksiyonunun icrası

bitrage en droit international privé, 1955, sah. 196-204 ve dip notlarında zikri geçen müellifler.

Bu müelliflerden ALANGOYA'nın zikrettiği isimler arasında : Schiedermaier, Böhm, Goldsmidt, Baumbach/Schwab, Stein/Jones/Schönke/Pohle, Kornblum, Baumgaertel, Guldener, Fehr, Suter, Kälin, Nötzli, Kisch v.s. vardır. TEKİNALP'in zikrettiği isimler arasında : Baumbach - Schwab, Förster - Kann, Suter, Nikisch, Fehr, Schuppisser, Hellvig vardır. TEKİNALP'e göre, Baumbach - Lauterbach, Stein - Jonas - Schönke - Pohle, Guldener, Rosemberg, hakemlikte sui generis nazariye taraftarıdır. KLEIN'in bahsettiği isimler arasında : Guldener, Guhl, Hellwig ve Schidermaier vardır. KLEIN, Joseph Kohler, Nussbaum, M. Meili, Sauser - Hall gibi müellifleri mutedil olarak vasıflandırmış, hatta bunlardan bazılarının hakemliği usul hukuku yönünden **usulî** (procédural) mahiyette telâkki etseler bile, milletlerarası hukuk yönünden hakemliğin **akit** muamelesine tâbi olması gerektiğini söylediklerini açıklamıştır. Bu hususta KLEIN'in yukarıda belirttiğimiz eserine ve ayrıca "Du Caractère autonome et procédural de la clause compromissoire" makalesine bkz. Revue Arb. 1961, sah. 48.

- 4) KORAL, yukarıda 2 no.da zikri geçen yazılarımız ve onlarla ilgili diğer makalelerimiz. Hakemlikte mukayeseli hukuk metodu için 30 no.lu dip notunda z.g. makaleler.

boyunca cereyan eden hakemlik prosedürüne, hakem prosedürünün neticelendiği karar safhasına, bundan da öte, kararın icra edilebilir hale gelene kadarki safhalara (periode post - arbitrale), ilâhere bakarak teşhis koymak hakemliğin modern icapları yönünden yetersiz olabilir. Gerçekten hakemliğin tüm safhaları birlikte nazara alınmadan konacak olan bir teşhisin fil hikâyesine dönüşerek filin yoklanan tarafına göre ayrı bir izlenim bırakması ve neticede bizi şaşırtması ihtimali kuvvetlidir⁵.

Hakemliğin hukukî mahiyetini tayin için kullanılan kriterler bazen birbirinin tamamen aynı olmadıkları halde bunlar bir zannedilerek yapılan teşhisler de yanıltıcı olabilir. Örneğin, hakemliğin hukukî niteliğini tayin hususunda bir grup hukukçu bir taraftan hakemliği öz haklar bahşeden *maddî hukuka* ait (bilfarz borçlar hukuku veya ticaret hukuku alanına giren) bir anlaşma mı, yoksa sadece ilgililerin haklarını elde edebilmeleri yönünden takip edecekleri yolları gösteren (bir memleketin hukuk yargılamaları usulü yasasının alanı içine giren) *usul hukukuna* ait bir akit mi olduğu (*alman ekolü*) yönünden incelediği halde, öte yandan diğer bir grup hukukçu, aynı konuyu hakemliğin özel hukuk alanı içine giren *aktî* bir işlem mi, yoksa devletin yargı hakkını kullanırken icra ettiği faaliyete benzer *yargısal bir fonksiyon* mu teşkil ettiği (*fransız ekolü*) yönünden incelemeye tâbi tutarsa, bu iki grup hukukçu bahsi geçen iki ayırımın tıpatıp birbirine uymadığını nazara almadan incelemelerine devam etmeleri neticede memnunluk verici olmayabilir⁶.

Gene aynı kriterlerin isabeti açısından işi mütalâaya devam edersek : hakemliğin mahiyetini yukarıda belirttiğimiz “maddî - usulî” kriter yönünden inceleyen yazarların bu problemi sadece *iç hukuk*, yâni bilfarz “millî borçlar hukuku ve millî usul hukuku” kriteri açısından ele almayıp *milletlerarası hukuk* yönünden özellikle yabancı veya milletlerarası hakem kararlarının tenfizi yönünden de inceleyecek olurlarsa daha isabetli hareket etmiş olurlar. Gerçek-

5) Jean ROBERT, Arbitrage civile et commercial, Paris 1967 ve özellikle sah. 281 ve m.

6) Bu konunun milletlerarası ve Fransız ekolü yönünden incelenmesi için KORAL'ın Alman ekolü yönünden incelenmesi için ALAN-GOYA'nın z.g. eserlerine veya etüdlerine bakınız.

ten çalışmalar bu alana intikal ettirilecek olursa işin milletlerarası yönden de mütalâa edilmesinin isabeti daha kolaylıkla anlaşılır ve neticede yabancı hakem kararlarının milletlerarası alanda tenfizinin ilgili memleketlerin ekonomik menfaatleri yönünden çok daha önemli olduğu ve *akit teorisinin bu işi daha kolaylıkla gerçekleştirdiği* yakından görülmüş olur.

Nitekim hakemliği milletlerarası hukuk yönünden inceleyen alman müelliflerinin dahi başlangıçta hakemliğin usul hukuku alanı içine girdiği prensibinden hareket etmiş oldukları halde hakem kararlarının tenfizi bahsinde daha müsamahalı davrandıkları ve akit teorisinin tenfiz problemini daha kolaylıkla gerçekleştirdiğini görerek neticede ihmal edilmesi mümkün olmıyan milletlerarası ekonomik menfaatler icabı bu teoriye iltifat eyledikleri görülür⁷.

Açıklamakta olduğumuz bu düşünüş tarzı, hakemlik müessesesinin hukukî mahiyeti problemini yukarıda temas ettiğimiz diğer kriter yâni *aktî - kazaî* kriter yönünden inceleyenler için de öne sürülebilir. Gerçekten hakemlik müessesesinin hukukî mahiyeti problemini sadece yabancı hakem kararlarının icrası açısından ele alıp bunu iç hukuk, yâni "borçlar hukuku - usul hukuku", kriteri yönünden incelemeye lüzum görmemiş olan hukukçular da vardır. Bu hukukçular için de noksan inceleme yaptıkları hatıra gelebilir. Ancak, "akit - yargı" (kamu yargısı) incelemesi yapanlara karşı genel olarak ileri sürülebilen bu sakınca sırf hakem kararlarının tenfizi probleminin halli ile yetinen hukukçulara karşı isabetli sayılmaz⁸.

7) Ergin NOMER, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilâfı, sah. 499 ve m.; Ünal TEKİNALP, aynı eser, Hakem sözleşmesinin mahiyeti konusunda düşünceler, isimli makale, sah. 13 ve m. Bu hususta ayrıca 3 no.lu dip notunun son kısmına bakınız.

