Yazar Beril Karabey
Perşembe, 05 Mart 2009 16:22

A. GİRİŞ

Bir ülke üzerinde yaşayan insan topluluğu, egemenlik yetkisine dayanarak, o ülkede uygulanacak kuralları koymak ve bu kuralları o ülke üzerinde uygulamak yetkisine sahiptir. Bu, devlet olmanın sonucudur. Öyleyse devletler, egemenliklerinin bir göstergesi olarak, maddi hukuka ilişkin kurallar gibi, mahkemelerde yapılacak olan yargılamanın kurallarını koymak yetkisini de haizdirler. Anayasa 36. maddesinde düzenlendiği üzere, bireyler için, mahkemelerde hak arama, temel insan haklarından bir tanesi kabul edilmektedir. Ancak, devletler her tür uyuşmazlık için olmasa da, bazı uyuşmazlıklar için, bir ihtiyacın sonucu olarak, kendi yargılama yetkesine, zaman zaman alternatifler tanımıştır. Bunun en yaygın örneği ise, tahkimdir.

Dava ve tahkim yöntemlerini uyuşmazlıkların çözümünde daha çok tercih ediliyor olması, bu yöntemlere daha aşina olunduğu anlamına gelir. Bu nedenle, uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümlerini öneren yöntemlerin, medeni yargılama hukuku sisteminin irdelenmesinde anahtar rolü oynayacağı düşünülmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri de, devlet ve tahkim yargısına alternatif olarak gelişmektedir. [1]

Bu çalışmada, ilk olarak genel manada tahkim kavramı hakkında bilgi verildikten sonra, A.B.D.'de uygulanmakta olan tahkim usullerine değinilecek, son olarak da Türk Hukuku açısından tahkim yargısında yapılan yargılamanın özellikleri belirtilerek hukuk sistemi içerisindeki yeri irdelenecek ve alternatif uyuşmazlık çözümü ile karşılaştırmalı bir değerlendirilmeye tabi tutulacaktır.

1. Genel Olarak Tahkim

Tahkim bir hukuki uyuşmazlığın, tarafların anlaşmasına müsteniden, özel kişiler tarafından halledilmesidir. Diğer bir ifade ile esas itibariyle adliye mahkemelerinde halledilecek olan özel maddi hukuk uyuşmazlıklarının, uyuşmazlığın taraflarının iradesi doğrultusunda, özel üçüncü kişiler tarafından halledilmesi söz konusudur. [2]

Tahkimin avantajları genel olarak, uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde olduğundan daha süratle halledilebilmesi, süratin sağladığı maddi yararlar dolayısı ile daha ucuz olabilmesi, uyuşmazlığın hallinin tevdi edileceği organın taraflarca oluşturulabilmesi ve aleniyete dökülmesine mahal verilmeksizin uyuşmazlığın halledilmesi imkanları olarak özetlenebilir. Yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde yabancıların devlet mahkemelerine güvensizliklerinin de tahkime başvurulmasının önemli sebeplerinden biri olduğu malumdur. Buna mukabil tarafsızlığın sağlanmasında, tahkimin devlet mahkemelerine nisbetle daha önemli olabilecek bir risk taşıdığı kabul ediliyor. [3]

Özel yargı yolu olan tahkim müessesesine yakın bir kurumu Akdeniz medeniyetinde hak ve nefasete göre karar veren toplu hakimler şeklinde görülmüştür. Daha sonra Yunan Hukukunda da yine tahkimin uygulanmakta olduğu bilinmektedir ve Roma Hukukunda klasik hukuk döneminde artık tahkimin hukuki himaye altına alınmıştır. Bu dönemde yetkilerini kanundan değil, sözleşmeden alan hakemlerin kararlarının bağımsız hukuki bir niteliği yoktu dolayısıyla icraya konamaz ve infaz edilemezdi yani kesin hüküm gücü yoktu ve bunlara karşı kanun yoluna da başvurulmazdı. Daha sonra ticaretle uğraşan ülkelerden İngiltere ve Hollanda'da tahkim uygulanmaya başlanmıştır ve zamanla diğer Avrupa ve Asya ülkelerine yayılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise, özellikle ticari işlerde tahkimin yoğun bir biçimde uygulanmaya başlanması ve gelişmesi 1870 yılından sonra olmuştur. [4]

Öte yandan, Devletler arasında ticari ilişkilerin gelişmesi, sanayileşmenin sonucu elde edilen ürünlerin başka ülkelere satılması zorunluluğu, taraflar arasında akdi münasebeti düzenleyen sözleşmelerden çıkan ihtilafların devlet mahkemelerin yerine tarafların seçtiği halemler tarafından çözüme kavuşturulmasının daha doğru olacağını ortaya koymuştur. Zaman içinde her bir ihtilaf için taraflarca oluşturulan "ad hoc" (arizi) tahkim yanında, ihtilafların çözümünün belli bir organizasyon tarafından yürütülmesine ihtiyaç duyulmuş ve bu ihtiyacı gidermek üzere milli ve milletlerarası organize tahkim müesseseleri yaygın hale gelmiştir. Hatta taraflar kendi aralarında çıkan ihtilafların hallinde, devlet mahkemeleri yerine işin niteliği ve çabukluğu bakımından artık tahkim müessesesini tercih etmektedirler. O derece ki, A.B.D.'de özel kişileri arasında çıkan ihtilafların %70'den daha fazlası hakemler vasıtasıyla çözümlenmektedir. [5]

B. A.B.D. HUKUKUNDAKİ TAHKİM UYGULAMALARINA GENEL BAKIŞ [6]

1.1 Tahkim Kavramı

Tahkim özel bir muhakeme (yargı) yoludur. Yargı, hakim adını verdiğimiz kişiler tarafından bir ihtilafın sonuçlandırılması için karar verilmesi süreci olarak tarif edilebilir. Müzakere veya arabuluculuk yöntemlerinde ihtilafın akıbeti hakkında bizzat ihtilafın tarafları karar verirlerken, yargıda sonuç hakkında karar veren hakimdir. Tipik bir örneği mahkeme olan ve resmi olarak kazai yetkinin kullanıldığı yargılama sürecinde yargıçlar ve jüriler hakim sıfatıyla karar veriler. Tahkim ise özel yani resmi olmayan bir kazai yetkinin kullanıldığı yargı yoludur.

Buna ilave olarak, resmi olmaması itibariyle "özel" olan tahkim, mahrem veya gizli olması itibariyle de genellikle "özel" bir statüye sahiptir. Ama tahkim her zaman bu manada gizlilik göstermeyebilmektedir. Bir tahkim davası yoğun trafiğe sahip bir kaldırımda görülebilir ama yine de özel bir yargı yolu olma sıfatını koruyacaktır. Kısacası, tahkim, özünde resmi mahkemelerin alternatif oluşturan özel bir sektördür. Yani, özel okullar ve devlet okulları ya da özel konutlar ve resmi konutlar (lojmanlar) örneklerinde olduğu gibi, tahkim de mahkeme sisteminin karşısında geliştirilmiş özel bir sistemdir.

1.2 Sözleşmeden Doğan Tahkim, Sözleşme Dışı Tahkim, Anayasal Bir Hak Olan Jüri Yargısı

Sözleşmeden doğan ve sözleşme dışı olmak üzere tahkimin iki çeşidi vardır. Bir ihtilafın tahkim yolu ile çözümlenmesi görevi sözleşme ile bağıtlanabileceği gibi kanundan da gelebilir. Eğer tahkim görevi sözleşme ile belirlenmiş ise, bu görevin yürütülmesi anayasal bir hak olan jüri yargılamasının ihlali manasına gelmez. Mahkemelerin genel kanaati; tahkim anlaşması yapan tarafların jüri tarafından yargılanma haklarından feragat ettikleri şeklindedir. Bu karşısında, sözleşme dışı tahkime taraf olanlar nadiren jüri yargılamasından feragat etmektedirler. Dolayısıyla, bu hakkın ihlalini önlemek için sözleşme dışı tahkimin genelde bağlayıcı olmaması gerekir. [7]

1.3 Özet Olarak Tahkim Kanunu

(a) İhtilaf sonrası ve İhtilaf Öncesine Dair Tahkim Anlaşmaları

Bir ihtilaf sadece taraflar söz konusu ihtilafın tahkim yolu ile çözümlenmesine karar vermeleri halinde tahkime gider. Bazen mevcut bir ihtilafın tarafları da ihtilafı tahkime götürmek konusunda anlaşabilirler. Bu tip ihtilaf sonrası tahkim anlaşmaları (veya "sunma anlaşmaları") nispeten nadir olarak görülmektedir ve tartışmaya açık değildirler [8] . Daha sıklıkla görülen ve çekişmeli olan ihtilaf öncesi yapılan tahkim anlaşmalarıdır. Bunlar, bir ihtilafın çıkması halinde, tarafların o ihtilafı mahkeme yerine tahkim ile çözüleceğini öngören bir madde içeren sözleşmelerdir. Bu tahkim maddeleri genelde tarafların arasındaki ilişken doğabilecek her türlü ihtilafı kapsayacak şekilde geniş olarak kaleme alınırlar ancak sadece bazı muhtemel ihtilafları kapsayacak şekilde daraltılarak da yazılmaları mümkündür. İstihdam, kredi, mal, hizmet ve emlak konuları da dahil olmak üzere çok geniş bir sözleşme yelpazesinde tahkim maddeleri ile karşılaşılmaktadır.

(b) Tahkim Anlaşmalarının Uygulanması

Genel manada sözleşmelerin çoğunluğunda olduğu gibi, tahkim maddeleri ihtiva eden sözleşmelerin çoğunda da taraflar hiçbir zaman ihtilafa düşmezler. Ama eğer taraflar arasında bir ihtilaf çıkarsa, o zaman tahkim maddesinin uygulanması söz konusu olacaktır ve böylelikle tahkim yerine mahkemeye gidecek olan bir taraf, tahkim konusundaki mutabakatına uymak zorunda olacaktır. Bir örnek vermek gerekirse, aralarında bir tahkim anlaşması olmasına rağmen, Satıcı Alıcıya (mahkemede) bir dava açarsa, Alıcı mahkemenin Satıcının davasını durdurmasını veya red etmesini sağlayabilir. Mahkeme Satıcının talebini tahkime havale ederek Satıcının tahkime mutabakatını yürürlüğe sokar; Satıcının talebini elde etmek için takip edebileceği tek merci tahkimdir. [9] Bir diğer ihtimal ise Satıcının talebini tahkim yolu ile ileri sürmesi ancak Alıcının tahkime katılmayı red etmesidir. Bu durumda Satıcı, Alıcının tahkimde yer almasını mecbur eden bir mahkeme kararı alabilir ve böylelikle mahkeme Alıcının tahkime mutabakatını yürürlüğe sokmuş olur.

