

**BİR DÖNÜŞÜM
PROJESİ OLARAK**

TAHKİM

Av. Muharrem BALCI
(Hukuk Vakfı)

İstanbul Stratejik Düşünce Derneği
Toplumsal Barışın Sağlanmasında TAHKİM SİSTEMİ Paneli
B.Çamlıca, 27.06.2014

**BİR DÖNÜŞÜM
PROJESİ OLARAK**

TAHKİM

Av. Muharrem BALCI
(Hukuk Vakfı)

İstanbul Stratejik Düşünce Derneği
Toplumsal Barışın Sağlanmasında TAHKİM SİSTEMİ Paneli
B.Çamlıca, 27.06.2014

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ.....	7
------------	---

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİM - TARİHÇE.....	11
ESKİ YUNAN'DA TAHKİM.....	12
ROMA HUKUKUNDA TAHKİM.....	13
ORTAÇAĞ KİLİSE HUKUKUNDA TAHKİM.....	14
ORTAÇAĞ SONRASI MONARŞİK DEVİRDE TAHKİM.....	15
FRANSIZ İHTİLÂLİ DÖNEMİNDE TAHKİM.....	16
CAHİLÎ ARAP HUKUKUNDA TAHKİM.....	16

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİM.....	18
İSLÂM HUKUKUNUN KAYNAKLARI.....	18
İSLAM HUKUKUNDA AKİTLERE İLİŞKİN.....	31
İSLÂM HUKUKU KAYNAKLARINDA TAHKİM.....	32
İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİMİN HÜKÜMLERİ.....	34
İSLÂM HUKUKUNDA HAKEMLER.....	35
İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİMİN.....	38

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

OSMANLI'DA TAHKİM.....	40
TANZİMAT ÖNCESİNDE TAHKİM.....	40
TANZİMAT SONRASINDA TAHKİM.....	41
MECELLE'DE TAHKİM.....	42
MECELLE'DEN SONRA TAHKİM.....	47
TÜRK HUKUKUNUN RESEPSİYON ⁰ SÜRECİ.....	48

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM	51
TANIM	51
TAHKİMİN UNSURLARI	51
HAKEM-BİLİRKİŞİLİK İLE TAHKİM AYIRIMI	52
TAHKİMİN TÜRLERİ	53
TAHKİM USULÜ İLE İLGİLİ HÜKÜMLER	55
TAHKİMİN YARARLARI.....	55

ALTINCA BÖLÜM

KURUMSAL TAHKİM	60
GENEL BİLGİ	60
İSTANBUL TİCARET ODASINDA TAHKİM.....	61
UYUŞMAZLIK ÇIKTIĞINDA	62
YARGILAMA.....	63

YEDİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM	64
GENEL AÇIKLAMA.....	64
MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN TÜRLERİ.....	71
YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİ VE TANINMASI.....	73
MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (ICC) (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE).....	74
MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (ICC) TAHKİMİ	75

SEKİZİNCİ BÖLÜM

BİR DÖNÜŞÜM PROJESİ: TAHKİM	76
--	----

DOKUZUNCU BÖLÜM

EKLER	83
KAYNAKÇA	95

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ

“... Holding Yönetim Kurulu Başkanım. Öncelikle söyleyeyim ki avukat değilim, mühendisim, orijin olarak iş adamıyım. Burada bir iş adamı olarak tam bir karmaşa yaşadım. En sonunda söylediniz. Bu kararlar, hakem kararları bağlayıcı mı, değil mi? Benim gördüğüm kadarıyla Türkiye’de bu henüz çözülmemiş. Bir taraftan usulî kararlardır, bir taraftan da maddî hukuka göre çözülecektir... Biz bile hasbelkader İstanbul Ticaret Odası’nın hakem mahkemelerinin ilk vakıalarının bir tanesi olduk ve o zaman çok kolay karar verilmişti. Çok çabuk bitmişti. Yargıtay’lar filan da yoktu. Hadiseyi halletmiştik. Ama şimdi Yargıtay’dan bahsediyorsunuz, iadei muhakemeden bahsediyorsunuz. Bütün bunlar Türkiye’de bu hadiseleri çok uzatır ve hatta bir yerde diyorsunuz ki, eğer maddî hukuk veya usul hukukuna göre görülmesine sözleşmede karar verilmemişse, taraflar arasında maddî hukuk uygulanır diyorsunuz. Yine hadise mahkemelere mi dönüyor? Yani ezcümle çok kısa bu kararlar bağlayıcı mı, değil mi?”^()*

Tahkim, anlaşmazlıkların devlet yargısı dışında, özel bir organ aracılığı ile çözümlenmesidir. Her kurum gibi yargı da zaruretler karşısında oluşmuş bir kurumdur. İnsanlar arasındaki ihtilafların medenî bir şekilde çözümü ancak yargı ile mümkündür. Tahkim de tamamen insanların tercihleri doğrultusunda başvurdukları medenî bir yargı yoludur.

Tahkim yargılaması hakkında oldukça az bilgi sahibi olunmasının nedeni, hukuk sistemimizin genel yargılama usulünde tahkimin istisnai bir yargı türü olması olmasındandır.

^(*) 20.2.1997 tarihinde İstanbul’da İTO, TOBB ve Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi’nin ortaklaşa hazırladığı “ULUSLARARASI TİCARİ ANLAŞMAZLIKLARDA TAHKİM” konulu Seminer seminerde Tahkim gibi, bir özel hukuk yargılama sisteminin, ticaret dünyasının üst düzey yöneticileri tarafından dahi bilgi eksikliği ile karşılanması, konunun önemini izah edebilmektedir. (M. Balcı)

Aslında insanlık tarihi ile başlamış olan tahkim; ülke yönetimlerinin asıl ehemmiyeti genel yargı usulüne vermeleri ve genel yargı dışındaki yargılama usulleri ile (uzlaştırma, tahkim) ilgilenmemeleri, hatta bu kurumlara karşı kıskanç tutum takınmaları sonucu oldukça işlevsiz kalmıştır.

Ticari ilişkilerin uluslararası boyutlara varması ve birbiriyle uyumlu olmayan birçok ülke mevzuatının tahkim konusunda farklı kurallar içermesinden dolayı, ticarî ilişkilerden doğan ihtilâflarda, artık uluslararası tahkim yoluna gidiliyor. Gelişmiş birçok Batılı devlette tahkime götürülen ihtilâflar, mevcut özel hukuk ihtilâflarının %70'ini aşmaktadır. Bizde ise sadece bu amaçla kurulmuş kurumsal ihtiyarî tahkim heyetlerine yapılan başvurular, yılda 5-10 adedi geçmemektedir.

Genel yargının problemleri bir yandan yargıya güveni azaltırken, diğer yandan da bu güvensizliğin doğurduğu karmaşayı aşmaya yönelik çalışmalar yeteri kadar tanıtılmamaktadır. Bu çalışmaların en önemlisi sayılabilecek olan tahkim, genel yargının kıskanç tutumu ve toplumsal ve kurumsal bilgisizlik nedeniyle yeterince tanınmadığı için bir türlü gündeme gelememektedir. Oysa tahkim insanlar arasındaki ihtilâfların en hayırlı çözüm biçimidir, çünkü tahkim husumet yerine sulhü sağlamakta, *husumet* yerine *hısmılık* oluşturmaktadır.

Devlet ve devlet yargısı tarafından bu güne kadar ihmal edilmiş olması, bir nevi devlet yargısına rakip gibi algılanması, tahkimin gelişmesine ve uygulama imkânına tesir etmiş, onu kadük bırakmıştır. Günümüzde dahi birçok hukukçunun, milletlerarası uyuşmazlıkların büyük bir kısmının tahkim yoluyla çözümlenmesine rağmen, tahkimi hala istisnâ bir yargı yolu olarak kabul etmelerinin de tahkimin bu az gelişmişliğine katkısı vardır.

Dünyada olduğu gibi, ülkemizde de insanlar ihtilâflarını karşılıklı tanıdıkları, güvendikleri insanların ve kurumların çözümüne sunmak istemektedirler. Ancak ilişkilerin maddi çıkarlar etrafında yoğunlaşmasının getirdiği güvensizlik, tahkimin sonuçlarını sadece vicdanî bir sorumluluk olarak belirlemektedir. Sıkça örneklerine rastladığımız gibi, tahkim sonucu verilen hakem kararları tarafları bağlamamakta, belli bir usule göre yürütülmeyen tahkim yargılaması da böylece bir yaptırıma kavuşturulamamaktadır.

Yeteri kadar geliştirilememiş olsa da, her tür yargılamanın belli kurallara uyularak yapılması, yargılamanın neticelerinin alınması bakımından önemlidir. Kurationsızlık en kötü kuralcılıktan daha iyi değildir. Her ülkede olduğu gibi Türkiye’de de mevcut hukuk mevzuatı içinde tahkime ilişkin usul kuralları vardır. Bu kuralların daha iyilerine sahip olmanın yolu ise, bu kuralların işletildiği kurumları daha sık kullanmak ve yasakoyucuyu ortaya çıkacak problemlerin çözümünde gerekli düzenlemelerin yapılmasına zorlamaktır.

Ayrıca devlet yargısından memnun olmayanların, istisnai bir yargı türü de olsa, özel hukuk alanında tahkimi kullanmamaları durumunda şikâyet haklarının geçerliliği tartışılır. Kendine

tanınan ihtiyarî alanı kullanmasını bilemeyen veya geliştiremeyenlerin, resmî yargılamaya ilişkin taleplerinin dikkate alınması güçtür.

Tahkim çalışmalarında, tahkimin daha iyi anlaşılması ve bu güne kadar örf yoluyla gelen tahkim uygulamalarının günümüz usul kuralları ile mukayesesinin yapılabilmesi açısından, öncelikle; tahkim dışında, fakat tahkimle karıştırılan uzlaştırma, ön hakemlik, hakem-bilirkişilik ve üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi gibi kurum ve uygulamaların tahkimle ilgilerinin de kurularak tanıtılması gerdeklidir.

Ayrıca, Yaratıcı'nın insanlara bir yargı yolu olarak teklifi ve ülkemizde yaşayan insanların inanç ve geleneklerine uygun tahkim usulünün dayanağı olan "İslâm Hukuku" ve büyük ölçüde İslâm Hukuku'nun uygulaması olan "Osmanlı Hukuk Sistemi'nde Tahkim" in bu çalışmalarda başat rol oynaması da elzemdir.

Üçüncüsü, milletlerarası ticarî tahkimin de, artık ihtilâfların çözümünün sadece millî hukuk seviyesinde kalmaması, sınır ötesi ticarî anlaşmazlıkların uluslararası ekonomik sistemin önemli bir bölümünü oluşturması dikkate alınarak; uluslararası boyutta ve yabancılik unsuru ihtiva eden ihtilâfların çözümünde önemli görevler üstlenen kurumlar ve bu kurumların tahkime ilişkin kuralları hakkında da insanımızın bilgi sahibi olmasına çalışmak da ayrıca bir yükümlülüktür.

Tahkim konusundaki bilgi eksiklikleri özel hukuk alanının gelişmesine olumsuz etki yapmaktadır. Tahkim uygulamalarının varlığından haberdar ve bu kurumdan yararlanmak isteyen kimselerin, çoğu zaman bilgisizlik veya yanlış yönlendirmeler sonucu, bu yargılama usulünden netice alamadıklarını gördük. Tahkim yargılamasına ilişkin akademik düzeydeki eserlerin dışında, iş adamı, yönetici ve serbest meslek sahibi kimselerin yararlanabileceği kaynaklar yok denecek kadar azdır.^(*)

İşbu tebliğin esasını oluşturan İhtilafların Çözüm Yolları ve TAHKİM kitabımızın ve bu Tebliğ metninin içeriğinden de anlaşılacağı üzere; her medeniyetin veya ülkenin insanının kendi değerlerine uygun yargılama yolu ve bu yargılamanın esasını oluşturan hukukun kaynakları ve uygulamasını esas alacağı aşikârdır. Bu gerçekten hareketle işbu Tahkim çalışmamızda İslam Hukuku kaynakları ve uygulamaları üzerinde çokça durduk. Yürürlükteki HMK'da Tahkime ilişkin hükümler herkesin ulaşabileceği düzenlemelerdir. Bu nedenle Tahkime ilişkin HMK hükümleri Tebliğde aktarılmamıştır. Dönüşüm Projesi olarak düşündüğümüz alternatif yargı yolları ise kabul edebileceğimiz seviyede değildir. Dönüşüm Projeleri, genellikle

(*) Tebliğimiz, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim* adlı kitabımızın bir özeti mahiyeti olduğundan ve Tebliğ sunma talebi sunum tarihinden 1 hafta önce geldiğinden İç Tahkim ve Milletlerarası Tahkim konusundaki olası değişiklikler ve düzenlemeler güncellenememiştir. Esasen bu Tebliğ'in amacı yasal değişiklikleri ve güncellemeleri aktarmaktan öte Tahkim'in bir 'Dönüşüm Projesi' olarak düşünüldüğünden, Tebliğ'in genel anlamda Tahkim üzerinde bilgiler vermek ve bir iddiayı dile getirmek olarak görülmesini dilerim. (M. Balcı)

tam da bu tür durumlarda gündeme gelir ve o medeniyetin veya ülke insanının yaşamına oturur.

1996 yılında dokuz hukukçu arkadaş Hartum Barosu'nun davetlisi olarak Sudan'a yaptığımız dokuz günlük ziyarette Sudan'ın tüm hukuk sistemini ve kurumlarını inceleme fırsatını bulabildik. Sudan seyahati özel hukuk ihtilaflarında Tahkim'in önemini bizlere bir kere daha en çarpıcı şekliyle önümüze koymuş, gündemimizi oluşturmuştur. Türkiye'ye dönüşte Tahkim üzerine yaptığımız çalışmalarda, Tanzimat'tan başlayan Batılılaşma sürecinde Cumhuriyet'in kurulmasıyla birlikte hukuki düzenlemelerde resepsiyon yoluyla gerçekleştirilen DÖNÜŞ-TÜRME PROJESİ'ne karşın, alternatif yargı yollarının, uzlaştırma, arabuluculuk, ombudsmanlık ve Tahkim'in bir "DÖNÜŞÜM PROJESİ" olabileceği kanaatimiz kuvvetlenmiştir. Türk Hukuk Sistemine son dönemlerde Ombudsmanlık, Arabuluculuk ve Uzlaşma, uzlaştırma kurumlarının dâhil edilmesi, 'suyun kendi arkını bulması' anlamında kanaatimizin kuvvetlenmesinde önemli gelişmeler olmuştur.

Tahkim çalışmamız ve onun küçük bir özeti mahiyetindeki bu Tebliğ, bu yönüyle değerlendirildiğinde, çalışmamız asıl amacına ulaşmış olacaktır.

27.06.2014

Av. Muharrem Balcı

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİM - TARİHÇE

“Anlaşmazlıkların devlet yargısı dışında, özel bir organ aracılığı ile çözümlenmesi”¹ olarak yalın bir şekilde tarif edilen tahkimi daha iyi tanımak ve işlevi konusunda yeterli bilgi sahibi olabilmek için tarihini ve tarih içindeki uygulamalarını kısaca anlatmakta yarar ummaktayız.

Yaratılış itibariyle ancak topluluklar halinde yaşayabilen insanların aralarındaki ihtilâflarda uyuşmazlığa düşmeye yatkın bir yaradılışa sahip olduklarını bilen Yaradan, insanların aralarındaki ihtilâfları, diğer insanlar aracılığıyla çözüme ulaştırma düşüncesini ilham etmiş veya bildirimlerle öğretmiştir. İnsanlar artık kendi aralarındaki ilişkiler nedeniyle veya kendilerine gönderilen uyarıcılar aracılığıyla, aralarındaki uyuşmazlıkların çözümünde, öncelikle sulh olma yolunu öngören tahkime kavuşmuşlardır. Bu suretle, ihkak-ı hak düşüncesine karşılık, adaletin yetkili araçlar eliyle paylaşılması düşüncesi ve uygulaması gelişmiş, böylece insanoğlu özel yargı ve devlet yargısı ile tanışmıştır.

Nitekim Eski Yunan’dan aktarılan bir örnekte Manisa’nın pazar yerinde taş bir sütun üzerinde hâk edilmiş olarak bulunan hakem kararından, iki Girit şehri arasındaki arazi ihtilâfının hakemler tarafından çözümlendiği ve çözümde esas hedefin taraflar arasındaki anlayış ve dostluğun yenilenmesi olduğu anlaşılmaktadır:

“Doğrudan oylamaya geçerek karar vermeyi uygun mütalaa etmeksizin, nesafetin gösterdiği yolda, taraflar arasındaki anlayış ve dostluğun yenilenmesini arzuladık. Bu sebeple, tarafların ihtilâflı konular üzerinde iyi niyet kuralları uyarınca uzlaşmalarını ısrarla istedik. Bizim bu arzumuz, taraflar arasındaki iflah olmaz husumet karşısında tasvip görmediğinden, oylamaya geçtik.”²

¹ Rasih YEĞENGİL, *"Tahkim"*, (İstanbul: 1974, Cezaevi Matbaası), s. 7.

² Cemal ŞANLI, *"Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk"*, (Ankara: 1986, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü), s. 14.

İhkak-ı hakkın zararlarını görebilen insanlık, henüz devlet otoritesinin tanınmadığı zamanlarda başlamak üzere ilk yargı kuruluşu olarak Tahkim'i geliştirmiş, bilâhare devlet otoritesinin tanınması ile de devlet yargısı oluşmuştur. Tahkim ile ilgili bu tespit, tahkimin ilk yargı kuruluşu olduğunu göstermektedir. Ancak, ilk dönemlerde herhangi bir müeyyidesi bulunmayan Tahkim Usulünün, tamamen manevi kudrete dayanması, muhataplarının anlayışına göre zaman zaman ihkak-ı hakka dönüşmesi, bu kurumun bir müeyyide ve teminata bağlanmasını gerektirmiş ve devlet yargısı teminatı ile tahkim sonuçları kanunî güvenceye alınmıştır.

Tarih boyunca bir yargı kuruluşu olarak var olan ve devam eden tahkimin manevi bağ ile kayıtlı bulunduğu devirlerde, hatta günümüzde bile devlet yargısının güvencesi ile güçlendirilmemiş olduğu durumlarda, taraflar arasında uyulup uyulmaması yönünde tereddütler hâsıl olduğu da müşahede edilmektedir.

Tahkimin manevi bağ ile kayıtlı olduğu devirlerde de, devlet yargısının güvencesi altına alındığı günümüzde de tahkim, hukukî ihtilâfların çözülmesinde ve insanlar arasındaki sosyal münasebetlerin ıslahında önemli bir kurum olarak “en medenî” yargı yolu kabul edilerek devam etmiş ve etmektedir.³

Tahkim kurumunun, hukuk tarihi kadar eski olduğu bilinmektedir. Hatta Kitab-ı Mukaddes’le ilgili kaynaklar Hz. Süleyman’ın hakem olarak ihtilâfların çözümüne nezaret ettiğini kaydederler.⁴

Tahkim uygulamalarını kaydeden kaynaklar M.Ö. beş bin yıllarına kadar dayandırılmıyor ise de, birçok medeniyette uygulanan Tahkimi bize intikal ettirmekte önemli görev ifa etmişlerdir. Bu medeniyetlerden Eski Yunan, Eski Hint, Eski Roma, Ortaçağ Medeniyetleri, Cahiliye Devri Arap Medeniyetleri, İslâm Toplulukları Medeniyetleri, Hıristiyan ve Musevî Toplulukları Medeniyetleri, nihayet Osmanlı Medeniyeti ve aynı dönem Avrupa ve diğer kıtalardaki medeniyetler Tahkimi uygulamışlar, belli esaslara ve müeyyidelere bağlamışlardır.

ESKİ YUNAN’DA TAHKİM

Demosthene, “Müdafaalar”ında: “Tarafların aralarındaki anlaşmazlıklarda, hakeme başvurmaları mümkün olduğu gibi, istedikleri kimseleri de hakem seçebilirlerdi, seçtikleri hakemin kararına boyun eğerlerdi ve ona itiraz etmezlerdi”⁵ diyor.

Keza Aristo da “Belâgat” adlı eserinde: “**Hâkimin** kanunu tatbik etmekle mükellef olmasına karşılık, **hakemin** nesafet ve adalet esaslarına göre karar vereceğini”⁶ söylüyor.⁷

³ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 18.

⁴ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 13.

⁵ Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 18.

⁶ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 18.

Eski Yunan’da gerek hususî hukuk alanında ve gerek devletler hukukunda tahkim kurumunun mevcut olduğu, muhtelif siteler arasındaki ihtilâflarda tahkim usulünün uygulandığı ve kamusal alanda uygulanan tahkimin özel hukukta da yerleşmiş bulunduğu tarihçiler tarafından ileri sürülmektedir.

Eski Yunan’da iki türlü muhakeme usulünün varlığından bahsedilir. Birincisi mahiyet ve miktarları önemli olan davaların muhakeme usulü idi. Bu gibi davalar genel yargıda görülürdü. Miktar ve mahiyetleri ehemmiyetli olmayan davalarda ise hususî muhakeme usulü tatbik olunurdu ki bu da Tahkim Usulü’dür. Taraflar ihtilâflarını halledecek hâkimi kendi aralarında seçerler ve bu seçtikleri hususî hâkimin kararlarını kabul edeceklerine dair yemin ederlerdi. İşte; tarafların seçtikleri bu hâkim, bir hakemdir. Taraflar, hakemin kararını kabul edeceklerine dair yemini hakemin önünde yaparlar ve hakem aynı anda kararını verir. Hakem önünde iddia ve müdafaalar taraflarca şahsen yapılır, avukat kabul olunmazdı.⁸

ROMA HUKUKUNDA TAHKİM

Roma’nın en eski hukuk sistemi tamamen devlet denetimi altında bulunduğundan böyle bir sistemde tahkimin izlerini bulmak imkânsızdır.

Milattan 130 sene önce kabul edilen Aebutia Kanunu ile şekilci ve dar Roma Hukukunun müeyyide altına alamadığı haklar, hukukî himayeye kavuştu ve bir içtihat hukuku doğdu.⁹

Şifahi muhakeme usulü yerine yazılı formül usulünün kabulü ile esneklik kazanan Roma Hukukunun bu değişikliklerle bir içtihat hukukuna kavuşması, ihtiyaçların gerektirdiği yeni yeni hukukî müesseselerin doğmasını mümkün kılmıştır. Hukukta devrim sayılabilecek bu gelişme ile özel hukukun da önü açılmış ve gelişmesine imkân tanınmıştır. Böylece, Tahkim müessesesi de özel hukukun önemli bir parçası olarak Roma Hukukunda **Tahkim Akdi** olarak yerini almıştır.

Tahkim Usulü kanunla da müeyyide altına alınmış olduğu gibi, ihtilâfa tatbik olunacak kanun hükmü veya hukuk kaidesi de hakem tarafından değil, **hâkim tarafından tayin ve takdir** olunurdu. İhtilâfa uygulanacak kuralların hâkim tarafından tespiti, teamülleri ve gelenekleri arka plana atması, ‘kamunun tahkime müdahalesi’ anlamına gelebileceği gibi, tahkimin geçirdiği evreyi ve günümüz hukukunda belirlenen tahkim kurallarının geçirdiği aşamayı göstermesi bakımından da kayda değerdir.

Roma’da “hakemin kararının tarafları bağlayacağı taahhüdü içermesi ve hakem tarafından karar verilmedikçe bu akdin geçerlik kazanamaması” kuralı tahkimi güvenli bir yargı kurumu

⁷ Eski Yunan’da dahi var olan bu görüş, günümüzde de tartışılan Kanunilik ile Hukukilik ayırımının önemini göstermesi bakımından dikkate şayandır.

⁸ Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 18.

⁹ Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 25

haline getirmiştir. Tahkim akdinin, hakem tarafından verilecek karara uyulmamasının müeyyidesini, yani cezaî şartını da muhtevi olması gereklidir. Aksi halde, böyle bir akit kabul edilemez ve tahkime konu olamazdı. Ancak böyle bir cezaî şartın karşılıklı ve birbirine eşit olması gereklidir.¹⁰

Geçerli bir Tahkim Akdi var ise, hakemliği kabul eden şahıs, geçerli bir mazereti olmadıkça hakemlikten çekilemezdi. Aksi takdirde para cezasına çarptırılır ve malları haczedilirdi. Hakem kararına uymayan taraf, Tahkim Akdi'ndeki cezaî şartı ödemek zorunda idi.¹¹

Roma hukukuna göre hakemler, yetkilerini kanundan değil akitten alırlardı. Dolayısıyla Tahkim Anlaşmasında yer alan bütün ihtilâfları karara bağlamak zorunda idiler. Hakem kararları doğrudan doğruya icra ve infaz olunamaz, muhkem kaziye teşkil etmez ve kazaî bir karar niteliğinde olmadığı için karar aleyhinde kanun yollarına da başvurulamazdı.

Taraflardan birisi hakem kararına uymayacak olursa, taahhüdü bozmuş ve akdi ihlal etmiş sayılırdı. Akdi ihlal eden taraf aleyhine, akdin ihlalinden dolayı —varsa— sözleşmedeki cezaî şartın tahsili dava edilebilirdi.¹²

529 senesinde Justinien, Tahkim Akdinin ve hakem kararlarının geçerliğini şekil şartlarına bağladı. Bu Kanuna göre taraflar verilecek hakem kararını kabul edeceklerini ve hakemin de vicdanına göre karar vereceğini muayyen şekil ve merasim altında hakem huzurunda sözlü veya yazılı ikrar etmiş olurlarsa, bu gibi akitlere dayanan hakem kararlarının tenfiz ve icrası talep olunabilirdi. Justinien'in bu nitelikteki hakem kararlarına dava hakkı tanınması, günümüz hukukundaki tenfiz talebi mahiyetindedir.¹³

ORTAÇAĞ KİLİSE HUKUKUNDA TAHKİM

Hız. İsa'nın Havarilerine “eğer kardeşin (din kardeşi) sana karşı bir suç işlerse onu yanına çağır ve aranızda anlaşın, o seni dinlerse bir kardeş kazanmış olursun. Eğer seni dinlemezse yanına bir veya birkaç kişi al öyle git, eğer onları da dinlemezse o zaman kiliseye başvur. Eğer kiliseyi de dinlemezse onu kiliseden kovsunlar” dediği rivayet olunur. Saint Paul, Hız.İsa'nın bu emirlerini unutanları azarlıyor ve birbirleri ile ihtilâfa düşmemeleri gereken Hıristiyan kardeşlerin devlet mahkemesine gitmeden aralarını bulacak üçüncü bir kardeş yok mu diye soruyordu. Paul, Hıristiyanlar arasındaki ihtilâflarda Hıristiyan kardeşlerden birinin hakemlik vazifesi yapmasını tavsiye ediyordu.¹⁴

¹⁰ Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 31

¹¹ Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 31

¹² Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 34

¹³ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 36.

¹⁴ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 41.

Bu emirler, Hıristiyanlığın yayıldığı topluluklarda Tahkimin bilindiği ve uygulandığını göstermektedir. Tarafların, aralarındaki ihtilâflarda Papa'nın temsilcisini hakem tayin edebilecekleri ve davaya mahkemede bakılmakta olursa bile karardan önce yapılmış böyle bir mukavele karşısında hâkimin yetkisizlik kararı vermesi gerektiği, hakem tarafından verilen hakem kararlarının resmi makamlarca infaz olunacağına dair düzenleme de mevcuttur.¹⁵

Ortaçağdaki Batı'nın oldukça karanlık olan hukuk tarihini o çağın sonlarında derlenmiş olan **Âdet Hukuku** sayesinde öğrenmiş oluyoruz. Âdet Hukuku, Orta Çağın karanlık hukukunun derlenmesi şeklinde muhtelif devirlerde yapılmış olup, bu metinler sonraki çağlarda Batı hukukunun önemli kaynakları haline gelmiştir. Âdetlerde tahkim akdi konu bakımından sınırlanmamıştır. Başlangıçta, fertler arasındaki anlaşmazlıkların devletin yüksek menfaatlerini ilgilendirmeyeceği prensibinden hareketle, cezaya ait davalar için dahi tahkim mümkündür. Zamanla bazı sınırlamalar konulmuş, cezaya ve şahsın hürriyetine ilişkin meseleler tahkim dışında bırakılmıştır. Bilâhare her türlü cezaya, evlenmeye, esarete, cismanî fiillere ait davalarda tahkim men edilmiştir.¹⁶

Âdet hukukunda tahkim anlaşması şekle bağlı tutulmamıştır. Yemin, müddet ve cezaî şarttan oluşan üç unsurun varlığı tahkim için yeterlidir.

ORTAÇAĞ SONRASI MONARŞİK DEVİRDE TAHKİM

Tahkimin kanun himayesine alınış tarihi ilk defa Fransa'da 1510 tarihinde olmuştur. Bu tarihte hakem kararlarına karşı kanun yolu açıldı. Sonra da taraflara, tahkim akdine rağmen mahkemeye müracaat hakkı tanındı. 1566'da mecburi tahkim esası konarak, tüccarlar arasındaki davalar ile akrabalar arasındaki taksim davalarının kendi aralarında seçecekleri hakemler eliyle halledileceği kabul edildi. Taraflar hakemde anlaşamadıklarında, hâkim tarafından tayin edilecek hakemleri kabule mecbur tutulmuşlardır. Nihayet IV. Louis'nin kanunları devreye girdi ve 1673'de tahkim hükümleri kanunlaştırıldı. Bu hükümlere göre, şirket ortakları arasındaki ihtilâflarda mecburi tahkim esası kabul edildi. Uygulaması için de Tahkim Kalemi Kâtipliği ihdas edildi. Böylece hakem kararları hâkimin tasdikine gerek olmaksızın doğrudan doğruya bu kalemlerde tenfiz olunmaya başlandı. Bu hükümler 1789 Fransız İhtilâli'ne kadar yürürlükte kaldı ve nihayet Fransız Medenî Kanununun kabulü ile (1804) bu hükümler ilga edildi.¹⁷

Ticari ihtilaflar, Anglo-Amerikan dünyasında da, 13. yüzyıldan beri özel şahıslardan ibaret olan tacirler tarafından halledilegelmiştir. Zamanla, üyeleri sadece tacirler tarafından oluşan kasaba mahkemeleri ve jüriler teşekkül etmiş, loncalar ve ticaret birlikleri, kendi üyeleri ile

¹⁵ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 42

¹⁶ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 43

¹⁷ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 49

ilgili ihtilaflara bakacak kendi bünyelerinde mahkemeler ihdas etmişlerdir. Nihayet 1697 tarihli “İngiliz Tahkim Kanunu (Arbitration Act) ile İngiliz Hukuk Sistemi içerisinde hakemlerce verilen kararların etkinliği sağlanmış ve tahkim müessesesi pozitif bir temele oturtulmuştur.¹⁸

FRANSIZ İHTİLÂLİ DÖNEMİNDE TAHKİM

İhtilâlciler Tahkim ile ilgili olarak, 24 Ağustos 1790 tarihli Kanunun 1. maddesinde, vatandaşlar arasındaki ihtilâfların halinde en makul yolun tahkim usulü olduğunu açıkladılar. Getirilen hükümlere göre, taraflar açıkça kabul etmemişlerse, hakem kararlarına karşı kanun yollarına gidilemeyeceği, tahkim akdinin zamanla sınırlanamayacağı kabul edildi. Herkesin haklarını serbestçe kullanabileceği ve her konuda tahkim akdi yapabileceği de kabul edildi. Sonra da 1791 Anayasasının 5. maddesiyle, bütün vatandaşların ihtilâflarını tahkim usulü ile halledebilecekleri esası getirildi.

Tahkim konusunda yapılan bu yeniliklerin ömrü uzun sürmedi ve 1793’de hakem kararlarına karşı kanun yolu kabul edildi. Ticarî ortaklar arasındaki ihtilâflar hariç tutularak diğer ihtilâflara ait mecburi tahkim kaldırıldı. Akabinde de tahkime ait hükümler iki ayrı kanunda toplandı. İhtiyarî tahkime ait olanlar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa, mecburi tahkime ait olanlar Ticaret Kanununa alındı.¹⁹

CAHİLİ ARAP HUKUKUNDA TAHKİM

Cahiliye Araplarında adalet dağıtımı, oç alma ve hakem usulüne tabi idi. Uygulanan her iki yargı sistemi de örfidir. Birincisi ihkak-ı hakka dayanırken, ikincisi adaletin dağıtımında birlikliği ve bilge kişi aracılığına dayanmaktadır. Bu hukukun müeyyidesini atalar dininin âdetlerine bağlılık oluşturmaktadır. Bu âdet de vicdanî ve toplumsal baskıya dayanmaktadır. Bu nedenle “ihkak-ı hak” usulü, hukuk sistemlerinin bu tür yöntemleri aşmış olmasına rağmen, önemli bir yöntem olarak günümüze kadar da, ne yazık ki, devam etmiştir.

Cahilî Arap toplumlarındaki âdetlere göre oç alma ve ihkak-ı hak usulleri ancak adam öldürme ve müessir fiillerde mümkün iken, sair ihtilâflarda tahkim usulünün mecburilik kazandığını görüyoruz. Devlet otoritesinin bulunmadığı ve kabile örfünün hâkim olduğu toplumlarda bu iki usulün dışında bir yargı sisteminin kurulabilmiş olması imkân dâhilinde görülemezdi. (*)

¹⁸ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 13.

¹⁹ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 51

(*) Birçok hukukçudan ayrı bir değerlendirme ile “ÖRF” kavramını kullanmamaya gayret etmekteyiz. Zira örfün âdet ve teamüllerle karıştırılmaması gerektiğine ve örfün, daima iyi olan âdetlere teşmil edilmesi gerektiğine inanıyoruz. Bu konudaki görüşümüz için bkz.: İslam Hukuku Kaynakları bölümünde “Örf” başlığı altındaki açıklamalarımız.