8) KORAL, Yukarıda 2 no.lu dip notunda açıkladığımız etüdlerimizde hakemliğin hukukî mahiyeti başlangıçta bu cepheden ele alınmış, sonraki etüdlerimizde incelemeler hakemliğin diğer cephelerini kapsayacak şekilde yürütülmüştür; Bkz. KORAL, Türk hukukunda yabancı hakem kararı mefhumu ve Yargıtay Genel Kurulunun otorite kanunu kriteri, İHFİM., 1977 (Prof. Hırş'e Armağan), sayı 1-4, sah. 155 m.; aynı müellif, Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 sayılı kararının eleştirisi, Prof. Hıfzı Timur'a Armağan, 1979, sah. 419 m. Kezalik aynı

Bir kere çeşitli hukuk sistemlerinde, müesseseleri sadece akit-yargı kriterine göre ayırd edilmelerini müsait karşılayacak hükümler mevcut olup bu ayırma göre tatbik edilebilecek hazır bir tenfiz sistemine rastlamak mümkündür, buna bir avantaj gözü ile bakmak lâzımdır. Gerçekten ortada devlet yargısı mahiyetinde bir hukukî ilişki olduğu düşünülürse o devlet kanunlarında hazır mevcut olan yabancı mahkeme kararlarının tenfizi hükümlerinden faydalanılır, yok eğer *akit mahiyetinde* bir hukukî ilişki olduğu kabul edilirse bu takdirde tenfizin akit hükümlerine göre sağlanması çarelerine başvurulur. Nihayet tenfiz bahiskonusu oldukça problemin akit-yargı kriterine göre mütalâa edilmesinin bir yararı daha vardır, o da bu kritere göre yapılacak araştırmanın konunun muhakkak milletlerarası hukuk yönünden enine boyuna incelenmesini gerektirmesidir⁹.

Gerçekten tenfiz bahsi oldum olalı milletlerarası özel hukuk branşını ilgilendirmiş ve bu alanda mutlak surette inceleme yapılmasını şart kılmıştır. Bu bakımdan konu tenfiz bahsine intikal ettirildiği sürece hakemliğin akit-yargı kriteri açısından incelenmesi pek sakıncalı sayılmamış aksine bu kritere göre araştırma yapıp muayyen bir sonuca varan hukukçular bir bakıma üstün dahi sayılmışlardır. Halbuki aynı şey hakemliğin iç hukuk yönünden değerlendirilmesini yapan ve çalışmalarını bu hukuk alanına hasredilmesini yeterli gören “maddî-usulî” kriter araştırmacıları için öne sürülemez¹⁰.

Son olarak ilâve edelim ki, bütün mülâhazalar bir tarafa bırakılsa bile, genel olarak “maddî-usulî” (maddî akit-usulî akit) ayırımına göre inceleme yapanların akit-yargı (aktî münasebet - Kamu yargısı münasebeti) yapanlardan üstün oldukları iddia edilemez.

Gerçekten hakemliğin usulî bir işlem olduğu tezini savunanların dayandıkları ana fikir yargı fonksiyonunun an asıl devlete ait

müellif, Milletlerarası hakemlikte ifa davası ve milletlerarası usul hukuku kanun tasarısı, H. Timur'a Armağan, sah. 1979, sah. 493 m.

9) Bkz. Yukarıda 2 no.lu dip notunda z.g. etüdümüz, Kısım I, 1951, z.g.m., sah. 150-156.

10) 2 no.lu dip notunda z.g. etüdlerimize bkz.

bir fonksiyon olduğu, hakeme müracaat etmenin devletten bir miktar yargı hakkı nez etme anlamına geldiği, bu sebeple hakemliğin kamu hukukundan sayılması gerektiği fikridir. Halbuki bu fikrin aksi de aynı kuvvetle müdafaa edilebilir. Gerçekten aksi fikirde olanlar, aynı iddialı sözlerle hakemliği: devletin kaza yetkisinden bir şey nez etmeyip, aksine bir uyuşmazlığın baştan itibaren devlet makamlarına intikalini önleyen ve bir ihtilâfı, özel hukuk alanında bulunduğu sırada, halleden bir müessese olarak düşünmektedirler.

Bu durum karşısında, mücerret bu argümanlarla mezkûr iki fikirden birinin diğerinden üstün olduğu iddiasına iltifat etmek doğru olmaz. Tersine bu esas üzerine tartışmaya devam edilmesi halinde mesele yumurta hikâyesine dönüşerek tavuğun mu yumurtdan, yumurtanın mı tavuktan çıktığı münakaşasına çevrilir ki, *seminerde açıklamış olduğumuz üzere*, bu yolda yapılacak tartışmalar içinden çıkılması imkânsız fasit bir daire şekline bürünmekten başka bir anlam taşımaz¹¹.

Yukarıda belirttiğimiz sebeplerden dolayı Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfının tartışmalı toplantısında bu kriter aracı ile ve bu kriter üzerinde ısrarla durulmak suretile tenfiz probleminin halli girişimlerini, orada da işaret ettiğimiz gibi, tatmin edici saymadık.

II

Şimdi hakemliğin usulî bir akit mi, yoksa maddî bir akit mi olduğu kriterini bir yana bırakarak seminerde üzerinde durduğumuz fakat tafsile imkân bulamadığımız veçhile bu müessesenin mahiyetini, bizim milletlerarası hakemlik hukuku yönünden yapılan incelemelerde tercih ettiğimiz, *akti mahiyette* bir tasarruf mu, yoksa *kazaî mahiyette* bir tasarruf mu, yâni mahkeme kararı mahiyetinde bir tasarruf mu, yoksa bildiğimiz aktî münasebetten doğan bir tasarruf mu olduğu yönünden kısa bir incelemeye tâbi tutalım¹².

11) Bkz. KORAL, İHFM., 1977, Prof. Hırş'e Armağan sayısı, sah. 162.

12) İncelememizi bu noktaya intikal ettirmemizin sebebi, Seminerde hakemliğin hukukî mahiyetinin bir de bu ikinci temel kriter yönünden tartışılmış olmasıdır. Adli yargı tezini LAINE'nin fik-

Herşey 1982 yılında İspanya kraliçesi Marie - Christine'in varesinin doğurduğu çeşitli uyuşmazlıklar arasında, bunlardan İspanya'da hakem kararına bağlananların, Fransa'da tenfizi dolayısıyla Paris Hukuk Fakültesi Profesörlerinden A. Laine'nin verdiği meşhur hukukî mütalâa üzerine başladı. Mütalâanın esas teması şu mahiyeti taşıyordu: hakem kararları tıpkı mahkeme kararlarına benzerler, çünkü hakemler, tıpkı mahkemeler gibi iki taraf arasında mevcut bir "uyuşmazlığı" halletmeye memur edilirler. Hakemler tayin olunduktan ve hakem mahkemesi kurulduktan sonra bunun huzuruna gelen ilgililere tıpkı devlet mahkemelerinde olduğu gibi "tarafklar" adı verilir, aksine mukavele olmadıkça (Fransa Usul Kanunu gereği) hakemler mahkemelere ait prosedürü (muhakeme usulünü) takip ederek hüküm verirler. Hakemler tıpkı hâkimlerin reddi sebeplerine dayanılarak "reddedilebilirler". Hakemler aksine mukavele olmadıkça (Fransız Usul Kanunu hükmü gereği) "hukuk kaidelerine" yâni kanun hükümlerine dayanarak hüküm vermek zorundadırlar, nihayet hakemlerin verdiği hükme tıpkı mahkemelerinin aynı "karar" adı verilir ve ilâhere.

Laine'nin kanunun kullandığı tabirlere ve buna benzer sebeplere dayanarak yaptığı bu teşhis ve Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfının seminerinde de bir kısım tartışmacılar tarafından savunulan bizim ise seminerde karşı geldiğimiz bu görüş o zaman Fransa'yı fethetti ve hakemlik müessesesine "mahkeme kararı" mahiyetini bahşetmeye yeterli sayıldı¹³.

