

T.C
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE
PATOLOJİK TAHKİM ŞARTI VE SÖZLEŞMESİ

Esen AYDIN

2501140731

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Faruk Kerem GİRAY

İSTANBUL, 2018



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : ESER AYDIN Numarası : 2501140731
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : DOÇ.DR.FARUK KEREM GİRAY
Tez Savunma Tarihi : 02.02.2018 Saati : 10:00
Tez Başlığı : MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE PATOLOJİK TAHKİM ŞARTI VE SÖZLEŞMESİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.B. BAHADIR ERDEM		KABUL
2- DOÇ.DR.FARUK KEREM GİRAY		KABUL
3- YRD.DOÇ.DR.CANDAN YASAN TEPETAŞ		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.EMRE ESEN		
2- YRD.DOÇ.DR.SERHAT ESKİYÖRÜK		

ÖZ

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE PATOLOJİK TAHKİM ŞARTI VE SÖZLEŞMESİ

ESEN AYDIN

Milletlerarası nitelikli ticari uyuşmazlıkların çözümlenmesi için başvuru temel yöntem milletlerarası ticari tahkimdir. Geçerli bir tahkim şartı veya sözleşmesinin mevcut olması ise tahkimin temel taşıdır. Sadece tarafların uyuşmazlıkları tahkimde çözüme iradesini yansıtan geçerli bir tahkim şartı veya sözleşmesinin mevcut olması halinde uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenebilir.

Çalışmamız kapsamında incelediğimiz patolojik tahkim şart ve sözleşmeleri, tahkim usulünün “pürüzsüz” akışını sekteye uğratabilecek belirsizlikler, eksiklikler veya çelişkiler barındıran anlaşmaları tarif etmek için kullanılmıştır ve bu patolojiler tarafların tahkim iradesine gölge düşürmektedir. Belirsizlik, eksiklik veya çelişkiler dolayısıyla tarafların uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından açık ve kesin tahkim iradesinin bulunup bulunmadığı; tahkim şartı veya sözleşmesinin “tesirsiz” ya da “tatbiki imkansız” hale gelip gelmediği tartışma konusu olabilir.

Bir tahkim şartı veya sözleşmesinin patolojik olması, onun doğrudan geçersiz olduğu veya uygulanamayacağı sonucunu doğurmaz. Şart veya sözleşmede yer alan belirsizlik, eksiklik veya çelişki içeren hükümler devlet mahkemeleri veya hakemler tarafından yorumlanmalı ve şart veya sözleşmenin geçersiz olup olmadığı kararlaştırılmalıdır. Dolayısıyla patolojik tahkim şartı veya sözleşmesi kavramları tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliği ve yorumlanması ile doğrudan ilişkilidir. Bu bağlamda, çalışma kapsamında öncelikle patolojik tahkim şartı ve sözleşmesi kavramı tanımlanacak; ardından genel olarak tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliği ve yorumlanması incelenecektir.

Bir tahkim şartı veya sözleşmesinde farklı türden patolojiler bulunabilir. Örneğin, tarafların devlet mahkemelerine ve tahkime başvurusu bir arada öngördüğü bir tahkim şartı söz konusu ise tarafların uyuşmazlıkları tahkimde çözüme iradesinin açık ve kesin olup olmadığı belirsizdir. Taraflar mevcut olmayan bir tahkim merkezini yetkilendirmişse geçerli bir tahkim şartının var olup olmadığı ve bu şartın “tatbikinin mümkün” olup olmadığı tartışma konusu olabilir. Dolayısıyla patolojik tahkim şartı ve sözleşmelerini incelerken bu şart ve sözleşmeler belirli kriterlere göre sınıflandırılıp, benzer örneklerin mahkeme ve hakemlerce ne şekilde yorumlandığı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Patolojik Tahkim Şartı ve Sözleşmesi, Tahkim Anlaşması, Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliği, Tahkim İradesinin Belirsizliği, Tahkim Anlaşmasının Yorumlanması

ABSTRACT

PATHOLOGICAL ARBITRATION CLAUSES AND SUBMISSION AGREEMENTS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

ESEN AYDIN

Principle method for resolving international commercial disputes is international commercial arbitration. The existence of a valid arbitration clause or submission agreement is the cornerstone of arbitration. The disputes can only be resolved by arbitration if the parties contracted a valid arbitration clause or submission agreement that reflects their will to resolve disputes by arbitration.

The expression of “pathological arbitration clause” describes arbitration agreements that are uncertain, incomplete or contradictory which may disrupt the “smooth progress” of arbitration. These poorly drafted arbitration agreements lead to confusion as to the parties intent. Due to uncertain, incomplete or contradictory wording, it may become controversial whether there is a clear and certain will to resolve disputes by arbitration; thus a valid arbitration clause or submission agreement. The defects contained in a pathological arbitration clause may lead the agreement to be considered to null and void, inoperative or incapable of being performed.

The fact that an arbitration clause or a submission agreement is pathological does not result in its immediate nullification or inoperability. Uncertain, incomplete or contradictory provisions must be interpreted by state courts or arbitrators and it should be decided whether or not the arbitration clause or submission agreement is invalid. Courts and arbitration tribunals will consider all the relevant facts and try to determine the common intent of the parties. Therefore, the notion of pathological arbitration clause or submission agreement is directly related to the substantive validity and interpretation of arbitration agreements. Within this context, the notion

of pathological arbitration clause will be defined firstly; then the substantive validity and interpretation of the arbitration agreements will be examined in general.

Keywords: Pathological Arbitration Clause and Submission Agreement, Arbitration Agreement, Substantive Validity of Arbitration Agreement, Ambiguities Regarding the Consent to Arbitration, Interpretation of Arbitration Agreement



ÖNSÖZ

Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesi için aranan en temel şarttır; ancak uygulamada, tahkim şartları sözleşmeye son anda ve yeterli özen gösterilmeden dâhil edilebilmektedir. Taraflar sözleşmenin kurulması aşamasında ileride meydana gelebilecek olan uyuşmazlıkları göz ardı etme eğilimindedir ve buna ilişkin hususları müzakere etmekten kaçınabilir. Yeterli özen gösterilmeden kaleme alınan tahkim şartı ve sözleşmelerinde ise tarafların tahkim iradesini tereddüde düşürebilecek belirsizlik, eksiklik ve çelişkilerin bulunması söz konusu olabilir. Bu halde bir tahkim şartı veya sözleşmesinin “*patolojik*” olduğundan söz edilecektir.

Çalışmamızın amacı Türk doktrininde daha önce bir bütün halinde derinlemesinde incelenmemiş olan patolojik tahkim şartı ve sözleşmesi kavramlarını tanımlamak ve bunları sınıflandırmaktır. Patolojik tahkim şartı ve sözleşmesi, tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliği ve yorumlanması ile yakından ilişkili olduğundan, bu konular da çalışma kapsamında ele alınacaktır. Tahkim şartları içerdikleri patoloji konularına göre sınıflandırılacak ve bu şartların geçerli olup olmadığı hakem ve mahkeme kararları ile doktrinde ileri sürülen görüşler ışığında değerlendirilecektir.

Bu çalışmanın hazırlanmasında birçok kişinin desteği ve yardımlarından faydalandım. Akademik hayata dair karşılaştığım her türlü problemde desteğini ve çözüm önerilerini sakınmayan; aynı şekilde tez çalışmam sırasında karşılaştığım tüm zorlukları aşmamı sağlayan değerli hocam, tez danışmanım Doç. Dr. Faruk Kerem Giray’a öncelikle teşekkürlerimi sunmak isterim.

Çocukluğumdan beri yaptığım tüm seçimlere ilişkin fikrini beyan eden; ancak son sözü hep bana bırakan ve bağımsız bir birey olmamda en büyük role sahip kıymetli annem Hicran Tokgöz Tölek’e şükranlarımı sunarım. Onun maddi ve manevi desteği olmadan bu çalışma tamamlanamazdı.

Hayatımın her aşamasında desteğini hissettiğim ve ihtiyaç duyduğum her anda, her konuda yardıma koşan kıymetli dostlarım Arş. Gör Eylül Can Köse ve Arş. Gör. Merve Akbulut'a teşekkürlerimi sunuyorum. Yüksek lisans öğrencisi iken tanıştığımız ve meslektaş olarak ilerlediğimiz bu yolda birbirimize olan desteğimizden her zaman kuvvet aldık.

Altınbaş Üniversitesi'nde birlikte çalıştığım başta Yard. Doç. Dr. Serhat Eskiörük olmak üzere, tüm hocalarıma ve araştırma görevlisi arkadaşlarıma bana sağlamış oldukları mutlu ve huzurlu çalışma ortamı için ayrıca teşekkür ediyorum.

Son olarak, tez araştırmamı yürütmek üzere bulunduğum Lozan Üniversitesi İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü'ne ve tüm çalışanlarına tez kaynaklarımın temini hususunda bana sağlamış oldukları destekten dolayı teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu çalışmanın doktrin ve uygulamaya küçük de olsa bir katkı sağlaması dileğiyle.

ESEN AYDIN

İSTANBUL, 2018

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ.....	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİME GENEL BAKIŞ

I. Milletlerarası Ticari Tahkim Kavramı.....	7
A. Milletlerarası Ticari Tahkimin Sağladığı Avantajlar	9
B. Kurumsal Tahkim ve <i>Ad Hoc</i> Tahkim Farkı	13
II. Türk Hukukunun Milletlerarası Ticari Tahkimi Düzenleyen Kuralları	14
III. Tahkim Anlaşması	15
A. Tahkim Anlaşmasının Esaslı Unsurları	18
B. Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği	20
1. Tahkim Anlaşması Yapma Ehliyeti	21
2. Tahkim Anlaşmasının Şekil Bakımından Geçerliliği	22
3. Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliği	25

İKİNCİ BÖLÜM

PATOLOJİK TAHKİM ŞARTI VEYA SÖZLEŞMESİ KAVRAMLARININ TANIMLANMASI, YORUMLANMASI VE SINIFLANDIRILMASI

I. Patolojik Tahkim Şartı veya Sözleşmesi Kavramı	28
II. Tahkim Anlaşmalarının Esas Bakımından Geçerliliğine ve Yorumlanmasına Uygulanacak Hukuk.....	32
A. Tahkim Anlaşmalarının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk	32

1. Genel Bilgi.....	32
2. Bağımsızlık İlkesi	32
3. Competence-Competence İlkesi	34
4. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk.....	35
5. Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçersizliğinin İleri Sürülmesi.....	38
a. Devlet Mahkemesinde Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi	38
(1) Türk Mahkemesinde Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi.....	39
(2) Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Devlet Mahkemesinde Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi.....	47
i. İsviçre Hukuku.....	49
ii. Fransız Hukuku.....	49
iii. İngiliz Hukuku.....	50
b. Hakem veya Hakem Heyeti Önünde Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi.....	53
c. İptal Davasında Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi.....	54
d. Hakem Kararının Tanınması ve Tenfizi Aşamasında Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi	56
(1) Hakem Kararının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Milletlerarası Anlaşmalar.....	56
(2) 1958 Tarihli New York Konvansiyonu Uyarınca Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği.....	57
(3) 1958 Tarihli New York Konvansiyonu Kapsamında Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Tanıma ve Tenfiz Engeli Olarak Düzenlenmesi	58
B. Tahkim Anlaşmasının Yorumlanmasına Uygulanacak Hukuk	59

1. Genel Bilgi.....	59
2. Tahkim Yeri Hukuku (<i>Lex arbitri</i>).....	60
3. Tahkim Anlaşmasının Devlet Hukuklarından Bağımsız Kabul Edilmesi	61
C. Tahkim Anlaşmalarının Yorumlanmasında Kullanılan İlkeler	63
1. Dürüstlük Kuralına Dayalı Yorum	65
2. Geçerlilik Lehine Yorum	66
3. Düzenleyen Aleyhine Yorum	67
4. Dar Anlamda Yorum	67
5. Liberal (<i>in favorem validitatis</i>) Yorum.....	68
III. Patolojik Tahkim Anlaşmalarının Sınıflandırılması	70
A. Patolojik Tahkim Anlaşmalarının Dar veya Geniş Anlamda Sınıflandırılması	70
B. Birinci ve İkinci Derecede Patolojik Tahkim Anlaşmaları.....	71
1. Birinci Derecede Patolojik Tahkim Anlaşmaları.....	71
2. İkinci Derecede Patolojik Tahkim Anlaşmaları.....	73
3. 1958 Tarihli New York Konvansiyonu m. II/f.3'te Yapılan Ayrıma Göre Patolojik Tahkim Anlaşmalarının Sınıflandırılması	73

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAHKİM İRADESİNİN BELİRSİZLİĞİ NEDENİYLE PATOLOJİK SAYILAN TAHKİM ŞARTI VEYA SÖZLEŞMESİ

I. Açık ve Kesin Olmayan Tahkim İradesi	76
II. Tahkime Başvurunun Zorunlu Tutulmadığı Tahkim Anlaşmaları.....	78
III. Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları	84
IV. Tahkim Kaydı İçeren Belgelerin Çelişkili Olması	86
V. Tahkim Usulü ile Birlikte Başka Uyuşmazlık Çözüm Metotlarına Başvuru Hakkı Veren Tahkim Anlaşmaları.....	89
A. Yetki Şartı ile Tahkim Şartının Bir Arada Bulunduğu Sözleşmeler	91

1. Tahkim Anlaşmasının Yetki Sözleşmesine Kıyasla Üstünlüğünü Kabul Eden Görüş.....	95
2. Tahkim Anlaşmasının Üstünlüğünü Reddeden Görüş.....	98
3. Yetki Şartı ile Tahkim Şartı Arasındaki Çelişkinin Competence-Competence İlkesi Uyarınca Giderilmesi	102
B. Tahkim veya Devlet Mahkemesi Öncesi Farklı Uyuşmazlık Çözüm Metotlarına Başvuru İçeren Anlaşmalar (Kademeli Tahkim Anlaşmaları)	104
1. Tahkim Öncesi Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine Başvurulması Gerektiğini Düzenleyen Anlaşmalar (Kademeli Tahkim Anlaşmaları).....	106
a. Tahkim ile Arabuluculuğun Harmanlanması	107
b. Tahkim Öncesi Diğer Alternatif Uyuşmazlık Yöntemleri Tüketilmeden Tahkime Başvurulması.....	110
2. Devlet Mahkemesine Başvurudan Önceki Kademe Olarak Tahkime Başvuruyu Düzenleyen Anlaşmalar.....	113
C. Taraflara Devlet Mahkemelerine “veya” Tahkim Yoluna Başvuru Hakkı Veren Anlaşmalar (Alternatifli Tahkim Anlaşmaları)	116

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASININ İÇERİĞİNDEKİ HATA, ÇELİŞKİ VE EKSİKLİKLER NEDENİYLE PATOLOJİK SAYILAN TAHKİM ŞARTI VE SÖZLEŞMESİ

I. Kurumsal Tahkim Merkezinin Yanlış Belirtilmesi veya Mevcut Olmayan Merkezin Seçilmesi.....	119
A. Milletlerarası Ticaret Odası'nın Yanlış İfade Edilmesi.....	120
B. Tahkim Anlaşmasında Mevcut Olmayan Tahkim Merkezinin Yetkilendirilmiş Olması	124
II. Birden Çok Tahkim Merkezini Yetkilendiren Anlaşmalar	136

III. Taraflardan Sadece Birine Tahkime Başvuru Hakkı Veren Anlaşmalar (Asimetrik Tahkim Anlaşmaları)	141
A. Asimetrik Tahkim Anlaşması Kavramı	141
B. Asimetrik Tahkim Anlaşmaları ve Yetki Sözleşmelerinin İncelenmesi.....	144
IV. “Beyaz” Tahkim Anlaşmaları	153

BEŞİNCİ BÖLÜM

HAKEMLERİN SEÇİMİ VE YETKİLERİNİN KAPSAMINA İLİŞKİN BELİRSİZLİKLER DOLAYISIYLA PATOLOJİK SAYILABİLECEK TAHKİM ŞARTI VE SÖZLEŞMESİ

I. Hakemlerin Seçimine İlişkin Belirsizlikler Nedeniyle Patolojik Sayılabilecek Tahkim Anlaşmaları.....	158
A. Hakemlerin Seçimindeki Belirsizlik.....	158
B. Hakem Tayin Etmek Üzere Belirlenen Kişi ya da Kurumun Mevcut Olmaması veya Hakem Tayin Etmeyi Reddetmesi	163
C. Tahkim Anlaşmasında Hakem Olarak Seçilen Kişinin Ölmüş Olması veya Hakemlik Görevini Reddetmesi	167
D. Hakemlerin Taşınması Gereken Niteliklere İlişkin Aşırı Detaylı Kriterler Öngörülmesi	169
II. Hakemlerin Yetki Alanına İlişkin Sorunlar	170
A. Konu Bakımından Hakemlerin Yetkisinin Sınırlandırılmış Olması	170
B. Hakem Heyetinin Teşkilinin veya Görevinin Süre Bakımından Sınırlandırılmış Olması	175
SONUÇ	179
KAYNAKÇA	184

KISALTMALAR LİSTESİ

AAA	: American Arbitration Association
a.g.e	: Adı geçen eser
a.g.m	: Adı geçen makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ASA	: Association Suisse de l'Arbitrage
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BAÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
c/	: Contre
c.	: Cümle
C.	: Cilt
Co.	: Company
CPC	: Code de Procédure Civile
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dn.	: Dipnot
EWHC	: High Court of England and Wales
f.	: Fıkra
FHMK	: Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu
FOSFA	: Federation of Oils, Seeds and Fats Associations

GAFTA	: Grain and Feed Trade Association
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
IBA	: International Bar Association
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Inc	: Incorporation
ISTAC	: Istanbul Tahkim Merkezi
JDI	: Journal du Droit International
LCA	: Londra Tahkim Kurumu
LCIA	: London Court of International Arbitration
Lloyd's Rep	: Lloyd's Law Reports
Ltd.	: Limited
m	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu

MTO : Milletlerarası Ticaret Odası

MÜHF–HAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

No : Numara

NYK : Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonu

Para : Paragraf

RG : Resmi Gazete

s. : Sayfa

S. : Sayı

TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

Ör. : Örneğin

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law

US : United States of America

vd. : ve devamı

vs. : Vesaire

Y : Yıl

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

YBCA : Yearbook of Commercial Arbitration

GİRİŞ

Milletlerarası ticari tahkim, milletlerarası nitelikli alım-satım ve ticarete ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesinde kullanılan temel yöntemidir. Bu yöntemde, taraflar aralarında meydana gelmiş veya gelecek olan uyuşmazlıkların çözümünü devlet mahkemeleri dışında bir karar mercine devretmektedir.

Milletlerarası ticari tahkime başvurulabilmesi için aranan en temel şart geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığıdır. Geçerli bir tahkim anlaşması kurulabilmesi için tarafların, aralarında meydana gelecek olan uyuşmazlıkları tahkim yöntemiyle çözüme hususundaki ortak iradesi aranmaktadır. Dolayısıyla milletlerarası ticari tahkimin dayanağı tarafların ortak tahkim iradesidir. Taraflar milletlerarası nitelikli bir satım sözleşmesi akdetmiş ve bu sözleşme içerisinde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğine ilişkin bir hüküm koymuş olabilir. Bu hükümden tarafların ortak tahkim iradesi açık bir şekilde anlaşılabiliriyorsa, tahkime başvuru hususunda herhangi bir problem yaşanmayacaktır.

Bazı hallerde tarafların “açık ve kesin” olarak tahkime başvurma iradelerinin bulunup bulunmadığı tartışma konusu olabilir. Tahkime başvurunun zorunlu tutulmadığı, tarafların uyuşmazlıkları tahkimde *çözümleyebileceğini* düzenleyen tahkim anlaşmalarında tarafların açık ve kesin tahkim iradesi bulunup bulunmadığı sorgulanabilir.

Yetki şartı ile tahkim şartını bir arada barındıran sözleşmeler, taraflara devlet mahkemelerine “veya” tahkime başvuru hakkı tanıyan sözleşmeler bakımından da aynı durum söz konusudur. Tahkim, devlet mahkemelerinin yargılama yetkisine istisna teşkil ettiğinden, devlet mahkemelerine başvuru imkânını açık tutan tahkim anlaşmalarında tarafların açık ve kesin tahkim iradesi bulunduğu söz edilebilir mi?

Hakem veya hakem heyeti tarafından verilen kararın taraflarca veya mahkemlerce onanmadıkça hüküm ifade etmeyeceğini düzenleyen bir tahkim şartı mevcutsa; içerisinde tahkim ve arabuluculuğa ilişkin özellikleri harmanlayan bu şartı yorumlayıp tarafların açık ve kesin tahkim iradesi bulunduğu sonucuna varabilir miyiz?

Yukarıda verilen örneklerde görüldüğü üzere, bazı hallerde taraf iradelerinin tahkime başvurarak; uyuşmazlıkları nihai ve bağlayıcı şekilde tahkimde çözmek olup olmadığına ilişkin belirsizlikler söz konusu olabilir. Bu hallerde tarafların açık ve kesin tahkim iradesinin ve dolayısıyla geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Dolayısıyla patolojik tahkim anlaşması olarak kabul edeceğimiz ilk kategori, tarafların açık ve kesin tahkim iradesine ilişkin belirsizlikler içeren tahkim anlaşmalarıdır.

Diğer bazı hallerde ise tarafların açık ve kesin tahkim iradesi mevcut olmakla birlikte, tahkim anlaşmasının içeriğindeki hata, çelişki veya eksiklikler dolayısıyla, tahkim anlaşmasının New York Konvansiyonu'nda kullanılan terimlerle “*tesirsiz*” veya “*tatbiki mümkün olmayan*” hale gelmesi söz konusu olabilir.

Tarafların kurumsal tahkim merkezini yanlış belirtmesi veya mevcut olmayan kurumsal tahkim merkezini yetkilendirmesi halinde, tarafların açık ve kesin tahkim iradesi mevcuttur. Taraflar açıkça uyuşmazlıkları tahkimde çözmeye hususunda anlaşmıştır; ancak uyuşmazlıkları çözmek üzere yetkilendirilen kurum mevcut değildir veya yanlış belirtilmiştir. Bu ihtimalde tahkim anlaşmasının tatbiki mümkün müdür, yoksa taraflar uyuşmazlıklar devlet mahkemesinde mi çözümlenmelidir? Tahkim anlaşmasının *ad hoc* tahkime yönelik olduğu kabul edilebilir mi?

Tahkim anlaşmasının geçerliliği için aranan temel şartın tarafların ortak tahkim iradesi olduğu belirtilmiştir. Şayet taraflar, bu iradeyi sözleşmelerine ekledikleri tek bir kelime ile aktarırsa; geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığından söz edilebilecek midir? Örneğin sözleşmenin ilgili maddesi sadece “*tahkim*” veya “*uyuşmazlıkların çözümü: tahkim*” şeklinde kaleme alınmışsa, geçerli bir tahkim anlaşması söz konusu mudur? Geçerli bir tahkim anlaşması söz konusu ise bu anlaşmanın tatbiki mümkün müdür? Tahkim anlaşması, tarafların ortak tahkim iradesi bulunmakla beraber tahkimin türüne, tahkim yerine veya uygulanacak hukuka ilişkin hiçbir düzenleme içermiyorsa anlaşmanın akıbeti ne olacaktır?

Taraflar düzenlemiş oldukları tahkim anlaşmasında taraflardan sadece birinin tahkime başvuru hakkının bulunduğunu veya hakem seçimini taraflardan sadece birinin gerçekleştireceğini kabul etmiş olabilir. Bu halde de tarafların açık ve kesin

tahkim iradesi bulunmakla birlikte tahkim anlaşmasının içeriği nedeniyle birtakım hukuki problemler doğar. Taraflardan sadece birinin lehine bu denli geniş haklar tanınmış olması tahkim anlaşmasının geçersiz kılınmasına sebep olur mu? Tahkim anlaşmasının geçerli olduğu varsayımında, taraflardan sadece birine tahkime başvuru hakkı tanınan bir sözleşme söz konusuysa karşı tarafın da tahkime başvuru yapabilme imkanının bulunduğu sonucuna mı varılmalıdır?

Yukarıda sayılan örneklerde tarafların açık ve kesin tahkim iradesi mevcut olmakla birlikte, tahkim anlaşmasının içeriğindeki hata, çelişki veya eksiklikler dolayısıyla, tahkim anlaşmasının New York Konvansiyonu'nda kullanılan terimlerle “tesirsiz” veya “tatbiki mümkün olmayan” hale gelmesi söz konusu olabilir. Bu anlaşmalar devlet mahkemeleri veya hakem heyetleri tarafından değerlendirilmekte; taraf iradelerinin yorumlanması sonucu anlaşmaların geçerli ve uygulanabilir olduğuna veya anlaşmanın “tesirsiz” veya “tatbiki imkansız” hale geldiğine hükmedilebilmektedir. Dolayısıyla içeriğinde yanlışlık, çelişki veya eksiklikler barındıran tahkim anlaşmaları, ikinci patolojik tahkim anlaşması kategorisini oluşturmaktadır.

Tahkimin en kritik aşamalarından biri hakem seçimi ve hakem heyetinin teşkilidir. Doktrinde tahkimin “aşıl tendonu”nun hakem heyetinin teşkili olduğu belirtilmiştir¹; dolayısıyla tahkim anlaşmasının hakem seçimine ilişkin hükümleri büyük önem taşımaktadır. Hakem seçimine ilişkin belirsizlikler veya hakemlerin yetki alanlarının sınırlandırılmış olması birçok hukuki sorunun meydana gelmesine sebep olabilir.

Taraflar tahkim anlaşmasında hakemi ismen belirlemişse ve hakem olarak belirlenen kişi ölmüşse tahkim anlaşmasının tatbiki mümkün müdür? Hakem olarak belirlenen kişi ölmüş olmayıp hakemlik görevini icra etmeyi reddederse nasıl bir sonuca varılacaktır? Aynı tartışma hakemi seçmek üzere belirlenen kişinin ölmüş olması veya belirlenen kişi ya da kurumun bu görevi yerine getirmeyi reddetmesi halinde de gündeme gelecektir.

¹ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, **on International Commercial Arbitration**, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1999, (**Arbitration**), s. 478.

Hakemin sahip olması gereken niteliklere ilişkin çok kapsamlı kriterler öngörülümüşse ve bu niteliklere sahip bir kişi bulunamıyorsa tahkim anlaşmasının tatbiki mümkün müdür?

Hakem seçimi ve hakem heyetinin teşkiline ilişkin herhangi bir problem veya belirsizlik söz konusu olmasa dahi hakemlerin yetkileri bazı uyuşmazlık konularıyla sınırlanmış olabilir. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4/f.1 ile de tarafların, aralarında meydana gelecek olan uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının tahkimde çözümleneceğini kararlaştırabilecekleri belirtilmiştir. Örneğin hakem veya hakemlerin sadece sözleşmenin ifasına veya sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin hususlarda yetkilendirilmiş olması halinde hakemler diğer uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından yetkili kabul edilebilir mi? Hangi uyuşmazlıkların ifaya hangi uyuşmazlıkların sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin olduğuna ne şekilde karar verilecektir?

Tahkim anlaşmasında hakemlerin karar vermesi için 10 gün gibi çok kısa bir süre düzenlenmişse, söz konusu tahkim anlaşmasının tatbiki mümkün müdür? Üç kişiden oluşan bir hakem heyetinin, uyuşmazlığın milletlerarası niteliği de göz önüne alındığında 10 gün içerisinde karara varması mümkün görünmemektedir. Öyleyse hakemlere kararın verilmesi için çok kısa süre tanıyan tahkim anlaşmalarının tabiki mümkün müdür?

Yukarıda örneklerle açıklanan hakem seçimine ilişkin belirsizlikler veya hakemlerin yetki alanının konu ve süre bakımından sınırlandırılmış olması sonucu meydana gelen hukuki sorunlar nedeniyle tahkim anlaşması patolojik hale gelebilir. Öyleyle üçüncü ve son patolojik tahkim anlaşması kategorisi hakem seçimine ve hakemlerin görev alanına ilişkin belirsizlikler içeren tahkim anlaşmalarından oluşmaktadır.

İşte yukarıdaki paragraflarda üç farklı kategori halinde ortaya konan hukuki sorunlar bu çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır ve herbiri patolojik tahkim şartı veya sözleşmelerine birer örnek teşkil etmektedir. İlk grupta tarafların tahkim iradesindeki belirsizlikler; ikinci grupta, tahkim anlaşmasının içeriğindeki hata, çelişki ve eksiklikler dolayısıyla patolojik hale gelen tahkim anlaşmaları yer alır.

Üçüncü ve son grupta ise hakem seçimine ve hakemlerin görev alanına ilişkin belirsizlikler nedeniyle patolojik hale gelen tahkim anlaşmaları bulunmaktadır.

Tahkim anlaşmasının patolojik olması doğrudan geçersiz bir tahkim anlaşması bulunduğu sonucunu doğurmaz. Patolojik tahkim anlaşmasının geçersizliği hakem heyeti önünde ileri sürülmüşse hakem heyeti, devlet mahkemesi önünde ileri sürülmüşse devlet mahkemesi tahkim anlaşmasının içeriğini ve taraf iradelerini yorumlayarak anlaşmanın geçerliliği hakkında karar vermelidir. Dolayısıyla patolojik tahkim anlaşması kavramı tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliği ve yorumlanması ile doğrudan ilişkilidir.

Bu çalışma kapsamında, birinci bölümde milletlerarası ticari tahkim ve tahkim anlaşmalarına ilişkin genel nitelikte açıklamalarda bulunulduktan sonra; ikinci bölümde patolojik tahkim şartı veya sözleşmesi kavramı tanımlanacak, konu ile doğrudan bağlantılı olan tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliği ve tahkim anlaşmasının yorumlanması değerlendirilecektir.

Üçüncü bölümde patolojik tahkim anlaşmalarının ilk kategorisi olan tarafların tahkim iradesindeki belirsizlikler ve bunların yol açtığı hukuki sorunlar hakem ve mahkeme kararları ışığında değerlendirilecektir.

Dördüncü bölümde patolojik tahkim anlaşmalarının ikinci kategorisi olan tahkim anlaşmasının içeriğinde hata, çelişki veya eksiklikler barındıran anlaşmalar incelenecektir.

Beşinci bölümde ise son kategori olan hakem seçimine ve hakemlerin görev alanına ilişkin belirsizlikler nedeniyle patolojik hale gelebilecek tahkim anlaşmaları değerlendirilecektir.

Çalışmanın amacı patolojik tahkim anlaşmalarını içerdikleri patoloji konularına göre sınıflandırmak ve her bir patolojinin tahkim anlaşmasının geçerliliği ve uygulanabilirliği üzerindeki etkilerini detaylı biçimde incelemektir. Patolojik tahkim anlaşmaları ile uygulamada sıkça karşılaşıldığından, değerlendirmeler genellikle devlet mahkemeleri ve hakemler tarafından bu anlaşmalara ilişkin verilen kararlar ışığında yapılacaktır.

Çalışmamızın başlığında patolojik tahkim şartı ve sözleşmeleri kavramları kullanılmış olmakla birlikte, çalışma genelinde patolojik tahkim anlaşması kavramı kullanılacak ve bu kavram hem tahkim şartı hem de tahkim sözleşmesini kapsayan bir üst başlık olarak kabul edilecektir. Somut olayın özelliklerine göre, incelenen örneklerde patolojik tahkim şartı veya sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde bu kavramlar kullanılacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİME GENEL BAKIŞ

I. Milletlerarası Ticari Tahkim Kavramı

Milletlerarası ticari tahkim; günümüzde devletler, bireyler veya şirketler arasında meydana gelen milletlerarası alım-satım veya ticarete ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde temel yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır². Milletlerarası nitelikte özel hukuk uyuşmazlıklarını çözümleyecek, milletlerarası yargı yetkisine sahip bir mahkeme henüz bulunmamaktadır³. Milletlerarası çapta gerçekleştirilen ticari işlemler bağlamında tahkim, *de facto* bir sınırlar arası hukuk sistemi işlevini yerine getirmektedir⁴. Bu tür uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından tahkim usulü yerine, devlet mahkemelerine başvurulabilir; ancak milletlerarası ticaretin gelişmesi ile birlikte, bu ticaretin gereklilikleri de göz önünde bulundurulduğunda taraflar arasındaki uyuşmazlıkların devlet mahkemesi yerine tarafların seçtiği hakemlerce çözümlenmesi usulü yaygınlaşmıştır⁵. Hukuki riskleri en aza indirmeye en elverişli uyuşmazlık çözüm yolunun tahkim olduğu belirtilmiştir⁶.

Doktrinde yapılan en yalın tanımıyla tahkim, bir uyuşmazlığın çözümünün, uyuşmazlığın taraflarınca kararına ya da deneyimine güvenilen birine

² Nigel Blackaby, Constantine Partasides ve Alan Redfern, Martin Hunter, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 6. Bs, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 1; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6. Bs, İstanbul, Beta, 2016, s. 291; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 4. Bs, İstanbul, Vedat, 2016, s. 1; Cemal Şanlı, Nuray Ekşi, **Uluslararası Ticaret Hukuku**, 5. Bs, İstanbul, Arıkan, 2006, s. 60; İnci Ataman-Fıganmeşe, “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **MHB**, C. 31, S. 1, 2011, s. 93-94.

³ Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 62; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 1.

⁴ Thomas E. Carbonneau, **Cases and Materials on Arbitration Law and Practice**, American Casebook Series, 5. Bs, United States, West, 2009, s. 12.

⁵ Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, C. 1, 3. Bs, İstanbul, Beta, 2008, s. 15-16; Şanlı, Ekşi, **a.g.e.**, s. 60; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 4.

⁶ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 291; Şanlı, Ekşi, **a.g.e.**, s. 61.

devredilmesidir⁷. Diğer bir tanım uyarınca tahkim, doğrudan ya da dolaylı biçimde tarafların seçtiği kişilerce uyuşmazlıkların çözümlenmesini sağlayan yöntemdir. Bu kişilerin, mahkeme kararına benzer sonuçlar doğuran kararlar verme ve devlet mahkemeleri yerine uyuşmazlığı çözümlene yetkisi bulunmaktadır⁸. Başka bir yazar tarafından milletlerarası ticari tahkim, tarafların ortak rızasına uygun olarak, taraflarca veya taraflar adına seçilen, tarafsız bir devlet yargısı dışı karar merci (hakem) aracılığıyla uyuşmazlıkların kesin olarak çözüme kavuşturulmasını sağlayan araç olarak tanımlanmıştır⁹. Taraflar uyuşmazlığa ilişkin taleplerini bu özel kişiye, yani hakeme iletir; hakem tarafları dinler, vakıaları ve iddiaları inceler ve karar verir¹⁰. Hakem ya da hakemler tarafından alınan karar kesindir ve taraflar açısından bağlayıcıdır¹¹. Dolayısıyla tahkim usulü aracılığıyla devlet mahkemelerine başvurma zorunluluğu olmaksızın, taraf iradesine tabi uyuşmazlıklarda kesin ve bağlayıcı karar alabilmek mümkündür¹².

Yapılan tüm tanımları özetlemek amacıyla, bir grup yazar tahkimin dört temel özelliği olduğunu belirtmiştir. Bunlar, tahkimin devlet yargısına alternatif teşkil etmesi, uyuşmazlıkların çözümü bakımından özel bir usul belirlemesi, taraf hâkimiyetine tabi olması ve tahkim sonucu verilen kararlar tarafların hak ve borçlarının nihai ve bağlayıcı şekilde hüküm altına alınmasıdır¹³.

Tahkimin tanımlanmasının ardından tahkim usulüne başvurmak için aranan şartlara da kısaca değinilmelidir. Bir uyuşmazlığın tahkim usulü ile çözümlenebilmesi için aranan iki genel şarttan söz edilebilir; bunlardan ilki

⁷ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 2.

⁸ Jean-François Poudret, Sébastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration**, 2. Bs, Çev: Stephen V. Berti, Annette Ponti, London, Sweet Maxwell, 2007, s. 3.

⁹ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration-International Arbitration Agreements**, C. 1, 2. Bs., the Netherlands, Kluwer Law International, 2014, s. 72-73.

¹⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 93; Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 2.

¹¹ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 2.

¹² Gary B. Born, **International Arbitration: Law and Practice**, the Netherlands, Wolters Kluwer, 2012, s. 5 (**Law and Practice**); Şanlı, Ekşi, **a.g.e.**, s. 61; Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 2.

¹³ Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, Stefan M Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, the Netherlands, Kluwer Law International, 2003, s. 3.

uyuşmazlığın tahkime elverişli olması, ikincisi ise tarafların uyuşmazlıkların tahkim usulü ile çözümleneceği hususunda anlaşmış olmasıdır¹⁴.

Tahkime elverişlilik, konu itibariyle hangi tür uyuşmazlıklarının tahkim usulü ile çözümlenebileceğini düzenler¹⁵. Dolayısıyla söz konusu kavram, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olup olmadığını ifade etmek için kullanılır¹⁶. Örneğin MTK m.1/f.4 uyarınca Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir; dolayısıyla bu uyuşmazlıkların çözümlenmesinde tahkime başvurulamaz.

İkinci şart, taraf iradesine tabi olan uyuşmazlıkların tahkim usulüyle çözülmesi hususunda tarafların anlaşmış olmasıdır. Hakeme tanınan hüküm verme yetkisinin ve dolayısıyla milletlerarası ticari tahkimin kaynağı, tarafların bu yöndeki iradeleridir¹⁷. Uyuşmazlıkların tahkim usulü ile çözümlenmesine ilişkin bu irade açıklaması, aynı zamanda tahkim anlaşmasının kurucu unsurudur¹⁸.

A. Milletlerarası Ticari Tahkimin Sağladığı Avantajlar

Bir Fransız ve bir Alman tacirin sözleşme akdettiğini düşünelim. Sözleşme dolayısıyla herhangi bir uyuşmazlık meydana geldiğinde, Fransız mahkemelerine başvurulmasını Alman taraf, Alman mahkemelerine başvurulmasını ise Fransız taraf kabul etmeyebilir. Taraflar, objektif davranılmayacağı endişesi ile birbirlerinin devlet mahkemelerine başvurmaktan kaçınabilir¹⁹. Tahkim ise devlet mahkemelerinin aksine tüm taraflar bakımından *nötr*dür²⁰. Milletlerarası ticaret uygulayıcıları

¹⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 5.

¹⁵ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 313; Burak Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat, 2010, s. 12.

¹⁶ Huysal, **a.g.e.**, s. 12.

¹⁷ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, **Traité de l’arbitrage commercial international**, Paris, Litec, 1996, (**Traité**) s. 33.

¹⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 98.

¹⁹ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 292; Şanlı, Ekşi, **a.g.e.**, s. 61.

²⁰ Margaret L. Moses, **International Commercial Arbitration**, 2. Bs, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 3; Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 4; Mauro Rubino-Sammartano, **International Arbitration – Law and Practice**, 3. Bs, Juris, 2014, s. 4; Born, **Arbitration Agreements**, s. 73-74;

tarafından tahkim, bağımsız ve tarafsız bir yargılama makamı olarak görülmektedir²¹. Milletlerarası ticari tahkimin tarafsız bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasını sağlayan temel unsur, tahkim mahkemesinin oluşumundan ileri gelmekte; taraflar uyuşmazlığı karara bağlayacak hakem ya da hakemlerin seçimini serbestçe gerçekleştirebilmektedir²².

Milletlerarası ticari tahkimin devlet mahkemelerine başvuru usulünden daha çok tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biri, milletlerarası sözleşmeler aracılığıyla hakem kararlarının tenfizinin mahkeme kararlarının tenfizine oranla kolaylaştırılmış olmasıdır²³. Hatta doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, tahkimin uluslararası ticarete tercih edilmesinin en önemli nedeni hakem kararlarının icra edilmesindeki yaygınlık ve kolaylıktır²⁴. Milletlerarası ticari hakem kararları, elverişli tahkim mevzuatları ve 1958 tarihli New York Konvansiyonu kapsamında kolaylıkla tanınıp tenfiz edilebilmektedir²⁵.

Hakem kararları devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlar gibi taraflar üzerinde bağlayıcı etkiye sahiptir²⁶. Halbuki diğer uyuşmazlık çözüm

Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 7; Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 7; Andreas F. Lowenfeld, "Introduction: Why Arbitrate?", **Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation**, Ed. Daniel M Kolkey, Richard Chernick, Barbara Reeves Neal, 3. Bs, New York, Juris, 2012, s. 7; Born, **Law and Practice**, s. 10.

²¹Lowenfeld, **a.g.e.**, s. 3; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 292; Nomer, Ekşi, Gelgel, **a.g.e.**, s. 16.

²² Şanlı, Ekşi, **a.g.e.**, s. 61; Rubino-Sammartano, **a.g.e.**, s. 3; Born, **Arbitration Agreements**, s. 75; Born, **Law and Practice**, s. 5.

²³ Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için, MÖHUK m. 54 uyarınca kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık koşulunun gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Hakem kararlarının tenfizi bakımından ise Türkiye’nin de taraf olduğu 1958 tarihli New York Konvansiyonu uygulama alanı bulur ve kararlar dünyanın birçok ülkesinde kolaylıkla tenfizi edilmektedir. Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:44, 1994, s. 40; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 7. Ancak önemle belirtmek gerekir ki Türkiye 1958 tarihli Konvansiyonu imzalarken koymuş olduğu çekinceler dikkate alınmalıdır.

²⁴ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 293; Şanlı, Ekşi, **a.g.e.**, s. 62-63; Ziya Akıncı, "Tahkim Şartı", **Milletlerarası Tahkim Semineri 4 Ekim 2005**, Ankara, ICC Türkiye Milli Komitesi, s. 147 (**Tahkim Şartı**); Born, **Law and Practice**, s. 11.

²⁵ Daniel M Kolkey, Richard Chernick, Barbara Reeves Neal, **Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation**, 3. Bs, New York, Juris, 2012, s. 3; Born, **Arbitration Agreements**, s. 79.

²⁶ Moses, **a.g.e.**, s. 3; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 7.

yöntemlerinden olan arabuluculuk, müzakere, uzlaştırma vb. aracılığıyla ulaşılan çözüm aksi kararlaştırılmadığı sürece tarafları bağlamaz²⁷.

Milletlerarası ticari tahkim usulü uyuşmazlıkların uzman kişiler tarafından çözümlenmesine imkan sağlar²⁸. Bazı devlet mahkemeleri, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda çok az deneyime ya da eğitime sahiptir ve bu mahkemeler sektörel bağlamı ya da tarafların uyuşmazlığına ilişkin detayları değerlendirmede güçlük çekebilir²⁹. Taraflar bu nedenle uyuşmazlıkla ilgili konularda, sektörde ya da uluslararası ticaret alanında uzman kişileri hakem olarak seçebilir³⁰; bu sayede yargılama hızlanır ve daha doğru bir karara varılması ihtimali artar³¹.

Tahkim usulü taraflara geniş bir irade serbestisi alanı sağlar³². Taraflar farklı hukuk geleneğine sahip ülkelerden geliyor ise, bir devletin uygulayacağı yerel yargılama usul kuralları diğer tarafa yabancıdır ve dolayısıyla ilgili taraf yargılamanın o devletin kurallarına göre yapılmasını istemeyebilir³³. Ancak tahkimde taraflar, yargılamaya ilişkin birçok hususu belirleme yetkisine sahiptir. Hakemler, devlet mahkemeleri gibi *lex forin*in maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin kurullarına tabi faaliyet gösterme zorunluluğu altında bulunmamaktadır³⁴. Dolayısıyla hakemler, yerel hukukun emredici kurallarının dışına çıkabilmekte, uyuşmazlık konusuna ilişkin örf-adet ve teamülleri uyuşmazlığın çözümüne uygulayabilmektedir³⁵.

²⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 7; Mustafa Serdar Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 2. Bs, Ankara, Yetkin, 2009, s. 492; Born, **Law and Practice**, s. 7.

²⁸ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e**, s. 7; Şanlı, Ekşi, **a.g.e**, s. 62; Nomer, Ekşi, Gelgel, **a.g.e**, s. 16; Rubino-Sammartano, **a.g.e**, s. 4; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 8, Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 291; Born, **Law and Practice**, s. 12.

²⁹ Born, **Arbitration Agreements**, s. 80.