Eski Arap toplumunda, gaybı bilen kişi olduklarına inanılan kâhinler, tahkim usulü için en uygun hakemler olarak kabul edilmişlerdir. Bununla birlikte hakem tayin edilebilmek için kâhin olmak mecburiyeti yoktur. Kâhinler dışında fazileti, doğruluğu ile tanınmış kişiler de hakem seçilebilirdi. Örneğin, Mekke’de hakemler genellikle Kureyş kabilesi gibi nüfuz sahibi kabilelerden seçilirdi. Hakemlerin kararlarına uyulmasında, onların nüfuz ve kudretleri önemli bir etkidir. Kâbe’nin tamiratı sırasında, henüz Risalet gelmezden önce Hz. Muhammed (SAV)’in Hacerü'l-Esved’in yerine yerleştirilmesinde hakem tayin edilmesi olayı gibi.

Kabileler arasındaki ihtilâflarda iki kişi hakem olarak tayin edilirdi. Hakem kararları kesin olmakla birlikte, bu kararların uygulamasını yapacak ve denetleyecek bir merci yoktu. Hakemler karar vermeden önce taraflardan kefalet veya teminat alırdı. Karara uymayan taraf, vermiş olduğu teminat veya kefalet ile karşı tarafın hakkını ödemek zorunda bırakılırdı. Tarafların hakem kararlarına riayetleri, hakemlerin şahsi nüfuzları ile yakın alakalıdır. Nüfuzlu hakemlerin kararlarına genellikle uyulurdu.

İki hakem tayini, daha ziyade kabileler arasındaki ihtilâflarda tatbik edilirdi. Hz. Ali ile Muaviye arasındaki ihtilâfta iki hakem seçilmesi de İslâm Hukukunun, Cahili Arap Âdet Hukukunun bazı kaidelerini değiştirmemesi ile izah edilebilir. Karı-koca arasındaki ihtilâflarda iki tarafın da birer hakem seçmesi usulü için de aynı şey söylenebilir.

Hakem kararlarına karşı itiraz yolu yoktu ve karar kesindi. Hakem kararları örfî hukukun kaynağını teşkil etmiştir.²⁰

²⁰ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 56

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİM

İSLÂM HUKUKUNUN KAYNAKLARI

İslâm Hukuku, İslâm dinine, dolayısıyla İslâm Dini'nin kurallarını koyan Kur'an-ı Kerîm'e dayanır. İslâm Hukuku, bir diğer adıyla Şeriat, değişen ve değişmeyen, inanca ait olan ve amel ile ilgili bulunan bütün dini hükümlerin ve talimatın adıdır.²¹ Kur'an'da itikada taalluk eden emir ve yasaklar, helal ve haramlar ile Sünnet'in ibadet ve muamelata taalluk eden emir ve tavsiyeleri Şeriat'ı oluşturmaktadır. Bu nedendir ki, Allah ve Elçisi Hz. Muhammed, Şeriat'in kurucusu ve koruyucusudurlar.

İslâm Şeriatının kaynaklarına Edille-i Şeriye (Şer'i Deliller) denir. Edille, delil kelimesinin çoğuludur. Delil, lügatte, iyi veya kötü olsun, bir şeye götüren, rehber, yol gösterici anlamındadır. İslâm Hukukunda "kaynak" anlamında kullanılmaktadır. Buna göre İslâm Hukukçuları delili, "kendisini, doğru bir düşünme ile kesin veya zannî olarak, ameli şer'i bir hükme götüren şey" olarak tarif ederler.²²

Bu tariften de anlaşıldığı gibi, delil, sözün anlamı bakımından kesin ve zannî olarak ikiye ayrılmaktadır. İslâm Hukukunda hükümler asıl itibariyle kesin delil kabul edilen nass'lara dayandırılır. Hakkında nass bulunmayan meselede zannî delile başvurulabilir. Ancak bu zannî delil de Kur'an'daki kesin nasslara aykırı olmamalıdır.

Nass: Tevil kabul etmeyecek şekilde hüküm ifade eden ayet veya hadis, açık ifade, metin anlamındadır.²³

²¹ Hayreddin KARAMAN, "Soruşturma Dosyası", İSLAMİYAT DERGİSİ, (Ankara: 1998), s. 293.

²² Abdulvahhâb HALLÂF, "İslâm Hukuk Felsefesi (İlmu Usuli'l Fıkıh)", çev.: Hüseyin ATAY, (Ankara: 1973, Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Yay), s. 161.

²³ Muhammed Ebu ZEHRA, "İslâm Hukuku Metodolojisi, Fıkıh Usulü" çev.: Abdülkadir ŞENER, (Ankara: 1979, Fon Matbaası), s. 363.

İslâm Hukukunun asıl kaynakları da Kitap ve Sünnet'tir. Diğer deliller, Kitap ve Sünnet'ten doğmuş ve bunlardan faydalanmıştır. Diğer bir deyişle, İslam Hukukunun bütün kaynakları kesin hüküm ifade eden ayet ve hadislere dayandırılır.

“Allah ve Rasulü, bir işte hüküm verdiği zaman, artık inanmış bir erkek veya kadının, o işi kendi isteklerine göre seçme hakkı yoktur. Kim Allah'a ve Rasulüne karşı gelirse, apaçık bir sapıklığa düşmüş olur.”²⁴

İşte İslam Hukukunda, Kur'an ve Kur'an'ın açıklayıcısı Sünnet olarak iki aslî kaynak ile birlikte, hüküm vermede kullanılacak ve iki aslî kaynağa aykırı olmamak üzere, iki tâli kaynak mevcuttur:

1. Allah'ın Kitabı **Kur'an-ı Kerîm**,
2. Hz. Muhammed'in söz ve davranışlarından oluşan ve Kur'an'ın açıklayıcısı olan **Sünnet**,
3. Hz. Peygamberden sonraki bir asırda İslâm âlimlerinin, Kur'an ve Sünnette nas bulunmayan bir mesele hakkında ittifak ederek oluşturdukları hükümler ki buna **İcmâ-i Ümmet** denir.
4. Kitap, Sünnet ve İcmâ'da hükmü bulunmayan meseleye, aralarındaki illet²⁵ birliği sebebiyle, bu kaynaklardan birinde yer alan meselenin hükmünü vermek anlamında **Kıyas**'tır.

Bu dört delil İslâm Hukukunda, hukukçuların üzerinde **ittifak ettikleri** asli delillerdir. Bu delilin dışında, üzerinde ittifak hâsıl olmayan tali deliller de vardır. Tali deliller olarak da, Mesâlih-i Mürsele, İstihân, İstishâb, Örf, Şer'u Men Kablenâ ve Sahabî Kavli sayılmaktadır.

Üzerinde ittifak olsun olmasın İslâm Hukukunda kullanılan bu delilleri kısaca aktarmakta yarar ummaktayız. Ancak daha önce İslâm Hukukunda kullanılan deliller hakkında genel bir malumat aktarmakta da yarar görmekteyiz.

Şer'i Delillere Ait Genel Bilgiler

- Şer'i deliller naklî ve aklî olmak üzere iki kısımdır. Naklî deliller nakil yoluyla gelmektedir ki bunların oluşmasında hukukçunun hiçbir katkısı yoktur. Kitap ve Sünnet bu nevi naklî delildir. Kitap ve Sünnetin oluşmasına hiç kimsenin müdahalesi söz konusu olamaz. İcmâ da, önündeki ihtilâf hakkında karar verecek hâkim veya hakemin, o konu hakkında yapacağı akıl yürütme ve hüküm verme ameliyesinden önce oluşmuştur. Aynı şekilde örf, seddi zerâyî ve Sahabî kavli için de aynı husus geçerlidir. Ancak gerek icmâ gerekse örf ve diğerleri hâkim veya hakem için bağlayıcı değildir. Bunlara müdahalesi mümkün değilse de, uygulayıp uygulamamakta serbesttir.

²⁴ Ahzâb Suresi, 33/36.

²⁵ **İllet**: Lügatte, bulunduğu yerde değişikliğe yol açan durum, demektir. Hukukta ise: Hükmün konmasını münasip gösteren durum, hükmün konulmasından amaçlanan sonuç veya hükmün korumak istediği yarar, anlamlarında kullanılmaktadır.

Aklî deliller ise, oluşmasında müçtehidin katkısı bulunan delillerdir. Kıyas, mesâlih-i mürsele ve bazı istihsân şekilleri akli delillerdir.

- Şer’i deliller nakledilmeleri (gelişi/sübutu) itibariyle nakilleri kesin ve zannî olarak iki kısımdır. Kur’an’ın tüm hükümlerinin nakli kesindir. Sünnet’in bir kısmının nakli kesin olup bir kısmının ise zannîdir. Çünkü Peygamber’den nakledilmiş olmaları hususunun sıhhati her zaman kesintisiz olmayabilir. Bu nedenle itikada taalluk eden konularda sübutu kesin delil (Kur’an’ın hükümleri) ancak kaynak olabilir. Ameli/pratik konularda ise, sübutu zannî deliller kaynak olabilirler.
- Şer’i deliller, delaletleri yönünden de iki kısımdır. Bunların bir kısmının delaletleri kesin, bir kısmının delaletleri zannîdir. Kur’an ayetleri ve Peygamber’in Sünneti bu bakımdan değerlendirilmeye tabi tutulduğunda, her iki kaynağın da hükümleri, uygulanacak ihtilafa çözüm olması bakımından tam tekabül etmeyebilir. Diğer bir anlatımla, söz konusu ihtilafın çözümüne dayanak olacak hükmü tam olarak belirtmemiş olabilirler. Bu durumda delil, delaleti zannî olmuş olur.
- Şer’i deliller, akli selime ters düşmez. Akli selime aykırı ve onunla çelişkili bir hüküm taşıyan sahih bir delil bulunamaz. Çelişki ancak şu durumlarda söz konusu olabilir:

- a) Delilin sahih olmaması halinde,
- b) Delilin, Şâri’in kastedtiği şekilde anlaşılabilmesi halinde,
- c) Aklın bunama gibi bir hastalığa düçar olması veya şahsi arzulara kapılması yahut bir takım bozuk görüşlere meyletmesi halinde.²⁶

Şer’i Deliller

1. Kitap (Kur’an-ı Kerîm)

Kitap ya da Kur’an, Yüce Allah’ın, Hz. Muhammed’e Arapça olarak indirdiği, bize kadar tevatür yoluyla nakledilmiş, mushaflarda yazılı, Fatiha Suresi ile başlayıp Nâs Suresi ile sona ermiş kelâmıdır. Bu, üzerinde ittifak edilen tanıma göre Kitap, Arapçadır. Gerek manası, gerekse lâfzı Allah katından indirilmiştir. Tevatür yoluyla nakledilmiştir.²⁷

Tevatür: Yalan üzerinde birleşmesi aklen mümkün olmayan bir topluluğun, aynı özellikteki bir topluluktan yaptığı rivâyettir. Kur’an, Cebrâil vasıtasıyla Hz. Peygamber’e indirildiği andan itibaren günümüze kadar geçen bütün devirlerde hem yazılı hem de sözlü olarak tevatüren sabit olmuştur. Ashâb, Kur’an’ı Hz. Peygamber’den dinledikleri gibi ezberlemişler, onlardan sonra gelen Tâbiîler de aynı şekilde ezberleyerek sonraki nesillere intikal ettirmişlerdir. Ayrıca

²⁶ Zekiyyüddîn ŞA’BÂN, “İslâm Hukuk İlminin Esasları” (Usûlü’l Fikh), çev.: İbrahim Kafi DÖNMEZ, 2. Baskı, (İstanbul: Diyanet Vakfı Yayınları, 1996), s. 47.

²⁷ Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 165.

Kur'an, Sahabe devrinde mushaflar halinde cem edilmiş, yazılı hale getirilmiştir. Gerek Sahabe gerekse Tabiîn ve daha sonra gelen Tebe-i Tabiîn de yazılı olarak ellerinde bulunan Kur'an'ı ezberlemek suretiyle günümüze kadar intikalini sağlamışlardır. Bugün Kur'an-ı Kerim'i Hz. Peygamber'in tertili üzere okuyan insanlar vardır. Bu netice, Kur'an-ı Kerim'deki, "Doğrusu Kur'an'ı biz indirdik, onun koruyucusu elbette biziz"²⁸ ayetinin gerçekleştiğini göstermektedir.

Tevatür yoluyla nakil, nakledilenin doğruluğu konusunda kesin bilgi sağlar. Bu sebeple, Kur'an nass'larının sübutu kesindir ve İslâm Hukukunda kesin kaynaktır. Bu konuda Müslümanlar arasında hiçbir ihtilâf yoktur.

Kur'an'ın İlahî Kanun olduğuna dair ayetler de, Kur'an'ın birinci derecede Şer'i Delil olduğunun delilleridir:

*"Biz sana Kitab'ı gerçek ile indirdik ki, insanlar arasında Allah'ın sana gösterdiği biçimde hüküm veresin; hainlerin savunucusu olma."*²⁹

*"Sana da kendinden önceki Kitab'ı doğrulayıcı ve onu kollayıp koruyucu olarak bu Kitab'ı gerçekte indirdik. Artık onların aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet ve sana gelen gerçekten ayrılıp onların keyiflerine uyma! Sizden her biriniz için bir Şeriat ve bir yol belirledik. Allah isteseydi, hepinizi bir tek ümmet yapardı, fakat size verdiği (nimet)ler içinde sizi sınamak istedi. Öyleyse hayır işlerine koşun, hepinizin dönüşü Allah'adır. O size ayrılığa düştüğünüz şeyler(in hakikatin)i haber verecektir."*³⁰

*"Rabb'inin Sözü hem doğruluk, hem de adalet bakımından tamamlanmıştır. O'nun sözlerini değiştirebilecek hiç kimse yoktur. O iştendir, bilendir."*³¹

*"(Ey insanlar), Rabb'inizden size indirilene uyun ve O'ndan başka dostlara uymayın. Ne kadar da az öğüt alıyorsunuz!"*³²

Şer'i delillerin ilki ve diğerlerinin de bağlı olduğu Kur'an; İbadet, Muamelat, Ahkam-ı Şahsiye, Ceza, İdare, İnsanlar Arasındaki İlişkiler, Kamu Hukuku gibi birçok alanda hükümler vaz eden bir kaynak olması itibariyle, hayatın her alanını kuşatmakta ve düzenlemektedir. Bu bakımdan Kur'an, insanın yaratılışına tamamen uygun olan ve Allah'ın,

*"Yüzünü, tam olarak Allah'ın fitratı olan dine çevir ki O, insanları bunun üzerine yaratmıştır. Allah'ın yaratışında değişme yoktur. İşte doğru din budur, fakat insanların çoğu bilmez."*³³

²⁸ Hicr Suresi, Ayet, 15/9.

²⁹ Nisa Suresi, 4/105.

³⁰ Maide Suresi, 5/48.

³¹ En'am Suresi, 6/115.

³² A'raf Suresi, 7/3.

İlahî Emri gereği insanların kendisine yönlendirildiği yegâne kaynaktır.

Kur'an'ın sözleri (nass), ihtiva ettiği hükümlere delâlet yönünden iki kısma ayrılır:

- a) Hükme delâleti kesin olan sözler,
- b) Hükme delâleti zannî olan sözler.

Delâleti kesin olan söz, anlaşılın belli bir manaya delâlet edip yorum ihtimali olmaz ve ondan başka bir mana anlaşılmasına da imkan bulunmaz.

Delâleti zannî olan söz ise, bir manayı gösterir, fakat yorumlanmaya, bu manadan çevirip başka bir manayı kastetmeye müsait olur.³⁴

2. Sünnet

Sünnet, Hz. Peygamber'den nakledilen söz ve fiilleri ile başkalarının söz ve fiillerinin tasdik ve tasvibi de dahil tümünün oluşturduğu nakillere denir. Bu tariftten de anlaşılacağı gibi, Sünnet; Kavî, Fiilî, Takrîrî olmak üzere üç nevidir. Herhangi bir hükmün şer'i delil olarak sünnet vasfını kazanabilmesi için, o hükmün Hz. Peygamber tarafından sözle, hareketle ihdas veya tasvip olunarak şer'ileştirilmiş olması gereklidir.

Sünnetin, İslâm Hukukunun kaynaklarından olduğu ve bunun gereğine göre amel etmenin gerekliliği üzerinde bütün İslâm Hukukçuları ittifak etmektedirler.³⁵

Sünnet'e uymanın gerekliliğine işaret eden Kur'an âyetleri, Sünnetin İslâm Hukukunun kaynağı olduğunun kesin delilleridir:

*"Kim Rasül'e itaat ederse, Allah'a itaat etmiş olur."*³⁶

*"De ki, Eğer Allah'ı seviyorsanız bana uyun ki Allah da sizi sevsin ve günahlarınızı bağışlasın. Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir."*³⁷

*"Peygamber size neyi verdiyse onu alın ve size neyi yasakladıysa ondan sakının. Allah'tan korkun, çünkü Allah'ın azabı çetindir."*³⁸

İslâm Hukukunun kaynağı olması bakımından Sünnet, Kitap'tan sonra ikinci kaynaktır:

³³ Rum Suresi, 30/30.

³⁴ Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 178.

³⁵ "Sakîf'ten bir adam Hz. Ömer'e gelip, daha önce ziyaret tavafını yapmış olan ve âdet görmeye başlayan kadının temizlenmeden Mekke'yi terk edip edemeyeceğini sordu. Hz. Ömer olumsuz cevap verdi. Sakîf'li adam, 'Hz. Peygamber ise bana böyle bir kadın hakkında senin verdiğin cevabın aksi yönde fetva vermişti' deyince, Hz. Ömer kırbacını saklatacak şekilde tepki gösterdi ve söyle dedi: 'Allah Rasülü'nün hüküm verdiği mesele hakkında niçin benden fetva istiyorsun?' Bkz.: Zekiyyüddîn ŞA'BÂN, a.g.e., s. 81.

³⁶ En-Nisa 4/80.

³⁷ Âl-i İmran 3/31.

³⁸ El-Haşr 59/7.

*“Açık delilleri ve Kitapları, Sana da O Zikr’i indirdik ki, kendilerine indirileni insanlara açıklayasın, ta ki düşünüp öğüt alsınlar.”*³⁹

Ayrıca Sahabeden verilen birçok örnek de Sünnet’in, Kur’an’dan sonra ikinci Şer’i Delil olduğunu ifade etmektedir. Bu örneklerden önemli birisi Muâz Hadisi’dir:

“Hz. Peygamber Muâz’a, ‘Sana bir uyuşmazlık getirildiğinde neye göre hüküm vereceksin?’ deyince, Muâz, ‘Önce Allah’ın Kitabındakine göre hükmederim’ cevabını vermiş, Rasûlullah, ‘Allah’ın Kitabında bulamazsan?’ diye sorunca: ‘O zaman Allah Rasûlünün Sünnetine göre hükmederim’ demiştir.⁴⁰

Sünnet’in, Kur’an’dan sonra gelen ikinci Şer’i Delil olması, sübutunun zannî olmasındandır. Kur’an ayetlerinin mütevatir olarak intikal etmesi ve bizzat Allah’ın O’nu koruyacağını kesin olarak ifade etmesi, Kur’an ayetlerinin, dolayısıyla hükümlerinin kesinlik taşıdığı (sübutu kat’i) delilidir. Sünnet ise, Allah tarafından korunacağına ilişkin hükümle desteklenmemiş ve sadece insanların hafızalarına dayanmış olması bakımından kesinlik taşımaz (sübutu zannî), bu nedendir ki Kur’an’dan sonra ikinci kaynak olarak kabul edilir.

3. İcmâ

İcmâ’nın, azmetmek, bir işi yapmaya kesin kararlı olmak, fikir birliği etmek gibi sözlük anlamlarının yanı sıra, İslâm Hukukundaki anlamı, “Peygamberin vefatından sonra herhangi bir asırda Müslüman Müçtehitlerin bir olay hakkında şer’i bir hüküm üzerinde birleşmeleridir.”⁴¹ İcmâ’nın şer’i delil olup olmadığı konusunda itilaf var ise de, İslâm Âleminin büyük çoğunluğu icmâ’nın şer’i delil olduğunu kabul etmektedir. İhtilâf genellikle, icmâ yapacak kimselerin üzerindedir. Müslümanların büyük çoğunluğu, cumhur-u ulema (alimlerin çoğunluğunun)ın icmâ’nı delil saymaktadır. İcmâ’nın şer’i delil olduğuna dayanak olarak kabul edilen Âyet-i Kerîme, Nisa Suresinin 115. Ayetidir:

“Kim kendisi için doğru yol belli olduktan sonra Peygamber’e karşı çıkar ve müminlerin yolundan başka bir yola uyarsa onu döndüğü yolda bırakırız ve cehenneme sokarız. Ne kötü bir gidiş yeridir orası.”

İcmâ’nın İslâm Hukukunun kaynağı olarak gösterildiği Hadis-i Şerifler de vardır:

“Benim Ümmetim hata üzerinde birleşmez”,

“Benim Ümmetim bir sapıklık üzerinde birleşmez”,

“Müslümanların iyi gördüğü şey, Allah katında da iyidir.”

³⁹ Nahl Suresi, 15/44.

⁴⁰ Zekiyüddîn ŞA’BÂN, a.g.e., s. 95.

⁴¹ Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 191.

Bu hadislerin nakli tevatüren gelmiş olmasa da, ifade edilen ortak anlam bakımından mütevatirdir. Buradaki ortak anlam, “Ümmetin toptan hataya düşmeyeceği”dir. İcmâ’nın kaynak olarak kabul edilemeyeceğini savunanlar azınlıktadır. İslâm müçtehitleri, deliller arasında çatışma çıkması halinde icmâ’yı diğerlerinden üstün tutmuşlardır.⁴²

İcmâ’nın şartlarından biri de, icmâ’nın vaki olduğu devir içinde yaşayan müçtehitlerin tamamının o meselede ittifak etmiş olmalarıdır. İcmâ’nın en kuvvetlisi sahabenin icmâ’ıdır. Sahabenin ittifakına muhalefet edilemez. Ancak bir konuda görüş ayrılıkları varsa, o takdirde bu görüşlerden herhangi birisi uygulamaya esas alınır.⁴³

4. Kıyas

Kıyas, lügatte, bir şeyin başka bir şeyle ölçülmesi anlamındadır. İslâm Hukukunda ise, Kitap, Sünnet ve İcmâ’da hakkında hüküm bulunmayan bir olayı, hükmün nedeninde birleştikleri için, hakkında hüküm bulunan bir olaya hükümde ilhak etmektir. Bir olay hakkında açıkça (nass ile) veya icma ile bir hüküm yoksa ve hakkında açıkça hüküm bulunan bir olayın hükmünün nedeninde birleşmişse, hükmü bilinmeyen olay hükmü bilinene kıyaslanır. Ve aslın hükmü ona verilir. Bu hüküm de şer’i bir hüküm olur. Mükellef bu hükme uyabilir ve onu işleyebilir. İşte bunlara kıyası ispatlayan derler.⁴⁴ Kıyasın şer’i delil olmadığını iddia eden İslâm Âlimleri olmasına rağmen, çoğunluğun görüşü ve uygulaması kıyasın şer’i delil olduğu şeklindedir.

Kıyasın şer’i delil olduğuna ilişkin en önemli delil olarak, Kur’an âyetlerinde çok sık kullanılan “*Ey akıl sahipleri ibret alın*” şeklindeki hitaplardır. Müminlere yapılan bu hitapta anlatılmak istenen, bir olaya, onun benzeri olan başka bir olayın hükmünü uygulamaktır.

İslâm Hukukunda kıyas, insan aklının fitrî olarak kabul ettiği bir usuldür. Zira insan akli, birbirine benzeyen ve sebepleri de aynı olan konuları birbirine bağlamaya meyillidir. Bu yapılan da Kıyas’tır.

Büyük İslâm Fıkıhçısı İmam Şafî kıyas hakkında şöyle demektedir:

“Müslüman’ın karşılaştığı her meselenin zaruri bir hükmü vardır. Eğer bu hüküm açıkça mevcut ise aynen ona uyması, değilse hakikate uygun şekilde içtihat yaparak ona delâleti araması gerekir. İctihat da kıyas demektir”⁴⁵

Kıyas’ın şer’i delil olduğuna dair Kur’an ayetleri de vardır:

⁴² Zekiyyüddîn ŞA’BÂN, a.g.e., s. 110.

⁴³ Hayreddin KARAMAN, “*Mukayeseli İSLÂM HUKUKU*”, (İstanbul: 1974, İrfan Yayınevi), s. 76.

⁴⁴ Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 199.

⁴⁵ Muhammed Ebu ZEHRÂ, a.g.e., s. 189.

“Yeryüzünde dolaşıp kendilerinden öncekilerin akıbetlerinin nasıl olduğuna bakmazlar mı? Allah onları yere batırmıştır. Kâfirler için de bu akıbetin benzeri vardır.”⁴⁶

“Yoksa kötülük işleyenler, ölümlerinde ve hayatlarında kendilerini, iman edip yararlı işler işleyen kimselerle bir mi tutacağımızı sandılar? Ne kötü hüküm veriyorlar.”⁴⁷

Kıyasın şer’i delil olduğuna ilişkin Hadis-i Şerifler de vardır:

Hz. Ömer anlatıyor: Bir gün Hz. Peygambere gidip, “Ya Rasûlallah! Bugün büyük bir hata işledim. Oruçlu olduğum halde karımı öptüm” dedim.

Hz. Peygamber: “Söyle bakalım, oruçlu olduğun halde ağzını su ile çalkalasaydın ne olurdu?” diye sordu.

Ben: “Bunun zararı olmaz” dedim.

Bunun üzerine Rasulullah şöyle buyurdu: “O halde bu üzüntü niye?”⁴⁸

5. Mesâlih-i Mürsele

İslâm Hukukunun kaynakları ve vardığı sonuçlar insanların yararlarını (maslahatını) ön plana çıkarmıştır. Nitekim Kur’an’da: “Ey insanlar, size Rabbinizden bir öğüt, gönüllere bir şifa ve hidayet, mü’minlere bir rahmet gelmiştir”⁴⁹ buyrulmaktadır.

İslâm Hukukunda geçerli olabilecek beş ana maslahattan (makasıd-ı hamse) söz edilir. Bunlar:

1. Dini koruma,
2. Canı koruma,
3. Aklı koruma,
4. Nesli koruma,
5. Malı korumadır.

Mesâlih-i Mürsele, lügatte **mutlak yararlılık** veya **kamu yararı** olarak ifade edilmektedir. Mutlak denmesinin manası, dikkate alınması veya lağvedilmesini bildiren bir delile bağlanmamasıdır. İslâm âlimleri Mesâlih-i Mürsele’yi, “Şari’nin, gerçekleşmesi için bir hüküm

⁴⁶ Muhammed Suresi, 47/10.

⁴⁷ Casiye Suresi, 45/21.

⁴⁸ Zekiyüddin ŞA’BÂN, a.g.e., s. 131.

⁴⁹ Yunus Suresi, 10/57.

koymamış, şer'i bir delilin de onun geçerli sayılıp sayılmayacağını göstermemiş olduğu nesnedir" şeklinde tarif etmişlerdir.⁵⁰

Bu tarife göre Mesâlih-i Mürsele (kamu yararı)'nin gerçekleştirmek istediği sonuç, insanlara yararlı olan nesnelere temin etmek, menfaatlerini korumak, zararlarını defetmek ve sıkıntılarını kaldırmaktır.

Tarifi açtığımızda: Kanun koyucunun hükmünü açıklamadığı, kendisine kıyas edilebilecek bir nassla yahut icmâ ile sabit bir hükmün de bulunmadığı durumlarda, müçtehidin, karşılaştığı bir olayda gördüğü maslahatı, önündeki uyuşmazlıkta delil olarak kullanmasıdır. Tabii ki, esas alınacak maslahat, herhangi bir şer'i delil tarafından geçersiz sayılmamış, varlığı ihtilâfsız yani vehme dayalı olmayan, genel ve makul gibi şartlara haiz olmalıdır.

Mesâlih-i Mürsele'nin şer'i delil olabileceği İslâm Hukukçuları arasında da tartışmalıdır. Ancak, insanlığın yararına olabilecek uygulamalarda genel yararı gözetebilecek olgunlukta hüküm tesis edebilecek hukukçular elinde, hukukun gelişmesine ve uyuşmazlıkların çözülebilmemesine katkı sağlayacak bir delil vasfında olabileceği düşünülmektedir.

Mesâlih-i Mürsele'nin şer'i delil olabileceğine ilişkin olarak, Kur'an âyetlerinin toplanması sırasında Hz. Ebubekir ile Hz. Ömer arasındaki konuşma aktarılır:

Hz. Ebubekir: "Rasulullah'ın yapmadığı işi ben nasıl yaparım?"

Hz. Ömer: "Vallahi bunda hayır var. Bu İslâm'ın yararına olacak."⁵¹

Kitapta ve Sünnette Kur'an'ın Cem'ine ait bir hüküm bulunmamasına rağmen, maslahat düşüncesiyle Kur'an âyetleri toplanmış ve günümüze kadar intikal ettirilmiştir.

İnsanların maslahatının mutlaka gözetilmesi gerekliliği bir kaide olmasının yanı sıra, uygulanacak maslahatın kesin nass'lara aykırı olamayacağı da açıktır. Hakkında kesin hüküm olan bir konuda, maslahat gözetilemez. İslâm Hukukunun kesin delili ve ana kaynağı olan Kur'an ve O'nun açıklayıcısı Sünnet, insanların maslahatını, insan yaradılışına en uygun şekilde gözetilen ve düzenleyen bir hükümler manzumesidir. Dolayısıyla hakkında kesin nass olan bir konuda, maslahatın o nass olduğunda şüphe yoktur. Hakkında kesin nass olmayan konuda ise, insanların maslahatı kesin hükümlere kıyasen gözetilerek hüküm verilebilir.

6. İstihsân

İstihsân, lügatte, bir şeyi iyi saymak anlamındadır.⁵² İslâm Hukukunda ise, müçtehidin, bir meselede, kendi kanaatinde o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nass, icmâ, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak, o hükmü

⁵⁰ Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 231.

⁵¹ Zekiyüddin ŞA'BAN, a.g.e., s. 173.

⁵² *Türk Hukuk Lügati*, Türk Hukuk Kurumu, (Ankara: 1991, Başbakanlık Basımevi).

bırakıp başka bir hüküm vermesidir. Diğer bir deyişle, benzerlere uygulanan hükümden, özel bir delile dayanılarak vazgeçme ve farklı bir hüküm verme halidir.

Burada özel bir delilden maksat, genel kurallar veya nass'lara rağmen, yani bunların aksine, icmâ, zaruret, örf veya maslahat gibi özel delillerdir. Müçtehit, genel kuralın aksine, özel delilin tercih edilmesi gerektiğine kanaat getirirse, benzer meselelere uygulanan genel kuralı terk ederek, özel delili esas alır ve hükmünü verir.

İstihsân, İslâm Hukukçuları arasında tartışmalıdır. İmam Şâfiî, istihsânı şer'i delil olarak kabul etmeyenlerin başında gelir. Risale'sinde "İstihsan ile hüküm çıkaran kimse, namaz kılar-ken, Şâri'in Kâbe'ye yönelmeyi bildiren delillerinin hiçbirini dikkate almadan beğendiği tara- fa Kâbe deyip yönelen kimse gibidir", "İstihsân, zevk almadır" demektedir.⁵³

İstihsân metodu, başta Şâfiî olmak üzere birçok âlim tarafından ağır bir şekilde mahkum edilmiş ve bazı kimseler tarafından da yalnız Ebu Hanife'ye nispet edilmiştir. Ancak meseleyi mukayeseli bir şekilde incelediğimiz zaman görüyoruz ki istihsânı reddedenlerle kabul eden-lerin buna verdikleri mana çok farklıdır; dolayısıyla münakaşa, isim yanılması sebebiyle gö- rünüşün aksine yersiz olmaktadır.⁵⁴

Ancak İstihsânın delil olarak kabul edilmek istenmemesinin altında yatan neden, şer'i bir deli- le dayanmaksızın şahsî arzulara ve subjektif mülâhazalara göre hüküm verilebileceği endişe- sidir. Şüphesiz bu anlamda istihsân herkese göre batıldır.⁵⁵

7. Örf

Örf, lügatte maruf yani bilinen manasındadır ki, insanlarca hüsnü telâkki ve kabul olunan şey demektir. İslâm Hukukçularına göre, aklen veya şer'an müstahsen (güzel) olan ve akl-ı selim nazarında münker olmayan (kabul edilen) manasında kullanılmaktadır.

Örf, genellikle yanlış bir şekilde aynı anlamda kullanılan âdet ve teamülden farklıdır. Batıl ve kötü alışkanlıklara da âdet ve teamül denmektedir. Fakat, maruf'dan kastedilen, daima güzel olan alışkanlıklardır. Hanefî Fakihleri örfü, "aklen veya şer'an müstahsen olan ve akl-ı selim sahibi nazarında münker olmayan şey" olarak tarif ederler. Mâruf, daima müstahsen olan âdetlere itlak olunur. Halbuki âdet ve teamül batıl ve fena alışkanlıklara da denir. Bunun için- dir ki, iyi âdet, kötü âdet, iyi teamül, kötü teamül denir, fakat iyi örf, fena örf denmez. Ayrıca örf, kavli ve fiilî olduğu halde, âdet ve teamül sadece fiilîdir.⁵⁶

⁵³ Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 231.

⁵⁴ Hayreddin KARAMAN, "İslâm Hukukunda İctihad", (Ankara: 1971, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları), s. 137.

⁵⁵ Zekiyüddîn ŞA'BÂN, a.g.e., s. 193.

⁵⁶ Bkz.: Türk Hukuk Lügati, "Örf" maddesi.