(c) Tahkim Süreci

Taraflar arasındaki sözleme sadece ihtilafın tahkime gidip gitmeyeceğini değil, aynı zamanda tahkim süresince nelerin meydana geleceğini de belirler. Diğer yargı yolları gibi, hakeme tahkim de delillerin ve iddiaların sunulmasını içermektedir. Mahkemede görülen bir davada delillerin ve iddiaların sunulmasında hükümet tarafından yasalaştırılan usul ve delil kuralları tatbik edilir. Bunun tersine, tahkimde delil ve iddiaların sunulmasında, az sayıdaki istisnalar hariç olmak üzere, sözleşmede ne karalaştırılmış ise o kurallar uygulanır. Tahkim anlaşmaları genellikle, mahkemelerdeki uygulamalara kıyasla daha az keşif ve layiha sunumu öngörmektedirler ve yaygın olarak yine mahkemelere göre daha az delil kuralı içermektedirler. Her halükarda, taraflar tahkim anlaşmalarını hemen hemen istedikleri her şekilde yazmakta serbesttirler. Tahkim, taraflara kendilerine özel usul ve delil kurallarını yaratma olanağı sağlayarak usul kanununu özelleştirmektedir. Kısacası, tahkim bir sözleşme yaratma biçimidir.

(d) Hakemin Kararının veya "Tahkim Kararının" İnfazı

Bir hakem karar verdiği zaman, söz konusu karar mahkemede infaz edilebilir. Yargı yolu ile infaz gerekli olmayabilir çünkü tahkimde kaybeden taraf sıklıkla hakemin kararına gönüllü olarak uymaktadır. Her halükarda, kazanan taraf, tahkim kararını teyit eden bir mahkeme kararı alabilir ve bu teyit ile tahkim kararı bir mahkeme kararına dönüşmüş olur. Davacının lehine olan teyitli bir tahkim kararı mahkeme kararları ile aynı şekilde infaz edilir (cebri ipotek, icra, haciz yolları gibi). Tahkim kararları aynı zamanda daha sonra mahkemede dava açılmasının engellenmesi ile de infaz edilmiş olur. Davalı lehine olan bir tahkim kararı, Davacının hali hazırda tahkim ile çözümlenmiş söz konusu talebi mahkemeye götürmesini engeller.

Hakemlerin kararlarının yargı yolu ile infazı mahkemelerin sözleşmeleri yürürlüğe sokmasının basit bir örneğidir. Taraflar hakemin kararına uymaya rıza göstermişlerdir ve eğer bir taraf bunu yapmayı red ederse o zaman o taraf sözleşmeyi ihlal etmiş olur. Ya da diğer bir deyişle, bir kaç istisna ile birlikte hakemin kararı nihai ve bağlayıcıdır.

C. GÜNÜMÜZ AMERİKAN TAHKİM KANUNUNUN KAYNAKLARI

1.4 Federal Hukuk

Federal Tahkim Kanunu (FTK) açık farkla tahkim kanunun en önemli kaynağıdır. Federal tahkim hukukun başka kaynakları da mevcut olmakla beraber bunlar sadece özel tahkim tiplerine tatbik edilirler (iş tahkimleri ve milletlerarası tahkim gibi). Eyalet tahkim kanunu FTK'den daha az önemlidir çünkü FTK geniş bir alana uzanmaktadır ve kendisi ile çelişen eyalet kanuna göre önceliklidir.

(a) Sözleşmenin Önceliği

1925'te yürürlüğe giren FTK kesinlikle sözleşme önceliğini benimser. FTK'nın 2. maddesi tahkim anlaşmalarının "kanunda sayılı sebepler veya herhangi bir sözleşmenin iptali için gerekli olan eşitlik sebepleri hariç olmak üzere, geçerli, gayri kabili rücu ve infaz edilebilir olduğunu ifade etmektedir." Bu ifade tahkim anlaşmalarını "diğer sözleşmeler ile aynı kefeye yerleştirme" ve tahkim anlaşmalarının uygulanmasına karşı olan yargının düşmanca tutumunu tersine çevirmek niyetini yansıtmaktadır. FTK'nın yürürlüğe girmesi, tarafların yaptığı anlaşmaların uygulanmasına dair kongreye ait isteğin "hevesli, ilk ve başta gelen uygulaması idi".

(b) Mahkemenin Tahkim Yönünde Hüküm Vermesi, Tahkim Anlaşmalarının Özel Uygulaması

FTK, tahkim anlaşmaların uygulanmasında mahkemelerin özellikle güçlü bir yaptırım

kullanmasını gerekli kılmaktadır. Sözleşmenin ihlalinde parasal zararlar adi yaptırımlar olarak kabul edilirken, FTK'nın bir tahkim anlaşmasının ihlali için yaptırımı özel bir uygulamadır. Bir örnek ile konuyu daha iyi aydınlatacaktır:

Satıcının aralarında bir tahkim anlaşması olmasına rağmen Alıcıya karşı mahkemede bir dava açtığını varsayalım. Eğer bu dava FTK'nın yürürlüğe girmesinden önce açılmış olsaydı, mahkeme Satıcının davasının devam etmesine izin verirdi. Satıcının tahkim anlaşmasını ihlal etmesi ile ilgili olarak Alıcının talep edebileceği tek yaptırım parasal zararlar olabilirdi. Fakat bu parasal zararlar nasıl hesaplanacaktı? Sözleşmeyi ihlal etmeyen tarafın eğer sözleşme uygulansa idi hangi durumda olacağını saptamak için mahkemenin hem tahkim hem de mahkemede görülen davanın sonuçlarını tahmin etmesi ve sonra da bu ikisi arasındaki farkı bulması gerekecekti. Yöntemin spekülatif tabiatı göz korkutucuydu ve dolayısıyla mahkemeler böyle bir yaklaşımı kullanmadılar. Mahkemeler bir dolar veya benzeri bir miktarda itibari zararlara hükmedebiliyorlardı fakat Alıcı Satıcının ihlali karşılığında manalı bir telafi alamıyordu. Kısacası, Satıcı, herhangi bir yasal sonuç doğurmaksızın, tahkim anlaşmasını ihlal edebiliyordu.

Alternatif olarak, Satıcının talebini tahkim yolu ile ileri sürdüğünü ancak Alıcının tahkime katılmayı red ettiğini varsayalım. FTK'dan önce, Satıcının, Alıcının tahkimde yer almasını mecbur eden bir mahkeme kararı alması mümkün değildi. Eğer Satıcı Alıcıya karşı olan taleplerini takip etmek istiyorsa bunu mahkemede yapmak zorunda kalıyordu. Satıcı Alıcının tahkim anlaşmasını ihlali karşılığında manalı bir telafi alamıyordu ve Alıcı herhangi bir ceza almaksızın tahkim anlaşmasını ihlal edebiliyordu.

FTK her iki Satıcı/Alıcı senaryolarını da değiştirmektedir. FTK'ya göre, tahkim anlaşmasının ihlali halinde uygulanacak yaptırım özel bir uygulamadır yani tahkime gidilmesi yönündeki mahkeme emridir.

İlk olarak Satıcının Alıcıya karşı olan davasını ele alalım. Davalı ile yapılmış olan mevcut bir tahkim anlaşmasına rağmen, mahkemede dava açan bir davacı söz konusu anlaşmayı ihlal etmektedir. Mahkeme, davayı durdurarak, davacıya fiilen tahkim anlaşmasını uygulamasını emreder (FTK, Madde 3).

İkinci senaryoyu dikkate aldığımızda Alıcının, Satıcının kendisine karşı olan talebi ile ilgili olarak başlattığı tahkim davasına katılmayı red ettiğini görüyoruz. Bu durumda da yine mahkeme tahkime katılmayı red eden davalıya, tahkim anlaşmasının gereğini yerine getirmesi için emredecektir (FTK; Madde 4).

Özet olarak; FTK'nın 3. ve 4. maddeleri özel uygulamaya yönelik hükümler vermek yolu ile mahkemelerin tahkim anlaşmalarını uygulamalarını gerekli kılmaktadır. Ödeme emri vermek yerine, mahkemeler, tahkim anlaşmalarını ihlal eden taraflara bu anlaşmaları uygulamaları yani tahkime gitmeleri yönünde emretmektedirler. Bu şekilde verilmiş bir hükme uymamak mahkemeye itaatsizliktir ve maddi müeyyideler veya hatta mahkumiyet ile cezalandırılabilir.

(c) Geniş Uygulama Alanı

FTK, "herhangi bir denizcili işleminde veya ticari bir işleme ait herhangi bir sözleşmede" bulunan yazılı [10] bir tahkim anlaşmasına tatbik edilir. FTK'nın 1. Maddesi "ticareti" hem eyalet içi hem de eyaletler arası olarak kullanmaktadır. Yüksek Mahkeme bu ifadeyi eyalet içi ve eyaletler arası ticareti etkileyen her tür işlem manasına gelecek kadar geniş bir anlamda kullanmaktadır. Böylelikle, FTK'nın 1. Maddesinde bulunan ticaret tanımının yorumu son derece geniş bir alana yayılmaktadır ve tahkim anlaşmalarının oldukça büyük bir çoğunluğunu FTK'nın kapsamına sokmaktadır.

Fakat FTK'nın son derece geniş olan bu kapsamının bir istisnası vardır. FTK'nın 1. Maddesi "bu maddede geçen hükümlerin hiç birinin "denizci, demiryolu işçisi veya yabancı veya eyalet içi ticaret ile ilgili olarak işe alınmış her türlü diğer isçi sınıflarının hizmet sözleşmelerine uygulanmayacağını" ifade etmektedir. Bu şekilde "istihdam istisnası" kapsamına giren tahkim anlaşmalarına FTK tatbik edilmez. Diğer taraftan, bu istisna kapsamındaki toplu sözleşme ile yapılan tahkim anlaşmaları diğer bir federal kanun olan İşçi İşveren İlişkileri Kanunu (İİİK) tarafından uygulamaya sokulur. İstihdam tahkimlerinin önemli bir kısmına FTK yerine öncelikle bu kanun tatbik edilir.