³⁰ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e**, s. 8; Moses, **a.g.e**, s. 4; Lowenfeld, **a.g.e**, s. 6; Carbonneau, **a.g.e**, s. 12;.

³¹ Moses, **a.g.e**, s. 4; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 8; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 292.

³² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 8.

³³ Born, **Arbitration Agreements**, s. 75-76.

³⁴ Born, **Arbitration Agreements**, s. 75-76; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 293.

³⁵ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 293.

Tahkimin diğ er önemli bir avantajı da uyuşmazlığın gizlilik içinde çözümlenmesidir³⁶. Kural olarak yargılama kamuya kapalı şekilde gerçekleştirilir ve taraflar rıza göstermedikçe hakem kararları yayınlanmaz³⁷. Taraflarca açıklanmadığı ya da hakemlerce açıklanmasına karar verilmediğı veya diğ er bir istisnai durum mevcut olmadığı sürece tahkime konu uyuşmazlık, tahkim yargılaması ya da tahkim kararı hakkında iş ortakları, rakipler ya da müşteriler tarafından bilgi edinilmesi mümkün değildir³⁸. Milletlerarası ticari tahkimin sağladığı bu gizlilik milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına karşılık vermektedir.

Milletlerarası ticari tahkim vasıtasıyla, devlet mahkemelerinde yapılan yargılamaya kıyasla daha kısa sürede karar alınabilmektedir. Bu nedenle, uygulamada taraflar daha süratli yargılama usulü olan tahkimi tercih etmektedir³⁹. Tahkim prosedürünün esnek yapısı sayesinde zamandan ve yargılama masraflarından tasarruf edilmektedir⁴⁰.

Milletlerarası ticari tahkimin doğurduğu diğ er olumlu sonuçlar arasında farklı devlet mahkemelerinde açılacak birden çok davadan kaçınma imkanı sağlaması, yetki ya da göreve ilişkin itirazlarla uyuşmazlığın sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmesi, tutarsız kararlar ve nihai kararın icrasına ilişkin belirsizliklerin engellenmesi sayılabilir⁴¹. Milletlerarası ticari tahkim, tüm bu problemlerin ortaya çıkmasını engeller ve taraflarca belirlenen hakemler aracılığıyla tek, merkezi bir uyuşmazlık çözüm mekanizması oluşturulmasını sağlar⁴².

³⁶ Faruk Kerem Giray, “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, **Uluslararası Tahkim ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 4, S. 2, Legal, 2015, s. 68-69; Candan Yasan, “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, **GSÜHFD – Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağ an**, İstanbul, Beta, 2011, s. 777; Thomas E. Carbonneau, **a.g.e.**, s. 11; Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 124; Lowenfeld, **a.g.e.**, s. 4; Moses, **a.g.e.**, s. 3; Şanlı, Ekşi, **a.g.e.**, s. 63; Born, **Law and Practice**, s. 15.

³⁷ Carbonneau, **a.g.e.**, s. 11; Giray, **a.g.m.**, s. 69; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 9.

³⁸ Carbonneau, **a.g.e.**, s. 11.

³⁹ Rubino-Sammartano, **a.g.e.**, s. 4; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 291; Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 8; Şanlı, Ekşi, **a.g.e.**, s. 63; Nomer, Ekşi, Gelgel, **a.g.e.**, s. 16; Born, **Law and Practice**, s. 14.

⁴⁰ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 8-9; Carbonneau, **a.g.e.**, s. 11.

⁴¹ Born, **Arbitration Agreements**, s. 76.

⁴² Born, **Arbitration Agreements**, s. 76-77.

B. Kurumsal Tahkim ve *Ad Hoc* Tahkim Farkı

Milletlerarası ticari tahkim, kurumsal ya da *ad hoc*⁴³ olarak gerçekleştirilebilir⁴⁴. Kurumsal tahkimde, tahkim prosedürünü organize eden bir kurum söz konusudur ve bu kurumun yargılama kuralları vardır; taraf iradesiyle düzenlenmeyen hususlar söz konusu kurallar uyarınca yönetilir⁴⁵. Milletlerarası ticaret camiası, kurumsal tahkim merkezlerinin önceden kaleme alınmış kurallarını ve bu kurallara dayanan uygulamalarını bildiğinden, uygulamacılara büyük bir güven ve öngörülebilirlik sağlanmış olur⁴⁶.

Ad hoc tahkimde ise taraflar, sadece aralarındaki somut uyuşmazlığın çözümü için geçici nitelikte, herhangi bir tahkim kurumuna tabi olmaksızın görev yapan hakemi veya hakem heyetini belirler⁴⁷. *Ad hoc* tahkim prosedürü taraflarca ya da hakemlerce kaleme alınan ya da atıf yapılan kurallar uyarınca yürütülür⁴⁸. Pratikte *ad hoc* tahkim usulünü seçen tarafların sıkça UNCITRAL Tahkim Kuralları'na atıf yaptığı görülmektedir⁴⁹.

MTO gibi tahkim prosedürünü yöneten kurumsal tahkim merkezleri, kurumun tahkim kuralları arasında standart tahkim şartı örneğine yer vermektedir⁵⁰. UNCITRAL kuralları arasında da, bu kurallara göre yürütülecek *ad hoc* tahkime

⁴³ Doktrinde geçici ya da arzi tahkim terimleri de kullanılmaktadır.

⁴⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 4.

⁴⁵ Cemile Demir Gökyayla, "Milletlerarası Tahkimde Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, C. 2, Der. Mehmet Murat İnceoğlu, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 162; Banu Şit, **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, İmaj, 2005, s. 54-55; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 68; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 4. Milletlerarası alanda en çok tanınan kurumsal tahkim merkezleri: Milletlerarası Ticaret Odası, Amerikan Tahkim Kurumu (AAA), Londra Tahkim Kurumu (LCA), Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumu, FOSFA Tahkimi, Liverpool Pamuk Birliği, GAFTA Tahkimi.

⁴⁶ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 353; Şit, **a.g.e.**, s. 54-55.

⁴⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 5.

⁴⁸ Demir Gökyayla, **a.g.m.**, s. 163; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 68.

⁴⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 5;

⁵⁰ MTO tarafından önerilen tahkim şartı: "Bu sözleşmeden doğan ya da bu sözleşme ile ilgili olarak doğacak tüm ihtilaflar Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları uyarınca, bu kurallara göre atanan bir veya birden fazla hakem tarafından çözümlenir."

uygun bir örnek tahkim şartı yer almaktadır⁵¹. Tarafların kurumsal tahkim merkezlerini yetkilendirirken veya UNCITRAL Tahkim kuralları uyarınca ad hoc tahkime başvuruyu düzenlerken tahkim merkezleri veya UNCITRAL tarafından belirlenen örnek tahkim şartını sözleşmelerine dahil etmeleri tavsiye edilmektedir.

II. Türk Hukukunun Milletlerarası Ticari Tahkimi Düzenleyen Kuralları

Türk hukukunun milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen temel kuralları 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁵²,nda yer almaktadır⁵³. MTK, bazı noktalarda farklı düzenlemeler içermekle beraber büyük ölçüde UNCITRAL Model Kanunu⁵⁴ temel alınarak hazırlanmıştır⁵⁵. 6100 sayılı HMK⁵⁶ m.407-444 arasında tahkim ile ilgili konular düzenlenmektedir. HMK’da yer alan tahkime ilişkin düzenlemeler de UNCITRAL Model Kanununa dayanmaktadır⁵⁷. HMK m.407’de belirtildiği üzere, HMK’da yer alan tahkime ilişkin kurallar yabancı unsur içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklara uygulanacaktır. Dolayısıyla kural olarak HMK’da yer alan kurallar iç tahkime ilişkindir ve milletlerarası ticari tahkime

⁵¹ UNCITRAL Model Tahkim Şartı: “Sözleşmenin ihlaline, sona erdirilmesine ya da geçersizliğine ilişkin; işbu sözleşmeden yada sözleşmeye ilişkin hususlardan doğan tüm uyuşmazlık, ihtilaf veya talepler UNCITRAL Kuralları uyarınca çözümlenir.”

⁵² RG: 5/7/2001 – 24453, Kabul Tarihi : 21/6/2001.

⁵³ Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce, yabancılık unsuru gözetilmeksizin Türkiye’de gerçekleşen herhangi bir tahkime Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanmaktaydı, Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 50. Milletlerarası tahkimin Türkiye’de kolaylıkla görülmesini sağlamak amacıyla MTK kabul edilmiştir; Mahmut T. Birsal, Ali Cem Budak, Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum Bildiriler-Tartışmalar**, 11 Nisan 1997, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999, s. 220.

Mal veya hizmet ticareti işine giren tacirler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü işini gören, “ticarî tahkim”dir. Uyuşmazlıkların taraflarından biri özel hukuk kişisiyken, diğeri bir devlet ise bu tahkim türü, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım ihtilaflarının giderilmesi için başvurulan tahkim olup, “yatırım tahkimi” olarak adlandırılan tahkimdir. Ayrım için bkz. Ataman-Fıganmeşe, **a.g.m.**, s. 93. Çalışmamızda ticarî tahkim terimini kullandığımızdan, yatırım tahkimine ilişkin kurallar kapsam dışı bırakılmıştır.

⁵⁴ UNCITRAL Model Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, (Erişim tarihi: 13.04.2017)

⁵⁵ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu’na Genel Bir Bakış”, **TAAD**, C. 2, Y. 2, S. 4, Ankara, 2011 s. 136.

⁵⁶ RG: 4/2/2011 – 27836, Kabul Tarihi: 12/01/2011.

⁵⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 23.

uygulanmayacaktır. Ancak doktrinde tahkim usulüne Türk hukukunun uygulandığı hallerde, MTK'da boşluk bulunuyorsa HMK hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir⁵⁸.

Anayasa⁵⁹ m. 90 uyarınca, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir.*” Bu nedenle Türkiye'nin taraf olduğu ve usulüne uygun biçimde yürürlüğe koyduğu çok taraflı sözleşmeler 1958 tarihli “Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında New York Sözleşmesi”, 1961 tarihli “Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi (Cenevre Konvansiyonu)” kanun hükmündedir.

Yabancılik unsuru barındıran ilişkilere uygulanacak hukuku belirleyen 5718 sayılı MÖHUK m.1 ile Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmuş ve sözleşme hükümlerinin kanuna nazaran öncelikle uygulanacağı belirtilmiştir⁶⁰. Dolayısıyla 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁶¹ m. 60 ila m.63 arasında yer alan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemeler milletlerarası anlaşmalarda hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır.

III. Tahkim Anlaşması

Modern milletlerarası ticari tahkimin temel taşı, taraflarca (veya tarafların temsilcilerince) kaleme alınan ve taraflar arasında doğmuş ya da doğacak herhangi bir uyuşmazlığın tahkim usulüne başvurularak çözümleneceğini belirten bir anlaşmadır⁶².

Milletlerarası ticari tahkim ile ilgili temel düzenlememiz olan Milletlerarası Tahkim Kanunu m.4 ile tahkim anlaşması “*Tarafların sözleşmeden kaynaklınsın*

⁵⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 23. MTK m. 17: “*Bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz.*”

⁵⁹ RG: 9/11/1982 – 17863, Kabul Tarihi: 18/10/1982.

⁶⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 35.

⁶¹ RG: 12/12/2007 – 26728, Kabul Tarihi: 27/11/2007.

⁶² Blackaby vd, **a.g.e**, s. 71.

veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yolu ile çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma” şeklinde tanımlamıştır. Söz konusu tanım yapılırken NYK m.2/f.1 dikkate alınmıştır⁶³ ve UNCITRAL Model Kanunu m.7 kapsamında benzer tanıma yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda MTK m.4’te yapılan tanım, milletlerarası düzlemde birçok devlet tarafından kabul edilmiş kurullarla benzerlik göstermektedir.

MTK m.4’ün devamında “*tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca, taraflar tahkim usulüne başvurmak istediklerini ifade eden bağımsız bir sözleşme yapabileceği gibi, aralarındaki ilişkiyi düzenleyen asıl sözleşmeye bir madde ekleyerek uyuşmazlıkların tahkim usulü ile çözümleneceğini kararlaştırabilir⁶⁴. Asıl sözleşmeye bir madde eklemek suretiyle “*tahkim şartı*” kaleme alınmış olur. Uygulamada, taraflar tahkim sözleşmesi yapmak yerine tahkim şartı düzenlemekte; tahkim sözleşmesine nadiren rastlanmaktadır⁶⁵. Cenevre Konvansiyonu m. 1/f.2/b.(a) ile “*Hakemlik anlaşmasından maksat bir mukaveleye dercedilen hakem şartı veya taraflar arasında aktolunan hakem mukavelesidir*” şeklinde kaleme alınan benzer bir hükme yer verilmiştir.

Tahkim anlaşmaları herhangi bir uyuşmazlık doğmamışken kaleme alınabileceği gibi, uyuşmazlık meydana geldikten sonra da taraflar tahkim usulüne başvurma hususunda anlaşabilir⁶⁶. Doktrinde bu anlaşmalar, sözleşme ile birlikte

⁶³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 94.

⁶⁴ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 297; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 98; Ergin Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, İstanbul, Beta, 2009, s. 190; Carbonneau, **a.g.e.**, s. 25.

⁶⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 97; Blackaby vd., **a.g.e.**, s. 72. Tezin genelinde tahkim anlaşmalarına ilişkin terimler bu tanımda yer aldığı biçimde kullanılacaktır. Tahkim anlaşması terimi, tahkim şartı ve tahkim sözleşmesinin üst başlığı niteliğinde kabul edilecektir. Asıl sözleşmenin içerisinde yer alan bir madde halinde düzenlenen tahkim anlaşmaları tahkim şartı, asıl sözleşmeden bağımsız şekilde düzenlenen tahkim anlaşmaları tahkim sözleşmesi olarak anılacaktır.

⁶⁶ Yabancı doktrinde uyuşmazlık meydana gelmeden önce kaleme alınan tahkim anlaşmasına “arbitration clause”, “clause compromissoire” adları verilmekteyken uyuşmazlık meydana geldikten sonra düzenlenen anlaşmalar “submission agreement”, “compromis” olarak anılmaktadır. Uyuşmazlık meydana gelmeden önce hazırlanan tahkim anlaşmaları genellikle tahkim şartı, uyuşmazlık meydana geldikten sonra hazırlananlar ise bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde kaleme alınmaktadır. Bkz. Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 72; Carbonneau, **a.g.e.**, s. 25, Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 122.

yapılan tahkim anlaşmaları ve uyuşmazlık meydana geldikten sonra yapılan tahkim anlaşmaları olarak anlaşmanın yapıldığı ana göre ikiye ayrılmıştır⁶⁷.

MTK m.4'te yapılan tanımdan açıkça anlaşıldığı üzere, hakemlerin önüne getirilen uyuşmazlığın, belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş olması gerekmektedir⁶⁸. Tahkim usulü ile çözümlenecek olan uyuşmazlık sözleşmeye dayalı bir ilişkiden doğabileceği gibi, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme dışı bir ilişkiden de doğmuş olabilir. Yine tanımdan anlaşılabileceği üzere; taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkların tamamının değil sadece bir kısmının tahkim usulü ile çözümleneceğini kararlaştırabilir. Örneğin taraflar fesihden kaynaklanan uyuşmazlıkları hariç tutarak geri kalan tüm konuları kapsayacak şekilde tahkim anlaşması düzenleyebilir⁶⁹. Beşinci bölümde detaylı biçimde inceleyeceğimiz üzere, tahkim anlaşmalarının konu açısından bölünerek düzenlenmesi tavsiye edilmemektedir⁷⁰.

Bir tahkim anlaşmasının en önemli işlevi; tarafların, aralarında doğacak ya da doğmuş olan uyuşmazlıkları tahkim usulüyle çözüme iradelerini göstermesidir. Bu irade tahkimin temel unsurudur⁷¹. Taraflar usulüne uygun şekilde tahkim yoluna başvurulmasına ilişkin iradelerini ortaya koyduktan sonra, bu rıza tek taraflı olarak geri alınamaz⁷². Yargıtay kararlarında, geçerli bir tahkim şartının varlığından söz edebilmek için uyuşmazlığın mutlak biçimde tahkim usulüyle çözümleneceğine ilişkin tarafların açık ve kesin irade açıklamalarının bulunması gerektiği

⁶⁷ Nuray Ekşi, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul, Beta, 2004, s. 46. (**Deniz Ticareti Incorporation**)

⁶⁸ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 121.

⁶⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 94.

⁷⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 94; Cevdet Yavuz, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", **Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim"**, İstanbul, 2009, s. 137.

⁷¹ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 71; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 98; Erol Ertekin, İzzet Karataş, **Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması**, Ankara, Yetkin, 1997, s. 65.

⁷² Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 16.

vurgulanmıştır⁷³. Aksi halde, tahkim anlaşmaları Yargıtay tarafından geçersiz kabul edilmektedir.

Tahkim anlaşması, hakemlerin sahip olduğu tüm yetkinin kaynağını teşkil eder⁷⁴. Tahkimin tarafları, devlet mahkemelerinde mümkün olması düşünülemeyecek oranda prosedür üzerinde hakimiyet sahibidir. Örneğin, hakem heyetinin kaç kişiden oluşacağı, hakemlerin ne şekilde seçileceği, tahkimin nerede gerçekleşeceği, hakemlerin sahip olduğu yetkilerin sınırları ya da hangi usulün uygulanacağı gibi hususlar taraflarca belirlenebilir⁷⁵.

A. Tahkim Anlaşmasının Esaslı Unsurları

Geçerli bir tahkim anlaşması akdedilebilmesi için tarafların uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözme hususunda ortak iradelerinin mevcut olması gerekir. Bu bağlamda, tarafların ortak tahkim iradelerinin kapsamı belirlenmelidir. Tahkim anlaşmasının esaslı, temel unsurları nelerdir? Zira tarafların tahkimin esaslı unsurları üzerinde anlaşmış olması geçerli bir tahkim anlaşması kurulması için yeterlidir⁷⁶.

Tahkim anlaşması, belirli veya belirlenebilir bir ya da birden fazla taraf arasında yazılı olarak yapılmalı, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözümleneceklerine dair açık iradelerini göstermeli ve uyuşmazlık konusu belirli olmalıdır⁷⁷. Bir grup yazar, tahkim anlaşmasında tahkimin herhangi bir devlet hukuku ile doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantısını sağlayacak bir unsurun bulunması gerektiğini belirtmiştir⁷⁸.

⁷³ Kararlar için bkz. Üçüncü Bölüm Başlık I

⁷⁴ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 18.

⁷⁵ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 18.

⁷⁶ Born, **Arbitration Agreements**, s. 764

⁷⁷ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 124.

⁷⁸ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 125. Yazarlar tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sağlanması bakımından bu hususun büyük önem taşıdığı görüşündedir. Bir devlet hukuku ile doğrudan bağlantı kurulması, tahkim yeri seçilmesi halinde söz konusu olur. Dolaylı bağlantı ise, tahkim yerine bakılmaksızın bir devletin usul kurallarının tahkime uygulanmak üzere seçilmesi halinde söz konusu olur.

Tahkim anlaşmasında düzenlenmesi gereken temel hususlar belirlenirken, kurumsal tahkim ve ad hoc tahkim arasında ayırım yapılması gerekmektedir. Zira uyuşmazlığın çözümü bakımından yetkili kurumsal tahkim merkezi tespit edilebiliyorsa; sözkonusu merkez, tahkim anlaşmasındaki birçok eksikliği giderebilir⁷⁹. Kurumsal tahkim merkezlerinin model tahkim anlaşmasına yer verilen hallerde bazı ek hususlar anlaşmaya eklenebilir. Model tahkim anlaşması ile birlikte tarafların hakem sayısı, tahkim yeri, tahkim anlaşmasına ve maddi hukuk sözleşmesine uygulanacak hukuk ve tahkim diline ilişkin düzenlemelere yer vermeleri önerilmektedir⁸⁰.

Tahkim anlaşmasının en temel unsuru, taraflarca uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğinin kararlaştırılması yani tarafların ortak tahkim iradesidir. Bu iradenin “*tahkim*” kelimesinde gizli olduğu belirtilmektedir⁸¹. “*Tahkim*” kelimesinin kullanılmış olması tarafların uyuşmazlıkları tahkimde çözüme iradesini yansıtır. Aralarında imzalamış oldukları sözleşmeye, teati edilen bir belgeye, mektuba vs. bu kelimenin yazılmış olması tarafların uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözüme iradesinin mevcut olduğunu gösterir. Taraflar “*tahkim*” kelimesini kullanmamış olsalar dahi, anlaşmanın içeriğinden açıkça uyuşmazlıkların nihai ve bağlayıcı biçimde hakemler vasıtasıyla çözümleneceği anlaşılıyorsa tahkim iradesinin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Tahkim anlaşmaları kaleme alınırken kullanılan ifadelere dikkat edilmeli ve taraf iradesini yansıtan kavramlar kullanılmalıdır⁸². Taraflar tahkim anlaşması kaleme aldığı anda, genellikle iradeleri tahkime başvurunun seçimsel bir yol olarak düzenlenmesi değil tahkimin zorunlu tutulmasıdır⁸³. Benzer şekilde, açıkça aksine bir hüküm bulunmuyorsa, taraflar bir tahkim anlaşması kaleme aldığı anda genellikle aralarında meydana gelecek *tüm* uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözüme iradesindedir.

⁷⁹ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 123, Blackby vd., **a.g.e.**, s. 96.

⁸⁰ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 97.

⁸¹ Born, **Arbitration Agreements**, s. 788; Victoria Narancio, Antonio Nachif, “optional, Blank and Combined Arbitration Agreements: Analysis of the Superior Tribunal de Justiça’s Judgment in Graal v. Kieppe”, **Revista Comercialista**, C. 6, S. 15, 2016, s. 23.

⁸² Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 93.

⁸³ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 93.

Tahkim anlaşması bu iradeye uygun biçimde, genel terimler kullanılarak kaleme alınmalıdır. Tahkim anlaşmasının kapsamı bazı konularla sınırlı tutularak, diğer konularda devlet mahkemelerinin yetkisinin bulunduğu şekilde düzenlenmesi tavsiye edilmemektedir⁸⁴. Örneğin “*sözleşmenin ifasından doğan hususlar tahkimde, sözleşmenin yorumlanmasından doğan uyuşmazlıklar devlet mahkemelerinde çözümlenecektir*” şeklinde kaleme alınan bir tahkim anlaşmasında, konular bölünerek sözleşmeden doğan bazı uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde bazılarınınsa tahkimde çözümleneceği taraflarca kararlaştırılmıştır. Hangi uyuşmazlıkların sözleşmenin ifasına, hangi uyuşmazlıkların sözleşmenin yorumlanmasına ilişki olduğu hususunu saptamak son derece güçtür; bu nedenle tarafların sözleşmeden doğan ihtilafları konularına göre bölerek farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri kabul etmeleri önerilmemektedir.

Doktrinde bir görüş, tahkim anlaşmasında bulunması gereken hususların sıralandığı listelerin faydasız ve tehlikeli olduğunu belirtmiştir. Yazarlar, her bir tahkim anlaşmasının taraflar ve olay dikkate alınarak özel olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatinde⁸⁵. Söz konusu görüş uyarınca, birçok yazarın tahkim anlaşmasıyla düzenlenmesi gerektiğini belirttiği hususlar, görev belgesinde ya da hazırlık kararında düzenlenmelidir; geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulması için sadece tarafların ortak tahkim iradesi aranmalıdır.

B. Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği

Geçerli bir tahkim yargılamasından söz edebilmek için öncelikle ehliyet, şekil ve esas bakımından geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması şarttır. Tahkim anlaşmasının barındırdığı patoloji anlaşmayı geçersiz hale getirmiş midir; yoksa anlaşmanın yorumlanması yoluyla geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu sonucuna varmak mümkün müdür? Tutarlı bir incelemede bulunmak ve bu soruya cevap verebilmek için öncelikle tahkim anlaşmalarının ehliyet, şekil, ve esas bakımından geçerliliğini kategoriler altında incelemek ve tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinin hangi hal ve koşullardan etkilendiğini tespit etmek gerektiği

⁸⁴ Yavuz, a.g.m, s. 137; Blackaby vd, a.g.e, s. 93.

⁸⁵ Poudret, Besson, a.g.e, s. 123.

kanaatindeyiz. Zira tahkim anlaşmalarının barındırdığı patolojik unsurlar anlaşmanın esas bakımından geçerliliğini etkilemektedir ve tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliği çalışmamızın ana konusunu oluşturmaktadır. Patolojik tahkim anlaşmasından söz ettiğimiz her halde, bu anlaşmanın esas bakımından geçerli kabul edilip edilemeyeceğine dair incelemede bulunmak gerekir.

1. Tahkim Anlaşması Yapma Ehliyeti

Geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edebilmek için, tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetine sahip olması gerekir. MTK'da tarafların ehliyetine uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir⁸⁶. Ehliyete ilişkin hükme NYK'da rastlanmaktadır. NYK kapsamında tahkim anlaşması yapma ehliyeti olmayan bir kişi tarafından anlaşmanın yapılmış olması tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. NYK m.5/f.1/b.(a) uyarınca tahkim anlaşması yapma ehliyeti tarafların "*haklarında tabiki gereken kanuna göre*" belirlenecektir. Buna göre, NYK kapsamında tahkim anlaşmasına dayanarak verilen ve tenfizi talep edilen bir hakem kararı söz konusu ise, tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyeti tenfiz devletinin kanunlar ihtilafı kurallarına bırakılmıştır⁸⁷.

Türk mahkemesinde açılan bir dava söz konusu ise, hakim ehliyete ilişkin meselere 5718 sayılı MÖHUK m. 9'u uygulayacaktır⁸⁸. Söz konusu kural uyarınca, ehliyete uygulanacak hukuk taraf gerçek kişi ise milli hukuk, taraf tüzel kişi ise statüsündeki idare merkezi hukukudur.

NYK'da "*incapacity*" olarak kullanılan "*ehliyetsizlik*" ifadesinin, tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin, tahkim anlaşmasının tarafını temsil yetkisine sahip olup olmadığı hususunu da kapsadığı kabul edilmektedir⁸⁹.

⁸⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 372.

⁸⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 412.

⁸⁸ MÖHUK m. 9: "*(1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tâbidir. [...]*

(4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir. (5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir."

⁸⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 372.

2. Tahkim Anlaşmasının Şekil Bakımından Geçerliliği

Tahkime ilişkin tüm önemli milletlerarası anlaşmalarda ve UNCITRAL Model Kanunu'nda tahkim anlaşmalarının *yazılı şekilde* yapılması gerektiği düzenlenmiştir⁹⁰. Yazılı şekilde yapılma koşulu, geçerli bir tahkim anlaşmasının devlet mahkemelerinin uyuşmazlık üzerindeki yargılama yetkisini kaldırması dolayısıyla kabul edilmiştir⁹¹.

New York Konvansiyonu⁹² m.2/f.1 uyarınca, tahkim anlaşmaları yazılı şekilde yapılmalıdır. Karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda tahkim anlaşmasına yer verilmiş olması yazılı biçimde yapılma şartını karşılamaktadır.⁹³ Genel kabul gören görüş uyarınca, yazılı şekilde yapılma şartını karşılamak için tarafların imzasına gerek bulunmamaktadır; sözleşmenin yazılı olması yeterlidir⁹⁴.

Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasına ilişkin benzer kural bir UNCITRAL Model Kanunu tarafından da benimsenmiştir⁹⁵. “*Yazılı şekilde yapılma*” şartının kapsamı Model Kanun m.7 ile genişletilmiş; sonradan erişilebilir olmak kaydıyla elektronik iletişim araçları ile yazılı olma koşulunun yerine getirilmiş olacağı belirtilmiştir. 2006 yılında güncellenen Model Kanun hükümleri ile tahkim

⁹⁰ Blackaby vd., **a.g.e.**, s. 75.

⁹¹ Blackaby vd., **a.g.e.**, s. 75.

⁹² Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, RG: 21.5.1991- 20877)

⁹³ New York Konvansiyonu m.2/f.2: “*Yazılı anlaşma*” terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır. Anlaşmanın yazılı olmasının önemi Konvansiyon’un 4. Maddesinde de vurgulanmıştır. Buna göre, tanıma ve tenfiz talebinde bulunan taraf, mahkemeye hem “*Hakem kararının usulüne göre tasdik edilmiş aslını yahut da aslına uygunluğunu gösteren şartları ihtiva eden bir suretini,*” hem de “*II. madde hükmünde zikri geçen hakem anlaşmasının aslını veya aslına uygunluğunu gösteren şartları ihtiva eden bir suretini.*” ibraz etmekle yükümlüdür. Yazılı bir hakem kararının bulunmadığı hallerde hakem kararının tanınması ya da tenfiz edilmesi mümkün olmayacaktır. Bkz. Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 75.

⁹⁴ MTK m.4'te düzenlenen hükümden tarafların imzasına gerek bulunmadığı anlaşılmaktadır. MTK m. 4/f.2'de “*Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, telex, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir.*” şeklinde bir hükme yer verilmiştir.

⁹⁵ UNCITRAL Model Kanun m.7/f.2: “*Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılacaktır.*”

anlaşmasının içeriğinin herhangi bir şekilde kayda alınması mümkün ise yazılı şekilde yapılma koşulu gerçekleşmiş sayılacaktır⁹⁶.

Cenevre Konvansiyonu m. 1/f.2/b. (a) ile de tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin bir hüküm öngörülmüştür. Buna göre “*hakem şartının içinde bulunduğu mukavelelerin veya hakem mukavelesinin taraflarca imzalanması, veya tarafların birbirine yolladığı mektup, telgraf yahut teleskriptör metninde mündemiç bulunması ve, kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan memleketler arasındaki münasebetlerde bu kanunların müsaade ettiği şekiller dairesinde aktedilmiş olması lazımdır.*”

MTK m.4/f.2 uyarınca tahkim şartı veya sözleşmeleri yazılı şekle tabidir. Burada kastedilen adi yazılı şekildir⁹⁷. Fıkranın devam eden cümlelerinde hangi koşullar altında yazılı olma koşulunun gerçekleşmiş sayılacağı açıklanmıştır⁹⁸. Çeşitli modern iletişim araçlarının varlığı göz önünde bulundurularak; söz konusu hallerde tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin taraflarca imzalanmış olma şartına bağlı olmayacağı düzenlenmiştir⁹⁹. İkinci fıkranın son cümlesinde: “*Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca, *incorporation*¹⁰⁰ yoluyla geçerli bir tahkim anlaşması düzenlemek mümkündür¹⁰¹. *Incorporation*, herhangi bir belgenin,

⁹⁶ Blackaby vd., **a.g.e.**, s. 77.

⁹⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 323.

⁹⁸ MTK m.4/f.2: “Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesinedavalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.

⁹⁹ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 324.

¹⁰⁰ Doktrinde incorporation yoluyla yapılan tahkim anlaşmaları yerine yollama yoluyla veya atıf yoluyla tahkim sözleşmesi yapılması terimleri de kullanılmaktadır; Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, Legal, 2008 (**Kanunlar İhtilafı**); Sibel Özel, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması”, **MÜHF – HAD**, C. 23, S. 1, 2017, s. 317. (**Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**), s. 319; s. 93-94; Hüseyin Afşın İlhan, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Ankara, Adalet, 2016, s. 82.

¹⁰¹ Incorporation yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarının, şekle mi yoksa esasa ilişkin mi olduğu hususunda farklı görüşlere yer verilmiştir. Birçok yazar incorporation yoluyla yapılan tahkim

diğer belgenin eki veya parçası haline getirilmesidir¹⁰². Yani kanun, tahkim kaydı içeren herhangi bir belge, kural, kod, genel işlem şartı veya sözleşmenin; asıl sözleşmenin eki yapılarak tahkim anlaşması düzenlenebilmesine izin vermiştir¹⁰³. Böylece taraflar, atıf yaptıkları metnin kendileri tarafından düzenlenen metin gibi dikkate alınacağını ve uygulanacağını kabul eder¹⁰⁴.

MTK bakımından, yabancılık unsuru içeren ve dolayısıyla MTK'nın uygulama alanına giren tahkim anlaşmalarının geçerliliğine yapılan itirazların hangi hukuka göre karara bağlanacağı önem arz eder. MTK uyarınca tahkim anlaşmalarının şekli bakımdan geçerliliği, anlaşmanın yazılı şekilde yapılmasına bağlanmıştır. Yani MTK m.4 ile belirlenen şekilde yapılan tahkim anlaşmaları geçerli kabul edileceğinden, MTK kapsamında tahkim anlaşmalarının geçersizliğine ilişkin bir kanunlar ihtilafı problemi meydana gelmeyecektir¹⁰⁵.

Neredeyse tüm tahkim başvuruları taraflar arasında sözleşmeye dayanan bir ilişki dolayısıyla gerçekleştirilir. Ancak NYK'de, Model Kanun'da ve MTK'da, geçerli bir tahkim anlaşması düzenlenebilmesi için, taraflar arasında sözleşmesel ilişki bulunması şartı aranmamış; taraflar arasında sözleşme dışı olsa dahi hukuki bir ilişki bulunması yeterli kabul edilmiştir¹⁰⁶.

anlaşmalarını şekil başlığı altında incelemektedir. Ancak doktrinde incorporation yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarının daha çok tahkim iradesine ve tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine ilişkin olduğu bazı yazarlarca savunulmaktadır; Born, **Arbitration Agreements**, s. 819; **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmil**, İstanbul, Beta, 2008. (Üçüncü Kişilere Teşmil). Bu konuda şekil ile esasın içiçe geçtiğinde dair bkz. Günseli Öztekin Gelgel, "New-York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi", **MHB**, C. 22, S. 2, 2002, s. 1138. Dolayısıyla incorporation yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarına şekil başlığı altında kısaca değinilecek; ancak bu anlaşmaların tahkim iradesi bakımından meydana getirdiği problemler aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

¹⁰² Nuray Ekşi, Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation", **MHB**, C.19, S. 1-2, İstanbul, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2011, s. 263 (**Kanunlar İhtilafı Incorporation**); Ekşi, **Deniz Ticareti Incorporation**, s. 21; Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 142; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 93.

¹⁰³ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 324.

¹⁰⁴ Ekşi, **Deniz Ticareti Incorporation**, s. 21.

¹⁰⁵ Ekşi, **Deniz Ticareti Incorporation**, s. 72; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 325.

¹⁰⁶ Blackaby vd., **a.g.e.**, s.79.

3. Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliği

MTK m.4 ile tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti tarafların iradesine bırakılmıştır. Taraflar tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmışsa, tarafların seçtiği hukuk uygulanır. Şayet taraflar hukuk seçimi yapmadıysa MTK m.4 hükmü uyarınca tahkim anlaşmasını esas bakımından geçerliliğine Türk hukuku uygulanır¹⁰⁷.

MTK'nın ilgili hükmü sadece tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmiş uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku göstermektedir. Kanunda tahkim yerinin yabancı ülke olarak belirlendiği tahkim anlaşmalarının geçerliliğine uygulanacak hukuk konusuna ilişkin hükme yer verilmemiştir¹⁰⁸. Tahkim yerinin yabancı ülke olarak belirlendiği hallerde, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen Türk mahkemelerinde dava açılırsa, bu davaya karşı ileri sürülebilecek tahkim itirazı MTK'da düzenlenmiş¹⁰⁹; ancak anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin bir hükme yer verilmemiştir¹¹⁰. Dolayısıyla bu hallerde tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir. Doktrinde bu sorunun çözümüne ilişkin birçok görüş ortaya atılmıştır. Aşağıda, "*Türk hakim önünde tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi*" başlığı altında bu görüş ve önerilen çözümler detaylarıyla incelenmiştir.

Tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuka kısaca değindikten sonra geçerli bir tahkim anlaşması kurulabilmesi için hangi maddi şartların arandığı değerlendirilmelidir. Bu noktada üzerinde durulması gereken önemli bir husus tahkim anlaşmasının hukuki niteliğinin belirlenmesidir. Tahkim anlaşmasının doğurduğu iki önemli etki söz konusudur Bunlardan ilki hakemlerin

¹⁰⁷ MTK m.4/f.3: "*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*"

¹⁰⁸ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 326; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. Bs, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 630.

¹⁰⁹ MTK m.5/f.1: "*Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir.*"

¹¹⁰ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 326.

yargılama yapabilmesini sağlayan olumlu etki; diğeri ise devlet mahkemelerine başvuru yolunu kapatan olumsuz etkidir. Tahkim anlaşmasının doğurduğu bu etkiler usul hukukuna ilişkin olduğundan, anlaşmanın usul hukuku alanında geçerli olduğu söylenebilir¹¹¹. Ancak sözleşmenin geçerliliği bakımından, yapılacak olan inceleme maddi hukuka ilişkindir¹¹².

Kural olarak, geçerli bir tahkim anlaşması akdedilebilmesi için, sözleşmenin kurulmasına için aranan genel şartlara uyulmuş olması gerekmektedir¹¹³. Türk hukuku bakımından inceleme yapmamız gerekirse, TBK m.1 ile sözleşmenin, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları ile kurulacağı düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra doktrinde sözleşmelerin geçerliliği için aranan temel şartlar belirtilmiştir. Bunlar; tarafların ehil olması, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması, sözleşmenin konusunun imkânsız olmaması, irade beyanlarının “sağlıklı” olması, sözleşmede muvazaa bulunmamasıdır¹¹⁴.

Dolayısıyla tahkim anlaşmalarının maddi geçerliliği bakımından en büyük önemi haiz olan husus tarafların karşılıklı ve birbirine uygun tahkime başvurma iradelerinin bulunmasıdır. Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkin irade açıklaması, tahkim anlaşmasının temel kurucu unsurudur¹¹⁵.

Çalışmamızın konusunu oluşturan patolojik tahkim anlaşmaları ise doğrudan tarafların ortak tahkim iradesine ilişkin sorunlara dayanmaktadır. Patolojik tahkim anlaşmalarının büyük çoğunluğunda tarafların tahkime başvurma iradesine ilişkin

¹¹¹ Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, 1973, s. 80-81; Yavuz, **a.g.m.**, s. 143-144; Hakan Pekcanitez, Ali Yeşilirmak, **Pekcanitez Usul- Medeni Usul Hukuku**, C. 3, Ed: Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, 15. Bs, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2598; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 422.

¹¹² Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 24. Bs, Ankara, Yetkin, 2014, s. 781; Pekcanitez, Yeşilirmak, **a.g.e.**, s. 2599; Yavuz, **a.g.m.**, s. 142.

¹¹³ Born, **Arbitration Agreements**, s. 835; Cemal Şanlı, **Hukuki Mütalaalarım**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 444; Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 141.

¹¹⁴ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 11. Bs, İstanbul, Vedat, 2013, s. 81-136.

¹¹⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 98; Simone Stebler, “The Problem of Conflicting Arbitration and Forum Selection Clauses”, **ASA Bulletin**, C. 31, S. 1, The Netherlands, Kluwer Law International, 2013, s. 28.

belirsizlikler mevcuttur. Örneğin, hem devlet mahkemelerine başvuruyu hem de tahkime başvuruyu aynı anda düzenleyen bir sözleşmede tarafların iradesi belirsizdir; acaba taraflar uyuşmazlığı hangi yolla çözüme arzusundadır? Veya tarafların sadece “*tahkim: İstanbul*” şeklinde kaleme aldığı bir şart söz konusu ise, tarafların tahkim iradesi mevcut mudur? Tahkime başvurma iradesi açık olsa da taraf iradeleriyle ilgili başka sorunlar doğabilir. Örneğin tarafların birden çok tahkim merkezini yetkilendirdiği hallerde, uyuşmazlık hangi kurum tarafından yönetilecek ve hangi kurumun kuralları uygulanacaktır? Verilen örneklerle açıklandığı üzere, taraf iradelerindeki belirsizlikler tahkim anlaşmalarını patolojik hale getirecektir. Dolayısıyla patolojik tahkim anlaşmaları, tarafların tahkim iradeleriyle ve tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliği ile doğrudan ilişkilidir.

Bu bilgiler ışığında, çalışmamızın ikinci bölümünde patolojik tahkim anlaşması kavramı doktrinde yapılan tanımlar ışığında açıklanacak ve tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin kural, ilke ve tartışmalara yer verilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

PATOLOJİK TAHKİM ŞARTI VEYA SÖZLEŞMESİ KAVRAMLARININ TANIMLANMASI, YORUMLANMASI VE SINIFLANDIRILMASI

I. Patolojik Tahkim Şartı veya Sözleşmesi Kavramı

“Patolojik tahkim şartı¹¹⁶” terimi 1974 yılında Milletlerarası Tahkim Odası fahri genel sekreteri Frédéric Eisemann tarafından ortaya atılmıştır.¹¹⁷ Eisemann, tahkim anlaşmasının temel fonksiyonlarını yerine getiremeyen anlaşmaları “*patolojik*” olarak tanımlamıştır¹¹⁸. Eisemann makalesinde bu anlaşmaları tanımlamak için şöyle bir örnek vermiştir: “*en mükemmel aydınlatma sistemi bile anahtarın çalışmadığı hallerde işlevini yitirir, aynı kural tahkim açısından da geçerlidir; bir hukuk sistemi tahkime ne kadar elverişli olursa olsun düzgün bir şekilde hazırlanmamış tahkim anlaşması söz konusu ise tahkim amacına ulaşamaz.*”¹¹⁹ Patolojik tahkim anlaşmaları, tahkim prosedürünün “*pürüzsüz*” akışını sekteye uğratabilecek belirsizlikler, sakatlıklar, eksiklikler veya çelişkiler barındıran

¹¹⁶ Terimin İngilizce karşılığı “pathological arbitration clauses” olmakla birlikte doktrinde “defective arbitration clauses” olarak da anılmaktadır. Benzer durum terimin Fransızca karşılığı açısından da söz konusudur. Terim Fransız hukukunda “clauses compromissaires pathologiques” şeklinde anılmakla birlikte, doktrinde “clauses compromissaires défectueuses” terimine de rastlanmaktadır. Bu terimlerin eş anlamlı olduğu yönünde bkz. Kasparas Tolkusinas, Defective Arbitration Clauses in International Commercial Contracts, (Çevrimiçi) http://vddb.library.lt/obj/LT-eLABA-0001:E.02~2011~D_20110124_131045-86915, Erişim: 25.03.2015, s. 13.

¹¹⁷ Frédéric Eisemann, “La clause d’arbitrage pathologique”, **l’arbitrage international: essais in memoriam Eugenio Minoli**, C. 3, Milano, Unione Tipografico, 1974, s. 129; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 262; Hugues Scalbert, Laurent Marville, “Les clauses compromissaires pathologiques”, **Revue de l’Arbitrage**, No:1, Paris, Librairies Techniques, 1988, s. 117; Benjamin G. Davis, “Pathological Clauses: Eisemann’a Still Vital Criteria”, **Arbitration International**, C. 7, S. 4, Oxford, Oxford University Press, 1991, s. 365; Pierre A. Karrer, “Pathological Arbitration Clauses- Malpractice, Diagnosis and Therapy”, **The International Practice of Law-Liber Amicorum for Thomas Bar and Robert Karrer**, Ed. Nedim Peter Vogt vd., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1997, s. 109; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e**, s. 588; Milo Molfa, “Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws”, **Hong Kong Law Journal**, C.37, 2007, s. 161; Tolkusinas, **a.g.e**; Fjolla Krasniqi, “Practice of International Courts and Arbitral Tribunals in Interpreting Pathological Arbitration Clauses”, **Journal of Alternative Dispute Resolution**, C.3, Kosovo, American Chamber of Commerce in Kosovo, 2016, s. 4.

¹¹⁸ Eisemann, **a.g.m**, s. 130.

¹¹⁹ Eisemann, **a.g.m**, s. 129.

sözleşmeleri anlatmak için kullanılmıştır¹²⁰. Tahkim anlaşmalarının kaleme alınması aşamasında yaşanabilecek “*sakarlıklar*”, bunları etkiler ve patolojik hale getirebilir¹²¹. Bu kusurlar en iyi ihtimalde tahkim sürecini yavaşlatır ve süreci pahalı hale getirir; en kötü ihtimalde ise tahkim usulüne hiç başvurulamamasına sebep olur¹²². Patolojik tahkim anlaşmaları uyuşmazlığın tahkim aracılığıyla çözüme kavuşturulmasını engellemek veya ertelemek niyetinde olan tarafın elinde önemli bir koz oluşturur¹²³. Bu anlaşmalar, taraflar arasında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmaz; aksine tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kapsamı hususunda ek uyuşmazlıkların doğmasına sebebiyet verir¹²⁴.