İslâm Hukukçuları arasında örfü, gerek lügat, gerekse kullanımdaki anlamlarından farklı şekilde değerlendiren ve muteber örf, muteber olmayan örf şeklinde ayırım yapanlar da vardır. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız.⁵⁷

Örf ve âdet kurallarının rasyonaliteye dayanmadığı şeklinde beliren bazı yeni anlayışlar da örfün toplum içerisindeki yerine ve tarihi gerçekliğine ters düşmektedir. Bu anlayışa göre örf, rasyonaliteye dayalı değildir, raslantısal ve isteme bağlıdır, fakat toplum yaşamını kolaylaştırma amacına yöneliktir.⁵⁸ Tarif içerisinde ifade edilen örfün bu unsurları arasında çelişki olduğu açıkça görülmektedir. Zira hem rasyonaliteye dayalı olmayacak ve raslantısal ve isteme bağlı olacak, hem de toplumsal yaşamı kolaylaştırma amacına yönelik olacak. Toplumsal yaşamı kolaylaştırma düşüncesi ve fiili her şeyden önce toplumun bugünkü haline ve istikbale yönelik pratik bir aklı ifade etmektedir. Dolayısıyla rasyonaliteden uzak olamamaktadır. O halde örfün, kötü alışkanlıklardan ayrılması gerektiği açıkça ortaya çıkmakta ve geçmişten bu yana örf'e, "mâruf" anlamında daima iyi olan âdetleri has kılma düşüncesi önem kazanmaktadır.

Örfün İslâm Hukukunda şer'i delil olup olamayacağı yönündeki tartışmalarda, örfün âdet ve teamüllerle karıştırılması etken olmaktadır. Örfü yukarıdaki şekilde tarif ederek, uygulamalarında da örf ile âdet ve teamül arasındaki farklar dikkate alındığında örfün kaynak değeri olduğu tartışmasızdır.

Örfün kaynak olarak kullanılabilmesi için, öncelikle esas alınan örfün yaşanılan belde ve toplum içerisinde farklı uygulamalar halinde olmaması, uyuşmazlığın taraflarının iradelerine aykırı olmaması, kesin bir şer'i delile (Kur'an ve Sünnete) de aykırı olmaması gereklidir. Aksi halde örf delil olarak uygulanmaz.

Örfün şer'i delil olarak uygulanabilmesi için, hükmü verecek makamın mutlaka örfü bilmesi gereklidir.

Örf konusunda İslâm Hukukçusu İbn-Âbidin'in şu sözleri önemlidir:

"Hâkim, hadiselerin külli hükümlerini, bizzat olayı ve insanların hallerini bilmelidir ki, bu sayede doğru ve eğriyi birbirinden ayırt etsin; sonra birini ötekine mukayese yapsın; olay için gereken hükmü versin ve bu gerçeğe aykırı düşmesin. Örf ile fetva veren müftî de zamanı ve çağındaki insanların hallerini, bu örfün âmm, hass ve nass'a aykırı olup olmama cihetlerini bilmelidir. Ayrıca iyi bir hocanın elinde yetişmiş olmalı, bir kısım mesele ve delilleri bilmekle yetinmemelidir."⁵⁹

⁵⁷ Bkz. : Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 237

⁵⁸ Yasemin İŞIKTAÇ, "Örf ve Âdet Hukukunun Tanımı ve Bu Tanımdan Çıkan Ayırd Edici Özellikler", (İst: 1992, Argumentum Dergisi), s. 27.

⁵⁹ Muhammed Ebu ZEHRÂ, a.g.e., s. 238.

Mecelle'nin 36. Maddesinde örf anlamında kullanılan Âdet'in hakem kılındığına ilişkin madde, örfün konumunu anlatmak için önemli bir örnektir: "Âdet muhakkemdir" kuralının açıklaması bizzat metnin devamındadır: "Yani şer'i hükmü ispat için örf ve âdet hakem kılınır. Gerek genel olsun, gerek özel olsun."Örneğin hasım taraflar arasında yazılı delil bulunmadığında örf kimin lehine ise, onun sözü geçerlidir. Karı koca önce ve sonraki mehirde anlaşmamışlarsa örf hakemlik eder. Yine Mecelle'nin 43. ve 45. Maddelerinde "Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir", "Örf ile tayin nass ile tayin gibidir" hükümleri örfün anlamını ve işlevini belirtmek açısından önemli kurallardır.

8. Sedd-i Zerâyi

Zerâyi, zerâ'nın çoğuludur. Zerâ, iyi olsun kötü olsun başka bir şeye ulaştırın vasıta (vesile) demektir. İslâm Hukukunda zerâ, şer'an yasaklanmış sonuca götüren vasıtayı ifade etmek için kullanılır. Zerâ'nın seddi (kapatılması) ise, bu tür yolların yasaklanması demektir. Buna göre sedd-i zerâyi, mefsedete (kötülüğe) götüren vasıtaların yasaklanmasını ifade eder.⁶⁰

Kötülüğe (mefsedete) götüren fiiller iki kısımdır. Birincisi, yasak olduğu hususunda üzerinde ihtilâf olmayan fiillerdir. Birçok kötülüğe yol açan içki içme fiili bunun en tipik örneğidir. İkincisi, şer'an caiz veya meşru olmakla birlikte, şer'an yasak olan bir duruma aracılık eden fiillerdir. Haram işlemek için dolambaçlı yol ve kılıf olarak kullanılan fiiller. Örneğin, caiz olmakla birlikte, şarap satıcısına üzüm satmak, kargaşa dönemlerinde silah satışı yapmak, kumar ve fuhuş gibi haram fiillerin işlenmesinde kullanılacak işletmelere gayrimenkul kiralamak, kişinin ölümcül hastalığı sırasında karısını bâin (evlilik bağı keskin olarak sona erdiren) talakla boşaması, bir malı belirli bir vade ile satıp daha sonra bedelini almadan sattığı kimseden o malı peşin fiyata daha düşük bir bedelle satın almak gibi... Dikkat edilirse burada, şer'an caiz olan tasarrufların, meşru olmayan amaçlarda kullanılması ve bu nedenle de yasaklanması söz konusudur.

Sedd-i zerâyi'nin şer'i hükümlerde kaynak olabileceği tartışmasızdır. Ancak uygulanış şartları ve şekli tartışmalıdır.

Sedd-i zerâyinin İslâm Hukukunda kaynak kabul edildiğine dayanak olarak En'am Suresinin 108. Âyeti ile Nur Suresinin 31. Âyeti gösterilir:

*"Allah'tan başkasına tapanlara (ve taptıklarına) sövmeyin; onlar da taşkınlık ederek ve ne söylediklerini bilmeden Allah'a söverler."*⁶¹

*"Gizlemekte oldukları ziynetleri anlaşılın diye ayaklarını yere vurmasınlar (dik-katleri üzerlerine çekecek şekilde yürümesinler)."*⁶²

⁶⁰ Zekiyüddîn ŞA'BÂN, a.g.e., s. 202.

⁶¹ En'am, 6/108.

⁶² Nur, 24/31.

Burada da büyük bir kötülüğün doğmasına sebebiyet vereceği bilinmesi halinde esasen caiz olan bir fiilin yasaklandığı görülmektedir.

Sedd-i zerâyi için Sünnetten gösterilen bir kaynak da, alacaklının borçludan hediye almasının yasaklanmasıdır. Zira bu şer'an yasaklanmış olan riba'ya götüren bir yol olabilir.⁶³

9. Sahabî Kavli (Sahabe Yolu)

Hız. Peygambere yetişmiş, ona iman etmiş ve örfen 'arkadaş' diye anılabilecek ölçüde uzun süre onunla birlikte bulunmuş kişiler olarak vasıflandırılan Sahabî'nin, Müslümanlar arasındaki ihtilâfların çözümünde verdikleri hükümlere Sahabî Kavli denilmektedir. Şer'i delil olup olmayacağı yönünde tartışmalar olmakla birlikte, Sahabî Kavli'nin bağlayıcı bir delil sayılması mümkün değildir. İsteyen delil olarak alabileceği gibi, farklı içtihatların yapılabilmesi de mümkündür. Sahabî kavlinin delil olabileceğine dair Kitap ve Sünnette herhangi bir delil yoktur. Gerek Sahabî gerekse Tabiin Müçtehitleri kendilerini Sahabî kavli ile kayıtlamamışlardır.⁶⁴

10. İstishâb

İstishâb, geçmişte sabit olan bir durumun —değiştiğine dair bir hüküm bulunmadıkça— halihazırda varlığını koruduğuna hükmetmektir. Daha önce varlığı bilinen bir durumun devam edip etmediğinde tereddüt var ise, istishâb yoluyla varlığını koruduğuna hükmedilir. Eğer daha önce var olmadığı bilinen bir durumun daha sonra meydana gelip gelmediği hususunda tereddüt var ise —önceki yokluğundan ötürü— bu durumun halen mevcut olmadığına hükmedilir. Örneğin:

Bir kimse, ayıpsız olması şartı ile bir şeyi satın alsın, sonra ayıp bulunduğu iddiası ile onu geri vermek istediğinde, satış sırasında ayıbın bulunup bulunmadığı hususunda satıcı ile ihtilâfa düşse, satıcıdan sözünün doğruluğuna dair delil getirmesi istenemez. Çünkü asıl olan malın ayıpsız olmasıdır. Yani bir delil gösterilmedikçe bu durumun devam ettiğine hükmedilir. O yüzden, iddiasını ispat etmek alıcıya düşer.

Dikkat edilirse, istishâb yeni bir hüküm ortaya koymamakta, aksine daha önceden var olan bir hükmün varlığını koruduğunun kabulüne istishâb denmektedir. Bu hüküm, "aslolan mübahlıktır (ibâha-i aslîye)" veya "beraet-i zimmet (zimmetten berî olma/bir şeyi, bir hakkı haksız yere bulundurmama) asıldır" kuralına veya "şer'an kabul edilen sebebin varlığı"na dayanmaktadır. O yüzden bilginler şöyle demişlerdir: İstishâb, olanı olduğu gibi bırakma hususunda hüccettir. Olmayanı var kabul etmek hüccet değildir.⁶⁵

⁶³ Zekiyüddîn ŞA'BÂN, a.g.e., s. 206.

⁶⁴ Zekiyüddîn ŞA'BÂN, a.g.e., s. 215.

⁶⁵ Zekiyüddîn ŞA'BÂN, a.g.e., s. 220.

İstishâb, ceza hukuku düzenlemelerinde sık kullanılan bir esastır. Çünkü, yasaklandığına dair bir hüküm bulunmayan işler mübah olarak kalırlar. Kendisine isnat edilen suç sabit oluncaya veya bir fiilin cezayı gerektirdiğine dair kanun çıkıncaya kadar sanık suçsuzdur.

Yine, Borçlar Kanununun birçok hükmü istishâb esasına dayanır. Bilhassa akidler konusunda asıl olan mübahlıktır. Aksi sabit oluncaya kadar, akitlerin serbest irade ile yapılmış olduğu esastır.

İSLAM HUKUKUNDA AKİTLERE İLİŞKİN

ÖZEL HUKUK ESASLARI

“İslâm Hukukunda Tahkim”e geçmeden önce, Tahkim’in uygulama alanı olan Özel Hukuk’ta, İslam Hukuku açısından bazı ana esasları belirtmekte yarar bulunmaktadır.

İslâm Hukuku, Borçlar ve Akidler konusunda, günümüzde yürürlükte olan hukuktaki esasların pek de dışında olmayan bazı hükümler vazetmektedir.

Akitler bakımından:

- Bütün akitler tarafların serbest iradesine dayanır. Serbest iradenin hiçbir şekil ve merasime tabi olmaksızın tarafların bir araya gelerek ve karşılıklı rıza ile gerçekleşmesi esastır.
- Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmamak üzere her türlü akit serbesttir. “Haramı helal veya helali haram kılan bir şart olmadıkça mü’minler şartlarına bağlıdırlar.”⁶⁶
- Âkid tarafların akitlerine bağlılıkları şarttır. “Ey inananlar, (yaptığınız) akitleri yerine getirin...”⁶⁷
- Akitler, sadece akdi yapanları bağlar.⁶⁸
- Akitlerin yapılışında hüsnüniyet şarttır. Bu şart, akde karışan hile, aldatma, yanılma, iğfal veya cebir karşısında, taraflara akdi tek taraflı fesih hakkı tanımaktadır.
- Akitlerde ihtilâf vukuunda, İslâm Hukukunun aslî kaynakları yanında tali kaynak olan örf esas alınır.⁶⁹
- Başkasına zarar veren her fiil, onu yapan veya sebep olanın sorumluluğunu gerekli kılar. Bu sorumluluk, zararın tazminini gerektirdiği gibi, kastın ispatı halinde failin cezalandırılmasını da zorunlu kılar. Bu husus, “Ne doğrudan, ne de karşılık olarak zarar vardır” prensibi ile ifade edilir.

⁶⁶ Tirmizi Tercemesi, (İst: Yunus Emre Yayınevi), Cilt.2, Bab: 17 (El-Ahkam), s. 455.

⁶⁷ Maide Suresi, 4/1.

⁶⁸ Yürürlükteki kanunlarda, mirasın reddi söz konusu olduğundan, varisler, murisin borçlarından, mirası reddetmedikleri takdirde şahsi malları da dahil sorumludurlar. İslâm Hukukunda mirasın reddi müessesesi olmadığı gibi, varislerin de murisin borçlarından dolayı şahsi malları ile sorumlulukları yoktur.

⁶⁹ Örfün kaynak alınması hususunda, yukarıda ‘örf’ ile ilgili değerlendirmemiz esas alınmıştır.

- Bütün borçlar ve haksız fiiller yargı ile teminat altına alınmıştır. Haksız fiillerde, hukukun tanıdığı hafifletici sebepler müstesna, failin kimliği, şahsiyeti önemli değildir.⁷⁰

İSLÂM HUKUKU KAYNAKLARINDA TAHKİM

Kur'an-ı Kerîm'de Tahkim

İslâm Dini ve İslâm Hukuku, temel esaslarını Kur'an-ı Kerîm'den aldığı içindir ki, insanlar arasındaki ihtilâfların hallinde önemli bir özel hukuk usulü olan Tahkim Usulü de, insanları yaratan ve onların fitratlarını en iyi bilen Allah'ın Kitabı Kur'an-ı Kerîm'den alınmıştır. Aşağıdaki Kur'an-ı Kerîm âyeti İslâm Hukukçularınca "İhtiyarî Tahkim" kurumuna dayanak yapılan âyettir:

"Eğer (karı-kocanın) aralarının açılmasından endişe duyarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar uzlaştırmak isterlerse Allah onların arasını bulur. Çünkü Allah, (her şeyi) bilendir, haber alandır."⁷¹

Bu âyet evli çiftler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ihtiyarî tahkim yolunu göstermektedir. İhtiyarîliği öngörmesi bakımından emir veya tavsiye olarak kabul edilebilir.

Kur'an-ı Kerîm'de Nisa Suresinin 35. âyetinin dışında, Hz. Muhammed'in hakem tayin edilmesi gerektiğine veya gerekebileceğine dair âyetler de vardır ki, bu âyetler 'İhtiyarî Tahkim'e konu olmakla birlikte sınırlı bir İhtiyarî Tahkim'i vaz etmektedir. Örneğin:

"Onlar eğer sana gelirlerse aralarında hükmet veya onları geri çevir, geri çevirirsen sana fenalık yapamazlar, eğer onların aralarında hüküm verirsen adaletle hüküm ver. Allah adil olanları sever. Tevrat onların yanında bulunduğu ve Allah'ın hükmünü muhtevi olduğu halde, onlar ne yüzle seni hakem tayin ediyorlar da sonra bundan yüz çeviriyorlar, zira onlar mü'min değillerdir."⁷²

Bu âyetlerde Hz. Peygamberin, Müslüman olmayanlar tarafından hakem tayin edilmesi halinde hakemliği kabul edip etmemekte serbest olduğu belirtilmektedir. Zira, hâkimlik, önüne gelen davaya bakmakta mecburiliği ifade ederken, hakemlik ise bunu gerektirmez. Hakem önüne gelen davaya bakıp bakmamakta serbesttir. Maide Suresinin bu iki ayetinde Kur'an, Hz. Peygamberin, Yahudilerin kendi aralarındaki ihtilâfı çözmek üzere hakem tayin edildiğinde, isterse davaya bakmayabileceği hükmünü getirmektedir.

Maide Suresinin 42. ve 43. âyetleri Müslümanlar arasındaki ihtiyarî tahkimin delili değil, gayrimüslimler arasındaki ihtiyarî tahkimin delilidir. Zira Hz. Peygamberin Müslümanlar arasın-

⁷⁰ İslâm Hukukunun Prensipleri konusunda bkz.: Hayreddin KARAMAN, "Yeni Gelişmeler Karşısında İSLÂM HUKUKU", 3. Baskı, (İstanbul: 1992, Nesil Yayınları).

⁷¹ Nisa Suresi, 4/35.

⁷² Maide Suresi, 5/42,43.

da şer'i kaza (yargı) yetkisi zaten vardır. Gayrimüslimler için Peygamber'in şer'i kaza yetkisi (bizzat kamuyu ilgilendirmeyen hususlar dışında), onların tercihlerine bağlıdır. Bu bakımdan Maide Suresinin 42. ve 43. âyetleri kayıtlı bir tahkimin delilidir. Zira burada sadece Peygamber'e hitap vardır.

Kesin delil olma bakımından İhtiyarî Tahkim'e konu olabilecek yegâne âyet-i kerîme yukarıda zikrettiğimiz Nisa Suresi'nin 35. âyetidir. Nisa Suresi'nin 35. âyetinde hâkimlik yetkisi bulunmayanların karı-koca arasındaki ihtilâflarda hakem tayin edilebileceğini amirdir. İşte teferruata ait hükümleri icmâ, sünnet, kıyas, icmâ ve içtihad ile tesis edilmiş olan tahkim müessesesi İslâm Şeriatına Kur'an'ın bu âyeti ile dahil olmuştur.⁷³

Sünnet'te Tahkim

Tahkimin Sünnet ile teyit edilmiş olduğu İslâm Hukukçuları tarafından kabul edilmektedir. Nitekim Sahabeden Ebu Şureyh, Hz. Muhammed'e gelerek: "Kavmimden bazıları, aralarındaki davalarda benim hükmüme razı oluyorlar, ben de hüküm veriyorum, meşru mudur?" diye sormuş, Hz. Peygamber de, "maahsen-ü haza/ne güzel şey" demiştir (Tahtavi). Yine Buharî'de, adalete uygun karar vermeyen hakemin Allah'ın gazabına uğrayacağı hakkında bir hadis zikrediliyor. Peygamber Beni Kurayza'ya, Muaz İbni Cebel'i hakem tayin etmesini tavsiye etmiştir. Bütün bu rivâyetler Tahkimin, Sünnet ile kabul ve teyit olunduğunu göstermektedir.⁷⁴

İcmâ'da Tahkim

İslâm Hukukçularının bir delil üzerinde akıl ve muhakeme yoluyla ittifak etmeleri kafi değildir. Bu delililerini mutlaka şer'i bir delile yani Kur'an'a veya Sünnet'e dayandırmaları gereklidir. Bu şekilde Kur'an'a ve Sünnet'e dayanan içtihatların, icmâ'nın vaki olduğu devir içinde yaşayan müçtehitlerin tamamınca kabul edildiği durumlarda, o mesele veya hüküm hakkında icmâ'nın varlığı kabul edilir.

Sahabe Döneminde Osman İbn-i Affan ile Talha Bin Abdullah arasındaki bir ihtilâfta, Cübeyir Bin Mutam'ın hakem seçilmesi tahkimin Sahabe Döneminde de tasvip gördüğüne ve uygulandığına delâlet etmektedir.

İslâm Tarihinde Tahkim

Tahkim müessesesinin Şer'i olduğu, yani Şeriat'a uygun bulunduğu hususunda İslâm Âlimleri arasında ihtilâf yoktur. İslâm tarihinde Tahkim müessesesinin çalıştırıldığına dair birçok örnek de vardır:

⁷³ Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 65.

⁷⁴ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 65.

Halife Ali ile Muaviye arasındaki ihtilâfta, Muaviye'nin, Nisa Suresinin 35. Âyeti uyarınca; iki tarafın birer hakem tayin ederek, hakemlerin ihtilâfî hükme bağlaması teklifinin Hz. Ali tarafından kabul edilmesi ve Ali'nin Ebu Musa El Eş'ari'yi, Muaviye'nin de Amr İbn'ül As'ı hakem tayin etmesi İslâm Hukukçularınca tahkime önemli bir dayanak sayılmaktadır. Taberi'nin rivâyet ettiğine göre, taraflar arasında "TAHKİMNAME" yapılmıştır.⁷⁵ Bu "Tahkimname"de özetle:

"Bismillahirrahmanirrahim. Bu vesika, Ali b. Ebî Talib ile Muaviye b. Ebî Süfyan arasında bir kararnamedir. Ali, Irak Halkı ve müttefikleri için; Muaviye, Şam Halkı ve müttefikleri için Allah'ın hükmü ve Kitabına razı olarak Allah'ın Kitabının ihya ettiğini ihya ve imha ettiğini imha etmek ve aralarında sadece Allah'ın Kitabını hakem kılmak üzere taahhüt etmişlerdir. Hakemler —ki bunlar, Ebu Musa El-Eş'ari ile Amr b.As'dır— Kur'an-ı Kerîm'de buldukları ahkâm ile hüküm verecekler, Kur'an-ı Kerîm'de bulamadıkları takdirde Resulullah'ın birleştirici olan sünnetine başvuracaklar ve onunla hükmedeceklerdir."

yazılıdır.⁷⁶

İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİMİN HÜKÜMLERİ

Kavramlar

İslâm Hukuku Tahkimi, genel yargıya tabi bir kurum olarak kabul eder. Genel yargı yetkisinin Halife veya Hükümdar tarafından verilmiş olması nedeniyle hâkimlik yetkisinin umumî, hakemlerin taraflarca tayin edilmesi nedeniyle hakemlik yetkisinin hususî olması, Tahkimin, genel yargının bir parçası olarak görülmesinin dayanağı kabul edilmiştir.

İslâm Hukukunda Tahkim: "İki hasmın aralarındaki ihtilâf hakkında karar vermek üzere bir veya birden fazla kimsenin yetkili kılınması";

Tahkim Akdi: "İki hasmın, aralarında çıkan ihtilâf hakkında karar vermek üzere bir veya birden fazla kimseyi karar vermeye yetkili kıldıkları anlaşma metni" olarak tarif edilmiştir. Tahkim akdinde taraflar bir veya birer hakem tayin ederler. Taraflar ile hakem arasında da Tahkim Akdi yapılır ki, bu akit, hakem kararlarına uyacakları konusunda tarafların kendilerini bağlamalarıdır.

Taraflar ile hakem arasında yapılan akdin hukukî mahiyeti ve vasfı, Fâkihler arasında ihtilâf konusu olmuştur.

⁷⁵ H. İbrahim HASAN, *İslâm Tarihi*, 2. Baskı, (İst: 1987, Kayıhan Yayınları), Cilt. 2, s. 46.

⁷⁶ H. İbrahim HASAN, a.g.e., Cilt. 2, s. 46.

İmam Ebu Yusuf'a göre tahkim, dış görünüşü itibariyle tarafların hakemlere velâyet vermesi gibi görünse de, hakikatte husumete son verme ve ihtilâfi çözmeyi amaçladığından, tahkim akdinin, sulh mahiyetinde olduğuna, ancak henüz doğmamış ve ileride doğabilecek bir ihtilâf hakkında sulh akdine cevaz verilemeyeceğine ve dolayısıyla tahkimin mümkün olamayacağına, tahkimin ihtilâf doğduktan sonra mümkün olabileceğine hükmeder.

İmam Muhammed'e göre, Tahkim Akdi bir velâyettir. Taraflar hakeme, yargıya velâyet, yani bir nevi vekalet vermektedirler. Dolayısıyla doğacak ihtilâflar için tahkim akdine cevaz vermektedir.⁷⁷

Tahkimin Konusu

İslâm Hukukunda Allah'a ait haklar tahkime konu olamaz. Çünkü bu haklar üzerinde kulların tasarrufu söz konusu değildir. Bu haklar ile ilgili davalar Halife veya Halifenin yetki verdiği hâkim (kadı)ler tarafından hükme bağlanabilir. Modern hukuk tabiriyle kamu düzenini ilgilendiren, diğer bir deyişle mutlak olarak genel yargının sahasına giren ihtilâflarda Tahkim ve Tahkim Akdi muteber değildir.

Kısaca; kıyas, hırsızlık, zina iftira, amme aleyhine cürümler gibi had cezasını gerektiren hususlarda Tahkim mümkün değildir. Tahkim ile ilgili bu belirleme, modern hukukta da benzerdir.⁷⁸

İSLÂM HUKUKUNDA HAKEMLER

Hakemlerin Özellikleri

Ehliyet: İslâm Hukukunda hakemliğe ehliyet şartları, hâkimliğe ehliyet şartları ile aynıdır. Hâkimliğe ehliyetinde asgarî, şahitliğe ehliyet için aranan şartlar aranır.

Ebu Yusuf'a göre, namuslu kadınlara iftira etmekten hüküm giymiş olanlar, mükellef olmayanlar, fasıklar, yabancı topraklarda bulunan Müslüman tacirler, zimmiler (Müslüman olmayanlar), kadınlar, köleler hakem olamazlar.

İmam Muhammed, fasıkın şehadete ehil olduğunu kabul ettiğinden hakemliğe de ehil olduğunu içtihat eder.

Bazı İslâm Hukukçuları, kadının, fasıkın, müfterinin, zimminin hakemliğe ehil olmamakla birlikte, karar verilinceye kadar herhangi bir itiraz olmaması halinde, kararlarının geçerli olduğunu içtihat etmektedirler.

Bir kısım Fakihler de, zimmi'nin ve kadının hakemliğe ehil olduğunu kabul ederler.

⁷⁷ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 68.

⁷⁸ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 69.

Genel olarak Hakemlikte aranan şartlar: Hür olmak, Müslüman olmak, erkek olmak, fâkih olmaktır. Ancak bu şartların tamamı da tartışmalıdır.

Kadının hakemlik ehliyetinin münakaşalı olmasının sebebi, şahitliğe ehliyetinin bazı sınırlamalara tabi tutulmuş olmasındandır.

Zımminin, zımmiler arasında hakem olabileceği kabul edilmektedir. Hakemlikte fâkihlik şartı aramayanlarca, cahil, hâkim olabileceği gibi, hakem de olabilir.

Tayin ve Azil: Hakemler karar vermeden önce taraflarca azledilebilirler. Çünkü, hakemlik yetkisini veren taraf bu yetkiyi geri almakta serbesttir. Bu nedenle İslam hukukunda hakemlerin reddi müessesesi yoktur. Hakemler, karardan sonra azledilemezler. Hakemin, hâkim tarafından tayin edilmesi halinde tarafların hakemi azletme yetkisi yoktur. Zira hakem bu halde, hâkimin vekilidir.

Hakemlerin, ana, baba, evlat ve karı gibi muayyen derecelere kadar olan hısımları lehine verecekleri kararlar geçerli değildir. Aleyhlerine olanlar ise geçerlidir.

Hâkimler, geçerli olmayan kararları tasdik etmekten men edilmişlerdir.

Görevi Kabul ve İstifa: Hakemler, her zaman hakemlikten istifa edebilirler. Hakemliğe ve hakemliği ifaya zorlanamazlar. Hakemlerin hakemliği kabul edip etmemekte ve istifa edip etmemekteki serbestisi Kur'an'a dayanmaktadır. Nitekim Maide Suresi'nin 42. Âyetinde açıklandığı gibi, hakemliği kabulde hakemin ihtiyarı söz konusudur.

“Yalana kulak verirler, haram yerler. Sana gelirlerse, ister aralarında hüküm ver, ister onlardan yüz çevir; eğer onlardan yüz çevirirsen, sana hiçbir zarar veremezler. Ve eğer hüküm verirsen, aralarında adaletle hüküm ver. Çünkü Allah, adalet yapanları sever.”⁷⁹

Ücret ve Hediye: Hakemlerin hakemlikleri sırasında hediye kabul edemeyecekleri bilinmekle birlikte, ücret alıp alamayacakları hususunda İslâm Hukuku kaynaklarında herhangi bir bilgi yoktur.⁸⁰ Hakemliğin ihtiyarî oluşu, ücret almalarında herhangi bir sakınca olmayacağına delâlet eder kanaatindeyiz. Zira, herhangi bir görevin ifasında, imamlık dışında, ücret alınmayacağına dair bir hüküm ve uygulamaya rastlamadık.

Hakem Kararları

Hakemler, ele aldıkları konu hakkında üçüncü kişilerle istişare edebilirler.

Hakem müzakereleri hakemlerin hepsinin katılımı ile yapılır ve kararlar oybirliği ile alınır. Hakemlerin tahkim akdi ile şahsen belli olması esas kaide olduğundan, hakem kararlarının

⁷⁹ Maide Suresi, 5/42.

⁸⁰ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 71.

kimlerin oyuna dayandığı taraflarca başlangıçta belli olması gerekir. Oy birliği ile karar verilmemesi halinde, çoğunluk kararının kimlerin oyundan teşekkül ettiği taraflarca meçhul kalacağından bu hal, hakemlerin başlangıçta malum olması kaidesine aykırılık teşkil eder. Onun için taraflar, hakemlerin çoğunlukla karar verebileceklerini kararlaştırmış olsalar dahi, hakem kararı hükümsüzdür.⁸¹

Hakem kararlarının şeriat esaslarına uygun olması ve dört mezhepten birine dayandırılması gerekliliği ifade edilse de⁸², bu husus tarafların ve hakemlerin inanışlarına göre değişebilir. Zira İslâm Hukukunu dört mezheple sınırlandırmanın doğru olmadığını düşünüyoruz.

Hakem kararları sadece tarafları bağlar. Ebu Hanife ve Hambelilere göre taraflar, hakemin kararına uymak zorundadırlar. Hüküm verilmesinden önce tarafların tahkimden dönme hakları vardır. Malikîlere göre, hüküm verilmeye kadar tarafların rızalarının devam etmesi gerekli değildir. Hükümden önce her iki taraf da tahkimden dönebilir ve hakemin hükmüne razı olmayabilirler. Taraflardan birinin tahkimden dönmek istemesi hususunda ihtilâf vardır.⁸³

Ortaklardan biri ile üçüncü şahıs arasında yapılan Tahkim’de verilen hakem kararı diğer ortağı da bağlar.

Hakemlerin Tahkim akdinde yetkileri yoksa, başkalarını hakem tayin edemezler.

Hakem kararı ancak hadler ve kısas dışında bir konuya taalluk edebilir. Zira hadler ve kısasa ilişkin davalara ve bu davalar sonucu verilen kararların yerine getirilmesine sadece İmam (İslâm Devleti Başkanı) veya O’nun tayin ettiği görevliler yetkilidir. Buna göre mali meseleler, evlilik gibi konular tahkime konu olabilir.

Boşanma konusunda hakemlerin karar verip veremeyeceği ihtilâflıdır. İmam Mâlik hakemlerin boşanmaya karar verebileceklerini içtihat etmiştir. Diğer mezhepler ise bu yetkiyi hakemlere tanımamaktadır. Katade, Zeyd İbni Eslem, İbni Hambel, Ebu Sevr ve Dâvud gibi âlimler, hakemlerin, ancak birleştirmeye karar verebileceklerini, ayırma yetkisine sahip olmadıklarını söylemişlerdir. Bu görüş âyetin ruhuna daha uygun düşmektedir. Çünkü âyette, arabulmak için hakem gönderilmesi emredilmektedir. O halde hakemlerin görevi, arayı büsbütün bozup karı kocayı ayırmak değil, aralarını bulup onları birleştirmektir.⁸⁴

“Eğer (karı-kocanın) aralarının açılmasından endişe duyarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar, uzlaştırmak isterlerse Allah onların arasını bulur. Çünkü Allah, (her şeyi) bilendir, haber alandır.”⁸⁵

⁸¹ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 71.

⁸² Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 71.

⁸³ Vehbe ZUHAYLÎ, “İslâm Fıkhi Ansiklopedisi”, (İst: 1994, Risale Basın Yayın), s. 475.

⁸⁴ Süleyman ATEŞ, *Yüce Kur’an’ın Çağdaş Tefsiri*, (İst: 1988, Yeni Ufuklar Neşriyat), Cilt. 2, s. 278, Ebu’l A’la MEVDÛDÎ, *Tefhimu’l Kur’an*, (İst: 1986, İnsan Yayınları), Cilt. 2, s. 318.

⁸⁵ Nisa Suresi, 4/35.

Hakem kararları Şeriat esaslarına ve kararı tasdik edecek hâkimin mezhebi görüşüne uymak zorundadır. Ayrıca sübut delillerine de uymak zorundadır. Aksi halde hakem kararını tasdike yetkili hâkim, kararı bozabilir.

İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİMİN

GELİŞMEME NEDENLERİ

İslâm Hukukunda Tahkim'in gelişmemesi ve uygulama alanının daraltılması nedenleri olarak:

- Fıkıh kitaplarında tahkim konusunun genişletilmesini sağlayacak fetvaların verilmemesinin tavsiye edilmesi,
- Hakem kararlarının, bu kararları tasdik edecek hâkimin mezhebine de uygun olması zorunluluğu,
- Kadiya rağbetin azalacağı endişesi,
- İslâm Hukukunun nassa ve nakle dayanması sebebiyle Şeriat hükümlerinin öğreniminin zor olması,
- Hakem kararlarının Şeriat esaslarına uygun olmak zaruretinden dolayı hakemliğin güç bir vazife olması,

gösterilmektedir.⁸⁶

Son iki nedenin gerçekçi olmadığı kanaatindeyiz. Tüm hukuk sistemleri, yazılı ve teamülfî hukuka dayanmaktadır. Önündeki davayı yargılayacak hâkim veya hakemin yazılı veya teamülfî hukuku bilmesi ve buna uygun karar vermesi her hukuk sisteminde değişmez esastır. Bu hukuk sisteminin İslâm veya bir başka inanç sistemi olması neticeyi değiştirmez. Kaldı ki, günümüzde hâkimlerin veya hakemlerin önüne getirilen davalarda çoğu kez uluslararası hukuku veya tarafların tabi olduğu hukuk kurallarını bilmek ve uygulamak zorunluluğu bulunmaktadır.