1.5 Eyalet Hukuku

(a) Tahkim Kanunu

FTK'nın 1925'te yürürlüğe girmesinden önce, sadece iki eyalet mahkemeleri, ihtilaf öncesi özel bir yaptırım ile, yani tahkime gitmeleri yönünde emretme şeklinde, tahkim anlaşmalarını uygulamalarını zorunlu kılıyordu. Diğer eyaletlerdeki 1925 kanunu, tahkim sözünü ihlal eden tarafa karşı anlamlı bir yaptırım içermiyordu. 1925'ten itibaren hemen hemen her eyalet kanunu değiştirerek mahkemelerin tahkim anlaşmalarının uygulanması yönünde hüküm vermesini zorunlu kıldı. [11]

Pek çok eyalet Standart Tahkim Kanunu'nu (STK) uyarlamışlardır ve bu kanun FTK'ya oldukça benzemektedir. Her iki kanun arasında az sayıda tutarsızlık bulunmakla beraber STK, FTK'dan daha uzundur ve FTK'da bulunmayan bazı konuları içermektedir. 1955'de orijinal taslağı hazırlanan kanun ilk defa yakın zamanda revize edilmiştir.

(b) Tahkim Haricinde Hukuk

Ne FTK, ne STK, ne de herhangi bir diğer tahkim kanunu, tahkime uygulanacak tüm hukukun eksiksiz bir takriridir. Bu kanunlar, mevcut hukuku, sözleşme, eşya ve haksız fiil gibi alanlara sıklıkla dahil etmektedirler. Tahkim harici hukukun ekseriyatı ortak eyalet hukukudur ve özellikle tahkim açısından önemli olan ortak sözleşme hukukudur. Tahkim hukukunun çoğu, genel sözleşme hukukunun özel bir sözleşme şekli olan tahkim anlaşmasına tatbik edilmesidir.

D. FTK'NIN EYALET HUKUKU KARŞISINDAKİ ÖNCELİĞİ

I. FTK'nın Usul Kanunundan Esasa Dair Kanuna Evrimi

1.6 Usul Kanunu Olarak Orijinal FTK

Federal hukuk ve eyalet hukuku arasındaki ilişki, tahkim hukuku konusundaki en önemli ve karmaşık konulardan birisidir. Başlangıç noktası, Amerika Birleşik Develetleri Anayasası'nın federal kanunların eyalet kanunlarının üzerinde olduğunu öngören Üstünlük Maddesidir. Federal kanunlar ve eyalet kanunları arasında bir çelişki olması halinde federal kanunlar tatbik edilecektir. Örnek olarak, Davalının davacıya eyalet hukukuna göre haksız fiil ve sözleşme hukukuna göre sorumlu olduğu bir davayı ele alalım. Eğer davalı söz konusu eyalet kanununun uygulanmasının federal bir kanun ile çeliştiğini gösterebilirse, bu durumda Davalı davayı kazanır. Yani, eyalet kanunlarına göre elde edilecek sonuç federal kanunlar ile tersine çevrilmiş olur. Aynı durum esasa dair federal hukuku için de söylenebilir yani esasa dair federal kanunlar eyalet kanunlarının üzerindedir ve bu durum gerek federal mahkemede gerekse eyalet mahkemesinde görülmekte olan dava için geçerlidir. Bunun tersine, federal usul hukuku, eyalet usul hukukunun üzerinde değildir. Örneğin, Federal Medeni Usul Kanunu kendisiyle çelişen eyalet kanununun üzerine geçemez çünkü bu usul kanunu sadece federal mahkemede uygulanır ve "çelişkili" eyalet kanunu yani medeni usule dair eyalet kuralları sadece eyalet mahkemesinde uygulanır. Bu konuda herhangi bir anlaşmazlık yoktur çünkü her birisi kendi kazai yetki alanı içerisinde tatbik edilir.

FTK'nın 1925'te yürürlüğe girmesinde önce federal ve eyalet tahkim kanunları için de durum aynı şekilde idi. Federal tahkim kanunu sadece federal mahkemede tatbik edilirken, eyalet tahkim kanunu da sadece eyalet mahkemesinde tatbik ediliyordu. FTK da açıkça bu anlayış ile yasalaştırılmıştı. FTK'yı yürürlüğe sokanlar, hem federal mahkeme hem de eyalet mahkemesinde tatbik edilen esasa dair federal kanunların tersine, sadece federal mahkemede uygulanacak bir usul kanununu yürürlülüğe soktuklarını düşünüyorlardı.

Sadece federal mahkemede tatbik edilen bir kanun olarak FTK'ya dair bu orijinal anlayış 1925'ten sonra da dava hukukuna hakim oldu. Fakat Yüksek Mahkeme FTK'yı tedricen (sadece federal mahkemede uygulanan) bir usul kanunundan (hem federal hem de eyalet mahkemelerinde uygulanan) esasa dair kanuna çevirdi.

1.7 Erie ve FTK açısından sonuçları

FTK'nın esasa dair bir kanuna dönüşmesi Erie Demiryolları ve Tompkins arasındaki bir davada Yüksek Mahkemenin verdiği tahkim harici kararların sonucudur. Erie, federal mahkemelerin ne şekilde eyalet bazlı kanunlara dayanarak tazminat taleplerine hükmettiklerini gösteren bir dönüm noktası kararıdır (1938). (Federal mahkemeler çoğunlukla bu tip eyalet talepleri üzerinde yargılama yetkisine sahiptir çünkü federal mahkemeler "farklılık davaları" yani, bu davalar federal talepler içermese dahi, davanın taraflarının farlı eyaletlerin vatandaşları olduğu davalarda yargılama yetkisine sahiptir.) Erie davası, bu tip davalarda federal mahkemesinin, kendi federal hukukunu yaratması yerine, eyalet kanunlarını uygulaması gerektiğini ortaya koymuştur. Erie, "federal genel ortak bir kanun olmadığını" deklere etmiştir. Erie davasının gerekçelerinden biri, davanın sonucun, davacının davayı federal mahkemeye veya eyalet mahkemesine götürmesinde bağımsız olarak, aynı olması gerektiğidir. Herhangi diğer bir kural, davacıları kazai yetkinin kullanıldığı merci konusundan alışveriş yapmaya cesaretlendirecektir. Dolayısıyla, Erie federal mahkemelerin eyalet mahkemeleri ile aynı kanunları uygulaması gerektiğini gerekli kılmaktadır.

Fakat bu zorunluluk sadece esasa dair kanunlar ile ilgili olara tatbik edilmektedir. Erie, taleplerin ait olduğu eyaletin kanunlarının uygulanmasını zorunlu kılarken, talebi çözümlerken federal usulleri kullanmasına izin vermektedir. Yine Erie, eyalet usul kurallarından farklılık gösteren federal usul kurallarının uygulanmasına izin vermektedir. Dolayısıyla, Erie "esas" ve "usul" arasına bir çizgi çekilmesini gerekli kılmaktadır. Yüksek Mahkeme, bu tip bir çizgiyi 1945'de Guaranty Trust ile York arasındaki davada koymuştur. Bu dava "sonuç belirleyici" olan her tür kanunu esasa dair kısma koymuştur. Daha sonra, Yüksek Mahkeme aynı çizgiyi Bernhardt ile Polygraphic arasındaki davada da koymuş ve tahkimin Erie'nin güttüğü amaç doğrultusunda esasa dair bir husus olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, bu üç dava FTK'yı, orijinalinde görüldüğü yer olan hukukun usul tarafından çıkartıp, esasa dair kısmına koymuştur.

Tahkimin esasa dair bir husus olduğu anlaşıldıktan sonra, FTK'nın anayasal olması ile ilgili sorunlu bir konuyu ortaya çıkardı. Erie'ye göre, federal mahkemenin farklılık davalarında esasa dair ortak hukuku tatbik etmesi ama eyalet mahkemelerinin tatbik etmemesi anayasaya aykırı idi. Eğer öyle ise, Orijinal anlayış ile FTK söz konusu üç davada anayasaya aykırı olarak uygulanmıştı.

Bernhardt'ın FTK'nın esasa dair bir kanun olduğunu tespit etmesini takiben Yüksek Mahkemenin üç seçeneği oldu. İlk olarak, yürürlüğe girdiğinde anayasaya uygun olmakla beraber, FTK'nın bu üç dava ile anayasaya aykırı hale geldiğini savunabilirdi. İkinci olarak, FTK'nın sadece federal mahkemede ve farklılık içermeyen davalarda uygulanacağına karar verebilirdi (ki bu FTK'nın tüm federal davalara uygulanacağı şeklindeki orijinal anlayışının çok dar bir şekilde yorumlanması olacaktı). Üçüncü olara da, FTK'nın hem federal hem de eyalet

mahkemelerinde uygulanacağına karar verebilirdi (ki bu FTK'nın tüm federal davalara uygulanacağı şeklindeki orijinal anlayışının çok geniş bir şekilde yorumlanması olacaktı).

Yüksek Mahkeme, 1967'de Prima Paint ile Flood & Conklin davasında kendisini üçüncü seçenek ile bağladı. Bu davada FTK bir farklılık davasına uygulandı ve bunun yapılması ile Mahkeme açıkça birinci ve ikinci seçenekleri elemiş oldu. Bu dava "açıkça FTK'nın eyalet mahkemesinde uygulanacağını söylemiyordu ama gerekçesi farklı bir sonuç için fazla bir imkan bırakmıyordu." FTK'nın diğer bir eyalet mahkemesi davasında uygulanması için aradan onyedi yıl geçti (Southland v. Keating).

Ne yazık ki, bu dava orijinal anlayışı olan FTK'nın sadece federal mahkemede uygulanan bir usul kanunu olması hususunu benimsemedi. karardaki çoğunluk görüşüne FTK, yürürlüğe girmesinden itibaren hem eyalet mahkemesinde hem de federal mahkemede tatbik edilen esasa dair bir kanun idi. Muhalefet görüşüne göre ise, bunun tersine, "FTK'nın yasama tarihi 1925 Kongresi'nin yürürlüğe giren bu kanunu tabiatında usule dair bir kanun olarak değerlendirmiş ve görmüştü." Ancak, muhalefet görüşü şu şekilde bir sonuca varıyordu: "Hukukta meydana gelen ve birbirine karışan gelişmeler (yani bahsi geçen davalar), Mahkemeyi bu sonuca varmaya mecbur kılmıştır."

Son davanın çoğunluk görüşü, FTK'nın (sadece federal mahkemede uygulanacak) bir usul kanundan (hem federal hem de eyalet mahkemesinde uygulanacak) esasa dair bir kanuna dönüştüğünü kabul etmeme hatası, tahkim kanununda komplikasyonlara yol açmıştır. Bu komplikasyonlar FTK'nın tamamının mı yoksa bir kısmının mı eyalet mahkemesinde uygulanacağı sorusu ile ilgilidir.