Her patolojik tahkim anlaşmasının geçersiz ya da etkisiz olduğu sonucuna doğrudan varılamaz¹²⁵. Bir tahkim anlaşması patolojikse, yapılacak incelemenin ardından iki farklı sonuca varılabilir; bazı hallerde patolojiyi yaratan sakatlıklara rağmen tarafların tahkim usulüne başvurmaları mümkün iken diğer hallerde tarafların tahkim yoluna başvurmaları mümkün değildir¹²⁶.

¹²⁰ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 262; Eisemann, **a.g.m.**, s. 129; Andrea M. Steingruber, **Consent in International Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2012, para. 7.47; Emre Esen, “Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 6, S. 1, İstanbul, Legal, 2017, s. 81(**Mevcut veya Belirli**); Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port, **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2010, s. 51, **a.g.e.**, s. 58.

¹²¹ Scalbert, Marville, **a.g.m.**, s. 117.

¹²² Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 263.

¹²³ Philippe Fouchard, « Note : Mairesse-lebrun et autre c/Société Manufacture de Machines du Haut-Rhin Manhurin », **Revue de l'arbitrage**, S. 1, Paris, Librairies Techniques, 1980, s. 74-77. Scalbert, Marville, **a.g.e.**, s. 118.

¹²⁴ Stefan Kröll, ““Pathological” arbitration agreements before German Courts – short notes on the occurrence of a recent decision by the Higher Regional Court Hamm”, **Internationales Handelsrecht**, C. 6, De Gruyter, 2006, s. 255.

¹²⁵ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 128.

¹²⁶ Scalbert, Marville, **a.g.e.**, s. 118.

Eisemann patolojik tahkim anlaşmasının, temel işlevlerini yerine getiremediğini belirttiikten sonra tahkim anlaşmasının temel işlevlerini de saymıştır¹²⁷. Bunlar:

- 1) Taraflar açısından bağlayıcı sonuçlar doğurabilme
- 2) İstisnai haller haricinde, hakem mahkemesi tarafından bir hüküm verilene dek devlet mahkemelerinin uyuşmazlığa müdahalesini engelleme
- 3) Uyuşmazlıkların çözümünde hakemlere, taraflar aleyhine hüküm verme yetkisini bahsetme
- 4) Cebri icraya konu olabilecek bir hükmün verilmesine elverişli prosedürün uygulanması.

Şayet taraflarca kaleme alınan tahkim anlaşmasında, yukarıda yer verilen işlevlerden biri ya da bir kaçının yerine getirilmesini engelleyen bir sakatlık mevcutsa, söz konusu tahkim anlaşması patolojiktir¹²⁸. Zira bu işlevlerden herhangi birinin yerine getirilememesi halinde tahkim sürecinin olağan akışı sekteye uğrayacaktır.

Bir grup yazar, Eisemann tarafından belirlenen bu kriterleri iki gruba ayırmıştır¹²⁹. Yazarlara göre, tahkim anlaşmasında bulunması gereken ve yukarıda yer verdiğimiz fonksiyonlardan iki ve dört numaralı olanların (hakemler tarafından karar verilinceye dek devlet mahkemelerinin uyuşmazlığa müdahalesinin engellenmesi ve cebri icraya konu olabilecek bir karar alınmasına elverişli prosedürün uygulanması) anlaşmada bulunmaması halinde, tahkim anlaşması geçersiz hale gelmez. Bu iki fonksiyonun eksikliği yazarlarca “*iyi huylu patoloji*” olarak nitelendirilmiştir ve bunları barındırmayan tahkim anlaşmalarının ayakta

¹²⁷ Eisemann, **a.g.m.**, s. 130. Eisemann tarafından ortaya atılan bu işlevler daha sonra doktrinde yer alan birçok yazar tarafından benimsenmiş ve çeşitli eserlerde bu işlevlere yer verilmiştir. Bkz. Scalbert, Marville, **a.g.m.**, s. 117; Davis, **a.g.e.**, s. 4; Molfa, **a.g.m.**, s.; Tolkusinas, **a.g.e.**, s. 13.

¹²⁸ Scalbert, Marville, **a.g.e.**, s. 118.

¹²⁹ Scalbert, Marville, **a.g.e.**, s. 118.

tutulabileceği belirtilmiştir. Buna karşılık bir ve üç numaralı fonksiyonların eksikliği (Taraflar arasında bağlayıcı sonuçlar doğurabilme ve hakemlere taraflar aleyhine karar alabilme yetkisinin verilmesi), yazarlarca tahkim anlaşmalarının temel unsuru olarak değerlendirilmiş ve bunların eksikliği halinde anlaşmanın ayakta tutulamayacağı, geçersiz hale geleceği belirtilmiştir¹³⁰. Yazarlar, ayakta tutulabilecek patolojik tahkim anlaşmaları ile ayakta tutulamayacak olanlar arasındaki sınırın bazı hallerde çok ince olduğunu belirtmiştir¹³¹. Kanaatimizce patolojik tahkim anlaşmalarını sadece Eisemann tarafından belirlenen fonksiyonları göz önüne alarak, bazı fonksiyonların eksikliğinde tahkim anlaşması ayakta tutulabilir, diğer bazı fonksiyonların eksikliği halinde ise anlaşma ayakta tutulamaz şeklinde net sınırlarla ayırmak çok doğru bir yaklaşım değildir. Her anlaşma kendine özgü koşullar içerisinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Doktrinde patolojik tahkim anlaşmaları ile ilgili Eisemann'ın yaptığı tanımdan farklı bir tanıma da yer verilmiştir. Söz konusu görüş uyarınca, anlaşmanın yorumlanması aşamasında ortaya çıkan bir uyuşmazlık dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçersizliği ya da verilen hakem kararının icra edilememesi söz konusu olursa tahkim anlaşması patolojiktir¹³².

Patolojik tahkim anlaşmalarının bazı hallerde geçerli bazı hallerde ise geçersiz olduğunu belirtmiştik. Öyleyse bu anlaşmaların akıbeti, devlet mahkemesi ya da hakem heyeti tarafından taraf iradeleri yorumlanarak belirlenecektir¹³³. Mahkeme ya da hakemler içerdiği patolojinin ağırlığıyla taraf iradelerine göre patolojik tahkim anlaşmalarını yorumlayacak ve anlaşmanın geçerli ya da geçersiz olduğu yönünde bir karara varacaktır.

Patolojik tahkim anlaşmaları, yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere tahkim anlaşmalarının yorumlanması ve esas bakımından geçerliliği ile

¹³⁰ Yazarların yaptığı “ayakta tutulabilen patolojik tahkim anlaşmaları” ve “ayakta tutulamayan patolojik tahkim anlaşmaları” ayrımı ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Scalbert, Marville, **a.g.m.**, s. 118.

¹³¹ Scalbert, Marville, **a.g.e.**, s. 135.

¹³² Tolkusinas, **a.g.e.**, s. 13.

¹³³ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 86.

doğrudan ilişkilidir. Zira bu anlaşmaların geçerli olup olmadığı taraf iradelerinin yorumlanması ile belirlenecektir. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk ise temel olarak taraf iradelerinin geçerli olup olmadığına karar vermektedir¹³⁴. Tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliği ve yorumlanmasına ilişkin milletlerarası niteliğe sahip uyuşmazlıkların çözümlenebilmesi için ilk aşama uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenmesidir.

II. Tahkim Anlaşmalarının Esas Bakımından Geçerliliğine ve Yorumlanmasına Uygulanacak Hukuk

A. Tahkim Anlaşmalarının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

1. Genel Bilgi

Tahkim anlaşmalarının geçerliliğine uygulanacak hukuku belirlemeden önce, UNCITRAL Model Kanun ile MTK’da yer alan, doktrin ve uygulamada kabul gören ve uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından büyük önem taşıyan iki ilkeye kısaca değinmenin uygun olacağını kanaatindeyiz. Bunlar “Bağımsızlık” ve “Competence-Competence” ilkeleridir.

2. Bağımsızlık İlkesi

Patolojik tahkim anlaşmaları ile ilgili hususlar tartışılırken kısaca bağımsızlık ilkesine de değinmek gerekir¹³⁵. Bağımsızlık ilkesi hemen her modern devlet hukukunda kabul edilmiştir¹³⁶. Bu ilkenin özü, tahkim şartının içerisinde yer aldığı

¹³⁴ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 79.

¹³⁵ Doktrinde bağımsızlık ilkesi yerine ayrılabilirlik ilkesi terimi de kullanılmaktadır. Benzer şekilde, terimin İngilizce karşılığı olarak “separability”, “severability” ya da “autonomy” kelimeleri kullanılmaktadır.

Bağımsızlık ilkesi aynı zamanda tahkim anlaşmasının tüm devlet hukuklarından bağımsız olduğu yönünde Fransız hukuku tarafından benimsenen yaklaşımı açıklamak için de kullanılmaktadır. Fransız Hukuku tarafından benimsenen bu bağımsızlık ilkesi aşağıda açıklanacaktır.

¹³⁶ Lew, Mistelis, Kröll, a.g.e, s. 105; Klaus Peter Berger, **Private Dispute Resolution in International Business-Handbook**, C.2, 2. Bs, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, s. 426 (**Handbook**); Andrew Tweeddale, Karen Tweeddale **Arbitration of Commercial Disputes**:

maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız kabul edilmesidir¹³⁷. Yani maddi hukuk sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olsa dahi tahkim şartı maddi hukuk sözleşmesine bağlı olarak kendiliğinden geçersiz hale gelmez¹³⁸. Bağımsızlık ilkesinin doğal sonucu olarak, içerisinde tahkim şartı barındıran bir sözleşme taraflarca imzalandığında iki farklı sözleşme kurulur¹³⁹. Dolayısıyla maddi hukuk sözleşmesi ile tahkim şartına uygulanacak hukuk birbirinden farklı olabilir ve her iki sözleşmenin geçerli şekilde kurulması için aranan şekil şartları da farklılık gösterebilir¹⁴⁰.

Bu ilkenin ilk sonucu, tahkim şartının bağımsız bir sözleşme olması dolayısıyla asıl sözleşmenin geçersizliğine ilişkin bir engelle karşılaşmadan davacının tahkim prosedürünü başlatabilmesidir¹⁴¹.

Bağımsızlık ilkesi, Competence-Competence ilkesi ile yakından ilişkilidir. Tahkim şartı ile maddi hukuk sözleşmesi birbirinden bağımsız olduğundan maddi hukuk sözleşmesinin geçersiz olduğu ileri sürülse dahi, hakemler; uyuşmazlığın çözümü bakımından kendi yetkilerinin bulunup bulunmadığını ve tahkim şartının geçerli olup olmadığı hususlarında karar vermeye yetkilidir¹⁴². Dolayısıyla söz

International and English Law Practice, Oxford, Oxford University Press, 2007, s. 122; Tolkusinas, **a.g.e.**, s. 11; Molfa, **a.g.m.**, s. 166; Kronke vd, **a.g.e.**, s. 51.

¹³⁷ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 101 ; W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, 3. Bs, New York, Oxford University Press, 2000, s. 48; Kronke vd, a.g.e, s. 52; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 133; Blackaby vd., **a.g.e.**, s. 104; Tolkusinas, **a.g.e.**, s. 11-12, R. Doak Bishop, “Practical Guide for Drafting Arbitration Clauses” (Çevrimiçi), <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop9.pdf>, Erişim: 31.03.2015. Bu yönde verilen mahkeme kararları için bkz. Ad Hoc Tahkim: Elf Aquitaine Iran (Fransa) vs. National Iranian Oil Company (İran), 14 Ocak 1982, http://www.trans-lex.org/261100/mark_969000/; Ad Hoc Tahkim: LIAMCO vs. Libya, 12 Nisan 1977, http://www.trans-lex.org/261400/mark_969000/; Interim Award in ICC case No. 7929, 1995; ICC Award No. 5485, 1989; Prima Paint Corp vs. Flood & Conklin Mfg. Co, 1967, 388 U.S.

¹³⁸ Carbonneau, **a.g.e.**, s. 25; Berger, **Handbook**, s. 427; Blackaby vd., **a.g.e.**, s.104; Tolkusinas, **a.g.e.**, s. 11.

¹³⁹ Berger, **Handbook**, s. 427; Kronke vd., **a.g.e.**, s. 52; Tolkusinas, **a.g.e.**, s. 11.

¹⁴⁰ Kronke vd., **a.g.e.**, s. 52; Born, **Law and Practice**, s. 51; Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 107; Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 52-53.

¹⁴¹ Blackaby vd., **a.g.e.**, s. 104.

¹⁴² Berger, **Handbook**, s. 427; Blackaby vd., **a.g.e.**, s. 107.

konusu ilkenin meydana getirdiği ikinci sonuç, açıklandığı üzere hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verebilme yetkisine sahip olmasıdır¹⁴³.

UNCITRAL Model Kanun m.16 ile tahkim şartının içerisinde yer aldığı maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız olduğu kabul edilmiştir. Türk hukukunda da bağımsızlık ilkesi benimsenmiştir. TMK m.4/f.4¹⁴⁴,te yer alan düzenleme uyarınca tahkim şartına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı itirazında bulunulamaz. Söz konusu hüküm ile tahkim şartının içerisinde yer aldığı asıl sözleşmeden bağımsız olduğu kabul edilmiştir. Maddi hukuk sözleşmesi ile tahkim şartı iç içe olsalar dahi şekli ve maddi bakımdan geçerlilikleri ayrı ayrı çözümlenecektir.¹⁴⁵

3. Competence-Competence İlkesi

Tahkim şartı içerisinde yer aldığı maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız kabul edildiği için, maddi hukuk sözleşmesinin geçersiz olduğu ileri sürülse dahi hakemler, tahkim şartınının geçerliliğini inceleyerek karara bağlayacaktır. Milletlerarası ticari tahkim hukukunda Competence-Competence, hakemlerin kendi yargılama yetkilerinin kaynağını oluşturan tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar vermeye yetkili oldukları anlamını taşımaktadır¹⁴⁶. Dolayısıyla Competence-Competence ilkesi, hakem heyetinin de başka herhangi bir mahkeme gibi kendi yetkisini karara bağlayabilmesini öngörür¹⁴⁷.

UNCITAL Model Kanun m. 16'da bağımsızlık prensibi ile birlikte Competence-Competence prensibi de kabul edilmiştir. Türk hukukunda ise MTK m.7/f. (H) ile hakem veya hakemlerin, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği kabul edilmektedir.

¹⁴³ Blackaby vd., **a.g.e.**, s. 106.

¹⁴⁴ MTK m.4/f.4: "... Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyumsuzluğa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz."

¹⁴⁵ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 271.

¹⁴⁶ Berger, **Handbook**, s. 427.

¹⁴⁷ Berger, **Handbook**, s. 426; Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, 2000, s. 49; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 254.

Competence-Competence ilkesi milletlerarası ticari tahkimi kolaylaştırmak ve desteklemek amacıyla kabul edilmiştir. Söz konusu ilke, hakemlerin yetkisine ilişkin itirazlarla devlet mahkemesine başvurularak tahkim yargılamasının durulmasını engeller¹⁴⁸.

UNCITRAL Model Kanun m.16/f.3 uyarınca hakem mahkemesi kendi yetkisini karara bağladığında, taraflar 30 gün içerisinde devlet mahkemesine başvurarak karara itiraz edebilir; ancak mahkemeye başvuru yapılmış olması tahkim yargılamasını durdurmaz.

MTK'da ise hakemlerin yetkiye ilişkin vermiş olduğu ara kararlar aleyhine devlet mahkemelerine başvuru usulü öngörülmemiştir. Dolayısıyla hakemlerin hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduklarına ilişkin karar vermeleri halinde MTK m. 15/ f. (A)/ b. 1/ uyarınca "*Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği*" ileri sürülerek hakem kararının iptali talep edilebilecektir. Uyuşmazlığın esasına ilişkin verilen kararda yer alan yetkiye ilişkin hususlar, iptal davası aşamasında devlet mahkemelerinin denetimine tabi tutulmaktadır.

4. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda farklı bağlama noktaları kabul edilmiştir; ancak devletlerin üzerinde bulunduğu ortak nokta irade serbestisi prensibidir¹⁴⁹. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun taraflarca belirlendiği hallerde, tarafların seçtiği hukuk uygulanır¹⁵⁰. Buna karşılık

¹⁴⁸ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 104.

¹⁴⁹ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 15; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 80; Ceyda Süral, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No.4, İzmir, Güncel Yayınevi, 2008, s. 194, Berger, **Handbook**, s. 437; Ole Lando, "The law applicable to the merits of the dispute", **Contemporary problems in international arbitration**, Ed. Julian D M Lew, London, School of International Arbitration Centre for Commercial Law Studies, 1986, s. 104.

¹⁵⁰ Okezie Chukwumerije, **Choice of Law in International Arbitration**, Connecticut, London, Quorum Books, 1994, s. 35; Berger, **Handbook**, s. 437; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 80; Molfa, **a.g.e.**, s. 165.

uygulamada genellikle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemediği görülmektedir¹⁵¹.

Yukarıda açıkladığımız bağımsızlık ilkesi uyarınca; tahkim anlaşması, içerisinde yer aldığı maddi hukuk sözleşmesinden bağımsızdır. Dolayısıyla, maddi hukuk sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk doğrudan, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk olarak belirlenemez¹⁵². MTK'da bu husus açıkça belirtilmiştir. MTK m.4/f.3 ile: "*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*" şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Madde ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk seçilmediği hallerde, tahkim anlaşmasının Türk hukukuna uygun olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla tahkime konu uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun doğrudan tahkim anlaşmasının esasına uygulanabileceği sonucuna varılamaz.

Türkiye'nin taraf olduğu 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu¹⁵³ tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralına yer vermektedir. Cenevre Konvansiyonu m.6/f.2 şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Âkit devlet mahkemelerinin bir hakemlik anlaşmasının mevcudiyeti veya muteberliği hakkında karar vermeleri gerektiği zaman bunu akteden tarafların ehliyeti için haklarında tatbiki gereken kanun hükümlerine göre ve diğer hallerde:*

a) *Tarafların hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanuna;*

b) *Bu bapta anlaşmada sarahat yoksa hakem kararının verileceği memleket kanununa;*

c) *Taraflar hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanun hakkında sakıt kalmışlar ve meseleye adli mahkemece el koyduğu zaman hakem kararının nerede*

¹⁵¹ Albert Jan van den Berg, **The New York Arbitration Convention of 1958**, The Hague, Asser/Kluwer, 1981, s. 257; Molfa, **a.g.e.**, s. 165; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 80; İlhan, **a.g.e.**, s. 30.

¹⁵² Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 79.

¹⁵³ 3730 sayılı Kanun, RG: 21.05.1991 - 20877

verileceği tayin edilemiyor ise işe el koyan mahkemenin kanunlar ihtilafi kaidesi gereğince selahiyetli olan kanun hükümlerine göre, karar vereceklerdir.”

Konvansiyon uyarınca, tahkim anlaşmasının geçerliliğine tarafların seçtiği hukuk uygulanır; taraflar hukuk seçimi yapmamışsa tahkim yeri hukukuna başvurulur ve tahkim yerinin de belirlenemediği hallerde anlaşmanın geçerliliğini inceleyen mahkemenin kanunlar ihtilafi kuralları uygulanır.

Cenevre Konvansiyonu kapsamına girmeyen tahkim anlaşmaları bakımından New York Konvansiyonu'na bakılarak karar verilmelidir¹⁵⁴. Şekle ilişkin m.2/f.1 hariç; NYK, geçerli bir tahkim anlaşması düzenlenmesi için aranan koşullara ilişkin doğrudan bir düzenleme içermemektedir¹⁵⁵. NYK m.2/f.3'te: *“Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder.”* şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bu hüküm ile anlaşmanın *hükümden düşmüş, tesirsiz ya da tatbiki imkânsız* olmadığı hallerde uyuşmazlığın devlet mahkemelerince değil hakemlerce çözümlenmesi gerektiği düzenlenmiştir.

NYK m.2/f.3'te yer alan hüküm, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir maddi hukuk kuralı niteliği taşımaktadır¹⁵⁶. NYK m.2/f.3 uyarınca, Konvansiyona taraf olan bir devlet mahkemesine intikal eden uyuşmazlığa ilişkin yazılı bir tahkim anlaşmasının bulunduğu hallerde mahkeme, uyuşmazlığı tahkime sevk etmelidir. Buna karşılık, NYK m. V/f. 1/b.(a)¹⁵⁷ ile taraflarca seçilen hukuka ya da hukuk seçimi yapılmamışsa, kararın verildiği yer hukukuna uygun biçimde yapılmayan tahkim anlaşmalarının tenfiz engeli tesis edeceği yönünde bir kanunlar ihtilafi kuralı benimsenmiştir¹⁵⁸. Anılan madde tenfiz engellerini düzenlemektedir ve madde

¹⁵⁴ İlhan, **a.g.e.**, s. 31.

¹⁵⁵ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 257.

¹⁵⁶ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 257.

¹⁵⁷ *“...zikri geçen anlaşmanın taraflarca tabi kılındığı kanuna ve eğer bu babta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğu...”*

¹⁵⁸ van den Berg, **New York**, s. 291-292; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 257.

uyarınca kendisine hakem kararının tenfizi için başvuru devlet mahkemesi, tahkim yeri hukukuna aykırı olan hakem kararının tenfizini reddedebilir¹⁵⁹.

5. Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçersizliğinin İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasının esas bakımından geçersiz olduğu yönündeki itiraz dört aşamada öne sürülüp inceleme konusu yapılabilir¹⁶⁰. Bu itiraz:

- Devlet mahkemesi önünde,
- Hakem heyeti önünde,
- İptal davasında,
- Hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında ileri sürülebilir.

Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin devlet mahkemesi veya hakem heyeti önünde ileri sürülmesi halinde uygulanacak hukuk farklıdır. Aşağıda çeşitli ihtimallere göre tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

a. Devlet Mahkemesinde Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi

Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen bir taraf devlet mahkemesinde dava açarsa, karşı taraf tahkim itirazında bulunabilir. Bu aşamada Competence-Competence ilkesinin mahkemenin bulunduğu ülke hukukunda benimsenip benimsenmediği önem arz eder. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, bu ilke uyarınca tahkim anlaşmalarının geçerliliği hakkında karar verme yetkisi

¹⁵⁹ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 117; İlhan, **a.g.e.**, s. 32.

¹⁶⁰ Chukwumerije, **a.g.e.**, s. 35; Nuray Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, İstanbul, Beta, 2013, s. 104; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 79; İlhan, **a.g.e.**, s. 30.

hakemlere bırakılmıştır. Competence-Competence ilkesini benimsemiş olan hukuk düzenlerinde tahkim anlaşmasının geçerliliğinin değerlendirilmesi hakemlere bırakılmışken, söz konusu ilkeyi benimsememiş olan hukuk düzenlerinde ise anlaşmanın geçerliliği devlet mahkemeleri tarafından incelenecektir ve mahkemenin anlaşmanın geçerliliği hakkında bir karar vermesi gerektir¹⁶¹.

Aşağıda öncelikle tahkim itirazı ile karşılaşan Türk hakimin hangi kuralları uygulaması gerektiği ve tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında ne şekilde inceleme yapması gerektiği incelenecek; ardından karşılaştırmalı hukukta devlet mahkemeleri önünde ileri sürülen tahkim itirazı ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ne şekilde değerlendirileceğine değinilecektir.

(1) Türk Mahkemesinde Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlık söz konusu iken Türk mahkemelerinde dava açılırsa ve davalı taraf geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu gerekçesiyle tahkim itirazında bulduktan sonra davacı taraf tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürerse, Türk hakimin tahkim anlaşmasının geçerliliğini ne şekilde ve hangi kapsamda inceleyeceği önem arz etmektedir¹⁶². MTK m. 5 uyarınca, *“Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.”* Geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğu hallerde taraflar devlet mahkemesinde tahkim itirazında bulunabilir ve bu itiraza HMK'nın ilk itiraza ilişkin hükümleri uygulanacaktır. HMK

¹⁶¹ Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, Beta, 2008. (**Üçüncü Kişilere Teşmil**), s. 68; Nesli Şen Özçelik, “Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”, **MHB**, C. 36, S. 2, İstanbul, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2016, s. 61.

¹⁶² Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensipleri”, **GSÜHFD, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan**, S.1, İstanbul, Beta, 2011, s. 357, (**Kompetenz-Kompetenz**).

ile tahkim itirazı bir “*ilk itiraz*” şeklinde düzenlenmiştir. Geçerli tahkim anlaşmasının varlığına rağmen davacı devlet yargısına başvurursa, davalı cevap dilekçesinde uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi gerektiğini ilk itiraz olarak ileri sürmelidir¹⁶³. Süresi içerisinde ileri sürülen ilk itirazı mahkeme inceler ve itirazı kabul etmesi halinde davayı usulden reddeder. Mahkeme itirazı kabul etmezse davaya devam eder ve bu karara karşı nihai kararlar birlikte kanun yoluna başvurulabilir¹⁶⁴.

Türk mahkemelerinde yapılan tahkim itirazı üzerine, mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. İlk görüşe göre, devlet mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında sadece *prima facie* inceleme yapmalıdır¹⁶⁵. MTK m.5’in “*Tahkim itirazının kabulü halinde mahkeme davayı usulden reddeder*” şeklinde kaleme alınması sonucu mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına karar vermesi gerektiği gibi bir izlenim oluşabileceği; ancak MTK m.7/H’de yer alan Competence-Competence ilkesi gereği bu incelemenin *prima facie* geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının incelenmesinden ibaret olması gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁶.

İkinci görüşe göre ise devlet mahkemesi önünde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun ileri sürülmesi halinde mahkeme, anlaşmanın geçerli olup olmadığını tespit etmek zorundadır¹⁶⁷. Zira tahkim anlaşması geçersizse devlet mahkemesi uyuşmazlıktan el çekmeyecek, uyuşmazlığı çözümlmek için davaya devam edecektir¹⁶⁸. MTK m.5’in lafzını inceleyen bir yazar, “*tahkim itirazının kabulü halinde*” ifadesi kullanıldığından, mahkemenin geçerli, yani “*kabul edilebilir*” bir

¹⁶³ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 4. Bs, Ankara, Yetkin, 2016, s. 298.

¹⁶⁴ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 298.

¹⁶⁵ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 377; Esen, **Üçüncü Kişilere Teşmil**, s. 69; Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakim Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları”, **BAÜHFD**, C. 9, S. 121-122, İstanbul, 2014, s. 200 (**Tahkim İtirazı**); Özçelik, **a.g.m.**, s. 62; Yavuz, **a.g.m.**, s. 148.

¹⁶⁶ Bilgehan Yeşilova, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No: 3, İzmir Güncel Hukuk Yayınları, 2008, s. 555; Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 377.

¹⁶⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 130-131; Ekşi, **Deniz Ticareti Incorporation**, s. 65; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 80.

¹⁶⁸ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 80.

tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığını incelemesi gerektiğini savunmaktadır¹⁶⁹. Yazara göre, hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar vereceği kabul edilse dahi, karar aleyhine MTK m. 15 gereği iptal davası açılabilecektir. Geçerli olmayan bir tahkim anlaşmasına dayanılarak verilen karar iptal edilirse, büyük bir zaman ve para kaybı yaşanacağı ileri sürülmektedir.

MTK ile Competence-Competence ilkesi açıkça kabul edildiğinden, kanaatimizce tahkim anlaşmalarının geçerliliği devlet mahkemeleri yerine hakemler tarafından incelenmelidir. Devlet mahkemesi önünde tahkim anlaşmasının geçersizliği ileri sürüldüğünde, mahkemenin *prima facie* bir incelemenin ötesine geçmesi MTK ile açıkça kabul edilen Competence-Competence kuralına aykırılık teşkil edecektir. Nitekim Yargıtay tarafından verilen bir kararda, hem devlet mahkemelerini hem de tahkimi yetkilendiren bir tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hakemler tarafından değerlendirilmesi gerektiği; bu hususta mahkemelerin yetkili olmadığı hükme bağlanmıştır¹⁷⁰. Kararda Competence-Competence ilkesi vurgulanmış; bu ilkenin Türk hukukunda kabul edildiği belirtilmiş ve mahkeme geçerliliği ilişkin *prima facie* bir inceleme yapmakla yetinmiştir.

Bu noktada kısaca değinilmesi gereken husus Cenevre Konvansiyonu m. VI/f.3 ile kabul edilen düzenlemedir. Bu madde uyarınca “*Eğer adli mahkemelere herhangi müracaat yapılmadan evvel taraflar arasındaki ihtilafın halli için hakem usulüne başlanmış ise, aynı ihtilafın halli veya taraflar arasındaki hakemlik mukavelesinin yokluğunun, hükümsüzlüğünün veya hükümden düştüğünün tespiti için kendilerine başvurulmuş Ákit Devlet adli mahkemeleri ciddi sebepler olmadıkça hakem mahkemesinin selahiyeti hakkında karar ittihazi hususunu hakem kararının verildiği ana kadar talik edeceklerdir.*” Konvansiyon kapsamında, mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin yapacağı inceleme, uyuşmazlıkların çözümlenmesi için tahkime başvuru yapıp yapılmadığı şeklinde iki farklı ihtimale göre değerlendirilmektedir. Şayet taraflar tahkime başvuru yapmışsa ve devlet

¹⁶⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 130.

¹⁷⁰ Yargıtay 15. HD, 2007/2145E., 2007/4389K., 27.06.2007; Nuray Ekşi, **4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Yargıtay Kararları**, İstanbul, XII Levha, 2009, s. 54-58. (Yargıtay Kararları)

mahkemelerinde bu başvurudan sonra tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu ileri sürülmüşse, önemli bir sebep bulunmadığı takdirde bu inceleme hakem kararı verilene kadar ertelenmelidir. Kanaatimizce MTK'da Cenevre Konvansiyonu ile benimsenmiş olan bu anlayış terk edilmiş ve *prima facie* geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunduğu hallerde devlet mahkemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyemeyeceği kabul edilmiştir.

Tahkim itirazı ileri sürüldüğünde Türk mahkemeleri tarafından tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında yapılacak olan incelemenin niteliğine ve kapsamına değindikten sonra tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuka da değinilmelidir.

MTK'nın uygulama alanı yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkındadır. Türk hakim tarafından MTK'nın uygulama alanına giren bir tahkim anlaşmasının geçerliliğinin incelenmesi gerektiğinde hakim, MTK m.4¹⁷¹'ü dikkate almalıdır. MTK m.4 uyarınca, öncelikle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçip seçmediğine bakılır. Şayet taraflar açık bir hukuk seçimi yapmışsa uyuşmazlığa seçilen hukuk uygulanır. MTK m.4 zımni hukuk seçimine izin vermemiştir¹⁷². Dolayısıyla maddi hukuk sözleşmesine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapıldıysa, seçilen bu hukuk tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. MTK m.4 uyarınca taraflarca açık hukuk seçimi yapılmamışsa, tahkim anlaşmasının geçerliliğine Türk hukuku uygulanır. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak kanunlar ihtilafi kurallarına atıf yapılmaksızın doğrudan Türk hukukunun belirlenmiş olması, MTK'ya dayanan tahkim usulünün Türkiye'de yürütüleceği mantığına dayanmaktadır¹⁷³.

¹⁷¹ TMK m.4/f.3: "...Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir...."

¹⁷² Özel, **Kanunlar İhtilafi**, s. 82.

¹⁷³ Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, "Uluslararası Tahkimde "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması" Kavramları", **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan – Dokuz**

MTK'nın uygulama alanına girmeyen tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğinin ne şekilde belirleneceği ayrıca incelenmelidir. Yabancılık unsuru içeren, tahkim yerinin Türkiye olmadığı ve tahkim prosedürü için Türk hukukunun seçilmediği bir tahkim anlaşması MTK'nın uygulama alanı kapsamı dışında kalacaktır. Bu ihtimalde taraflardan biri Türk mahkemesinde dava açar ve karşı taraf tahkim itirazında bulunursa hakim incelemeyi hangi hukuka göre yapacaktır? Doktrinde bir yazar söz konusu ihtimalin gerçekleşmesi halinde MTK m. 4/f. 3'ün uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁷⁴. Yazarın gerekçesi, kanunun herhangi bir kıstasa yer vermeden hukuk seçimi yapılmayan hallerde Türk hukukunun uygulanacağını öngörmüş olmasıdır.

Başka bir yazar ise MTK kapsamına girmeyen anlaşmaların esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun iki farklı şekilde belirlenebileceğini belirtmiştir¹⁷⁵. Yazara göre ilk seçenek, yukarıda yer verilen ilk görüşle paralel olup MTK m.4/f.3'ün uygulanmasına dayanır. Ancak yazarın gerekçesi, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk açısından bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmesi ve kanun boşluğunun MTK m.4/f.3 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulmasıdır¹⁷⁶. İkinci seçenek ise MTK'yı özel kanun, 5718 sayılı MÖHUK'u ise genel kanun niteliğinde kabul ederek, özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel kanun hükümlerini uygulamaktır. Doktrinde MTK kapsamına giremeyen tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin üçüncü bir görüş de bulunmaktadır. Üçüncü görüşe yer verildikten sonra MÖHUK kapsamında tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun ne şekilde belirlenebileceğine ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

Üçüncü görüş, MTK kapsamına girmeyen bir tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun, NYK hükümlerine başvurularak

Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 2015, s. 2028.

¹⁷⁴ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 81.

¹⁷⁵ Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 94.

¹⁷⁶ Aynı yönde bkz. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 631.

belirlenebileceğini savunmaktadır¹⁷⁷. NYK bağlamında tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk, tanıma tenfiz talebinin reddini düzenleyen NYK m. V/f. 1/b. (a) hükmünde gösterilmiştir¹⁷⁸. İlgili hüküm uyarınca tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka, hukuk seçimi yapılmadıysa tahkim yeri hukukuna göre esas bakımından geçerli olmalıdır. Bu hüküm Türk mahkemeleri önünde tanıma veya tenfiz talep edildiğinde uygulanır; dolayısıyla hüküm, hakem kararı verildikten sonra devreye girer. Hakem kararı verilmeden önce, tahkime konu bir uyuşmazlığın Türk mahkemeleri önünde ileri sürülmesi halinde; NYK m.II/f. 3 hükmü uygulama alanı bulacaktır. İlgili hükümde uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir kurala yer verilmemiş sadece geçerli bir tahkim anlaşması ile karşılaşan mahkemenin uyuşmazlığı tahkime sevk etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yazar, NYK m. V/f. 1/ b. (a)'da yer alan kanunlar ihtilafı kuralının kıyas yoluyla NYK m. II/f.3'e uygulandığını ve MTK kapsamı dışında kalan tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin NYK m. V/. 1/ b. (a) uyarınca belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁹. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği tarafların seçtiği hukuka, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde ise tahkim yargılamasının gerçekleştirileceği yer hukukuna göre belirlenmelidir. Tarafların tahkim yerini belirlememiş olması ihtimalinde, tahkim anlaşmasının esasına hakimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen hukukun, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun, veya tahkim yargılamasından etkilenecek devlet hukuklarının uygulanması önerilmektedir¹⁸⁰. Yazar, bu ihtimalde hakimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına başvurarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlemesi gerektiğini savunmaktadır¹⁸¹.

¹⁷⁷ Sarıöz Büyükalp, **Hükümsüz**, s. 2028.

¹⁷⁸ Sarıöz Büyükalp, **Hükümsüz**, s. 2028.

¹⁷⁹ Albert Jan van den Berg, "The New York Convention of 1958: An Overview", (Çevrimiçi), [tp://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf), Erişim tarihi: 09.08.2017, (**An Overview**), s. 11.

¹⁸⁰ Frank-Bernd Weigand, **Practitioner's Handbook on International Arbitration**, Munchen, Verlag CH Beck, 2002, s. 450.

¹⁸¹ Sarıöz Büyükalp, **Hükümsüz**, s. 2030. Yazara göre, MTK'nın uygulama alanına girmeyen ve NYK kapsamında uygulanacak hukukun tespit edilemediği hallerde, hakimin kendi hukukunu uygulamaktan başka bir seçeneği kalmamıştır. Yazar, tahkimin esasına uygulanacak hukukun doğrudan tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanamayacağını aksi halde "tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesinden bağımsızlığı" ilkesinin ihlal edileceği görüşündedir. Yazarın belirttiği

Yukarıda açıklandığı üzere, ikinci yazarın kabul ettiği çözüm yollarından biri, MTK kapsamına girmeyen tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun genel kanun olan 5718 sayılı MÖHUK'a göre belirlenmesiydi; üçüncü yazar ise uygulanacak hukuku NYK'ya göre belirlemekle birlikte tahkim yerinin belirli olmadığı hallerde MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulması gerektiğini savunmaktadır.

Dolayısıyla yukarıda belirtilen ihtimallerde Türk hakim, tahkim anlaşmasının geçerliliğine, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m. 24'ü uygulayacaktır¹⁸². Tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde objektif bağlama kuralı uygulama alanı bulacaktır¹⁸³. MÖHUK m.24/4 ile belirlenen objektif bağlama kuralı uyarınca: *“Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.”*

Doktrinde, tahkim anlaşmasının karakteristik edim borcunu yalnızca tek tarafa yükleyen bir borç olmaması sebebiyle maddenin ikinci cümlesinde belirlenen karinenin uygulanamayacağı; ilk cümlede belirtilen sözleşmenin en sıkı ilişkili

kural doğru olmakla birlikte, kanaatimizce tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine tahkimin esasına uygulanacak hukukun hiçbir zaman uygulanamayacağı sonucunun çıkarılması mümkün değildir. Hakim, doğrudan tahkimin esasına uygulanan hukuku uygulamak yerine, tarafların sözleşme öncesi davranışlarını, sözleşme metnini, taraf iradelerini, somut olayın şartlarını yorumladıktan sonra tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine tahkimin esasına uygulanacak hukuku uygulayabilir.

¹⁸² Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 95; Sarıöz Büyükalp, **Hükümsüz**, s. 2031.

¹⁸³ Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bs, İstanbul, Beta, 2016, s. 359; Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Bs, İstanbul, Vedat, 2016, s. 304; Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Bs, İstanbul, Beta, 2017, s. 328; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 274.

olduğu hukukun karinelere bağımsız biçimde tespit edilerek uygulanması gerektiği belirtilmiştir¹⁸⁴.

Doktrinde, hakimin çeşitli faktörleri dikkate alarak tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili hukuku tespit etmesi gerektiği; ancak sıkı ilişkili hukukun tespit edilememesi halinde *lex mercatoria*'nın uygulanabileceği savunulmaktadır¹⁸⁵. Diğer bir yazar ise, milletlerarası ticari tahkim hukukunda tahkim yerinin taşıdığı önemi vurgulamış ve tahkim anlaşması bakımından en sıkı ilişkili hukukun tahkim yeri olarak belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁸⁶. Tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin belirlenmesinde tahkim yeri hukuku evrensel bir ilke haline gelmiştir ve geçerliliği bu evrensel ilkeye göre belirlenmesi yerinde bir çözümdür.

Tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu, tarafların tahkim prosedürünü yönetmek üzere MTK'yı seçmediği hallerde tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun ne şekilde belirleneceğine ilişkin doktrinde savunulan görüşlere yukarıda yer verilmiştir. İlk görüş, bu ihtimalde MTK m.4/f. 3'e başvurulacağını ve tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde, Türk hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır. İkinci görüş ise, MTK m.4/f.3 hükmünün kanun boşluğunu doldurmak amacıyla kıyasen uygulanması veya özel kanun olan MTK'da hüküm bulunmaması nedeniyle, genel kanun olan 5718 sayılı MÖHUK'a başvurulması gerektiğini; her iki seçenek uyarınca varılan ortak sonuç olan tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Üçüncü ve son görüş ise NYK m. V/f.1/b.(a) hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini ve tarafların uygulanacak hukuku belirlememiş olması ihtimalinde tahkim yeri hukukunun uygulanacağını savunmaktadır. Bu görüş uyarınca, tahkim yeri hukuku belirlenemiyorsa, hakim kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku belirleyecektir.

¹⁸⁴ Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 95-96; Sarıöz Büyükalp, **Hükümsüz**, s. 2031.

¹⁸⁵ Sarıöz Büyükalp, **Hükümsüz**, s. 2031. Ancak yazarın görüşü uyarınca sadece tahkim yerinin belirlenemediği hallerde MÖHUK m. 24'e başvurulduğu, dolayısıyla tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili hukukun tahkim yeri olamayacağını hatırlatmak isteriz.

¹⁸⁶ Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 96.

Kanaatimizce, MTK kapsamına girmeyen bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde, uyuşmazlık Cenevre Kovnasyonu'nun uygulama alanına giriyorsa, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk bu Konvansiyon hükümleri esas alınarak belirlenmelidir. Cenevre Konvansiyonu m. 6/f.2 ile: “*Âkit devlet mahkemelerinin bir hakemlik anlaşmasının mevcudiyeti veya muteberliği hakkında karar vermeleri gerektiği zaman [...]*”:

a) *Tarafların hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanuna;*

b) *Bu bapta anlaşmada sarahat yoksa hakem kararının verileceği memleket kanununa;*

c) *Taraflar hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanun hakkında sakıt kalmışlar ve meseleye adli mahkemece el koyduğu zaman hakem kararının nerede verileceği tayin edilemiyor ise işe el koyan mahkemenin kanunlar ihtilafi kaidesi gereğince selahiyetli olan kanun hükümlerine göre, karar vereceklerdir.”* şeklinde bir kanunlar ihtilafi kuralı kabul edilmiştir.

Dolayısıyla MTK kapsamına girmeyen bir tahkim söz konusu ise, tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde, tahkim yeri hukuku dikkate alınarak tahkim anlaşmasının geçerliliği karara bağlanmalıdır. Tahkim yeri tespit edilemiyor ise Türk hakim kendi kanunlar ihtilafi kurallarını uygulayarak meseleyi çözüme kavuşturmalıdır.

(2) Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Devlet Mahkemesinde Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi

Herhangi bir devlet mahkemesi önünde tahkim anlaşmasının geçersizliği ileri sürüldüğü takdirde, mahkeme tahkim anlaşmasını incelemeli ve tahkim anlaşması geçerli ise uyuşmazlığı tahkime sevk etmelidir. Tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini inceleyen yabancı devlet mahkemeleri, öncelikle esas bakımından geçerliliğe uygulanacak hukuku saptamalıdır. Tarafların tahkim

anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlediği hallerde, tarafların seçtiği hukuk tahkim anlaşmasına uygulanır. Tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde ise, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenirken farklı yaklaşımlar benimsenmiştir.

Aşağıda inceleneceği üzere İsviçre gibi bazı devlet hukuklarında, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin somut kurallar kabul edilmiştir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun özel bir düzenlemeyle belirlenmediği hallerde ise anlaşmanın geçerliliğini inceleyen mahkeme uygulanacak hukuku belirlemelidir. Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan devlet mahkemelerince bağımsızlık ilkesine büyük önem verilmiş ve genellikle tahkimin esasına uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanamayacağı kabul edilmiştir. Bu devlet hukuklarında, tahkim anlaşmasının usul hukukuna ilişkin özelliklerine ağırlık verilmiş ve genellikle tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanması ilkesi benimsenmiştir. Buna karşın, Anglo-Sakson hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde –özellikle İngiltere’de–, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmemiş; ancak tahkimin esasına uygulanacak hukuku belirlemiş olduğu hallerde, tahkimin esasına uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine de uygulanacağı yönünde bir karine kabul edilmiştir¹⁸⁷.

Fransız hukukunda ise açıklanan tüm kurallar ve bağlama noktalarından farklılık gösteren bir yaklaşım benimsenmiştir. Bağımsızlık ilkesi olarak açıklanabilecek bu yaklaşım, Fransız hukukunun emredici kurallarına ve milletlerarası kamu düzenine ayırı olmadığı sürece tahkim anlaşmasının geçerliliğinin herhangi bir devlet hukukuna bağlanmadan belirlenebileceğini öngörmektedir¹⁸⁸.

Takip eden başlıklar altında, yukarıda kısaca açıklanan ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tayin eden çeşitli yaklaşımlar incelenecektir.