Ne var ki o zamandan bugüne köprünün atlından çok sular geçti. Üzerinden takriben yüz sene geçmiş olan ve daha çok kanunun kullandığı tabirlerden faydalanarak ortaya konan bu görüş, ileride göreceğimiz üzere bir yönden hâlâ tazeliğini muhafaza etmekle beraber esas itibariyle hakemliğin bugünkü millî ve özellikle milletlerarası ekonomik, sosyal ve hukukî realitelerine ayak uyduramaz oldu, o kadar ki, Fransa'yı yüz sene evvel fethetmiş olan bu fikrin bugün Fransa'da adeta tek taraftarı bile kalmadı ve Fran-

rini esas alarak ortaya koymamızın sebebini ise işbu makalemizin 18 no.lu dip notunda açıklamış bulunuyoruz.

13) LAINE'nin fikri için bkz. KORAL, 2 no.lu dip notunda z.g.m., I, sah. 169.

sa'nın 1980 ve 1981 yıllarında iç ve milletlerarası hakemlik konusunda çıkardığı iki reform kararname kazaîlik tezinin bütün izlerini silerek hakemlikte akit teorisinin icaplarını hükümran kıldı¹⁴.

Bahis konusu seminerde esasları savunulan Laine'nin görüşünün çoktan beri hükmünü yitirdiğini ve taraftarlarının onu seneler evvel tek tek terkettiğini ispat için bütün dünyaya örnek teşkil edeceğine inandığımız Fransa'nın hakemlik hukuku alanındaki 1980-81 tarihli reform hareketini zikretmek yeterlidir¹⁵. Laine'nin fikrinin Fransa'da çoktan beri terkedildiğini uzun seneler evvel yaptığımız etüdlerimizde de belirttik¹⁶.

Laine'nin fikrini cerh için uzun tafsilâta geçmeye de lüzum yoktur. Hakem kararlarının mahkeme kararlarına benzetilmesine karşı mukayeseli hukuka da dayanan ve arttırılması kolaylıkla mümkün olan bir iki gerekçenin öne sürülmesi yeterlidir. Örneğin;

a) Türk hukukuna göre hakemler, kanunu ve usulü tatbik etmeden de hüküm verebilirler. Halbuki hâkimlerin böyle bir şey yapmaları tasavvur edilemez. Onlar davayı muhakeme ederken mutlak surette kanunu ve usulü tatbik etmek mecburiyetindedirler.

b) Türk hukukunda ve bütün medenî dünya hukuklarında hâkimler gerekçe göstermeden asla karar veremezler. Mahkeme kararlarının Yargıtayca kontrolü (yâni revizyonu) bunların dayandığı

14) Gérard CORNU, La réforme du droit Français de l'arbitrage, (Décret du 14 Mais 1980); Philippe FOUCHARD, La Réforme de l'arbitrage international en France, (Décret du 12 Mai 1981); Ayrıca bkz. Jean ROBERT, La législation nouvelle sur l'arbitrage, Recueil Dalloz, Sirey. Kezalik, FOUCHARD, Le nouveau droit Français de l'arbitrage; ve aynı müellif, l'arbitrage International en France d'après le décret du 12 Mai 1981 (Revue de droit International et de Droit Comparé ve Journal du droit international). Ayrıca bkz. W. Laurence CRAIG, William W. PARK, Jean PAULSON, French Codification of a Legal Framework for international commercial arbitration. (Practice and procedure of the International Chamber of Commerce Arbitration 1982, Paris).

15) Yukarıda 14 no.lu dip notuna bkz.

16) Yukarıda 2 no.lu dip notunda z.g. etüdlerimiz, 1951 tarihli etüd, s. 172 ve m ve 1958 tarihli etüd, s. 80 ve m. ve 108 m.

mucip sebebin bilinmesi halinde mümkün olur. Halbuki birçok hukuklar arasında bizim hukukumuzda da hakemlerin gerekçesiz hüküm vermelerine hiçbir engel yoktur.

c) Mahkeme kararlarının Yargıtay tarafından usule ve kanuna uygunlukları yönünden kontrol (revizyon) edilmeleri şarttır, neticede bunlar ya onanır veya usulün yahut kanunun şu veya bu noktasından yeniden incelemeye tâbi tutulmak üzere “bozular”lar.

Halbuki hukukumuzda olduğu gibi birçok diğer hukuklarda hakem kararları asla revizyona tâbi tutulmayıp onlar esas itibariyle sadece hakem mukavelesinin öngördüğü müddet, hudut ve şumul gibi bazı ayrımlar yönünden kontrol edilip ortada böyle bir aykırılık varsa “iptal” olunurlar. Bu nev’i iptal hükümleri ise mahkeme kararları için değil sadece *mukaveleler* hakkında verilir. Bunu teyid eden “Les voies de nullité n’ont lieu contre les jugements” mealindeki Fransa’da kullanılan hukuk tekerlemesi çok eski bir tekerleme olup, hakemliğin devlet yargısı mahiyetinde olmadığını ispatta yeterli sayılır. İşte belirttiğimiz sebepler ilk ağızda hep hakemliğin kamu yargısına benzetilmesini cerheden, onu akit teorisine yaklaştıran sebeplerdir¹⁷.

Sırası gelmişken şunu da ilâve edelim ki, eğer Laine, hakemliği sadece özel bir yargı fonksiyonuna benzetmekle yetinip bunu “*mahkemelerde icra edilenin aynı*” bir kamu fonksiyonu mahiyetinde telâkki etmese idi, aşağıda açıklayacağımız sebeplerden dolayı, bu düşünüş bugünün de icaplarına ve milletlerarası içtihatlarla uygun olur, geçerliliğini muhafaza ederdi. Ancak Laine’nin fikri hakkında öne sürdüğümüz düşünüşe tekabül eden bir tenkidi akit teorisinin Fransa’da öncüsü sayılabilen Merlin’in hakemlik hakkında ortaya koyduğu fikrin katılığına karşı da öne sürmek mümkündür¹⁸.

17) BRACHET, De l’exécution internationale des sentences arbitrales, Paris 1928, sah. 79.

18) İşbu etüdümüzde kazailik tezinin müdafii olarak Laine’nin fikrini ele almamızın sebebi, **bahis konusu seminerde adli kazailik tezinin müdafaasının bilhassa bu müellifin öne sürdüğü esaslara dayandırılmış** ve konunun bu yönden esaslı tartışma sebebi olmasından ötürüdür. Yoksa hakemliğin kamu yargısı mahiye-

Gerçekten Fransa'da Laine'nin fikrinin muarızı olan Merlin, hakemliği tam anlamı ile bir akit olarak telâkki etmiş, bunun hukukî kuvveti ile hukukî mahiyeti arasındaki farklılığı sezememiştir. Halbuki bugünkü telâkkiler hakemliği kuvveti ve dayandığı hukukî mesnedi itibariyle aktî, fakat mahiyeti itibariyle kazaî (yargısal) bir müessese olarak düşünmektedirler¹⁹.

Bize gelince, belki de temellerini ilk olarak çeşitli etüdlerimizde ortaya attığımız, *hakemliğin mahiyet itibariyle kazaî, fakat kuvvet itibariyle aktî olduğu* yolundaki fikrimizin bilhassa milletlerarası alanda birçok müellif ve hukukçu tarafından müdafaa edilen hakemliğin modern fikri olduğunu düşünmek yerinde olur. Gerçekten hakemliğin *devlet veya kamu yargısı* yanında, adeta ona muadil kıymette, fakat otonom ve *özel mahiyette bir yargı* müessesesi olduğu neticesine varmak hiç de yanlış olmaz^{19a}.