1.8 FTK Federal Bir Yargılama Düzenlememektedir

Usul kanunu iken esasa dair kanuna dönüşen FTK'nın federal bir yargılama düzenlemesi yapmaksızın esasa dair federal bir kanun olması pek rastlanmayan bir durumdur. Normal olarak, federal haklarını ileri süren bir taraf taleplerinin federal mahkemede dinlenmesini isteme hakkına sahiptir. Fakat bu FTK'dan doğan haklarını ileri süren taraflar için geçerli değildir. Bu taraflar, bir şekilde federal yargılamaya işaret etmedikçe, eyalet mahkemesine gönderilirler.

II. Sözleşmenin Uygulanmasını Engellemesi Yönüyle Eyalet Kanunları

1.9 Genel olarak

FTK kesinlikle sözleşme önceliğini benimser. FTK'nın 2. maddesi tahkim anlaşmalarının "kanunda sayılı sebepler veya herhangi bir sözleşmenin iptali için gerekli olan eşitlik sebepleri hariç olmak üzere, geçerli, gayri kabili rücu ve infaz edilebilir olduğunu ifade etmektedir." Bu ifade tahkim anlaşmalarını "diğer sözleşmeler ile aynı kefeye yerleştirme" ve tahkim anlaşmalarının uygulanmasına karşı olan yargının düşmanca tutumunu tersine çevirmek niyetini yansıtmaktadır. FTK'nın yürürlüğe girmesi, tarafların yaptığı anlaşmaların uygulanmasına dair kongreye ait isteğin "hevesli, ilk ve başta gelen uygulaması idi". Buna uygun olarak, Yüksek Mahkeme de tekrar tekrar, kararlarında "özel tahkim anlaşmalarının, kendi şartlarına uygun olarak uygulanması" yönünde çaba gösterdiğini ifade etmiştir.

FTK'nın sözleşmenin önceliğini benimseyen bu kesin duruşu sıklıkla eyalet kanunu ile çelişmektedir. Bu tip bir çelişki halinde, eyalet kanunu, FTK'nın onun üzerinde olması sebebiyle, tatbik edilemez.

1.10 Mahkemelerin Tahkim Anlaşmalarını Uygulamalarını Yasaklayan Eyalet Kanunları

FTK'nın üstünlüğünü en açıkça ortaya koyan dava, tahkim anlaşmalarının uygulanmasını imkansız kılan eyalet kanunudur. Örneğin, Alabama mahkemeleri, ihtilaf öncesi yapılan tahkim anlaşmalarının "geçersiz" olduğunu beyan etmişlerdir. Yüksek Mahkeme ise Allied-Bruce Terminix ile Dobson arasındaki davada FTK'ın Alabama kanununun üzerinde olduğuna hükmetmiştir.

2.11 Mahkemelerin Özel Bir Uygulama Müeyyidesi İle Tahkim Anlaşmalarını Tatbik Etmelerini Yasaklayan Eyalet Kanunları

Alabama, mahkemelerin özel bir uygulama müeyyidesi (yani tahkim emri verilmesi) ile tahkim anlaşmalarını tatbik etmelerini ile yasaklayan bir kanuna sahiptir. Yüksek Mahkeme ise Allied-Bruce Terminix ile Dobson arasındaki davada FTK'ın Alabama kanununun üzerinde olduğuna hükmetmiştir. Bu davadaki muhalefet görüşü, Alabama kanununun hükümlerinin tahkim anlaşmalarını tatbik edilemez kılmadığını ama sadece mahkemelerin tahkim anlaşmalarını tatbik etmeleri konusunda kullanabilecekleri yaptırımları sınırlamakta olduğunu savunmuştur.

Örneğin, Alabama kanunu, bir tahkim anlaşmasının ihlali halinde mahkemelerin maddi zararlara hükmetmesine izin vermektedir. Dolayısıyla bahsi geçen muhalefet şerhi, Alabama kanunun, FTK'nın getirmiş olduğu tahkim anlaşmalarının "geçerli, gayri kabili rûcu ve infaz edilebilir" olması gerekliliği ile çelişmediği sonucuna varmaktadır.

Karardaki çoğunluk görüşü adına, altı çizilmesi gereken bir husus da, tahkim anlaşmalarının ihlal edilmesi halinde maddi zarara yönelik yaptırımların yetersizliği zaten FTK'nın yürürlüğe girmesi ile çözümlenmeye çalışılan problemin kendisi idi. Buna göre, FTK, mahkemelerin özel bir uygulama müeyyidesi ile tahkim anlaşmalarını tatbik etmelerini ile yasaklayan bir eyalet kanunu ile doğrudan çelişmektedir ve ona kıyasla önceliklidir.

Bu noktada, FTK'nın metni göze çarpmaktadır. Mahkemelerin özel bir uygulama müeyyidesi ile tahkim anlaşmalarını tatbik etmelerini gerekli kılan FTK hükümleri 3 ve 4. Maddelerde yer alır. Bu maddelerin metni, söz konusu hükümlerin eyalet mahkemesinde değil sadece federal mahkemesinde uygulanacağını öngörür. FTK'nın 3. Maddesi "Birleşik Devletler'deki herhangi bir mahkemede görülmekte olan her türlü dava veya hukuki işlemi" kapsamaktadır. FTK'nın 4. Maddesi daha da açıktır ve "tüm Birleşik Devletler bölge mahkemelerinde" tatbik edilir. Bu hükümler, FTK'nın orijinalinde eyalet mahkemelerinde değil de sadece federal mahkemede uygulanacak bir usul kanunu olduğu anlayışını yansıtmaktadır.

Yüksek Mahkeme FTK'yı tedricen (sadece federal mahkemede uygulanan) bir usul kanunundan (hem federal hem de eyalet mahkemelerinde uygulanan) esasa dair kanuna çevirdi. Bu evrim, Yüksek Mahkemenin 1984'de FTK'yı bir eyalet mahkemesi davasına uygulaması ile sonuçlandı. FTK'nın esasa dair bir kanuna dönüşmesi bir yandan Yüksek mahkemenin dönüm noktası özelliği taşıyan anayasal kararına (Erie davası) tepki olarak ortaya çıktığı savunulabilir bir gelişme iken, diğer yandan da bu evrim FTK'nın 3 ve 4. maddelerinin düz metni ile çelişmektedir. Zaten muhtemelen bu sebeple, Yüksek Mahkeme FTK'nın 3 ve 4. maddelerinin eyalet mahkemelerinde uygulanıp uygulanmayacağı sorusu ile ilgili olarak bir karmaşa içinde kalmıştır.

1983'te, Yüksek Mahkeme, "kanunun 3. Maddesine göre, eyalet mahkemelerinin federal mahkemeler gibi yargılamanın durması gerektiğine hükmetmesi gerektiği" şeklinde bir beyanda bulunmuştur. Fakat Southland davası "Tahkim Kanunun 3 ve 4. maddelerinin eyalet mahkemelerinde tatbik edileceğine katılmıyoruz" görüşünü geri getirdi. 1989'da Yüksek Mahkeme, "hükümleri itibari ile sadece federal mahkemede görülmekte olan davalarda tatbik edileceği anlaşılan 3 ve 4. Maddelerin her şeye rağmen eyalet mahkemelerinde de uygulanacağı görüşüne hiçbir zaman katılmadıklarını beyan etti. 1995'deki Allied-Bruce davası söz konusu maddelerin eyalet mahkemesinde uygulanıp uygulanmayacağı konusunu tartışmadı. Ancak bu davaların etkisi sonucunda eyalet mahkemelerinin özel bir uygulama müeyyidesi (yani tahkim emri verilmesi) ile tahkim anlaşmalarını tatbik etmeleri gerektiği mesajı gönderilmiş oldu. Gerçekte, bu davalar FTK'nın 3 ve 4. maddelerinin esasının eyalet mahkemelerinde uygulanabilir hale getirmiştir ama bunun yanı sıra bu maddelerin teknik manada eyalet mahkemelerinde uygulanıp uygulanamayacağı hususu halen tartışmaya açık bir soru olarak kalmıştır.

1.12 Belirli Talepler İle İlgili Olarak Tahkim Anlaşmalarını Tatbik Edilemez Yapan Eyalet Kanunları

FTK, belirli talepler ile ilgili olarak tahkim anlaşmalarını tatbik edilemez yapan eyalet kanununa göre önceliklidir. Bunun bir örneği, 7-11 Mağazalık bir satış hakkı (franchising) anlaşmasındaki tahkim maddesine dair Southland ile Keating arasındaki davada görülmüştür. Satıcılılar, haksız fiil, sözleşmenin ihlali ve Kaliforniya kanunun [12] (KSHYK) gizliliğe dair hükümlerinin ihlali de dahil olmak üzere çeşitli talepler ile Southland'e karşı dava açmışlardır. Asliye mahkemesi, Southland'in KSHYK'ya dayanan talepler haricindeki tüm taleplerin tahkimde görülmesi gerektiği şeklindeki talebini kabul etti. Asliye Mahkemesi ihtilafın ayrılmasına ve bir talebin mahkemede ve diğerlerinin tahkimde görülmesine hükmetti. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi de bu karara

katıldı. Diğer bir deyişle, satıcıların haksız fiil ve sözleşmenin ihlali taleplerinin tahkim yolu ile çözümlenebileceğini fakat KSHYK'ya dayanan taleplerin bu şekilde çözümlenemeyeceğini tasdik etti.

KSHYK'ya dayanan taleplerin haksız fiil ve sözleşmenin ihlali taleplerinden ayrılmasının ardındaki gerekçe kanunun metninden gelmektedir. Kanuna göre, "söz kanunun herhangi bir hükmüne uymaktan feragat etmek manasına gelen her türlü sözleşme maddesi geçersizdir." Kaliforniya Yüksek Mahkemesi bu ifadeyi KSHYK'dan doğan taleplerin tahkime götürülmesine dair bir anlaşmanın geçersiz olduğu şeklinde yorumladı. Kaliforniya mahkemesinin bir tahkim maddesini kanuna uymaktan feragat olarak yorumlamasının doğru olup olmadığı ilginç bir sorudur. Fakat Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi bu konuyu Southland davasında ele almadı. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Kaliforniya kanunlarının en üst yorum merci olarak Kaliforniya Yüksek Mahkemesine katıldı. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi sadece, en üst yorum merci olarak Kaliforniya Yüksek Mahkemesinin yorumladığı şekli ile Kaliforniya kanununa kıyasla federal kanunun önceliği olup olmadığı idi.