¹⁸⁷ Molfa, **a.g.m.**, s. 166. Ancak bu yaklaşım İngiliz mahkemelerinin bağımsızlık ilkesini reddettiği şeklinde yorumlanmamalıdır.

¹⁸⁸ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 82-83.

i. İsviçre Hukuku

İsviçre milletlerarası özel hukukunda tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. İsviçre MÖHK¹⁸⁹ m.178/f.2'ye göre, tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuka, temel sözleşmeye uygulanan hukuka ya da İsviçre hukukuna uygunsuzsa geçerlidir. İsviçre hukukunda *in favorem validitatis* yorum prensibi benimsenmiş ve yukarıda yer verilen hukuklardan herhangi birine göre düzenlenen tahkim anlaşmasının geçerli olduğu belirtilmiştir¹⁹⁰. Yani İsviçre hukuku bakımından tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, *tahkim lehine* olan hukuktur¹⁹¹.

Tahkim anlaşmasını geçerli kılan birden çok hukuk söz konusuysa ya da tahkim anlaşmasını geçerli kılan hiçbir hukuk bulunmuyorsa, tahkim anlaşmasına hangi hukukun uygulanacağını tespit edilmesine gerek yoktur¹⁹². Tahkim anlaşmasını geçerli kılan birden çok hukuk mevcutsa, anlaşma geçerli kabul edilmeli ve uyuşmazlık tahkimde çözümlenmelidir.

Devlet mahkemeleri önünde hakemlerin uyuşmazlıkların çözümü bakımından sahip olduğu yetkinin kapsamı da tartışma konusu yapılabilir. Genellikle hakemler devlet mahkemelerine göre daha liberal bir yaklaşım benimsemektedir¹⁹³.

ii. Fransız Hukuku

Fransız Hukukunda ise diğer tüm devlet hukuklarından farklı bir yaklaşım benimsenmiş ve tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun herhangi bir devletin kurallarına atıf yapmadan belirleneceği kabul edilmiştir. Fransız hukukunda benimsenen yaklaşım haricinde, tahkim anlaşmasına

¹⁸⁹ La loi fédérale sur le droit international privé, RO 1988/1776

¹⁹⁰ Zina Abdulla, **International Arbitration in Switzerland-A Handbook For Practitioners**, Ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Blaise Stucki, The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 18; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 260; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 82; Kronke vd., **a.g.e.**, s. 55.

¹⁹¹ Pierre-Yves Tschanz, "La convention d'arbitrage", **Revue de Droit des Affaires Internationales**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989, s. 752.

¹⁹² Tschanz, **a.g.m.**, s. 752.

¹⁹³ Blackaby vd., **a.g.e.**, s. 94.

uygulanacak hukuk birçok devlet hukukunda NYK m. V/f.(1)/b.(a)'da yer alan kurala benzer şekilde tayin edilmektedir¹⁹⁴.

Fransız hukukunda tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk kanunlar ihtilafı kuralları yerine maddi kurallarla düzenlemiştir¹⁹⁵. Bağımsızlık ilkesinin ilk kez ortaya çıktığı *Dalico*¹⁹⁶ davasında Fransız Yüksek Mahkemesi tahkim şartının temel sözleşmeden bağımsız olduğunu belirtmiş, Fransız emredici kuralları ve milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığı sürece tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin sadece tarafların ortak iradesine tabi olduğu ve herhangi bir ulusal hukuka atıf yapma zorunluluğunun bulunmadığı yönünde karara varmıştır.

Tahkimin milletlerarası niteliğini dikkate alan maddi hukuk yaklaşımı, herhangi bir devlet hukukuna dayanmadan tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğini bağımsız bir biçimde ele almaktadır¹⁹⁷.

iii. İngiliz Hukuku

İngiliz hukuku uyarınca, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlediği hallerde, taraflarca belirlenen hukuk, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanır. Taraflarca hukuk seçimi yapılmamış ise tahkim anlaşmasına hangi hukukun uygulanacağı belirlenmelidir.

İngiliz hukukunda, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenmemiş; ancak asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenmiş ise, asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine de uygulanır. İngiliz mahkemeleri bu yönde bir karinenin varlığını kabul etmiştir¹⁹⁸. Örnekle açıklamak gerekirse, tarafların imzalamış oldukları

¹⁹⁴ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 261.

¹⁹⁵ Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 53; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 82.

¹⁹⁶ Cour de Cassation, 20 Aralık, 1993, Comité populaire de la municipalité de Khoms El Megreb vs. Dalico Contractors.

¹⁹⁷ Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 53; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 83.

¹⁹⁸ Molfa, **a.g.m.**, s. 166.

sözleşmeye “İş bu sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklar İngiliz hukukuna göre çözümlenecektir” şeklinde bir hukuk seçimi şartı eklemesi halinde, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine de İngiliz hukuku uygulanır.

*Sonatrach Petroleum*¹⁹⁹ davasında İngiliz mahkemeleri tarafından verilen kararda, bu yaklaşım açıkça gözlemlenmektedir. Kararda, “temel sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenmiş; ancak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa, temel sözleşmeye ilişkin hukuk seçimi tahkim anlaşmasına da uygulanır.” şeklinde hükme varılmıştır.

İngiliz mahkemelerinin bu yaklaşımı benimsemesinin sebebi “one-stop” tahkim ilkesidir²⁰⁰. Aksine bir hüküm bulunmadığı sürece; tarafların, aralarındaki hukuki ilişkiyi aynı hukuk sistemi içerisinde çözme iradesinde olduğu olduğu mahkemeler tarafından kabul edilmiştir²⁰¹. Dolayısıyla asıl sözleşmenin tabi kılındığı hukuk tahkim anlaşmasına da uygulanmaktadır. İngiliz mahkemeleri tahkim anlaşması ile asıl sözleşmeye mümkün olduğunca aynı hukukun uygulanması, tüm uyuşmazlıkların tek bir hukuk sistemi içerisinde çözümlenerek tutarlı bir sonuca varılması gerektiği görüşündedir.

İngiliz mahkemeleri tarafından kabul edilen bu karinenin her koşulda uygulanacağı sonucuna varılamaz. Aşağıda inceleyeceğimiz bazı hallerde, mahkemeler karineyi devre dışı bırakmakta ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku farklı yöntemlerle belirlemektedir.

*Sulamerica*²⁰² davasında, taraflarca Brezilya hukukuna tabi kılınan sigorta poliçesi içerisinde yer alan tahkim şartının geçerliliği İngiliz mahkemeleri tarafından değerlendirilmiştir. Temel sözleşme olan sigorta poliçesine uygulanmak üzere seçilen hukuk Brezilya hukukudur ve taraflar tahkim yeri olarak Londra’yı

¹⁹⁹ *Sonatrach Petroleum Corporation BVI v Ferrell International Ltd*, 2002, 1 All ER (Comm) 627 (Westlaw).

²⁰⁰ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 94.

²⁰¹ *Black Clawson International Ltd v Papier-werke Waldhof-Aschaffenburg AG*, 1981, 2 Lloyd’s Rep 446 (Westlaw); *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd*, 1993, Lloyd’s Rep 291 (Westlaw); *Sonatrach Petroleum Corporation BVI v Ferrell International Ltd*, 2002, 1 All ER (Comm) 627 (Westlaw); *Sumitomo Heavy Industries Ltd v Oil & Natural Gas Commission*, 1994, 1 Lloyd’s Rep 45.

²⁰² *Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA v Enesa Engenharia SA*, 2012, EWHC 42 (Westlaw)

belirlemiştir. Mahkeme tahkim anlaşmasının geçerliliğine de Brezilya hukukun uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirmiştir. Temel sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin seçimin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk bakımından zımni hukuk seçimi anlamı taşıyıp taşımadığı tartışılmıştır. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine Brezilya hukuku uygulanırsa anlaşma taraflardan sadece birini bağlayacak; İngiliz hukukunun uygulanması halinde ise her iki taraf da tahkim anlaşması ile bağlı olacaktır. Bu hususu ve tahkim yeri olarak İngiltere'nin belirlenmiş olmasını dikkate alan mahkeme, *temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacağına* ilişkin karinenin somut olayda uygulanmayacağını belirtmiştir. Mahkeme, tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi gerektiğini ve somut olayda bu hukukun tahkim yeri olarak seçilen İngiliz hukuku olduğunu belirtmiştir. Kararda tahkim yerinin İngiltere olarak belirlenmesinin zımni hukuk seçimi anlamını taşıyıp taşımadığı değerlendirilmediği için karar, doktrinde eleştirilmektedir²⁰³.

Dolayısıyla, asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması halinde; tahkim anlaşması geçersiz veya icrası imkansız hale geliyorsa ilgili karinenin uygulanmaz²⁰⁴.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenmemiş; ancak temel sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilmişse, tahkim anlaşmasına da seçilen hukuk uygulanacaktır. Öyleyse, temel sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun ne şekilde belirleneceği önem arz etmektedir. Hem tahkim anlaşmasına, hem de temel sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmediği hallerde; İngiliz mahkemeleri, tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanacağı yönünde karara varmıştır²⁰⁵.

²⁰³ Renato Nazzini, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles", **International & Comparative Law Quarterly**, C. 65, S. 3, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, s. 687-688.

²⁰⁴ Molfa, **a.g.m.**, s. 167.

²⁰⁵ Sonatrach Petroleum Corporation BVI v Ferrell International Ltd, 2002, 1 All ER (Comm) 627 (Westlaw)

b. Hakem veya Hakem Heyeti Önünde Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi

Hakem veya hakem heyeti önünde tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi halinde ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Tahkim anlaşmasında bir kurumsal tahkim merkezi yetkilendirilmişse, tahkim talebi üzerine hakem seçilmesi veya hakem heyetinin oluşturulmasından önce geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olup olmadığı tahkim kurumu tarafından kendi kuralları çerçevesinde incelenmektedir. Bu inceleme genellikle *prima facie* nitelikte olup, kurum tahkim anlaşmasının geçerliliğini nihai olarak değerlendirmemektedir. Görünüşte bir tahkim anlaşması mevcut ise kurum hakem heyetinin teşkilini organize edecek ve hakem heyeti kendi yetkisi hakkında karar verecektir²⁰⁶.

Örneğin MTO'yu yetkilendiren bir tahkim anlaşması söz konusu ise tahkim talebini alan MTO, *prima facie* bir inceleme yapılarak geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olup olmadığını değerlendirir. *Prima facie* inceleme neticesinde bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğu anlaşılıyorsa, MTO Tahkim Kuralları m. 8/f. 3 uyarınca, MTO hakem heyetinin teşkilini sağlayarak tahkim prosedürünü başlatmaktadır. Hakem heyeti ise uyuşmazlığın çözümü bakımından kendi yetkisini inceleyip karara bağlar. Dolayısıyla MTO hakemlerin yetkisi hakkında bir karar vermemekte, sadece tahkime ilişkin idari prosedürün yürütülmesine aracılık etmektedir²⁰⁷.

Tahkim anlaşmasında herhangi bir tahkim kurumu yetkilendirilmemişse, yani ad hoc tahkim söz konusu ise tarafların hakem seçimini gerçekleştirmediği hallerde hakem seçimi ve tayini kural olarak devlet mahkemelerine başvurularak gerçekleştirilecektir²⁰⁸. Mahkemelerin yardımı ile kurulan hakem heyeti ise kendi yetkisi ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı hakkında karar verecektir.

²⁰⁶ Karrer, **a.g.m.**, s. 127.

²⁰⁷ Jean Benglia, "Inaccurate Reference to the ICC", **The ICC International Court of Arbitration Bulletin**, C. 7, S. 2, Paris, ICC, 1996, s. 11; Demir Gökyayla, **a.g.m.**, s. 163-164.

²⁰⁸ Şit, **a.g.e.**, s. 48.

Hakemler, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu ve uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından yetkililerinin bulunmadığına ilişkin bir iddia ile karşılaştığında genellikle bir ara karar ile bu iddiayı çözüme kavuşturmaktadır²⁰⁹.

Hakem heyeti önünde ileri sürülen geçersizlik iddiasını değerlendirirken hakemler, taraf iradesine saygı göstererek, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuku uygulamaktadır²¹⁰. Tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde hakemler, tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukunun, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukukun, kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kurallarının ya da milletlerarası kabul gören genel prensiplerin uygulanmasına karar verebilir²¹¹.

Taraflarca kaleme alınan asıl sözleşme hiçbir hukuk seçimi içermiyorsa, tahkim yeri hukuku uygulanarak tahkim anlaşmasının geçerliliğinin incelenmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır²¹². Zira tahkim yeri hukukunun uygulanması, NYK uyarınca kararın tenfizi aşamasında yaşanabilecek problemleri de engeller. MTO tarafından verilen bir kararda da aynı yaklaşım benimsenmiştir²¹³.

c. İptal Davasında Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi

UNCITRAL Model Kanun ve MTK'da tahkim anlaşmasının geçersizliği, hakem kararının iptali sebebi olarak kabul edilmiştir²¹⁴. İlgili hükümler uyarınca,

²⁰⁹ Karrer, **a.g.m.**, s. 127-128.

²¹⁰ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 83.

²¹¹ Chukwumerije, **a.g.e.**, s. 36-37.

²¹² Jarvin Sigvard, "The sources and limits of the arbitrator's powers", **Contemporary problems in international arbitration**, Ed. Julian D. M. Lew, London, School of International Arbitration Centre for Commercial Law Studies, 1986, s. 53.

²¹³ ICC Case No 4392; **Journal du Droit International**, C. 110, No.4, Paris, Editions Techniques SA, 1983, s. 901.

²¹⁴ UNCITRAL Model Kanun m. 34/f.2/b. (a)/i: " (2) Tahkim kararı sadece aşağıdaki hallerde mahkeme tarafından iptal edilebilir: (i) [...] söz konusu anlaşma tarafların seçtiği hukuka veya taraflar hukuk seçimi yapmamışsa iptal için başvuru devlet hukukuna göre geçersizse [...]"; MTK m. 15: "A) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası yetkili asliye hukuk mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür. Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir: 1. Başvuruyu yapan taraf; a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu, ...";

devlet mahkemelerinde dava açılması yoluyla, hakemlerin uyuşmazlığa ilişkin vermiş olduğu karar iptal ettirilebilir²¹⁵. Taraflar tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku belirlemişse, iptal davasının açıldığı devlet mahkemesi tarafların seçtiği hukuku dikkate alarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini belirlemelidir. Tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde ise mahkeme kendi hukukunu uygulayarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini tayin edecektir.

Türk hukuku bakımından değerlendirme yapılırsa, MTK m.4/f.3 uyarınca iptal davasında tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu ileri sürüldüğünde, mahkeme öncelikle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka göre değerlendirme yapacaktır; tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde ise Türk hukuku uygulanır.

İptal davasında tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun ileri sürülmesi ile görev belgesinin hazırlanması arasında yakın bir ilişki mevcuttur. Görev belgesi hakemler tarafından hazırlanan; tarafların kimliğini, tahkim yerini, tahkim konusunu ve tarafların iddialarını içeren ve taraflarca imzalanan bir belgedir²¹⁶. MTK m.10 ile hakemlere görev belgesi hazırlama yükümlülüğü getirilmiş ve dava ile cevap dilekçesi verildikten sonra görev belgesinin hazırlanacağı belirtilmiştir. İşte bu görev belgesinin, tahkim anlaşmasına ilişkin hiçbir itiraz ileri sürülmeksizin imzalanması, tarafların uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesine rıza gösterdiği anlamını taşımaktadır. Davalının görev belgesini imzalayarak tahkime katıldıktan sonra tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiasıyla hakem kararının iptalini talep etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir²¹⁷.

²¹⁵ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 593; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 85.

²¹⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 193-194.

²¹⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 427, dn. 511; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 211.

d. Hakem Kararının Tanınması ve Tenfizi Aşamasında Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi

(1) Hakem Kararının Tanınması ve Tenfize İlişkin Milletlerarası Anlaşmalar

Hakem kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin hususları düzenleyen çok taraflı uluslararası anlaşmalar 1923 tarihli Cenevre Protokolü, 1927 tarihli Cenevre Anlaşması, 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu ve 1958 tarihli New York Konvansiyonu'dur.

Günümüzde hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, genellikle BM tarafından düzenlenmiş New York Konvansiyonu uyarınca gerçekleştirilmektedir²¹⁸. Pek çok devlet Konvansiyona taraf olmuştur ve tanıma ve tenfiz taleplerinin büyük bir kısmında Konvansiyon uygulanmaktadır.

Türkiye, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfize İlişkin New York Konvansiyonu'nu 1991 yılında onaylamıştır²¹⁹. Türkiye Cumhuriyeti, Konvansiyon m. 1/f. 3'e uygun olarak, sözleşmeyi sadece karşılıklılık esasına göre bu sözleşmeye taraf olan bir devlet ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını; ayrıca sözleşmeyi yalnız akdi veya âkit dışı hukukî münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticarî mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını belirterek sözleşmeye iki çekince koymuştur.

²¹⁸ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 601.

²¹⁹ RG: 21.05.1991 - 20877.

(2) 1958 Tarihli New York Konvansiyonu Uyarınca Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği

Şekle ilişkin m.2/f.1 hariç; NYK, geçerli bir tahkim anlaşması düzenlenmesi için aranan koşullara ilişkin doğrudan bir düzenleme içermemektedir²²⁰. NYK m.2/f.3'te: “*Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder.*” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bu hüküm ile anlaşmanın *hükümden düşmüş, tesirsiz ya da tatbiki imkânsız* olmadığı hallerde uyuşmazlığın devlet mahkemelerince değil hakemlerce çözümlenmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Konvansiyon m.2/f.3'te yer alan hüküm, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuki gösteren bir maddi hukuk kuralı niteliğini taşımamaktadır²²¹. Buna karşılık, NYK m.5/f.(1)/b.(a)²²² ile taraflarca seçilen hukuka ya da taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa, kararın verildiği yer hukukuna uygun biçimde yapılmayan tahkim anlaşmalarının geçersiz olacağı yönünde bir kanunlar ihtilafı kuralı benimsenmiştir²²³.

Uygulamada, genel olarak tarafların tahkim anlaşmasını düzenlerken, anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak hukuku belirlemediği görülmektedir²²⁴. Bu nedenle, pek çok olayda tanıma ve tenfiz aşamasında ileri sürülen tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin itirazlar tahkim kararının verildiği ülke hukukunda göre belirlenmektedir²²⁵.

²²⁰ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 257.

²²¹ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 257.

²²² “...zikri geçen anlaşmanın taraflarca tabi kılındığı kanuna ve eğer bu bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğu...”

²²³ Albert Jan van den Berg, **The New York Arbitration Convention of 1958**, The Hague, Asser/Kluwer, 1981, s. 291-292; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 257.

²²⁴ van den Berg, **New York**, s. 257.

²²⁵ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 415.

(3) 1958 Tarihli New York Konvansiyonu Kapsamında Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Tanıma ve Tenfiz Engeli Olarak Düzenlenmesi

NYK m.5 ile hakem kararının hangi hallerde hakem kararının tanıma ve tenfizinin devlet mahkemelerince reddedilebileceğine ilişkin hükme yer verilmiştir. Maddede tahkim anlaşmasının geçersizliği tanıma ve tenfiz engeli olarak öngörülmüştür²²⁶. Buna göre kendisi aleyhine verilen kararın tanınması ve tenfiz edilmesini engellemek isteyen taraf, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ispat ederek tenfiz talebinin reddedilmesini sağlayabilir. NYK m. 5/f. 1/b.(a) uyarınca tenfiz hâkimi bu meseleyi taraflarca seçilen hukuka ya da hakem kararının verildiği yer hukukuna bakarak çözümlenecektir.

Benzer bir hüküm UNCITRAL Model Kanun'da düzenlenmiştir. Model Kanun m. 36 ile tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere belirlediği hukuka göre ya da taraflar hukuk seçimi yapmamışsa tahkim kararının verildiği devlet hukukuna göre geçersiz olan bir tahkim anlaşmasına dayanarak verilen hakem kararının tenfizi reddedilebilir. MÖHUK m. 62/ f.17b.(e) ile de tahkim anlaşmasının taraflarca tabi kılındığı hukuka, hukuk seçimi yoksa hakem kararının verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz olması halinde hakem kararının tenfizinin reddedilebileceği düzenlenmiştir.

Tenfiz davasında geçersiz olduğu ileri sürülen tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı tahkim kararı Türkiye'de verilmişse veya tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere Türk hukuku seçilmişse, TBK, MTK veya HMK hükümleri uyarınca belirlenecektir.

²²⁶ New York Konvansiyonu m.5: “1. Aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf talepte bulunmaz ve zikri geçen kararın tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı önünde aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası isteği reddolunamaz:

(a) II. maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden tarafların haklarında tabiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olduğu, yahut da zikri geçen anlaşmanın taraflarca tabi kılındığı kanuna ve eğer bu babta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğu; veya ...”

Tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun ileri sürülmesi, bu iddiayı ileri süren kişinin dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadığı bakımından değerlendirilmelidir. New York Konvansiyonu'nda taraflara bu hakkı tanıdığı için, sadece bu iddianın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlanamaz; ancak taraf hakemini, seçip, davaya katılmış ve hakemlerin yetkisine hiçbir itirazda bulunmamışsa tenfiz aşamasında ileri sürülen tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiası hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir²²⁷. Davalı tahkim anlaşmasının ifasına ilişkin herhangi bir harekette bulunmamışsa, tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürebilir. Ancak belirtildiği üzere, davalı hiçbir itirazda bulunmadan tahkim anlaşmasının ifasına yönelik harekette bulduysa artık bu iddiayı ileri süremez.

B. Tahkim Anlaşmasının Yorumlanmasına Uygulanacak Hukuk

1. Genel Bilgi

Tahkim anlaşmalarının varlığı, geçerliliği ve kapsamı uyuşmazlık konusu olduğunda devlet ve hakem mahkemeleri taraf iradelerini yorumlayarak bir sonuca ulaşmalıdır²²⁸. “Competence-Competence” prensibi sebebiyle hakem mahkemesi, tahkim anlaşmalarını yorumlamaya da yetkilidir²²⁹. Söz konusu anlaşmaların yorumlanması esasa ilişkin bir husus teşkil ettiğinden, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk yorumlanması hakkında da yetkilidir²³⁰.

Milletlerarası ticari tahkime ilişkin kuralların çoğunda kabul edilmiş olan, doktrinde ve uygulamada genel kabul gören görüş, tarafların tahkim anlaşmasının

²²⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 427; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 87; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 214.

²²⁸ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 86.

²²⁹ Berger, **Handbook**, s. 426; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 254.

²³⁰ Kronke vd, **a.g.e.**, s. 57; Tschanz, **a.g.m.**, s. 755; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317.

esasına uygulanacak bir hukuk belirlemediği hallerde, tahkim yeri hukukunun anlaşmanın esasına uygulanacağı yönündedir²³¹.

2. Tahkim Yeri Hukuku (*Lex arbitri*)

Tahkim yeri, tahkim prosedürü açısından büyük bir önemi haizdir. Tahkim yerinin üç önemli fonksiyonu olduğu kabul edilmektedir²³². Bunlardan ilki, tahkim yeri ile bağlantılı olarak uygulanacak usul kurallarının ve iptal davasına ilişkin koşulların belirlenmesidir. İkincisi, hangi mahkemenin tahkimi denetleme ve destekleme yetkisini kullanacağını belirlenmesidir. Üçüncü ve sonuncu işlev ise kararın milliyetinin belirlenmesidir. Zira kararın hangi ülke tarafından verildiği, kararın tenfizi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Taraflar tahkim yerini serbestçe kararlaştırabilir²³³. Taraflar, tahkim yerini kararlaştırmamış ancak tahkim prosedürünün bir kurumsal tahkim merkezi tarafından yürütüleceğini belirlemişse, bu husus tahkim yerinin belirlenmesi için yeterli olacaktır²³⁴. Zira birçok tahkim merkezinin tahkim yerine ilişkin boşluğun doldurulması adına belirlemiş olduğu kurallar vardır. Genellikle ya tahkim merkezine tahkim yerini belirleme yetkisi verildiği görülmektedir²³⁵ ya da tahkim merkezinin bulunduğu yer tahkim yeri olarak kabul edilmiştir²³⁶.

Tarafların açıkça ya da bir tahkim kurumuna atıf yapmak suretiyle tahkim yerini belirlemediği hallerde, hakem ya da hakemlerin tahkim yerini belirleme yetkisi olduğu kabul edilmektedir²³⁷.

²³¹ Berger, **Handbook**, s. 437-438; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 325; Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 86-87; Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 91. Ancak özellikle İngiliz mahkemeleri tarafından verilen kararlarda tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmediği hallerde, tahkim anlaşmasına uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Molfa, **a.g.m.**, s. 168; Kararlar için bkz. İkinci Bölüm II. A. 5. (2). iii

²³² Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 172.

²³³ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 111.

²³⁴ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 111.

²³⁵ Ör: MTO Tahkim Kuralları m. 14/1.

²³⁶ Ör: LCIA Tahkim Kuralları m.16/1.

²³⁷ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 172; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 112.

Ancak tahkim anlaşmasının yorumlanmasına uygulanacak hukuku gösteren farklı yaklaşımlar söz konusudur²³⁸. İlki yukarıda yer verdiğimiz, hukuk seçimi yapılmadığı takdirde tahkim yeri hukuku uyarınca tahkim anlaşmalarının yorumlanmasına dayanır. İkincisi ise maddi hukuk yaklaşımının uzantısı kabul edilen, hukukun genel prensiplerinin uygulanması temeline dayanan ve tahkim anlaşmasının tüm devlet hukuklarından bağımsız olduğunu kabul eden Fransız yaklaşımıdır²³⁹.

3. Tahkim Anlaşmasının Devlet Hukuklarından Bağımsız Kabul Edilmesi

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi, kural olarak tahkim anlaşmasının içerisinde yer aldığı maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla bir tahkim şartı içerisinde yer aldığı maddi hukuk sözleşmesinin geçersizliğinden etkilenmez ve bu sözleşmeye uygulanacak hukuktan başka bir hukuka tabi olabilir. İlkenin ortaya çıkış amacı tahkim şartı ile maddi hukuk sözleşmesini birbirinden ayırmak olsa da, özellikle Fransız hukukunda bağımsızlık ilkesi daha geniş anlamda yorumlanmaktadır²⁴⁰.

Fransız hukukunda tahkim anlaşmasına kanunlar ihtilafı kurallarına başvurularak tespit edilen devlet hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanması anlayışı terk edilmiştir. Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması yerine otonom bir şekilde taraf iradelerinin yorumlanacağı kabul edilmiştir²⁴¹. Fransız mahkemeleri tahkim anlaşmalarını yorumlarken milletlerarası hukukta genel kabul gören prensiplere uygun bir metod izlemektedir²⁴².

²³⁸ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 87.

²³⁹ Doktrinde milletlerarası tahkim alanında iki farklı “bağımsızlık”(“autonomy”) ilkesi olduğu belirtilmiştir. İlki, tahkim şartının içinde bulunduğu maddi hukuk sözleşmesinden bağımsızlığı; ikincisi ise tahkim şartının yorumlanmasında herhangi bir hukuka bağlanma gerekliliğinin bulunmaması olarak belirtilmiştir. Bkz. Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 197; Molfa, **a.g.m.**

²⁴⁰ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 215; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 144-145.

²⁴¹ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 87.

²⁴² Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 214; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 87.

1972 tarihinde Fransız mahkemeleri tarafından verilen *Hecht*²⁴³ kararında, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilk kez herhangi bir devlet hukukuna tabi olmama şeklinde yorumlanmıştır. Olayda Fransız hukukuna tabi kılınmış bir tahkim şartının geçerliliği incelenmiştir. Anlaşmanın taraflarından biri tacir diğer ise tacir olmayan bir kişidir. Davalı o dönem Fransız hukukunda tacirlerle tacir olmayan kişiler arasında tahkim anlaşması akdedilemeyeceğinden bahisle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Fransız İstinaf Mahkemesi ise *tahkim anlaşmasının bağımsız olduğunu* ileri sürerek Fransız iç hukukunda izin verilmeyen hallerde dahi tahkim anlaşması akdedilebileceğini; dolayısıyla olayda geçerli bir tahkim anlaşması olduğunu karara bağlamıştır. Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından karar onanmıştır. Mahkemenin temel gerekçesi, taraflar arasındaki ilişkinin milletlerarası nitelik taşıması ve milletlerarası tahkimde tahkim şartının *tamamen bağımsız* olmasıdır. Kararın milletlerarası ticaretin geliştirilmesine fayda sağlayacağı vurgulanmış olsa da, doktrinde Fransız mahkemelerinin bağımsızlık ilkesini bu denli geniş yorumlaması eleştirilmiş ve kararın somut bir dayanağı olmadığı belirtilmiştir²⁴⁴.

Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından 1993 tarihinde verilen *Dalico* kararında²⁴⁵, mahkeme tahkim anlaşmasının varlığını, geçerliliğini ve kapsamını değerlendirirken milletlerarası hukukun ve Fransız hukukunun emredici kuralları saklı kalmak kaydıyla, herhangi bir devlet hukukuna başvurmaya gerek olmadığı yönünde karar vermiştir. Mahkemenin kararı uyarınca, tahkim anlaşması yorumlanırken kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaya gerek görülmemektedir ve yorum tarafların ortak iradesine uygun biçimde yapılmaktadır.

Fransız mahkemelerinin benimsemiş olduğu bu yaklaşım birçok yazar tarafından eleştirilmektedir. Yazarlara göre, bağımsızlık ilkesinin anılan biçimde

²⁴³ Cour de Cassation, 1^{ere} chambre civile, 4 Temmuz 1972, 70-14.163, Karar No: 348, Thomas Clay, Philippe Pinsolle, Thomas Voisin, **French International Arbitration Reports: 1963-2007**, New York, Juris, 2014, s. 38-41.

²⁴⁴ Bruno Oppetit, "Note sur Cour de Cassation, première chambre civile, 4 juillet 1972", **JDI**, S. 1, Paris, Editions Techniques, 1972, s. 843-846.

²⁴⁵ Cour de Cassation, Chambre Civile 1, 20 Aralık 1993, Temyiz No: 91-16828, (Çevrimiçi) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007030314&fastReqId=1260648628&fastPos=1>, Erişim: 30.03.2015.

yorumlanması üzerine, ehliyetle ilişkin problemler, tahkim iradesinin mevcut olmaması veya tahkime elverişliliğe ilişkin hususlara dayanılarak tahkim anlaşmasının geçersiz kılınması imkanı adeta ortadan kaldırılmaktadır²⁴⁶. Bu yaklaşımı eleştiren yazarlar olduğu gibi yaklaşımın milletlerarası tahkimin gerekliliklerine daha uygun olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur. Tarafların tahkim anlaşması düzenlemesindeki amacın devlet hukuklarından uzaklaşmak olduğunu belirten bir yazar, Fransız maddi hukuk yaklaşımının bu amaca daha uygun olduğunu ileri sürmektedir²⁴⁷.

Yukarıda yer alan kararlar ışığında değerlendirildiğinde, Fransız hukukunda bağımsızlık ilkesi tahkim anlaşmasının tüm devlet hukuklarından bağımsız olmasını ifade etmektedir. Önüne gelen tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığını değerlendirecek olan Fransız mahkemesi, kanunlar ihtilafı kurallarına hiç başvurmadan, maddi kurallar uygulayarak bu hususu çözüme kavuşturabilir. Dolayısıyla patolojik tahkim anlaşmasıyla karşılaşan Fransız mahkemeleri, diğer devletlerden farklı olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tespit etmek yerine; milletlerarası hukukun genel prensipleri ve Fransız hukukunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla herhangi bir devlet hukukuna başvurmadan anlaşmanın geçerli olup olmadığını karara bağlayacaktır.

C. Tahkim Anlaşmalarının Yorumlanmasında Kullanılan İlkeler

Tarafların ortak tahkim iradelerinin bulunması geçerli bir tahkim anlaşmasının temel unsurunu oluşturduğundan, tahkim anlaşması yorumlanırken belirlenecek temel hukuk tarafların ortak tahkim iradesinin bulunup bulunmadığıdır. Ortak tahkim iradesini saptarken mahkemeler ilk olarak tahkim anlaşmasının lafzına göre yorumlar. Lafzi yorumla birlikte taraflar arasındaki yazışmalar, sözleşmenin

²⁴⁶ Eric Loquin, “Note sur Menicucci c/ Mahieux, Cour d’Appel de Paris, 13 décembre 1975” **JDI**, C. 104, S. 1, 1977, s. 108-114; Philippe Fouchard, “Note sur Menicucci c/ Mahieux, Cour d’Appel de Paris, 13 décembre 1975”, **Revue de l’arbitrage**, S. 1, Paris, 1977, s. 149-150; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 230.

²⁴⁷ Molfa, **a.g.e.**, s. 184.

imzalanmasından önceki ve sonraki aşamada taraf davranışları ve ilgili tüm hal ve şartlarla birlikte milletlerarası ticarete kullanılan teamüller dikkate alınır²⁴⁸.

Milletlerarası tahkim anlaşmaları yorumlanırken hakem ve mahkemeler birtakım yorum ilkelerine başvurabilir. Milletlerarası tahkim anlaşmalarının yorumlanmasında başvuru yorum ilkeleri, genellikle diğer tüm sözleşmeler bakımından geçerli olan ilkelerle aynıdır. Bu kapsamda, dürüstlük kuralına dayalı yorum, geçerlilik lehine yorum, sözleşmeyi düzenleyenin aleyhine yorum milletlerarası ticari tahkimde benimsenen genel ilkelerdir²⁴⁹.

Devletlerin benimsemiş olduğu tahkim politikaları uyarınca, tahkim anlaşmalarının dar anlamda veya liberal biçimde yorumlanması mümkündür²⁵⁰. Bazı devletler tahkim yanlısı bir politika benimsemiştir ve bu devlet mahkemeleri tahkim anlaşmalarını mümkün olduğunca ayakta tutmakta ve taraf iradelerini mümkün olduğunca geniş kapsamda yorumlamaktadır. Bu devletlerde adeta milletlerarası uyuşmazlıkların çözümü bakımından tahkim, birincil uyuşmazlık çözüm metodu haline gelmiş ve devlet mahkemelerine başvuru istisnai hale gelmiştir. Tahkim lehine tutum benimsemeyen devletlerde ise tahkim, mahkemelerce yapılan yargılamanın istisnasını oluşturur ve tarafların ortak tahkim iradesinin mevcut olup olmadığı veya geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığı daha dar kapsamda değerlendirilir.

²⁴⁸ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 90; Alok Jain, "Pathological Arbitration Clauses and Indian Courts", **Journal of International Arbitration**, C. 25, S. 4, The Netherlands, Kluwer Law International, 2008, s. 442.

²⁴⁹ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 150; Abdulla, a.g.m, s. 18; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 197-198 ; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 87.

²⁵⁰ Kronke vd, **a.g.e.**, s. 58.

1. Dürüstlük Kuralına Dayalı Yorum

Doktrinde, dürüstlük kuralı uygun yorum ilkesinden anlaşılması gerekenin, yorumun sadece tahkim anlaşmasında yer alan sözcüklerin lafzına dayanılarak değil, tarafların ortak iradesine bakılarak yapılması olduğu belirtilmiştir²⁵¹.

Bu ilkenin üç sonucu vardır. İlki, yorum yapılırken tarafların içerisinde bulunduğu durum değerlendirilerek, taraflarca öngörülmesi makul ve meşru hususların dikkate alınmasıdır²⁵². İkinci sonuç ise, yorum yapılırken sözleşmenin kurulduğu an ile uyuşmazlığın ortaya çıktığı an arasındaki dönemde tarafların göstermiş olduğu tutum ve davranışların değerlendirilmesinin gerekliliğidir. Zira bu ara dönemdeki davranışlar, sözleşmenin taraflarca ne şekilde anlaşıldığına ve yorumlandığına ilişkin ipuçları barındırır²⁵³. Son olarak dürüstlük kuralına dayalı yorum uyarınca tahkim anlaşması bir bütün halinde yorumlanmalıdır²⁵⁴.

Yargıtay tarafından verilmiş olan birçok kararda tahkim anlaşmalarının geçerliliği incelenirken, dürüstlük kuralından bahsedilmiştir. Özellikle, davalının tahkim yargılaması sırasında tahkim anlaşmasının ifasına yönelik fiil ve işlemlerde bulunduktan sonra; sözleşmenin geçersiz olduğuna ilişkin ileri sürmüş olduğu iddialar TMK m.2 kapsamında hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiştir²⁵⁵.

Yargıtay 11. HD tarafından verilen bir kararda, davacının hakemini seçmesi üzerine davalının da hakemini seçerek tahkim yargılamasına katılması ile tahkim anlaşmasının kurulduğu kabul edilmiş ve davalının tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna ilişkin sonraki bir tarihte sürdüğü iddia reddedilmiştir²⁵⁶.

²⁵¹ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 257.

²⁵² Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 257.

²⁵³ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 150.

²⁵⁴ Jain, **a.g.m.**, s. 442-443; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 258.

²⁵⁵ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 427, dn. 511.

²⁵⁶ Yargıtay 11. HD, 1979/3855E., 1979/4351K., 02.10.1979, **YKD**, C. 6, S. 2, Şubat 1980, s. 245.

Yargıtay 19. HD tarafından incelenen diğ er bir olayda, davalının kendisine gönderilen hakem ataması, dava dilekçesi, hakem kararı vs. karşısında suskun kaldıktan sonra, tenfiz aşamasında tahkim şartının şirket yetkilisi tarafından yapılmadığına yönelik iddialar ileri sürmesi TMK m.2’de yer alan dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmiştir²⁵⁷.

2. Geçerlilik Lehine Yorum

Tahkim anlaşmalarının yorumlanmasında uygulanacak ikinci ilke geçerlilik lehine yorumdur. Tahkim anlaşmasının iki farklı şekilde yorumlanması mümkün ise ve ilk yorum sonucu tahkim anlaşmasının geçersiz, ikinci yorum sonucu anlaşmanın geçerli olduğu sonucuna varılıyorsa ikinci yorum tercih edilmelidir²⁵⁸. Tereddüt doğuran hallerde, anlaşmada yer alan sözcükleri anlamsız ya da amaçsız kabul eden yorum yerine, bu sözcükleri anlamlı bir bütün olarak kabul eden yoruma itibar edilmelidir²⁵⁹. Bu ilkenin temeli Fransız Medeni Kanunu m. 1191’e dayanmaktadır. İlgili maddede iki farklı anlam içeren bir hüküm söz konusuysa hükme hiçbir etki tanımayan anlam yerine hükmü etkili kılan anlama göre yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

Aşağıda açıklanacağı üzere, birçok olayda hakemler ya da mahkemeler, tarafların gerçek iradesini tespit ederken geçerlilik lehine yorum yapmayı tercih etmiştir. MTO tahkimi sonucu verilen bir kararda²⁶⁰ geçerlik lehine yorum benimsenmiş ve bu durum şu ifadelerle açıklanmıştır: “Sözleşmelerine tahkim şartı ekleyen tarafların, bu şartın kapsamına giren uyuşmazlıkları etkin bir tahkim mekanizması yoluyla çözüme iradelerinin bulunduğu kabul edilmelidir.”

²⁵⁷ Yargıtay 19. HD, 2002/2249E., 2001/701K, 12.06.2001, (Naklen: Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 427-428, dn. 511.)

²⁵⁸ Jain, **a.g.m.**, s. 443-444; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 258-259.

²⁵⁹ ICC Award No. 1434 (1974), Ad Hoc Tahkim kararı Kuwait vs. AMINOIL, ICC Award No. 3380, 1980; Italian Enterprise vs. Syrian enterprise, ICC Award No. 3460 (1980) French Company v. Ministry of an Arab country. Kararlar için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.trans-lex.org/>, 12.01.2018.

²⁶⁰ Preliminary Award in ICC Case No. 2321, 1974.

Patolojik tahkim anlaşmaları, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı, hakemlerin yetki sınırları içerisinde hareket edip etmediğini belirlemek üzere devlet mahkemeleri ya da hakem mahkemesi tarafından yorumlanır²⁶¹. Birçok halde hakemler ya da mahkeme tarafların gerçek iradesini tespit ederek tahkim anlaşmasının geçerliliği yönünde yorum yapar²⁶². Devlet mahkemeleri mümkün olduğunca geçerlilik lehine yorum yaparak tahkim anlaşmasını ayakta tutmaya çalışmaktadır.

3. Düzenleyen Aleyhine Yorum

Düzenleyen aleyhine (*contra proferentem*) yorum ilkesi, muğlak olup, birden çok anlam taşıyan veya hiçbir anlam taşımayan hükümlerin hükmü düzenleyen taraf aleyhine yorumlanması gerektiğini ifade eder²⁶³.

Doktrinde düzenleyen aleyhine yorum ilkesine genellikle tahkim anlaşmalarının kapsamı belirlenirken başvurulduğu belirtilmiştir²⁶⁴. Tahkim anlaşmasının kapsamı belirsiz veya muğlak ise, tahkim anlaşmasını kaleme alan tarafın bu belirsizlikten faydalanmasına izin verilmemelidir ve anlaşma düzenleyen aleyhine yorumlanmalıdır.

4. Dar Anlamda Yorum

Tahkim anlaşmasını devlet mahkemelerinin yargı yetkisine istisna oluşturduğu, bu istisnai nitelik dolayısıyla tahkim anlaşmalarının dar anlamda yorumlanması gerektiği görüşüne dayanmaktadır²⁶⁵. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, mahkemece dar yorum ilkesinin benimsendiği anlaşılmakta ve bu kararın gerekçeleri şu şekilde açıklanmaktadır: “Kural olarak özel hukuk ilişkilerine giren uyuşmazlıkların tabii mahkemeler önünde çözümlenmesi gerekir. Tahkim şartı ise bu

²⁶¹ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 263; Steingruber, **a.g.e.**, para. 7.48

²⁶² Steingruber, **a.g.e.**, para. 7.48, Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 128.

²⁶³ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bs, Ankara, Yetkin, 2015, 473.

²⁶⁴ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 260.

²⁶⁵ Jain, **a.g.m.**, s. 445; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 260.

*genel kuralın istisnasını teşkil eder. Ancak, bir istisnadan söz edilebilmek için, bu konudaki taraf iradelerinin açık ve kesin olup olmadığı aranmalıdır.*²⁶⁶

Dar anlamda yorumun milletlerarası ticari tahkimin yapısına aykırı olduğu belirtilmektedir ve bazı yazarlarca milletlerarası uyuşmazlıkların çözümü bakımından tahkim “*normal*” uyuşmazlık çözüm metodu olarak kabul edilmektedir²⁶⁷. Yazarlar tahkimin devlet mahkemesine istisna nitelikte değil, devlet mahkemesiyle eşdeğer bir uyuşmazlık çözüm metodu olduğunu görüşünü benimsemektedir.

5. Liberal (*in favorem validitatis*) Yorum

Geçerlilik lehine yorum ile *in favorem validitatis* yorum birbirine benzer gibi görünmekle birlikte aralarında bazı temel farklılıklar söz konusudur. Geçerlik lehine yorum bir hükmün birden çok anlamı olması halinde, hükmün etki doğurmayan şekilde değil etki doğuran şekilde yorumlanması esasına dayanır. Bu ilke Fransız Medeni Kanunu’nda yoruma ilişkin bir madde olarak karşımıza çıkmaktadır. Liberal yorum yani *in favorem validitatis* yorumda ise tahkim lehine belirlenen devlet politikaları ön plana çıkmaktadır. Günümüz modern devlet hukuklarının, özellikle UNCITRAL Model Kanunu benimseyen devletlerin, birçoğunda tahkim lehine politika benimsenmiştir ve devlet mahkemelerinin tahkime olan müdahalesi oldukça sınırlanmıştır²⁶⁸.

Liberal yorumu benimseyen hakem veya mahkemeler tahkim anlaşmasında yer alan belirsizlik, eksiklik veya çelişkileri göz ardı ederek ya da tahkim lehine yorumlayarak tahkim anlaşmasını hemen her durumda geçerli kabul etmektedir²⁶⁹.

İsviçre MÖHK m. 178/f.2’de tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak üç basamaklı bir kural benimsenmiştir. Bu üç hukuktan herhangi birine göre geçerli

²⁶⁶ Yargıtay 15. HD, 13.03.1989, 1989/4943 E. – 1989/1218 K., Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 67.