Şeriat esaslarına uygun olmak zaruretindeki zorluk, tüm hukuk sistemlerindeki yargılamalar için geçerlidir. İslâm hukuk sistemi, İslâm inanç esaslarından kaynaklanan hükümlerin uygulandığı hukuk sistemini ifade ettiği gibi; diğer hukuk sistemlerinin de, kendi kaynağını oluşturan inanç kurallarının bir manzumesi olduğu dikkate alındığında, tüm hukuk sistemlerinde hâkimler ve hakemler için aynı zorluk söz konusudur. Bu nedenle son iki nedenin tahkimin gelişmesine engel olduğu görüşüne katılamıyoruz.

Esasında yukarıda sayılan sebeplere, İslâm toplumlarının yönetildiği ülkelerdeki devletçi anlayışı da ilave etmek gerekir. Zira her türlü boşluğun devlet yargısı tarafından doldurulması

⁸⁶ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 72.

gerekliliği, adaletin tevziinin devletin en önemli görevi olduğu, ayrıca Hükümdarın da bu tevzide vazife aldığıın kabulü, devletçi anlayışın egemen olduğu yapılarda yaygındır. Bu nedenle, kaynağını bizzat Kur'an-ı Kerim'den alan ve Sünnet'te de uygulamasını gördüğümüz bir özel hukuk yargılama usulü olarak Tahkim kurumunun gelişmemesinde önemli rol oynadığına inanıyoruz.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

OSMANLI'DA TAHKİM

TANZİMAT ÖNCESİNDE TAHKİM

Tanzimat'tan önceki kanunî düzenlemeler genellikle, devletin hükümlerine ait konularda, askerlik, maliye, idarî teşkilat, ceza ve protokole ait hükümleri içermektedir. Osmanlı Sultanlarından Fatih Sultan Mehmet ile Kanunî Sultan Süleyman tarafından yapılan kanunî düzenlemeler özellikle arazi ve ceza hukuku alanlarında önemli ve kalıcı olmuştur.

Tanzimat'tan önceki Osmanlı hukuk mevzuatında Muhakeme Usulüne ait hükümler tamamı bir arada olacak şekilde bulunmamaktadır. Yargılama Kadılar tarafından yapılır ve kadılar da Padişah tarafından tayin olunur veya Padişahın tayin ettiği kadıların tayin ettiği kadılar tarafından yerine getirilirdi. Şeriat Mahkemelerinin dışında, yargılama hak ve yetkisine sahip askerî, idarî mahkemeler ve meclisler de kendi alanlarında yargılama yaparlardı. Payitaht İstanbul'da, Padişahın veya Sadrazamın başkanlığında toplanan Divan-ı Hümayun da mahkeme vazifesi görürdü. Ayrıca bazı mahkemeler de mevcut idi ki bunlar, Evkaf Müfettişliği, Mirî Kâtibi, Loncalar, Un Kapanı Naibi, Yağ Kapanı Naibi gibi, hususî konularda hususî yargılama yapan mahkemeler olarak çalışmakta idiler.

Gerek Şer'i Mahkemeler, gerekse diğer mahkemelere ait Muhakeme Usulüne dair Kitabü'l-Kaza hükümleri mevcut idi. Mahkemelerde, Şeriat esaslarına, umumî hükümlere, örf ve âdete göre muhakeme usulleri tatbik edilirdi. Tahkim tatbikatına ilişkin de yazılı bir tahkim usulü yoktu.

Tanzimat'tan önce Osmanlı mevzuatında muhakeme usulüne dair esaslı ve umumi hükümlerin mevcut olmadığı, Şeriat Mahkemeleri dışında da yargı hakkını haiz örfî ve nizami mahkemelere ait yazılı bir muhakeme usulünün olmadığı, bu mahkemelerde Şeriat Esaslarına, örf ve âdetlere göre mahkeme usulleri tatbik edildiği, dolayısıyla Şeriat'a dayanan Tahkim tatbi-

katının belirsiz olduğu, Tahkim ile ilgili kaynak kitaplarda ifade edilse de;⁸⁷ bu belirlemeler, altı yüz yıl boyunca ayakta kalabilmiş bir yapının, yazılı (Kitabü'l-Kaza Hükümleri), teamülî ve örfî kaidelere tabi bir hukuk muhakemeleri usulünün varlığını ve asırlarca özel hukuk yargılamalarının yapılarak adaletin tevzi edildiği gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Bilhassa mahkemelerde devam eden özel hukuka ilişkin davalarda, yargılamanın uzamasını ve taraflar arasında husumet oluşmasını engelleyecek **UZLAŞTIRMA** kurumunun varlığı dikkat çekicidir. Aralarında uyuşmazlık çıkan taraflar, bu uyuşmazlıklarını çözmek için **muslihun/uzlaştırıcı**'ya giderek uyuşmazlık hakkında orta bir yolda birleşip uyuşmazlığı hallederek sulh olurlar ve tarafların bu yoldaki ikrarları mahkemece kayıt altına alınır. Kayıt altına alınan hak ile ilgili yapılacak işlemler de mahkemenin tasdik kararı çerçevesinde yapılırdı. Buna ilişkin örnek Uzlaştırma bahsinde verilmiştir.

Ayrıca Osmanlı hukuk sisteminde Özel Hukuk Kurallarına ve uygulamalarına bakıldığında, sistemin devlet tarafından değil, tüm İslâm tarihinde olduğu gibi Ulemâ tarafından geliştirildiğini görmekteyiz. Devletin özel hukuk alanına müdahalesi son derece zayıftır. Fıkıhçılar tarafından oluşturulan Şeriat hükümleri ve uygulamaları önemli itibara sahiptir.

Buna karşılık devlet de kendi otoritesini sağlamak için zaman içinde yasama sahasını genişletmiş ve böylece devlet ile Şer'i Hukuk arasında bir uyumluluk sağlanmıştır. Örneğin, II. Mahmut'un Tanzimat Fermanına yansıyan, "din ayırımı yapılmaksızın tebaanın hukuken eşitliğinin kabulü"nden sonra, Padişah'a ait olan yasama yetkisinin bir bölümünün devredildiği meclisler oluşturulmuştur. Bunlardan adalet ve hukuk işleriyle ilgilenecek Meclis-i Valây-ı Ahkam-ı Adliye adı ile kurulan Meclis'te görüşülüp onaylanmadıkça nizamnamelerin yürürlüğe girmeyeceği belirtilmiş ve bu Meclis'e kanun koyma yetkisi tanınmıştır.⁸⁸

TANZİMAT SONRASINDA TAHKİM

Kanunî Sultan Süleyman'dan sonra ciddi kodifikasyon çalışması Tanzimat döneminde olmuştur.

Özel Hukuk, Kamu Hukuku, Medenî Hukuk ve Usul Hukuku gibi günümüzün sistematik ayırımları İslâm Hukukunda yer almaz iken, Tanzimat sonrasında zikrettiğimiz düzenlemelere gidilmiştir.⁸⁹

Tanzimat öncesine ait kanun ve nizamnamelerde Tahkime ait hükümlere rastlanmamakla birlikte, Tanzimat'la beraber kanunlaştırma (Kodifikasyon) hareketi başlamış, birçok kanun ve

⁸⁷ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 72.

⁸⁸ Gülnihâl BOZKURT, "Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)", (Ankara: 1996, Türk Tarih Kurumu), s. 45.

⁸⁹ Geniş bilgi için bkz.: Mümtaz'er TÜRKÖNE, "Siyasi İdeoloji Olarak İSLÂM CİLİĞİN DOĞUŞU", 2. Baskı, (İst: 1994, İletişim Yayınları), s. 127 vd.

muhakeme usulü yazılı hale getirilmiştir. Ancak bu dönemde çıkarılan kanun ve nizamname-lerde de Tahkim ile ilgili en önemli düzenleme Fransız Ticaret Kanununun Birinci ve Üçüncü kısımlarının kısmen tercümesi ile iktibas edilen 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret, esasa ve usule ait hükümleri ihtiva eder. Bu Kanunun 40-52. maddeleri de Tahkime ait hükümleri ihtiva eder. Ancak bu maddelerde öngörülen tahkim “Mecburi Tahkim”dir. Zira, bu maddelerde ortaklar arasında şirket muamelelerinden dolayı çıkan ihtilâfların hakem tarafından çözülmesi mecburi kılınmıştır.

Bu maddelere göre, taraflar aralarında yazılı bir sözleşme ile hakemi tayin edemezlerse mahkeme tayin edecektir. Mahkemeler tahkime konu olacak davalara, taraflar razı olsa dahi bakamazlar.

Kanunda delillerin ibrazına ve müddetlere ait usul hükümleri vazedilmiş, hakem kararlarında dayanılacak kanun hükümlerinin ve ispat vasıtalarının zikredilmesi mecburi kılınmıştır. Hakemler arasında oybirliğine varılamazsa, üçüncü hakemin müştereken seçilebileceği, bunda da anlaşılamazsa üçüncü hakemin hâkim tarafından seçileceği kanun hükmüdür.

Hakem kararlarının aynen icra olunacağı, taraflardan birinin küçük veya mahcur olması durumunda vasinin hâkimden yeniden muhakeme talep edebileceği ve hâkimin emri ile kararın icrasının yapılabileceği, ortaklardan birinin vefatı halinde şirket fesholmakla birlikte, sağ kalan ortakla mirasçılar arasında tahkimin cari olacağı gibi hususlar bu kanunda zikredilmiştir.

Kanunname-i Ticaretten sonra Tahkim Usulüne yer veren ilk düzenleme, 1861 tarihli “Ticaret Usulü Muhakemesine Ait Nizamname”dir. Bu Nizamnamede, ihtilâfların tetkiki ve tarafların sulh olmasını temin veya davanın neticesini tayin edecek bir rapor alınması için mahkemele- rin; üç veya beş kişilik bir komiser veya hakem heyeti tayin edebileceğini, tarafların huzuru ile yapılacak tetkik neticesinde verilen raporun heyetçe tasdik veya tadil edileceğini öngörmektedir. Ancak buradaki hakem veya komiser, hakemlik sıfat ve yetkisini haiz değildir. Mahkemeler bu raporları tasdik, tadil veya reddetmekte serbesttir.

Ayrıca 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanununun 176. maddesinde, deniz sigorta mukavelele- rinden doğacak ihtilâfların mümeyyizler (hakemler) marifetiyle halledilmesi, bir mecburi tahkim olarak şart koşulmuştur.⁹⁰

MECELLE'DE TAHKİM

Hukuk ve fıkıh bilgisinden mahrum bazı batı temayüllü devlet adamlarının Türk Medenî Kanunu olarak Fransız Medenî Kanunun tam tercümesinin kabul edilmesi gayretlerine karşılık, milli bir kanuna taraftar olan gayretli aydınlardan oluşan ve başında Ahmet Cevdet Paşa'nın

⁹⁰ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 77.

bulunduğu bir Komisyon tarafından hazırlanarak 1869-1877 yılları arasında bölüm bölüm yürürlüğe giren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Mecelle)⁹¹, onaltı bölümden oluşmaktadır.

Mecelle'nin başlangıcındaki "Esbab-ı Mucibe Mazbatası"nda: "Mecelle'de, Hanefi Mezhebi'nin dışına çıkılmadığı ve içinde yer alan maddelerin dönemin Fetvahanesinde muteber ve tatbik edilen hükümlerden müteşekkil olduğu, Hanefi Fakihlerinden bazı büyük imamların muteber sözlerinin, halkın ve günün ihtiyaçlarına uygun olması dolayısıyla tercih olunduğu" ifade edilmektedir. Hanefi Fakihlerinin birbirinden farklı içtihatlarda bulunduğu konularda, halkın ve günün ihtiyaçlarının gözetilerek bir tercihte bulunulduğu da ilave edilmekte ve birçok örnek verilmektedir. Örneğin, mevcut olmayan bir şeyin satışına cevaz vermeyen Ebu Hanife'nin içtihadına rağmen, talebesi İmam Muhammed'in mahsullerle ilgili olarak serdettiği istisnai görüşü esas alınarak, meydana çıkmış ve çıkacak mahsullerin toptan satışına, örfen yerleşmiş bir uygulamanın değiştirilmesi zorluğu gerekçe gösterilerek cevaz verilmiştir.

Mecelle'nin son bölümü olan Onaltıncı Bölüm, Yargı (Kaza) ile ilgilidir. Bu bölümde Muhakeme Usulleri sayılmış ve Tahkim ile ilgili hususlar bu bölümde yer almıştır.

Mecelle, Tahkim'i, 1790. Maddede tarif etmektedir:

"Tahkim, hasmeynin husumet ve davalarını fasl için rızaları ile ahar kimseyi hâkim ittihaz etmelerinden ibarettir." Hükümün sadeleştirilmiş hali: **"Tahkim, hasım olan iki tarafın, ihtilâflarının halli için kendi rızaları ile üçüncü bir kişiyi hüküm vermek üzere tayin etmelerinden ibarettir."**⁹²

Tahkim'in Konusu

Kitab-ı Kaza'nın dördüncü babı, "Tahkimde Usul"e ilişkin kuralları kapsamaktadır. Bu babın ilk maddesi "Hukuk-i nâs'a müteallik mal davalarında tahkim caizdir" der (Madde-1841). Bu maddeden de anlaşılacağı gibi, şahsın hukukunu ilgilendiren davalar Tahkim yoluyla çözüme kavuşturulabilir. Burada hukuk-i nâs'dan maksat, kişiye serbestçe tasarruf hakkı verilen haklardır. Hatta, laik hukukun aksine evlenme ve boşanma konusunda dahi tahkime gidilebilmektedir.⁹³ Kısas konusunda da, kul hakkını ilgilendirmesi nedeniyle Tahkime cevaz veren içtihat mevcuttur.⁹⁴ Bu örnekler, İslâm Hukukunda, dolayısıyla İslâm Hukukunu esas alan Mecelle'de, Hukukullah (Allah'ın hakkı)ın dışında kalan "kul haklarından" dolayı tahkime gidilebileceğini göstermektedir.

⁹¹ Ali Himmet BERKİ, "Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)" 3. Baskı, (İst: 1982, Hikmet Yayınları), s. VIII.

⁹² Ali Himmet BERKİ, a.g.e., s. 406.

⁹³ Nisa Suresi, 4/35.

⁹⁴ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 78.

Tahkim'in Bağlayıcılığı

Mecelle'de de, Medenî Hukukta olduğu gibi, hakemlerin verdiği hüküm, sadece tarafları ve hakeme müracaat ettikleri hususları kapsar ve bağlar. Üçüncü şahısların hak ve hukuklarına müdahale edemez. Hatta tarafların sair ihtilâflarına da tesir etmez. (Madde-1842: Muhakeme hükmü ancak kendisini tahkim eden hasmeyn hakkında ve tahkim ettikleri hususda caiz ve nafiz olup anlardan başkasına tecavüz etmez ve anların hususat-ı sairesine dahi şamil olmaz.)

Tahkime Dair Usul Hükümleri

Hakem Tayini

Mecelle'de hakem tayininde sayısal bir sınırlama getirilmemiş olup, iki veya daha fazla kimse hakem tayin edilebilir. (Madde-1843/1: Muhakkem'in teaddüdü caizdir.)⁹⁵ Hatta maddenin ikinci fıkrasında tarafların kendi yanlarından birer hakem tayin etmeleri tavsiye edilmektedir. "Müddei ve müddeaaaleyh taraflarından birer hakem nasb etseler caiz olur." (Madde-1843/2).

Hakem Kararlarında Oybirliği

İslâm Hukukunda Tahkim bölümünde zikrettiğimiz gibi Mecelle de hakemlerin kararlarında oybirliği esasını öngörmektedir. (Madde-1844: Bervech-i bala muhakemler müteaddit oldukları surette hepsinin re'yi müttelik olmak lazımdır. Yalnız birisi hükm edemez)

Hakemlere, Hakem Tayin Etme Yetkisi Verilmesi

İslâm Hukukundaki tahkim usullerini esas alan Mecelle, hakemlerin üçüncü kişileri de hakem tayin etmeye yetkili olduklarını kabul etmektedir. (Madde-1845: Hakemler tarafeynden tahkime mezun iseler diğer kimseyi tahkim edebilirler, değilse edemezler.)

Tahkim Süresi

Tahkim müessesesini kabul edip uygulayan tüm hukuk sistemleri gibi Mecelle de, Tahkimin zaman ile sınırlandırılması halinde bu zaman süresince sonuçlandırılması, aksi halde tahkimin müruru zamana uğrayacağı esasını benimsemiştir. Örneğin, hakemler tahkimi 1 ay zarfında sonuçlandırmak üzere yetkilendirildiklerinde, artık bu süreyi aşamazlar. Aksi halde tayin edilen hakemlerin süresi bittiği için yeniden hakem tayini veya tahkim akdi gerekir. (Madde-1846: Tahkim bir vakit ile takyid olundukta ol vaktin müruru ile zail olur.)

Hakemlerin Azli

Mecelleye göre hakemler karardan önce taraflarca azledilebilirler. Fakat, hakem, genel yargıya yetkili bir hâkim tarafından tayin edilmiş ise, hakem bu takdirde kendisini tayin eden hâkimi temsil eder ve taraflarca azledilemez. Kendisini tayin eden hâkimin naibi olur. (Madde-1847: Muhakkemin hükmünden evvel tarafeynden her biri anı azledebilir. Şu kadar var ki,

⁹⁵ **Muhakkem:** Hakem tayin edilen, **Muhakkim:** Hakem tayin eden.

tarafeyn anı tahkim edip de Taraf-ı Sultaniden mansup ve naib nasbına me'zun olan hâkim dahi anı müciz olsa hâkim anı istihlaf etmiş olmasıyla ol muhakkem bu hâkimin naibi menzilesinde olur.)

Kararların İcrası

Kararların icrası bakımından Mecelle'ye göre hâkim kararları ile hakem kararları arasında fark yoktur. Her ikisi de icra kabiliyetini haizdir ve zaruridir. (Madde-1848: Hâkimlerin kararları dahilindeki ahalinin cümlesi hakkında hükümleri nasıl ki lazım-ül icra ise, muhakkemlerin dahi anları tahkim edenler hakkında ve muhakkem oldukları hususda hükümleri ol vechile lazım olur.)

Ayrıca, maddenin ikinci fıkrasına göre, taraflar şer'i usule göre verilmiş hakem kararlarını kabulden kaçınmazlar. (Madde-1848/2: Binaenaleyh hakemler usul-i meşruasına muvafık olarak hükmettikten sonra tarafeynden hiçbirisi ol hükmü kabulden imtina edemez.)

Kararların Onanması

Mecelleye göre hakem kararları genel yargı ile görevli hâkime arz edildiğinde, hâkim kararın usullere uygun olduğuna kanaat getirirse tasdik eder, değilse kararı bozar. Bozulan hakem kararı hiçbir hüküm doğurmaz. (Madde-1849: Muhakkemin hükmü Taraf-ı Sultaniden mansup hâkime arz olundukta muvafık-ı usul ise kabul ve tasdik eder. Değilse nakzeyler.) Hakem kararı hâkim tarafından bozulduğu taktirde tahkim nihayet bulur. Yeniden Tahkim akdi yapılmamış ise ihtilâfi hâkim halleder.

Hakemlere Sulh Yetkisi Verilmesi

Tarafların sulh olma konusunda tayin ettikleri hakemlere sulh yetkisi vermeleri halinde hakemlerin sulh kararı muteberdir. Taraflar verilen sulh kararına uymak zorundadırlar. Yeter ki verilen hüküm şer'i esaslara uygun olsun. (Madde-1850: Tarafeyn ahkâm-ı meşruasına tevfi-kan hükme mezun kıldıkları muhakkemleri led-et tensip sulhan tesviyeye dahi me'zun etseler muhakkemlerin sulhan tesviyeleri mu'teber olur. Şöyle ki tarafeynden biri muhakkemlerden birini ve diğeri dahi obirini münâzâ-ün fih edip de anlar dahi kitab-ı sulhde münderiç olan mesaile bit-tevfik sulhan tesviye etseler işbu sulh ve tesviyeyi tarafeynden biri kabulden imtina edemez.)

Yetkisiz Hakem Kararına İcazet

Taraflarca tahkime tayin olunmasa dahi, ihtilâflı taraflar arasındaki ihtilâfi kendiliğinden halleden kişinin işbu hakemliğini taraflar kabul ettiğinde bu hüküm geçerlidir. (Madde-1851: Bir kimse tahkim olunmamış olduğu halde iki kişi beynindeki davayı fasl ettikten sonra tarafeyn ana razı ve anın hükmünü müciz olsalar hükmü nafız olur). Bu hüküm Mecelle'nin 1453. Maddesindeki "İcazet-i lahika vekalet-i sabıka hükmündedir —bir kimsenin önceden izin

almaksızın yaptığı bir şeyin kabul ve tasdik edilmesi, önceden verilen vekalet hükmündedir—” kuralı gereği konulmuş hükümdür.

Bu hüküm, Mecelle’de Tahkim’in mutlak surette yazılı şekle tabi olması gerekmediğine delildir. Sözlü tahkim akdi de muteberdir.

Hakemlerde Ehliyet

Hâkimler gibi kaza vazifesini ifa ettikleri yani, hâkim makamına kaim oldukları için, hâkimde aranan ehliyet, hakemde de aranır. Mecelle, İslâm Hukukunu ve Hanefi Fıkhını esas aldığından evvelce de zikrettiğimiz gibi, İslâm Hukukunda hâkimlikte aranan şartlardan, üzerinde ittifak edilenleri şunlardır: Hür olmak, Müslüman olmak, erkek olmak.

Mecelle’ye göre hâkim; hakîm (âlim,bilgin), fehim (zeki,anlayışlı), mustakîm (doğru karar verebilen), emin, mekîn (vakarlı, temkinli), metîn (sağlam, dayanıklı) (Madde-1792), Mesail-i fikhiyyeye (fikhî meselelere), usul-i muhakemeye (yargılama usulüne), deavi-i vakıayı anlara tatbikan fasl ve hasme muktedir (ihtilâf konusu olayın iddia ve savunmalarını ayırma ve çözme konusunda yeterli) (Madde-1793), Temyiz-i tâmmе (iyiyi kötüden ayırma kabiliyeti) muktedir olmalıdır. (Madde-1794/1)

Sagîr (küçük), ma’tuh (bunak), a’ma (kör) ve iki tarafın savt-ı kavîlerini (kuvvetli seslerini) işitemeyecek derecede sağır olan kimselerin yargılaması ve hükmü caiz değildir. (Madde-1794/2)

Mecelle’nin, hâkimin adabı bahsinde belirlediği hâkimlere ait adab hakemler için de geçerlidir:

- Hâkim, muhakeme meclisinde(yargılama sırasında) alış-veriş ve mulatafe (şakalaşma) gibi mahabet-i meclisi (duruşmanın azametini) izale edecek(giderecek) ef’al (fiiller) ve harekât-tan içtinap etmelidir (kaçınmalıdır). (Madde-1795)
- Hâkim, iki taraftan hiçbirinin hediyesini kabul etmez. (Madde-1796)
- Hâkim, mütehasısmeynden (birbirinden davacı olan iki taraftan) hiçbirinin ziyafetine gitmez. (Madde-1797)
- Hâkim, esna-yı muhakemede, taraflardan yalnız birisini hanesine kabul etmek ve meclis-i hükümde (hüküm meclisinde/duruş- mada) biriyle halvet (yalnız kalma) veyahut ikisinden birine el veya göz veya baş ile işaret eylemek veya anlardan birisine gizli lakırdı yahut diğzerinin bilmediği lisan ile söz söylemek gibi töhmet ve su-i zanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır. (Madde-1798)
- Hâkim, beyn-el hasmeyn (hasım olan iki taraf arasında) adl ile memurdur. (Madde-1799/1)
- Hâkim, tarafeynden biri her ne kadar eşrafdan ve diğeri ahad-ı nâsdan (halktan biri) olsa bile, hîn-i muhakemede (mahkeme zamanında) tarafları oturtmak ve kendilerine imale-i

nazar (bakışını bir tarafa yöneltme) ve tevcih'i hitab etmek (söz yöneltme) gibi muhakemeye müteallik muamelatta tamamiyle adl ve müsavâta riayet etmesi lazımdır. (Madde-1799/2)

MECELLE'DEN SONRA TAHKİM

Mecelle'den sonra kabul edilen 1879 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Muvakkat Kanununda Tahkim hükümleri Mecelle'den pek farklı değildir. Yenilik olarak hakem kararlarına karşı diğer mahkeme kararlarında olduğu gibi istinaf⁹⁶ yolunun kabul edildiğini görmekteyiz.

Mezkur Kanuna yapılan bir ek madde ile de, hakemlerin hükümde ittifak edememeleri halinde üçüncü bir hakem tayinine mecbur edilmişlerdir. Bu hükme göre, taraflar üçüncü hakemde anlaşamadıkları takdirde, üçüncü hakemin tayini yetkisi mahkemelere aittir. Oysa ki, evvelce hakemlerin hükümde ittifakı zaruri olup, edemedikleri takdirde tahkim neticesiz kalırdı. Böylece tahkimin mutlaka neticelendirilmesi yolunda önemli bir adım atılmış oluyordu.

1917 yılında Muvakkat bir Kanunla çıkarılan Aile Hukuku Kararnamesinin 130. maddesi ile, karı-koca arasında çıkacak ihtilâflarda Tahkim Usulünün uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu hükme göre, karı-kocadan biri, aralarındaki ihtilâf konusunda hâkime müracaat ettiği takdirde, hâkim, tarafların ailelerinden birer hakem seçer ve bir "Aile Meclisi" oluşturur. Tarafların ailelerinde hakemlik vasıflarına haiz kimse bulunmadığı takdirde hakem dışarıdan seçilir. Aile Meclisi yani hakemler, tarafların beyan ve müdafaalarını inceleyerek aralarını bulmaya çalışır. Bulamadığı takdirde kabahat kocada ise tarafları ayırır, karıda ise mehrin bir kısmı veya tamamı üzerinde hüküm verir. Hakemler hükümde ittifak edemedikleri takdirde, hâkim diğer bir hakem heyeti seçer veya taraflara akrabalığı olmayan üçüncü bir hakem tayin eder. Heyetin vereceği karar kesindir, bu karara itiraz edilemez.

Yeğengil'e göre, Aile Hukuku Kararnamesinde yer alan bu hükümler, Kur'an'ın Nisa Suresinin 35. Ayetindeki ilâhi emre tamamen uymaktadır.⁹⁷

Aile Hukuku Kararnamesinde yer alan bu hükmün Nisa Suresinin 35. ayetindeki ilahi emre uyduğu görüşüne tam olarak katılamıyoruz. Zira hakemlerin tarafları sulh olmaya davet ve gayret sarfetmesi, ayetin lafzına ve ruhuna uygun düşmektedir. Boşanma gibi tamamen kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı öncelikle tarafların kabullerine, bu mümkün olmadığında bir yargı kararına bağlanmalıdır. Bu karar bir resmi yargı kararı olmasa da en azından, kamu düzenli usul kuralları yönünden hakimin denetiminden geçmiş ve tasdik edilmiş bir hakem kararı olmalıdır.

⁹⁶ *İstinaf*: İlk derece mahkemeleri tarafından nihaî bir hüküm ile neticelendirilen davanın ikinci derecede, Yüksek Mahkemede yeniden görülmesi için müracaat edilen kanun yoludur. Bu kanun yolu, İstinaf Mahkemelerinin kaldırılması ile kapatılmıştır. Dünyanın bir çok ülkesinde İstinaf Mahkemeleri, Yargıtay ile İlk Derece Mahkemeleri arasında, iş yoğunluğunu azaltıcı önemli görevler üstlenen Mahkemeler olarak çalışmaya devam etmektedir.

⁹⁷ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 82.

“Eğer (karı-kocanın) aralarının açılmasından endişe duyarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar uzlaştırmak isterlerse Allah onların arasını bulur. Çünkü Allah, (her şeyi) bilendir, haber alandır.”⁹⁸

Aile Hukuku Kararnamesi, iki yıl yürürlükte kalabilmiş, 1919 yılında da yine Muvakkat bir Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. İslâm Hukuk tarihinde ilk kanunlaştırma hareketi olan Mecelle ile, yarım asır sonra Aile Hukuku alanında, Aile Hukuku Kararnamesinin hazırlanmasına yol açılmış oluyordu. Söz konusu Kararname, yürürlükten kaldırıldıktan sonra da birçok İslâm Ülkesinde yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Örneğin: Suriye’de gayrimüslimlerle ilgili 156. Madde hükmünün dışındaki hükümler 1953 yılına kadar uygulanmıştır. Keza, Filistin’de ve Lübnan’da Sünni Müslümanlar için hala yürürlükte. İsrail’de dahi, Müslümanlar ile ilgili ahvali şahsiye davalarında hala başvuru olan önemli bir bilgi kaynağıdır.⁹⁹

Aile Hukuku Kararnamesi, Hanefi Mezhebinin dışındaki Mezheplerden yararlanan hükümleri ile Mecelle’den ayrılması önemli bir gelişmedir. Nitekim, Kararnamenin Hanefi Mezhebi dışındaki Mezheplerden istifade edilerek konulan hükümleri dikkat çekicidir:

- Büluğ çağının alt sınırından önce evlenme ve veliler tarafından evlendirilme yasağı,
- Akıl hastalarının sadece zaruret halinde evlendirilebilmesi,
- Nikah esnasında kocanın tek evli kalmasının şart koşulabilmesi,
- İkra ile vuku bulan nikâh ve talakların geçerli olmaması,
- Sarhoşun boşanma iradesinin geçersiz sayılması,
- Kadına belirli sebeplerin varlığı halinde kazaî boşanma (tefrik) hakkının tanınması,

Hanefi Mezhebinin dışındaki mezheplerden yararlanılarak konulan hükümlere örnek gösterilebilir.¹⁰⁰

TÜRK HUKUKUNUN RESEPSİYON(*) SÜRECİ

Osmanlı Hukuku, genel hatlarıyla İslâm Hukukunun altı asırlık uygulamasıdır. Osmanlı Hukuku Tanzimat dönemine kadar esaslı bir değişiklik geçirmemiştir. Tanzimat, Osmanlı Hukukunun köklü değişikliğe tabi kılınma sürecinin başlangıcı sayılmaktadır. Bu değişikliklerde, gelişen hayatın teknolojik, sosyal ve kültürel gelişmeleri kadar, Batı’nın tesiri de vardır. Hatta

⁹⁸ Nisa Suresi, 4/35.

⁹⁹ Mehmet Âkif AYDIN, “İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları”, (İstanbul: 1996, İz Yayıncılık), s. 188.

¹⁰⁰ Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 181.

(*) **Resepsiyon:** Toplumun yapısı ve ihtiyaçları göz önüne alındığı varsayılarak, eskisinden tamamen farklı, yeni ve yabancı hukuk kurallarının hukuk sistemi içine alınmasına; yabancı hukukun alınması, yani resepsiyon denmektedir. Bkz.: Gülnehâl BOZKURT, a.g.e., s. 5

Batı'nın tesiri daha ön plandadır. Öyle ki, Osmanlı Hukukunda değişikliklere imza atan hukukçular, ihtiyaçlardan çok, Batı'nın baskılarını dikkate almışlardır denebilir.¹⁰¹

Batılı Devletlerin Osmanlı devlet adamları üzerinde baskısı o kadar etkilidir ki, birçok temel kanun, Batı Hukuk Sistemlerinden, bilhassa Fransız Hukukundan aynen iktibas suretiyle kanunlaştırılmak istenmiştir. Tabii ki bu iktibaslar sırasında yapılan tercüme hataları ve bazı maddelerin atlanması suretiyle oluşan hukuk kargaşası, dikkatlerden kaçmamıştır.¹⁰² Ancak bazı devlet adamları ve hukukçular, yapılacak değişikliklerde, hâkim hukuk sistemi olan İslâm Hukukuna açıkça ters düşülmemesine özen göstermişlerdir. Bu devlet adamı ve hukukçuların başında da Ahmet Cevdet Paşa gelmektedir. Ahmet Cevdet Paşa, Fransız Medenî Kanunu'nun (Code Sivil) iktibas edilmesi fikrini savunan Âli Paşa ve onun önderliğindeki Batıcı Osmanlı Aydınları ile uzun süren bir mücadele içerisine girmiştir. Ahmet Cevdet Paşa'nın Mecelle'yi tedvin çalışması yerli Batıcı aydınlar kadar dönemin yabancı misyon şeflerinin husumetine ve engellemesine de uğramıştır.¹⁰³

Ahmet Cevdet Paşa, görevlendirildiği Kanunlaştırma Hareketi'nde, Osmanlı Hukukunun Batı tesirine girmesine mümkün olduğu kadar engel olmaya çalışmış, “bir milletin temel kanunlarının değiştirilmesinin o milleti imha hükmünde olacağını” savunan bir büyük hukukçudur.¹⁰⁴

¹⁰¹ Osmanlı Hukukunun laikleşme süreci ile ilgili olarak bkz.: Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 297 vd.

¹⁰² Bkz.: Gülnihâl BOZKURT, a.g.e., s. 153.

“Nezaret Hilmi, 1903 yılında, Islahat-ı Adliye adlı kitabının mukaddimesinde, Fransız kanunlarının tercüme edilerek yürürlüğe sokulmasıyla doğan sorunları şöyle dile getiriyordu:

—Adliye düzenlemelerimizin büyük bir kısmı Fransa kanunlarından iktibas edilerek tercüme edildiği için, ara sıra ortaya çıkan şüpheli meselelerin halli için ana kaynağa müracaat etmenin gerekli olduğu bilinmektedir.