Bugün artık hakemliğin onu teşkil eden çeşitli münasebetleri tek tek ele alınmak suretiyle değil bir bütün olarak telâkki edilmesi neticesi genel olarak varılan hüküm bu merkezdedir. Gene hakemliğin bugün bir tek devletin mevzuatına göre değil, birçok devletin mevzuatı nazara alınmak suretiyle, mukayeseli hukuk yönünden incelenmesi bizleri bu sonuca götürmektedir. Bu müessesenin sadece iç hukuk yönünden değil, aynı zamanda milletlerarası özel hukuk yönünden ve açıkladığımız metod dairesinde değerlendirilmesinin ortaya koyduğu sonuç da budur.

Hülâsa, açıkladığımız yeni yöntemler gözönünde bulundurularak yapılan esaslı incelemeler hakemliği devletin kamu hukukundan doğan kaza fonksiyonu yanında onunla aynı kuvvet ve kıymette olan, fakat iki tarafın iradesine dayanan özel bir müessese şeklinde telâkki etmemizi gerekli kılmakta, hakemlikle ilgili problemler-

tinde olduğu görüşünün savunması o günden beri hukukun gelişmelerine ve modern telâkkilere uygun olarak birçok diğer daha aktüel mahiyette, fakat görüşümüze göre daima redde mahkûm olan yönlerden yapılmış olduğuna şüphe etmemelidir.

19) MERLIN, de l'exécution internationale des sentences arbitrales, Clunet 1899, sah. 652.

19a) KORAL, İHFM., 1947, sah. 1049 ve İHFM., 1947, sah. 208; ve FOUCHARD, Le juge et l'arbitrage, Rev. Arb. 1980, s. 416.

rin bu temel gözönünde bulundurularak halledilmesini gerektirmektedir²⁰.

- 20) Hakemliğin **özel kaza mahiyetinde** bir müessese olduğu yönünden bkz. KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit International Privé, De la nature jur. de l'arb. sah. 181-204.* Aynı müellif, *Autonomie de la volonté et arbitrage, Rev. Crit. 1958, sah. 256 ve m.;* aynı müellif, *Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire Revue Arb., 1961, sah. 48 ve m.;* FOÛCHARD, *L'arbitrage Commercial International, Paris 1965; La notion d'arbitrage commercial international bahsi, sah. 10-50;* aynı müellif, *Le Juge et l'arbitrage (XI colloque des Instituts d'études judiciaires, Rapport général), Rev. Arb. 1980, no. 2.* GOLDMAN, *Dalloz, Répertoire de droit international 1968, Arbitrage (Droit International Privé), sah. 112-138.* Aynı müellif, *Les conflits de lois en matière d'arbitrage international de droit privé, Rec. Cours. La Haye 1963;* ve bilhassa Ch. N. FRAGISTAS, *Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé, Revue Crit. 1960, ayrıbası, sah. 2 ve müt.*

FRAGISTAS'ın hakemliğin iki tarafın iradesine dayanan **özel mahiyette bir yargı müessesesi** olduğuna dair dikkati çekici başarılı makalesinin vardığı bu neticeyi tamamen yerinde bulduğumuzu belirtmekle beraber, müellifin bu makalesindeki bazı fikirlere, meselâ hakemlikte esas münasebetin hakem mukavelesi olmayıp **hakem kararı** olduğuna dair görüşüne bu makalemizin de temelinde yatan ve kolaylıkla anlaşılması mümkün olan esaslardan ötürü iştirak etmediğimizi belirtmek isteriz.

Müellifin makalesindeki iştirak etmediğimiz görüş, aynen şöyledir: "D'autre part, le point essentiel dans l'arbitrage n'est pas la convention d'arbitrage mais la sentence arbitrale qui est de nature judiciaire. La sentence arbitrale est l'acte principal de l'institution, celui qui réalise son but à savoir le règlement du différent. La convention d'arbitrage est un acte préparatoire de ce règlement, et l'acte principal de l'institution ne peut pas être considéré comme un accessoire ou une projection de l'acte préparatoire."

Bununla beraber FRAGISTAS'ın dahi bu mülâhazalarından tam anlamıyla memnun olmadığı anlaşılmaktadır. Zira müellif yukarıdaki mülâhazalarını şu cümle ile bitirmektedir: "Toutefois, il n'est pas permis d'exagérer la portée pratique de l'une ou de l'autre de ces constructions; la solution des questions pratiques dans le cadre international doit être déduite de considérations elles-mêmes pratiques plutôt que de constructions dogmatiques." (Bkz. zikri geçen müellif, z.g. makale, ayrı bası, sah. 3, dip notu 2). Balladore PALLIERI, *L'arbitrage privé dans*

III

Biz de, çok eskiden beri hakemliği bir hak ve adalet müessesesi olarak mütalâa etmiş ve onun devlet yargısı (justice publique) yanında gittikçe daha ziyade istiklâlini kazanan özel yargı (justice privée) müessesesi olarak geliştiğini savunmuştuk. İlk etüdlerimizde açıkladığımız gibi hakemliğe sonradan eklenen kaziyeyi muhkeme, kat'îlik ve icra kabiliyeti gibi kamu hukukuna ait vasıflar, bu müessesenin temel unsuru ve öz çekirdeği olan "özel yargı" olma vasfını değiştirmemiş ve özellikle hakemliğin Devletler Hususî Hukuku alanında işlem gördüğü, yâni yabancı veya milletlerarası (international) yahut milletlerüstü (supranational) hakem kararlarının icrası bahis konusu olduğu zaman hakemliğin hususî hukuk tasarrufu olma bünye ve hüviyetinin nazara alınması suretiyle tenfizi gerektiğini öne sürmüştük²¹.

Mübalâa etmeden diyebiliriz ki hakemliğin modern anlayışı bu telâkkiye ulaşmış, kazaî - aktî kriterinin mucidi addedebileceğimiz Fransız hukukçuları ve onlar gibi düşünen müellifler bu tarz gelişmesi benimsemiş, yâni hakem kararlarının, sonradan elde ettikleri kamu vasıfları ile değil hakemliğin devlet kazası yanında bir "özel kaza" müessesesi olma vasfına göre işlem görmesi gerektiği fikrini kabullenmişlerdir. Fransızlar önceden aktî - kazaî tezinin şampiyonları iken sonradan hakemlik telâkkisini "özel kaza" fikrine irca etmişler ve hakemliği kamu kazasından tamamiyle müstakil özel hukuka ait otonom bir yargı müessesesi olarak işlemişlerdir.

Bu düşünüş tarzı öteden beri nezrettiğimiz makalelerde müdafaa ettiğimiz hakemliğin kuvvet itibarile *aktî* fakat mahiyet itibariyle *kazaî* bir müessese olduğu düşüncesine uygundur^{21a}.

les rapports internationaux, Rec. Cours, La Haye 1935, t. 1, sah. 291 ve m. ve 301 ve m.

21) KORAL, 2 no.lu dip notunda z.g. etüdümüz, İHFM., 1951, sah. 179-190 ve aynı dip notunda z.g. 1959 tarihli etüdümüz, sah. 66-75. Gerek Alman usul kanununun 1040. maddesi hükmü, gerekse yeni Fransız usul kanununun 1500. madde hükmü hakkındaki düşünce ve açıklamalarımızı mahfuz tutarız.