²⁶⁷ Jain, **a.g.m.**, s. 445; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 260; Emmanuel Gaillard, “La jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d’arbitrage international”, s. 5, (Çevrimiçi), https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf, 08.02.2018.

²⁶⁸ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 150; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 261; Karrer, **a.g.m.**, s. 118; Molfa, **a.g.m.**, s. 184.

²⁶⁹ Born, **Arbitration Agreements**, s. 783.

olan tahkim anlaşmasının geçerli olacağı kabul edilmiştir. Doktrinde birbirine alternatif üç basamaklı hukukun öngörülmüş olması dolayısıyla İsviçre hukukunda *in favorem validitatis* prensibinin benimsendiği kabul edilmektedir²⁷⁰.

Doktrinde bazı yazarlar, dar anlamda yorumu reddettiği gibi *in favorem validitatis* yorum metodunu da reddetmektedir²⁷¹. Bu görüşe göre tahkim anlaşmaları ne aşırı dar ne de aşırı liberal biçimde yorumlanmalıdır. Tahkim anlaşmasının yorumu tarafların ortak iradesine saygı gösterecek biçimde *pacta sunt servanda* ilkesine uygun biçimde yapılmalıdır. Tahkim anlaşmasının devlet yargısına istisna teşkil ettiği ve bu istinai niteliği dolayısıyla dar anlamda yorumlanması gerektiği reddedilmekte ve tahkimin normal bir uyuşmazlık çözüm metodu olduğu ilkesi yazarlarca benimsenmektedir. Bununla beraber yazarlar her koşulda *in favorem validitatis* ilkesine başvurulmasını reddetmektedir. Yazarlara göre *in favorem validitatis* ilkesini benimsemekle dar anlamda yorum ilkesini benimsemek eşit derece “uygunsuz”dur. Tarafların tahkim anlaşmasını düzenlerken kullandığı ifadelerin genişletilerek tüm uyuşmazlıkların tahkime götürülmesi gerektiğini kabul eden anlayış eleştirilmektedir.

Kanaatimizce yazarların tahkim anlaşmasının yorumlanmasına ilişkin benimsemiş olduğu yaklaşım isabetlidir. *In favorem validitatis* ilkesinin benimsenmesi ile her koşulda geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu ve yorumun mutlaka tahkim lehine yapılması zorunluluğu tahkimin kurucu unsuru olan tarafların ortak tahkim iradesini zedeleyebilecektir. Kaldı ki geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı hallerde uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözülmesi imkanı mevcuttur. Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere “açık ve kesin” tahkim iradesinin çok dar anlamda yorumlanması ve herhangi bir belirsizlik veya eksiklik halinde tahkim anlaşmasının geçersiz kılınması da tarafların ortak tahkim iradesine aykırılık teşkil edebilir. Tahkim anlaşmasında her belirsizlik, eksiklik veya çelişki doğrudan tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu anlamına gelmemelidir. Dolayısıyla tahkim

²⁷⁰ Karrer, **a.g.m.**, s. 117.

²⁷¹ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 260-263; Youssef Takla, “Non-ICC Arbitration Clauses and Clauses Derogating From the ICC Rules”, **the ICC International Court of Arbitration Bulletin**, C. 7, S. 2, Paris, ICC, 1996, s. 7.

anlaşmaları yorumlanırken, sözleşmenin kurulduğu andaki taraf iradelerinin tespiti için çaba gösterilmeli ve tahkimin istisnai niteliği tamamen göz ardı edilmemelidir.

III. Patolojik Tahkim Anlaşmalarının Sınıflandırılması

A. Patolojik Tahkim Anlaşmalarının Dar veya Geniş Anlamda Sınıflandırılması

Patolojik tahkim anlaşmaları sınıflandırılırken iki uç yorum metodu benimsenebileceği doktrinde ileri sürülmüştür. İlki patolojik tahkim anlaşmalarının dar yorumlanmasıdır ve bunun sonucunda sadece hükümden düşmüş veya tatbiki mümkün olmayan tahkim anlaşmaları patolojik olarak nitelendirilmelidir²⁷².

İkinci metot ise patolojik tahkim anlaşmalarının geniş anlamda yorumlanmasıdır ve standart tahkim anlaşması modelinden en ufak bir sapma gösteren anlaşmalar dahi patolojik kabul edilmelidir. Örneğin, Milletlerarası Tahkim Odası'nı yetkilendiren bir tahkim şartında kullanılan ifadeler; bu kurumsal tahkim merkezi tarafından belirlenen model tahkim şartından ufak dahi olsa farklılık gösterirse şart patolojik hale gelecektir²⁷³.

Patolojik tahkim anlaşması kavramını ortaya atan Eisemann, iki yorum metoduyla da doğru bir sonuca ulaşamayacağını ve karma bir yöntemin benimsenmesi gerektiğini belirtmiştir. Eisemann'ın savunduğu görüşe göre “*temel işlevlerini yerine getiremeyen her tahkim anlaşması patolojiktir.*”²⁷⁴ Dolayısıyla Eisemann'ın belirlemiş olduğu ve her tahkim anlaşmasında bulunması gereken dört temel işlevden birini ya da birkaçını yerine getiremeyen tahkim anlaşmaları patolojiktir. Bu şartlar, taraflar açısından bağlayıcı sonuçlar doğurabilme, hakemler tarafından hüküm verilene kadar devlet mahkemelerinin uyuşmazlığa müdahalesini engelleme, uyuşmazlıkların çözümünde hakemlere taraflar aleyhine hüküm verme

²⁷² Eisemann, **a.g.m.**, s. 130.

²⁷³ Eisemann, **a.g.m.**, s. 130.

²⁷⁴ Eisemann, **a.g.m.**, s. 130.

yetkisi bahsetme, cebri icraya konu olabilecek bir hükmün verilmesine elverişli prosedürün uygulanmasıdır.

Doktrinde bir grup yazar bu işlevlere bağlı olarak bir gruplandırma yapmıştır. Bu yazarlara göre, Eisemann'ın saydığı temel işlevlerden ikincisini ve dördüncüsünü yerine getiremeyen tahkim anlaşmaları “*iyileştirilebilir*”, buna karşın birinci ve üçüncü işlevleri yerine getiremeyen anlaşmalar ise “*iyileştirilemez*” niteliktedir²⁷⁵.

B. Birinci ve İkinci Derecede Patolojik Tahkim Anlaşmaları

Her patoloji tahkim anlaşmasını olumsuz yönde etkiler; ancak etkilenen temel işlevin “*hayati*” olup olmadığı ve etkinin ağırlığı göz önüne alınarak bir ayırım yapılmalıdır. Doktrinde patolojik tahkim anlaşmaları patolojinin ağırlığına göre iki gruba ayrılmıştır²⁷⁶. Bu grupları birinci derecede ve ikinci derecede patolojik tahkim anlaşmaları şeklinde adlandırmak mümkündür²⁷⁷.

1. Birinci Derecede Patolojik Tahkim Anlaşmaları

Eisemann tarafından kabul edilen görüş uyarınca; ilk grupta, tahkim anlaşmasında bulunması gereken temel işlevleri çok ağır derecede zedelemeyen; ancak aleyhine verilmiş hakem kararının icrasını engellemek amacıyla olan ve bunun için tahkim prosedüründe herhangi bir eksiklik yakalamaya çalışan tarafın kötüye kullanabileceği patolojiler yer almaktadır. Bu tip anlaşmaların patolojik kabul edilme nedeni, hakem kararının icra edilememesi olasılığıdır²⁷⁸. Birinci derecede patolojik tahkim anlaşmaları, tahkim prosedürünün gerçekleşmesine engel olmaz,

²⁷⁵ Scalbert, Marville, a.g.m, s. 118.

²⁷⁶ Eisemann, a.g.m, s. 131, Davis, a.g.m, s. 366. Scalbert, Marville'in ayrımı da bu şekilde yorumlanabilir. Bkz. Scalbert, Marville, a.g.e, s. 118.

²⁷⁷ Davis “*lesser pathology*” ve “*greater pathology*” şeklinde bir ayrıma gitmiştir. Davis, a.g.m, s. 366.

²⁷⁸ Eisemann, a.g.m, s. 132.

zira devlet mahkemeleri ve tahkim uygulaması bu anlaşmaları mümkün olduğunca geniş anlamda yorumlayıp ayakta tutmaya çalışmaktadır²⁷⁹.

Eisemann'a göre bu grupta yer alan tahkim anlaşmaları açısından, genel olarak dördüncü işlevin yerine getirilememesi; yani hakem mahkemesi tarafından verilen kararın icra edilememesi söz konusudur. Yazarın kabul ettiği görüş uyarınca, bir tahkim anlaşmasının birinci derecede patolojik kabul edilmesine hakem heyetinin teşkili usulündeki belirsizlikler, uyuşmazlığın esasına ya da usulüne uygulanacak hukuka ilişkin sorunlar sebep olur²⁸⁰.

Üst başlıkta da yer verildiği üzere, doktrinde yer alan diğer bir grup yazar, benzer bir ayırım yaparak patolojik tahkim anlaşmalarını ayakta tutulabilen ve ayakta tutulması mümkün olmayan tahkim anlaşmaları olarak ikiye ayırmıştır²⁸¹.

Yazarlar tarafından yapılan bu ayırım, Eisemann tarafından yapılan birinci/ikinci derecede patolojik tahkim anlaşmaları ayırımı ile benzerlik göstermektedir. İki görüş arasındaki fark, tahkim anlaşmasının fonksiyonlarının gruplandırılması noktasında ortaya çıkar. Yazarlara göre, tahkim anlaşmasında bulunması gereken ve yukarıda yer verdiğimiz fonksiyonlardan iki ve dört numaralı olanların (hakemler tarafından karar verilinceye dek devlet mahkemelerinin uyuşmazlığa müdahalesinin engellenmesi ve cebri icraya konu olabilecek bir karar alınmasına elverişli prosedürün uygulanması) anlaşmada bulunmaması halinde, tahkim anlaşması geçersiz hale gelmez. Bu iki fonksiyonun eksikliği yazarlarca “*iyi huylu patoloji*” olarak nitelendirilmiştir ve bunları barındırmayan tahkim anlaşmalarının ayakta tutulabileceği belirtilmiştir.

Özetlemek gerekirse; Eisemann'ın görüşü uyarınca birinci dereceden patolojik tahkim anlaşmaları genellikle dördüncü fonksiyonun eksikliği halinde ortaya çıkar. Diğer görüş uyarınca ise, “*iyileştirilebilir*” patolojik tahkim anlaşmaları,

²⁷⁹ Jean-François Poudret, Sébastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration**, Çev: Stephen V. Berti, Annette Ponti, 2. Bs, Gloucester, Sweet&Maxwell, 2007, s. 128.

²⁸⁰ Eisemann, **a.g.m.**, s. 132.

²⁸¹ Scalbert, Marville, **a.g.m.**, s. 118.

Eisemann'ın yaptığı birinci dereceden patolojik tahkim anlaşmaları ile benzeşmektedir ve yazarlara göre ikinci ve dördüncü fonksiyonu yerine getirmeyen tahkim anlaşmaları ayakta tutulabilir.

2. İkinci Derecede Patolojik Tahkim Anlaşmaları

Patolojik tahkim anlaşması kavramını ortaya atan Eisemann'ın görüşü uyarınca, tahkim anlaşmalarında bulunması gereken dört temel işlevi yerine getiremeyen anlaşmalardır. Birinci derecede patolojik tahkim anlaşmaları yorumlanmaya ihtiyaç duymakla birlikte bir tahkim anlaşmasından beklenen tüm sonuçları yerine getirir. Ancak ikinci derecede patolojik tahkim anlaşmaları, taraflar ek bir anlaşma yapmadıkça ya da hakemler veya devlet mahkemeleri tarafından tahkim anlaşmasına geçerlilik kazandırılmadıkça icra edilebilir bir hakem kararının verilmesini sağlayamaz²⁸².

Diğer bir grup yazar tarafından ise, Eisemann tarafından sayılan bir ve üç numaralı fonksiyonlar (Taraflar arasında bağlayıcı sonuçlar doğurabilme ve hakemlere taraflar aleyhine karar alabilme yetkisinin verilmesi) tahkim anlaşmalarının temel unsuru olarak değerlendirilmiş ve bunların eksikliği halinde anlaşmanın ayakta tutulamayacağı, geçersiz hale geleceği belirtilmiştir. Yazarlar bu tahkim anlaşmalarını “iyileştirilemez” olarak adlandırmışlardır²⁸³.

3. 1958 Tarihli New York Konvansiyonu m. II/f.3'te Yapılan Ayrıma Göre Patolojik Tahkim Anlaşmalarının Sınıflandırılması

NYK m.2/f.3'te “*Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder.*” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere,

²⁸² Eisemann, **a.g.m.**, s. 150.

²⁸³ Scalbert, Marville, **a.g.m.**, s. 118.

tahkim anlaşması hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkansız değil ise uyuşmazlık devlet mahkemelerinde değil tahkimde çözümlenmelidir. Devlet mahkemeleri önünde dava edilen uyuşmazlığın tahkim ile çözümleneceği düzenlenmişse ve tahkim anlaşması hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkansız değilse, NYK uyarınca mahkeme uyuşmazlığı tahkime sevk etmelidir.

Yukarıda yer verilen madde metninden hareket ederek, bazı yazarlar patolojik tahkim anlaşmalarının “*hükümden düşmüş*”, “*tesirsiz*” ve “*tatbiki imkansız*” kavramları kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir²⁸⁴. Diğer bir yazar da patolojik tahkim anlaşmalarını NYK’da kabul edilen bu ayırım uyarınca sınıflandırmaktadır²⁸⁵. Bu sınıflandırma uyarınca; tarafların tahkim iradesinin belirsiz olduğu, devlet mahkemesine ve tahkime başvuruyu bir arada öngören ve taraflardan sadece birine tahkime başvuru ya da tahkime ilişkin unsurları düzenleme hakkı tanıyan (asimetrik) tahkim anlaşmaları “*hükümden düşmüş*” olma kapsamında değerlendirilecektir²⁸⁶. *Beyaz* tahkim anlaşmaları, taraflara devlet mahkemesine veya tahkime başvuru hakkı tanıyan (alternatifli) tahkim anlaşmaları, mevcut ya da belirli olmayan tahkim kurumunu yetkili kılan tahkim anlaşmaları ve tahkim öncesi farklı alternatif uyuşmazlık çözüm metotlarına başvurulması gerektiğini düzenleyen tahkim anlaşmaları “*tatbiki imkansız*” olma kapsamında değerlendirilecektir²⁸⁷. Diğer bir görüşe göre ise, ismen kararlaştırılan hakemin görevi yerine getirememesi veya getirmekten kaçınması ve tahkim yeri olarak kararlaştırılan yerde tahkimin icra edilemeyecek olmasını “*tatbiki imkansız*” kavramı kapsamında değerlendirmektedir²⁸⁸.

²⁸⁴ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 135. Ayrıca yazarlar “*pathological arbitration clauses*” terimi yerine “*defective arbitration clauses*” terimini kullanmaktadır; ancak bu iki terimin eş anlamlı olduğu yönünde bkz.

²⁸⁵ Sarıöz Büyükalp, **Hükümsüz**, s. 2033-2054.

²⁸⁶ Sarıöz Büyükalp, **Hükümsüz**, s. 2033-2037. Yazar, kullanmayı tercih ettiğimiz asimetrik tahkim anlaşması kavramı yerine, “taraflardan birinin diğer üzerinde ekonomik baskı kurarak tahkim anlaşmasında eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi” ifadesini kullanmakta ve anlaşmaların İngilizce karşılığı olarak “unfair/unconscionable arbitration agreements” terimine yer vermektedir.

²⁸⁷ Sarıöz Büyükalp, **Hükümsüz**, s. 2045-2054.

²⁸⁸ Yeşilova, **a.g.e.**, s. 546.

Aşağıda her bir tahkim anlaşmasının geçerliliği ayrı başlıklar altında değerlendirileceğinden bu başlık altında detaylı incelemeye yer verilmemiştir. Ancak yukarıda sayılan her tahkim anlaşmasının doğrudan “*hükümden düşmüş*” ya da “*tatbiki imkansız*” olduğu kararına varılamaz. Sayılan patolojileri içeren tahkim anlaşmaları yorumlanmalı, tahkim anlaşmalarının ayakta tutulması imkanı bulunmuyorsa, ilk grupta yer alan anlaşmalar “*hükümsüz*”, ikinci grupta yer alan anlaşmaları ise “*tatbiki imkansız*” kabul edilmelidir. Unutulmamalıdır ki her devletin milletlerarası ticari tahkim hususunda benimsemiş olduğu yaklaşım farklıdır ve iki farklı devletin aynı patoloji konusunda farklı kararlar vermesi mümkündür. Özellikle İngiltere, Amerika, Fransa, İsviçre gibi ülkeler tahkim lehine yaklaşım benimsemiştir ve bu devlet mahkemeleri mümkün olduğu ölçüde tahkim anlaşmasını ayakta tutacak biçimde yorum yapmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAHKİM İRADESİNİN BELİRSİZLİĞİ NEDENİYLE PATOLOJİK SAYILAN TAHKİM ŞARTI VEYA SÖZLEŞMESİ

I. Açık ve Kesin Olmayan Tahkim İradesi

Türk hukukunda tahkim anlaşmasının kurucu unsuru, tarafların uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceği yönündeki irade açıklamasıdır²⁸⁹. Geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edebilmek için bu iradenin açık ve kesin olması gerekmektedir²⁹⁰.

Yargıtay kararlarında, geçerli bir tahkim şartının varlığından söz edebilmek için uyuşmazlığın mutlak biçimde tahkim usulüyle çözümleneceğine ilişkin tarafların açık ve kesin irade açıklamalarının bulunması gerektiği vurgulanmıştır²⁹¹. Tarafların açık ve kesin tahkim iradesinin bulunmadığı hallerde, tahkim anlaşmaları Yargıtay tarafından geçersiz kabul edilmektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 12.04.2006 tarihli kararında²⁹² “*hemen belirtmek gerekir ki, kural bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında taraflar bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerini, başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir.*” yönünde karar vermiştir.

²⁸⁹ Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 65; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 98.

²⁹⁰ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 415; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 99-100; İbrahim Arslan, Sevgican Aydın, “Çarter Partideki Tahkim Klotunun Konişmento Hamiline Etkisi”, **GÜHFD**, C. 17, S. 1-2, Ankara, 2013, s. 125.

²⁹¹ Yargıtay HGK, 05.05.1965, 1965/776E., 1965/198K., Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 66.

²⁹² Yargıtay 13. HD, 12.04.2006, 2006/521E. ve 2006/5446K.

Yargıtay uygulamasına göre, tarafların tahkim dışında kalan yargı yollarını kapatmış olması gerekir; aksi halde açık ve kesin tahkim iradesinden söz edilemez²⁹³.

Davacı arsa sahibi ile davalı yüklenici arasında imzalanan bir sözleşmede “iş bu sözleşmeyle ilgili herhangi bir konuda ihtilaf çıktığında taraflar mahkemeden önce bir bilirkişi ve hakeme müracaat etmeyi kabul ederler” şeklinde bir madde kaleme alınmıştır. Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenip çözümlenemeyeceğine ilişkin yapılan inceleme sonucunda Yargıtay, anılan tahkim şartının kesin nitelikte olmadığından bahisle tahkim şartının geçersiz olduğu yönünde karar vermiştir²⁹⁴.

Uyuşmazlığın “hakemde” çözümlenmesi gerektiğini düzenleyen ancak aynı madde içerisinde, ihtilafın hakemde çözümlenememesi halinde Kozaklı mahkemelerinin görevli olduğunu belirten bir tahkim şartı Yargıtay tarafından incelenmiş ve ilgili tahkim şartı kesinlik taşımadığı için geçersiz kabul edilmiş ve tahkim itirazı reddedilmiştir²⁹⁵.

Taraflar, meydana gelen uyuşmazlıkların nihai olarak tahkimde karara bağlanacağını kararlaştırdıktan sonra, sözleşmeye “Kararın kopyalarının taraflara tebliğ edildiğinden sonraki 30 gün içinde karara uyulmadığı takdirde, taraflardan herhangi biri diğer tarafa karşı tesbit edilmiş vecibeleri olan taraf aleyhinde, kazai selahiyeti olan İstanbul mahkemelerinde dava açabilir.” şeklinde bir madde eklemiştir. Hakem tayini için açılan davada, davalı tahkim şartının geçersiz olduğu ileri sürmüştü ve Yargıtay İstanbul mahkemelerinde dava açılacağı kabul edildiğinden kesin bir tahkim iradesi bulunmadığını belirtmiş ve davalının itirazını kabul etmiştir²⁹⁶.

Yargıtay kararlarında özel hukuk ilişkilerine giren uyuşmazlıkların doğal mahkemeler önünde çözümlenmesi gerektiğini ve tahkim anlaşmalarının bu kuralın istisnasını oluşturduğunu belirtmiştir. Bu istisnai nitelik dolayısıyla taraf iradelerinin

²⁹³ Yargıtay 14. HD, 24.03.1986, 1985/5101E., **YKD**, C.13, S.3, s. 448; 1985/1875K.; 15. HD, 4.11.1986, 1986/19E, 1986/2192K., **YKD**, C.13; S.4, s. 590.

²⁹⁴ Y. 15. HD 08.07.1992, 1992/3004E, 1992/3710 K., Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 66.

²⁹⁵ Yargıtay 15. HD 15.9.1994, 1994/722E. – 1994/4938 K., Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 66.

²⁹⁶ Yargıtay 15. HD, 23.10.1986, 1986/4446 E. – 1986/3473 K., Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 67.

açık ve kesin olup olmadığına dikkat edilmelidir²⁹⁷. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlardan anlaşılacağı üzere, Yargıtay tahkim anlaşmalarını dar anlamda yorum ilkesi bağlamında ele almaktadır²⁹⁸. Yargıtay uygulamasına göre tarafların tahkim iradesine ilişkin herhangi bir tereddüt söz konusu olduğunda genellikle tahkim anlaşması geçersiz kabul edilmekte ve uyuşmazlıkların devlet mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği karara bağlanmaktadır.

Doktrinde tahkim anlaşmasının dar anlamda yorumlanmasının “*modası geçmiş*” bir ilke olduğu belirtilmiş ve tahkimin devlet yargılamasına istisna teşkil etmediği, uyuşmazlıkların çözümü için normal bir yargılama makamı teşkil ettiği ileri sürülmüştür²⁹⁹. Önemle belirtilmelidir ki; tahkim lehine politika benimseyen devletlerde Yargıtay'ın benimsemiş olduğu yaklaşım büyük ölçüde terk edilmiştir. Bu devlet mahkemeleri, taraf iradeleri tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmasa dahi mümkün olduğunca tahkim anlaşmalarını ayakta tutmaya çalışmakta ve taraf iradelerini oldukça geniş biçimde yorumlamaktadır.

Kanaatimizce ISTAC'ın kurulmuş olması Yargıtay'ın benimsemiş olduğu bu yaklaşımın değişmesine sebep olabilir. ISTAC Avrupa, Asya Ortadoğu ve Afrika arasındaki ticaret açısından Türkiye'nin konumunu da kullanarak, Türkiye'de önemli bir tahkim merkezi oluşturma amacıyla kurulmuştur³⁰⁰. Dolayısıyla Türkiye'de yakın gelecekte tahkim lehine politikalar benimsenmesi ve ISTAC tahkimini ön plana çıkaracak mahkeme kararlarının verilmesi ihtimali yüksektir.

II. Tahkime Başvurunun Zorunlu Tutulmadığı Tahkim Anlaşmaları

Yargıtay kararlarıyla üst başlıkta açıklandığı üzere tahkim anlaşmasından tarafların açık ve kesin tahkim yoluna başvurma iradesinde olduğu anlaşılmalıdır³⁰¹.

²⁹⁷ Yargıtay 15. HD, 13.03.1989, 1989/4943E. – 1989/1218 K., Ertekin, Karataş, **a.g.e**, s. 67.

²⁹⁸ Dar Anlamda Yorum ilkesi bkz. başlık II.C.4

²⁹⁹ Jain, **a.g.m**, s. 445-446.

³⁰⁰ <https://istac.org.tr/hakkimizda/>

³⁰¹ Akıncı, **Tahkim Şartı**, s. 145.

Taraflar bazı hallerde, tahkimi uyuşmazlık meydana geldiğinde başvurulması gereken zorunlu bir yol olarak değil, “*alternatif*” veya “*seçimlik*” bir yol olarak düzenlenmektedir³⁰². “*İşbu sözleşmeden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar tahkimde çözümlenecektir.*” şeklinde kaleme alınan bir tahkim anlaşması incelendiğinde; tarafların uyuşmazlıkların çözümü hususunda tahkim yolunu zorunlu tuttuğu anlaşılacaktır. Ancak taraflar, tahkim şartında “*işbu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkimde çözümlenebilir.*”³⁰³ örneğinde olduğu gibi adeta tahkime başvurma hususunda bir seçim hakları olduğu; tahkime başvurunun zorunlu tutulmadığı, tarafları bağlamadığı şeklinde yorumlanabilecek tahkim anlaşmaları kaleme alabilir. Geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmesi için tarafların açık ve kesin tahkime başvurma iradesinin mevcut olması şartı aranır ve bu irade taraflar bakımından bağlayıcıdır. Dolayısıyla “*tahkime başvurulabilir*” benzeri kesin olmayan ifadeler yer verilerek düzenlenen tahkim anlaşmalarında, tarafların açık ve kesin tahkim iradesinin mevcut olup olmadığı hususunda tereddüt doğar³⁰⁴.

Örneğin Fransız ve Avusturyalı şirketler arasında imzalanan bir sözleşmede, “*taraflardan her biri uyuşmazlıkları çözmek üzere bir hakem seçebilir ... hakem kararı taraflar açısından bağlayıcı ve kesindir.*” şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Tahkim iradesindeki belirsizlik tarafların hakem “*seçebilir*” olmasından kaynaklanmaktadır. Hakem kararının taraflar açısından bağlayıcı ve kesin olması ile tahkim yoluna başvurunun isteğe bağlı olması çelişkilidir; zira “*isteğe bağlı olan bağlayıcı olamaz*”³⁰⁵.

Tahkime başvurunun zorunlu tutulmadığı tahkim anlaşmaları çeşitli devlet mahkemeleri tarafından incelenmiş ve bu anlaşmaların geçerliliği değerlendirilmiştir. Amerikan mahkemeleri taraflara tahkime başvuru yapma hususunda seçim hakkı

³⁰² Born, **Arbitration Agreements**, s. 789.

³⁰³ “All disputes [...] may be resolved [...]”

³⁰⁴ Tahkime başvurunun zorunlu tutulmadığı diğer bir hal olarak devlet mahkemelerine başvuru yolunu açık tutan tahkim anlaşmaları örnek gösterilebilir. Aynı sözleşme içerisinde farklı hükümlerde yetki şartı ile tahkim şartına yer verilmiş olması, taraflara tahkime veya devlet mahkemelerine başvuru hakkı tanıyan hükümler düzenlenmesi ya da uyuşmazlıkların kademeli olarak önce tahkimde sonra devlet mahkemelerinde çözümleneceğinin kararlaştırılması halleri aşağıda detaylı biçimde incelenecektir.

³⁰⁵ Marie-Hélène Maleville, “Pathologies des Clauses Compromissaires”, S. 61, **International Business Law Journal**, 2000, s. 69.

tanıyan ifadelerin yer aldığı bu tahkim anlaşmalarının geçerli ve bağlayıcı olduğu yönünde karar vermektedir³⁰⁶. Mahkemelerin vermiş olduğu kararlar uyarınca, taraflardan birinin tahkime başvurması ile, tahkim şartı her iki taraf bakımından da bağlayıcı ve zorunlu hale gelir. Bu anlaşmalar, taraflardan her birine zorunlu tahkimi “*tetikleme*” hakkı verir, dolayısıyla geçerli kabul edilmelidir. Bir kararda, bu tip anlaşmaların taraflara bir *seçimlik hak* tanıdığı; ancak bu seçimlik hakkın ya tahkime başvurma ya da talepten vazgeçme şeklinde gerçekleşebileceği belirtilmiştir³⁰⁷.

Fransız Mahkemelerinin de benzer yönde vermiş olduğu bir karar mevcuttur. Tarafların uyuşmazlıkların çözümlenmesi için tahkime başvurabileceğini düzenleyen bir tahkim anlaşması dolayısıyla uyuşmazlık meydana gelmiştir. Tahkim şartını değerlendiren mahkeme, taraflardan her birinin tahkime başvuru yapma veya yapmama hususunda seçim hakkı bulunduğunu hükme bağlamış ve tarafların uyuşmazlıkların çözümlenmesi amacıyla devlet mahkemelerine başvuramayacağını belirtmiştir³⁰⁸.

“Sözleşmeden doğan herhangi bir uyuşmazlık ... tahkim usulüne başvurularak çözümlenebilir. Tahkim yeri ABD olarak belirlenmiştir ve tahkim prosedürü Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları uyarınca gerçekleştirilecektir³⁰⁹.” şeklinde kaleme alınan tahkim şartında, tahkim yeri seçimi ve tahkim prosedürüne uygulanacak kurallar konusunda kesinlik bulunmakla beraber; “*çözümlenebilir*” ifadesi nedeniyle tarafların tahkime başvurma iradesinin mevcut olup olmadığı konusunda belirsizlik söz konusudur. Tahkim şartından kaynaklanan uyuşmazlık devlet mahkemelerine intikal etmiş ve mahkeme bu tahkim şartı uyarınca tarafların

³⁰⁶ Austin, v. Owens-Brockway Glass Container Inc., United States Court of Appeals, 94-1213, 94-1265, 12 Mart 1996, (Çevrimiçi), <http://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1372045.html>, Erişim tarihi: 04.12.2017; J. C. Bonnot v. Congress of Independent Unions Local #14, United States Court of Appeals, 4 Mayıs 1964, (Çevrimiçi), <https://www.leagle.com/decision/1964686331f2d3551594>, Erişim tarihi: 04.12.2017; PTA-FLA Inc., v. ZTE Corp, United States Court of Appeals, 15 Aralık 2016, (Çevrimiçi), <https://www.leagle.com/decision/infco20161215089>, Erişim tarihi: 04.12.2017.

³⁰⁷ Austin, v. Owens-Brockway Glass Container Inc., United States Court of Appeals, 94-1213, 94-1265, 12 Mart 1996, (Çevrimiçi), <http://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1372045.html>, Erişim tarihi: 04.12.2017.

³⁰⁸ Société Calberson international c/ société Schenker, Cour de Cassation, 1^{re} Chambre Civile, 15 Ekim 1996, **Revue de l'arbitrage**, S. 2, Paris, Librairies Techniques, 1998, s. 412.

³⁰⁹ “... may be referred to arbitration.”

tahkim yoluna başvurmasının “*isteğe bağlı*”³¹⁰ olduğu yönünde karara varmıştır. Ancak karara uyarınca, taraflardan biri sözleşmede yer alan tahkim şartına dayanarak uyuşmazlıkları tahkim usulü ile çözmeye karar verip tahkime başvurduğu anda, tahkim her iki taraf açısından zorunlu ve bağlayıcı hale gelir³¹¹.

Anılan tahkim şartı uyarınca uyuşmazlığı çözümlenecek olan hakemler bir yetki itirazıyla karşılaşırsa, “*çözümenebilir*” ifadesinin ne anlama geldiğini, tarafların iradesinin gerçekte ne olduğunu ve geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığını yorumlamak zorunda kalacaktır. Hakemlerin, “*çözümenebilir*” fiilin kullanılması dolayısıyla tarafların bağlayıcı tahkim iradesi bulunmadığı ve geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığı yönünde yorum yapması ihtimali mevcuttur³¹². Bunun yanı sıra tahkim prosedürünü sabote etmek niyetinde olan tarafın, yerel mahkemeye başvurarak söz konusu şartın geçersiz olduğunu iddia etmesi ve bu suretle prosedürü yavaşlatması hatta durdurması dahi söz konusu olabilecektir³¹³.

Tahkim anlaşmasında kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarına yer verilmiş olması halinde, Amerikan mahkemeleri tahkime başvurunun isteğe bağlı olarak düzenlendiği tahkim anlaşmalarının geçerli ve uygulanabilir olduğu yönünde karar vermektedir. “*Uyuşmazlıkların tahkime götürülmesi halinde AAA Tahkim Kuralları uygulanacaktır*” şeklinde kaleme alınan bir tahkim anlaşmasını inceleyen mahkeme, AAA Tahkim Kurallarına açıkça atıfta bulunulduğu için bağlayıcı bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğu yönünde karar vermiştir³¹⁴. Atıf yapılan tahkim merkezinin kurallarında tahkimin bağlayıcı olduğuna ilişkin hüküm bulunması

³¹⁰ “permissive”

³¹¹ Cravat Coal Export Company, Inc. v Taiwan Power Company, US District Court Eastern District of Kentucky, n°90-11, 5 Mart 1990. (Naklen: Davis, **a.g.m.**, s. 367.)

³¹² Davis, **a.g.m.**, s. 367.

³¹³ Davis, **a.g.m.**, s. 367.

³¹⁴ Karen McKee and Curtis K. Kilpatrick v. Home Buyers Warranty Corporation, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, No. 94-30153, 27 Şubat 1995, (Çevrimiçi), <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1038975.html>, Erişim tarihi: 20.12.2017

halinde Amerikan mahkemeleri uyuşmazlıkların zorunlu olarak tahkimde çözümlenmesi gerektiği yönünde karar vermektedir³¹⁵.

Amerikan mahkemelerinin vermiş olduğu kararların çoğunluğu bu yönde olsa da, tahkime başvuruyu zorunlu tutmayan ifadeler kullanılan bazı anlaşmaların mahkemelerce geçersiz kabul edildiği kararlar da mevcuttur. “[...] uyuşmazlıklar, tarafların bu husus üzerinde anlaşması kaydıyla tahkim yoluyla nihai olarak çözümlenebilir” şeklinde kaleme alınan bir tahkim anlaşmasını inceleyen mahkeme, tahkim şartının bağlayıcı nitelikte olmadığı yönünde karar vermiştir³¹⁶.

Genellikle İngiliz mahkemeleri de Amerikan mahkemeleri gibi tahkime başvuruyu zorunlu tutmayan anlaşmaların taraflar açısından bağlayıcı olduğu yönünde karar vermektedir. “*Tahkim, şayet varsa, ICC Kuralları uyarınca Londra’da*” şeklinde kaleme alınan bir tahkim anlaşması inceleyen mahkeme, “*şayet varsa*³¹⁷” kavramını “*şayet uyuşmazlık meydana gelirse*” şeklinde yorumlamış; geçerli ve bağlayıcı bir tahkim anlaşması bulunduğunu karara bağlamıştır³¹⁸.

İngiliz mahkemeleri tarafından verilen diğer bir kararda bazı Amerikan mahkemeleri tarafından benimsemiş olan yaklaşım kabul edilmektedir. “*Uyuşmazlıklar tahkimde çözümlenebilir*” şeklinde kaleme alınmış olan bir tahkim şartının geçerliliği İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından değerlendirilmiş ve ilgili şartın kesin ve bağlayıcı nitelikte olduğu belirtilmiştir³¹⁹. Mahkemenin gerekçesine göre, taraflardan birinin tahkime başvurarak seçim hakkını kullanması üzere, tahkim her iki taraf bakımından da bağlayıcı hale gelir.

³¹⁵ Charles Philip Rainwater v. National Home Insurance Company US Court of Appeals for the Fourth Circuit - 944 F.2d 190, 5 Eylül 1991, (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/944/190/34948/>, Erişim tarihi: 20.12.2017.

³¹⁶ Nanosolutions, LLC v. Prajza, United States District Court, District of Columbia, 793 F. Supp. 2d 46, 2 Haziran 2001, (Çevrimiçi), <https://www.courtlistener.com/opinion/2181513/nanosolutions-llc-v-prajza/>, Erişim tarihi: 20.12.2017.

³¹⁷ “if any”

³¹⁸ Mangistaumunaigaz Oil Production Association v. United World Trade Inc., Queen’s Bench Division, Commercial Court, 1 Lloyd’s Rep. 617, 1995, (Çevrimiçi), <https://www.ilaw.com/ilaw/doc/view.htm?id=149658>, Erişim tarihi: 20.12.2017.

³¹⁹ Lobb Partnership Ltd v Aintree Racecourse Co. Ltd, Queen’s Bench Division, Commercial Court, All ER (D) 1300, 1999, (Çevrimiçi), LexisWeb, Erişim tarihi: 22.12.2017.

Aynı yaklaşımın Kanada ve Hong Kong mahkemeleri tarafından da benimsendiği görülmektedir. “*Uyuşmazlıklar tahkimde çözümlenebilir*” şeklinde kaleme alınan tahkim şartının kesin ve bağlayıcı olduğu her iki devlet mahkemelerince karara bağlanmıştır³²⁰. Buna göre taraflardan birinin tahkime başvuru hakkını kullanması ile birlikte tahkim taraflar için bağlayıcı hale gelecektir.

Ancak her devlet mahkemesi tarafından aynı yorum yöntemi benimsenmemekte ve tahkime başvurunun zorunlu tutulmadığı tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmemektedir. “*Taraflar uyuşmazlıkları tahkim aracılığıyla çözümlenebilir*” şeklinde kaleme alınmış bir tahkim şartını değerlendiren Hindistan Yüksek Mahkemesi, söz konusu anlaşmanın bağlayıcı olmayıp, seçimlik nitelikte olduğunu ve taraflar yeni bir anlaşma yapmadan geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edilemeyeceği yönünde karara varmıştır. Mahkemenin benimsediği görüş uyarınca, taraflar uyuşmazlık meydana geldikten sonra tahkim sözleşmesi yaparak, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesini sağlamalıdır³²¹. Yukarıda belirtildiği üzere Amerikan mahkemelerinin tahkime başvuruyu zorunlu kılmayan tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğunu hükme bağladığı kararlar mevcuttur³²².

Türk hukukunda ise Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulaması uyarınca, geçerli bir tahkim anlaşması kurulabilmesi için tarafların açık ve kesin tahkim iradesinin bulunması şartı aranmaktadır. Kanaatimizce tahkime başvuruyu zorunlu kılmayan tahkim anlaşmaları, tarafların açık ve kesin tahkim iradesi bulunmadığı gerekçesiyle Türk hukukunda geçersiz kabul edilecektir.

³²⁰ Canadian National Railway Company v. Lovat Tunnel Equipment Inc., CanLII 3751 (ON CA), 1999, (Çevrimiçi), <http://canlii.ca/t/1f9mg>, Erişim tarihi: 22.12.2017; Grandeur Electrical Co Ltd v. Cheung Kee Fung Cheung Construction Co Ltd, Hong Kong Court of Appeal, 305, 2006, (Çevrimiçi), <https://www.hongkongcaselaw.com/grandeur-electrical-co-ltd-v-cheung-kee-fung-cheung-construction-co-ltd-2/>, Erişim tarihi: 22.12.2017.

³²¹ Wellington Associates Ltd. v Mr. Kirit Mehta (Naklen: Blackaby vd., **a.g.e.**, s. 93, dn 106.)

³²² Nanosolutions, LLC v. Prajza, United States District Court, District of Columbia, 793 F. Supp. 2d 46, 2 Haziran 2001, (Çevrimiçi), <https://www.courtlistener.com/opinion/2181513/nanosolutions-llc-v-prajza/>, Erişim tarihi: 20.12.2017; Hoogovens Ijmuden Verkoopkantor BV v MV Sea Cattleya, 852 F.Supp. 6, 7-8, SDNY, 1994, (Naklen: Born, **Arbitration Agreements**, s. 792, dn. 868.)

III. Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları

Incorporation yoluyla yapılan tahkim anlaşmaları, anlaşmanın şekil ve esas bakımından geçerliliğine ilişkin çeşitli problemler doğurmaktadır. Bu tür tahkim anlaşmaları, yazılı olarak yapılmış şeklen geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığına ilişkin bir tartışmanın konusunu oluşturabilir. Doktrinde bazı yazarlar ise, incorporation yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin, esasen tahkim iradesinin mevcut olup olmadığına ilişkin olduğunu ve tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinin tartışılması gerektiğini belirtmiştir³²³. Dolayısıyla incorporation yoluyla yapılan bir tahkim anlaşmasında tarafların tahkim iradesinin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi önem arz eder. Tarafların tahkim iradesine ilişkin belirsizlik ve tereddütler ise tahkim anlaşmasını patolojik hale getirir.

Incorporation herhangi bir belgenin, diğer bir belgenin eki veya parçası haline getirilmesidir³²⁴. Taraflar, bu yolla bir metne atıf yaparak, atıfta buldukları metnin kendi düzenledikleri metin gibi uygulanacağını beyan eder³²⁵. Uygulamada incorporation yöntemine en fazla standart hükümlerin ve genel işlem şartlarının sözleşmelere dahil edilmesi amacıyla başvurulmaktadır³²⁶.

MTK m.4/f. 2’te açıkça belirtildiği üzere, Türk hukukunda tahkim kaydı içeren muayyen belge, kural kod, genel işlem şartları veya standart sözleşmelerin asıl sözleşmenin eki yapılmak suretiyle tahkim anlaşması yapılması mümkündür. New York Konvansiyonu’nda incorporation yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, UNCITRAL Model Kanun m.7/f.2 ile incorporation yoluyla tahkim anlaşması yapılabileceği kabul edilmiştir. Sözleşmede tahkim şartı içeren belgeye atıf yapılmışsa ve bu atıf, ilgili şartın sözleşmenin bir parçası haline geldiği anlamını taşıyorsa tahkim anlaşması kurulur. Model Kanun’da incorporation yoluyla tahkim anlaşması yapılabileceği kabul

³²³ Born, *Arbitration Agreements*, s. 819; Esen, *Üçüncü Kişilere Teşmil*, s. 163-164.

³²⁴ Ekşi, *Deniz Ticareti Incorporation*, s. 21; İlhan, *a.g.e.*, s. 82.

³²⁵ Maleville, *a.g.m.*, s. 62; Ekşi, *Deniz Ticareti Incorporation*, s. 21.

³²⁶ Ekşi, *Deniz Ticareti Incorporation*, s. 22.

edilmiş olsa da, tahkim şartının sözleşmenin bir parçası haline getirilebilmesi için hangi özel koşulların gerçekleşmiş olması gerektiğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır³²⁷. Dolayısıyla tahkim şartının sözleşmenin bir parçası haline getirilebilmesi için, sözleşmede tahkim şartına açıkça atıf yapılmasının gerekli olup olmadığı tartışma konusudur. Bazı devlet mahkemeleri tahkim şartına açıkça atıf yapılmasa dahi, tahkim şartının sözleşmenin bir parçası haline geldiğini kabul etmekte³²⁸; diğer bazı devlet mahkemeleri ise ilgili tahkim şartına açıkça atıf yapılmayan hallerde tahkim şartının sözleşmenin bir parçası haline gelmediğini kabul etmektedir³²⁹.

Türk hukukunda tahkim şartı içeren belgeye yapılan genel atıfla geçerli bir tahkim anlaşması yapılabileceği savunulmaktadır³³⁰. Ancak doktrinde, aksi görüş de kabul edilmiştir. Buna göre, incorporation yoluyla geçerli bir tahkim anlaşması yapılabilmesi için, tahkim şartına açıkça atıf yapılması gerektiği belirtilmiştir³³¹.

Incorporation yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarında tahkime itiraz eden taraf, asıl sözleşmede tahkime ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığını ve bu sebeple tarafların tahkime başvurma iradesinin bulunmadığını ileri sürebilir³³². Amerikan Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda³³³, davacı ile davalı arasında incorporation yoluyla yapılan geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığı

³²⁷ Born, **Arbitration Agreements**, s. 821; İlhan, **a.g.e.**, s. 85.

³²⁸ CLOUT Case 1248, , Corporacion Transnacional de Inversiones S.A. de C.V. and others v. STET International SpA and others, Court of Appeal for Ontario 136 OAC 113, 15 September 2000; High Court of Singapore, 13 October 1999, Concordia Agritrading Pte Ltd v. Cornelder Hoogewerff (Singapore) Pte Ltd, (Çevrimiçi), [http://www.singaporelaw.sg/sglaw/images/ArbitrationCases/\[1999\]_3_SLR\(R\)_0618.pdf](http://www.singaporelaw.sg/sglaw/images/ArbitrationCases/[1999]_3_SLR(R)_0618.pdf), Erişim tarihi: 21.11.2017.