—Ancak bu tercümelerde kısaltmalar yapılmıştır. Şöyle ki, zeyli ile beraber kara, deniz ticaret ve ceza kanunları ve ticaret, hukuk ve ceza usul kanunlarının toplamı 1886 madde ederken, Fransa'da bu kanunlar 2800 maddeden fazladır. Deniz Ticaret kanunnamesi ilaveli olarak aynen tercüme edilmiş, diğerlerinden pek çok madde kesilmiş ve zaruri olarak bazı hatalar olduğundan, Fransız kanunları bizim için âdeta bir muhtasar şerh halini almıştır. Bu kanunlardan ancak Fransız Medenî Kanunu'yla anlaşılabilir hükümler vardır. Mesela Code Civil'in 2095 ve 2102. Maddeleri bilinmedikçe Kanunname-i Ticaret'te belirlenen imtiyaz hakkı, menkul eşyadan icar tahsili gibi tabirler kolay kolay anlaşılabilir. Bu ve emsali eksik tercüme tamamlamak kabil olsa bile, hukuk ilmine dair olan çeşitli eserlerden yararlanmak için bizde her hukukçu Fransızca eğitimi yapmaya muhtaçtır.”

¹⁰³ Bkz.: Ebul'ula MARDİN, “Medenî Hukuk Cephesinden AHMET CEVDET PAŞA”, (Ankara: 1996, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları), s. 88.

“Görülüyor ki Cevdet Paşa merhum, Mecelle'yi tedvin için verilen karardan bir sene sonra Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nazırlığından azlile Bursa Valiliğine tayin ve müteakiben bu vazifeden de affolunmuştur. Merhum idbarını İstanbul'da Fransa Elçisi bulunan Mösyö Bouree'nin aleyhte olan propagandasına hamletmekte, yani azlin amillerinden biri olarak bunu göstermektedir. Filhakika Sadrazam Âli Paşa nezdinde Mösyö Bouree'nin bu mevzu üzerinde çok işlediği ve Cevdet Paşa tarafından başlanan işin neticelenmemesini istediği tarihçe sabittir.”

¹⁰⁴ “...Ecnebler mahâkim-i şer'iyyeye gitmek istemez. Müslim aleyhinde gayrimüsli-min ve zimmî aleyhine müste'menin şehadet şer'an isti'ma olunmamak mes'alesi ise Avrupalıların nazarına pek ziyade çarpar olduğundan hıristiyanların mahâ-kim-i şer'iyyede muhakemelerine itiraz eder oldular. Bundan dolayı bâzı zevat Fransa kanunları Türkçeye tercüme olunup da mahâkim-i nizamiyyede anlar ile hükm olunmak fikrine zahib oldular. Halbuki bir milletin kavanin-i esasiyyesini böyle kalb-ü tahvil etmek ol milleti imha hükmünde olduğundan bu yola gitmek caiz olamayıp ulema güruhu ise o makule alafranga efkâra saplananları tekfir eder-

En büyük eseri olan Mecelle’de, hukukun laikleşmesi şeklinde oluşacak resepsiyon sürecini ertelemeye ve İslâm Hukukunun ana kaidelerine dokundurulamaya özen göstermiştir. Diğer bir anlatımla, bir nevi muhafazakâr bir tarzda Kanunlaştırma Hareketi’ni benimsetmeye çalıştığı görülmektedir.

Kanunlaştırmadan amaç, dağınık bir şekilde bulunan mevzuatı sistematize etmek ise, bu durumda muhafazakâr amaçla kanunlaştırmadan söz edilebilir. Ülke yöneticilerinin toplumun yapısını ve ihtiyaçlarını göz önüne aldıklarını varsayarak eskisinden tamamen farklı yeni ve yabancı hukuk kurallarını hukuk sistemi içine almalarına ise, yabancı hukukun alınması, yani resepsiyon denmektedir.¹⁰⁵

Mecelle ve sonrasında Hukuk-u Aile Kararnamesi, Millî ve İslâmî kimliğin muhafaza edilmesi suretiyle İslâm Hukuku esas alınarak hazırlanmış muhafazakâr düzenlemelerdir. Mecelle’de esas alınan tercihlerin daha sonra Cumhuriyetin kurulmasından hemen önceki dönemlerinde de esas alındığını görmekteyiz.¹⁰⁶ Gerçekten bu dönemde Millî ve İslâmî kimliğin korunması esası üzerinde durulmuş ve bu husus bizzat 1921 Anayasası (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu)’nda düzenlenmiştir.¹⁰⁷

Cumhuriyetin kuruluş yıllarındaki nispeten muhafazakâr olarak görülebilecek süreç, daha sonra, maalesef yön değiştirmiş ve Türkiye siyasi ve sosyal yapısına tesir edecek çok önemli bir gelişme yaşanmıştır. Bu gelişme, Türkiye yakın tarihinin bir dönüm noktası sayılan Lozan Barış Konferansı ve akabinde imzalanan Lozan Anlaşmasıdır.

Lozan Anlaşmasının sonucunda yeni Türkiye Devleti, İslâmî kimliğinden arındırılmaya çalışılmış, Batı ülkelerinin şartlarına uygun olarak gelişmiş hukukî kavramlar ve kurumlar Türk Hukuk sistemi içine aktarılmıştır. Böylece resepsiyonun bünyesinde var olan “yabancılık unsuru” Türk Hukuk sistemi içine katılmıştır. Yabancı hukuk sistemi ve kurallarının İç Hukuk düzenlemelerine katılarak yapılan resepsiyon sürecinde:

“Adlî esaslarda asrî bir devlet, memleketin ihtiyacı, bu esas ve ihtiyaçların temini için halihazır mevzuattan ve yüksek medeniyeti temsil eden Garp milletlerinin eserleri ve kamil kanunlarından gerekli olanların alınması, ticaret kanunu gibi kanunlarda da uluslararası örf ve âdetin ihmal edilmemesi”¹⁰⁸

kriterleri esas alınmıştır.

lerdi. Frenkler dahi “*Kanununuz ne ise meydana koyunuz. Biz de görelim ve teba’amıza bildirelim*” derler idi.” Cevdet Paşa TEZÂKİR, Yay.: Cavid BAYSUN, (Ankara: 1991, Türk Tarih Kurumu), 1-12, s. 62-63.

¹⁰⁵ Gülnihâl BOZKURT, a.g.e., s. 5.

¹⁰⁶ Ebul’ula MARDİN, a.g.e., s. 49

¹⁰⁷ 1921 Anayasası Madde-21.

¹⁰⁸ Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 310.

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM

TANIM

Türk Hukukçuları Tahkimi muhtelif şekillerde tanımlamaya çalışmışlardır. Türk Hukukçularının fikir birliği içinde bulunmadıkları tahkim tanımında; “ taraflar arasında doğmuş ve doğacak uyuşmazlıkların çözümünün özel kişilere bırakılması”¹⁰⁹ veya “ uyuşmazlıkların çözümünün havale edildiği kişilerle ihtilâflı taraflar arasında yapılan anlaşmayı” veyahut da “ uyuşmazlığın hakemlerce karara bağlanması işlemlerinin bütünü” ifade edildiği görülmektedir.¹¹⁰

Tahkimle ilgili tanımlamalardan eski deyimle “ efradını cami, ağyarına mani” olacak tanımı yine Rasih YEĞENGİL’de bulmaktayız. YEĞENGİL’e göre:

Tahkim: “ Kanunun menetmediği konularda, taraflar arasında doğmuş ve doğacak anlaşmazlıkların, bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan, taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığı ile çözümlenmesidir.”¹¹¹

Tahkimin yukarıda yapılan tarifinden, geçerlilik şartlarını (unsurlarını) çıkarmak mümkündür.

TAHKİMİN UNSURLARI

Tahkimin tanımından, tahkim müessesesinin geçerlilik şartları (unsurları) şu şekilde sıralanabilir:

¹⁰⁹ Baki KURU, Ejder YILMAZ, Ramazan ARSLAN, “Medenî Usul Hukuku Dersleri”, (Ankara: 1986, “S” Yayınları), s. 603.

¹¹⁰ İlhan POSTACIOĞLU, “Medenî Usul Hukuku Dersleri”, 6. Baskı, (Ankara: 1975, Sulhi Garan Matbaası), s. 783.

¹¹¹ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 94.

1. Konu: Tahkim kanunun yasaklamadığı konularda yapılabilir. Kamu düzeni ve ahkâm-ı şahsiye ile ilgili konularda tahkime gidilemez.
2. Taraflar: Tahkim için en az iki veya daha fazla tarafın varlığı gereklidir.
3. İhtilâf: Taraflar arasında doğmuş veya doğacak bir ihtilâf bulunmalıdır.
4. Tahkim İradesi: Tahkimin en önemli sıhhat şartı, taraflar arasında doğabilecek veya doğmuş ihtilâfların tahkim usulü ile çözümleneceği hususunun, serbest iradeleriyle İhtiyarî Tahkim şeklinde veya kanunun öngörmesiyle (genel yargının yetkisiz kılınarak) Mecburi Tahkim şeklinde tanzim edilmiş bir sözleşmeye dayanmasıdır.
5. Hakem Tayini: Sözleşme ile veya kanun hükmü ile ihtilâfi çözecek kimselere (hakem veya hakemlere) yetki tanınması veya bu kimselerin ne suretle tayin edileceğinin belli edilmiş olması gereklidir.

HAKEM-BİLİRKİŞİLİK İLE TAHKİM AYIRIMI

Bazı durumlarda taraflar, hukukî bir ihtilâfin çözümünü değil, fakat ihtilâfin çözümüne temel teşkil edecek sözleşmedeki bir unsurun tespitini üçüncü kişilere bırakmış olabilirler. Bu sözleşmeye “**hakem bilirkişilik sözleşmesi**” denmektedir. Mesela; sözleşmeye konu olan emtia-
nın satış fiyatının daha sonra üçüncü bir kişi tarafından tespit edileceğinin kararlaştırılması durumunda bir hakem-bilirkişilik sözleşmesinden bahsedilebilir.

Hakem-bilirkişi kararları sadece bir vakıanın tespitine yönelik olduklarından, genellikle hakem kararları olarak kabul edilemezler.¹¹²

Hakem-bilirkişilikte taraflar, bir veya birkaç ihtilâflı mesele hakkında verilecek karara uyulmak şartı ile hakem-bilirkişi tayin ederler. Tayin edilen hakemlerin verdikleri kararlar birer mütalaadır. Bu kararlar tasdik veya icra kabiliyetini haiz olmamakla beraber taraflar ve mahkeme için bağlayıcıdır. Zira bu kararlar HUMK’un 287. Maddesi hükmündedir.

Hakem-bilirkişiler, haklar ve hukukî münasebetler üzerinde karar veremezler. Bunlar ancak bir zararın vukuunu, miktarını, bir şeyin kıymetini ihtisaslarına binaen tespit ederler. Bu itibarla bunların bu hususta verecekleri rapor mahkemeyi bağlar. Bunlar alelade ehli-vukuftan (bilirkişi) bir noktadan farklıdır. Bunların verecekleri rapora karşı kanun yoluna başvurulamazsa da, bir zararın hak ve nesafete aykırı tespit edilmesi gibi hallerde raporlarında açıkladıkları hakların butlanı iddia edilebilir.

Bunların verdikleri karar HUMK’un aradığı manada bir hakem kararı değildir. Bunlar doğrudan doğruya kabili icra değildir. Ancak hâkimin kararına esas olabilir.¹¹³

¹¹² Cemal ŞANLI, “*Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*”, (Ankara: 1986, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü), s. 21.

¹¹³ Bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 202’de 203 nolu Yargıtay kararı.

Halk arasındaki uygulamalarda genellikle tahkim ile hakem-bilirkişilik karıştırılmaktadır. Öyle ki taraflar, kimi zaman aralarındaki ihtilâfın mahiyeti ve zarar ziyanın tespiti için konuyu hakeme götürdüklerinde, bir tahkim sözleşmesi yaptıklarını zannetmektedirler. Halbuki yapılan şey yukarıda da ifade edildiği gibi bir tespit çalışması sonucunda elde edilen rapordur. Tahkimde yapılan ise bir yargılamadır. Kesinlikle hakem-bilirkişilikle tahkim karıştırılmamalıdır.

Bu nedenledir ki ihtilâflarını hakeme götüren taraflar, hakem-bilirkişilik şeklinde cereyan eden bir tespit çalışması sonucunda verilen karara çoğu zaman uymamaktadırlar. Aslında hakem-bilirkişilik şeklinde cereyan eden çalışma sonucunda verilen rapora taraflarca uyulacağı taahhüdüne rağmen raporun bir hakem hükmü olmaması nedeniyle taraflar için bir bağlayıcılığı veya mahkeme tarafından tasdik ve icra kabiliyeti olamamaktadır.

Hakem-bilirkişi raporları, mahkemelerce görülen davalarda usulünce seçilen bilirkişilerin raporlarından farklı olarak mahkemeler için bağlayıcıdır. Fakat bir rapor olarak bağlayıcıdır ve görülmekte olan davada kesin delil hükmündedir. Ancak bu raporun taraflarca bir hakem kararı olarak algılanması onun hakem kararı olması sonucunu doğurmaz.

Tahkim müessesesinden beklenen yararın gerçekleşebilmesi için, hakem-bilirkişilik kurumu ile tahkim arasındaki ayrımın tüm sonuçları ile bilinmesinde yarar vardır. Bu yarar da tahkim yargılamasının tüm usulî hükümleri ve doğuracağı sonuçlarla birlikte bilinmesi ile gerçekleşebilir.

TAHKİMİN TÜRLERİ

1. Ülke Açısından

- a) İç Tahkim
- b) Dış Tahkim (Milletlerarası Tahkim)

2. Düzenleme Açısından

- a) Mecburi Tahkim
- b) İhtiyarî Tahkim

3. İrade Açısından

- a) Geçici Tahkim (Ad Hoc)
- b) Kurumsal Tahkim

İç Tahkim, ülkelerin millî kanunlarında kuralları belirlenen Tahkimi ifade eder.

Dış tahkim ise, milletlerarası mevzuat hükümlerine göre yürütülen tahkim usulünü ifade eder. Türk Hukukunda Milletlerarası Tahkimle ilgili olarak sadece 20.5.1982 tarih ve 2675

sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 43 ve devamı maddelerinde yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Dış Tahkim konusuna ileride değinilecektir.

İç Tahkim ile Dış tahkimin en önemli ortak noktası, her ikisinde de taraflar arasında çıkmış ve çıkacak ihtilâflar hakkında hüküm verilmesi hususunun özel kişilere (hakemlere) bırakılmasıdır.¹¹⁴

Mecburi Tahkim, Bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için hakeme başvurmak zorunluluğunun kanundan doğduğu tahkim türüdür. Bu tür tahkimde ihtilâflar genel mahkemelerde görülmez, dava açılmaz. İhtilâflar kanunun öngördüğü hakemlere götürülür. Mecburi tahkimi düzenleyen kanunlar, tahkime konu olacak ihtilâflarda kimlerin veya hangi kurumların hakem olacağını, hakemlerin görevlerini ve yetkilerini belirlemiştir. Tahkimi düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, mecburi tahkime yer vermemiştir. HUMK, sadece ihtiyarî tahkime yer vermiş ve kurallarını belirlemiştir.

Mecburi tahkimin kanunun öngördüğü bir zorunluluk olması, tamamen kazaî nitelikte ve resmi yargının bir nevi'ni teşkil etmesi¹¹⁵ nedeniyle, mecburi tahkimi düzenleyen özel kanunlardan bahsetmeden, asıl konumuz olan İhtiyarî Tahkim'i işleyeceğiz.

İhtiyarî Tahkim, Tarafların rızaları ile başvuracakları tahkim yoludur. Muhtelif yerlerde yapılan Tahkim tanımı, ihtiyarî tahkimi ifade etmektedir. Bu tahkim türünde taraflar, bir anlaşmazlığın çözümünü için hakeme başvurmaya mecbur değildirler. Davaların genel mahkemelerde görülmesi kuraldır. Ancak taraflar anlaşarak kanunun yasaklamadığı hallerde ihtilâflarını tayin edecekleri hakemlere götürebilirler.

Esasen bu çalışmanın konusu da İhtiyarî Tahkimdir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi; özel hukuk alanının güçlendirilerek halkın genel yargıdaki adaletin tecellisinden hoşnutsuzluğuna kendi öz kaynaklarında var olan kurumlar yoluyla çareler üretmek, bu çalışmanın esasını teşkil etmektedir.

Bundan sonraki bölümlerde bu düşünceden hareketle, ihtiyarî tahkimi incelemeye devam edeceğiz. Ancak ihtiyarî tahkime konu olan bazı uygulamalar konumuz dışında kalacaktır. Örneğin, Toplu İş Uyuşmazlıklarında mecburi tahkim dışında kalan özel tahkim yolu gibi.

Geçici Tahkim (Ad Hoc), tarafların, tahkimin kendi denetimlerinde cereyan etmesini arzulamaları sonucu, hakemleri, tahkim yerini, tahkim usulünü ve tahkimde uygulanacak maddî hukuk kurallarını kendilerinin tayin etmeleri ve hakemlere bu şekilde yetki vermeleri usulüdür.

¹¹⁴ Kemal DAYINLARLI, "HUMK'ta Düzenlenen İÇ TAHKİM", (Ankara: 1997), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, s. 9.

¹¹⁵ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 19.

Bu tür tahkim, en basit tahkim türüdür ve bu tür tahkimde taraflar arasındaki somut olay üzerine tahkim yargılaması yapılır. Tarih boyunca devam edip gelen tahkim türü geçici tahkimdir.

Kurumsal Tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü, tahkimi organize eden bir kurumun kurallarına ve idarî denetimine tabi kıldıkları tahkim türüdür. Bu tür tahkimde, tahkimi organize eden kurumun önceden hazırlanmış bir dizi kuralları mevcuttur. Taraflarca belirlenmeyen hususlar tahkim kurumunun kuralları uyarınca düzenlenir. Taraflar da bu hususu bildiklerinden kurumsal tahkimi tercih edebilirler.

Kurumsal tahkimde, tahkimi düzenleyen kurum taraflara ve tahkime ayrıca idarî hizmetler de sunar. Tahkimi organize eden kurumun tahkim yargısında rol aldığı düşünülmemelidir. Kurumun burada sadece tahkimin iyi işleyebilmesi ve tahkime müracaat eden taraflara hizmet verebilmesi için kolaylıklar sunması söz konusudur. Tahkim yargılamasını ise kurumun taraflara sunduğu hakem listesinden seçilen hakemler yürütecek ve karara bağlayacaklardır.

TAHKİM USULÜ İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

Tüm ülkelerde kanun yapıcılar, tahkim usulünü tercih edenlerin bu kurumun istismar edilecek mahzurlarından yararlanmalarını önlemek ve tahkimin daha yararlı çalışmasını sağlamak için usul kanunlarına bazı emredici hükümler koymuşlardır. Bu suretle de tahkim kurumuna karşı tarihin ilk çağlarından bu yana devam eden toplumsal güvenin sağlanmasına hizmet etmişlerdir. Ancak bu hükümler belirlenen amaca hizmet ettikleri gibi, bazen de kanun koyucuların “katı devlet yargısı” anlayışlarına uygun olarak tahkimi arzu edilmeyen bir yargı usulü haline de getirmiştir.

Türk Hukukunda tahkim müessesesi ile ilgili hükümler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)’nun 516 ile 536. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tahkimin iyi bir şekilde kavranabilmesi için; öncelikle Tahkim Usulünü düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)’nun hükümlerini; bilahare Tahkim hükümlerinde geçen kavramları, bu hükümlerin tek tek incelenmesi gerekmektedir. Ancak bu kısım kanun metninden kolaylıkla takip edilebileceği için kanunun Tahkim’le ilgili 516 – 536 maddelerini tebliğimize almadık. Dolayısıyla bu maddeler içinde geçen kavramlar ile tahkim usulüne ilişkin açıklamaları da Tebliğimizin dışında bıraktık. Bunlar üzerinde ihtilaf olmayan ve her eserde bulunabilecek bilgilerdir.

Tebliğimizin konusu bir iddia taşıdığından, iddiamızın açıklaması anlamında Tahkim’in yararlarına ve bu yararlar ışığında asıl iddiamız olan *Dönüşüm Projesi* görüşlerimize yer vereceğiz.

TAHKİMİN YARARLARI

Tahkimin yararlarını, onun özelliklerinde bulmak mümkündür: Bu özellikleri başlıklar halinde sıralarsak:

1. Medenî, Barışçıl ve Dostane Çözüm
2. Güvenilir
3. Gizli
4. Süratli
5. Kolay

Dünyanın her yerinde genel yargıya karşı yönelen şikâyetler, dava masraf ve ücretlerinin ağırlığı, davaların uzaması ve adaletin geç tecelli etmesi, hâkimlerin ehliyetsizliği, usul hükümlerinin karışıklığı gibi belli başlı noktalarda toplanmaktadır. Şikâyetlerin her yerde benzer oluşu, bütün devletlerin yargı teşkilatının ve muhakeme usullerinin sabit bir rutin üzerinde kurulmuş olmasından ileri gelmektedir. Fakat unutmamalıyız ki, bu şikâyetlerin bir kısmı, adalet dağıtımında, haksızlıkları önlemek ve adaletin tezahürünü sağlamak amacı ile vazolunan hükümlerin yarattığı hallerle ilgilidir. Haksızlığa karşı hakkın teminatını teşkil eden bu hükümler, çoğu zaman haksızlığın oyuncağı ve aleti olmakta ve böylece genel yargıdan şikâyetlere yol açmaktadır.¹¹⁶

Bu nedenle, tahkimin özelliklerini genel mahkeme yolu ile karşılaştırmalı olarak izah etmek, konunun anlaşılmasına daha fazla katkı yapacaktır.

1. Medenî, Barışçıl ve Dostane Çözüm

Tahkim yolu, kişiler arasında mevcut ihtilâf nedeniyle bozulan sosyal ilişkilerin yeniden düzelmesine uygun medenî bir yargı yoludur.

Gerçekten de tahkimde taraflar, uyuşmazlıklarını halletmek için, ya baştan, ya da uyuşmazlık çıktığında, sulh olmak amacıyla, sessiz sedasız, aralarında anlaşarak hakem seçmektedirler. Üstelik çoğu zaman hakemleri, maddî hukuk kuralları ile bağlı olmaksızın, adalet ve nesafet ölçüleri dairesinde karar vermek üzere görevlendirirler. Hakemler de bu yüzden, maddî hukuk kurallarına değil, tarafların ve kendilerinin inanç ve örfleriyle bağlı kalarak, tarafların veya bizzat kendilerinin tayin edeceği, basit ve uyuşmazlığın niteliğine uygun kurallar çerçevesinde karar verme imkânına sahiptirler.

Genel yargı yolunda ise hâkimler, maddî hukuk kurallarının tümü ile bağlıdırlar. Gerek maddî hukuk kurallarının yorumu ve uygulaması, gerekse usul kurallarının teferruatı, ihtilâfların çözümünde tarafların sulh ve barış beklentilerini çoğu zaman boşa çıkarmakta, yargılamanın uzaması ile de taraflar arasında husumet oluşmaktadır.

Tahkim bu yönüyle, katı kurallarla düzenlenmiş genel yargı yolundan daha medenîdir.

¹¹⁶ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 97.

Ancak burada tahkimden beklenen yararı engelleyecek durum, hakemlerin taraf vekilleri gibi davranması ve bazı usul kurallarına uyulmaması yüzünden, hakem kararlarının tasdik edilememesidir. Bunu ortadan kaldırmanın yolu da, hakemlerin tarafsızlıkta duyarlı olmaları ve uygulayacakları usul kurallarına bağlı kalmaları olacaktır. Aksi halde hakem kararı usul gereği devlet yargısına intikal ederek Yargıtay’ca bozulacağından, hakem kararından, dolayısıyla tahkimden beklenen yarar sağlanamayacaktır.

2. Güvenilir

Tahkim yolu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, her iki tarafın da tanıdığı ve güvendiği kişi veya kişiler tarafından halledilmesine imkân tanıyan bir çözüm yoludur. Her iki taraf, ya önceden tanıyıp uzmanlığına ve ahlaki yapısına güvendikleri bir veya birkaç kişiyi hakem seçmekte; ya da ihtilâf vukuunda bir araya gelerek birlikte güven duydukları ve uzmanlığına güvendikleri kişi veya kişileri, aralarındaki ihtilâfin çözümüne hakem tayin etmektedirler.

Genel yargı yolunda ise, taraflar, tanımadıkları ve devlet memuru olmasından başka hiçbir güven duygusu veremeyecek bir hâkim veya hâkim heyetinin yargısını kabul etmek zorundadırlar.

Tahkim usulünde, uyuşmazlığın çözümüne memur edilecek kişilerin, ihtilâf konusunda bilgi sahibi ve alanında uzmanlaşmış kişiler arasından seçilmesi mümkündür. Bu kişiler, tarafların tercihinin göre, tüccar, sanayici, mühendis, akademisyen gibi şahıslar arasından tayin edilebilir. Devlet Yargısında ise bu imkân, uyuşmazlığın taraflarına, yeterli ölçüde tanınmamıştır. Tahkimde, taraflar, uzmanlığı olmasa dahi, tamamen ahlakî yapısına güven duydukları bir kişinin hakemliğini de tercih edebilirler.

3. Gizli

Devlet Yargısında yargılama alenidir. Tarafların sırları ve itibarları kamuoyu önüne serilebilmektedir. Bu sırlar, çoğu zaman basın özgürlüğü adı altında medya tarafından veya tarafların ticarî rakipleri veya sair konulardaki hasımları tarafından istismar da edilebilmektedir. Tahkim Yolunun en güzel ve tarafları yıpratmayıcı yanı, gizliliğidir. Tahkim yolunda uyuşmazlık konusu ihtilâf ile bu ihtilâfin dayanağı olan bilgiler, tarafların dışında sadece hakemlerin elindedir. Hakemlerin de, tarafların güven duydukları insanlardan seçilmiş olmaları veya tahkimde görev alabilmenin gereği, sır saklama esas olduğundan, bu bilgiler üçüncü şahıslara aktarılmamaktadır. Bu da tarafların her türlü menfaatlerine en uygun yoldur.

Tahkimin “gizlilik” yönünün, devletin kanun koyma politikası açısından savunulamayacağı görüşünde olanlar da vardır. Tahkim yargısı ve tahkim kararlarındaki gizliliğin, aynı zamanda devlete karşı da gizliliği içerdiğini; gizliliğin adalet adına bir tehlike teşkil edebileceğinin yanı sıra, ticari müesseselerin mali durumlarının devlete karşı tahkim yolu ile kapatılmasına neden

olacağını ileri süren bu görüşe göre, böyle bir gizliliğin hukuk politikası açısından savunulması güçtür.¹¹⁷

Esasen, tahkimi cazip kılan unsurlardan biri de gizliliktir. Bu gizlilik herkese karşı olabileceği gibi, devlete karşı da olabilir. İnsanın her türlü ilişkilerinin yanı sıra, ticari ilişkilerinde de devlete karşı gizliliği kabul etmediğimizde, devletin tüm yasa ve uygulamalarında gerçeği, doğruyu ve hakkaniyeti yakaladığını farzetmek gerekir. Bu kabul ise, eşyanın tabiatına aykırı olduğu gibi, devlet yapısına, devlet yöneticilerinin her türlü fikri ve ideolojik inançları ve uygulamalarının yön verebileceği gerçeğine de aykırıdır.

Bu nedenle tahkimde gizlilik unsurunun, tahkimin bizzat niteliğinden kaynaklandığına ve kamu düzenini ilgilendirmediği hallerde, tarafların serbest iradelerinin hâkim olması gerektiğine inanmaktayız.

Hakem kararlarının, tarafların rızası dışında yayımlanmamasının gerekçesi de, tahkimin gizli olması ve taraf iradelerinin asıl olmasıdır. Tarafların sosyal ve ticari her türlü sırlarının saklanması, devletin her şeye müdahale hakkına tercih etmenin doğru olduğu kanaatindeyiz.

4. Süratli

Tahkim yolunda, hakemler genellikle tek bir uyuşmazlığı çözmek üzere tayin edilirler. Kendilerine tevdi edilen ihtilâflı dosya sayısı çok azdır veya bir tanedir. Dolayısıyla tevdi edilen dosyaya zaman ayırabilir, tüm mesai ve dikkatlerini bu dosya üzerine teksif edebilirler.

Genel Mahkemelerde ise hâkimler, bir adlî yıl içerisinde yüzlerce, hatta binlerce dosyayı incelemek ve karar vermek zorundadırlar. Bu derece ağır bir yoğunluk içerisinde hâkimlerin önlerindeki dosyalar üzerinde etraflıca değerlendirme yapmalarının, üstelik uzmanlık isteyen birçok konuda fikir yürütebilmelerinin ve neticeye varabilmelerinin zorluğu ortadadır. Bu zorluk nedeniyledir ki, mahkemeler, ihtilâfların çözümünde dosyaları bilirkişilere havale etmektedirler. Bilirkişi incelemesi ve rapor verme safhası ise, tahkim yolunun ihtilâfların hallinde öngördüğü 6 aylık bir zamana bile yayılabilmektedir. Tahkim yolunda ise bu süre zarfında, çok önemli bir eksiklik yoksa dosya incelenir ve karar verilebilir.

Milletlerarası ihtilâfların çözümünde de Tahkim Yolu en ideal çözüm yolu olarak görülmektedir. Bazı ülkelerde genel mahkemelerde kısa sürede netice almak, gerek usul hükümlerindeki prosedürün teferruatı, gerekse mahkemelerin yükünün fazlalığı nedeniyle mümkün olamamaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünün uzaması da, büyük zaman ve finansman kaybına sebebiyet vermektedir. Ayrıca millî mahkemelerin tarafsızlığı konusundaki tereddütler de önemli bir etken olmaktadır.

¹¹⁷ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 25.

Genel Mahkemelerde yargılama, gerek tarafların yargılama prosedüründen doğan haklarını sonuna kadar kullanma istekleri, gerekse ihtilâfin ve dolayısıyla yargılamanın uzamasından menfaati olan tarafça yargılamanın uzamasına matuf işlemlere tevessül edilmesi nedeniyle uzamaktadır. Bu etkenlere, Mahkemelere aşırı derecede dava yüklenmesi ilave edildiğinde, davaların yıllarca sürdüğü de bir vakiadır. Ayrıca Mahkeme kararının temyizi safhası da Yargıtay'ın aşırı yüklenmesinden dolayı uzamakta, uyuşmazlıklar babadan oğula tevarüs edebilmektedir.

Tahkimde ise, hakemler, sadece kendilerine tevdi edilmiş, üstelik uzmanlık alanına giren konuyu veya başından beri muttali oldukları bir uyuşmazlığı incelemek ve karar vermekle mükellef olduklarından, çok kısa süre içinde karar verebilme imkânları bulunmaktadır. Ayrıca Tahkimin usul ve esaslarını düzenleyen HMK'un 427. Maddesi, uyuşmazlığın hakemlerce İlk Toplantı Tutanağı'nın düzenlenmesinden itibaren 1 yıl zarfında çözümlenmesini hüküm altına almıştır. Bu süre, ancak tarafların rızaları ile veya genel mahkeme hâkiminin kararı ile bir defa ve altı ayı geçmemek üzere uzatılabilir.^(*)

5. Kolay

Tahkimin gün geçtikçe daha fazla tercih edilmesinin bir nedeni de genel yargı teşkilatının içinde bulunduğu maddi yetersizliklerdir. Ülkemizde mahkemelerin durumu içler acısı halindedir. Hâkim ve personel sayısındaki yetersizlikler, yüzlerce dosyanın birkaç kişi tarafından çözümlenmesini gerektirmekte veya çözümlenmesi çok kolay olan bir dava, aylar, belki yıllarca çözümlenmeden durmaktadır. Adalet mekanizmasının kendisine intikal eden davalara bakmaya yetecek imkânlardan yoksun olması, han odalarından bozma adliye binalarının yetersizliği, hâkim teminindeki güçlükler, devlet yargısının içinde bulunduğu zorlukların sadece bir kısmıdır.

Diğer taraftan her gün onlarca dava ile uğraşan hâkimler çözümlenmesi özel bir uzmanlık gerektiren durumlarda kendilerini geliştirmeye yeterli zaman bulamadıklarından hüküm vermekte zorlanmakta, bilirkişilerce incelenen dosyalar veya meseleler hakkında raporların gelmesi ve incelenmesi zaten yavaş olan muhakeme sürecini daha da uzatmaktadır.

* Eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 529. Maddesinde bu süre 6 ay idi.

ALTINCI BÖLÜM

KURUMSAL TAHKİM

GENEL BİLGİ

Kurumsal Tahkim ile ilgili önceki açıklamalarımız hatırlanacak olursa; Kurumsal Tahkimi, “Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü, tahkimi organize eden bir kurumun kurallarına ve idarî denetimine tabi kıldıkları tahkim türüdür” şeklinde tarif etmiştik.

İlaveten, kurumsal tahkimde, tahkimi organize eden kurumun önceden hazırlanmış bir dizi kurallarının mevcut olduğunu, taraflarca düzenlenmeyen hususlarda tahkimin, tahkim kurumunun kuralları uyarınca düzenleneceğini ifade etmiştik. Kurumsal tahkime müracaat eden taraflar da bu hususları bilerek kurumsal tahkimi tercih etmektedirler.

Kurumsal tahkimde, tahkimi düzenleyen kurum, taraflara ve tahkime ayrıca idarî hizmetler de sunmaktadır. Ancak burada tahkimi organize eden kurumun tahkim yargısında rol aldığı düşünülmemelidir. Kurumun burada sadece tahkimin iyi işleyebilmesi ve tahkime müracaat eden taraflara hizmet verebilmesi için kolaylıklar sunması söz konusudur.

Tahkim yargılamasını ise; kurumun taraflara sunduğu hakem listesinden seçilen hakemler veya tarafların kurumun hakem listesinin dışından seçtikleri ve kurumca onaylanmasından sonra görevlendirilen hakemler görüşüp karara bağlayacaklardır. Tahkim kurumları genellikle, tarafların seçtikleri hakemleri onaylamama yetkisini saklı tutmaktadırlar.

Tarafların kurumsal tahkime başvurabilmelerinin ilk şartı, aralarında akdettikleri ana sözleşmelerine Tahkim Şartı koymuş olmalarıdır. Örneğin: “İşbu Sözleşmeden doğacak ihtilâflar, ... (İTO veya TOBB) Tahkim Şartnamesi hükümleri uyarınca tahkim yoluyla halledilir” kaydını koymaları gerekir.