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, en üst yorum merci olarak Kaliforniya Yüksek Mahkemesinin yorumladığı şekli ile Kaliforniya kanununa kıyasla federal kanunun önceliği olduğu sonucuna vardı. FTK'nin 2. Maddesi, tahkim anlaşmalarının "kanunda sayılan sebepler ve herhangi bir sözleşmenin haklı sebepler ile iptaline dair sebepler hariç olmak üzere, geçerli, gayri kabili rûcu ve infaz edilebilir olacağını" öngörür. Southland davasında Yüksek Mahkeme, FTK'nın KSHYK ile çeliştiğine ve FTK'nın önceliği olduğuna hükmetmiştir. [13]

Adı geçen davadaki muhalefet görüşü, "satıcılar için özel bir koruma sağlayan bir eyalet politikası, federal kanunun temel amaçlarını zedelemeden de tanınabilir" demekteydi ama çoğunluk bu analizi kuvvetli bir şekilde red etti. [14]

Gerekçe sağlamdı. Mahkemeler tahkim anlaşmalarını sadece "kanunda sayılan sebepler ve herhangi bir sözleşmenin haklı sebepler ile iptaline dair sebepler" olduğu sürece tatbik etmeyi red edebilirler. Diğer bir deyişle, FTK, tahkim anlaşmalarına karşı saldırıya geçen tarafların silahlarını farklı bir hukuktan değil sözleşme hukukundan seçmeleri gerektiğini söylemektedir.

Pek çok eyalet Southland davasındaki Kaliforniya kanuna paralel kanunlara sahiptir. Yani, pek çok eyalet kanunu, kişisel hasar talepleri veya tıbbi meslek hatası talepleri gibi belirli talep kategorileri ile ilgili olarak ihtilaf öncesi tahkim anlaşmalarının tatbik edilmesini yasaklamaktadır. Bu FTK bu kanunlara kıyasla önceliğe sahiptir çünkü bunlar "herhangi bir sözleşmenin iptali"

için gerekçe olmayan bir gerekçe ile tahkim anlaşmalarının tatbikini red etmektedirler.

1.13 Belirli İşlem Tipleri İle İlgili Tahkim Anlaşmalarını Tatbik Edilemez hale Getiren Eyalet Kanunları

Pek çok eyalet kanunu belirli işlem tipleri ile ilgili tahkim anlaşmalarını tatbik edilemez kılar. Örneğin, pek çok eyalet kanunu, tüketici sözleşmeleri, iltihak sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri veya hizmet sözleşmelerindeki tahkim maddelerinin yürütülmesini yasaklar. FTK, bu kanunlara (sigorta ve hizmet ile ilgili muhtemel istisnalar ile birlikte) kıyasla üstündür çünkü bunlar "herhangi bir sözleşmenin iptali" için gerekçe olmayan bir gerekçe ile tahkim anlaşmalarının tatbikini red etmektedirler.

1.14 Sözleşmenin Tesis Edilmesi İçin Standart Muvafakat Öngören Eyalet Kanunları

Sözleşmenin kurulması, her bir tarafın rızasını beyan etmesini gerekli kılar. Rıza, tipik olarak, bir dokümanı imzalayarak veya bazı sözcükleri söyleyerek beyan edilir ama başka şekillerde de yerine getirilebilir. Karşılıklı rıza beyanı, her tür sözleşmede olduğu gibi, tahkim anlaşmasının tesis edilmesinde de aranmaktadır.

Sözleşme hukuku, tüketicilere sunulan, ya al ya da git şeklinde sunulan şablon sözleşmeler bağlamında rıza konularıyla uzun süre mücadele etmiştir. Örneğin, Sözleşmelerin (İkinci Kez) Yeniden İfade Edilmesi ile ilgili bir yorumda şöyle denmektedir:

Düzenli bir şekilde standart tip bir anlaşma yapan bir taraf, müşterilerinin standart şartları anlamasını veya hatta okumasını beklemez. Gerçekte, müşteriler de normalde standart şartları anlamaz veya hatta okumaz. Müşteriler, tip sözleşmeyi kullanan tarafın iyi niyetine ve aynı

şartların düzenli olarak aynı konumdaki diğer kişiler tarafından kabul ediliyor olmalarının temsil ettiği zımni muvafakata güvenirler. Fakat, kanunun düzenlediği bazı sınırlamalara tabi olmakla beraber, okumadıkları ve anlamadıkları şartlara rıza gösterdiklerini bilirler.

Bu sınırlandırmalardan biri, eğer "anlaşmada özellikle bir maddenin bulunduğunu bilse idi müşterinin anlaşmayı kabul etmeyeceğine inanması için eğer diğer tarafın bir sebebi var ise" o zaman müşterinin tip bir sözleşme maddesine rıza göstermeyeceğini savunmaktadır. Bu doktrin tüketicileri, "garip veya ezici", "açıkça mutabakat sağlanan ve tip olmayan maddeleri hükümsüz kılan" veya "işlemin hakim amacını ortadan kaldıran bir tip sözleşme maddesinde korumaktadır.

Eyaletler, FTK'nın üstünlüğü hususunu riske atmadan, tahkim anlaşmalarına rıza ile ilgilenen sözleşme hukukunu tatbik edebilirler. Çünkü bu tipteki hukuk tüm sözleşmeler uygulanır. Eyaletler, hem FTK'nın tahkim anlamalarını "diğer anlaşmalar ile aynı tabana oturtmak amacına sadık kalıp, hem de bu kanunları tahkim anlaşmalarına uygulayabilirler. Esasında, eyaletler eğer tahkim anlaşmalarına rıza konusunda diğer anlaşmalara uyguladıklarının daha aşağısında bir standart tatbik etselerdi, o zaman FTK'nın hedefine sadakatsizlik yapmış olurlardı. Diğer taraftan, eyaletler tahkim anlaşmalarına diğer anlaşmalarına uyguladıklarında daha yüksek standartlar getirmezler.

Örneğin, FAA Montana kanunlarının üzerindedir ve bu kanuna göre bir sözleşmenin tahkime tabi olduğu sözleşmenin ilk sayfasında büyük harfler ile ve altı çizili olarak yazılmalıdır ve bu uyarı bulunmadıkça sözleşme tahkime tabi olamaz. Doctor's Associates ile Casarotto arasındaki davada bu kanuna uygun olmayan bir satış hakkı (franchise) anlaşması söz konusu idi çünkü tahkim anlaşma sıradan bir şekilde dokuzuncu sayfada yer alıyordu. Yüksek Mahkeme FTK'nın Montana kanunlarının üzerinde olduğuna hükmetti çünkü Montana kanunları, sözleşmelere genel olarak uygulanması imkansız olan bir şartı, yani tahkim anlamasının geçerliliği için özel bir uyarı gereğine uygunluk şartını koşmaktadır. FTK, "eyaletlerin şüpheli durumlarda tahkim şartlarını elemelerini yasaklamaktadır ve bunun yerine tahkim şartlarını diğer sözleşmeler ile aynı tabana oturtulmasını istemektedir."

III. KANUN SEÇİMİNE DAİR MADDELER

1.15 Giriş

Birleşik Devletler Anayasası'nın Üstünlük Maddesi yüzünden, federal kanunların eyalet kanunları çelişmesi halinde federal kanunlar üstünlük kazanırlar. Bu bağlamda, federal tahkim kanunu diğer federal kanunlardan farklı değildir. FTK pek çok eyalet kanunun üzerindedir.

FTK'nın eyalet kanununa üstünlüğünü olağandışı hale getirmenin yolu, tahkim anlaşmasının taraflarının bunu sözleşmeye koymalarıdır. Taraflar, ortaya çıkacak ihtilafların, FTK yerine, eyalet tahkim kanununa tabi olacaklarını öngören geçerli bir tahkim anlaşması yapabilirler. Tarafların bunu yapma güçleri Yüksek Mahkemenin Volt Information Sciences ile Board of Trustees of the Lenand Stanford Junior University arasındaki davada verdiği görüşten gelmektedir.

1.16 Volt Davası

Volt davası bir inşaat sözleşmesi içerisindeki tahkim anlaşmasını ihtiva etmekteydi. Kaliforniya asliye mahkemesi, (mahkemede görülmekte olan) ilgili davanın sonuçlanmasına bağlı olarak durdurdu. Kaliforniya kanunları bu tip bir durdurmaya izin vermektedir. FTK muhtemelen bu tip bir durdurmayı yasaklar. Kaliforniya Temyiz Mahkemesi, inşaat sözleşmesinde "(sözleşmeye) projenin konumlandığı yerin kanunlarının tatbik edileceği" şeklinde bir kanunun seçimine dair maddesi bulunduğu için FTK yerine Kaliforniya tahkim kanunun uygulandığı savundu. Söz konusu proje Kaliforniya'da yer alıyordu. Kaliforniya Temyiz Mahkemesi, tarafların, "yapmış oldukları kanun seçimi maddesini yorumladığımızda, Kaliforniya kanunlarının uygulanmasında anlaşmışlardır ve durdurmaya dair hükmünde bir parçası olduğu bu kanunlar sözleşmeye tatbik edilir." Kaliforniya Temyiz Mahkemesi, "tahkim anlaşmasının seçilen kanunlara uygun olarak yürütülmesinin FTK'ya aykırılık teşkil etmeyeceğini çünkü FTK'nın amacının tahkime dair özel anlaşmaların uygulanmalarını garanti altına almaktadır" görüşünü savunmuştur. Bu görüş Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi tarafından da kabul edilmiş ve tasdik edilmiştir.

Davada muhalefet olmasına rağmen, Yüksek Mahkeme, tarafların, FTK yerine Kaliforniya tahkim kanunun uygulanacağı bir tahkim anlaşmasını yapabileceklerine oybirliği ile karar vermiştir. Davadaki çoğunluk kararı, tarafların bu anlaşmayı yaptıklarını tasdik etmişlerdir.

Muhalefet görüşü tarafların bu anlaşmayı yaptıkları kanaatine katılmasa da "tarafların FTK'nın kapsamı dışında tahkime gitmek için anlaşma yapmakta serbest olduklarını onaylamıştır. Böyle bir anlaşma bir eyalet kanunun, ki aksi halde FTK üstün gelecektir, bu tahkime uygulanmasına izin verecektir." Mahkeme tarafların FTK'nın kapsamı dışında tahkim anlaşması yapabilecekleri konusunda oy çokluğu ile karar vermiştir.