³²⁹ Thyssen Canada Limited v Mariana Maritime SA and another, English High Court 219, Queen's Bench Division, Commercial Court, 23 February 2005, (Çevrimiçi), http://archive.onlinedmc.co.uk/thyssen_canada_v_mariana_maritime.htm, Erişim tarihi: 21.11.2017.

³³⁰ Turgut Kalpsüz, "Tahkim Anlaşması", **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan**, C. 2, İstanbul, 2003, s. 1038.

³³¹ Esen, **Üçüncü Kişilere Teşmil**, s. 164; Cemal Şanlı, "Konışmentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konışmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu", **MHB, Ergin Nomer'e Armağan**, C. 2, İstanbul, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2002, s. 774.

³³² Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 324.

³³³ Bothell v. Hitachi Zosen Corp., U.S. District Court for the Western District of Washington - 97 F. Supp. 2d 1048, 19 Mayıs 2000, (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/97/1048/2339780/>, Erişim tarihi: 21.11.2017

hususunda uyuşmazlık meydana gelmiştir. Davalı *Hitachi*, davacıya üç farklı satın alma emri gönderdiğini ve bu belgelerin herbirinin ekinde yer alan ve içerisinde tahkim şartı barındırmakta olan genel işlem şartlarına atıf yapıldığını ileri sürmektedir. Davacı taraf ise kendilerine genel işlem şartlarının ulaşmadığını ve dolayısıyla tahkim şartı hakkında bilgi sahibi olmadıklarını iddia etmektedir. İddiaları değerlendiren mahkeme, tarafların genel işlem şartları üzerinde yeterince müzakere etmediği; dolayısıyla davacı tarafın tahkim iradesinin mevcut olmadığı yönünde karar vermiştir.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda³³⁴, taraflar arasında akdedilen navlun sözleşmesinde yer almayan; ancak sözleşmeyle atıf yapılan charter partyde düzenlenen bir tahkim şartının geçerli olup olmadığı değerlendirilmiş ve mahkeme, charter party taraflar arasındaki akdi ilişkinin bir parçası haline geldiği için uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

IV. Tahkim Kaydı İçeren Belgelerin Çelişkili Olması

Tahkim anlaşmasının tarafları arasında birden fazla sözleşme imzalanması söz konusu olabilir. Bu halde, farklı sözleşmelerde farklı uyuşmazlık çözüm yolları ya da farklı usuller belirlenmiş olabilir. Bu düzenlemelerin birbiriyle uyumsuz veya çelişkili olması halinde tahkim anlaşmaları patolojik hale gelecek ve taraf iradelerinin yorumlanması gerekecektir.

Doktrinde inşaat sözleşmelerinde ve kamu ihalelerinde, sözleşmenin genel ve özel şartlarını düzenleyen metinlerde yer alan tahkim veya mahkeme öncesi usullerde farklılıklar olabileceği belirtilmiştir³³⁵. Kanaatimizce aynı durum temel uyuşmazlık çözüm metodu açısından da söz konusu olabilir. Şartnamelerden birinde tahkim usulüne başvurulması gerektiği düzenlenmişken bir diğesinde yetki sözleşmesine yer verilmiş olabilir. Bir sözleşme veya sözleşme grubu içerisinde hem

³³⁴ Yargıtay 11. HD, 19.01.2006, E. 20005/104, K. 2006/316, Ahmet Cemal Ruhi, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, 3. Bs, Ankara, Seçkin, 2009, s. 575.

³³⁵ Nuray Ekşi, **Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2015. (**Tahkim Öncesi**), s. 23.

tahkim şartına hem de yetki sözleşmesine; birbirinden farklı hükümler içeren birden fazla tahkim şartına veya birden fazla uyuşmazlık çözüm metoduna yer verilmiş olan hallerde uyuşmazlıkların ne şekilde çözümleneceği belirlenmelidir.

Fransız mahkemeleri tarafından ele alınan *Billot*³³⁶ davasında, taraflar aralarında imzaladıkları şirket devri sözleşmesine bir tahkim şartı eklemişler ve bunun yanı sıra uyuşmazlık meydana geldikten sonra bağımsız bir tahkim sözleşmesi yapmışlardır. Tahkim sözleşmesinde “*sözleşmenin geçerliliği, yorumlanması ve/veya ifasından kaynaklanan her uyuşmazlık...*” şeklinde bir ifadeye yer verilmiş; ancak tahkim şartı “*sözleşmenin yorumlanması veya ifasından kaynaklanan her uyuşmazlık*” şeklinde kaleme alınmıştır. Anlaşıldığı üzere tahkim şartında, tahkim sözleşmesinden sadece tek kelimeyle ayrılan bir hükme yer verilmiştir. Tahkim sözleşmesiyle hakemlere anlaşmanın geçerliliğinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin karar verme yetkisi de verilmiş olmakla birlikte, tahkim şartında hakemler sadece anlaşmanın yorumlanmasından veya ifasından doğan uyuşmazlıklar bakımından yetkilendirilmiştir. Taraflar arasında, hakemin sözleşmenin geçerliliğine ilişkin karar vermeye yetkili olup olmadığı hususunda anlaşmazlık meydana gelmiş ve konu devlet mahkemesine intikal etmiştir. Paris İstinaf Mahkemesi, tahkim anlaşmalarının patolojik olduğunu kabul etmekle birlikte bu iki düzenlemeyi birbirini tamamlayıcı olarak yorumlamış ve hakemin sözleşmenin geçerliliği hakkında karar vermeye yetkili olduğu yönünde hükme varmıştır.

Kanaatimizce taraflar arasında birden çok sözleşme imzalanmışsa ve bu sözleşmeler içerisinde farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri veya farklı kapsamaları olan tahkim anlaşmalarına yer verilmişse sözleşmelerin tarihini dikkate alarak yorum yapmak gerekir. Sonraki tarihli sözleşmede öngörülen hükümlerin önceki tarihli sözleşmede öngörülen hükümlere nazaran öncelikli olarak uygulanması gerekir. Yukarıda yer verilen olayda taraflar öncelikle bir tahkim şartı düzenlemiş, uyuşmazlık meydana geldikten sonra ise bağımsız bir tahkim sözleşmesi kaleme

³³⁶ Cour D'Appel de Paris, 1e Chambre Civile, 25 Şubat 1994, *Billot v. Société TFN*, **Revue de l'Arbitrage**, No.1, 1995; Maleville, **a.g.m.**, s. 67.

almıştır. Dolayısıyla sonraki tarihli sözleşme olan tahkim sözleşmesi dikkate alınmalıdır.

Başka bir örnekte, iki şirket arasında otomobil dağıtımına ilişkin ana sözleşme imzalanmış olup ardından ana sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bazı özel sözleşmeler düzenlenmiştir. Söz konusu sözleşmelerden birinde uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine ilişkin kayıt bulunmaktayken, farklı bir sözleşmede uyuşmazlıkların Paris mahkemelerinde çözümleneceğine ilişkin bir yetki sözleşmesi yer almaktadır. Uyuşmazlığın hangi yolla çözüleceğine ilişkin taraflar arasında çıkan ihtilaf sonucunda konu devlet mahkemesine intikal etmiştir. Paris İstinaf Mahkemesi, tarafların kendi iradeleriyle düzenlediği tahkim şartının kapsamının yetki sözleşmesinden daha geniş olduğunu kabul etmiş ve yetki sözleşmesine rağmen devlet mahkemelerinin tahkim prosedürüne müdahale edemeyeceği ve uyuşmazlığın tahkim anlaşması uyarınca çözümlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir³³⁷.

Taraflar arasında birden çok sözleşme imzalamış ve imzalanan sözleşmelerden birinde tahkim şartına, diğerinde ise yetki şartına yer verilmiş olabilir. Kanaatimizce sözleşmeler arasında bağlantı bulunuyorsa, önceki tarihli – sonraki tarihli sözleşme ayrımının dikkate alınması mümkündür. Bu itimalde, her bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık bakımından sözleşmede düzenlenen uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurulması gerektiği de düşünülebilir. Ancak birbiriyle bağlantılı birden çok sözleşmenin bulunduğu hallerde, hangi uyuşmazlığın hangi sözleşmeden meydana geldiğinin tespiti güç olabilir. Dolayısıyla birbiriyle bağlantılı olan birden çok sözleşmenin varlığı halinde, bu sözleşmelerde birbirinden farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri öngörülmüşse kronolojik bir inceleme yapılmalıdır. Tahkim lehine politika benimseyen devletlerde ise birincil uyuşmazlık çözüm metodu olarak tahkim kabul edildiğinden, tahkim şartına yetki şartına kıyasla üstünlük tanınmaktadır³³⁸.

³³⁷ Cour d'Appel de Paris, 1e Chambre Civile, 29 Ekim 1991, **Revue de l'Arbitrage**, 1993, No:4, Paris, Librairie Technique, s. 617.

³³⁸ Üçüncü Bölüm Başlık V - A'da tahkim şartı ile yetki şartının bir arada bulunduğu sözleşmeler detaylı biçimde incelenmiştir.

Taraflar arasında birden çok sözleşme imzalanmış; ancak bunların bir kısmında tahkim şartına yer verilmemişse hakemlerin hangi sözleşmeden doğan hangi uyuşmazlıklar bakımından yetkili olduğunun tespiti önem arz eder. Tahkim yanlısı politikalar benimseyen devletlerde, sözleşmelerden birinde tahkim şartına yer verilmesi halinde tüm sözleşmelerden doğan tüm uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesi gerektiği şeklinde yorum yapılabilir. Ancak bu halde hakem kararlarının başka devletlerde tanınması ve tenfizine ilişkin hukuki sorunlar meydana gelebilecektir; hakem kararının tenfizinin kısmen reddedilmesi söz konusu olabilecektir. Zira Yargıtay tarafından verilen benzer bir olaya ilişkin kararda, taraflar arasında imzalanan üç sözleşmenin birinde tahkim şartı yer almıyorsa, bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin verilmiş olan hakem kararının Türkiye’de tenfiz edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Yerel mahkeme üçüncü sözleşme içerisinde tahkim şartı yer olmadığından bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenemeyeceğini, dolayısıyla hakem kararının üçüncü sözleşmeye ilişkin olan kısmının tenfiz edilemeyeceğini kararlaştırmıştır³³⁹.

V. Tahkim Usulü ile Birlikte Başka Uyuşmazlık Çözüm Metotlarına Başvuru Hakkı Veren Tahkim Anlaşmaları

Milletlerarası ticari sözleşmelerde, taraflar uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümleri mümkün olduğu kadar sade ve açık bir biçimde düzenleme gayesindedir. Bu nedenle tek bir uyuşmazlık çözüm metodu benimsenir ve bu yol genellikle tahkim veya devlet mahkemelerinde yapılacak olan yargılamadır³⁴⁰. Ancak taraflar bazı hallerde uyuşmazlıkların çözümü için tahkim usulüne ve devlet mahkemelerine veya arabuluculuk benzeri başka bir uyuşmazlık çözüm metoduna başvuruyu bir arada kabul eder. Aşağıda birden çok uyuşmazlık çözüm yöntemini bir arada kabul eden hükümlerin geçerliliği ve ne şekilde uygulanacağı değerlendirilecektir.

³³⁹ Yargıtay 19. HD, 2003/7270E., 2003/12888K., 18.12.2003, **YKD**, C. 30, S. 5, Mayıs 2004, s. 747-748.

³⁴⁰ Richard Garnett, “Coexisting and Conflicting Jurisdiction and Arbitration Clauses”, **Journal of Private International Law**, C. 9, S. 3, Routledge, 2013, s. 361.

Bu kapsamda özellikle tahkim şartı ile şartının bir arada bulunduğu sözleşmeler alt paragraflarda açıklanan çeşitli ihtimaller ışığında incelenecek; tahkimden önceki aşama olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin öngörülmesi hali ise “*Tahkim Öncesi Bazı Aşamalara Başvurulması Gerektiğini Düzenleyen Anlaşmalar*” başlığında ayrıca değerlendirilecektir.

Yetki şartı ile tahkim şartına birlikte yer veren sözleşmelerde bu hükümler üç farklı biçimde düzenlenmektedir. İlk olarak, taraflar yetki şartı ile tahkim şartı niteliğinde iki farklı hüküm içeren bir sözleşme kaleme alabilir. Örneğin bir sözleşmenin 13. maddesinde tahkim şartı, 14. maddesinde yetki şartına yer verilmiş olması halinde böyle bir durum söz konusudur. İki hüküm arasında herhangi bir öncelik sonralık ilişkisi öngörülmemiş veya taraflara iki metottan herhangi birini seçmek üzere yetki tanınmamıştır.

İkinci ihtimalde, taraflar anılan iki hükmü kademelendirmiş olabilir. Uyuşmazlıklar tahkimde çözümlenemezse, devlet mahkemelerinin yetkili olacağını düzenleyen bir hüküm bu duruma örnek gösterilebilir. Bu şekilde kaleme alınan anlaşmalar kademeli tahkim anlaşması olarak adlandırılmaktadır.

Üçüncü ihtimalde ise taraflar uyuşmazlıkların çözümlenmesi için devlet mahkemelerine “veya” tahkime başvurulabileceğini kabul etmektedir. Bu halde taraflara tahkime veya devlet mahkemesine başvurma hususunda bir seçim hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla bu anlaşmalar alternatifli tahkim anlaşmaları olarak adlandırılmaktadır.

Tahkim şartı ile yetki şartının alternatifli veya kademeli olarak düzenlenmesi farklı hukuki sonuçlar doğurmakta ve farklı şekilde değerlendirilmektedir. Yukarıda belirtilen üç farklı ihtimale göre tahkim anlaşmalarının geçerliliği mahkeme kararları ışığında incelenecektir.

A. Yetki Şartı ile Tahkim Şartının Bir Arada Bulunduğu Sözleşmeler

Tahkim anlaşmasının olumlu etkisi, meydana gelen uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi hususunda tarafları bağlaması ve hakem heyetinin yetkisini teşkil etmesidir³⁴¹. Dolayısıyla hakem veya hakemlerin yetkisi, tahkim anlaşmasının kapsamıyla sınırlanmıştır³⁴². Tahkim anlaşmasının olumsuz etkisi ise, kural olarak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmasıdır³⁴³.

Yetki sözleşmeleri ise münhasır ya da münhasır olmayan şeklinde ikiye ayrılabilir. Yetki sözleşmesi münhasır nitelikte değilse, tarafların yetkili kıldığı mahkemelerin yanında, kanunen yetkili kılınan genel ve özel yetkili mahkemelerin de yetkisi devam eder³⁴⁴. Yetki sözleşmesi münhasır nitelikte ise, taraflar sadece sözleşme ile tespit edilen yer mahkemesinde dava açma hakkında sahiptir³⁴⁵.

Tahkim şartı devlet mahkemelerinin yargılama yetkisini ortadan kaldırmakta; ancak münhasır yetki sözleşmesi taraflara sadece sözleşme ile tespit edilen yer mahkemesinde dava açma hakkı tanımaktadır. Aynı sözleşmede yer alan hükümlerden biri devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırır nitelikte, diğer bir hüküm ise uyuşmazlığın sadece belirli bir devlet mahkemesinde çözümlenebileceğini düzenler nitelikte ise hükümler arasında açık bir çelişki söz konusudur.

Türk hukuku bakımından tahkim, genel uyuşmazlık çözüm yeri olan devlet mahkemelerinin yargılama yetkisini ortadan kaldırdığından istisnai niteliktedir ve dolayısıyla geçerli bir tahkim anlaşması akdedilebilmesi için, tarafların uyuşmazlıkları tahkimde çözüme iradesinin açık ve kesin olması şartı aranmaktadır³⁴⁶. Tarafların aralarındaki sözleşmeye bir tahkim şartı eklediği ve bu şartın yanı sıra

³⁴¹ Pekcanitez, Yeşilirmak, **a.g.e.**, s. 2662-2663.

³⁴² Stebler, **a.g.m.**, s. 29.

³⁴³ Pekcanitez, Yeşilirmak, **a.g.e.**, s. 2663; Stebler, **a.g.m.**, s. 29.

³⁴⁴ Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 155-156.

³⁴⁵ Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 155.

³⁴⁶ Pekcanitez, Yeşilirmak, **a.g.e.**, s. 2653. Şanlı, **Mütalaalar**, s. 444.

devlet yargısına başvuru imkanını da açık tuttuğu hallerde; açık ve kesin bir tahkim iradesinin var olup olmadığı, dolayısıyla geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğu kabul edilse dahi, yetki ve tahkim şartlarının kapsamı ve uygulama alanlarının belirlenmesi önemli bir sorun teşkil etmektedir³⁴⁷.

Türk hukukunun tahkim anlaşması içeren ve devlet mahkemelerine başvuru imkanını ortadan kaldırmayan sözleşmeler bakımından benimsediği çözüm, söz konusu anlaşmaların geçersiz kabul edilmesidir³⁴⁸. Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması bu yöndedir ve Yargıtay 15. HD tarafından verilen bir kararda³⁴⁹ görüşün gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: “*Kural, bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında taraflar bir tahkim mukavelesi yapmak veya yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerini, başka bir deyimle sözleşmelerinden doğacak ihtilafların tahkim yoluyla halledilmesini istediklerini tahkim mukavelesinde veya tahkim şartında açıkça ve kesin olarak belirtmeleri gerekir. Bu nedenle hakem yoluyla halledilemeyen uyuşmazlıkların mahkemece çözümleneceğine dair sözleşmeye konulan kayıt hakem sözleşmesini (tahkim şartını) hükümsüz bırakır. Olayımızda taraflar 1.9.1976 tarihli inşaat mukavelelerinin 10. maddesinde (ihtilaflar hakem yoluyla çözülecek, olmadığı İstanbul Mahkemeleri ve İcra Dairelerince halledilecektir) yolunda bir koşulu kabul etmiş bulunmaktadır. Bu şart kesin hakem şartını içermediği için sözleşmede tahkim yolunun taraflarca kabul edildiği benimsenemez*”. Ancak doktrinde, tahkim anlaşması ile devlet mahkemelerine başvuru yolunun kapatılmamış olduğu hallerde söz konusu tahkim anlaşmasının geçerli olduğu savunulmaktadır³⁵⁰. Bu görüş uyarınca, davacının tahkim yolunu seçmesi ile uyuşmazlıkların hangi usulle çözümleneceğine ilişkin belirsizlik giderilmiş olur. Davacının seçim hakkını kullanması karşı tarafı bağlar.

³⁴⁷ Stebler, **a.g.m.**, s. 27.

³⁴⁸ Şanlı, **Mütalaalar**, s. 521.

³⁴⁹ Yargıtay 15. HD, 21.05.1980, 1980/3055E. – 1980/3312K., **Yasa Hukuk Dergisi**, S. 3, 1981, s. 411-412.

³⁵⁰ Alangoya, **a.g.e.**, s. 32-33; Nevhis Deren-Yıldırım, **UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, İstanbul, Alkim, 2004, s. 36.

Yargıtay tarafından inceleme konusu yapılan bir olayda, davacı ve davalı imzalamış oldukları sözleşmeye şöyle bir madde eklemiştir: “*Taraflar [...] anlaşmazlıkları aralarında çözemediklerinde; tarafların üzerinde anlaşip belirleyecekleri üç kişilik bilirkişi heyeti ile hakem kurulu sağlanacaktır. Taraflar arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde konutların bulunduğu Karaburun Mahkemelerinin veya İzmir mahkemelerinin icra dairelerinin yetkili olduğu açıkça kabul edilmiştir.*” Söz konusu tahkim şartı birçok patoloji içermektedir. İlk patolojik unsur şartın kademeli yapısından ileri gelmektedir. Taraflar öncelikle anlaşmazlıkları aralarında çözmeli, uyuşmazlıklar aralarında çözülemezse üç kişilik heyet oluşturulmalıdır. Yukarıda detaylarıyla incelediğimiz üzere kademeli tahkim anlaşmaları çok dikkatli biçimde hazırlanmalı ve kademeli şekilde düzenlenen aşamalar arasındaki sınırlar çok iyi belirlenmelidir. Tarafların uyuşmazlıkları aralarında çözmeleri sonra tahkime başvurmaları gerektiği düzenlenmişse de ilk aşamaya ilişkin herhangi somut bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu halde tarafların uyuşmazlıkları “*aralarında çözme*” yükümlülüklerinin kapsamı belirlenmemektedir.

İkinci patolojik unsur, üç kişilik bir bilirkişi heyeti ile hakem kurulunun sağlanacağını belirtmesidir. Şartta yer verilen “*bilirkişi heyeti*” kavramının ne anlama geldiği ve tahkim mahkemesinin teşkilindeki önemi net biçimde belirlenmemektedir. Bilirkişi kimdir? HMK’da düzenlenen bilirkişilik kurumu ile şartta belirtilen “*bilirkişi heyeti*” benzerlik taşımakta mıdır?

Üçüncü patolojik unsur ise bu başlık altında incelediğimiz konuya ilişkindir. Uyuşmazlıkların çözümü bakımından bir hakem heyetinin yetkili kılınmış olmasına rağmen; tahkim şartı ile birlikte bir yetki sözleşmesine de yer verilmiştir. Tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına ilişkin uyuşmazlığı inceleyen Yargıtay, hüküm açık ve kesin bir tahkim iradesi içermediğinden tahkim şartının geçerli olmadığı yönünde karara varmıştır³⁵¹. Türk hukuku bakımından, tahkim şartında “açık ve

³⁵¹ Yargıtay 23. HD, 2014/887E, 2014/4043 K, Karar Tarihi: 26.05.2014, (Çevrimiçi: www.emsal.yargitay.gov.tr)

kesin” tahkim iradesinin eksikliği dolayısıyla anlaşma geçersiz kabul edilmiş olsa da her devletin alternatifli tahkim anlaşmalarına yaklaşımı bu yönde değildir.

Fransız Mahkemeleri tarafından konuya ilişkin verilen bazı kararlarda da, aynı sözleşmenin içerisinde yer alan ve birbiriyle çelişen iki farklı uyuşmazlık çözüm metodu seçiminin birbirini “iptal edeceği”; dolayısıyla uyuşmazlıkları çözümlenecek olan mahkemenin iç hukukun yer bakımından yetki kurallarına bakılarak tespit edilmesi gerektiği yönünde hükme varılmıştır³⁵². Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Fransız hukukunda tahkim şartı ile yetki şartını bir arada barındıran sözleşmelerde her iki şartın da geçersiz olduğu yönünde verilen bu karar istisnaidir, mahkeme kararlarının büyük çoğunluğu anılan şekilde düzenlenen tahkim anlaşmalarının geçerli olduğunu karara bağlamıştır.

Türk hukukunun yaklaşımı, devlet mahkemelerine başvuru imkanı sağlayan tahkim anlaşmalarını geçersiz sayma yönünde olsa da her devletin aynı yaklaşımı benimsediğini söylemek mümkün değildir. Bazı devlet hukuklarında, mahkeme kararları vasıtasıyla yetki şartı ile tahkim şartının bir arada bulunduğu sözleşmelerin geçerli olduğu ile kabul edilmiştir³⁵³. Bu görüş bakımından asıl tartışma konusu tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı değil; uyuşmazlıkların hangi metoda başvurularak çözümlenmesi gerektiğidir. Doktrinde, yetki şartı ile tahkim şartının bir arada kabul edildiği anlaşmalar bakımından tahkim şartının “üstün olduğunu” kabul eden görüşler³⁵⁴ bulunduğu gibi; bu iki şart arasında hiyerarşik bir ilişki kurulmasının mümkün olmadığı da başka yazarlarca savunulmaktadır³⁵⁵. Tahkim anlaşmasının kendiliğinden üstün kabul edilemeyeceğini savunan görüşe göre, birbiriyle çelişen

³⁵² Cour de Cassation Civile, 28 Mart 1995, Demarigny v. Caizabank Monaco, Revue Trimestrielle de Droit Civil, Ocak-Mart 1997, s. 121.

³⁵³ ICC Case No: 6866, ICC Case No: 5488 (Naklen: Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 271.); Ace Capital Ltd. v CMS Energy Corporation, 30.07.2008, EWHC, 1843 (Westlaw); Shell International Petroleum v Coral Oil Co. Ltd, 01.03.1999, Lloyd’s Rep. 606, (Westlaw); Paul Smith Ltd. v H&S International Holding Inc, 18 Şubat 1991, 2 Lloyd’s Rep. 127 (Westlaw).

³⁵⁴ Born, **Arbitration Agreements**, s. 683-687; Molfa, a.g.m, s. 176; Nicholas Pengelley, “Conflicting Dispute Resolution Clauses: The Rule in Paul Smith Revisited”, **Arbitration Awards: Demistification Of Myth**, ed. G. Radha Kalyani, Amicus Books, 2009, s. 3 (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=1343989>, Erişim tarihi: 05.07.2017.

³⁵⁵ Stravros Brekoulakis, “The Notion of the Superiority of Arbitration Agreements over Jurisdiction Agreements: Time to Abandon It?” **Journal of International Arbitration**, C. 24, S. 4, The Netherlands, Kluwer Law International, 2007, s. 341; Garnett, a.g.m, s. 362.

şartlar yorumlanmalı ve şartların kapsamı ile uygulama alanı tespit edilmeye çalışılmalıdır³⁵⁶. Aşağıda inceleneceği üzere, alternatifli tahkim anlaşmalarını geçerli kabul eden çeşitli devlet mahkemelerine ait kararlarda da benzer ayrıma rastlanmakta, her iki yönde de kararlar verildiği gözlemlenmektedir.

1. Tahkim Anlaşmasının Yetki Sözleşmesine Kıyasla Üstünlüğünü Kabul Eden Görüş

Tahkim anlaşmasının yetki sözleşmesine kıyasla üstün olduğunu savunan görüşe göre, yetki sözleşmeleri sadece belirli bir devlet hukukunu yetkili kılmaya amacına hizmet eder. Tahkim anlaşmaları ise devlet mahkemelerinin yargılama yetkisini tamamen ortadan kaldırır, bu nedenle tahkim anlaşmalarının niteliği yetki sözleşmelerinden farklıdır³⁵⁷. Görüş uyarınca, yetki sözleşmeleri yapıları gereği tahkim anlaşmalarına kıyasla ikincil niteliktedir³⁵⁸.

Bu görüşü desteklemek için öne sürülen diğer bir argüman ise “*iradenin yoğunluğu*” teorisidir. Tahkim anlaşmasının nitelik itibarıyla farklı olmasına dayandırılan bu teori, tarafların tahkime başvuru iradesi bulunmasaydı aralarındaki sözleşmede tahkime ilişkin hiçbir maddeye yer vermeyecekleri fikrine dayanmaktadır. Uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğine ilişkin sözleşmeye eklenen bir madde, taraf iradelerinin açıkça tahkime başvurmak yönünde olduğunu gösterir. Başka bir ifadeyle, tahkim anlaşmasının özel niteliği ve etki alanı geniş sonuçlar doğurması nedeniyle tahkim anlaşmasının barındırdığı “*irade yoğunluğu*”nun yetki sözleşmesinin barındırdığından daha fazla olduğu kabul edilmektedir³⁵⁹.

³⁵⁶ Stebler, **a.g.m.**, s. 27.

³⁵⁷ Cour d’Appel de Paris, 29 Kasım 1991, *Société Distribution Chardonnet v Société Fiat Auto France*, **Revue de l’Arbitrage**, No:4, 1993, s. 617; Brekoulakis, **a.g.m.**, s. 354.

³⁵⁸ Eric Chang, “The Superiority of the Arbitration Clause over a Forum Selection Clause under French Law – Some Comments to Cass. Civ. 2e, 18 December 2003, *SCI La Chartreuse v. M. Cavagna*”, **ASA Bulletin**, S. 4, Aralık, Kluwer Law International, 2004, s. 806; Stebler, **a.g.m.**, s. 31.

³⁵⁹ Fourchard, Gaillard, Goldman, Cour d’Appel de Paris, 1 Şubat 1979, *Techniques de l’Ingénieur v. SOFEL*, **Revue de l’Arbitrage**, No:1, 1980, s. 97.

Tahkim anlaşmasının yapısı ve tahkim iradesinin yoğunluğu gibi genel teorilerin yanında tahkim anlaşmasına üstünlük tanınmasının sebebi, uyuşmazlığa ilişkin somut koşulların ya da taraf iradesinin üstünlüğü öngörmesi olması olabilir. Uyuşmazlığın doğası, tahkim anlaşmasında kullanılan terimler, sözleşme öncesi görüşmeler gibi unsurlar yorumlanarak, bir sözleşmedeki tahkim şartının yetki şartına kıyasla öncelik arz ettiği sonucuna varılabilir³⁶⁰. Örneğin, *Ministère de l'Agriculture d'Irak v Hochtief*³⁶¹ davasında taraflar arasında birden çok sözleşme yapılmış ve genel şartları düzenleyen sözleşmede Irak mahkemelerini yetkilendiren yetki şartına yer verilmişken, sonradan imzalanan bir sözleşmenin ekinde ise tahkim anlaşmasına yer verilmiştir. Mahkeme uyuşmazlığın çözümlenmesinde tahkim anlaşmasına üstünlük tanımış ve bu kararını Irak hükümetinin sözleşme öncesi görüşmelerde, sonradan imzalanan sözleşmenin ekinin genel şartları düzenleyen sözleşmeye göre öncelikle uygulanacağını açıkça kabul etmesine dayandırmıştır.

Fransız Yüksek Mahkemesi, Paris İstinaf Mahkemesi tarafından verilen ve yetki sözleşmelerinin tahkim anlaşmalarına göre ikincil nitelikte olduğunu; dolayısıyla tahkim anlaşmasının üstün olduğunu belirten bir kararı onamıştır³⁶².

Sözleşme ya da sözleşme grubu içerisinde yer alan tahkim şartına üstünlük tanınsa dahi sözleşme içerisinde geçerli bir yetki şartı da mevcuttur. O halde söz konusu yetki şartının akibeti ne olacaktır? *Distribution Chardonnet*³⁶³ davasında, hakemlerin yetkisinin bulunmadığı konularda sözleşmede yer alan yetki şartının uygulanacağı karara bağlanmıştır.

Amerikan Mahkemeleri, Amerikan Hukukunda “Yüksek Mahkeme tarafından kabul edildiği üzere, *Federal Tahkim Kanunu*’nda tahkim lehine güçlü bir federal

³⁶⁰ Chang, **a.g.m.**, s. 807.

³⁶¹ Cour d’Appel de Paris, 1 Aralık 1995, *Ministère de l’Agriculture d’Irak v Hochtief*, **Revue de l’Arbitrage**, No:3, 1996, s. 456.

³⁶² Cour de Cassation Civile, 26 Kasım 1997, *Brigif v ITM-Entreprises*, **Revue de l’Arbitrage**, No:4, 1997, p.544. Yüksek Mahkeme 1997 yılında bu yönde karar vermiş olsa da, aşağıda inceleneceği üzere sonraki bir kararında görüşünü değiştirerek yetki şartı ile tahkim şartı arasındaki çelişkinin Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Competence-Competence ilkesini düzenleyen maddeleri uyarınca giderilmesi gerektiğini belirtmiştir.

³⁶³ Cour d’Appel de Paris, 29 Kasım 1991, *Distribution Chardonnet v Fiat Auto France*, **Revue de l’Arbitrage**, No:4, 1993, p.617.

politikanın benimsenmiş olduğu” gerekçesiyle tahkim şartı ile yetki şartının bir arada barındıran sözleşmeler bakımından, münhasır yetki şartı bulunsa dahi tahkim şartının üstün olduğu görüşünü kabul etmektedir³⁶⁴.

Bir İngiliz mahkemesi *Sulamerica*³⁶⁵ kararında, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Brezilya Hukukunu belirleyen ve uyuşmazlıkların çözülmesi bakımından Brezilya mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu belirten yetki şartı ile Londra’da tahkimi öngören tahkim şartının bir arada bulunduğu sözleşmenin geçerliliğini değerlendirmiştir. Mahkeme, yetki şartı ile tahkim şartının birbiriyle çeliştiğini belirtmiş ve her iki şartı da geçerli kılacak bir çözüm üretilemeyeceğinden bahisle tahkim anlaşmasına üstünlük tanıyarak, tahkim şartının geçerli olduğu yönünde karara varmıştır. Mahkeme tarafından her iki şartın geçerli kabul edilmesi halinde hem tahkimde hem de devlet mahkemelerinde paralel davalar açılacağı belirtilmiş ve taraf iradelerinin bu şekilde yorumlanmasının uygun olmayacağı belirtilmiştir.

Tahkim devleti olarak kabul edilen devletler tarafından benimsenen *favor arbitratis* prensibi dolayısıyla tahkimin en temel ögesi olan “geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı” şartının terk edilmemesi gerektiği doktrinde vurgulanmıştır³⁶⁶. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının üstünlüğü gibi muğlak bir kavrama dayanılarak geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olmadığı hallerde dahi uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği yönünde karar verilmesi taraf iradelerinin sınırını aşacaktır. Yukarıda yer verilen kararlarda incelendiği üzere sadece tahkim anlaşmasının yetki sözleşmesine kıyasla “üstün” veya “öncelikli” olduğu kabul edilerek her koşulda uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmeye çalışması kanaatimizce hatalı bir yaklaşımdır.

³⁶⁴ Moses H. Cone Memorial Hospital v Mercury Construction Corporation, No. 81-1203, 460 U.S. 1, 23 Şubat 1983, (Çevrimiçi), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/460/1/>, Erişim: 14.07.2017; Patten Securities Corp. Inc., v Diamond Greyhound & Genetics Inc., 819 F.2d 400 (3d Cir. 1987), (Çevrimiçi), <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/819/400/245406/>, Erişim: 14.07.2017.

³⁶⁵ Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA v Enesa Engenharia SA, 2012, EWHC 42 (Westlaw); British-American Insurance (Kenya) Ltd v Matelec Dal & Anor, 2013, EWHC 3278, 29 October 2013, (Westlaw).

³⁶⁶ Takla, **a.g.m.**, s. 7.

2. Tahkim Anlaşmasının Üstünlüğünü Reddeden Görüş

Tahkim anlaşması ile yetki sözleşmesi arasında bir hiyerarşi kurulamayacağını savunan görüşe göre ise, devletlerce tahkim lehine bir politika benimsense dahi tahkime başvuru mutlaka tarafların nihai iradesine tabi olmalıdır. Yani tahkim şartı ile yetki şartını aynı anda barındıran bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünde hangi metoda başvurulması gerektiği belirlenirken, mümkün olduğunca taraf iradeleri saptanmaya çalışılmalı ve her iki şart eşit konumda kabul edilmelidir³⁶⁷. Muğlak bir görüş olan “*tahkim anlaşmasının üstünlüğü*”ne dayanılarak tahkim şartının geçerli olduğu ve yetki şartının dikkate alınmayacağı sonucuna varılamaz³⁶⁸. Dolayısıyla tahkim şartı ile yetki şartı arasındaki çelişkinin, mahkemeler tarafından sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin ilkeler dikkate alınarak giderilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁶⁹. Mahkeme, taraf davranışlarını, sözleşme metnini, iki şartın birbiriyle olan ilişkisi ve kapsamlarını yorumlayarak tarafların gerçek iradesini tespit etmeye çalışmalıdır.

Tahkim anlaşmasının üstünlüğünü reddeden görüş uyarınca tahkim anlaşması ile yetki sözleşmesi tamamen eşit muameleye tutularak değerlendirilmelidir. Bir yazar tahkim anlaşması ile yetki sözleşmesinin yarıştığı hallerde üç farklı ihtimalin söz konusu olabileceğini belirtmiştir³⁷⁰. İlki her iki tarafın da tercih ettiği uyuşmazlık çözüm yoluna ayrı ayrı başvurmasıdır; örneğin taraflardan biri aralarında meydana gelen uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkime başvurabilecekken diğer taraf aynı uyuşmazlık için devlet yargısına başvurabilecektir. Bu halde her iki anlaşma eşit değerlendirilmiş olacak; ancak birbiriyle tutarsız kararlar verilmesi riski büyük olacaktır. Diğer bir ihtimal ise yukarıda açıkladığımız ve Türk hukukunda benimsenen görüş olan tahkim anlaşmasının geçersiz kabul edilmesidir. Ancak yazar tahkim anlaşması ile yetki sözleşmesine eşit muamele yapmak amacıyla olduğundan bu görüşü de benimsememektedir. Yazar, üçüncü bir ihtimal olarak, hangi yargılama usulünün uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından daha elverişli olduğunun

³⁶⁷ Garnett, **a.g.m.**, s. 362.

³⁶⁸ Brekoulakis, **a.g.m.**, s. 354; Garnett, **a.g.m.**, s. 362.

³⁶⁹ Stebler, **a.g.m.**, s. 32; Garnett, **a.g.m.**, s. 362.

³⁷⁰ Garnett, **a.g.m.**, s. 370.

araştırılmasını önermektedir. Elverişlilik kural olarak kendisine ilk başvuru yapılan mahkemeye göre belirlenmektedir; ancak tahkim ya da devlet mahkemesi davaya ilişkin tüm koşulları değerlendirerek karar verecektir³⁷¹. Yazarın görüşünün dayanağı *HIH Casualty*³⁷² davasında verilen karara dayanmaktadır. Mahkeme, yetki şartı ile tahkim şartını bir arada barındıran sözleşmeler bakımından, uyuşmazlık meydana geldiğinde ilk başvuru yapılan yargı yerinin uyuşmazlıkların çözümü bakımından yetkili olacağını karara bağlamıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, bazı yazarlar başvuru yapılan ilk yargı merciinin daha elverişli olduğu görüşüne çekimser yaklaşmaktadır³⁷³.

*Paul Smith*³⁷⁴ davasında İngiliz mahkemesi: “13 UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ Taraflar arasında meydana gelen uyuşmazlıklar (...) MTO Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları uyarınca (...) çözümlenir.

14 “(...) İngiliz mahkemeleri uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından münhasır yetkilidir (...)” şeklinde aynı sözleşme içerisinde peş peşe kaleme alınan tahkim ve yetki şartlarının geçerliliğini ve uyuşmazlıkların hangi usule başvuruyla çözümlenmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Hakimin vardığı çözüm, 13. maddede düzenlenen tahkim anlaşmasının geçerli kabul edilmesi ve uyuşmazlıkların bu madde uyarınca MTO tahkiminde çözümlenmesi gerektiğidir. 14. maddede düzenlenen yetki şartı ise *tahkime uygulanacak hukuku* belirlemektedir. Mahkemenin kararı uyarınca *tahkime uygulanacak hukuk*; sözleşmeye uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ve tahkimde uygulanan yargılama kuralları ile karıştırılmamalıdır. Mahkeme *tahkime uygulanacak hukuku*, tarafların tahkimin yürütülmesine ilişkin kararlaştırdığı, tahkim anlaşması haricinde belirlenen kurallar olarak tanımlamaktadır. Buna göre, *tahkime uygulanacak hukuk*, tahkim yargılaması

³⁷¹ Garnett, **a.g.m.**, s. 371.

³⁷² HIH Casualty & General Insurance Ltd v. Wallace, NSWSC 1150, 2006 (Nakleden: Born, Arbitration Agreements, s. 787, dn. 845)

³⁷³ Julian D. M. Lew, “Concluding Remarks”, **Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration**, Ed. Bernardo M. Cremades, Julian D.M. Lew, Paris, ICC Publishing, 2005, s. 311.

³⁷⁴ Paul Smith Ltd v H&S International Holding Inc, 18 Şubat 1991, Queen's Bench Division (Commercial Court), (Westlaw)

Çevrimiçi), https://www.trans-lex.org/303000/_paul-smith-ltd-v-h-s-lrep-127/, Erişim: 13.07.2017.

kapsamında ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alınması gereken hallerde veya tahkim yargılaması sekteye uğradığında yargılamanın devam ettirilebilmesi için hakemin reddi, hakem mahkemesindeki boşluğun doldurulması gibi destekleyici kararlar alınması gerektiğinde devreye girecektir. Dolayısıyla mahkemenin vermiş olduğu karar uyarınca, tahkim şartı ile yetki sözleşmesi arasında herhangi bir çelişki bulunmamaktadır. Geçerli ve bağlayıcı bir tahkim anlaşması mevcuttur; sözleşmenin 13 numaralı hükmü geçerli bir tahkim şartı teşkil etmekte; 14 numaralı hükmü ise *tahkime uygulanacak hukuku* belirlemektedir. Taraflar tahkim yargılaması esnasında mahkemeden ihtiyati tedbir talep edebilecek ve bu hallerde tahkime uygulanacak hukuka başvurulacaktır. Benzer şekilde hakemlerden herhangi birinin görevinden ayrılması halinde, hakem seçimi için belirli bir prosedür öngöülmemişse, tahkime uygulanacak hukuk devreye girecek ve hakem bu hukuka göre tayin edilecektir. Yetki şartının *tahkime uygulanacak hukuk* olarak yorumlandığı İngiliz mahkemeleri tarafından verilen başka kararlar da mevcuttur³⁷⁵.

Benzer bir bakış açısı benimsemiş olan Amerikan mahkemeleri ise “*tahkim yargılamasına yardımcı olmak*”³⁷⁶ üzere sözleşmelere eklenen yetki şartlarını geçerli saymakta ve bu hükümlerin tahkim anlaşması ile çelişmediği yönünde karar vermektedir³⁷⁷. Davaya konu olan olayda, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların AAA Tahkim kuralları uyarınca bağlayıcı biçimde çözümleneceğini içeren hükmün ardından tahkim prosedürüne New York eyaletinin hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Mahkeme sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olduğu yönünde karar vermiş ve tahkim prosedürüne uygulanmak üzere New York hukukunun seçilebileceğini belirtmiştir. Zira mahkemenin gerekçesi uyarınca, tahkim prosedürüne uygulanmak üzere seçilen New York hukuku, sadece tahkim yargılamasını *desteklemek* amacıyla seçilmiştir; tahkim şartı ile çelişmemektedir.

³⁷⁵ *The Nerarno*, 1994, 2 Lloyd’s Rep 50, first instance decision, (Naklen: Garnett, **a.g.m.**, s. 375.); *Axa Re v Ace Global Markets Ltd*, 2006, Lloyd’s Rep IR 683, Queen’s Bench Division (Commercial Court), (Çevrimiçi), <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=153495>, Erişim: 13.07.2017.

³⁷⁶ Service of suit clause

³⁷⁷ *West Shore Pipe Line Company v. Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd*, United States District Court, N.D. Illinois, E.D., 11 Mayıs 1992, 791 F. Supp. 200, (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/791/200/1503235/>, Erişim tarihi: 03.12.2017

“Yetki. Herhangi bir uyuşmazlık meydana geldiğinde, taraflar uyuşmazlıkların çözümü hususunda Fransız Reklam Federasyonu (*Fédération Française de la Publicité*) tahkiminin yetkili olduğunu kabul eder. Uyuşmazlık halinde Seine mahkemeleri münhasır yetkili olacaktır.” şeklinde kaleme alınan tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyen Fransız mahkemesi, söz konusu tahkim şartının geçerli olduğu yönünde karar vermiştir³⁷⁸. Karar uyarınca, tahkim şartının ardından Seine mahkemelerini yetkili kılan hüküm, sadece tahkim yargılamasına ilişkin herhangi bir husus devlet mahkemesi önüne götürüldüğünde yetkili mahkemeyi belirlemek amacıyla eklenmiştir. Benzer şekilde kaleme alınmış; hem tahkim şartı hem de yetki şartı içeren uyuşmazlık çözümü maddesi başka bir Fransız mahkemesi tarafından incelenmiştir³⁷⁹. Mahkeme, yetki şartında gösterilen mahkemenin sadece hakemi tayin etme bakımından yetkisi bulunduğunu dolayısıyla, tahkim şartı ile yetki şartının birbiriyle çelişmediğini ve söz konusu tahkim şartının geçerli olduğunu karara bağlamıştır.