Sözleşmeye tahkim şartı konulmasını müteakip aralarında uyuşmazlık çıktığında, uyuşmazlığı mevcut tahkim kurumlarından birine, şayet kararlaştırılmışsa, kararlaştırılan tahkim kurumuna götürebilirler. Hatta tahkim şartını içeren kayıta, ihtilâfın tek veya çok hakemle halledileceğinin, tahkim yerinin, tahkim dilinin, ihtilâfa uygulanacak maddi hukuk kurallarının belirtilmesinde de yarar vardır. Aksi halde bu hususlar genel kurallara ve tahkim kurumunun kurallarına göre belirlenecektir.

Tahkim kurumunun tahkimin idarî işlerini organize eden organı (Tahkim Divanı gibi), hakemleri seçerken veya onaylarken, tarafların tabiiyetlerini, ihtilâf konusunu ve hakemlerin taraflarla ilişkilerini dikkate almaktadır. Tahkimden beklenen yararın sağlanabilmesi için, kurumun bu hususta hassas olması gereklidir.

Taraflar her hangi bir kurumun tahkim yargısını kabul ettiklerinde, aynı zamanda o kurumun Tahkim Şartnamesi hükümlerini de kabul etmiş olmaktadır.

Taraflardan birinin aralarındaki tahkim şartına rağmen tahkimi reddetmesi halinde de tahkim icra edilir.

Kurumsal Tahkim ile ilgili bu özet bilgidен sonra sırasıyla İstanbul Ticaret Odası (İTO) ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nde tahkim kurumunun nasıl işlediği üzerinde duracağız. İTO'yu öne almamızın nedeni, TOBB'dan çok önce tahkimi kurumsallaştırmış ve TOBB'a göre daha fazla teveccüh edilen bir kurum olmasıdır.

İSTANBUL TİCARET ODASINDA TAHKİM

Güven duyulan bir yargı şekli olması, tahkimi, Türkiye'de de birçok kuruluşun gündemine sokmuştur. İstanbul Ticaret Odası da, 13 Eylül 1979 tarihinde aldığı bir Meclis kararıyla, evvelce herhangi bir kurala bağlı olmayarak yürütülen tahkim uygulamasını, 5590 sayılı Kanuna dayanarak bir yönetmeliğe bağlamış ve tahkim yargılamasını sistemleştiren düzenlemeler yapmıştır. 5590 sayılı Kanunun, Odaların tahkim faaliyetlerine ilişkin hükümleri, ticarî ve sınaî ihtilâfların Odalar bünyesinde çözülmesinde ticarî ve sınaî hayat için oluşacak yararlarla dikkat çekmektedir.

İTO, kanunun verdiği yetkiye dayanarak “İstanbul Ticaret Odası Tahkim – Uzlaştırma – Hakem Bilirkişilik Yönetmeliği” ve bu Yönetmeliğe bağlı olarak “Hakem Listeleri” ve “Ücret Tarifeleri” oluşturmuştur.*

İstanbul Ticaret Odasının **Kurumsal Tahkim**'ine başvurabilmek için;

* Tebliğimiz, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim adlı kitabımızın bir özeti mahiyeti olduğundan ve Tebliğ sunma talebi sunum tarihinden 1 hafta önce geldiğinden İç Tahkim ve Milletlerarası Tahkim konusundaki olası değişiklikler ve düzenlemeler güncellenememiştir. Esasen bu Tebliğ'in amacı yasal değişiklikleri ve güncellemeleri aktarmaktan öte Tahkim'in bir 'Dönüşüm Projesi' olarak düşünüldüğünden, Tebliğ'in genel anlamda Tahkim üzerinde bilgiler vermek ve bir iddiayı dile getirmek olarak görülmesini dilerim (M. Balcı)

1. Uyuşmazlık ticarî veya sınai nitelikte olmalıdır.
2. Taraflardan en az birinin İstanbul Ticaret Odası, İstanbul Sanayi Odası veya İstanbul Borsası üyesi olması gerekir. Taraflardan hiçbiri, sayılan bu kuruluşların üyesi değilse İTO'da tahkim müessesesinin işleyebilmesi Yönetim Kurulunun kararına bağlıdır. Yönetim Kurulu gerekçe gösterme durumunda kalmaksızın bu başvuruyu reddedebilmektedir.
3. Taraflar arasındaki sözleşmede İstanbul Ticaret Odasının uyuşmazlığı çözümede yetkili olduğuna dair tahkim şartı bulunmalı veya taraflar bu yetkiyi içeren bir tahkim sözleşmesi yapmış olmalıdır. Ticaret Odası tarafından bastırılan broşürde standart bir model vardır. Bu model izlenebileceği gibi, taraflar serbest bir şekilde “Bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar İstanbul Ticaret Odası Tahkim Kurallarına göre çözümlenir” diyerek, bu tahkim sistemini harekete geçirebilirler. Taraflar yapacakları bu sözleşmede hakemlerin sayısını, tahkim yerini vs. belirtebilirler. Bu konulardaki mutabakat açık ve yazılı olmalıdır.

UYUŞMAZLIK ÇIKTIĞINDA

- A. Sözleşmede tahkim şartı var veya tahkim sözleşmesi yapılmış ise başvuru harcı İTO vезnesine yatırılarak, Tahkim Bürosu'ndan tahkim isteminde bulunulur. Bu istemin ayrıntılı bir dava dilekçesi şeklinde olmasına gerek yoktur. Bu daha sonra yapılması gereken bir husustur.
- B. Büro bu istemi karşı tarafa tebliğ ederek beş gün içinde cevap vermesini ister. Taraflar arasında tahkim anlaşması/şartı yoksa diğer taraf uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenip çözümlenmeyeceğini kabul hususunda serbesttir. Bu durumda karşı tarafın kabul beyanı uyuşmazlıkta tahkim kurumunu harekete geçirecektir.
- C. Bu aşamada Tahkim bürosu, taraflardan en az birinin İstanbul Ticaret Odası, İstanbul Sanayi Odası veya Ticaret Borsası üyesi olup olmadığını, Tahkim Şartı/Sözleşmesinin varlığını, bu sözleşme baştan yok ise, karşı tarafça tahkim isteminin kabul edilip edilmediğini inceler. Eğer bu şartlar mevcut değilse, o zaman büro, taraflara tahkim sisteminin işleme-yeceğini bildirir. Taraflar aksi kanaatte ise, İstanbul Ticaret Odası Yönetim Kurulu'na itiraz etme hakları vardır. Bu itiraz Yönetim Kurulunca yedi gün içinde karara bağlanır.
- D. Tahkim bürosu gerekli şartların varlığı kanaatinde ise, Hakem Heyetinin¹¹⁸ oluşturulması aşaması başlamış olur. İstanbul Ticaret Odasında hukukçulardan, tacirlerden ve uzmanlardan oluşan üç liste mevcuttur. Büro, hukukçular listesinde sırası gelen hakemi tespit eder; bu hakem de tacirler ve uzmanlar listesinden önüne gelen uyuşmazlığın niteliğini göz önüne alarak diğer hakemleri seçer. Böylece Hakem Heyeti oluşturulmuş olur.

¹¹⁸ “Hakem Mahkemesi” terimi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının 12.7.1991 tarih ve 24598 sayılı yazısı ile “Hakem Heyeti” şeklinde değiştirilmiş olduğundan, değiştirilmiş şekli ile yazılmıştır.

E. Hakem Heyeti oluştuktan sonra durum taraflara bildirilir.

Bu aşamada Hakem Heyetine ileilmek üzere dava dilekçesine tahkim anlaşması da eklene rek büroya tevdi edilir. Ayrıca hakem ücretleri ve yargılama giderlerinin % 50'sinin Tica ret Odası veznesine yatırılarak makbuzun büroya verilmesi bu aşamada olur.

F. Dava dilekçesi büroya verildikten sonra büro bir suretini karşı tarafa tebliğ eder ve on (10) gün içinde karşı tarafın cevap vermesi istenir. Bu aşamada replik-düplik (karşılıklı cevap teatisi) başlamıştır ve süreler beşer gündür.

YARGILAMA

Karşılıklı dilekçelerden sonra Hakem Heyeti uyuşmazlığı ele alma durumuna gelmiştir.

Tahkim yeri İTO odalarından biridir ve tahkim dili Türkçe'dir. Yargılama gizli olarak yapılır. Taraflar tabiatıyla bizzat veya vekilleri/avukatları vasıtasıyla veya temsilcileri, genel müdürle ri, danışmanları, koordinatörleri vasıtasıyla burada temsil edilirler. Duruma göre taraflar tek nik elemanlarını da getirerek onların bu yargılamada iddiaları ve savunmaları bakımından dinlenmesini de talep edebilirler.

Tarafların sözlü olarak dinlenmesi sırasında icap ederse keşif ve bilirkişi incelemesine karar verilebilir.

Hakem Heyeti önünde tarafların sulh, kabul ve feragat edebilme hakları vardır. Tarafların bu iradeleri zapta geçirilmek suretiyle dava sonuca bağlanır.

İlk toplantıdan itibaren **altı ay içinde** uyuşmazlığın görülerek çözümlenmesi gereklidir. Bu süre içinde durum aydınlanmış olursa hakemler müzakereye çekilirler. Müzakere gizlidir.

Müzakere sonucunda verilen karar mahkemeye gönderilmek üzere büroya tevdi edilir. Hakem kararları mahkeme kararlarının içeriği gibidir. Bir çeşit yalınlaştırılmış mahkeme kararına benzemektedir.

Karar yetkili mahkemeye gittikten sonra mahkeme bu kararı taraflara tebliğ eder, kararın teb liğinden sonra taraflar bu kararla ilgili olarak Yargıtay'a başvurabilirler. Temyiz nedenleri genel mahkeme kararlarına nazaran daha dar tutulmuş olmakla birlikte İTO'da tahkim yolu, Yargıtay'ın denetiminden uzak değildir.

Tüm bu aşamalardan sonra Hakem Heyeti kararı kesinleşir ve icra kabiliyeti kazanır. Hakem kararlarının icrası devlet yargısının cebri icra organları tarafından yerine getirilecektir.

YEDİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM^(*)

GENEL AÇIKLAMA

TANIM

Milletlerarası ticareti ilgilendiren akitlerden doğan ihtilâfların halline matuf tahkimler, milletlerarası ticarî tahkim olarak vasıflandırılmaktadır. 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticarî Tahkim Sözleşmesi de aynı tarifi vermektedir.¹¹⁹

TARİHİ GELİŞİMİ

Genel Olarak

Devletlerin iç hukuk kurallarının milletlerarası ekonomik ilişkilerden doğan ihtilâfların çözümünde yetersiz kalması, milletlerarası ticari uyuşmazlığın çözümü için milletlerarası bir mahkemenin bulunmaması, milletlerarası ticarî tahkimin doğmasına ve gelişmesine yol açmıştır. Bilhassa 20. yüzyılda değişik ülke tabiiyetindeki şahıs ve firmaların çok sıkı alış verişi içine girmeleri, bölgesel ekonomik birliklerin kurulması, gümrük duvarlarının kaldırılmasına yönelik düzenlemeler, teknolojik gelişmeler, fikrî ve sınai hakların tanınması gibi gelişmeler oldukça hızlı bir seyir izlemektedir.

^(*) Tebliğimiz, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim* adlı kitabımızın bir özeti mahiyeti olduğundan ve Tebliğ sunma talebi sunum tarihinden 1 hafta önce geldiğinden İç Tahkim ve Milletlerarası Tahkim konusundaki olası değişiklikler ve düzenlemeler güncellenememiştir. Esasen bu Tebliğ'in amacı yasal değişiklikleri ve güncellemeleri aktarmaktan öte Tahkim'in bir 'Dönüşüm Projesi' olarak düşünüldüğünden, Tebliğ'in genel anlamda Tahkim üzerinde bilgiler vermek ve bir iddiayı dile getirmek olarak görülmesini dilerim. (M. Balcı)

¹¹⁹ Cemal ŞANLI, "*Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*", (Ankara: 1986, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay), s. 32.

Bu gelişmeler karşısında ülkelerin iç mevzuatının yetersiz kalması veya ülkelerin yasa yapmada ağır davranarak bu gelişmelere uygun planlamalar yapamamaları, milletlerarası ihtilâfların mahkemeler yoluyla değil milletlerarası hakemler eliyle çözümlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Milletlerarası ticarî tahkimin gelişmesinde bir başka etken de, milletlerarası ticaret hukukunun, ülkelerin maddî hukuk kuralları yerine milletlerarası örf ve âdet ile hak ve nesafet kurallarını uygulamaya yatkın olmasıdır.

Milletlerarası ticarî tahkimin kuralları; milletlerarası anlaşmalar ve milletlerarası kuruluşlar veya bölgesel birlikler tarafından hazırlansa da, hiçbir zaman ülkelerin iç hukukundan bağımsız olamamıştır. Ülkelerin yerli veya yabancı hakem kararlarının tenfizinde, ülke menfaatleri açısından koydukları kamu düzenli kurallar, milletlerarası ticarî tahkimin ülkelerdeki uygulamalarına sekte vuracak düzeyde olsa da, çok taraflı anlaşmalarla sağlanan gelişmeler zamanla milletlerarası ticarî tahkimi, ülkelerin iç hukuklarından bağımsızlaşmaya doğru götürmektedir. Bu bağımsızlaşma seyri, aynı zamanda milletlerarası ticarî tahkimin de tarihini ortaya koymaktadır.

Milletlerarası ticarî tahkimin tarihi seyri 1923'te Cenevre'de Milletler Cemiyeti önderliğinde düzenlenen bir protokol ile başlatılmıştır. 1923 CENEVRE PROTOKOLÜ olarak ifade edilen protokol milletlerarası ticarî tahkimin ilk düzenlemesidir. Türkiye bu Protokolü imzalamamıştır.

1923 Cenevre Protokolünden hemen sonra 1927'de Milletler Cemiyetine üye ülkelerce yine Cenevre'de, CENEVRE YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİ KONVANSİYONU imza altına alınmıştır. Türkiye bu Sözleşmeyi de imzalamamıştır.

1919'da Paris'te kurulan Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)'nin girişimi ve Birleşmiş Milletler Teşkilatının önderliğinde 10 Haziran 1958'de New York'ta yapılan Konferans sonunda YABANCI HAKEM KARARLARININ TANINMASI ve İCRASI KONVANSİYONU (NEW YORK SÖZLEŞMESİ) 45 devlet tarafından imzalanmıştır. New York Sözleşmesi kendinden önceki 1923 Cenevre Protokolü'nü ve 1927 Cenevre Sözleşmesini'ni yürürlükten kaldırmıştır. Türkiye de bu Konferansa katılarak Sözleşme Protokolünü imzalamış, fakat Protokolün onay kanunu 1991'de yürürlüğe girebilmiştir.

Yine 21 Nisan 1961'de Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun önderliğinde Cenevre'de AVRUPA KONVANSİYONU (CENEVRE SÖZLEŞMESİ) imzalanmıştır. Bu Sözleşmeye Türkiye imza koymuş, fakat bu protokolün de onaylanarak yürürlüğe girmesi 1991'de mümkün olabilmıştır.

Türkiye'de

Milletlerarası ticarî tahkimde en önemli husus, milletlerarası ticaret hakemlerinin verdiği hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi konusudur. 2 Mayıs 1982 tarihinde kabul edilerek 22 Ma-

yıs 1982 de yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun(MÖHUK)'a kadar, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümler, Türk hukuk mevzuatında bulunmamaktaydı. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda da yabancı hakem kararlarının tenfizine dair bir hüküm yoktu. Yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin kurallar ve uygulama Yargıtay tarafından yapılan içtihatlarla belirlenmekteydi.

Bu nedendir ki, yabancı hakem kararlarının tenfizi konusunda muhtelif dönemlerde muhtelif içtihatlar söz konusu olmuştur. Yargıtay'ın 1991 yılına kadar yabancı hakem kararlarının Türkiye'de icrası için uyguladığı kriter, "yabancı hakem kararlarının, yabancı mahkeme kararları gibi, tenfize tabi tutulacağı" şeklindedir. Yargıtay bu kararları ile tahkimi bir özel hukuk kurumu olmaktan ziyade, usul hukuku alanına giren bir kurum olarak değerlendirmiştir.¹²⁰

Nihayet 23.11.1982 tarihinde MÖHUK'un ve 1991'de birbirini tamamlayan New York ve Cenevre Sözleşmelerinin yürürlüğe girmesi ve bu sözleşmelerin Anayasanın 90/son maddesi ile iç hukukumuzun bir parçası olarak kabul edilmeleri ile birlikte, yabancı hakem kararlarının tenfizi, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden ayrılmış, bağımsız hale getirilmiştir. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.7.1991 tarih ve 1991/2383-3667 sayılı kararı ile 1.10.1991 tarih ve 1991/1736-4425 sayılı kararında, New York Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının usul ve yasaya aykırı olmadığı içtihat edilmiştir.¹²¹

KAPSAM

Milletlerarası ticarî tahkimin konu ve kapsamı, maddî ilişkinin milletlerarası ticareti ilgilendirip ilgilendirmedigine göre tespit olunmaktadır. Diğer bir deyişle tarafların hukukî statüsü tahkimin tür ve mahiyetini değiştirmeyecek, devlet veya devletler kontrolündeki kuruluşlarla özel şahıslar arasındaki akitlerden doğan tahkimler de, konu itibariyle milletlerarası ticareti ilgilendirdikleri ölçüde, milletlerarası ticarî tahkimin kapsamında değerlendirilecektir.¹²²

Milletlerarası ticarî tahkimin konusu, milletlerarası akitlerden doğan ihtilâfların çözümü olmakla birlikte, millî hukukun etkisi dışında değildir. Zira milletlerarası bir ihtilâfın tahkimle hatta milletlerarası tahkimle çözümlenip çözümlenemeyeceği, tahkim kararının tenfiz edileceği millî hukukun kurallarına da bağlı olmaktadır. Örneğin, New York Sözleşmesinin 1. Maddesi üye devletlere, "Sözleşmeyi sadece kendi hukuk sistemlerine göre ticarî sayılan ihtilâflarla ilgili hakem kararlarına teşmil edebilecekleri" çekincesini koyma hakkı tanımıştır.

Milletlerarası ticarî tahkime, devletlerin millî mevzuatlarına uygun çekinceler koymalarına rağmen, milletlerarası ticaretin gelişmesi ile orantılı olarak milletlerarası ticarî tahkim devamlı

¹²⁰ Mahmut T. BİRSEL, "TOBB Tahkim Şartnamesi İç Yönetmeliği ve Mevzuat" (Ankara: 1998), s. 24.

¹²¹ Mahmut T. BİRSEL, a.g.e., s. 29.

¹²² Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 34.

özerk bir gelişme göstermektedir. Bu yönüyle milletlerarası ticarî tahkim kurumunun, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarının bir gereği olduğu gözlemlendiği gibi, bu tahkim yargılamasının kurallarının millî hukuklardan az da olsa bağımsız düzenlemelerle geliştiğini de göstermektedir.

Milletlerarası ticarî tahkimde hakemlerin izlediği yargı tekniği, ihtilâfları milletlerarası ticaretin ve bu ticarî camia içindeki sektörlerin uygulamalarından doğan ve gelişen kurallar ve standartlar esas alınarak bağlamak şeklinde oluşmaktadır. Yaşanan bu gelişme, milletlerarası ticaretin ve milletlerarası ticarî tahkimin ihtiyaçlarına ve amacına daha uygundur.¹²³

PROSEDÜR

Milletlerarası ticari tahkimin usul ve işleyişine dair bilgi ve kurallar, Cenevre (Avrupa) Sözleşmesinde etraflıca yer almaktadır. Cenevre Sözleşmesine göre:

Taraflar, ihtilâfi çözecek hakemleri, sayısını, niteliklerini, seçim şeklini, tahkim sözleşmesi ve şartını, tahkim yerini, tahkimde uygulanacak maddi hukuku ve usul hukukunu, lisanı v.s. serbestçe kararlaştırabilirler.

Milletlerarası tahkimde taraflara tanınan bu serbestlik, sadece tarafların iradelerini aşan durumlarda —kamu düzeninin müdahale ettiği durumlarda— milli mahkemeler tarafından hakem kararının tenfizi sırasında milli mahkemelerde engellemeye uğrayabilmektedir. Bunun dışında taraf iradeleri oldukça geniş bir çerçeveye yayılmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkimde taraflarla hakemler arasında “hakem akdi” kurulmaktadır. Bu akit, davanın başlangıcında taraflarla hakemler arasında imzalanan “yetki belgesi” ile gerçekleşmektedir.

Tahkimde çok önemli diğer bir unsur da Tahkim Sözleşmesidir. Bu sözleşme olmadan tahkim olmaz. Tahkim Sözleşmesi, müstakil bir sözleşme olabileceği gibi, taraflar arasındaki ilişkiyi belirleyen maddi hukuk sözleşmesinin içine konan bir madde (kloz) ile de yapılabilir.

Tahkim Sözleşmesinin geçerli olması için, tahkim sonucunda verilecek hakem kararının tanınacağı ve tenfiz edileceği ülke usul hukukuna uygun olması gereklidir. Diğer bir anlatımla, taraflar arasında yapılacak tahkim sözleşmesi, usul hukukunun kamu düzenli hükümlerine aykırı olmamalıdır.

Taraflar tahkim sözleşmesinde (Ad Hoc) tahkimi tercih edebilirler. Bunun için de tahkimle ilgili tüm prosedürü belirleyebilirler. Taraflar isterlerse tahkim prosedürünün belirlenmesini hakemlere de bırakabilirler. Bu halde tahkimde uygulanacak usul kurallarını hakemler belirleyeceklerdir.

¹²³ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 416.

Taraflar kurumsal tahkimi tercih ettiklerinde, tahkim sözleşmesini ve tahkimde uygulanacak kuralları fazlaca detaylandırmaya- bilirler. Bu halde de tarafların tayin ettikleri tahkim kurumunun tahkime ilişkin kuralları geçerli olacaktır.

Tarafların, tahkimde uygulanacak usulü belirlememeleri veya uluslararası tahkim kurumunun kurallarına atıf yapmamaları durumunda, hakemler, tahkim usulünü, tahkimin cereyan ettiği ülkenin usul hukuku kurallarına göre belirleyeceklerdir. Bu durumda hakem kararının tanınması ve tenfizi konusunda sorunlar yaşanabilir.

Taraflar tahkimde uygulanacak maddi hukuku da belirleyebilirler. Bunun için maddi hukuk sözleşmesine bir madde (kloz) koymaları yeterlidir. Bu belirlemeyi ayrı bir sözleşme ile de yapabilirler. Taraflar maddi hukuk seçimi yapmadıklarında, hakemler kurumsal tahkim içinde iseler, o kurumun tüzük ve yönetmeliklerinde yer alan Kanunlar İhtilâfi Kurallarından hareketle esasa uygulanacak hukuku tespit ve tayin edeceklerdir. Tahkim kurumunun Kurallarında herhangi bir Kanunlar İhtilâfi Kuralı mevcut değilse veya ad hoc tahkime gidilmişse, genel uygulama, tahkimin cereyan ettiği ülkenin Kanunlar İhtilâfi Kurallarının uygulanması yönündedir.¹²⁴

Türkiye’de henüz “Uluslararası Ticari Tahkim Kuralları”nı içeren kanun yapılmamıştır. Bu nedenle uluslararası ticari tahkim prosedürüne, Avrupa (Cenevre) Anlaşması hükümleri ve iç tahkime ilişkin HUMK hükümleri uygulanmaktadır. Müstakil bir kanunun olmaması sebebiyle HUMK hükümlerinin uygulanması ve Avrupa Anlaşmasının sınırlı uygulama alanı dolayısıyla bu durum, Türkiye’de cereyan edecek uluslararası ticari karakterli tahkim davaları bakımından ciddi karışıklıklar ve belirsizlikler ortaya çıkarmaktadır. Özellikle uluslararası kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarına göre tahkime gidildiğinde, taraflarca tayin edilen kurumun tahkim kuralları ile mahalli tahkim mevzuatının “emredici” veya “kamu düzenine dayanan” kuralları arasındaki farklılıklar, ciddi sorunlar yaratmaktadır.¹²⁵

Türk hukuk mevzuatında uluslararası ticari tahkim kurallarına ilişkin bir düzenleme yoktur. MÖHUK, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine dair hükümler içermekte, fakat tahkim prosedürüne ilişkin kurallara yer vermemektedir.

Ayrıca uluslararası ticari uyuşmazlıklar alanında kurumsal olarak tahkim hizmeti veren kurumlarımız da yoktur. “Oysa ki Türkiye, Ortadoğu ve İslâm Ülkeleri ile ya da genel olarak Doğu ve Asya Ülkeleri ile Batı arasındaki ticari uyuşmazlıklar bakımından ideal bir tahkim ülkesi olabilir. Ancak Türkiye henüz bu tür hizmeti ifa edecek hukuksal alt yapıya ve kurumlara sahip değildir.”¹²⁶

¹²⁴ Cemal ŞANLI, “Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, (İstanbul: 1996, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yay.) s. 246.

¹²⁵ Cemal ŞANLI, a.g.e. s. 247.

¹²⁶ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 247.

Esasen Türkiye iç tahkimi kurumsal olarak uygulama bakımından da yeterli kurumlara sahip değildir. Hatta tahkimi kendi insanına yeteri kadar izah edememiş, kurumlarını oluşturamamıştır. Var olan kurumlar da tahkimi kurumsal düzeyde geliştirme imkanına kavuşmuş değildir.

TERCİH NEDENLERİ

Daha önce iç tahkimle ilgili olarak saydığımız tahkimin tercih nedenleri, milletlerarası ticarî tahkim için de geçerli ve önemlidir:

- Gizlilik, tahkimin en önemli tercih nedenlerinden biridir. Bilhassa milletlerarası ticarî ilişkilerde hiçbir ticarî kuruluş, şirketi ve pazarı ile ilgili ticarî ve sınaî sırlarının piyasaya dökülmesini istemez. Bu nedenle de ihtilâflarını millî veya milletlerarası mahkemeler yerine milletlerarası tahkime götürmeyi arzu eder. Tahkimin üçüncü şahısların erişemeyeceği mekanlarda yapılıyor olması ve hakem kararlarının tarafların rızası olmadan yayınlanamaması tahkimi elbette cazip kılmaktadır.
- Ayrıca tahkimle ilgili millî kuruluşların uyguladıkları maddî hukuk ve usul kuralları, pek tabiidir ki millî kanunlara ve örf-âdete uygun olmaktadır. Milletlerarası ticarete ise millî kuralların bir kısmı geçerliliğini yitirmiş veya gelişmelere ayak uyduramamış veyahut milletlerarası ticarî tahkimle ilgili yeni içtihatlar ve uygulamalar karşısında yetersiz kalmış olabilir. Milletlerarası ticaret hakemleri, taraflar arasında kararlaştırılan maddî hukuk ve usul hukuku kurallarını uygulamakta, dolayısıyla taraf iradelerine bağlılıkta millî tahkim kuruluşlarına nazaran daha serbest olabilmektedirler. Milletlerarası ticarete ait örf ve teâmmüllerin bilinmesi ve uygulanması açısından, milletlerarası ticaret hakemlerinin tecrübe ve birikimleri, milletlerarası ticaretle iştilgal edenlerce takdire şayan görülmektedir.
- Tahkimin bir sulh yolu olduğu gerçeği de, tahkime, dolayısıyla milletlerarası ticarî tahkime ilgiyi arttırmaktadır. Tahkimin çoğu zaman sulh ile sona ermesi nedeniyle taraflar arasındaki ticaretin devamı arzu edilir. İşte tahkim sonucunda ortaya çıkması muhtemel uzlaşma hali milletlerarası ticarî tahkimin de tercih nedenlerinden biri olmaktadır.
- Milletlerarası Ticaret Hakemlerinin kararlarının millî mahkeme kararları gibi bir devletin yargı egemenliğinin uzantısı olarak görülmemesi, bu kararların tenfizinde bir müsamahayı da beraberinde getirmektedir.¹²⁷ Dolayısıyla milletlerarası ticarî tahkim kararları, kamu düzenine açıkça aykırı olmamak kaydıyla, mahkeme kararlarından daha çabuk ve kılı kırk yarmadan tenfiz edilebilmektedir. Millî mahkemelerin tenfiz sırasında gösterdikleri müsamaha ticarî tahkimin işlevini etkin biçimde göstermesine, dolayısıyla milletlerarası ticarî tahkimin tercih edilmesine neden olmaktadır.

¹²⁷ Cemal ŞANLI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 67.

Yukarıda belirttiğimiz gibi; MÖHUK'un ve New York ve Cenevre Sözleşmelerinin yürürlüğe girmesi ile bu Sözleşmelerin Anayasanın 90/son maddesi uyarınca iç hukukun bir parçası olarak kabulü; yabancı hakem kararlarının tenfizinin, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden ayrılmasına, dolayısıyla bu kararların bağımsız hale gelmesine, bu Sözleşme hükümlerinin uygulanmasının usul ve yasaya aykırı olmadığına Yargıtay tarafından içtihat edilmesine ve böylece daha güvenli bir milletlerarası tahkim prosedürünün Türkiye'de uygulanmasına neden olmuştur.¹²⁸

Kısaca, milletlerarası ticarete taraflar hukukî güven, istikrar, kesinlik ve ticarî ilişkinin sonucu hakkında kesine yakın bir öngörü beklerler. Milletlerarası ticarî tahkim, milletlerarası ticaretle ilgilenenlerin bu amaçlarına en uygun yargı usulü olmaktadır.

İç tahkimde bir tercih nedeni ve tahkimin önemli bir yararı olarak ifade edilen “ucuzluk ve çabukluk” unsuru, Milletlerarası ticarî tahkimde genellikle geçerli olmamaktadır. Zira milletlerarası ticaret hakemleri genellikle farklı ülke vatandaşları arasından seçilmektedir. Hakemlerin bir araya gelip ihtilâfi değerlendirmeleri ve karar vermeleri uzun zaman alabilmektedir. Ayrıca milletlerarası hakemlerin ve tahkimi organize eden kurumların aldıkları ücretler de yüksek olduğundan ucuzluk unsurunun milletlerarası ticarî tahkimde bir özelliği bulunmamaktadır.

Milletlerarası ticarî tahkim, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarından doğmuştur. Bu ihtiyaca cevap verebilmesi için de kendinden beklenen yararı sağlaması ve geliştirmesi gerekmektedir. Bu ise onun tercih nedenlerinin gelişmesine bağlıdır. Milletlerarası ticarî tahkimin mümkün olduğu kadar millî hukuklardan bağımsız, fakat genel geçer ahlaki ve ticarî kaidelere uyumlu olarak çalışması ve milletlerarası bir hukukî karaktere sahip olması kaçınılmazdır.

Bugün milletlerarası karakterli ticarî ilişkilerden doğan pek çok tahkim, hakemlerce, herhangi bir millî hukuk sisteminin desteğine dayanmaksızın, doğrudan tarafların iradî düzenlemeleri, Milletlerarası Kanunlar İhtilâfi Kuralları veya milletlerarası ticaretin maddî normları üzerinde karara bağlanmaktadır. Hakemlerce bu şekilde verilen kararlar, mahalli yargı alanlarında tanınmakta, tenfiz edilmektedir.¹²⁹

İşte bu aşamada milletlerarası ticari tahkim yargısının kurallarını oluşturan Cenevre (Avrupa) Anlaşması önem kazanmaktadır. Avrupa (Cenevre) Anlaşması genel olarak tahkim prosedürü ve tahkimin esaslarını düzenlemektedir.

¹²⁸ Bkz.: Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.7.1991 tarih ve 1991/2383-3667 sayılı ve 1.10.1991 tarih ve 1991/1736-4425 sayılı kararları.

¹²⁹ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 415.

MİLLETLERARASI TİCARÎ TAHKİMİN TÜRLERİ

GEÇİCİ TAHKİM (AD HOC)

Geçici Tahkim, uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlığın çözümünün kendi denetimlerinde cereyan etmesini arzuladıkları ve bunun için de tahkimin tüm unsurlarını kendilerinin tayin ettiği tahkim türüdür. Geçici tahkimde taraflar hakemleri, tahkim yerini, tahkim usulünü ve tahkimde uygulanacak maddî hukuku kendileri tayin ederler. Tarafların tahkimin bu unsurları üzerinde vardıkları anlaşma sonucunda hakem yargılaması başlar ve hakem heyeti sadece kendilerine tevdi edilen uyuşmazlık ile ilgili yargılama yapar. Diğer bir deyişle hakemler herhangi bir kurumun görevlendirmesiyle değil, sadece söz konusu uyuşmazlığın taraflarca kendilerine tevdi edilmesiyle görevlendirilmiş olurlar.

Geçici tahkim usulünde hakem heyeti, sadece bir uyuşmazlık için geçici olarak teşekkül eder. Bu tür tahkimde, tahkimi organize eden, sekreteryaya hizmeti veren bir kurum yoktur.

Geçici tahkimin tercih edilmesinde önemli nedenler vardır: Bunlar tarafların, milletlerarası ticari sisteme güvensizlikleri ve kurumsal tahkimde etkisi olabileceğini düşündükleri güçlü kuruluşların ve devletlerin ticari sırlarına vakıf olmalarını istememeleri şeklinde özetlenebilmektedir. Özellikle geri kalmış ülkelerde, meşhur milletlerarası tahkim kuruluşlarının batılı zengin ülkelerin menfaatlerini temsil ve empoze ettikleri kanaati, kurumsal tahkim yerine ad hoc tahkim türünün tercih edilmesinde psikolojik bir sebep teşkil etmektedir.¹³⁰

Ad Hoc tahkim, ilk defa 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticarî Tahkim Sözleşmesi ile düzenlenmiştir. Sözleşmeye göre taraflar, ad hoc tahkim türünü tercih ettiklerinde tahkim yeri ve usulünü, tahkimin esasına uygulanacak maddî hukuk kurallarını kendileri tayin edebileceklerdir. Taraflar şayet kuralları belirlemediyse veya eksik belirlemişlerse, bu iş için oluşturulmuş Konvansiyon'un getirdiği kurallar uygulanacaktır.¹³¹

Ad Hoc tahkime ilişkin son düzenleme ise Birleşmiş Milletler, Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından 15 Aralık 1976 tarihinde yapılmıştır. UNTRICAL Tahkim Kuralları olarak bilinen bu kurallar, üye ülkelerin iç hukuklarına da dahil edilmektedir.