21a) Görüşleri tıpatıp birbirine uymamakla beraber hakemliğin adli yargı teorisine karşı **akit teorisini** benimseyen veya bu teoriye daha müsamahalı gözle bakan yahut hakemliği netice itibariyle akte dayandıran müellifler arasında: Merlin, Weiss, Foelix,

Bugün gittikçe daha çok kuvvetlenen telâkkilere göre kaide yaratma gücü sadece devletin inhisarına tâbi bir güç değildir. Mad-

Aubry et Rau, Bartin, Lerebours - Pigeonnière, Belgesay, Koral, Salem, S.Ş. Ansay, Berki, Erkuyumcu, Klein, Kalpsüz, Pallieri, Nomer, Ü. Tekinalp, Minoli, Domke, Robert, Carabiber, Kopelmannas, Eisemann, Fouchard, Sanders, Glossner, Coulson, Motoulsky, Mezger, Lousouarn, Bredin ve sayısız birçok diğer müellifler zikredilebilir. Bugün hakemliğin akit teorisini sarahaten veya zımnen benimseyenlerin ismi sayılmakla bitmez. Hatta müelliflerden çoğu, sarahaten yargı - akit teorisine temas etmemek veya hakemliğin akitliği prensibini benimsediklerini açıkça belirtmeye lüzum görmemekle beraber, neşriyatlarından netice itibarile hakemlik müessesesini akti esaslara dayandırdıkları anlaşılmaktadır. Bu meyanda işbu makalemizin (23) no.lu dip notunda isimlerini sıraladığımız müellifleri de bu kategoriye sokabiliriz. Gerçekten isimlerini belirttiğimiz müellifler, lex mercatoria'nın kabulüne varacak kadar ileri fikirli olduklarını açıklamak suretiyle hakemliğin temelindeki aktilik esasını peşinen kabul etmiş sayılmaları gerekir.

Kısaca bugün milletlerarası hakemlik ancak aktilik, irade serbestisi, milletlerarası ticaret alanında varlığını hissettiren ve hiçbir ülkenin kanununa tâbi olmayan milletlerarası hukuk ve teamül kaideleri sayesinde gelişmekte olup, son zamanda hakemliğin gerçekleştirdiği bu büyük ilerleme işin temelinde aktilik esasının katması sayesinde olmaktadır.

Yukarıda akit teorisi esaslarına inanan Türk müelliflerinin bazılarının isimlerini zikrettik. Türk müelliflerinden yukarıda ismi geçenlerin dışındakilerin görüşlerine bir bakış atfedecek olursak : Evvelce de işaret etmiş olduğumuz gibi, **yargı teorisi taraftarları arasında**, Postacıoğlu, Üstündağ, Baki Kuru'yu zikredebiliriz. Prof. Sauser Hall ve Arminjon gibi tanınmış yabancı hukukçular da aynı görüşe sahip olanlar arasında zikredilebilirler.

Memleketimizde bu konuda neşriyatlarını incelediğimiz son müellifler arasında Prof. Erdoğan GÖĞER, sarahaten açıklamakla beraber (Devletler Hususî Hukuku, Ankara 1975, sah. 360) milletlerarası hakemlikte akit teorisini tercih etmiş görünmektedir. Prof. Yılmaz ALTUĞ'un yargı teorisini benimsediği (Devletler Hususî Hukukunda Yargı Yetkisi, İstanbul 1970, sah. 167-168) kitabından anlaşılmaktadır. Yukarıda bahsi geçen seminerde Prof. Gülören TEKİNALP, aynı görüşü savunmuştur. Eserinde (Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1981, sah. 273) kabul ettiği tez hakkında açık bir fikir ortaya koymamak ve hakem sözleşmesi ile hakem kararları ve bunların tenfizi problemini

dî hukuk yönünden olsun, usul hukuku yönünden olsun özel hukuk alanında kaide yaratma hususunda fertlerin iradesinin büyük rol oynadığı ve kanun koyucunun hareketlerine tesir ika ettiği kabul olunmaktadır. Aynı güç özel yargı yâni hakemlik alanında da kendini göstermektedir²².

Bugün yeryüzünün her tarafına yayılmış olan çeşitli millî ve milletlerarası hakem teşekküllerinin hakemliğin icaplarını yerine getirmek yönünden devletin imkânları dışında haiz oldukları baskı vasıtaları, aynı teşekküllerin hükûmetler üzerinde milletlerarası hakemlik anlaşmalarının aktedilmesi yönünde icra ettikleri başarılı tesirler, nihayet bilhassa milletlerarası uyumsuzlukların halli için senelerden beri kendisine başvurulan hakemliğin bu alanda doğumuna ve taammümüne olanak verdiği (lex mercatoria) yâni hiçbir devletin kanununa tâbi olmadığı halde milletlerarası ticarî, sınaî ve inşaî münasebetlerde varlıklarını hissettiren yepyeni milletlerarası maddî ve usulî kaideler bu müessesenin özel ve otonom bir mües-

birbirinden ayrı düşünmek gerektiğini öne sürmekle beraber hakemliğin tüm olarak mahiyeti hakkında, edindiğimiz intibaa göre, kitabında vaziyet almamış, ancak seminerde Lainé'nin görüş ve esaslarına dayanmıştır. Doç. Dr. Ata SAKMAR'a gelince (Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982, sah. 26 ve m.) adlı kitabında akti nitelik, kazaî nitelik ve nihayet karma nitelikten bahsettikten sonra, kendisi hakemliğin karma nitelikte bir müessese olduğu görüşünü savunmuştur.

Bu bahse son vermeden bir kere daha belirtelim ki, evvelce açıkladığımız üzere bugünkü hakemlikte ileri olan memleketlerin hukuk literatüründe çoğunlukla dolaylı bir şekilde işlenmekte veya ele alınmakta olan bu konu, sırf yukarıda **bahsi geçen seminerin bir nevi çıkmaza girmesi sebebiyle** işbu makalede yeniden ele alınmış ve konuya açıklık getirilmek istenmiştir. Yalnız burada şunu hatırdan uzak tutmamak gerekir ki, hakemlikle ilgili birçok problemin altında bu konuda yatmakta olup, bunun isabetle halli hakemliğin birçok problemlerinin kolaylıkla hallini mümkün kılar.

- 22) KLEIN, *Considérations*, sah. 185-186 ve aynı müellifin zikrettiği O.A. GERMANN, *Imperative and autonome Rechtsauffassung, Methodische Grunfragen*, 1946, sah. 23 ve m. ve gene BLOMEYER, *Betrachtungen über die scheidungsgerichtsbarkeit, Beiträge zum zivilprozess*, Leo Rosenberg'in 70 nci doğum yılı armağanı 1949, sah. 51 ve nihayet Balladore PALLIERI, z.g.e., sah. 299.

sese olarak geliştiğini ve kendini hukuk alanında yeni bir hukuk kaidesi olarak kabul ettirdiğini ispat etmektedir²³.