*Shell Petroleum*³⁸⁰ davasında çelişen her iki şartı içeren başka bir sözleşme İngiliz mahkemeleri tarafından değerlendirilmiştir. Sözleşmenin 13. maddesi uygulanacak hukuk başlığını taşımaktadır; maddeyle sözleşmenin İngiliz hukukuna tabi olduğu ve bu hukuka göre yorumlanacağı ile sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkların İngiliz mahkemeleri tarafından çözümleneceği düzenlenmiştir. Sözleşmenin 14. maddesi ise sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkların kesin ve bağlayıcı şekilde LCIA kuralları uyarınca Londra’da üç hakemle çözümleneceğini düzenlemektedir. Mahkeme, tarafların iradesini yorumlayarak, esasa ilişkin uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesi gerektiğine; ancak İngiliz mahkemelerinin sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı olmak kaydıyla yetkisini koruduğuna karar vermiştir³⁸¹. Mahkemenin gerekçesi ise bu iki şartın “uzlaşmaz” nitelikte olmadığı, her iki şartı da geçerli kılacak bir yorum metodunun

³⁷⁸ Techniques de l’Ingénieur v. Sofel, Paris tribunal de grande instance, 1 Şubat 1979, **Revue de l’Arbitrage**, No. 1, Librairies Techniques, 1980, s. 97.

³⁷⁹ Société SIAL v. Société Vinexpo, Cour de Cassation, **Revue de l’Arbitrage**, No. 3, Librairies Techniques, 2008, s. 453.

³⁸⁰ Shell Petroleum Co Ltd v Coral Oil Ltd, 1999, 1 Lloyd’s Rep. 72, Queen’s Bench Division (Commercial Court), (Westlaw).

³⁸¹ Kararda “residual jurisdiction over disputes about the proper law” şeklinde açıklanmıştır.

kabul edilebileceğidir. Doktrinde İngiliz mahkemelerinin *Paul Smith* ve *Shell Petroleum* davalarında sergilemiş olduğu yaklaşım eleştirilmektedir. Zira mahkemeler tahkim şartı ile yetki şartı arasındaki çelişkiyi tamamen göz ardı ederek karar vermektedir³⁸².

3. Yetki Şartı ile Tahkim Şartı Arasındaki Çelişkinin Competence-Competence İlkesi Uyarınca Giderilmesi

Fransız Hukukunda ise yetki şartı ile tahkim şartını bir arada barındıran sözleşmeler bakımından yukarıda yer verilen her iki görüş de mahkemeler tarafından benimsenmiştir. Bir grup kararda³⁸³ yetki şartı ile tahkim şartını bir arada barındıran sözleşmelerde her iki şartın da ayakta tutulması imkansız kabul edilip, şartlar mutlak surette patolojik olarak değerlendirilirken; diğer bir grup kararda³⁸⁴ yetki şartı tahkim anlaşmasına kıyasla ikincil nitelikte kabul edilmiş ve tahkim şartının üstünlüğü ilkesi benimsenmiştir³⁸⁵. 2003 yılında ise yetki şartı ile tahkim şartını bir arada barındıran bir sözleşmeyi inceleyen Fransız Yüksek Mahkemesi, iki şart arasındaki çelişkinin giderilmesi bakımından üçüncü bir yaklaşımı benimsemiştir. Doktrinde ve mahkeme uygulamasında kabul edilen her iki görüşü içeren ve şartlar arasındaki çelişkiye yeni bir açıdan yaklaşan Yüksek Mahkeme kararı, aşağıda detaylı biçimde incelenecektir.

SCI La Chartreuse davası, taraflar arasında imzalanmış olan bir finansal kiralama sözleşmesine ilişkindir. 1999 yılında, sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık sonucu kiracı, Paris ilk derece mahkemesine başvurmuştur. Davalı kiralayan ise finansal kiralama sözleşmesinde geçerli bir tahkim şartı bulunduğu gerekçesiyle tahkim itirazında bulunmuştur. Sözleşmenin bir maddesinde tarafların uyuşmazlıkların çözümlenmesi için tahkime başvuracağı düzenlenmişse de başka bir maddede kiralayanın şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemelerinin uyuşmazlıkların çözümlenmesinde münhasır yetkili olduğu kabul edilmiştir. İlk

³⁸² Garnett, **a.g.m.**, s. 376.

³⁸³ Cour de Cassation Civile, 28 Mart 1995, Demarigny v. Caizabank Monaco, Revue Trimestrielle de Droit Civil, Ocak-Mart 1997, s. 121.

³⁸⁴ Cour d'Appel de Paris, 11 Ocak 1995, Brigif v ITM-Enterprises; Cour d'Appel de Paris 29 Kasım 1991, Distribution Chardonnet v. Fiat Auto France, Rev. Arb. 1993, No:4, s. 617.

³⁸⁵ Chang, **a.g.m.**, s. 800.

derece mahkemesi sözleşmeyi incelemiş ve yetki şartının, hukuki niteliği dolayısıyla tahkim anlaşmasına göre ikincil olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla mahkeme görevsizlik kararı vermiş ve uyuşmazlığın tahkimde çözümlenmesi gerektiği yönünde karara varmıştır.

Kiracılar ilk derece mahkemesinin verdiği karar aleyhine Paris İstinaf Mahkemesi'ne başvurmuştur ve Mahkeme, yetki şartının niteliği gereği ikincil olduğu görüşünü reddederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İki şartın açık bir şekilde birbiriyle çeliştiğini belirten mahkeme, her iki şartın da uygulanamayacağı yönünde karara varmıştır.

Kiralayan, İstinaf Mahkemesi tarafından verilen kararı temyiz etmiştir ve bu kez istinaf mahkemesinin kararı Yüksek Mahkeme tarafından bozulmuştur. Yüksek Mahkeme'nin gerekçesi ise Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1458 ve 1466 sayılı maddelerinin ihlal edilmiş olmasıdır³⁸⁶. FHMK m. 1466 Competence-Competence ilkesini kabul etmekte ve hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermeye yetkili olduğunu düzenlemektedir. FHMK m. 1458 ise Competence-Competence ilkesinin negatif etkisine, yani hakem mahkemesine tanınan bu yetki dolayısıyla devlet mahkemelerinin uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından yetkisinin ortadan kalkmasına ilişkindir³⁸⁷. Buna göre, FHMK m. 1458 uyarınca, bir tahkim anlaşmasına dayanarak taraflar arasında meydana gelen uyuşmazlık hakem mahkemesi önüne götürüldükten sonra, bu uyuşmazlık hakkında devlet mahkemelerinde bir dava açılırsa, devlet mahkemesinde açılan davanın hakimi uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından yetkisi bulunmadığı yönünde karar vermelidir. Kural bu şekilde belirlenmiş olmakla beraber, tahkim anlaşmasının açıkça geçersiz olduğu ya da uygulanmasının mümkün olmadığı ve tahkime henüz başvuru yapılmadığı haller kuralın istisnasını teşkil eder. Devlet mahkemesi, uyuşmazlığın esasına girmeden *prima facie* bir inceleme yaparak geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığını araştırmalı ve geçerli bir tahkim anlaşması

³⁸⁶ Karar 2003 yılında verilmiş olup güncel Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu maddeler sırasıyla 1448 ve 1665 sayılı maddelere karşılık gelmektedir.

³⁸⁷ Chang, **a.g.m.**, s. 803.

mevcutsa uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından yetkisi bulunmadığı yönünde karar vermelidir³⁸⁸.

Doktrinde Yüksek Mahkeme tarafından verilen bu karar desteklenmekte ve tahkim şartı ile yetki şartını bir arada barındıran sözleşmelere ya da sözleşme gruplarına ilişkin “*zarif*” bir çözüm getirdiği belirtilmektedir. Birbiriyle yarışan şartların akıbetinin Competence-Competence ilkesinin ön plana çıkarılmasıyla belirlenmesi en kolay ve mantıklı çözüm yolu olarak kabul edilmektedir³⁸⁹. Mahkeme, tahkim şartı ile yetki şartı arasındaki çelişkinin giderilmesine ilişkin hiçbir prensip benimsemediğinden, kararda benimsenen çözüme bazı eleştiriler getirilmiştir³⁹⁰. Competence-competence ilkesi dolayısıyla kendisini yetki gören hakem mahkemesi tarafından verilen karar, iptal davası ya da mahkeme kararının icrası aşamasında tekrar Fransız mahkemeleri önüne getirilebilir. Bu aşamada, mahkemenin çelişen iki şart bulunduğunu ve hakem mahkemesinin yetkili olup olmadığını incelemesi gerekebilir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme’nin sadece Competence-Competence ilkesini vurgulayarak başka hiçbir ilke belirlememiş olması hakem kararı verildikten sonraki aşamada olumsuz sonuçlar doğurabileceği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.

B. Tahkim veya Devlet Mahkemesi Öncesi Farklı Uyuşmazlık Çözüm Metotlarına Başvuru İçeren Anlaşmalar (Kademeli Tahkim Anlaşmaları)

Bazı hallerde taraflar, kademeli³⁹¹ tahkim anlaşmaları düzenlemektedir. Taraflar temel bir uyuşmazlık çözüm metodu kaleme alarak uyuşmazlığın hangi usule göre çözümleneceğini belirler. Bunun yanı sıra, temel metot uyarınca

³⁸⁸ Société UOP NV c/ Société BP France Sa et autres, Cour de Cassation, 20 Şubat 2007, Revue de l’arbitrage, No. 4, Librairie Techniques, 2007, s. 775; Société SIAL v. Société Vinexpo, Cour de Cassation, Revue de l’arbitrage, No. 3, Librairies Techniques, 2008, s. 453.

³⁸⁹ Yeşilova, **a.g.e**, s. 544-546; Chang, **a.g.m**, s. 813.

³⁹⁰ Stebler, **a.g.m**, s. 40.

³⁹¹ Bu tür tahkim anlaşmalarına verilen diğer isimler : “step clauses”, “cascade de clauses”, “Multi-tier clauses”. Bkz. Maleville, **a.g.m**, s. 71; Karrer, **a.g.m**, s. 112; Davis, **a.g.m**, s. 375; Blackaby vd, **a.g.e**, s. 100.

uyuşmazlığın çözülememesi ihtimaline karşı ikinci, hatta üçüncü kademe yedek uyuşmazlık çözüm metotları içeren anlaşmalar kaleme alınır³⁹². Diğer bir ifadeyle, söz konusu anlaşmalar, sırayla en az iki farklı uyuşmazlık çözüm metoduna sırasıyla başvurulması gerektiğini düzenler³⁹³.

Kademeli tahkim anlaşmalarının iki farklı şekilde düzenlenmesi söz konusu olabilir. İlk yol, doktrinde “*tahkim öncesi aşamalar*” olarak adlandırılmaktadır³⁹⁴. Taraflar, aralarındaki sözleşmeye, son kademe olan tahkim yoluna başvurmadan önce bazı aşamaların tüketilmesi gerektiğine ilişkin kayıtlar koyabilir³⁹⁵. Bu aşamalar genellikle müzakere veya arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuruyu düzenlemektedir. Ancak bazı hallerde taraflar tahkim öncesi aşamada öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemi ile tahkim arasındaki sınırı net biçimde belirlememekte veya sözleşmede iki yönteme ait özellikleri harmanlamaktadır. Bu durumun tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kapsamı üzerindeki etkisi değerlendirilmelidir.

İkinci yol ise “*mahkeme öncesi aşamalar*” olarak adlandırılmaktadır³⁹⁶. Taraflarca bir yetki sözleşmesi kaleme alınarak, mahkemeye başvurmadan önce bazı aşamaların tüketilmesi gerektiğine ilişkin kayıtlara yer verilebilir. Bazı hallerde tahkim usulü devlet mahkemesine başvurudan önce tüketilmesi gereken bir aşama olarak kaleme alınmaktadır. Örneğin taraflar, MTO tahkimi uyarınca uyuşmazlıkların çözümleneceğini; uyuşmazlıklar MTO tahkimi yoluyla çözümlenemezse İstanbul mahkemelerinin yetkili olacağını düzenleyebilir. Mahkemeden önceki aşama olarak tahkime başvurunun düzenlenmiş olması halinde geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

³⁹² Didem Kayalı, Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, **Journal of International Arbitration**, C. 27, S. 6, the Netherlands, Wolters Kluwer, 2010, s. 552.

³⁹³ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 101.

³⁹⁴ Ekşi, **Tahkim Öncesi**, s. 15.

³⁹⁵ B. Bahadır Erdem, “Tahkim Öncesi Başvurulacak Çözüm Yolları ve Tahkim Anlaşmasına Etkisi”, ICC Türkiye XII. Tahkim Semineri, **ICC Türkiye XII. Millerlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, ICC, 2014, s. 63.

³⁹⁶ Ekşi, **Tahkim Öncesi**, s. 15-16.

Aşağıda tahkim öncesi ya da mahkeme öncesi aşamalar içeren tahkim anlaşmaları mahkeme kararları ışığında değerlendirilecek ve bunların hangi hallerde patolojik hale geldiği ve uygulama bakımından doğurabileceği sıkıntılar tartışılacaktır.

1. Tahkim Öncesi Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine Başvurulması Gerektiğini Düzenleyen Anlaşmalar (Kademeli Tahkim Anlaşmaları)

Kademeli tahkim anlaşmasının tarafları, özellikle uyuşmazlığın tahkime intikal ettirilmesinden önce dostane müzakere ya da arabuluculuk gibi bağlayıcı olmayan yollarla uyuşmazlığın çözümlenmesi hususunda girişimlerde bulunması gerektiğini düzenlemektedir³⁹⁷. Örneğin tahkimden önceki kademedeki taraflar arasında müzakere yapılması, müzakerelerin sonuç vermemesi halinde; uyuşmazlık inceleme uzmanı, uyuşmazlık çözüm kurulu, uyuşmazlık inceleme kurulu³⁹⁸ gibi anılan uzman kişilerin müdahalesiyle uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiği düzenlenebilir³⁹⁹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kapsamına müzakere, arabuluculuk, hakem bilirkişilik, ön hakemlik, mini dava ve dostane arabuluculuk gibi birçok yöntem dahil olmaktadır⁴⁰⁰.

IBA milletlerarası tahkim anlaşmalarının kaleme alınmasına ilişkin bir rehber yayınlamıştır⁴⁰¹. Rehberde, tarafların müzakere, arabuluculuk ya da başka herhangi bir tahkim öncesi uyuşmazlık çözüm metodu benimseyebileceği kabul edilmiş ve geçerli bir kademeli tahkim anlaşması yapılabilmesi için hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. İlk kural, tahkim öncesi aşamanın belirli bir zaman aralığı ile sınırlanması ve başvurunun *yazılı dilekçe* gibi belirli ve itiraz

³⁹⁷ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 100; Kayalı, **a.g.m.**, s. 552.

³⁹⁸ Sırasıyla, Dispute Review Expert, Dispute Adjudication Board, Dispute Review Board

³⁹⁹ Ekşi, **Tahkim Öncesi**, s. 19.

⁴⁰⁰ Mine Tan Dehmen, "Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi", **MHB**, S. 25, İstanbul, 2011, s. 452.

⁴⁰¹ **IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses**, International Bar Association, 2010, (Çevrimiçi), https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx, 05.01.2018.

konusu olmayacak bir yöntemle yapılmasına ilişkindir. İkinci kural tahkim öncesi aşamaların ihtiyari değil zorunlu şekilde düzenlenmesi gerektiğini düzenler. Son kural ise tahkim öncesi yollarla çözümlenecek uyuşmazlıklar ve tahkim yolu ile çözümlenecek uyuşmazlıkların kapsamı belirlenirken aynı kavramların kullanılması gerektiğine ilişkindir.

IBA tarafından hazırlanan kurallarda da açıkça belirtildiği üzere, kademeli tahkim anlaşmaları kaleme alınırken yukarıda yer verilen hususlara oldukça dikkat edilmelidir. Tarafların bir aşamadan diğer aşamaya geçiş şartlarını açıkça ve bağlayıcı şekilde belirlemesi gerekmektedir⁴⁰². Aksi halde hangi uyuşmazlıklar için hangi çözüm yollarına başvurulacağı konusunda belirsizlik yaşanabilir ve dolayısıyla kademeli tahkim anlaşması patolojik hale gelebilir. Aşağıda inceleneceği üzere, bazı sözleşmelerde tahkim ile tahkim öncesi yöntemler –özellikle arabuluculuk- arasındaki sınır belirsizleşmekte, adeta tahkim ile arabuluculuk birbiri yerine kullanılmakta, birbiriyle harmanlanmaktadır.

Tahkimden önce arabuluculuğa başvurulması gerektiğini öngören şartların geçerli kabul edilebilmesi için doktrinde bazı unsurların birarada bulunması gerektiği belirtilmiştir. Uyuşmazlığın dostane yollarla çözümlenmesi için bu konuda yetkilendirilmiş kişilerin müzakerelere katılması, şekil şartının yerine getirilmiş olması, belirli bir süre şartının öngörülmüş olması; başvurulacak çözüm yolunun taraflarca detaylı biçimde düzenlenmesi ve bu çözüm yoluna başvurunun taraflarca zorunlu kılınması gerekir⁴⁰³.

a. Tahkim ile Arabuluculuğun Harmanlanması

Uygulamada tahkim anlaşması düzenleyen tarafların tahkim ile arabuluculuk arasındaki farkı ve sınırları doğru şekilde belirleyemediği görülmektedir.

⁴⁰² Kayalı, **a.g.m.**, s. 576.

⁴⁰³ Uria Menendez, “Multi-Step Dispute Resolution Clauses”, (Çevrimiçi), http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2773/documento/UM_ALAStep.pdf?id=3785, 15.01.2018, s. 7-12; Erdem, **a.g.m.**, s. 65.

Uyuşmazlıkların çözümü görevini üstlenen kişi ya da kurumların görev tanımı bazı hallerde belirsiz olabilir⁴⁰⁴ ve tahkim anlaşması patolojik hale gelebilir.

Doktrinde arabuluculuk, “*uyuşmazlığa düşmüş olan tarafları, olası bir anlaşmanın koşullarını müzakere edebilmeleri amacıyla bir araya getirmeye çalışan, tarafların uzlaşmasını ve birbirlerini anlamasını sağlamak için taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştıran, tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen gönüllü bir usul*” olarak tanımlanmıştır⁴⁰⁵. Arabuluculuk ve tahkim arasında birçok fark bulunmaktadır. Ancak en temel fark, arabulucunun önerdiği çözüme tarafların uymakla yükümlü olmaması; ancak hakem kararının taraflar açısından bağlayıcı olmasıdır⁴⁰⁶. Dolayısıyla örneğin hakem kararının taraflarca veya devlet mahkemelerinde onaylanması halinde uygulanacağını düzenleyen tahkim anlaşmaları patolojiktir ve bunların geçerli olup olmadığı tartışma konusu olabilir. Bu anlaşmalarda arabuluculuğa ilişkin özelliklerle tahkime ilişkin özellikler harmanlanmış ve iki uyuşmazlık çözüm yöntemi arasındaki sınır belirsiz halde gelmiştir.

Örneğin, aşağıda yer alan tahkim şartında tarafların uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla mı yoksa tahkim usulüyle mi çözmek istedikleri konusunda belirsizlik söz konusudur⁴⁰⁷: “*Uyuşmazlıklar, MTO'nun Tahkim Kuralları uygulanarak tahkim usulü ile çözümlenecektir[...]; arabuluculuk ile çözümlenmesi mümkün olan uyuşmazlıklar açısından öncelikle bu yönteme başvurulmalıdır.*” İçerisinde söz konusu tahkim şartını barındıran sözleşmeden doğan uyuşmazlık nedeniyle davacı taraf arabuluculuğa başvurmadan doğrudan tahkim usulüne başvurmuştur. Başvuru üzerine teşkil eden hakem heyeti tarafından hükme bağlanan ilk husus kendi yetkilerine ilişkindir⁴⁰⁸. Hakemler, sözleşmenin ifasını engelleyecek nitelikte olmayan, küçük teknik uyuşmazlıkların tahkimden önce arabuluculuk yoluna götürülmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

⁴⁰⁴ Scalbert, Marville, **a.g.m.**, s. 124.

⁴⁰⁵ Özbek, **a.g.e.**, s. 492.

⁴⁰⁶ Tan Dehmen, **a.g.m.**, s. 454 ; Maleville, **a.g.m.**, s. 68-69.

⁴⁰⁷ Maleville, **a.g.m.**, s. 69. Scalbert, Marville, **a.g.m.**, s. 125.

⁴⁰⁸ 2138 numaralı davada verilen karar, **Journal du Droit International**, No.4, Paris, Editions Techniques SA, 1975, s. 934 – 938.

Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından 1971 tarihinde verilen bir kararda⁴⁰⁹ değerlendirilen tahkim şartı şu şekilde kaleme alınmıştır: “*İşbu sözleşmenin ifasına ilişkin tüm uyuşmazlıkların tahkim usulü ile çözülmesi zorunludur. Seçilen hakemler tarafından bir karar üzerinde uyuşulamaması halinde, uyuşmazlığın devlet mahkemesinde çözümlenmesi için başvuru yapılabilir.*” Hakemlerin bir karar üzerinde uyuşamaması halinde ulusal mahkemelere başvuru hakkı tanıyan işbu şartın kapsamına ilişkin bir belirsizlik söz konusudur. Nitekim taraflardan biri, devlet mahkemesine başvuru hakkı tanıdığı gerekçesi ile metinde “*tahkim*” kelimesi yer alsa da, tahkim şartı ile kast edilenin “*arbuluculuk*” usulü olduğu iddiasıyla tahkime hiç başvurmadan uyuşmazlığı doğrudan devlet mahkemesi önüne götürmüştür. Hakimin kaleme alınan metni tahkim şartı olarak nitelendirip yetkisizlik kararı vermesi ya da metinde devlet mahkemesine başvuru hakkı tanındığından öngörülen uyuşmazlık çözüm metodunun arbuluculuk olduğu yönünde de karar vermesi mümkündür⁴¹⁰. Somut olayda yerel mahkeme söz konusu metnin tahkim şartı niteliğinde olduğunu hükme bağlamış ve mahkemenin verdiği karar, tahkim şartının kapsamının uyuşmazlık çözüm metodlarından arbuluculuğa benzer olduğu, tahkim şartı sayılabilecek seviyeye ulaşmadığı gerekçesiyle istinaf mahkemesince bozulmuştur. Fransız Yüksek Mahkemesi istinaf mahkemesinin bu tavrını eleştirmiş, hakemler arasında uyuşmazlık yaşanması durumunda, özellikle çift sayıda hakem seçilen hallerde tahkim prosedürünün kilitlenebileceği; ancak bu durumun üçüncü bir kişi ya da kuruma başvurulması suretiyle aşılabileceğini belirtmiştir. Kararda bu üçüncü kişinin devlet mahkemesi olabileceği belirtilmiş ve kaleme alınan metnin tahkim anlaşması niteliğinde olduğu kabul edilmiştir⁴¹¹.

Bu nedenle, “*Hakemlerin verdiği karar taraflarca onaylanmalıdır.*” ya da “*Hakemlerce verilen karar devlet mahkemelerince kabul edilmelidir.*”⁴¹² şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmaları tarafların iradesinin arbuluculuk yoluna başvurma olduğunu gösterebilir ve bu anlaşmaların geçersiz olduğu yönünde karar verilebilir.

⁴⁰⁹ Cour de cassation civile, 7 Temmuz 1971, (Naklen: Scalbert, Marville, a.g.m, s. 124)

⁴¹⁰ Scalbert, Marville, a.g.m., s. 125.

⁴¹¹ Cour de Cassation civile, 7 Temmuz 1971, (Naklen: Scalbert, Marville, a.g.m, s. 125.)

⁴¹² Karrer, a.g.m, s. 111-112.

1977 tarihinde Yargıtay kararına konu olan olayda, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin bir maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “*ortaklar arasındaki anlaşmazlıkların halli, önce aynı meslekten müşterek bir dost önünde çözümlenecektir.*” Yargıtay söz konusu maddenin tahkim şartı niteliğinde olup olmadığını değerlendirmiş ve hakem kararlarının nihai, tarafları bağlayıcı nitelikte olduğunu vurgulamıştır. Önce hakeme gidilmesi ve sonrasında mahkemeye başvuru yolunun açık tutulması bu niteliklere aykırı düştüğünden tahkim şartının geçersiz olduğu yönünde karara varmıştır⁴¹³.

Yargıtay tarafından inceleme konusu yapılan başka bir olayda, çıkacak uyuşmazlığı tarafların seçeceği iki hakemin çözümleyemediği hallerde hakemlerin seçeceği üçüncü hakemin çözümleyeceği; ancak hakem kararının taraflarca kabul edilmemesi halinde mahkeme yoluna başvurulabileceği yönünde bir anlaşma mevcuttur. Yargıtay, hakem kararının tarafları bağlamayacağı ve uyuşmazlığın mahkemeye intikal ettirilebileceğini söz önünde bulundurarak şartın geçersiz olduğu yönünde karar vermiştir⁴¹⁴.

b. Tahkim Öncesi Diğer Alternatif Uyuşmazlık Yöntemleri Tüketilmeden Tahkime Başvurulması

Tahkime başvurmaya gerek kalmadan uyuşmazlığın önceki bir aşamada çözümlenmesini sağlamak için, tarafların tahkimden önce müzakere, arabuluculuk gibi diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuruyu kabul edebilir. Tahkimden önce diğer bir uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurunun öngörüldüğü hallerde, tarafların bu uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurmalarının zorunlu olup olmadığı önem arz etmektedir. Tarafların tahkim öncesi aşamayı tüketmeden doğrudan tahkime başvurma imkanının bulunup bulunmadığı bu kapsamda değerlendirilmelidir.

⁴¹³ Yargıtay 13. HD, 07.11.1977, 1977/4360E – 1977/4867K, Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 70-71.

⁴¹⁴ Yargıtay 15. HD, 21.03.1989, 1989/2550E – 1989/1381K, Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 71.

Tahkim öncesi aşamanın zorunlu mu yoksa ihtiyari mi olduğu belirlenirken sözleşmede yer alan ifadelerden yola çıkılacaktır⁴¹⁵. Kademeli tahkim anlaşmasında tahkim öncesi aşamalara başvuru tarafların iradesine bırakılmışsa; tahkim öncesi aşama zorunlu değildir ve taraflar doğrudan tahkime başvurabilir⁴¹⁶. Ancak doktrinde tahkim öncesi aşama ihtiyari olsa dahi bu aşama tüketilmeden tahkime başvurulamayacağını savunan görüş mevcuttur⁴¹⁷.

Doktrinde hakim olan görüş, tahkim öncesi zorunlu uyuşmazlık çözüm yöntemleri tüketilmeden tahkime başvurulamayacağı yönündedir⁴¹⁸. Ancak taraflardan biri tahkim öncesi kademedede öngörülen yönteme başvurmuş, diğer taraf ise bu sürece katılmayı makul bir sebep yokken reddetmişse, artık bu taraf tahkim yoluna başvurabilecektir⁴¹⁹.

Tahkim öncesi usulün tüketilmesine ilişkin bir düzenlemeye UNCITRAL Ticari Arabuluculuk Model Kanunu m.13'te yer verilmiştir. Bu maddede, tarafların arabuluculuğa başvuruyu kararlaştırdığı ve belirli bir süre geçene veya belirli bir koşul gerçekleşene kadar tahkim ya da mahkemeye başvurmamayı açıkça taahhüt ettiği hallerde, bu taahhüde mahkeme veya hakemler tarafından etki tanınması gerektiği düzenlenmiştir. Bunun yanısıra ilgili maddede tahkime veya mahkemeye başvurulmasının kendiliğinden arabuluculuğu düzenleyen anlaşmadan feragat edildiği veya arabuluculuk usulünün sonra erdirildiği anlamını taşımayacağı düzenlenmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, tahkim öncesi zorunlu aşamalar tüketilmeden tahkime başvurulmuş ve hakem kararı elde edilmişse, bu durum

⁴¹⁵ Ekşi, **Tahkim Öncesi**, s. 28.

⁴¹⁶ Ekşi, **Tahkim Öncesi**, s. 28; Alexander Jolles, "Consequences of Multi-Tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement, **Arbitration - the international journal of arbitration, mediation and dispute management**, C. 72, S. 4, Sweet & Maxwell, 2006, s. 28.

⁴¹⁷ Özbek, **a.g.e.**, s. 705.

⁴¹⁸ Jolles, **a.g.m.**, s. 336; Erdem, **a.g.m.**, s. 75; Kayalı, **a.g.m.**, s. 569; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 447; Ekşi, **Tahkim Öncesi**, s. 33; Tan Dehmen, **a.g.m.**, s. 460-461; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 11.

⁴¹⁹ Klaus Peter Berger, "Law and Practice of Escalation Clauses", **Arbitration International**, C. 22, S. 1, Oxford, Oxford Academic, 2006, s. 4. (**Escalation**); Ekşi, **Tahkim Öncesi**, s. 28; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 11.

hakemlerin kendilerine verilen yetkinin dışına çıkmış olacağı anlamına gelecek ve bu durum NYK m.5/f. 1/ b. (c) kapsamında bir tenfiz engeli teşkil edecektir⁴²⁰.

Bu noktada üzerinde durulması önem arz eden husus, tahkim öncesi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurunun zorunlu tutulduğu hallerde, bu yola başvuracak kişiye rehberlik edecek ölçüde açık ve makul nitelikte ve belirlilik arz eden hükümlerin mevcut olması gerektiğidir⁴²¹. Tahkim öncesi alternatif uyuşmazlık yöntemlerine başvuruyu düzenleyen hükümler zorunlu bir aşama olarak öngörülmüş; ancak tarafların bu yöntemlere ne zaman, hangi usul ve esaslara göre başvuracağı düzenlenmemişse mahkemelerin bu tür hükümlere etki tanımayabileceği belirtilmiştir⁴²². Tahkim öncesi başvurulacak yöntem mutlaka detaylı biçimde düzenlenmelidir; müzakere toplantılarına kimin katılacağı, kaç kez toplantı yapılacağı, toplantıların nerede gerçekleştirileceği gibi hususlar ilgili şartta açıkça belirtilmelidir⁴²³.

Konumuz bakımından değerlendirme yapmak gerekirse, kademeli tahkim anlaşmasının patolojik olduğu hallerde, örneğin arabuluculuk ile tahkime ilişkin özelliklerin harmanlandığı hallerde, aşamalar arası geçiş belirsizdir ve hükümler açık şekilde düzenlenmemiştir. Kanaatimizce kademeli tahkim anlaşmalarının patolojik olduğu hallerde, tahkim öncesi aşamalara başvuru zorunlu tutulmamalı ve tarafların doğrudan tahkime başvuru yapması engellenmemelidir. Zira hükmün içerisindeki belirsizlikler dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin etkin biçimde uygulanması mümkün olmayacaktır ve bu yöntemler uyarınca tarafların kesin ve bağlayıcı karar elde etme imkanı bulunmamaktadır. Kademeli tahkim anlaşmalarının patolojik olduğu hallerde taraflar tahkim öncesi zorunlu aşamaları tüketmeden tahkime başvurabilmelidir.

⁴²⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 11; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 447; Tan Dehmen, **a.g.m.**, s. 462.

⁴²¹ Erdem, **a.g.m.**, s. 65; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 450.

⁴²² Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 451.

⁴²³ Erdem, **a.g.m.**, s. 65.

2. Devlet Mahkemesine Başvurudan Önceki Kademe Olarak Tahkime Başvuruyu Düzenleyen Anlaşmalar

Taraflar, üst başlıkta incelendiği üzere tahkimden önce diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması gerektiğini düzenleyebileceği gibi; devlet mahkemesinden önce de bazı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulması gerektiğini düzenleyebilir. Konumuz bakımından önem arz eden husus mahkeme öncesi aşama, mahkeme öncesi kademe olarak tahkimin öngörüldüğü hallerde, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığıdır.

Bu anlaşmalar büyük ölçüde yetki şartı ile tahkim şartını bir arada barındıran sözleşmelere benzemektedir. Her iki tür patoloji bakımından devlet mahkemelerine başvuru ile tahkime başvurunun aynı sözleşmede kabul edilmesi söz konusudur. Ancak devlet mahkemesi öncesi tahkim usulüne başvurulması gerektiğini düzenleyen bir anlaşma kademelidir ve sadece uyuşmazlığın bir önceki basamağa göre çözümlenememesi halinde sonraki kademeye geçilebilir. Yetki şartı ile tahkim şartını bir arada barındıran bir sözleşmede herhangi bir sıralamaya yer verilmemiştir. Sözleşmenin bir maddesi tahkime başvuruyu öngörürken diğer bir maddesi başvurulacak devlet mahkemesini göstermektedir.

Mahkeme öncesi kademe olarak tahkime başvuruyu öngören anlaşmalar iki uyuşmazlık metodu arasındaki çelişki dolayısıyla patolojiktir. Ancak mahkeme öncesi tahkimi öngören anlaşmalarda düzenlenen birincil uyuşmazlık çözüm metodu tahkimdir; taraflar öncelikle uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesini arzular. Herhangi bir neden dolayısıyla uyuşmazlığın tahkim vasıtasıyla çözümlenmesi mümkün olmazsa, yedek uyuşmazlık çözüm yolu olan yetki sözleşmesine başvurulmalıdır. Kanaatimizce bu tür kademeli tahkim anlaşmalarının içerdiği patoloji, yetki şartı ile tahkim şartının bir arada düzenlendiği sözleşmelere göre daha hafiftir.

Aşağıda mahkeme kararlarından örneklerle devlet mahkemesi öncesi tahkime başvuru hakkı tanyan kademeli tahkim anlaşmaları ve bunların geçerliliği değerlendirilecektir.

Örneğin, “... Tahkim prosedürü sonucunda herhangi bir sebeple uyuşmazlık çözüme kavuşturulamazsa, uyuşmazlığın çözümünü sağlamak üzere, taraflardan biri devlet mahkemesine başvurabilir⁴²⁴.” şeklinde kaleme alınan bir tahkim anlaşması ilk kademe olarak tahkime başvuruyu düzenlemekte, tahkimde uyuşmazlıkların çözümlenememesi halinde ise devlet mahkemesine başvurulabileceğini düzenlemektedir. Bu anlaşmada yer alan düzenlemeye göre; taraflar, tahkim prosedürü devam ederken hakemlerin uyuşmazlığı çözemediğini ileri sürerek devlet mahkemesine başvurabilir. Kötü niyetle hareket eden taraf, bu şekilde aleyhine verilmesi muhtemel bir hakem kararını birkaç sene erteleyebilir⁴²⁵.

“İş bu sözleşmenin ifasından kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların tahkim usulüne başvurularak çözümlenmesi zorunludur. Taraflarca seçilen hakemler arasında anlaşmazlık söz konusu olursa, uyuşmazlık devlet mahkemesine intikal ettirilebilecektir.” şeklinde kaleme alınan tahkim şartı kademelidir. İlk aşamada uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim usulüne başvuru zorunlu tutulmuşsa da “hakemler arasındaki anlaşmazlık” gibi ne anlama geldiği tam olarak belirlenemeyen bir düzenleme ile ikinci aşamada devlet mahkemelerine başvuru yolu açılmıştır. Hakemler arasındaki anlaşmazlığın kapsamı nedir? Zira ihtilaf halinde olan tarafları temsil eden hakemlerin zıt görüşte olması tahkimin doğası gereğidir. Bu halde uyuşmazlığın hakem veya hakem heyetince ele alınmadan doğrudan devlet mahkemesine intikal etmesi gibi bir sonuç ortaya çıkabilecektir.

“Kendisi aleyhine tahkime başvuru alan taraf, belirlenen süre içerisinde hakemini seçmezse, uyuşmazlık Paris mahkemelerince çözümlenebilir.⁴²⁶” Söz konusu hüküm de kademeli tahkim anlaşmasına örnek teşkil eder. Alıntılanan tahkim

⁴²⁴ Eisemann, **a.g.m.**, s. 156.

⁴²⁵ Eisemann, **a.g.m.**, 156-157.

⁴²⁶ Cour de Cassation, 2e Chambre Civile, 19 Kasım 1980, Société immobilière du 8, rue de Penthièvre vs. Société Union Générale Cinématographique. Bkz. **Revue de l'Arbitrage**, No:1, 1981, s. 411-413

şartı iki şirket arasında imzalanan bir sözleşmede yer almaktadır. Somut olayda davalı bir ay içinde hakem seçimini yapmamış ve uyuşmazlık Paris mahkemelerine intikal etmiştir. Vakıaları inceleyen mahkeme de, tarafların tahkime başvurma iradesinin bulunup bulunmadığı hususunun belirsiz olduğunu belirtmiştir⁴²⁷.

Benzer bir tahkim şartından kaynaklanan uyuşmazlık Türk mahkemelerinde dava konusu olmuştur. Taraflar tahkim şartında “*hakemlerin karar verememesi durumunda ihtilaf mahkemelerce çözümlenecektir*” şeklinde bir ifadeye yer vermiştir. Şartı inceleyen Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, bu ifadenin tarafların tahkim iradesini tereddütlü hale getirdiğini belirtmiştir⁴²⁸.

Yargıtay’ın incelemesine konu olan bir olayda, davanın tarafları uyuşmazlıkların tahkim usulü ile çözümleneceğini sözleşmelerinde düzenlemiş; ancak uyuşmazlığın bu şekilde çözümlenememesi halinde Kozaklı mahkemelerinin görevli olacağını belirtmiştir. Yargıtay’da yapılan inceleme sonucunda, uyuşmazlığın tahkim usulüyle çözümleneceğine ilişkin netlik bulunmadığından tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu yönünde karara varılmıştır⁴²⁹.

Yargıtay tarafından incelenen başka bir tahkim şartında, uyuşmazlıkların hakem mahkemesince karara bağlanacağı belirtildikten sonra “*kararın kopyalarının taraflara tebliğ edildiğinden sonraki 30 gün içinde karara uyulmadığı takdirde, [...] kazai selahiyeti olan İstanbul mahkemelerinde dava açabilir.*” hükmüne yer verilmiştir⁴³⁰. Aynı sözleşme içerisinde yer alan başka bir madde ile de ihtilafların çözümünde İstanbul Mahkemelerinin yetkili olduğu düzenlenmiştir. Uyuşmazlığın mutlak olarak hakem aracılığıyla çözümleneceği kararlaştırılmadığından söz konusu tahkim şartı kesin nitelik taşımadığı gerekçesiyle Yargıtay tarafından geçersiz kabul edilmiştir. Dolayısıyla tahkim vasıtasıyla çözümlenemeyen uyuşmazlıkların devlet

⁴²⁷ Cour de Cassation, 2e Chambre Civile, 19 Kasım 1980, Société immobilière du 8, rue de Penthièvre vs. Société Union Générale Cinématographique. Bkz. **Revue de l’Arbitrage**, No:1, 1981, s. 411-413

⁴²⁸ Yargıtay 15. HD, 13.03.2007, 2007/769E. - 2007/769K.

⁴²⁹ Yargıtay 15. HD, 15.09.1994, 1994/722E - 1994/4938K., Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 66.

⁴³⁰ Yargıtay 15. HD, 23.10.1986, 1986/4446E. – 1986/3473K., Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 67.

mahkemelerince çözümleneceğini kabul eden kayıtların tahkim anlaşmalarını geçersiz kılacağı Türk mahkeme kararlarında kabul edilmiştir⁴³¹.

Yukarıda gerekçeleriyle birlikte açıklandığı üzere, kademeli tahkim anlaşmaları çok özenli bir şekilde hazırlanmadığı sürece patolojik olacaktır. Doktrinde, tarafların uyuşmazlıkların çözümü için kademeli tahkim anlaşmaları düzenleyebileceği; ancak bu hallerde hiçbir belirsizlik bulunmaması gerektiği ve benimsenen yöntemler arasındaki sınırların çok iyi çizilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴³². Aksi halde sadece önlem amaçlı düzenlenen ikinci, üçüncü kademe uyuşmazlık çözüm metotları tahkim prosedürünü sekteye uğratabilir.

C. Taraflara Devlet Mahkemelerine “veya” Tahkim Yoluna Başvuru Hakkı Veren Anlaşmalar (Alternatifi Tahkim Anlaşmaları)

Taraflara devlet mahkemelerine veya tahkim yoluna başvuru hakkı veren bu anlaşmalar, alternatifli tahkim anlaşmaları olarak adlandırılır⁴³³. Bir taraftan tahkim usulüne, diğer bir taraftan da devlet mahkemesine başvuru yapılabileceği düzenleyen bir anlaşma alternatiflidir. Bu hallerde davacı bir seçim hakkına sahiptir. Uyuşmazlığı çözmek için ya devlet mahkemelerine ya da tahkim yoluna başvurabilir⁴³⁴.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, *“Taraflar arasında uyuşmazlık meydana gelirse uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurulur ya da taraflarca uyuşmazlıkla ilgili dava açılması halinde Seine Mahkemeleri yetkilidir.”* şeklinde kaleme alınan tahkim anlaşması alternatiflidir. İlgili şart doktrinde uyuşmazlık meydana geldiğinde, davacının hem tahkim yoluna hem de devlet mahkemelerine

⁴³¹ Yargıtay 15. HD, 13.03.2007, 2007/769E. ve 2007/769K., Yargıtay 15. HD, 18.06.2007, 2007/2680E., 2007/4137K.

⁴³² Maleville, **a.g.m**,

⁴³³ Karrer, **a.g.m**, s. 112; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmese, **a.g.e**, s. 611.

⁴³⁴ Karrer, **a.g.m**, s. 112.

başvuru yapma imkanı bulunduğu yönünde yorumlanmıştır⁴³⁵. Dolayısıyla hakemler ve yabancı devlet mahkemelerince verilen kararlarda taraflara tahkime “veya” devlet mahkemelerine başvuru hakkı tanıyan hükümler, yetki sözleşmesi ile tahkim şartını bir arada bulunduran sözleşmeler gibi değerlendirilmiş ve yorumlanmıştır.

Yetki şartı ile tahkim şartının bir arada bulunduğu sözleşmeler bakımından tahkim şartının geçerliliği yukarıda incelenmiştir⁴³⁶. İlgili başlık altında incelenen tahkim anlaşmaları ile bu başlık altında incelenecek olan tahkim anlaşmaları kanaatimizce farklılık arz etmektedir. Zira yukarıda incelenen tahkim anlaşmalarında taraflar ya hiçbir sıralamaya yer vermeden sözleşmenin içerisinde yer alan iki farklı şart ile tahkim ve devlet mahkemelerine başvuruyu öngörmektedir ya da tahkim devlet mahkemelerine başvurudan önce tüketilmesi gereken bir aşama olarak düzenlenmektedir ve uyuşmazlıklar tahkimde çözümlendiği takdirde devlet mahkemelerinin yetkisi doğmayacaktır.

Kanaatimizce hem devlet mahkemelerini hem de tahkimi yetkilendiren anlaşmalar içerisinde içerdiği patoloji en hafif olan, taraflara önce tahkime, uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenememesi ihtimaline karşı devlet mahkemelerine başvuru hakkı tanıyan kademeli tahkim anlaşmalarıdır. Bu halde tarafların uyuşmazlıkları tahkimde çözme iradesi açıktır ve devlet mahkemelerine başvuru sadece her ihtimale karşı yedek bir uyuşmazlık çözüm mekanizması bulundurmak için öngörülmüştür. Tahkim şartında bir kurumsal tahkim merkezi yetkilendirildiyse, merkez kendi tahkim kuralları uyarınca tahkim anlaşmasının icrasını sağlayacak ve prosedür kilitlendiğinde müdahale ederek yargılamanın devamını sağlamak için gerekli hukuki önlemleri alacaktır. Dolayısıyla özellikle bir kurumsal tahkim merkezinin yetkilendirildiği hallerde, uyuşmazlıkların tahkim ile çözümlenememesi ihtimali oldukça düşük olacaktır. Aynı açıklamalar *ad hoc* tahkimde UNCITRAL Tahkim Kurallarına atıf yapılmış olması halinde de geçerlidir. Dolayısıyla kademeli tahkim anlaşmalarında, ilk aşama olarak tahkim sonraki aşama olarak devlet mahkemelerine başvurunun söz konusu olduğu hallerde tarafların devlet

⁴³⁵ Craig, Park, Paulsson, a.g.e, s. 134.