MTO, UNCITRAL Kurallarına göre hakem tayin işini Oda'ya bırakmayı arzu eden taraflara, akitlerinde aşağıdaki standart kloza yer vermelerini tavsiye etmektedir:

“İşbu Sözleşmeden doğan veya bu Sözleşmenin ihlali, sona erdirilmesi veya geçersizliği ile ilgili olan herhangi bir ihtilâf, anlaşmazlık veya talep; el'an yürürlükte olan UNCITRAL Tahkim kurallarına göre tahkim yolu ile çözümlenecektir.

¹³⁰ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 97.

¹³¹ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 98.

Hakem tayin mercii; bu konuyu düzenlemek amacıyla çıkarılmış bulunan Kurallara uygun biçimde hareket eden, MTO olacaktır.”¹³²

KURUMSAL TAHKİM

Kurumsal Tahkim, uyuşmazlığın çözümünün tahkim için oluşturulmuş kurumlara tevdi edilmesi ve tahkimin kurallarının da bu kurumlar tarafından belirlenmesi usulüdür. Kurumsal tahkimin niteliği gereği, tahkimi organize eden kurumun idarî ve teknik denetimi söz konusudur. Tahkim organizasyonu için kurumlaşmış bu kurumların tahkim yargılaması için bir takım kuralları vardır. Taraflarca belirlenmeyen maddi hukuk veya usul kuralları, bu kurumlarca belirlenir ve uygulanır.

Milletlerarası nitelikli kurumsal tahkim kurumlarının bir kısmı doğrudan doğruya milletlerarası bir sözleşme ile kurulmuşlardır. Devletler Umumî Hukuku alanına giren konularda tahkim görevi gören bu kurumlar milletlerarası bir Konvansiyonla kurulmakta, dolayısıyla söz konusu Konvansiyon hükümlerine tabi olmaktadır.¹³³

Bir kısmı ise Milletlerarası Özel Hukuk Tahkim Kurumlarıdır ki bu kurumlar, milletlerarası ticaretteki rolleri ve faaliyetlerinin ülke sınırlarını aşması veya milletlerarası ticaretle ilgili tahkimleri konu edinmeleri veya üyelerinin değişik ülke menşe’li olmaları sebebiyle milletlerarasıdır. Bu kurumların en belirgin vasfının, hukukî statülerinin oluşumunda egemen devletlerin iradî tasarruflarının bulunmaması olduğu belirtilmektedir.¹³⁴

Milletlerarası Özel Hukuk Tahkim Kurumlarının bir kısmı, faaliyetlerini, milletlerarası alanda herhangi bir sektör veya belirli bir alanla sınırlamamaktadırlar. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Hakem Heyeti buna örnektir. Bir kısmı da, belirli sektör veya bölge ile sınırlı tahkim kurumlarıdır. Sektör bazında faaliyet gösterenlere örnek olarak, Milletlerarası Tohumluk Ticareti Federasyonu, Milletlerarası Yünlü Tekstil Teşkilatı, Milletlerarası Ham Madde İşleme Bürosu gösterilebilir. Bölgesel olarak faaliyet gösterenlere de Hollanda-Almanya Ticaret Odası, Deri ve Deri Mamülleri İle İlgili İskandinav Ülkeleri Tahkim Odası örnek verilebilir.

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi özel hukukun, dolayısıyla da tahkim yargılamasının gelişmesine ve uygulama alanına katkı sağlamak bakımından İç Tahkim’de ihtiyarî tahkimi önceledik ve işledik. Dış Tahkim’de de Milletlerarası Tahkim Kurumlarını çalışmamıza konu edineceğiz. Bu nedenle Milletlerarası Ticaret Odası ve MTO Tahkim Kuralları üzerinde duracağız.

Ancak Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarını görmeden önce bu kuralların uygulanması ile oluşacak milletlerarası hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin New York

¹³² MTO TAHKİM REHBERİ, Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi Yayını, (Ankara: 1987)

¹³³ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 74.

¹³⁴ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 75.

Sözleşmesi ve bu Sözleşmeye dayanılarak hazırlanmış MÖHUK metinlerini gözden geçirmekte yarar görmekteyiz.

YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİ VE TANINMASI

YABANCI HAKEM KARARI

MÖHUK, hangi hakem kararının yabancı hakem kararı olduğu konusunda açıklık getirmemektedir. Bu konudaki boşluk, doktrin ve içtihatlarla doldurulmaktadır. Bu konuda Yargıtay'ın uyguladığı son kriter, kararın hangi kanunun otoritesi altında verildiğidir. Bu belirlemeye göre yabancı hakem kararı, “yabancı bir kanunun otoritesi altında verilen hakem kararı”dır. Burada otoritesi altında karar verilen kanun, ya tarafların aralarında anlaşarak belirledikleri kanun, ya da böyle bir belirleme yoksa hakem kararının verildiği yer kanunudur.

Milletlerarası ticarî tahkimde verilen kararlar Türkiye açısından yabancı hakem kararı sayılmaktadır. Yabancı hakemlerin verdikleri kararların Türkiye’de icra kabiliyeti kazanabilmesi, bu kararların Türk Mahkemelerince tenfizi ile mümkündür.

TENFİZİ

Türk hukuk mevzuatına, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümler, 2 Mayıs 1982 tarihinde kabul edilerek yayımından altı ay sonra 23 Kasım 1982 de yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun(MÖHUK)la girmiştir. MÖHUK yürürlüğe girmezden önce Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yabancı hakem kararlarının tenfizine dair bir hüküm yoktu. Kanunun yürürlüğe girmesine kadar, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin kurallar ve uygulama Yargıtay tarafından yapılan içtihatlarla belirlenmekteydi.

Evvelce de ifade ettiğimiz gibi yabancı hakem kararlarının tenfizi konusunda Yargıtay’ın değişik kararları ve uygulamaları olmuştur. Yargıtay’ın 1991 yılına kadar yabancı hakem kararlarının Türkiye’de icrası için uyguladığı kriter, “**yabancı hakem kararlarının yabancı mahkeme kararları gibi tenfize tabi tutulacağı**” şeklindedir. Yargıtay bu kararları ile tahkimi bir özel hukuk kurumu olmaktan ziyade, usul hukuku alanına giren bir kurum olarak değerlendirmiştir.¹³⁵

Nihayet Milletlerarası camiada tahkimle ilgili yaşanan gelişmeler Türk Hukuk Sistemine de tesir etmiş olmalı ki, 23.11.1982 tarihinde MÖHUK yürürlüğe girmiştir. MÖHUK’un yürürlüğe girmesindeki etkenler New York ve Cenevre Sözleşmeleridir. 1958 ve 1961 yıllarında diğer üye devletler gibi Türkiye’nin de imzaladığı bu Sözleşmeler kanunla onaylanmamasına rağmen MÖHUK söz konusu Sözleşmeler esas alınarak hazırlanmıştır.

¹³⁵ Mahmut T. BİRSEL, a.g.e., s. 24.

Birbirini tamamlayan New York ve Cenevre Sözleşmelerinin 1991’de yürürlüğe girmesi ve bu sözleşmelerin Anayasanın 90/son maddesi ile iç hukukumuzun bir parçası olarak kabul edilmiş olması ile birlikte, yabancı hakem kararlarının tenfizi, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden ayrılmış, bağımsız hale getirilmiştir.

Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.7.1991 tarih ve 1991/2383-3667 sayılı ve 1.10.1991 tarih ve 1991/1736-4425 sayılı kararlarında, tahkimin tabi olduğu prosedür için tarafların tahkim şartında uygulanmasını kabul ettikleri Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Tüzüğü hükümlerinin, Türk kamu düzenini ihlal etmediği içtihat edilmiştir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 26.1.1996 tarihli kararında, New York Sözleşmesinin, Türkiye tarafından yürürlüğe konulmasından önce verilmiş yabancı hakem kararlarının tenfizi için ikame edilen davalara uygulanmasını usul ve yasaya uygun bulmuştur.¹³⁶

Türk Hukukunda yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin düzenleme MÖHUK’un İkinci Bölümünün 43, 44 ve 45. Maddelerinde yapılmıştır.

MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (ICC) (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE)

GENEL BİLGİ

Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), ticaret, yatırım, mal ve hizmetler için açık piyasa koşullarını ve sermayenin serbest dolaşımını geliştirerek dünya iş alemine hizmet etmek amacıyla 1919 da kurulmuştur. Merkezi Paris’tedir.(*). Üye devletlerin millî komiteleri, kendi ülkelerinde hükümetlere MTO’nın görüşlerini bildirir ve Paris’teki merkezini, ulusal ticari konularda haberdar eder.

MTO, sanayileşmiş ve gelişmekte olan ülkelerde iş dünyasının görüşlerini savunduğu Birleşmiş Milletler teşkilatında en üst düzeyde danışmanlık konumuna sahiptir. Aynı zamanda Dünya Ticaret Örgütü (WTO), Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD), Avrupa Birliği ve öteki hükümetler arası ve hükümetler dışı kuruluşlarla işbirliği içindedir.

MTO’nın birçok teknik komisyonunun yanı sıra ihtisas birimleri de bulunmaktadır. Bu ihtisas birimlerinden biri de konumuz gereği uluslararası ticarî uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü hedefleyen MTO Tahkim Divanıdır.

¹³⁶ Mahmut T. BİRSEL, a.g.e., s. 29.

(*). ICC’nin adresi: 38, Cours Albert 1 er – 75008 PARİS/FRANSA

MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (ICC) TAHKİMİ

1923 yılında kurulan Milletlerarası Tahkim Divanı, bu tarihten bu güne kadar baktığı on binin üzerinde uluslararası tahkim davasından kazandığı deneyimlerle gelişmiş ve halen 100 ülkeden değişik hukukî, ekonomik, kültürel ve dili kapsayan, taraflar ve hakemleri ile çalışan bir kurum olmuştur.¹³⁷

Uzun bir zaman sürecinde sürekli gelişerek yenilenen ICC Tahkim Kuralları nihayet, 1 Ocak 1998’de yürürlüğe giren son değişiklikle, bir takım gecikmeleri ve belirsizlikleri önleme yoluna gitmiştir.

Her ICC Tahkim davası, davayı inceleyerek nihai karar verme sorumluluğu taşıyan bir hakem heyeti tarafından yürütülmektedir. ICC Tahkimi, yılda ortalama 40 değişik ülkeden çok çeşitli dillerde ve yaklaşık 60 değişik milliyetten hakemler tarafından yürütülmektedir. ICC Milletlerarası Tahkim Divanı, hakem heyetlerinin çalışmalarını her ay üç veya dört kez toplanarak takip etmektedir. Divanda halen 55 ülkeden 65 üye vardır. Divanın görevi, ICC Tahkim Kurallarına uygun olarak tahkimleri organize etmek ve çalışmalarını izlemektir. Divan, kanunlardaki değişiklikleri ve uluslararası tahkim uygulamalarını takip ederek, çalışma metotlarını tarafların ve hakemlerin ihtiyaçlarına adapte eder. Çeşitli davaların günlük yönetimi, ICC’nin Paris Merkezindeki Divan Sekreteryası tarafından yürütülür.¹³⁸

Her ne kadar ICC tahkim kuralları uluslararası mahiyette hazırlanmış olsalar da uluslararası olmayan davalar için de kullanılabilirler.¹³⁹

ICC, Sözleşmelerinde ICC Tahkimine yer vermek isteyen bütün taraflara aşağıdaki örnek tahkim şartını tavsiye eder.

“İşbu Sözleşmeden doğacak veya bu Sözleşmeyle ilgili bütün anlaşmazlıklar Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları uygulanarak, bu kurallar dairesinde tayin edilen bir veya birden fazla hakem tarafından kesin olarak karara bağlanacaktır.”

Taraflar dilediklerinde tahkim şartında Sözleşmeye uygulanacak hukuku, hakemlerin sayısını, tahkim yerini ve dilini yazabilirler.¹⁴⁰

¹³⁷ “ICC Tahkim Kuralları, ICC Uzlaştırma Kuralları”, Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi Yayını, Çevirenler: Av. Orhan AZİZOĞLU, Av. Cavit YILDIZ, Ankara: Kasım 1998.

¹³⁸ A.g.e., Önsöz.

¹³⁹ A.g.e., Önsöz.

¹⁴⁰ A.g.e., s. 7.

SEKİZİNCİ BÖLÜM

BİR DÖNÜŞÜM PROJESİ: TAHKİM

YAKIN TARİH HUKUKUNDA ISLAH VE RESEPSİYON

Tanzimat ve Cumhuriyet Dönemi

Türk Hukuk Sistemi iki yüz yıldan bu yana laikleştirmeye çalışılmaktadır. Laikleştirme sürecine, laikleştirmenin amacına uygun olarak da resepsiyon denmektedir. Resepsiyon, basit bir anlatımla, “adapte bir anlayışla, yabancı bir hukuk sisteminin ülke hukuk sistemine dâhil edilmesi veya farklı bir ideolojik tercihle hukuk sisteminin baştan sona değiştirilmesi” olarak tarif edilebilir. Türk Hukuk Sistemi, özünde ve tarihi gerçekliğinde laikliği barındırmadığı ve laiklik, Türk Hukuk Sistemine yabancı bir ideolojinin unsuru olduğu için, laiklik ilkesinin alınmasını ve düzenlenmesini de yabancı hukukun kabulü ve düzenlenmesi anlamında resepsiyon olarak tanımlamaktayız.¹⁴¹

Esasen, Cumhuriyet döneminde yapılan hukuki düzenlemelerin bilinçli (halk yönünden) olup olmadığını, zora dayalı olup olmadığını tartışmayan, genel olarak tümünü, bilinçli bir yaklaşımla ve halkın rızası istikametinde yapılmış düzenlemeler olarak kabul eden anlayışa göre, resepsiyonun zora dayalı olup olmaması önemli değildir.¹⁴² Önemli olan, yapılmış olanın kabulü noktasında görüş oluşturmak ve bunu modernleş(tir)menin ve Cumhuriyetin gereği saymaktır. Bu anlamda resepsiyon gereklidir ve bu gereklilik için her türlü metod mubahtır:

“Lozan Muahedesi ile yüklendiğimiz işi, elden geldiği kadar çabuk başarmak lazımdı. Birinci Dünya Savaşı içinde İstanbul’da (İzhar-ı Kavanin Komisyonları)

¹⁴¹ Tanzimat’tan Günümüze Islah, Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlili:

<http://www.muhammedbalci.com/yayinlar/tebligler/52.pdf>

¹⁴² Gülnihal BOZKURT, “Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi”, s. 16.

adile bir sıra komisyonlar kurulmuş ve işe başlatılmıştı. 1924 yılında bunların çalışma verimi gözden geçirildi. (...)

Burada şu soru karşındayız: Komisyonlar bu biçim kanun taslaklarını niçin ve neden yaptılar?

İşin bu yanını bilmek, konumuzu kavramak için çok faydalıdır.

Komisyonlar şu kanaatte idiler: “Her milletin kanunu kendi ihtiyaçlarına göre yapılır. Bizim kanunlar da bize göre yapılmalıdır”. Bunun bir batıla olduğunu göstermek zor bir şey değildir. (...)

Türk ihtilalinin komedyaya ile oyalanmağa vakti yoktu. Türk milletinin taliinde gereken kat’i karar almak zorunda idi ve bu karar şu olacaktı:

Türk ulusunun, medenî milletler ailesinden bir üye olmasına ve mutlaka olması lazım geldiğine göre, kayıtsız şartsız bu milletlerin hak sistemlerini benimsemesi lazımdı. Tıpkı bir klübe, bir partiye intisap edecek kimsenin, klüp ve parti nizam ve usulünü aynen kabul etmesi, benimsemesi gibi, medenî kamuna girmek davasını güden bir devletin de, bu kamunun icaplarını kendine mal etmesi zorağı vardır.

İhtilalin kararı, bu yolda göründü. Ve bir gün komisyonlar önünde söylenmiş olan bir söylevle bunlara teşekkür edilerek vazifelerine son verildi.

Söylev, aşağı yukarı şu idi:

“Sayın arkadaşlar!

Türk İhtilali’nin kararı, batı medeniyetini kayıtsız, şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar, demirle, ateşle, yok edilmeye mahkumdurlar. Bu prensip bakımından, kanunlarımızı oldukları gibi batıdan almak zorundayız. Böylelikle, Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız. Keyif ve isteklerimize göre değil, milletimizin dileklerine göre iş başarmağa borçluyuz. Şimdiye kadar geçen hizmetlerinize teşekkür eder ve komisyonların vazifelerine son veririm. v.s.”¹⁴³

Bazı yazarlar,¹⁴⁴ yukarıdaki ifadeleri Atatürk’e yakıştıramadıkları için, konuşmanın, dönemin Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt¹⁴⁵ tarafından yapıldığını yazarlar. Fakat Mahmut Esat Bozkurt’un ifadelerinden, söylevin Atatürk’e ait olduğu anlaşılmaktadır. Hukukta devrim anlamına gelebilecek tüm bu gelişmeler Lozan’la birlikte başlayan sürecin gerçek anlamda bir **resepsiyon** olduğunu ifade etmektedir.

¹⁴³ M. Esat BOZKURT, “Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı”, s. 11.

¹⁴⁴ Gülnihal BOZKURT, a.g.e., s. 190.

¹⁴⁵ Mahmut Esat Bozkurt’un Biyografisi için bkz: www.kutav.org.tr/eng/others/mebozkurt02.html

REHABİLİTASYON

Bazen niyet resepsiyon olsa da, içinde bulunulan toplumsal ve siyasal şartlar nedeniyle bu niyetin gerçekleştirilemediği dönemler olmuştur. Resepsiyonun gerçekleştirilemediği durumda yürürlükteki hukuk kurallarında bazı değişiklikler yapılmıştır. Resepsiyonun tamamen dışında olmasa bile, birtakım usulî hükümlerde, temel veya talî kanunlarda yapılan bu türden değişiklikleri, iyileştirme, adapte etme, uyumlu hale getirme veya güncelleştirme anlamında **rehabilitasyon** (islah veya uyum) olarak adlandırmaktayız.

İki yüz yıllık süreçte hukuk sistemimizde yapılan değişiklikler incelendiğinde, iki tür kanunlaştırmanın (resepsiyon ve rehabilitasyon) yapıldığına ve halen de yapılmaya çalışıldığına şahit olmaktadır.

Türk Hukuk Sistemindeki köklü değişiklikleri safhalara ayırmak gerekirse:

Birinci safha Tanzimat Dönemi'dir. Bu dönemdeki önemli gelişmeler, başta Tanzimat Fermanı (Gülhane Hattı Hümayunu) ve Islahat Fermanı olmak üzere, bu Fermanlarda belirlenen ilkeler uyarınca yapılan düzenlemeler, özellikle Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye ve Kanun-u Esâsî'nin kabulüdür.

İkinci safha Lozan'la başlayan ve 1930'lara kadar devam eden —dayanaklarını 1914'de muhalefetin katılmadığı bir seçimle tek başına iktidara gelen İttihat Terakki'nin icraatlarından alan— süreçte Türkiye Cumhuriyeti kanunlaştırma hareketidir ki, başta devrim kanunları olmak üzere birçok temel kanunun kabul edildiği ve uygulamaya konulduğu safhadır.

Üçüncü safhayı ise Avrupa Birliğine sokulmak istediğimiz şu günlerde yaşamaktayız. Bu safhada yapılmaya çalışılanlar, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, AGİT ve AGİK Konferanslarında alınan kararlarla belirlenmiş hukuk kurallarına 'uyum yasaları' ve bu yasaların hazırlık çalışmalarıdır.

İKİNCİ TANZİMAT: AB MÜKTESEBATININ ALINMA DÖNEMİ

Batı medeniyetinin son yüzyılda geçirdiği aşamaları, —nasılsa bize isabet etmez, Türk halkı henüz Batı medeniyetinden iktibas edilen yamalı hukuk kuralları ile bir kaç asır idare edilebilir— şeklindeki saptamalarla geçiştiren Türk bürokrasisi ve elit kesimi; Batı'nın kendi vatandaşları için düşündüğü ve diğer halkları da siyaseten entegre etmek için kullandığı temel insan hak ve özgürlüklerin sağlanması sürecini gereği gibi değerlendirememiştir.

Batı'nın 'Cumhuriyet Türkiye'si'ne baskısı daha önce de olduğu gibi ekonomik ve kültürel yönden gelmiş, bu baskı ile oluşan bağımlılık, kendisini siyasal alanda da hissettirdikten sonra, bu siyasal bağımlılığı devam ettirmek için oluşturulan hukuk cenderesinden bunalan halk kitlelerinin arayışlara girmesini takiben de hukuk alanındaki baskılar artmaya başlamıştır.

Cumhuriyet tarihi boyunca, dünyadaki birçok benzerinde (Japonya vb.) görülen olumlu örneklerin aksine, ekonomik ve sosyal alanda bir ilerleme kaydedemeyen, üstelik halkını, tüm kişisel beceri ve atılımları engelleyen ve insanlarını yaratıcılıktan uzaklaştıran **kutsal devlete** bağımlı olmaya mahkûm eden ihtilal anayasaları ve kanunlarıyla idare etmeye çalışan bürokrasi, şaşkın bir vaziyette, dünyada olup bitenleri seyretmekle yetinmiştir.

Cumhuriyet bürokrasisi, halkını idare etme ve dış baskılara karşı koruyabilme bakımından selefi Osmanlı bürokrasisi kadar da basiretli olamamıştır. Osmanlı bürokrasisi (İttihat Terakki kadroları hariç) tehlikeyi daha önce fark etmiş, yoğun bir pragmatist refleksle azınlıklar ve dış ilişkilerle ilgili sorunlarını çözmeye çalışmış, Tanzimat Fermanı, Islahat Fermanı, Kanun-u Esâsî ve Mecelle gibi düzenlemelerle dönemini en azından geçiştirebilmiştir.

İlk dönem (1923 - 1946) Cumhuriyet bürokrasisi, selefi Jön Türkler gibi çareyi toplum mühendisliğinde görmüş ve hiçbir siyasal katılıma izin vermeden, kendinden menkul temsil yetkisini kullanarak her alanda tam bir Batı taklitçiliği sürecini dayatmış; bu dayatmaları, “tutan ve tutmayan devrimlerle” ve resepsiyon yoluyla hayata geçirmeye çalışmıştır.

İkinci dönemde Cumhuriyet bürokrasisi, yine Batı’da oluşan temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin Türk siyasi hayatı ve mutlu azınlığı için meydana getireceği tehlikeyi görmesine rağmen, başlangıçta gösterdiği —tamamen teslimiyetçi— inanç ve tavrı gereği uykudan uyanamamış, uyandığı zamanlarda da uyum sağlamanın imkânsızlığını anlamıştır. Gövdesindeki bu atalet —kafasındaki ilkelere de sirayet etmiş olmalı ki— kendi yararını dahi görmesine imkân bırakmamış ve sonuçta, geleceğinden feragat anlamına gelecek, “ulus devlet anlayışından taviz verme” ve “sadece kendisinin yönetip güdeceği bir toplumu elinden kaçırma” sürecine girmiştir.

Günümüzün etkin siyasileri ile sivil asker bürokratlarından oluşan elit kesim şimdi bir nevi **İkinci Tanzimat Dönemi**’ni yaşamaktadır. Tanzimat döneminde devleti içinde bulunduğu çıkmazdan kurtarmak için Batı’lıların sunduğu çözümleri yapar ve uygular gözükmeye çalışan Osmanlı bürokrasisi gibi, Türkiye Cumhuriyeti bürokrasisi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve benzeri belgelerin hükümleri uyarınca düzenlemeler ve uyum kanunları yapar görünmektedir. Ancak bir farkla ki, Türkiye Cumhuriyeti bürokrasisi, temel hak ve özgürlükleri yok eden düzenleme ve uygulamalarla, samimiyetsiz gayretler ve halkına başka Batı’ya başka şekilde çifte standart sergilemektedir.

Batı uygarlığı içinde yer alabilmesi için Batı’nın çizdiği çerçeveye uygun yapılanması gerektiğine inanan ve bu noktada Batı ile niyet ve düşünceleri çakışan toplum mühendisleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bağlı belgelerdeki temel hak ve özgürlükleri talep etme gücünü yitirecek dereceye getirene kadar toplumu germeye ve sindirmeye devam etmektedirler. Bunların kanaatine göre toplum, temel inançlarından ne kadar soyutlanır ve birtakım baskılarla bu inançlarını talep haline getirmekten ne kadar uzaklaşırsa o kadar Avrupa’ya yaklaştırıla-

bilir. Aksi halde egemenlik hakkının önünde önemli bir engel olan temel hak ve özgürlük talepleri, aynı zamanda Avrupa Birliği çerçevesinde ulus devleti devam ettirme imkânından da mahrum olmayı beraberinde getirecektir.

ALTERNATİF ÇÖZÜM KURUMLARI

Yapılanlar-Yapılmayanlar

İşte 2. Tanzimat Paşaları adını verdiğimiz son dönem bürokratlar ve siyasetçilerin, insanımızın hayat damarlarından süzerek günümüze taşıdığı bazı kadim hukuk kurumlarını yeni bir keşif gibi Batı hukuk sisteminden devşirerek hukuk sistemimize taşıdığına tanık olmaktadır. Anayasa Mahkemesine *bireysel başvuru hakkının*, Türk Ceza Kanununa *uzlaştırıcılığın*, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa *uzlaşmanın*, devlet ile vatandaş arasındaki uyuşmazlıklarda *Ombudsmanlığın*, Avukatlık Kanunundaki *doğrudan görüşmenin*, Tüketicinin Korunması Kanununa *Hakem Heyetlerinin*, özel hukuk uyuşmazlıklarında *arabuluculuğun* kabulü ve sistemleştirilmesini, Alternatif çözüm yolları anlamında çok önemli görüyoruz. Tahkime ilişkin kuralların HMK içinde yer alması da bir o kadar önemli görüyoruz.

Ancak kanun koyucu, ne hikmetse Medeni Kanunun 169. Maddesinde düzenlenen, “Hâkimin boşanma veya ayrılık davası açılınca, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re’sen alabileceğine” dair hüküm, hiçbir şekilde insanımızın ihtiyacını karşılamamaktadır. Bu toprakların insanı yüzyıllardır aile içi ve aile dışı başta olmak üzere toplumsal barışı hakemlik kurumu sayesinde sürdürebilmişlerdir. Bu devamlılıkta tek sabitesi olan Kur’an-ı Kerim’in hükümleri uygulamadadır. Nitekim kullarını en iyi bilen Yaratıcı Allah, kendi keliminde;

“Eğer (karı-kocanın) aralarının açılmasından endişe duyarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar, uzlaştırmak isterlerse Allah onların arasını bulur. Çünkü Allah, (her şeyi) bilendir, haber alandır”¹⁴⁶ bu-
yuruyor.

Türk kanun koyucu, hâkimin alması gereken tedbirler içine taraflara psikolog tayinini öngörmüş, fakat onlara kendi akrabalarından birer hakem tayinini düşünememiştir. Herhalde AB uyum yasalarında bulamadığındandır.

Bir başka facia da, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği konusunda yaşanmaktadır. Türkiye, BM CEDAV Sözleşmesi’nin kabulünden sonra 30 Temmuz 2002’de Ek Sözleşmeyi onaylamış, Mayıs 2011’de de kısa adı **İstanbul Konvansiyonu/Sözleşmesi** olan **“Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İşi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi**

¹⁴⁶ Nisa Suresi, 4/35.

Sözleşmesi” adlı sözleşmeyi hiçbir *çekince koymaksızın kabul etmiştir. 8 Mart 2012’de de Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’u* çıkarıp uygulamaya koymuştur.

Kanun, feministlerin baskıları ile hazırlanmış ve muhafazakâr iktidar tarafından uygulamaya konmuştur. Her iyi ve kötüyü içselleştirme anlamına gelebilecek şekilde muhafazakârlığı bayraklaştırabile zihniyet, kendi sabitelerinden olan aileyi ortadan kaldıracak uygulamaya imza atarken, **karı-koca arasında hakemlik kurumunu** aklına bile getirmemiştir. Bu aymazlığın İkinci Tanzimat Paşalığı olarak adlandırılması hiç de abartılı olmaz. Nitekim Mart 2014 tarihinde yapılan mükemmel bir araştırmada Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini ilk uygulayan ve halen uygulamaya devam eden 4 Kuzey Avrupa ülkesinde ve Türkiye’de bu uygulamadan sonra kadına şiddet ve öldürme, boşanma, madde bağımlılığı oranlarının katlanarak arttığı ortaya konmuştur.¹⁴⁷

Bununla birlikte çok geç olmakla birlikte ulusal ve uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için bir türlü yasalasıp hayata geçirilemeyen “İstanbul Tahkim Merkezi”ni aynı muhafazakâr özlemin bir parçası olarak görmekteyiz.

İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu Tasarısı’nın gerekçe bölümünde görüşlerimizi destekleyen ifadeler mevcuttur. Bir diğer anlatımla *malumun ilamı* niteliğinde itiraflarla dolu bir gerekçeden bahsediyoruz. Gerekçede kanun koyucu, tahkimin faydaları arasında, çözümde taraf iradesinin katkısı nedeniyle toplumsal barışın korunmasını, uyuşmazlığın etkin ve göreceli olarak az masrafla çözümü ile mahkemelerin iş yükünü azaltmasını saymış. Kanun koyucudan alternatif çözüm yolları ve Tahkim’in bir *dönüşüm projesi* olduğunu söylemesini beklemiyoruz elbette. Ancak aydınımızın, özellikle hukukçularımızın bunca yararını sayabileceği Tahkim’in bir *dönüşüm projesi* olduğunun kabulünü ve bunu toplumun kılcal damarlarına kadar yayması gerektiğine işaret ediyoruz.

Küçük bir eleştiri yapmamıza daha müsaade edilmeli. Kanun koyucunun, söz konusu tasarı ile kapitalist sistemin ulusal ve uluslararası uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin arayışlarına ve uygulamalarına öykündüğü çok açıktır. Hâlbuki tarihimizde uygulandığı dönemlerde ve diğer milletlerin uygulamalarında toplumsal barışı sağladığına tanık olduğumuz tahkimin, toplumda her dönem olası ihkak-ı hakkın önlenmesinde, hukukun tüm birey ve kurumlar tarafından içselleştirilmesinde başat rol oynadığının farkında bile değildir. Aynı şekilde siyasi iktidarlar gibi hukukçularımızın da tahkimi toplumsal barışın bir aracı olarak dahi görmemeleri esef vericidir. Dünyadaki örneklerini yeri geldiğinde sıralayan bu siyasilerimiz ve hukukçularımız, tahkimin sadece ticari ihtilaflarda kurumsal olarak değil, bireyler arasındaki uyuşmazlıklarda da birincil yargı yolu olduğunu görmezden gelmektedirler.

¹⁴⁷ Meryem ŞAHİN, Mücahit GÜLTEKİN, Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Dayalı Politika Uygulayan Ülkelerde KADIN VE AİLE (İzlanda, Finlandiya, Norveç, İsveç, Türkiye, SEKAM – AİLE AKADEMİSİ DERNEĞİ RAPORU, İstanbul 2014.

TOPLUMSAL BARIŞ İÇİN ÖRNEK TAHKİM UYGULAMASI

Konunun tam da burasında Sudan izlenimlerimizi aktarmanın sırasındır:

Sudan'da 400 ü aşkın dine ve 400'ü aşkın dile sahip insan ve kabileler yaşamaktadır. İngiliz'in bile işgal ettiği halde dokunmadığı tahkim sistemi sayesinde uyuşmazlıkların %80'i köylerde bilge kişilerin hakemliğinde çözümlenmektedir. Kalan %20'si mahkemelere intikal etmekte, uyuşmazlıkların büyük bir bölümü Osmanlı'nın uygulaması *istinaf* yolu ile Yargıtay öncesi çözümlenmektedir. Öyle ki 1996 yılında 26 milyon nüfuslu Sudan'da Yargıtay'daki toplam dosya sayısı 2600 civarındadır. Köylerdeki bilge kişiler de yılın belli dönemlerinde eyalet merkezlerinde ağırlanarak usul yönünden eğitime tabi tutulmaktadır.

Osmanlı'nın yenilgi dönemlerinden bu yana bozulan toplumsal barış için, cemaatlerin, tarikatların ve STK'ların bozulması yetmez, toplumu birbirine hasım kılmayacak tahkim uygulamasının da akim bırakılması gerekiyordu. Sonuçta bu da yapıldı ve toplum bir *dönüştürme projesi* ile dönüştürüldü, partiler ve cemaatler birbirine, fertler ve aileler birbirlerine ve kendi içlerinde de birbirlerine düşman haline getirildiler. Uyuşmazlıklarını kendi aralarında kendilerinden olan birilerine çözdürmeyi unuttular, bir ihkak-ı hak refleksi oluşturuldu.

HASIM YAPAN YARGIDAN, HISIM YAPAN TAHKİM'E

Şimdi oturup düşünme zamanıdır. Toplumumuza ihkak-ı hakkı unutturacak, çarşıda ekmeğin kaç para olduğunu bilmeyen, hukuk fakültesini bitirmekten başka meziyeti olmayan, vakıf kurmak isteyenleri karakola çağırarak istihbar eden hâkimlerin mahkeme yargılamalarından kurtaracak projelere ihtiyacımız vardır. Bu ihtiyaçlarımızı Batı temelli alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından değil, kendi sabitelerimizden ve kadim uygulamalarımızdan alarak hukuku kılcal damarlara ulaştırabilmemiz gerekir.