- 23) Yukarıda 22 no.da zikrettiğimiz müelliflere bkz. ve ayrıca GOLDMAN, Repertoire, no. 41, 45, 187, 195, 227, 265; FOUCHARD, L'arbitrage Commercial International, No. 508, 516, 576, 586, 756; FRAGISTAS, yeni bir milletlerarası hukuktan bahsederek: "C'est dans cette règle, **donc dans la loi** que la volonté individuelle puise le pouvoir de déterminer le droit ... applicable à l'affaire. La suprématie **de la loi** par rapport à la volonté individuelle reste donc intacte"; gene aynı müellif, daha aşağıda: "Nous abordons maintenant une autre question encore plus grave. Les parties peuvent elles détacher l'arbitrage international de tout ordre juridique Etatique et lui donner un caractère supranational?" ve daha aşağıda: "Si l'on détache l'arbitrage de tout droit étatique, il faut le soumettre à un autre ordre juridique quelconque; **l'arbitrage supranational ne peut être suspendu en l'air**" dediği halde, milletlerarası özel ticarî münasebetler bilfarz genel olarak akitler veya milletlerarası şirketler, nihayet hakemlik münasebetleri ile ilgili olmak üzere gelişmekte olan milletlerüstü hukuk için: "Malgré ces difficultés, je pense que l'arbitrage privé supranational est **un fait social, une réalité que l'on ne peut pas méconnaître**" diye ilâve etmesi dikkati çekicidir. (z.g.m., ayrı bası, sah. 15). A. PANCHAUD, La siégle de l'arbitrage international de droit privé, Revue Arb. 1966, No. 1, sah. 1 ve müt.; **Lex mercatoria** ile ilgili farklı bir görüş için LALIVE, Rev. Arb. 1976, n. 3, s. 155; Rass. Arb. 1977, no. 1. Bu hususta ayrıca bkz. R. DAVID, Arbitrage international ou arbitrage étranger, makalesinde hiçbir kanun veya hukuka tâbi olmayan hakemliğe **kabul etmemekte** ancak yeni bir milletlerarası hukukun öncülüğünü yapmaktadır: "Des règles de fond autres que les règles de droit internes ... sont nécessaires au juge français pour résoudre le problème qui lui est posé. Et ces règles ne peuvent pas être les mêmes règles que l'on applique dans le cas des arbitrages ayant trait à des apports internes français. A différents égards le juge français pourra chercher la solution dans une loi étrangère; mais à d'autres égards il appliquera les règles de la loi française **ou des règles originales jugées appropriées à la situation** (Festschrift für Hans G. Ficker, sah. 126-129, Frankfurt, 1965).

Bize gelince yeni gelişmekte olan milletlerdışı veya milletlerüstü yahut da neo - lex mercatoria hakkındaki düşüncemiz ve bununla ilgili bazı diğer yazılarımız için KORAL, Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 tarihli Kara-

Bugün bilhassa milletlerarası özel hukuk alanında beliren ve varlığını gittikçe daha çok kuvvetle kabul ettiren bu realitelere rağmen millî ve milletlerarası hakemliğin *hâlâ devletin inhisarı altında bulunan usul hukuku nizamından kaynaklandığını*, bu sebeple kamu hukukundan oluşan bir müessese teşkil ettiğini, bunun için de hakemlerin tıpkı hâkimler gibi bir kamu fonksiyonu ifa ettiklerini öne sürmenin isabeti şüphe ile karşılanmak gerekir.

Gerçekten, bilhassa son yıllarda makarrı Paris'te bulunan Milletlerarası Ticaret Odasının hakem divanının yönetmeliğine göre yürütülen ve sayısı gittikçe artan hakemliklerde ve bunlarla ilgili milletlerarası uyuşmazlıklar karşısında bugüne kadar bilinen klâsik kanunlar ihtilâfı kaidelerinin gösterdiği kanun hükmü tatbik edilecek yerde bu klâsik metod bir yana bırakılarak gerek milletlerarası özel hakemlik konularında, gerekse milletlerarası ticaret hukuku alanlarında devamlı olarak tatbik edile edile taammüm eden millî hukuklar dışı (anational veya supranational) mahiyetteki hukuk kaidelerinin tatbik edildiğine, yâni karşılaşılan ihtilâfların halli için adeta bir neo - lex mercatoria nizamı teessüs ettiğine şahit olmaktadır. Böyle milletlerarası özel hukukun tatbikatından oluşan bu nizama gelince bunun kamu hukuku ile bir ilgisi ileri sürülemediği

rının Eleştirisi, Hıfzı Timur'a Armağan, 1979, sah. 461, 466-470 ve bu sahifelerle ilgili dip notları.

Hakemlikte, (veya milletlerarası akti münasebetlerde) yeni gelişmekte olan milletlerdışı veya milletlerüstü hukuk ile ilgili daha yeni eser ve neşriyat için bkz. Julian D.M. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York 1978; *Le Droit des Relations économiques internationales* (Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris 1982) eseri içinde: FOUCHARD, *Le usages, l'arbitre et le juge*; Yves DERAÏNS, *Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale*; Philippe KAHN, *Droit international économique, droit du développement, Lex mercatoria, concept unique ou pluraliste des ordres juridiques?*; Paul LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*; Arthur TAYLOR, *To what extent is international commercial arbitration autonomous?*; François RIGAUX, *Souveraineté des Etats et arbitrage transnational*; Michel VIRALLY, *Un tiers droit? Reflexions théoriques*, ve aynı eserde bununla ilgili, diğer makalelere müracaat. Bu hususta ayrıca bkz. dipnotu 30.

meydandadır. Nitekim Prof. Nomer, seminerde bu noktayı isabetle ortaya koymuştur.

Bu realitelerin karşısında bunların icapları inkâr edilerek *seminerde belirttiğimiz gibi*, hâlâ usul hukuku kamu hukukundandır, yargı yetkisi devletin inhisarı altındadır, hakemlik netice itibariyle bu yetkiyi nez eder, bu itibarla hakemlik kamu hukukundan sayılır diyerek hakemlik fonksiyonunun bir devlet hâkiminin fonksiyonu ile aynı mahiyette olduğu neticesine varmak, gerek iç, gerek dış hukukta tarafların iradesinden kaynaklanan ve milletlerarası alanda iradenin mutlak istiklâli esaslarına göre bilhassa son yıllar içinde gelişen yepyeni özel bir müesseseyi inkâr etmek olur. Gerçekten son gelişmeler yepyeni bir milletlerarası özel hukuk nizamının doğmakta olduğunu ve varlığını çeşitli haller ve yollarla modern millî ve milletlerarası ticarî ve ekonomik hayata kabul ettirdiğini göstermektedir²⁴.

Hülâsa, üzerinde durduğumuz hakemliğin kamu hukukundan değil, *özel hukuk nizamından kaynaklanan*, temelinde iki taraflı irade mahsulü karşılıklı anlaşma yatan, varlık olarak kamu yargısına paralel, onunla aynı önemi taşıyan fakat mahiyet itibariyle ondan ayrı olan özel yargısal faaliyet ürünü bir hakemliğin geliştiğine şüphe etmemek gerekir. Burada hakemliğin fonksiyon itibariyle tıpkı devlet yargısı gibi yargısal bir fonksiyon olduğu, hakemin, gaye itibariyle ister hukuku tatbik etsin, ister dostane bir usul ile (*amiable compositeur* olarak) uyuşmazlığı halle çalışsın, netice itibariyle *hakkı ve adaleti* tecelli ettirme maksadını taşıdığı hakikatini teslim etmek lâzımdır. Nihayet hakemliğin elde ettiği bu yargı kudretinin kamu hukukuna değil, akte dayanan bir kudret olduğunu, bunu kuvvetini akitten aldığı hususunu, bugünkü telâkkilerin devletin cemiyette bütün kanun ve nizamların ve bütün kuvvet ve kudretin yegâne kaynağı olduğu fikrinde bir yumuşama gösterdiğini, aynı şekilde telâkkilerin hukuk yaratma ve kaza hakkını kullanma bahsinde devletin yanında fertlerin de rol oynadığı ve bu rolün gittikçe otonom bir mahiyet aldığı istikametinde geliştiğini kabul etmek lâzımdır²⁵.

24) Yukarıda 23 no.lu dip notunda zikrettiğimiz eser ve makalelere müracaat ediniz.

25) Bu münasebetle yukarıdaki notlarda zikrettiğimizden başka bkz.