Muhalefet ve çoğunluk daha dar kapsamlı bir konuda ayrı düşmüşlerdir. Çoğunluk, Kaliforniya Temyiz Mahkemesinin ("taraflar Kaliforniya tahkim kurallarını kendi tahkim anlaşmasına dahil etmişlerdir" şeklindeki) hukuk seçimi maddesi yorumunu incelememiş ama bunu eyalet kanunun bir konusu olarak kabul etmiştir. Bunu tersine Yüksek Mahkemedeki muhalefet, "ne eyalet mahkemesinin tarafların sözleşmesini olağandışı bir şekilde yorumlamasını ne de Mahkemenin bunu incelemekte gösterdiği isteksizliği kabul edemem" demiştir.

Muhalefet doğru olarak şu hususa dikkati çekmiştir; "bu tip kanun seçimi maddelerinin normal amacı diğer bir eyaletin kanunun yerine o eyaletin kanunun uygulanacağını tespit etmektir, bunlar eyalet kanunu ve federal kanunu arasındaki ilişkiei değinmezler." Volt davasında tarafların kanun seçim maddesinin en iyi yorumu, diğer bir eyalet kanunu yerine Kaliforniya kanununun seçilmiş olmasıdır ve federal kanun yerine eyalet kanunun seçilmiş olduğu manasına gelmemektedir. Kaliforniya Temyiz Mahkemesi sözleşmeyi yanlış yorumlamıştır.

Volt davasında Yüksek Mahkemenin önündeki en ilginç soru Kaliforniya mahkemesinin yanlış yorumunu düzeltip düzeltmemekti. Normal olarak, Yüksek Mahkeme eyalet mahkemelerinin federal kanunlar hakkındaki kararlarını en baştan incelerler fakat eyalet mahkemelerinin eyalet kanunları ile ilgili kararlarına uyarlar. Sözleşme yorumu daha çok bir eyalet kanunu konusudur. Fakat bazı sözleşmeler, tahkim anlaşmaları da federal kanunların, FTK'nın kapsamına giren konulardır. FTK çoğunlukla önceden eyalet kanunlarını inceler ve sıklıkla içine dahil eder. Gerçekte, eyalet sözleşme hukuku, söz konusu sözleşme bir tahkim anlaşması ise eyalet kanunu federal kanun haline gelir.

Örneğin, varsayalım. Alabama kanunları ihtilaf öncesi tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğunu öngörmektedir. Bu durumda eğer Alabama mahkemeleri önlerine gelen her tahkim anlaşmasına FTK yerine Alabama tahkim kanunun uygulanacağı şeklinde yorum yaparlarsa, o zaman FTK'nın öncelikli emri olan tahkim anlaşmaların uygulanmaları hususu Alabama mahkemelerinde tatbik edilemeyecekti. Normalde eyalet kanunu bir konusu olan sözleşmenin yorumlanması ile ilgili hüküm vererek, Alabama mahkemeleri etkili bir şeklide federal bir kanunu iptal etmiş olacaklardı. Tabi ki, Kaliforniya Mahkemesinin Volt davasındaki sözleşme yorumunu incelemeyi red etmesine rağmen, Yüksek Mahkeme bu örnekteki Alabama mahkemelerinin sözleşme yorumunu inceleyecekti.

Alabama örneği ile Volt davası arasında önemli bir ayırım vardır. Alabama tahkim kanunu bütünü ile FTK'ya karşıdır ama Kaliforniya tahkim kanunu FTK'ya oldukça benzemektedir. Kaliforniya tahkim kanunu genelde tahkime ve tahkim anlaşmalarının yürütülmesine destek olan bir yapıya sahiptir. Volt davası açıkca Kaliforniya tahkim kanunun tahkim yoluna başvurmayı cesaretlendirecek şekilde tasarlandığını açıkça ortaya koymuştur. Volt davası ile şu sonuca varılabilir; "eğer tahkimin önceliğine dayanan bir eyalet kanunu uygulanması kapsamında sözleşme yanlış yorumlanmışsa o zaman eyalet mahkemesine uyulur ama eğer tahkim karşıtı bir eyalet kanunu uygulanması kapsamında sözleşme yanlış yorumlanmışsa o zaman eyalet mahkemesine uyulmaz.

1.17 Mastrobuono Davası

Volt davasından sonra Yüksek Mahkeme tarafların FTK'nın üstünlüğünü dışında kalan bir sözleşme yapıp yapmadıkları sorusu ile sadece bir kere ilgilendi. Mastrobuono ile Shearson Lehman Hutton arasındaki davada yatırımcılar ve onların teminat brokerları arasındaki bir sözle şme söz konusu idi. Sözleşmede hem bir tahkim şartı hem de New York Kanunlarını içeren bir kanun seçim maddesi vardı. Davanın görüldüğü esnada, New York kanunları hakemlerin cezalandırıcı tazminata hükmetmesini yasaklıyordu. Hakem yatırımcı lehine cezalandırıcı tazminata hükmettiği zaman, broker (Volt davasından alıntı yaparak) mahkemeden New York kanunların tatbik edileceği gerekçesi ile hakem kararının o kısmının bozulmasını talep etti. Yüksek Mahkeme brokerın iddiasını red etti ve ceazalandırıcı tazminata dair kararı onayladı.

Eyalet mahkemesinde başlayan Volt davasının tersine, Mastrobuono davası federal mahkemeye gitti. Bu yüzden Mastrobuono davasında (Volt davasında olduğu gibi) sözleşmenin eyalet mahkemesi tarafından yapılan yorumuna uyup uymamayı dikkate almaksızın Yüksek Mahkeme sözleşmeyi istediği gibi yorumlayabilecekti. Bu davada Mahkeme doğru bir şekilde sözleşmeyi yorumladı ve New York kanunlarının hakemlerin cezalandırıcı tazminata hükmedemeyeceği yönündeki kuralının uygulanmasının gerekli olmadığına karar verdi. Ancak Mahkemenin gerekçesi muğlak idi.

Mahkeme öncelikle şunu öne sürdü; kanun seçimine dair madde, basit olarak New York kanunlarının diğer eyalet kanunlarına karşı seçilmesi idi ama federal kanuna karşı seçilmesi

manasına gelmiyordu. Mahkeme bunu söylerken, brokerın smzleşmenin New York eyalet kanunlarına dair seçimini yorumlardan bu yorumu (aksi halde uygulanacak federal kanunda ayrı olan) istinafı dahil edecek şekilde yapmasından yola çıkmıştı. Mahkeme basit olarak bu istinafın sözleşmeye dahil olmadığı yorumunu yapabilirdi. BU yorum, kanunun seçimine dair maddelerin eyalet kanunları arasındaki bir konu olduğu, eyalet kanunu ile federal kanun arasındaki bir hususu teşkil etmediği şeklindeki normal anlayış ile tutarlı olurdu ve bu yorum Mahkemenin ulaştığı sonuca (taraflar FTK'nın üstünlüğünü dışarıda bırakan bir sözleşme yapmamışlardır, hakem cezalandırıcı tazminata hükmedebilir) kolaylıkla varacaktı.

Kanunun seçimine dair maddenin eyalet kanunu ile federal kanun arasındaki ilişki ile ilgili olamadığı noktasında durmak yerine, Mahkemeyi sözleşmeyi yorumlamakta daha ileri gitti. Diğer bir deyişle, Mahkeme kanunun seçimine dair madde ile ilgili yorumu üzerine doğrudan dayanmadı ama başka gerekçeleri esas aldı. Bu diğer gerekçeleri ekleyerek Mahkeme, hangi şartlarda kanun seçim maddelerinin FTK'nın eyalet kanunun üzerinde olması hususunu dışlayacak şekilde yapılacağı konusunu açık bırakmış oldu.

IV. SİGORTA TAHKİMİ

1.18 McCarran-Ferguson ve FTK

FTK'nın eyalet kanunlarının üzerinde olması hususu, McCarran-Ferguson Kanunu yüzünden sigortacılık alanında komplikasyon yarattı. Kanun şöyle demektedir:

(a) Eyalet düzenlemesi

Sigortacılık işi ve bu işle ilgilenen herkes, bu tip işlerin düzenlenmesi veya vergilendirilmesi ile ilgili olan çeşitli Eyaletlerin kanunlarına tabi olacaktır.

(b) Federal düzenleme

Herhangi bir Kanunun özellikle sigortacılık işleri ile ilgili olması hali dışında, hiç bir federal kanun, herhangi bir Eyaletin sigortacılık işlerini düzenlemek için çıkarmış olduğu herhangi bir kanunu hükümsüz kılmayacak, zayıflatmayacak veya yerine geçmeyecektir.

Bazı eyalet kanunları McCarran-Ferguson Kanunu ile federal kanunun üstünlüğünden korunurlar. Örneğin, bu kanun bazı sigorta davalarına FTK'nın uygulanmasını yasaklar ve bu davaları eyalet kanunlarına bırakır. O zaman burada yapılması gereken hangi eyalet kanunlarının McCarran-Ferguson Kanunu ile federal kanunun üstünlüğünden korunduğunu bulmaktır.

Yüksek Mahkeme bu kanun ile korunabilmek için bir eyalet "kanunun sigortacılık alanında sadece bir etkisi olmamalı ama özellikle bu alana yönelik düzenlenmiş olmalıdır." Bu sebeple, McCarran-Ferguson Kanunu, genel olarak tahkimi düzenleyen kanunları, sigorta tahkimlerine uygulansalar bile, FTK'nın üstünlüğünden korumaz. Bunun tersine, bu kanun, (diğer sözleşmelerdeki tahkim şartlarının geçerli olmasına rağmen) sigorta poliçelerine koyulan tahkim maddelerinin tatbik edilemeyeceğini öngören bir Kansas kanununu FTK'nın üstünlüğünden korur. Yine bu kanun, sigorta şirketlerinin tasfiyesi ve mallarının idaresi ile ilgili belirli eyalet kanunlarını FTK'nın üstünlüğünden korumaktadır.

E. TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM KAVRAMI

1. Genel Olarak Tahkim ve Tahkim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Daha önce de belirtildiği üzere, tahkim, herhangi bir ihtilafın çözümünün, devlet yargısı yerine, hakem/hakemlerce gerçekleştirilmesi hususunda, tarafların iradesini ifade eder. Bu irade, bağımsız bir tahkim sözleşmesi
ile veya asıl sözleşmede bir şart olarak ifade edilmelidir. Bu nedenledir ki, tahkim bir sözleşmedir. Diğer bir deyişle, tahkim yargısının temelindeki bu sözleşme müstakil nitelikte

olabileceği gibi, maddi hukuk sözleşmesinin bir hükmü olarak da yapılmış olabilir (tahkim şartı). Tahkim sözleşmesi genel kavram olarak kullanıldığı gibi müstakil sözleşme için de kullanılmaktadır. Müstakil nitelikteki tahkim sözleşmesi ihtilaf çıkmadan yapılabileceği gibi ihtilafın doğmasından sonra da yapılabilir. Hukukumuzda bu çeşitler bakımından farklı düzenlemeler öngörülmüş değildir
[15]
.