Bu saydıklarımız için de Tahkim'in yararları olarak belirlenen özelliklerini bir dönüşüm projesi olarak TAHKİM'i herkese anlatmalı ve sevdirmeliyiz. Herkese lazım deyimiyle, insanlar ve kurumlar arası uyuşmazlıklar için kolay, süratli, gizli, güvenilir, medeni, barışçıl, dostane çözüm özellikleri olan yargılama yöntemini sevdirmeliyiz. Uzun bir zamandır birlerine karşı dış gıcırdatan toplumu, birbirine *hasım* yapan yargıdan, *hisim* yapan yargıya yöneltmeliyiz. Bu yönelim bir dönüşüm projesi olarak adlandırılmayı hak etmiyor mu?

DOZUNUCU BÖLÜM

EKLER

EK-1

TAHKİM SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ

1. TARAFLAR

Tarafların unvan ve adresleri, varsa vekilleri.

2. KONU

Taraflar arasında tarihinde akdedilen başlık ve tarihli Sözleşme-ye¹⁴⁸ ek Tahkim Sözleşmesidir.

3. UYGULANACAK HUKUK

Taraflar, Tarihli ve başlıklı Sözleşmenin yorum ve uygulamasından çıkabilecek her türlü ihtilâfın çözümünde Hakemin/hakemlerin:

- a) Türk Maddi Hukuk Kurallarına, veya
- b) Adalet ve Nesafet Kurallarına,¹⁴⁹ veya
- c) Tahkim kurumunca uygulanan kurallara,¹⁵⁰

uyulmasını, adresinde bir araya gelerek kararlaştırmışlardır.

¹⁴⁸ Taraflar arasında birden fazla Sözleşme varsa ve bu Sözleşmelerden çıkabilecek ihtilâfların tahkim yoluyla çözümünü öngörüyorlarsa, her bir Sözleşme için ayrı bir Tahkim Sözleşmesi yapmaları gerekir.

¹⁴⁹ Tahkimde taraflar herhangi bir maddi hukuk kuralına bağlı kalmadan, sadece Adalet ve Nesafet Kuralları dairesinde tahkimin yürütülmesini kararlaştırabilirler.

¹⁵⁰ Taraflar, ihtilâfın çözümü için kurumsal tahkimi öngörebilirler ve Tahkim Kurumu oluşturmuş bir kurumun (İTO veya TOBB gibi) hakemliğini ve bu kurumun oluşturduğu kurallara göre tahkimin yürütülmesini kararlaştırabilirler.

4. USUL KURALLARI

Taraflar, tahkim yargılamasında uygulanacak usulü şu şekilde kararlaştırmışlardır.

- a) Hakem/hakemler, HUMK'un kamu düzenli hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, kendilerinin belirleyecekleri usul kuralları dairesinde tahkimi yürütecekler¹⁵¹ ve karar vereceklerdir, veya
- b) Hakem/hakemler, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca hareket edeceklerdir, veya
- c) Hakem/hakemler, tahkim kurumunun usul kuralları dairesinde hareket edeceklerdir.

5. HAKEM SAYISI

- a) İşbu Sözleşmeden çıkacak ihtilâf tek hakeme tevdi edilecektir, veya
- b) İşbu Sözleşmeden çıkacak ihtilâf adet¹⁵² hakeme tevdi edilecektir.

6. HAKEM TAYİNİ VE GÖREV BELGESİ TANZİMİ

(Taraflar hakem tayininde aşağıdaki şekillerden birini tercih edebilirler)

- a) Çıkacak ihtilâfın çözümüne Sn. hakem tayin edilmiştir, veya
- b) Çıkacak ihtilâfın çözümüne Hukukçu, İktisatçı, Tüccar hakem heyeti olarak tayin edilmiştir, veyahut,
- c) İhtilâf çıktığında taraflar hakemlerini birer kişi olarak seçecekler ve seçilen hakemler üçüncü hakemi seçeceklerdir. Hakemler aralarında anlaşamadıklarında üçüncü hakemi mahkeme seçecektir.
- d) Hakem/Hakemler, ihtilâfın çözümünün tevdi edildiği Kurum'un, tahkimi yönetecek yetkili kurulu¹⁵³ tarafından seçilecektir.

Taraflar, hakem/hakem Heyeti'nin daveti üzerine hakem/hakemler huzurunda tanzim edilecek görev belgesini imzalamayı, bundan kaçınmaları halinde dahi tahkim prosedürünün kesintisiz olarak süreceğini ve hüküm ifade edeceğini, görev belgesini imzalamadan kaçınmanın, hakem kararının geçerliliğini etkilemeyeceğini kabul ederler.

¹⁵¹ Taraflar ihtilâfın çözümünde uygulanacak usul kuralarını kendileri belirleyebilir veya hakemin/hakemlerin usul kurallarını belirleyebileceklerini kararlaştırabilirler. Ancak bu kuralların kamu düzenli usul kurallarına aykırı olmaması gerekir. Zira tahkim sonucunda verilecek hakem kararının tasdiki ve icra kabiliyeti kazanabilmesi, tahkimin kamu düzenli usul kurallarına aykırı olmamak şartıyla sonuçlandırılmasına bağlıdır.

¹⁵² Hakem sayısı, 3, 5, 7 gibi tek sayılı olmalıdır.

¹⁵³ Tahkim, Tahkim Kurumu bulunan bir kuruma tevdi edilmişse, hakemler, bu kurumda Tahkimi yönetmek ve sekreteryaya hizmeti vermek için Tahkim Divanı ve benzeri isimle kurulmuş bulunan kurul tarafından ellerindeki listeden seçileceklerdir.

7. HAKEM ÜCRETİ VE MASRAFLAR

Tahkimde görev alacak hakem/hakemlere ücret verilecektir. Hakem ücreti tahkime başlamadan önce hakem/hakemlerle birlikte kararlaştırarak, karşılıklı 1/2 oranında peşin olarak ödenecektir.

Tahkim sonucunda tahkim yargılaması giderlerini ödemek zorunda kalan tarafın hakem ücretini de ödemesi gerektiği taraflarca kabul ve taahhüt edilmiştir.¹⁵⁴

8. TAHKİM YERİ

a) Taraflar, tahkimin, adresinde, veya

b) Hakemin/hakemlerin tayin edeceği adreste yapılmasını kararlaştırmışlardır.

9. TAHKİMİN DİLİ

Taraflar tahkimde kullanılacak ve kararın yazılacağı dilin Türkçe olacağını kararlaştırmışlardır.

10. HAKEM KARARINDA OYBİRLİĞİ

Hakemler kararlarını oybirliği ile alacaklardır.¹⁵⁵

11. HAKEM KARARININ MAHKEMEYE İBRAZİ

Taraflar, hakem kararının, kararın imzalandığı günden itibaren 10 gün içinde hakemlerce Mahkemeye tevdiini kararlaştırmışlardır. Hakem Kararının temyiz edilmeyeceğine dair tarafların beyanı, bu gereksinimi ortadan kaldırmayacaktır.

12. BAĞLAYICILIK

Taraflar, hakem kararına tüm sonuçları ile birlikte uyacaklarını ve hakem kararını temyiz etmeyeceklerini şimdiden kabul ederler.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Kurumsal tahkimde, tahkimi yürüten kurumun hakem ücret tarifesindeki miktarlar ve ödeme şekilleri esas alınacaktır.

¹⁵⁵ Birden fazla hakem tayin edildiği ve tarafların ayrı ayrı hakem tayin ettiği hallerde, taraf hakemleri ve taraflı tahkim oluşacağından, çoğu zaman tahkimden beklenen yarar sağlanamamaktadır. Bu sakıncanın giderilebilmesi, tarafların hakemlerini ortaklaşa seçmeleri ve hakem kararlarının oybirliği ile alınmasını şart koşmaları ile mümkün olabilir.

¹⁵⁶ Tahkimin başında hakem kararlarına tüm müeyyideleri ile birlikte uyulacağına dair bir hüküm, temyizden feragat anlamına geleceğinden, HUMK'un kamu düzenli hükümlerine aykırıdır. Ancak tahkimin aynı zamanda vicdani sorumluluk yükleyen yönü dolayısıyla, bu şekilde bir hüküm, tarafların tahkimden beklenen yararı elde etmelerini umabilecekleri nedeniyle şart olarak konulabilir. Nitekim TOBB Tahkim Şartnamesinin 48. Maddesi, tarafların TOBB Tahkim Divanına başvurmakla, verilecek hakem kararını derhal uygulamayı ve HUMK'un 533. Maddesinde öngörülen şartlar dışında temyiz yoluna başvurmamayı kabul etmiş olduklarını belirlemektedir. 533. Madde, tahkim yargılamasında kamu düzenli hükümleri ihtiva etmektedir. 533. Maddedeki şartlar dışında kalan hususlarda temyizden feragat geçerli sayılır.

TARAFLAR

Yetkili İmza ve Kaşeler.

(Sözleşmeye, tarafların temsil ve imza yetkisini haiz olduklarını belgeleyen imza sirkülerinin eklenmesi gerekir).

EK-2

HAKEM HEYETİ İLK TOPLANTI TUTANAĞI

I. DAYANAK

..... tarihli ve başlıklı Ana Sözleşmenin tarafları olan 1- ile 2-, aralarındaki Ana Sözleşmenin Maddesindeki Tahkim Şartı uyarınca, işbu Ana Sözleşmede yer alan hususlarda aralarında meydana gelecek uyuşmazlığın çözümü için Tahkim Usulünü öngörmüşler ve söz konusu uyuşmazlığın giderilmesinde, yine aralarında tanzim edilen tarihli Tahkim Sözleşmesi uyarınca, hakem heyeti olarak bizleri tayin etmiş olmakla, Heyetimize yapılan başvuru üzerine bizler, Hakem Heyeti olarak Tarih ve saat da, hakem heyeti üyesi'nin adresindeki bürosunda toplanmış bulunuyoruz.

II. BAŞVURU KONUSU

a) Taraflardan'in tarihli dilekçesi ile, veya,

b) Taraflardan'in tarihinde bizzat hakemlerden'ya sözlü olarak

başvurarak, Ana Sözleşmenin ...Maddesinin yorumu (veya maddede öngörülen üretim veya satış şartlarına uyulmaması vs nedeniyle)nda meydana gelen uyuşmazlığın, tahkim usulü çerçevesinde çözümlenmesini talep etmiş ve bu hususta Tahkim Sözleşmesinde tayin edilen diğer hakemler olarak-ın/-ların hakem seçildiğini, Tahkim Sözleşmesi ve ekindeki belgeleri ile birlikte ibraz etmiştir.

III. TAHKİM SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ

1. Esasa Dair Hükümler

Tahkim Sözleşmesinin Maddesinde, tahkimde esasa uygulanacak hukuk kuralları olarak,

a) Türk Maddi Hukuk Kuralları öngörülmüştür.

b) Adalet ve Nesafet Kuralları öngörülmüştür.

c) Hiçbir belirleme yapılmamıştır.

2. Usule Dair Hükümler

Tahkim Sözleşmesinin Maddesinde, tahkimde uygulanacak usul hükümleri olarak,

a) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümleri öngörülmüştür.

- b) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, kamu düzenli hükümlerine aykırı olmamak üzere, Hakem Heyetinin belirleyeceği usul hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür.
- c) İTO (veya bir başka Kurumun) Tahkim Kurallarının uygulanması öngörülmüştür,
- d) ICC (veya bir başka Milletlerarası Tahkim Kurumunun) Kurallarının uygulanması öngörülmüştür.
- e) Usul hükümlerinin uygulanmasında herhangi bir belirleme yapılmamış, bu husus hakemlerin tercihinin bırakılmıştır.

IV. TARAFLARIN TEBLİGAT ADRESLERİ

V. TARAFLARIN VEKİLLERİ VEYA TEMSİLCİLERİ

Unvanları, Tebligat adres ve telefonları

VI. TAHKİM YERİ VE DİLİ

- a) Taraflar, tahkim yeri olarak, hakem heyetinden Sn.'in deki adresini belirlemişlerdir.
- b) Taraflar, tahkim yerini belirlememişlerdir.

VII. TAHKİM'İN MÜDDETİ

- a) Taraflar, Tahkim Sözleşmesinde tahkim müddetini kararlaştırmamışlardır.
- b) Taraflar, Tahkim Sözleşmesinde tahkim müddetini 4 ay (veya farklı bir süre) olarak kararlaştırmışlardır.

VIII. KARAR

Yukarıda belirlenen hususlar çerçevesinde yürütülecek Tahkim Yargılamasında, Heyetimiz, aşağıda usul ve esasa dair kural ve prosedürü kararlaştırmıştır:

1. Tahkim yeri olarak, Heyet üyesi Hakem 'nın adresi olan' de Tahkimin yürütülmesine,
2. Tahkim'in, Türkçe (veya başka bir dil) olarak yürütülmesine ve kararın Türkçe (veya başka bir dil) olarak yazılmasına,
3. Tahkim yargılamasında uyuşmazlığın esasına,
 - a) Maddi Hukuk Kurallarının uygulanmasına,
 - b) Adalet ve Nesafet Kurallarının uygulanmasına,

4. Tahkim prosedürü ve usul kuralları olarak:
 - a) İTO (veya bir başka Kurumsal Tahkim Kurumu)nun tahkime ilişkin Kurallarının uygulanmasına,
 - b) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu usul hükümlerinin uygulanmasına,
 - c) ICC (veya bir başka Milletlerarası Kurumsal Tahkim Kurumunun) Tahkim Kurallarının uygulanmasına,
 - d) HUMK'un kamu düzenli hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, tahkim prosedürü ve usul kurallarının Heyetimiz tarafından belirlenmesine,
 - e) Tahkim'de hakem heyetinin usul ve prosedürü belirleyeceği öngörülmesi halinde:
 1. Taraflara (yapılacak ise) duruşma günün, yer ve saat belirtilerek bildirilmesine,
 2. Tahkim'in taraf iradeleri uyarınca 4 ay (veya süre) içinde bitirilmesine,
 3. Tahkimin, işbu toplantı tutanağının tanzim günü olan Tarih itibariyle başlamış sayılacağına,
 4. Davacı tarafa dava dilekçesini vermesi için 10 gün süre verilmesine,
 5. Davalıya, dava dilekçesinin kendisine tebliğini müteakip 10 günlük cevap süresinin verilmesine,
 6. Taraflara gönderilecek tebligatta, dava ve cevap dilekçelerine, varsa uyuşmazlık ile ilgili delillerini ibraz veya eklemeleri gerektiğine,
 7. Tarafların, davada ileri sürebilecekleri her türlü def'i ve itirazlarını dava ve cevap dilekçeleri ile birlikte ve bunlar için belirlenmiş sürede bildirmelerine, bu gerekliliğe uymadıklarında bu haklarını kullanamayacaklarına,
 8. Hakem Heyetinin Tahkim yargılaması sırasında usul hakkında değişiklik yapabileceğine,
 9. Davasını ıslah etmek isteyen tarafın, bu hakkını ancak bir defaya mahsus olmak, karşı tarafa tebliğ etmek ve karşı tarafın kabulü ile birlikte ıslah nedeniyle ortaya çıkması muhtemel zarar ziyanını karşılayacak geçerli bir teminat vermek suretiyle kullanabileceğine,
 10. Tarafların Takas ve mahsup taleplerini, ancak karşı dava şeklinde ve cevap layihası ile birlikte veya cevaba cevap layihası ile birlikte ileri sürebileceklerine,
 11. Hakem Heyeti Başkanlığına, en yaşlı üye olması bakımından,? nin seçilmesine,

12. Taraflara, aralarında **delil mukavelesi** var ise, Heyete bildirmeleri için cevap süresinin sonuna kadar mehil verilmesine,
13. Taraflar Tahkim Sözleşmesinde, hakemlerin karar nisabını belirlemediklerinden, kararın oybirliği ile alınmasına,
14. Hakem Kararının, yazılması ve imzalanmasını müteakip, imza tarihinden sonra, en geç 10 gün içinde, Hakem Kararının verileceği mahallin (yukarıda yazılı adresin bağlı bulunduğu) Asliye Hukuk (veya Asliye Ticaret) Mahkemesine tasdik edilmek üzere tevdiine,
15. Kararın her hangi bir nedenle tavzihi gerektiğinde, tarafların tavzih taleplerini ancak tahkim süresinin bitimine kadar yapabilmelerine,
16. Yukarıda alınan kararların taraflara tebliğine, tebligatın, işbu toplantı tutanağının tebliği (elden veya PTT ile) suretiyle yapılmasına,

Oybirliği ile, tarihinde karar verilip, iş bu **İlk Toplantı Tutanağı** imza altına alındı.

Tarih ve Hakemlerin İmzaları

EK-3

**KURUMSAL OLMAYAN
HAKEM HEYETİ KARARI ÖRNEĞİ**

Hakem Heyeti : Av. H.H.P., Av. M.B., Av. A.C.P.
Davacı : A.G.
Vekili : Av. H.T.
Davalı : M.S.K.
Vekili : Av. M.G.
Dava Tarihi : 28.05.1996
Karar tarihi : 24.08.1996

GEREKÇELİ KARAR

Davacı İddiaları

Davacı 22.03.1995 tarihli ve İst. Ticaret Mahkemesi Başkanlığına itirazın iptali ve icra inkâr tazminatına hükmedilmesi talebi ile açtığı davada; Davalının 1994 yılı hac farızası dolayısıyla Suudi Arabistan'da kurban kesiminde görev almak üzere 35 kişi ile sözleşme yaptığını, bu kişilerin kasaplık görevini ifa için davalının vize işlemleri, gidiş-dönüş vs. masrafları gibi mükellefiyetleri yerine getirmeyi kabul ettiğini, bu sebeple davalının 35 kişi için 16.200 ABD Dolarını emaneten aldığını, ayrıca davalının vasıta masraflarını da karşılaması gerekirken, Hatay Cilvegözü sınır kapısına kadar nakliye gideri olarak da 1200\$ karşılığı 52.000.000.-TL masraf yaptığını, sınır kapısında dört günlük bekleyişten sonra davacı ve 34 arkadaşını Suudi Arabistan'a götüremediğini, bunun üzerine davalının vize için alınan 16.200\$ dan kişi başına 150\$ olmak üzere toplam 5.250\$ keserek, bakiyesi 11.150\$'ın davacıya ödendiğini, vasıta için harcanan 52.000.000.-TL'nin ise bilahare ödeneceğini, davalı ile yapılan görüşmeler sonuç vermediğinden 5250\$ vize, 1200\$ nakliye bedeli olan cem'an 6450\$ İst. 12. İcra Müdürlüğünün 1995/1101 E. sayılı dosyası ile takibe konulduğunu, davalının da böyle bir borcu olmadığından bahisle itiraz ettiğini, takibin bu nedenle durduğunu, davalı itirazının haksız ve suinietli olduğundan icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı Savunmasında

Davalı Vekili 02.05.1995 tarihli cevap dilekçesinde: Davalının 1990 yılından beri Suudi Arabistan'da mukim S.B. isimli firmanın vekili olarak muhtelif mesleklerdeki şahısların hac

mevsiminde geçici işçi olarak götürdüğünü, 1994 yılı için 7950 kişiyi işçi olarak göndermeye vekil tayin edildiğini, 1994 yılı hac mevsiminde geçmiş yıllarda olduğu gibi temsilciler tayin edilerek 7950 işçi götürülmesi çalışmalarına başlanarak kayıtların yapıldığını, kayıtları yapılan tüm işçilerin Konsolosluklardan vizeleri alınmış ve Suudi Arabistan'da ikamet edecek yerleri ayarlanmış, müvekkilinin kendilerine düşen edimleri ifa ettiğini, davacının temsilci olarak tayin edilen kişilerden olduğunu, 1994 yılında Diyanet İşleri Başkanlığı geçici işçilerin Suudi Arabistan'a gitmek üzere Türkiye'den çıkış yapmalarının bilemedikleri ve değişik bahanelerle ertelendiğini, 19.05.1994 tarihli tebliğ ile Türkiye'den çıkış yapılmasının engellendiğini, davalının gerek Türkiye ve gerek Suudi Arabistan'da kendi üzerine düşen edimleri ifa ettiğini, buna rağmen işçilerin Suudi Arabistan'a gidemediğini, bu yüzden de gerek müvekkili gerekse vekili olduğu firmanın zarar ettiğini, müvekkilinin tazminat ödemek zorunda kaldığını, davacıdan masraf olarak 16.200\$ aldığını, yapılan harcamaların bir kısmına karşılık fert başı 145\$ kesinti yapılarak 11.100\$, 11.06.1994 keşide tarihli çek ile davacıya ödendiğini, davacı ile karşılıklı ibralaştığını, güvenden dolayı yazılı ibraname alınmadığını, vasıta masraflarının davacı tarafından yapıldığı iddialarının doğru olmadığını, tüm otobüslerin davalı tarafından tutulduğunu, ödemelerinin de davalı tarafından yapıldığını, Davalının bir hükmi şahsiyeti bulunmayıp Ltd. Şti. bünyesinde faaliyet gösterdiğini, bu nedenle acentalığı aleyhine açılan davanın hükmü şahsiyeti olmadığı gerekçesiyle reddi gerektiği, davacının davalıdan hiçbir alacağı bulunmadığını, haksız ve kötü niyetli davanın reddi ile, kötü niyetli davacının %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ettiği anlaşılmıştır.

28.05.1996 tarihinde taraflar arasında yapılan yazılı Tahkim sözleşmesi gereği, Heyet olarak tayin edilmiş olduğumuz anlaşılmış olmakla, dosya tetkik edildi:

28.05.1996 günü yapılan ve taraf vekilleri ile davalı asilin hazır bulunduğu oturumda, davalı asil ile vekilleri şifahi olarak dinlendi. Taraflara iddia ve savunmaları ile ilgili delil ve belgelerini sunmaları için gerekli mehil verildi. Bu mehil içinde tarafların hakem heyetine hitaben davacı vekilinin 28.05.1996 tarihli, davacı vekilinin tarihsiz dilekçe verdikleri ve eklerinde İşçi İsim Listesi, Sözleşmeler örnekleri, işçilere yapılan iade ödeme listesi (tarihsiz), 25.10.1994 tarihli ve kişi başına 150\$ masraf kesintisini ve açılan dava sonucunda davalı lehine karar alınması halinde bu miktarın davacıya iade edileceğini havi belge, 13.5.1994 tarihli Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Tebliği, Ürdün Konsoloslğunun Vize Ücretlerini havi belge, 7950 kişinin yurt dışına gönderilmesine dair vekaletname ile davacı ve davalı arasında düzenlenmiş tarihsiz vekaletnamenin dosyaya ibraz edildiği görüldü.

28.05.1996 günlü oturumda davacı vekili, daha önce talep ettikleri yol gideri cümlesinden olan 52.000.000.-TL'lık taleplerinden feragat ettiklerini beyan ve kabul etmiştir.

Dosya incelendiğinde, davalı tarafından vize vs. masraflara karşılık kişi başına 150 \$ kesinti yapıldığı, bakiyenin 11.150 \$ olarak çek ile iade edildiği, ihtilâflı kısmın 5.250 \$ oldu-

ğu anlaşılması ve her ne kadar konunun Ticaret Mahkemesinde itirazın iptali davası şeklinde çözülmesi istenmiş ise de, Heyetimizden olayın alacağın tahsili davası şeklinde hükme bağlanması taraflarca talep edilmiştir.

Gerekçe

Taraflar arasında yapılan tarihsiz “1414 Hicri 1994 Miladi Yılı Hac Mevsiminde Gönderilecek Geçici İşçilere Ait Sözleşme” gereğince, davalının gönderilecek işçilere ait vize işlemleri, gidiş-dönüş masraflarının davalıya ait olduğu ve bu Sözleşmenin davacının temsil ettiği 35 kişi ile ayrı ayrı imza ve tanzim edildiği anlaşılmaktadır.

Davacı ile davalı arasında akdedilen tarihsiz “Vekaletname” başlıklı Sözleşmede, davacıya belirlenen şartlara uygun işçi bulma ve onları temsil etme yetkisi verilmiştir.

25.10.1994 tarihli ve davalı imzasını havi ibranamede, kişi başına 150\$ masraf karşılığı kesinti yapıldığı, bu konuda davalı tarafından açılan dava sonucunda lehe karar alındığında mahkeme masrafı kesilerek geri kalanın iade edileceği davalı tarafça kabul edilmiştir.

Toplanan deliller ve beyanlar karşısında Heyetimiz:

Gerek Türk Ticaret Kanunu, gerekse ticari teamüller gereği, davalının 7950 kişilik bir işçi organizasyonunu gerçekleştirebilmesi için, basiretli bir tacir olarak hareket etmesi ve bu işçilerin Suudi Arabistan’a götürülmesi için gerekli tüm resmi hazırlık ve işlemleri yapması gereklidir. Bu işlemler her türlü yasal izin, vize işlemleri, İş ve İşçi Bulma Kurumu onayı gibi işlemleri kapsamalıdır. Olayımızda, davalının yasalar ve teamül gereği kendinden beklenen titizliği göstermediği, daha önceki yıllarda yurt dışına aynı şekilde işçi göndermiş olması sebebiyle çıkabilecek engelleri öngörmesi ve buna göre hazırlık yapması gerekirken bunu yapmadığı, bu engeller ile ilgili davacı tarafın veya temsil ettiği şahısların her ne kadar Hacı olmak düşüncesiyle hareket ederek müracaat ettikleri dikkate alınsa da, davalı tarafın bu faaliyet sonucunda cüz’i de olsa maddi yarar sağlama düşüncesinde olduğu, işçilerden kesilen 150 \$’lık masraf kesintilerinin sözleşme mucibince alınmaması gerektiği, davalı tarafından açıldığı iddia edilen fakat bununla ilgili hiçbir belgenin ibraz edilmediği dava sonucuna göre, ödenmesi gereken kişi başına 150\$ meblağın davanın kazanılması şartına bağlanamayacağı, davalının bu suretle sorumluluktan kurtulamayacağı aşikardır.

Hüküm

Yukarıda gerekçeleri açıklandığı üzere, kişi başına kesinti yapılan 150 \$ ki, cem’an 5250 \$’ın, davalı tarafından, işçiler temsilcisi davacıya ödenmesine,

Ödemenin ABD doları karşılığı ödeme günündeki Merkez bankası Döviz satış Kuru üzerinden Türk lirası olarak yapılmasına,

Diğer talepler hususunda vaki feragat nedeniyle hükme gerek olmadığına, bu güne kadar yapılan mahkeme masraflarının taraflar üzerinde bırakılmasına, tarafların gıyabında 24.08.1996 tarihinde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.(*). 24.08.1996

Hakemler ve İmzalar

(*) Taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesinde, tarafların, hakemlerin kararına müeyyideleri ile birlikte tabi olunacağı şeklindeki hüküm sebebiyle, kesin olarak karar verilmiştir. Tahkim yargılamasının başında temyizden feragat anlamına gelen bu şekildeki kabulleniş, Usul Kanununun kamu düzenli hükümlerine aykırı olmakla birlikte, tahkimde HUMK'un 533. Maddesinde öngörülen şartların dışında temyiz yoluna başvurulamayacağının kararlaştırılabileceğine ilişkin görüşümüz nedeniyle, bu şart konulmuş ve bu şarta taraflarca aynen uyulmuştur.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- ATAAY, Aytekin M.-SUNGURBEY, İsmet; “Açıklamalı Medenî Kanun İle Borçlar Kanunu, Tatbikat Manunu İle Birlikte”, 3. Basım, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1968)
- ATEŞ, Süleyman; “Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri”, (İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, 1988)
- AYDIN, Mehmet Akif; “İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları”, (İstanbul: İz Yay., 1996)
- BALCI, Muharrem; İhtilafların Çözüm Yılları ve Tahkim, (Danışman Yayınları, İstanbul: 1999)
- BERKİ, Ali Himmet; “Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)”, (İstanbul: Hikmet Yay., 1982)
- BOZKURT, Gülnihal; “Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi- Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci”, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay., 1996)
- DAYINLARLI, Kemal; “HUMK’ta Düzenlenen İÇ TAHKİM”, (Ankara: Dayınlarlı Yay., 1997)
- _____; “Millî-Milletlerarası KAMU DÜZENİ ve Tahkime Etkileri”, (Ankara: Dayınlarlı Yay., 1994)
- ERTEKİN, Erol- KARATAŞ, İzzet; “Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması”, (Ankara: Yetkin Yay., 1997)
- HALLÂF, Abdulvahhâb; “İslâm Hukuk Felsefesi (İlmu Usulî’l Fıkh)”, Çev.: Hüseyin ATAY, (Ankara: Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Yay., 1973)
- HASAN, H. İbrahim; “İslâm Tarihi”, (İstanbul: Kayıhan Yay.. 1987)
- ICC TAHKİM KURALLARI, ICC UZLAŞTIRMA KURALLARI; Çev.: Av. Orhan AZİZOĞLU- Av. Cavit YILDIZ, (Ankara: MTO Türkiye Millî Komitesi Yay., 1998)
- İBN-İ HİŞAM; “Hz. Muhammed’in Hayatı”, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay., 1992)
- KARAMAN, Hayreddin; “Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku”, (İstanbul: Nesil Yay., 1992)
- _____; “Mukayeseli İSLÂM HUKUKU”, (İstanbul: İrfan Yayınevi, 1974)
- _____; “İslâm Hukukunda İctihad”, (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., 1971)
- KURU, Baki- YILMAZ, Ejder- ARSLAN, Ramazan; “Hukuk Usulî Muhakemeleri Kanunu”, (Ankara: Yetkin Yay., 1994)
- _____; “Medenî Usul Hukuku Dersleri”, (Ankara: “S” Yay., 1986)
- MARDİN, Ebul’ulâ; “Medenî Hukuk Cephesinden AHMET CEVDET PAŞA”, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yay., 1996)
- MEVDUDÎ, Ebu’l A’la; “Tefhim’ül Kur’an”, (İstanbul: İnsan Yay., 1986)
- MERİÇ, Ümid; “Cevdet Paşa’nın Cemiyet ve Devlet Görüşü”, (İstanbul: Ötüken Yay., 1975)
- MTO TAHKİM REHBERİ; (Ankara: MTO Türkiye Millî Komitesi Yay., 1987)
- MEYDAN LAROUSSE; (İstanbul: Meydan Yay., 1990)
- POSTACIOĞLU, İlhan; “Medenî Hukuk Dersleri”, (Ankara: Sulhi Garan Matbaası, 1975)
- ŞA’BAN, Zekiyyüddîn; “İslâm Hukuk İlminin Esasları” (Usulu-l Fıkh), Çev.: İbrahim Kafi DÖNMEZ, (İstanbul: Diyanet Vakfı Yay., 1996)

- ŞANLI, Cemal; “Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, (İstanbul: İst. Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yay., 1996)
- _____; “Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., 1986)
- ŞER’İYE SİCİLLERİ; (İstanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yay., 1989)
- TEZÂKİR, Cevdet Paşa; Yay.: Cavid BAYSUN, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay., 1991)
- TİRMİZÎ TERCEMESİ; (İstanbul: Yunus Emre Yayınevi, Tarihsiz)
- TOBB TAHKİM ŞARTNAMESİ, İÇ YÖNETMELİĞİ ve MEVZUAT; (Ankara: TOBB Yay., 1987)
- TÜRK HUKUK LÜGATİ; 3. Baskı, (Ankara: Türk Hukuk Kurumu Yay., 1991)
- TÜRKÖNE, Mümtaz’er; “Siyasi İdeoloji Olarak İSLÂM CİLİĞİN DOĞUŞU”, (İstanbul: İletişim Yay., 1994)
- ÜSTÜNDAĞ, Saim; “Medenî Yargılama Hukukunda KANUN YOLLARI ve TAHKİM”, 2. Baskı, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası., 1971)
- ÜSTÜNDAĞ, Saim- ALANGOYA, Yavuz; “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu”, 3. Basım, (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996)
- _____; “Medenî Yargılama Hukuku”, (İstanbul: Yaylacık Matbaası, 1994)
- YEĞENGİL, Rasih; “TAHKİM”, (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974)
- ZEHRA, Muhammed Ebu; “İslâm Hukuku Metodolojisi”, Çev.: Abdülkadir ŞENER, (Ankara: Fon Matbaası, 1979)
- ZUHAYLÎ, Vehbe; “İslâm Fıkhi Ansiklopedisi”, (İstanbul: Risale Yay., 1994)

MAKALELER

- BİRSEL, Mahmut T; “Millî ve Milletlerarası Ticarî Tahkimin Bugünkü Durumu (1997 Yılı), (Ankara: TOBB Tahkim Şartnamesi İç Yönetmeliği ve Mevzuat, TOBB Yayını, 1998)
- İŞIKTAÇ, Yasemin; “Örf ve Âdet Hukukunun Tanımı ve Bu Tanımdan Çıkan Ayırd Edici Özellik”, (İstanbul: Argumentum Dergisi, 1992)
- BALCI, Muharrem; “Tanzimat’tan Günümüze Islah, Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlihi: <http://www.muhammedbalci.com/yayinlar/tebligler/52.pdf>
- ORTAYLI, İlber; “Ahmet Cevdet Paşa ve Ebul’ulâ Mardin Hoca Hakkında”, başlıklı Takdimi, Ebul’ulâ Mardin: “Medenî Hukuk cephesinden Ahmet Cevdet Paşa”, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 1996)

SEMİNER

- ULUSLARARASI TİCARÎ ANLAŞMAZLIKLARDA TAHKİM; (İstanbul Ticaret Odası, 20.2.1997)
- İKİNCİ TAHKİM HAFTASI; “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 25-26 Kasım 1983)

RAPOR

- Meryem ŞAHİN, Mücahit GÜLTEKİN; *Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Dayalı Politika Uygulayan Ülkelerde KADIN VE AİLE* (İzlanda, Finlandiya, Norveç, İsveç, Türkiye, SEKAM – AİLE AKADEMİSİ DERNEĞİ RAPORU, İstanbul 2014.