Hülâsa, hakemliğin fonksiyon itibariyle yargısal bir fonksiyon oluşu, ancak bunun kuvvet itibariyle aktî bir temelden kaynaklandığı ve varlığını iki tarafın iradesinden aldığı, bu yönden kamu yargısından farklı olduğu hakikatini hiçbir zaman gözden uzak tutmamak gereklidir. Mahkeme kararlarında icra kuvvet ve kabiliyeti ilk andan itibaren bilkuvve mevcuttur, çünkü bu kararlar bir devletin kamu kuvvetinin bir tecellisi, bir ifadesidir. Halbuki aktî mahiyette olan hakemlikte hakemlerin verdiği kararlar hiçbir suret ve veçhile zecri bir kuvveti, zorla icra kabiliyetini haiz değildirler. Devlet kazasının onları kenimsemesi ve sonradan onlara bu kuvveti bahşetmesi gereklidir. Bütün bu unsurlar hakemliğin fonksiyon itibariyle kazaî mahiyette olduğu, fakat öte yandan aktî bir münasebete dayanan özel hukuka ait bir müessese teşkil ettiği hakikatini teyid etmektedir²⁶.

Türkiye’de hakemliğin istinafa tâbi olmayan ve sadece Yargıtay tarafından yapılacak kontrol neticesinde iptale maruz olan bir müessese olduğu bu hakikati daha da kuvvetlendirmektedir. Hakemliğin bizde istinafa tâbi olmayışı onun devlet kazası tarafından revizyona tâbi tutulamayışı, binnetice kamu kazası ile hakem kazasının kaynaşamayışı Türkiye yönünden hakemliğin aktîliği tezi lehine gösterilecek diğer bir unsurdur.

Hakemlik bir bütün olarak nazara alındıkta, mukayeseli hukuk yönü ile mütalâa edildikte, mahiyetini tayin yönünden kullanılan kriterler gerektiği gibi kıymetlendirildikte bunun başta bir akit olarak başladığı, fakat sonradan bir akitten ibaret kalmıyarak özel bir yargı müessesesi haline dönüştüğü kolaylıkla görülür. Hakemliğin an asıl aktî bir münasebete dayanması onun sonuna kadar hem

Georges R. DELAUME, State contracts and transnational arbitration, The American Journal of International Law, Vol. 75, 1981; Lazare KOPELMANAS, International Conventions and Standard contracts as means of escaping from the application of Municipal Law, The Sources of the Law of International Trade, Schmitthoff, London 1964; Jan PAULSSON, Arbitration unbound, award detached from the law of it's country of origin, Schmitthoff, 1982, New York.

26) KORAL, Yukarıda 2 no.lu dip notunda z.g. makalemiz ile, 19 no.lu dip notundaki zikri geçen makalelerimize ve ayrıca (21a) no.lu dip notunda zikri geçen müelliflere bkz.

kuvvet itibariyle, hem de mahiyet itibariyle aktin hudutların içinde kaldığı anlamına gelmez²⁷.

Hülâsa, hakemlik yukarıdaki mütalâalara göre değerlendirildiğinde tıpkı mahkemelerde olduğu gibi bir yargı nizamı husule getirdiği, fakat mahkemelerinkinden farklı olarak bu nizamın *özel bir muhakeme nizamı olduğu* bir "ordo judiciorum privatorum" teşkil ettiği görülür. Modern hukuk düşüncesi bu münasebetin bir aktî temele dayandığını kabul etmekle beraber onun sonuna kadar bir akitten ibaret olan bir münasebet şeklinde telâkki edilmesini engeller²⁸.

Gerçekten şunu önemle belirtmek gerekir ki, hakemlik sadece iki tarafın karşılıklı, birbirine uygun iradesine dayanan ve muhtevası ve mahiyeti bu münasebetin hudutları içinde mahsur kalan bir münasebet değildir. Taraflar hakem mukavelesi veya hakem şartını imzalamakla, hakemin iradesini kendi iradeleri yerine ikame etmek taahhüdü altına girmiş gibi iş basit bir işlem şeklinde telâkki edilmemelidir. Onlar uyuşmazlıklarının hallini bir üçüncü şahsın iradesine terketmekle onun bu baktaki tarafsız hükmünün kabulünü öngörmüşler, onun adaleti tecelli ettirmek yolundaki iradesine boyun eyeceklerini peşinen kabul ve taahhüt eylemişlerdir.

Bunun içindir ki, hakemlik tıpkı devlet yargısına benzeyen, fakat ondan farklı olarak özel hukuk alanı içinde gelişen ve bazan kontrol, bazen destek görme yönünden devlet yargısı ile olan irtibatını gittikçe kopararak istiklâlini her geçen gün daha çok elde eden bir özel yargı (justice privé) müessesesidir²⁹.

Bugün hakemliğin eskisi ile kıyas kabul etmiyecek kadar genişleyerek millî ve milletlerarası hukukî ve iktisadî hayatın yeni yeni safhalarını kaplamakta olduğu ve önem itibariyle devlet yargısı ile bazı alanlarda yarışır bir mahiyet kazandığı şüphe götürmez.

Hakemliğin devlet yargısına nazaran gittikçe daha çok istiklâlini elde eden ve devamlı olarak gelişen bir müessese olduğu, dev-

27) 2 no.lu ve 19 no.lu dip notlarında z.g. makalelerimiz.

28) KORAL, İHFM., 1951, I, sah. 178; FOUCHARD, z.g.m., N. 19a.

29) KORAL, Hırş'e Armağan, 1977, sah. 177 ve m.; aynı müellif, Hıfzı Timur'a Armağan, 1979, sah. 441 ve m.

letlerin devamlı olarak hakemlik konusundaki mevzuatını yenileme mecburiyetini hissetmekte olduklarından da çıkarmak mümkündür.

Örneğin, Fransa 1980 ve 1981 yılları reformu ile hakemliğin gerek iç, gerek milletlerarası hukuk alanında mevzuatını, *hakemliğin özel mahiyetine*, istiklâline ve milletlerarası gelişmesine uyacak şekilde yenilemiştir.

Türkiye, milletlerarası hakem kararlarının icrası bahsinde, aynı şekilde, hakemliğin mahkeme kararlarına nazaran istiklâlini belirtecek şekilde ayrı hükümler sevketmiştir. Eskiden Fransa'da olsun, Türkiye'de olsun, yabancı hakem kararlarının icrası konusu, mevzuat alanına getirilecek hakemliğin mahiyetine uygun yeni hükümler sevketmek suretile değil, hakem kararları bazen yerli hakem kararlarına, bazen akitlere, bazen de mahkeme kararlarına kıyaslanarak, (assimiler edilerek) ve adı geçen müesseseler için esasen sevk edilmiş bulunan hükümlerden faydalanmak suretiyle gerçekleştirilmekte idi.

Bugün ise durum tamamen değişmiştir. Mukayeseli hukuk incelemeleri bir çok memleketlerde ve bu arada gerek Fransa'da, kısmen de Türkiye'de, hakemlik ile ilgili konuların diğer müesseselerden ayrı, *hakemliğin özelliğine uygun, tamamen müstakil* hükümler ile tanzim edildiğini göstermektedir. Gerçekten yeni kabul edilen 2675 sayılı ve 20.5.1982 tarihli kanunla, ezcümle Türkiye'de yabancı hakem kararları artık yabancı mahkeme kararlarına kıyaslanmak suretiyle değil, hakemliğin özel ve otonom mahiyeti nazara alınmak ve onun *özel yargı* (justice privée) müessesesi olma vasfı değerlendirilmek suretiyle müstakil hükümlerle tenfizi cihetine gidildiği memnurlukla görülmüştür^{30 31}.