Tahkimin sözleşmesel niteliği karşısında, sözleşmenin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, tahkim sözleşmesi bir maddi hukuk sözleşmesidir (Sözleşme teorisi). Hukukumuzda bu görüşün savunucularına göre, tahkim sözleşmesi bir usul hukuku işlemi olmak ve etkilerini usul hukuku alanında göstermekle beraber, doğumu bakımından bu sözleşmeleri maddi hukuk alanında değerlendirmek gerekir. Doktrindeki diğer bir görüşe göre, tahkim sözleşmesi, bir usul hukuku sözleşmesidir (Kazailik Teorisi). Bu görüşe göre, bütün sözleşmeler, medeni hukuka özgü değildir. Tahkim sözleşmesinin meydana gelmesi, tarafların bu sözleşmeyi akdederken sahip olması gereken nitelikler, temsil yetkileri gibi haller için borçlar hukuku kuralları geçerli olmakla beraber, bu durum tahkim sözleşmesini, bir maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmeye yetmez. Tahkimin çabukluk, ucuzluk ve uyuşmazlığın doğrudan uzman kişiler tarafından çözümlenmesi amacı göz önüne alındığında, tahkim sözleşmesi ile, uyuşmazlığın devlet yargı organlar yerine, hakemler tarafından çözümlenmesi amaçlanmaktadır. Tahkim sözleşmesi, etkilerini usul hukuk alanında göstermektedir; özellikle tahkim sözleşmesinin hakem yargılamasına yetki veren olumlu etkisi ve devlet yargısına giden yolu kapayan olumsuz etkisi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu tarafından kabul edilmekle, bu görüş doğrulanmaktadır. Bir diğer görüş ise, tahkim sözleşmesinin, hem maddi hukuk, hem de usul hukuku karakterine sahip "karma" nitelikli bir sözleşme olduğunu ileri sürmektedir. Bu düşünceye göre, tahkim sözleşmesi, maddi ve usul hukuku alanına giren özellikler taşmakla beraber, iki bağımsız kısımdan oluşan bir sözleşme olmayıp, iki farklı alanı bünyesinde birleştiren tek bir hukuki işlemdir.
[16]

Tahkimde uyuşmazlık, bir hüküm ile çözümlenir ve bu hükme, kanuni istisnalar dışında, devlet yargısının müdahalesi söz konusu değildir. Tahkime başvurmak ihtiyari iken, uyuşmazlığı çözümleyen geçerli bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hükme uyup uymama, tarafların isteklerine bırakılmamıştır. Öyleyse tahkim sonucunda ulaşılan hüküm, tıpkı devlet yargısında yapılan yargılama sonucunda ulaşılan hüküm gibi bağlayıcıdır. [17]

Çeşitli yabancı hukuk düzenlerinde olduğu gibi, Türk Hukukunda da yasalar ile tahkime izin verilmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516-536. maddeleri ile, kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için özellikle bir yargı oluşturma imkanı tanınmıştır. Türk Hukukunda, uluslararası tahkim hükümlerine ayrıca yer verilmiştir. "4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Yasası"

21.06.2001 tarihinde kabul edilerek, 05.07.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. [18]

2. Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği

H.U.M.K. bazı geçerlik şartlarını sarahaten düzenlemiş bulunmaktadır:

· Tahkim ancak tarafların iradeleri ile etki edebilecekleri sulh olabilecekleri konular üzerinde cereyan eder. Bu nitelikte olmayan konular hakkında aktedilecek tahkim sözleşmesi geçersizdir.

· Kanun tahkim sözleşmesinin geçerlik şartı olarak yazılı şekilde yapılma gereğini düzenlemiştir.

· Sözleşmenin konusunun belirli olması ve tarafların tahkim iradesini kesin şekilde aksettirmesi gerekir.

· Tahkim sözleşmesi ahlaka aykırı olması durumunda da geçersiz olacaktır.

· Bir yargı olan tahkimde, hakem mahkemesine, bağımsızlığını etkileyecek şekilde müdahale imkanını öngören hükümler de tahkim sözleşmesi ve yargısını geçersiz hale getirir. [19]

3. Tahkim Sözleşmesinin Etkisi

Tahkim sözleşmesi bulunduğu halde adliye mahkemelerine müracaat edilmesi durumunda, yapılacak tahkim def'i bir ilk itirazdır. Yargıtay ise burada tahkim def'inin sonradan ileri sürülmesini, tahkim def'ini bir maddi hukuk savunması niteliğinde görerek, dava değiştirme kabul etmekte ve hasmın muvafakati ile ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. Mahkemenin tahkim def'ini kabul ettiği takdirde vereceği kararın "teknik anlamda bir görevsizlik kararı değil, "ihtilafın hali hakeme ait olduğu" gerekçesi ile dava dilekçesinin reddine dair HUMK'a göre verilmiş bir karar" olacağı Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Bununla beraber, tahkim sözleşmesi sadece taraflarını bağlar; bu sözleşmeye taraf olmayanları tahkim yargılamasına tabi tutmak caiz değildir. [20]

4. Tahkimin Geçerliği Hususunda Mahkemelerin Yetkisi (H.U.M.K. Madde 519)

Tahkimin geçerliği ile ilgili temel iki unsur; geçerli bir tahkim sözleşmesi ve bu sözleşmeye dayanan geçerli bir yargılama sonucunda uyuşmazlığı çözen bir hükümdür. Geçerli bir tahkim sözleşmesi olduğu halde hüküm geçersiz bir yargılama sonucunda da verilmiş olabileceği gibi bir tahkim sözleşmesine dayanmayan (veya ihtilaf konusunun mevcut tahkim sözleşmesinin kapsamında olmadığı) bir yargılama sonucunda hüküm verilebilir ve her iki durumunun hukuki sonucu aynıdır. Bir tahkim yargılaması sonucunda geçerli bir hükme varılmasının mümkün olup olmadığı hususundaki ihtilaflar mahkeme tarafından çözülecektir.

Devlet mahkemesine tahkim yargılamasının başlamasından evvel müracaat edebileceği gibi, sonra da müracaat edilebilir. Bu durumlarda müstakil bir tespit davası söz konusu olur. Ancak mahkemenin tahkimin geçerliliği ile ilgili tetkiki yapması meselenin başka usuli durumlar dolayısı ile önüne gelmesi ihtimallerinde de mümkündür. Önünde dava açılan ve tahkim def'i ileri sürülen mahkeme geçerli bir tahkim sözleşmesinin mevcut olup olmadığını inceleyecektir. Bunun dışında, yasanın mahkemeyi tahkim yargılamasında yetkili kıldığı hususlarda mahkemenin bu hükümlerdeki yetkisini kullanmadan evvel re'sen inceleme yapabileceği kabul edilmek gerekir. [21]

Tahkim yargılaması başladıktan sonra, taraflardan biri geçersizlik ile ilgili iddiayı yaptığı takdirde, Yargıtay hakem mahkemesinin bu hususun hallettirilmesi için mehil vermesi gereğini kabul edilmekte ve verilen kesin mehle rağmen dava açılmaması halinde hakem mahkemesinde

davaya devam edileceğini içtihat etmektedir. Ancak gerek bu durumda gerek itirazın ileri sürülmeyip davanın hakemler tarafından hükme bağlanması halinde, m. 519 kapsamına giren hususların temyiz yolu ile ileri sürülmesi mümkün olmak gerekir. Buna mukabil HUMK 519 kapsamına giren bir hususun devlet mahkemesince görülmesi durumunda bu kapsamda verilecek olan hüküm bağlayıcı olacaktır. [22]

Hakemler yargılamaya devam ederken, açılan bir tespit davasında mesela tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu hususunda kesinleşmiş bir hüküm ortaya çıkarsa, artık hakemlerin yargılamaya devam etmesi gerekir. Hüküm verilirse bu hüküm yok sayılmak gerekecektir. Hakem mahkemesinin kararından sonra devlet mahkemesinin geçersizliğe ilişkin kararı durumunda da sonuç aynı olmalıdır. [23]

5. Tahkim ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hukuku Arasındaki İlişki

Tahkim yakından incelendiğinde, yapısı itibariyle diğer ADR yollarından farklı olup hak arama hürriyetini kısıtlayan bir özellik gösterir. Zira, davacı tahkim sözleşmesine rağmen davasını mahkemede açarsa, davalı "davanın tahkim yolu ile (hakemlerde) görülmesi gerekir" şeklinde bir tahkim itirazında bulunmak suretiyle, mahkemenin tahkim sözleşmesine dayanarak görevsizlik kararı vermesini ve davayı reddetmesini sağlayabilir. Doktrinde tahkim sözleşmesinin birincisi müsbet, ikincisi menfi olmak üzere birbirine bağlı iki temel etkisinin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bu sözleşme ile taraflar hukuki uyuşmazlıklarını tahkim yargısı içinde halletmeyi kabul etmişler ve adliye mahkemelerine giden yolu kapatmışlardır". Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin varlığı, hak arama hürriyetinin (Anayasa m. 36) sözleşme hürriyetiyle (Anayasa m. 48) kısıtlanmasına yol açar. Sonuç olarak ADR yollarının temeli sözleşme özgürlüğüne dayanır, ADR yollarının çerçevesini yargıya yönelik anayasal düzenler çizer. Yargı yolunun temelinde ise cebrilik yatar ve irade geri planda kalır. Yargı yolu sonunda verilen hükme uymak zorundadır. Tahkime başvurmak ise ihtiyari; ancak başvurulduğu taktirde tahkimin sonucuna uymak zorunludur. ADR'de ise tamamen gönüllülük esası hakimdir. ADR'ye başvurmak ve sonuca uymak ihtiyaridir. ADR'nin sonucuna uyulmazsa akde aykırılık ortaya çıkar. ADR'ye başvurulmadan önce yargıya gidilebileceği gibi, ADR'ye başvurulduktan sonra dahi yargıya gidilebilir. ADR hak arama hürriyetini kısıtlamaz. ADR bir hak arama yönteminden ziyade özel bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Hak arama yöntemleri kullanıldıktan sonra bile taraflar ADR yollarını kullanabilirler. [24]

F. SONUÇ

Tahkim, tıpkı devlet yargısı gibi taraflara bir çözüm garantisi sunar ama devlet yargısına nazaran daha çabuk sonuçlanır. Bunun birinci nedeni, tahkim yargılamasında hakem/hakemler, devlet yargısında olduğu gibi maddi ve usul hukuku kuralları ile bağlı olmamaları ve bundan dolayı yargılamanın daha süratli sonuçlanmasını sağlayacak, çeşitli önlemler alabilmeleridir. Bir diğer neden ise, tahkimde hakemlerin bir tek uyuşmazlığı çözümlemek zorunda olmalarına karşın devlet yargısının çözümlemek zorunda olduğu sayısız uyuşmazlığın bulunmasıdır. Hızlı sanayileşme ve ticari ilişkilerdeki gelişmeler de göz önüne alındığında, tahkim yöntemi, devlet yargısının iş yükü yoğunluğu karşısında, gelişen ilişkilerin hızına daha uygundur. Tahkimin bir diğer avantajı ise, hakem heyetini oluşturan kişi veya kişilerin, konunun uzmanı kişi veya kurumlar olmalarıdır. Ayrıca, uyuşmazlığın tarafları, tahkim yargısının bazı aşamalarını kontrol imkanına sahiptirler. Son olarak, tahkim yargısı, devlet yargısından farklı olarak aleni yapılmak zorunda değildir. Bu husus, tahkimi düzenleyen yasalarda yer almamış olsa dahi, tahkim kurumlarınca hazırlanan tahkim yöntemine ilişkin kurallarla geliştirilmiştir. [25]

Tahkimin devlet yargısına nazaran sahip olduğu bu olumlu yönleri yanında, dava açmanın olumsuz yönlerine benzer olumsuzlukları vardır. Örneğin, tahkim yargısı, uyuşmazlığın taraflarına, kendi çözümlerini üretecek kadar tahkim yargısına katılımına izin vermez. Ayrıca, tahkim usulüne, çeşitli nedenlere devlet yargısının müdahalesi, -örneğin tarafların hakem kararlarına rızaen uymamaları halinde hakem kararının devlet yargısına tabi olmasında olduğu gibi- tahkimin diğer bir olumsuz tarafıdır.
[26]

Tahkimin, devlet yargısına göre olumlu yönleri, tahkimin alternatif uyuşmazlık çözümü ile benzer noktalarını oluşturmaktadır. Devlet yargısına nazaran, uyuşmazlığın daha çabuk çözümlenmesi; hakemlerin uzman kişilerden oluşması; tahkim yargısının aleniyet gerektirmemesi gibi nedenler tahkimi, devlet yargısının en yaygın kullanılan alternatifi haline getirmiştir. Özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde, bu nedenlere ilaveten, uluslar üstü yasaların ve mahkemelerin bulunmaması ve uluslararası ticari sözleşmelerin taraflarının yabancı olmaları ve tarafların yabancı bir hukuk düzenine tabi olmak istememeleri, bu tür uyuşmazlıklarda, da tahkimin etkili bir çözüm yöntemi olmasını sağlamıştır.
[27]

Ancak, bugün için, tahkimi, "alternatif uyuşmazlık çözümü" dışında değerlendirme eğilimi giderek artmaktadır. Buna rağmen, alternatif uyuşmazlık çözümü hakkında yapılan çeşitli

çalışmalarda halen tahkim, devlet yargısının bir alternatifi ve bir alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemi olarak tasnife tabi tutulduğu ve bazı alternatif çözüm yöntemleri ile birlikte kullanıldığı da gerçektir. Ancak, tahkimin kimi temel özellikleri, bugün için gelişmekte olan alternatif uyuşmazlık çözümünün temel özellikleri ve niteliğine ters düşmektedir. Örneğin, tahkimde, tarafların çözüm yöntemlerine katılımlar, devlet yargısın tahkime müdahalesi, tahkim kararlarının kesin hüküm teşkil etmesi, gibi özellikler alternatif uyuşmazlık çözümüne göre farklılıklardır. [28]

Uyuşmazlık çıkmadan önce veya sonra, taraflar uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceğine dair bir anlaşmaya varmış olsalar dahi, taraflar tahkime gitmeden önce, alternatif bir çözüm yöntemi kullanabilirler. Buna ilişkin yapılan sözleşmede, herhangi bir alternatif çözüm yöntemini denemek için, sınırlı bir süre kararlaştırabilirler. Bazen de somut uyuşmazlığın doğası gereği, hiçbir alternatif çözümü yöntemi kullanılmaksızın, uyuşmazlığın, doğrudan tahkim ile çözümlenmesi daha uygun olabilir. [29]

A.B.D. ve Türkiye'deki uygulamalar açısından genel olarak tahkim kavramı mukayese edildiğinde her iki ülke sisteminin pek çok benzer ve farklı unsurları olduğu göze çarpmaktadır. Gerek yönetim, gerekse hukuk sistemlerinin birbirinden çok farklı olması, her ikinin ülkenin tahkim usullerinin ortak olmayan yönünü oluşturmaktadır. Ancak bu iki sistem içerisindeki ortak olan ve esasında belki de tahkim ile ilgili olan en önemli unsur; tahkim müessesinin tatbik edilmesinin temel sebebi olan ve yukarıda açıklanan avantajlarıdır. Ülkemizdeki uygulamalara kıyasla çok daha önce Amerikan hukuk sisteminin bir parçası olan tahkim yargısının korunabilmesi ve bu sistemi tercih eden tarafların iradelerinin üstünlüğünün gözetilmesi için ciddi bir çaba sarf edildiği ve bu yönde büyük yol kat edildiği bir gerçektir. Türk hukuk sistemine tahkimin girmesi ve gelişmesi de yine tahkimin bahsi geçen olumlu yönlerinden kaynaklanmıştır ancak halen Türk hukuk sistemi tahkim yargısını korumak ve devlet yargısının tahkim üzerindeki denetimini azaltmak açısından yeterli olgunluğa ulaşmış olarak görülmemeli ve tahkimin bu yönüyle sahip olduğu zaaflarının giderilmesi için çaba sarf edilmelidir.

G. KAYNAKÇA

1. Ware, Stephen J. : Alternative Dispute Resolution, St.Paull 2001

2. Ildır, Gülgün : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003

3. Özbek, Mustafa : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004

4. Dayınlarlı, Kemal : İç Tahkim, Ankara 2004

5. Akıncı, Ziya : Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003

6. Alangoya, Yavuz H./

Yıldırım, Kamil M./

Deren-Yıldırım, Nevhis : Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2007

[1] Ildır s.55

[2] Alangoya, Yıldırım/Deren-Yıldırım s.642

[3] Alangoya,Yıldırım/Deren-Yıldırım s.642

[4] Dayınlarlı s.5-6

[5] Dayınlarlı s. 6-7

[6] Ware, S. J. s.14-43. *(Not: Çalışmanın "B.", C." ve "D." Başlıkları altında yer alan ve A.B.D.'de uygulanmakta olan tahkim hukukuna dair genel bilgiler içeren kısımlar Prof. Stephen J. Ware tarafından yazılmış olan "Alternative Dispute Resolution" adlı kitabın aynen çevrilmek suretiyle alınmıştır.)*

[7] Sözleşme dışı fakat bağlayıcı olan tahkim konusu diğer bir konu altında işleneceği için bu çalışma kapsamında yer almamaktadır dolayısıyla metin içerisinde kullanılan "tahkim" terimi sözleşmeden doğan tahkim manasına gelmektedir. Bağlayıcı olmayan tahkimin, tahkim ile ortak noktası oldukça az olmakla beraber, arabuluculuk ve müzakere yardımı ile gerçekleşen diğer süreçlerle daha çok benzerlik gösterir.

[8] Tahkim sonrası anlaşmaları sulh anlaşmaları ile benzerlik gösterirler ve hali hazırda çıkmış olan bir ihtilafı tahkime götürmeye razı olan davacı, davalıya karşı olan talebinden, tespit edilen bir başka şey karşılığında değil ama hakemin kendisi ile ilgili vereceği hüküm karşılığında feragat etmeyi kabul etmektedir.

[9] Bu ihtilafta varsayılan ihtilaf çözüm prosedürü olan (mahkemede) dava ile tahkim yer değiştirmiştir. Önceden tahkim konusunda mutabakata varmış olana ihtilaflı taraflar başak bir

ihtilaf çözüm süreci üzerinde de anlaşabilirler, fakat eğer bunu yapmazlarsa o zaman her bir taraf ihtilafı tahkim yolu ile çözme hakkına sahiptir.

[10] Sözlü bir tahkim anlaşması uygulanamayabilir. FTK, pek çok eyalet tahkim kanunun da olduğu gibi, mahkemelerin sadece "yazılı" tahkim anlaşmalarını uygulamasını öngörmektedir

[11] Bugün sadece Alabama ve muhtemelen Mississippi ve Batı Virginia halen ihtilaf öncesi tahkim anlamalarının bu şekilde uygulanmasını red etmektedirler.

[12] Kaliforniya Satış Hakkı Yatırım Kanunu (California Franchise Investment Law)

[13] Bir tarafın, tahkim anlaşmasının tatbik edilmesinden kaçınmak için hile gibi genel sözleşme savunmalarını ileri sürebileceğine doğal olarak katılıyoruz. Fakat, Kaliforniya Satış Hakkı Yatırım Kanunu içerisinde öngörülen tahkime dayan bir savunmanın kanundan kaynaklanan veya haklı sebeplere dayanan bir "sözleşmenin iptali" gerekçesi olmadığı sonucuna varıyoruz. Bu sadece, Kaliforniya Satış Hakkı Yatırım Kanunu'na tabi sözleşmelerde bulunan tahkim hükümlerinin iptali için mevcut olan bir gerekçedir.

[14] Eğer bu analizi kabul edersek, eyaletler Satış Hakkı Yatırım Kanunu gibi kanunlar çıkararak, tahkim anlaşmalarını "diğer sözleşmeler ile aynı tabana oturtturma" şeklindeki anayasal yaklaşımın içini tam boşaltabilirlerdi.

[15] Alangoya, Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 642

[16] Ildır s. 57-59

[17] Ildır s. 58-59

[18] Ildır s. 58-59

[19] Alangoya, Yıldırım/Deren-Yıldırım s.647-652

[20] Alangoya, Yıldırım/Deren-Yıldırım s.653-655

[21] Alangoya, Yıldırım/Deren-Yıldırım s.655-656

[22] Alangoya, Yıldırım/Deren-Yıldırım s.656-657

[23] Alangoya,, Yıldırım/Deren-Yıldırım s.657-658

[24] Özbek s.358-360

[25] Ildır s.59-60

[26] Ildır s.60

[27] Ildır s.60

[28] Ildır s.60-61

[29] Ildır s.61

//