30) Bununla beraber bu yeni kanunun hakemlik hükümleri ile ilgili tenkitlerimiz için bkz. KORAL, "Milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku hakkında yeni kanun ve karşılıklılık esası, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, sayı 1, 1982, sah. 1.

İşbu makalemizde müdafaa ettiğimiz hakemliğin Devlet yargısından istiklâli lüzumunu teyid için, daha evvel zikrettiğimiz eserlerden maada, bkz. DAVID, Arbitrage du XIXe et arbitrage bu XXe siècle, (Mélanges offerts à René Savatier), Paris 1965, sah. 219 ve m.; FOUCHARD, Le juge et l'arb. Rev. Arb. 1980, s. 416

Hakemliğin hukukî mahiyetini tayin yönünden tatbikini öngördüğümüz **mukayeseli hukuk metodunu** teyid zımında bkz. DAVID, Arbitrage et Droit Comparé, (Extrait de la Revue internationale de Droit Comparé, 1959, No. 1); kezalik, DAVID, Le concept d'arbitrage prive et les Conventions Internationales (Etudes juridiques offertes à Julliot de la Morandière), Paris, 1964, sah. 147 ve m.).

Daha yukarıda ve 23 numaralı dip notunda belirttiğimiz R. David'in milletlerarası hakemliğe tatbik edilmesi gereken yeni "**Milletlerarası Hukuk**" nizamı fikri ile gene işbu makalemizde temas ettiğimiz ve gene 23 numaralı dip notunda belirttiğimiz Ch. N. Fragistas'ın müdafaa ettiği milletlerarası hakemlik rejimini istinad ettirdiği milletlerarası özel hukuk kaidelerini içeren "**Devletler Hukuku Nizamı**" arasında benzerlikler bulunduğu gibi her iki müellifin her hangi bir hukuk nizamına tâbi olmıyan, adeta dalgalanmaya bırakılan bir milletlerarası hakemlik müessesesini prensip itibariyle tasavvur edemiyeceklerini açıklamaları itibariyle görüşlerinin bu yönden de birbirine yaklaştığını öne sürmek mümkündür. Ancak gene 23 numaralı dip notunda bahsi geçen B. Goldmann ve P. Fouchard'ın müdafaa ettikleri hiçbir üst kaideye tâbi olmayan, milletlerdışı (anational) veya milletlerüstün (supranational) bir nevi **lex mercatoria**'ya tâbi milletlerarası hakemlik müessesesi fikri ile David'in veya Fragistas'ın öngördüğü bir üst kanuna veya kaideye tâbi milletlerarası hakemlik müessesesi fikri arasında belirttiğimiz yönden açık bir fark olduğu anlaşılmaktadır.

- 31) Lex mercatoria esasına dayanmakla beraber milletlerarası hakemlikle ilgili daha farklı bir görüş için, 23 no.lu dipnotunda bahsettiğimiz üzere müellifin şu makalelerine bkz.: (1) Sur la contribution de l'arbitrage au développement d'un droit du commerce international. Publication de l'Institut Universitaire des hautes études Internationales, Genève 1077, sah. 399 ve m.; (2) Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage, Rassegna dell'arbitrato, 1977, N. I, s. I ve m.; (3) Les règles du conflit de lois appliqués au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, Rev. de l'Arbitrage, 1976, N. 3, s. 178 ve m.

*
**

Prof. Dr. **Rabi Koral**'ın Hakemlik Hukuku ile ilgili diğer makalelerinin neşredildikleri mecmualar :

I. Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim, Hukuk Fakültesi Mecmuası 1947, c. 13, s. 1; II. İç Hukukumuzda Tahkim, Hu-

kuk Fakültesi Mecmuası 1947, c. 13, s. 3; III. Türk Devletler Hususî Hukukunda Hakemlik, Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, 1956; IV. Yabancı Kanunlara Teb'an Verilen Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası, I, Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1951, c. 17, s. 1; V. Yabancı Kanunlara Teb'an Verilen Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası, III, İstanbul 1958; VI. Birleşmiş Milletler New York Konferansı ve 10 Haziran 1958 Tarihli Sözleşme, Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1961, c. 24, s. 3-4; VII. Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme, Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1956, c. XXX, s. 3-4; VIII. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Konusunda Türk Sistemi, (Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965, s. 373 ve m.); IX. Le Règlement Pacifique des Conflits Collectifs de Travail en droit Turc et Français (Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, No. 21-22, 1965, Istanbul); X. The Creation of An Arbitration Center Within the Frame of the World Peace through Law Center (World Peace Through Law, The Geneva World Conference 1959, p. 293); XI. Hakemlik Münasebetine İzafe Edilecek Yerlilik veya Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun "Otorite Kanunu" Kriteri (İHFM., c. XLII, s. 14). Aynı makale Fransızca olarak neşredilmiştir (Annales F.D., İst. vol. 1976-78-79); XII. The Structure and the Rules of the Ecale Center For Commercial Arbitration (Annales F.D., d'Istanbul, vol. 1978, İngilizce olarak neşredilmiştir); XIII. Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Prof. Dr. Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul 1979; XIV. Milletlerarası Hakemlikte İfa Davası ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanun Tasarısı (Prof. Dr. Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul 1979); XV. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Yeni Kanun ve Karşılıklık Esası, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1982, sayı I; XVI. La nouvelle loi turque sur le droit International Privé et la procédure Internationale et le principe de réciprocité dans l'arbitrage, Revue de L'arbitrage, Paris, 1983, N. 1; XVII. Hakemliğin Hukukî Mahiyetinin Tayininde kullanılan kriterler ve bir seminerin bıraktığı izlenimler, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1982, cilt XLVIII, sayı 1-4; XVIII. La désignation de la nature puridique de l'arbitrage et la fondation pour les recherches du droit économique turc. Annales de la Faculté de Droit, 1982, Vol. 29, No. 45.

TAPU UYGULAMALARI AÇISINDAN MİRAS HUKUKU SÖZLEŞMELERİ

Profesör Dr. Selim KANETİ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde
Öğretim Üyesi

§ 1. GİRİŞ

I. MİRAS HUKUKU SÖZLEŞMELERİ

Türk Medenî Kanunu'nun mirasla ilgili hükümleri, saklı paya ilişkin kuralların getirdiği sınırlama dışında, irade özerkliğine önemli bir yer ayırmıştır. Miras hukuku alanında, irade özerkliğinin gerçekleşme araçları, mirasbırakanın ve mirasçılarının açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Mirasbırakanın açısından, irade özerkliğinin gerçekleşme araçları ölüme bağlı tasarrufların iki alt türü olan vasiyetname ve miras sözleşmesidir.

Mirasçılar açısından, irade özerkliğinin gerçekleşme araçları, saklı paylı mirasçıyla mirasbırakan arasında yapılan ve miras sözleşmesinin bir çeşidi olan mirastan feragat sözleşmesiyle, mirasçılarının kendi aralarında yaptıkları miras taksim sözleşmesi ve yine kendi aralarında veya üçüncü kişilerle yaptıkları miras paylarının devrine ilişkin sözleşmelerdir.

İncelememizde, yalnızca, mirasbırakanın taraf olduğu miras sözleşmeleri, mirasçılarının kendi aralarında yaptıkları miras taksim sözleşmesi ve mirasçılarının kendi aralarında veya üçüncü kişilerle yaptıkları miras payının devrine ilişkin sözleşmeler üzerinde duracağız.