⁴³⁶ Üçüncü Bölüm V.A

mahkemelerine başvuru yapma ihtiyacının doğması oldukça düşük bir ihtimaldir. Tarafların ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talebinde bulunması gibi devlet mahkemelerine başvuru ihtiyacı doğuran bir durum söz konusu olur ise sözleşmede yer verilen yetki şartı uyarınca belirlenen mahkemede talep ileri sürülebilir.

Taraflar hiçbir sıralamaya yer vermeden aynı sözleşme içerisinde hem tahkim hem de yetki şartına yer vermişse, yabancı devlet mahkemeleri genellikle tahkim şartının geçerli olduğuna hükmetmektedir. Bu halde sözleşme içerisinde yer alan yetki şartının tahkim prosedürünü desteklemek ve denetlemek üzere tayin edilen mahkemeyi gösterdiği kabul edilmektedir. Örneğin tarafların birinin ihtiyati tedbir talebi söz konusu olduğunda, bu talebi yetki şartı ile tayin edilen mahkemede ileri sürmesi gerektiği kabul edilmektedir. Sözleşmede yer alan ve birbiriyle çelişen iki hükmün birbirleri ile uyumlu biçimde yorumlanma imkanı mevcuttur. Bazı devlet mahkemeleri ise aynı sözleşme içerisinde yetki şartı ile tahkim şartına yer verildiği hallerde yetki şartını tahkim prosedürüne uygulanacak hukuk olarak yorumlamaktadır.

Kanaatimizce taraflara tahkime veya devlet mahkemelerine başvuru hakkı tanıyan tahkim şartlarında yer alan patoloji daha ağırdır. Tahkimin istisnai niteliği de göz önünde bulundurulduğunda, bu koşulu Yargıtay kadar sıkı yorumlamamak gerektiği kanaatinde olsak da, tarafların tahkim anlaşması düzenleme ve uyuşmazlıkları tahkimde çözüme iradesinin en azından belirli bir seviyede açık ve kesin olması gerekmektedir. Taraflara devlet mahkemesine “veya” tahkime başvuru imkanı tanınan hallerde ise tarafların tahkim iradesi yeterli açıklık ve kesinlik seviyesine ulaşmamıştır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASININ İÇERİĞİNDEKİ HATA, ÇELİŞKİ VE EKSİKLİKLER NEDENİYLE PATOLOJİK SAYILAN TAHKİM ŞARTI VE SÖZLEŞMESİ

I. Kurumsal Tahkim Merkezinin Yanlış Belirtilmesi veya Mevcut Olmayan Merkezin Seçilmesi

Tarafların dikkatsizliği ya da bilgisizliği sebebiyle, bazı tahkim anlaşmalarında hiç mevcut olmayan veya yanlış adlandırılan kurumsal tahkim merkezleri yetkilendirilmektedir⁴³⁷. Lafza göre yorum yapıldığında geçersiz kabul edilmesi gereken bu anlaşmaların hangi kuruma atıf yaptığı taraf iradelerinden belli bir kesinlik sağlayacak ölçüde anlaşılabilirse, söz konusu tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilir⁴³⁸. Bu anlaşmaları yorumlayan bazı mahkemeler, mevcut olmayan kuruma yapılan veya kurum adı yanlış belirtilerek yapılan atıfları hiç yazılmamış kabul etmekte⁴³⁹, bazı mahkemeler ise yorum yoluyla bu yanlış atıfları sözleşmenin hükümlerine dayanarak anlam ifade edecek biçimde yorumlamaktadır.

⁴³⁷ Doktrinde bir tahkim merkezinin yetkilendirilmesi amacıyla düzenlenen ancak patolojik hale gelen tahkim anlaşmaları “*mevcut olmayan tahkim kurumunun yetkilendirilmesi*” ve “*yetkili kılınan tahkim merkezinin belirli olmaması*” şeklinde iki başlığa ayrılarak incelenmiştir. Yazar, tahkim kurumunun net bir üslup ve kesin tabirler kullanılarak tarif edilmesi; ancak tarif edilen tahkim kurumunun dünya üzerinde mevcut olmaması halini ilk kategori olarak belirlemekte ve “*İngiliz Uluslararası Ticari Tahkim Merkezi*”ni yetkilendiren bir anlaşmayı bu duruma örnek göstermektedir. Yazar, tahkim anlaşmasında yer verilen ifadelerin hangi tahkim merkezinin yetkilendirildiğinin kesin ve net biçimde belirlenmesine imkan vermemesi halini ikinci kategori olarak belirlemekte ve “*İsviçre’de Tahkim Komisyonu*” şeklinde kaleme alınan bir tahkim anlaşmasını bu kategoriye örnek olarak göstermektedir. Bu halde tahkim anlaşmasının birden çok tahkim merkezinin yetkilendirildiği anlamını taşıdığı belirtilmiştir. Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 81-82.

⁴³⁸ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 264, Scalbert, Marville, a.g.e, s. 119.

⁴³⁹ CLOUT Case 57, Lucky-Goldstar International Ltd. v. Ng Moo Kee Engineering Ltd., High Court of Hong Kong, 1 HKC 404, 5 Mayıs 1993. Kurumsal tahkim merkezi olarak, mevcut olmayan “*Milletlerarası Ticari Tahkim Derneği*” ve kurallarına atıf yapan tahkim şartında anılan hüküm yazılmamış kabul edildikten sonra, tahkim anlaşmasının kalan bölümü tarafların tahkim iradesini gösterdiği gerekçesiyle geçerli kabul edilmiştir.

Tahkim anlaşmasında seçilen milletlerarası tahkim kurumunun yanlış belirtilmesi veya mevcut olmayan bir tahkim kurumuna ya da kurallarına atıf yapılması halinde tahkim anlaşmasının geçerli olup olmayacağı; anlaşma geçerli kabul edilse dahi söz konusu tahkim anlaşmasına dayanılarak tahkim prosedürünün ne şekilde yürütüleceği hususlarında çeşitli devlet mahkemeleri ve tahkim kurumlarının verdiği kararlar incelenecektir.

A. Milletlerarası Ticaret Odası'nın Yanlış İfade Edilmesi

Tahkim kurumunun yanlış belirtilmesine ilişkin patolojilere en yaygın biçimde tarafların tahkim kurumu olarak MTO'yu belirlediği hallerde rastlanmaktadır⁴⁴⁰. MTO'nun merkezi Paris'te bulunmaktadır; ancak MTO'nun birçok ulusal komitesi bulunduğundan taraflar hataya düşerek, kaleme aldıkları tahkim anlaşmalarında "Milletlerarası Ticaret Odası" yanında "Zürih", "New York", "Londra" gibi çeşitli şehir adlarına yer vermektedir⁴⁴¹.

1987 yılında MTO bünyesinde gerçekleştirilen 237 tahkimde, sadece bir tahkim şartının MTO tarafından belirlenen model şartı birebir tekrar ettiği ve 16 tahkim (%7) şartında MTO'ya yanlış atıf yapıldığı tespit edilmiştir⁴⁴². Yapılan yanlış atıflar genellikle "MTO, Cenevre"; "İsviçre'de bulunan MTO" gibi MTO'nun İsviçre ile ilişkilendirilmesine ilişkindir.

Benzer şekilde kaleme alınan tahkim anlaşması dolayısıyla davacı MTO'ya başvurarak tahkim prosedürünü başlatmak istediğinde, MTO tarafından *prima facie* bir inceleme yapılarak geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olup olmadığı incelenmektedir⁴⁴³. *Prima facie* inceleme neticesinde geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğu anlaşılıyorsa, MTO Tahkim Kuralları m. 8/f. 3 uyarınca, MTO hakem

⁴⁴⁰ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 264.

⁴⁴¹ "International Chamber of Commerce in Zurich" gibi. Bkz. Davis, **a.g.m.**, s. 368, Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 264, Abdulla, **a.g.m.**, s. 19, Molfa, **a.g.m.**, s. 181, Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 128-129; Born, **Arbitration Agreements**, s. 780-781; Yeşilova, **a.g.e.**, s. 536; Takla, **a.g.m.**, s. 8; Benglia, **a.g.m.**, s. 11.

⁴⁴² Stephen R. Bond, How to Draft an Arbitration Clause, **Journal of International Arbitration**, C. 6, S. 2, The Netherlands, Kluwer Law, 1989, s. 67.

⁴⁴³ Benglia, **a.g.m.**, s. 11.

heyetinin teşkilini sağlayarak tahkim prosedürünü başlatmaktadır. Bu hakem heyeti ise uyuşmazlığın çözümü bakımından kendi yetkisini inceleyip karara bağlayacaktır. Dolayısıyla MTO hakemlerin yetkisi hakkında bir karar vermemekte, sadece tahkime ilişkin idari prosedürün yürütülmesine aracılık etmektedir⁴⁴⁴.

“İşbu sözleşmeden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar Zürih Milletlerarası Ticaret Odası tarafından çözümlenecektir⁴⁴⁵” veya “Uyuşmazlıklar Zürih’te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası tarafından çözümlenecektir.” şeklinde kaleme alınan tahkim şartları bu patolojiye örnek gösterilebilir. Söz konusu tahkim şartlarının iki farklı şekilde yorumlanması mümkündür. Taraflar ya MTO’nun Paris’te bulunan merkezini kast etmiş ve bulunduğu yere ilişkin hataya düşmüştür veya tahkim şartında yer verilen Zürih, tarafların tahkim yeri seçimi yaptığı anlamına gelmektedir. Söz konusu tahkim şartı ikinci yöntem benimsenerek yorumlanırsa, tahkim şartı kolaylıkla ayakta tutulabilir⁴⁴⁶. Nitekim Milletlerarası Ticaret Odası’nın tahkim organı olan Milletlerarası Tahkim Divanı da bu tip tahkim anlaşmalarını yorumlarken ikinci yöntemi benimseme hususunda net bir tavır sergilemektedir. Divan’ın istikrar kazanmış uygulamasına göre, tarafların MTO tahkimi ile birlikte belirtmiş oldukları şehir, bölge, yer isimleri tahkim yeri olarak kabul edilmelidir⁴⁴⁷. Örneğimize dönecek olursak, yukarıda yer verdiğimiz tahkim şartı uyarınca çözümlenecek olan uyuşmazlıklar MTO tahkimine tabi olacak ve tahkim yeri Zürih olacaktır. Doktrinde de tahkim anlaşmasında MTO’ya veya MTO Tahkim Kurallarına atıf ile birlikte bir şehir adına yer verilen hallerde, belirtilen şehir adının tahkim yeri olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁴⁸. MTO’nun

⁴⁴⁴ Benglia, **a.g.m.**, s. 11.

⁴⁴⁵ Davis, **a.g.m.**, s. 368.

⁴⁴⁶ Scalbert, Marville, **a.g.e.**, s. 120.

⁴⁴⁷ Örneğin “New York Commercial Arbitration Association” şeklinde kaleme alınan bir tahkim şartının “American Arbitration Association(AAA) in New York” şeklinde yorumlanması gerektiği yönünde karar verilmiştir, No.92 Civ. 5515, 1993, Warnes, S.A vs. Harvic International Ltd., (naklen: Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 266). “International Section of the Paris Chamber of Commerce” divan tarafından MTO’ya yapılan geçerli bir atıf olarak kabul edilmiştir, bkz. ICC Case No: 5103. Benzer şekilde “International Chamber of Commerce in Geneva” şeklinde düzenlenen tahkim şartında da MTO’ya yapılan atıfın geçerli olduğu kabul edilmiştir, bkz. ICC Award No. 10671. Bu yönde yorumlanan çeşitli tahkim şartları için bkz. ICC Award No. 3460, 1980; ICC Award No. 2626, 1977, Alman Şirket v. İtalyan Şirket; ICC Award No. 4023, 1984, Fransız Şirket v. Arap ülke bakanlığı. Aynı yönde bkz. Poudret/Besson, **a.g.e.**, s. 112.

⁴⁴⁸ Born, **Arbitration Agreements**, s. 780.

gerekçesi ise birden çok anlam taşıyan kavramların, etki doğurmayacak şekilde yorumlanması yerine etki doğuracak şekilde yorumlanması gerektiği esasına dayanmaktadır⁴⁴⁹.

“Cenevre Milletlerarası Ticaret Odası” şeklinde kaleme alınan bir tahkim şartının geçerli olduğu ve uyuşmazlığın MTO Tahkim Kuralları uygulanarak, tahkim yeri olan Cenevre’de çözümleneceği kararlaştırılmıştır⁴⁵⁰.

“Zürih, İsviçre, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları” şeklinde kaleme alınan bir tahkim şartı da aynı şekilde yorumlanarak; ilgili şart uyarınca uyuşmazlıkların Zürich’te MTO kuralları uyarınca çözümleneceği kararlaştırılmıştır⁴⁵¹.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken önemli bir husus, tarafların uyuşmazlığın çözülmesi için “Cenevre de bulunan MTO” şeklinde bir tahkim anlaşması kaleme almış olması ve bu anlaşmaya “Tahkim yeri Essen, Almanya’dır.” şeklinde bir hüküm eklemesi halinde bu anlaşmanın ne şekilde yorumlanması gerektiğidir⁴⁵². Yorum yukarıda belirtilen ve genel kabul gören metoda uygun biçimde yapılırsa, tahkim yeri olarak Cenevre belirlenecektir; ancak tahkim şartında taraflarca açıkça belirlenmiş bir tahkim yeri zaten mevcuttur. Kanaatimizce, bu şekilde düzenlenmiş olan tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmelidir. Taraflarca açıkça bir tahkim yeri seçildiğinden Cenevre’nin tahkim yeri olarak kabul edilmesi mümkün değildir; ancak taraflar uyuşmazlıkların çözümü için MTO’ya başvuracaklarını açıkça belirtmiştir. Anlaşmada yer alan hükümler yorumlandığında varılabilecek en mantıklı sonuç, uyuşmazlıkların MTO tahkim kuralları uyarınca çözümleneceği ve tahkim yerinin Essen olacağıdır. Taraflar MTO’nun bulunduğu

⁴⁴⁹ Takla, **a.g.m.**, s. 8.

⁴⁵⁰ Partial Award in ICC Case No. 7920, **YBCA**, C. XXIII, The Hague, Kluwer Law International, 1998, s. 80; ICC Case No. 2626, **JDI (CLUNET)**, C. 105, S. 4, Paris, Editions Techniques, 1978, s. 980.

⁴⁵¹ Final Award in ICC Case No. 5294, **YBCA**, C. XIV, The Hague, Kluwer Law International, 1989, s. 137.

⁴⁵² Scalbert, Marville, **a.g.m.**, s. 121.

şehri yanlış belirtmiş olsa dahi tarafların iradesinin uyuşmazlıklara MTO tahkim kurallarının uygulanması yönünde olduğu açıktır.

MTO'nun yanlış belirtildiği ilk hal tarafların açıkça “*Milletlerarası Ticaret Odası*”nı yetkilendirdiği; ancak MTO'nun bulunduğu yere ilişkin yanlış hallerdir. “*Zürih’te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası*” şeklinde düzenlenen bir tahkim şartı söz konusu ise taraflar MTO'nun bulunduğu yer hususunda yanılığa düşmüştür. MTO Zürich’te değil Paris’tedir. Tarafların sıklıkla düştüğü bu yanlış dolayısıyla patolojik hale gelen tahkim anlaşmalarının geçerliliği incelenmiş; bunların geçerli olduğu mahkeme ve hakem kararları ile doktrinde kabul edilmiştir. MTO'nun bulunduğu yere ilişkin yazılan yanlış şehir adları ise tahkim yeri olarak yorumlanmaktadır.

MTO'nun yanlış belirtildiği ikinci hal ise tarafların açıkça “*Milletlerarası Ticaret Odası*”nı yetkilendirmediği; bunun yerine “*Paris Tahkim Mahkemesi*”, “*Paris Ticaret Odası*” gibi birden çok kurum veya tahkim merkezine karşılık gelebilecek şekilde kaleme alınmış tahkim anlaşmalarıdır. Bu şartlar yorumlanarak uyuşmazlıkların çözümünde MTO'nun yetkilendirilip yetkilendirilmediği tespit edilmelidir.

“*Paris Fransa’da bulunan Tahkim Mahkemesi*” şeklinde kaleme alınan bir tahkim şartı dolayısıyla davacı MTO’ya başvurmuş, davalı ise bunun bir *ad hoc* tahkim şartı olduğunu ileri sürerek MTO'nun yetkisine itiraz etmiştir. Tahkim şartını inceleyen hakemler, tarafların tahkim anlaşması hazırlanırken gerekli özeni göstermiş olması ihtimalinde MTO’yu tahkim merkezi olarak seçeceklerinden bahisle geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu ve uyuşmazlığı çözmeye yetkili oldukları yönünde karar vermiştir⁴⁵³. Benzer şekilde “*Paris Tahkim Mahkemesi*” şeklinde kaleme alınan bir tahkim anlaşması dolayısıyla davacı MTO’ya başvurmuş ve MTO tarafından atanan tek hakem tarafların tahkim iradesinin mevcut olduğunu ve geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğunu karara bağlamıştır. Hakem kendi yetkisi

⁴⁵³ Panaméenne, suisse et yougoslave v. yougoslaves, Sentence partielle rendue dans l’affaire 8568, 1999, Emmanuel Jolivet, Laurence Marquis, “La clause compromissoire pathologique”, **les Cahiers de l’Arbitrage**, S. 1, Paris, Lextenso, 2010, s. 83-86.

hakkında karar verirken, tarafların kullandığı ifadeleri ve tanık beyanlarını dikkate almış ve uyuşmazlıkların çözümü bakımından yetkisi bulunduğunu karara bağlamıştır⁴⁵⁴.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda da bünyesinde tahkim divanı veya benzeri bir birim bulunmayan “*Paris Ticaret Odası*”nı yetkilendiren bir tahkim şartının geçerliliği değerlendirilmiştir. Uyuşmazlığın meydana geldiği tarihte davacı, Paris Ticaret Odası bünyesinde tahkimle ilgililenen bir birim bulunmadığı gerekçesiyle tahkim şartının geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Davalı ise tahkim şartı ile yetkilendirilen merkezin MTO olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme taraf iradelerini tespit ettikten tahkim şartını yorumladıktan sonra, uyuşmazlıkların MTO’da çözümlenmesi gerektiğini ve geçerli bir tahkim şartı bulunduğunu hüküm altına almıştır⁴⁵⁵.

B. Tahkim Anlaşmasında Mevcut Olmayan Tahkim Merkezinin Yetkilendirilmiş Olması

Mevcut olmayan tahkim kurumlarını yetkilendiren tahkim anlaşmalarının geçerliliğini farklı hukuk sistemlerine mensup devlet mahkemeleri incelemiş ve mahkemeler genellikle bu tahkim anlaşmalarının geçerli olduğu yönünde karar vermiştir. Aşağıda örnekler ışığında mevcut olmayan tahkim kurumuna atıf yapan tahkim anlaşmalarının geçerliliği ve bu anlaşmaların ne şekilde yorumlandığı incelenecektir.

Hong Kong Yüksek Mahkemesi önünde, uyuşmazlıkların “*üçüncü bir ülkede, üçüncü ülkenin ve Milletlerarası Ticari Tahkim Derneği’nin kuralları uyarınca*” çözümleneceğini düzenleyen bir tahkim şartının New York Konvansiyonu m.2/f.3’te kullanılan terimlerle “*hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbikinin imkansız*” olduğu ileri sürülmüştür. Zira Milletlerarası Ticari Tahkim Derneği adı altında herhangi bir

⁴⁵⁴ Suissees v. slovène, Sentence partielle rendue dans l’affaire 10709, 2000; Jolivet, Marquis, **a.g.m.**, s. 89-91.

⁴⁵⁵ Yargıtay 11. HD, 1981/2726E., 1981/3508K., 7.7.1981, **YKD**, C. 7, S. 11, Kasım 1981, s. 1449-1450.

tahkim kurumu bulunmamaktadır. İlgili şartı inceleyen mahkeme mevcut olmayan tahkim kurumuna yapılan atfın “*görmezden gelinmesi*” gerektiği ve şartın geri kalan hükümlerinin geçerli bir tahkim anlaşması oluşturduğu yönünde karar vermiştir⁴⁵⁶. Mahkeme kararında, tarafların sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme iradelerinin mevcut olmayan tahkim kurumuna atıf yapılmasından etkilenmeyeceğini belirtmektedir. Bunun yanısıra mahkeme, taraflar arasında kaleme alınan sözleşmeye sadece “*tahkim*” kelimesini içeren bir hüküm eklenmesi halinde dahi, geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğunu dolayısıyla olayda mevcut olmayan kuruma yapılan atıf göz ardı edildikten sonra geçerli bir tahkim anlaşması bulunacağını belirtmiştir. Mahkemenin verdiği karar uyarınca, geçerli kabul edilen bu tahkim anlaşmasına dayanarak taraflar, seçtikleri üçüncü bir ülkede tahkime başvurmalıdır ve seçilen üçüncü ülkenin hukuku tahkim prosedürüne uygulanacaktır.

Mahkemenin verdiği karar uyarınca mevcut olmayan tahkim merkezinin yetkilendirilmesi “*görmezden gelinmiş*” dolayısıyla merkeze yapılan atıf dikkate alınmamıştır. Dolayısıyla tahkim anlaşması *ad hoc* tahkime yönelik bir tahkim anlaşmasına dönüştürülerek geçerli kabul edilmiştir⁴⁵⁷. Kanatimizce mahkemenin vermiş olduğu karar eleştiriye açıktır; tahkim şartında tahkim yerine ilişkin herhangi bir bilgiye yer verilmediği gibi, hakem seçimine veya uygulanacak hukuka ilişkin de herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Tarafların yetkilendirmiş olduğu tahkim merkezi mevcut olsaydı, tüm bu eksiklikler tahkim merkezinin kuralları uyarınca giderilebilirdi; ancak tarafların yetkilendirdiği tahkim merkezi de mevcut değildir. Mahkemenin “*tahkim*” kelimesine yer verilmiş olması dolayısıyla tarafların tahkim iradesi bulunduğu görüşü kabul edilebilirse de, kanaatimizce olayda tartışılan tahkim şartının tatbiki mümkün değildir.

Amerikan Mahkemeleri de mevcut olmayan tahkim kurumlarına atıf yapan tahkim anlaşmaları hususunda benzer yönde kararlar vermiştir. Uyuşmazlıkların

⁴⁵⁶ CLOUT Case 57, Lucky-Goldstar International Ltd. v. Ng Moo Kee Engineering Ltd., High Court of Hong Kong, 1 HKC 404, 5 Mayıs 1993.

⁴⁵⁷ Karrer, **a.g.m.**, s. 111. Yetkilendirilen tahkim kurumunun mevcut veya belirli olmaması halinde anlaşma *ad hoc* tahkime dönüştürülerek geçerli kabul edilmesi mümkündür; Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 84.

Bakersfield Kaliforniya’da yer alan “*Amerikan Tahkim Topluluğu*”nun Tahkim Kuralları uyarınca çözümleneceğini düzenleyen bir tahkim anlaşmasının geçerliliği mahkeme tarafından değerlendirilmiştir⁴⁵⁸. Mahkeme tarafların ortak tahkim iradesi mevcut olduğundan tahkim anlaşmasının geçerliliği yönünde karar vermiş; ancak mevcut olmayan kuruma yapılan atfın tahkim anlaşmasını tatbiki imkansız hale getirip getirmediğini ayrıca değerlendirmiştir. Anlaşmanın tatbikinin imkansız olup olmadığını değerlendiren mahkeme, mahkemenin tarafların mevcut olmayan kuruma yapmış olduğu yanlış atfı “*ıslah etme*” yetkisinin bulunduğu gerekçesiyle anlaşmanın tatbikinin mümkün olduğu yönünde karar vermiştir. Kararda mahkemenin, hem hakemleri atama hem de tahkime uygulanacak kuralları belirle yetkisinin mevcut olduğu vurgulanmıştır. Davalı taraf, mevcut olmayan “*Amerikan Tahkim Topluluğu*” tahkim kuralları yerine yerine uyuşmazlıkların AAA tahkimi uyarınca çözümlenmesine mahkemeci hükmedilmesini talep etmiş; ancak mahkeme bu talebi kabul etmemiştir. Mahkeme, taraflardan herbirinin hakemini seçmesi ve seçilen hakemlerin başhakemi belirlemesi; hakem mahkemesi teşkil ettikten sonra ise hakemlerin tahkime uygulanacak kuralları belirlemesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Amerikan mahkemeleri tarafından verilen bu kararda, mevcut olmayan tahkim merkezine yapılan atıf uyuşmazlıkların AAA tahkimi uyarınca çözümleneceği yönünde yorumlanmamış; *ad hoc* tahkime başvurulması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Mevcut olmayan tahkim merkezini yetkilendiren tahkim anlaşmalarının merkeze yapılan görmezden gelinerek *ad hoc* tahkim anlaşması olarak yorumlanması doktrinde eleştirilmektedir⁴⁵⁹. Kurumsal tahkim ile *ad hoc* tahkim arasında birçok fark bulunduğu, kurumsal tahkimde yargılama esnasında meydana gelen usuli problemlerin tahkim merkezi kuralları uyarınca çözümleneceği; ancak *ad hoc*

⁴⁵⁸ JLT GAR Energy and Associates, Inc. vd. v. Ivanhoe Energy Inc. vd., United States District Court for the Eastern State of California, No. 1:11-cv-00907, (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/caedce/1:2011cv00907/224474/69/>, Erişim tarihi: 27.11.2017.

⁴⁵⁹ Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 89.

tahkime bu tür problemlerin çözümlenmesi için devlet mahkemesine başvuru yapılması gerektiği en temel fark olarak vurgulanmıştır. Ayrıca tarafların tahkim merkezlerini sahip olduğu prestij ve birikim nedeniyle tercih ettiği belirtilerek, bu yorumun tarafları *ad hoc* tahkime mecbur kılacağı ileri sürülmektedir. Yazar bu yaklaşıma yöneltmiş olduğu eleştirilere rağmen, mevcut olmayan tahkim merkezinin yetkilendirildiği tahkim anlaşmalarının *ad hoc* tahkime yönelik olarak yorumlanmasının hukuken geçerli bir çözüm olduğunu kabul etmektedir⁴⁶⁰.

Uyuşmazlıkların çözümlenmesi için mevcut olmayan “*New York Amerikan Tahkim Derneği*”ne atıf yapan bir tahkim anlaşması New York Mahkemeleri tarafından geçerli kabul edilmiş ve anlaşma “*New York’ta Amerikan Tahkim Derneği (AAA in New York) kuralları uyarınca*” şeklinde yorumlanmıştır⁴⁶¹. Amerikan mahkemeleri tarafından verilen bu karar üst paragrafta yer alan karardan farklılık göstermektedir. Bu halde mahkeme mevcut olmayan tahkim merkezine yapılan atfı yorumlayarak, mevcut ve belirli bir tahkim merkezinin yetkilendirildiği sonucuna varmaktadır. Yukarıda incelenen kararda tahkim anlaşmasının *ad hoc* tahkime yönelik olduğu kabul edilmişken işbu kararda mahkeme mevcut olmayan tahkim merkezine yapılan atfı anlam ifade edecek şekilde yorumlamıştır.

İsviçre Mahkemeleri de, mevcut olmayan tahkim kurumuna atıf yapan tahkim anlaşmaları bakımından benzer bir yorum metotları benimseyerek, genellikle bu anlaşmaların geçerli olduğu yönünde karar vermektedir. Bir olayda, “*Sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklar Lugano’da Zürih Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi tarafından çözümlenecektir.*” şeklinde kaleme alınmış olan tahkim şartının yer aldığı sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık meydana gelmiştir. Taraflardan biri MTO’ya başvurarak tahkim prosedürünü başlatmış ve MTO tahkimi sonucunda, karar alınmıştır. Diğer taraf ise söz konusu tahkim şartının geçersiz

⁴⁶⁰ Bununla birlikte yazar, tarafların seçtiği tarihte mevcut olan ve tahkim hizmeti veren merkezin, yargıya müracaat edildiği tarihte tahkim faaliyetine son vermiş olması söz konusu ise tahkim anlaşmasının geçerli hale geleceğini savunmaktadır; Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 90-91.

⁴⁶¹ Warnes SA v Harvic International Ltd, 1993 (Naklen: Paul D. Friedland, “Drafting Considerations for Clauses Designating New York as the Place of Arbitration, **International Commercial Arbitration in New York**, ed. James H Carter, John Fellas, Oxford, Oxford University Press, 2010, a.g.e, s. 72)

olduğu iddiasıyla, karar aleyhinde İsviçre mahkemelerinde iptal davası açmıştır. İptal davasında ilgili tahkim şartının geçerliliğini inceleyen İsviçre Federal Mahkemesi, şartın geçerli olduğunu karara bađlamıştır⁴⁶². Olayda problem yaratan husus, tahkim şartının yorumlanması sonucu iki farklı tahkim kurumunun yetkili kabul edilebilecek olmasıdır. Tahkim şartında kastedilen kurumun “*Paris’te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası*” veya “*Zürih Ticaret Odası*” olarak yorumlanması mümkündür. Nitekim davacı, uyuşmazlıkları çözümlmek üzere Paris’te bulunan MTO’nun yetkili olduğunu; davalı ise tahkim şartında belirtilen kurumun Zürich Ticaret Odası olduğunu ileri sürmüştür. MTO bünyesinde yapılan tahkim yargılamasında hakem, yorum yoluyla her iki tahkim kurumunun da yetkili kılınmasının mümkün olduğunu belirtmiş ve bu hallerde anlaşmanın geçersiz olmayacağını, yetkili tahkim kurumunun belirlenmesine davacının seçim hakkı bulunduğunu karara bağlamıştır. Davacının seçimini yapması ile birlikte hangi tahkim kurumunun yetkili olduğuna ilişkin belirsizlik ortadan kalkacak ve tahkim yargılaması bu kurum bünyesinde yapılacaktır. Hakem kararı uyarınca, davacı uyuşmazlık meydana geldikten sonra MTO’ya başvurduğu için seçimini yapmış kabul edilmeli ve MTO’nun yargılama yetkisi bulunduğu kabul edilmelidir. Hakem kararının iptali talebini reddeden mahkeme, tahkim şartının geçerli olduğunu karara bağlamış ve tahkim şartında yer verilen “*Lugano*” şehrinin tahkim yeri olduğunu, “*Zürih*” şehrinin ise MTO İsviçre Milli Komitesi bu şehirde bulunduğundan yanlışlıkla yazıldığını kabul etmiştir. İsviçre mahkemesi tarafından verilen bu kararda, mevcut olmayan tahkim merkezine yapılan atıf anlam ifade edecek ve belirli bir tahkim merkezini yetkilendirecek şekilde yorumlanmıştır.

Fransız mahkemeleri benzer şekilde mevcut olmayan tahkim kurumuna yapılan atfı anlam ifade edecek şekilde yeniden yorumlamaktadır. Tarafların tahkim iradesini, mevcut olmayan kuruma yapılan atıftan bağımsız kabul ederek, tarafların tahkime başvuru iradesinin mevcut olduğu hallerde, geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu yönünde karar vermektedir.

⁴⁶² Swiss Federal Tribunal, 5 Aralık 2008, DFT 4A_376/2008, (Çevrimiçi), <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/5%20decembre%202008%204A%20376%202008.pdf>, Erişim tarihi: 28.11.2017.

Mevcut olmayan “*Belgrad Ticaret Odası*”na atıf yapan bir tahkim şartı ilk derece mahkemesi tarafından yorumlanarak, tahkim şartıyla Belgrad’daki tek tahkim merkezi olan “*Yugoslavya Ticaret Odası Bünyesinde Bulunan Dış Ticaret Tahkim Divanı*”nın kastedildiğini ve dolayısıyla geçerli bir tahkim şartı bulunduğunu hükme bağlamıştır. Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar onanmıştır⁴⁶³.

Fransız mahkemeleri tarafından incelenen bir tahkim şartı, “... *tüm uyuşmazlıklar resmi Paris Ticaret Odası tarafından ... çözümlenecektir.*” şeklinde kaleme alınmıştır. Taraflardan biri Paris mahkemelerine başvurarak Paris’te *resmi* Ticaret Odası bulunmadığını ve gerçek iradelerinin Milletlerarası Ticaret Odası’na başvurmak olduğunu belirterek, mahkemenin bu durumu hüküm altına almasını talep etmiştir. Mahkeme de Paris’te uluslararası tahkim alanında en bilinen ve en çok başvuru alan merkezin MTO olduğunu ve tarafların asıl iradelerinin metinden açıkça anlaşıldığını gerekçe göstererek şirketin talebini kabul etmiş ve uyuşmazlığı çözmeye yetkili tahkim kurumunun MTO olduğuna karar vermiştir⁴⁶⁴. Mahkeme tarafların mevcut olmayan kuruma yapmış olduğu atfı taraf iradelerini yorumlayarak, anlamlı hale getirmiş ve bir tahkim kurumunu yetkili kılmıştır. Doktrinde tarafların kaleme aldığı bu tahkim şartı eleştirilmiş ve bu belirsizliğin sonuçlarının “*felakete yola açabilecek*” nitelikte olduğu savunulmuştur⁴⁶⁵.

Başka bir olayda, “*Paris Ticaret Odası Mahkemesi*”ne atıf yapan bir tahkim şartının yer aldığı sözleşmeden doğan uyuşmazlık davacının başvurusu üzerine “*Paris Tahkim Odası*” bünyesinde çözümlenmiştir. Aleyhine karar alınan taraf, hakem kararını Paris İstinaf Mahkemesi önüne götürmüştü ve tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia ederek kararın iptalini talep etmiştir. Mahkeme, Paris Ticaret Odası’na ait tek bir tahkim merkezi bulunduğunu ve bu

⁴⁶³ Epoux Convert c/ Société Droga, Cour de Cassation, 1^{ere} Chambre Civile, 14 Aralık 1983, **Revue de l’Arbitrage**, No. 4, Librairie Techniques, 1984, s.483-484.

⁴⁶⁴ Société Asland v. European Energy Corporation, Tribunal de Grande Instance de Paris, 16 Şubat 1988, **Revue de l’Arbitrage**, No:1, Librairie Techniques, 1990, s. 521-522.

⁴⁶⁵ Doktrinde bu tür tahkim şartları « disastrous compromise » olarak anılmaktadır. Davis, **a.g.m.**, s. 369 ; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 132 ; Tweeddale, Tweeddale, **a.g.e.**, s. 118 para 4.47.

merkezin de “*Paris Tahkim Odası*” olduğunu belirtmiş, taraflarca kaleme alınan tahkim anlaşmasının geçerli olduğu yönünde karar vermiştir⁴⁶⁶. Söz konusu gerekçeyle hakem kararının iptali talebi reddedilmiştir.

“*Paris Ticaret Odası*” tahkimini yetkilendiren farklı bir tahkim şartı Fransız mahkemeleri tarafından yorumlanmıştır⁴⁶⁷. Ancak bu olayda, davacı tahkim talebini “*Paris Tahkim Odası*”na değil “*Milletlerarası Ticaret Odası*”na yapmıştır. Davalı ise tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiasıyla Marsilya Asliye Mahkemesi’nde başvurmuş ve bu mahkeme davalının iddialarını reddetmiştir. Davalı Marsilya Asliye Mahkemesi tarafından verilen karara karşı kanun yoluna başvurmamıştır. Davalının itirazının reddedilmesi üzerine, davacının tahkim talebini yöneltmiş olduğu MTO bünyesinde hakem heyeti teşekkül etmiş ve uyuşmazlığa ilişkin karar vermiştir. Davalı hakem kararının verilmesinden sonra geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığı gerekçesiyle kararın iptalini talep etmiştir. Davalının talebini değerlendiren Paris İstinaf Mahkemesi davacının MTO’ya başvurduğu ve davalının MTO bünyesinde yapılan yargılamaya aktif olarak katıldığını ve Marsilya Asliye Mahkemesi tarafından verilen karara karşı kanun yoluna başvurmadığını ileri sürerek hakem kararının iptali talebini reddetmiştir.

Doktrinde “*Paris Ticaret Odası*”nı yetkilendiren iki tahkim şartının yorumlanması sonucu birinin “*Paris Tahkim Odası*”nı; diğerinin ise “*Milletlerarası Ticaret Odası*”nı yetkilendirildiğinin kabul edilmiş olması tahkim şartının geçerliliği hususunda tereddüt meydana getirmiştir. Bir yazar, aynı şartın iki ayrı kararda iki farklı şekilde yorumlanması sonucu, her iki tarafı da tatmin edecek bir çözüme ulaşılmasının imkansız hale geldiğini ileri sürmekte ve tarafların ad hoc tahkime yönlendirilmesi veya tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmedilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Société Tuvomon vs. Société Amaltex, Cour d’Appel de Paris, 1re Chambre Supp, 14 Şubat 1985, **Revue de l’Arbitrage**, 1987, Librairie Technique, s. 325.

⁴⁶⁷ Société Deko c/ G. Dingler et société Meva, Cour d’Appel de Paris, 1re Chambre Civile, 24 Mart 1994, **Revue de l’Arbitrage**, S. 3, 1994, Librairie Technique, s. 515-524.

⁴⁶⁸ Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 105-106.

Kanaatimizce henüz tahkime başvuru yapılmamışsa, iki farklı tahkim merkezine eşit mesafede bulunan bir tahkim anlaşması için yazarın savunduğu görüş isabetlidir. Ancak yukarıda incelenen Paris İstinaf Mahkemesi kararlarında olduğu gibi, hakem kararının iptali veya tenfizi aşamasında tahkim anlaşmaları yorumlanırken, tarafların yargılama süresindeki ve sonrasındaki davranışları da dikkate alınmalıdır. Zira Paris İstinaf Mahkemeleri tarafından verilen kararlar arasındaki görünüşteki çelişkinin sebebi de taraf davranışlarından ileri gelmektedir. Yukarıda incelenen ilk kararda davacı tahkim talebini “*Paris Tahkim Odası*”na yaptığından ve tahkim Paris Tahkim Odası bünyesinde yürütüldüğünden, iptal davası aşamasında tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna hükmedilmemiştir. İkinci kararda ise davacı tahkim talebini “*Milletlerarası Ticaret Odası*”na yapmış ve MTO bünyesinde yürütülen tahkim sonucu verilen hakem kararının iptali talep edilmiştir. İki farklı tahkim merkezine eşit mesafede bulunan bir tahkim anlaşması söz konusuysa ve davacı bir seçim yaparak merkezlerden birine başvurmuş ve bu merkez tarafından yürütülen tahkim sonucu bir karar alınmışsa tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna hükmedilemeyeceği kanaatindeyiz.

Tahkim merkezleri de, genellikle devlet mahkemeleri ile benzer yönde karar vermekte ve mevcut olmayan kuruma yapılan atıflarla oluşturulan tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmektedir. “*Zürih Milletlerarası Ticari Tahkim Kurumu*”na atıf yapan bir tahkim şartı dolayısıyla, davacı Zürich Ticaret Odasının yetkili olduğunu iddia etmiş ve tahkim talebiyle bu kuruma başvurmuştur. Tahkim şartını inceleyen Zürich Ticaret Odası, tahkim şartının geçerli olduğu ve uyuşmazlığın çözümü bakımından kendi yetkisinin bulunduğu yönünde karar vermiştir⁴⁶⁹. Kararın gerekçesinde tarafların açıkça bir tahkim kuruma atıf yapmış olduğu ve Zürich’te milletlerarası tahkim kurumu olarak sadece Zürich Ticaret Odası’nın mevcut olduğu vurgulanmıştır. Benzer bir karar Cenevre Ticaret Odası tarafından verilmiştir⁴⁷⁰. “*Cenevre’de yer alan İsviçre Dış Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi*”ni yetkilendiren bir tahkim şartı Cenevre Ticaret ve Endüstri Odası tarafından incelenmiş ve

⁴⁶⁹ Preliminary Award of 25 November 1994, Zurich Chamber of Commerce, *YBCA*, C. XXII, the Hague, Kluwer Law International, 1997, s. 211-216.

⁴⁷⁰ Chamber of Commerce and Industry of Geneva, Arbitration Matter No. 117, 29 Kasım 1996, Interlocutory Award, *ASA Bulletin*, C. 15, S. 3, Kluwer Law International, 1997, s. 534.

sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bakımından “*Cenevre Ticaret ve Endüstri Odası Hakem Mahkemesi*”nin yetkili olduğu kararlaştırılmıştır. Hakemler tarafından verilen bu kararlarda liberal yorum ilkesinin benimsendiği gözlemlenmektedir.

Yukarıda devlet mahkemelerinin ve tahkim kurumlarının mevcut olmayan tahkim kuruma atıf yapan tahkim anlaşmalarını geçerli kıldığı kararlara yer verilmiştir. Tahkim anlaşması ya da *ad hoc* tahkime yönelik bir anlaşma olarak kabul edilmekte ya da mevcut olmayan kuruma yapılan atıf anlam ifade edecek şekilde yorumlanmaktadır. Mahkeme ve hakemlerin genellikle bu patolojik anlaşmaları geçerli kılma eğilimde olduğu kabul edilse de, bazı hallerde mevcut olmayan tahkim kuruma atıf yapan tahkim anlaşmaları geçersiz kılınmıştır.

“*İsviçre Ticaret ve Endüstri Odası Tahkim Divanı*”na atıf yapan bir tahkim şartının geçerliliği Amerikan mahkemeleri tarafından değerlendirilmiş ve böyle bir kurum mevcut olmadığından söz konusu şartın geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır⁴⁷¹. Mevcut olmayan “*Lahey Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (Hollanda)*”ne atıf yapan tahkim şartının Fransız mahkemeleri tarafından geçersiz olduğuna hükmedilmiştir⁴⁷². Doktrinde Fransız mahkemelerinin bu tür anlaşmaları genellikle geçerli kabul etme eğilimde olduğu belirtilmiş ve bu ayrık kararın haklı bir gerekçesi olduğuna değinilmiştir⁴⁷³. Yazara göre, taraflar mevcut olmayan bir kuruma atıf yapmış olsalar dahi, tarafların atıf yaptığı kurum “*Lahey Daimi Tahkim Divanı*” olarak yorumlanabilir. Mahkemenin tahkim anlaşmasını bu yönde yorumlamamasının sebebi ise devlet yargısına başvurmadan önce tarafların Lahey Tahkimi Divanına giderek başvuru yapmış olması ve Divanın uyuşmazlığı çözmeye hususunda yetkili olmadığı yönünde karar vermiş olmasıdır.

⁴⁷¹ National Material Trading v. M/V Kaptan Cebi, United States District Court, District of South Carolina, 13 Mart 1997, (Çevrimiçi), <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/8/18702.pdf>, Erişim tarihi: 28.11.2017.

⁴⁷² Société Harper Robinson c/ société internationale de maintenance et de réalisations industrielles, Cour d’Appel de Grenoble, 24 Ocak 1996, **Revue de l’arbitrage**, No. 1, Librairies Techniques, 1997, s. 87-88.

⁴⁷³ Yves Derains, “Chronique de jurisprudence française – Observations”, **Revue de l’arbitrage**, No. 1, Librairies Techniques, 1997, s. 87-89.

“Londra Tahkim Odası”na atıf yapan başka bir tahkim anlaşmasının geçerliliği Fransız Mahkemeleri tarafından değerlendirilmiş ve tahkim anlaşmasının tatbikinin mümkün olmadığı; dolayısıyla uyuşmazlığı çözümlene hususunda devlet mahkemelerinin yetkili olduğu yönünde karar verilmiştir⁴⁷⁴. Kararda tahkim anlaşmasının ad hoc tahkim anlaşmasına dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği tartışılmış; ancak o tarihte yürürlükte bulunan Fransız Medeni Muhakeme Kanunu m. 1493 dolayısıyla anlaşmanın tatbikinin mümkün olmadığı kararlaştırılmıştır. Sonradan ilga edilen maddede geçerli bir tahkim anlaşması akdedilebilmesi için doğrudan veya atıf yoluyla, tahkim anlaşmasında hakemlerin tayin edilmesi veya hakemlerin tayinine ilişkin bir usul öngörülmüş olması gerektiği kabul edilmekteydi.

Yukarıda çeşitli devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlardan anlaşılacağı üzere, bazı istisnalar haricinde mevcut olmayan tahkim kurumuna atıf yapan tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmektedir. Tahkim anlaşmalarını yorumlayan mahkemeler, ya taraf iradelerinden yola çıkarak mevcut olmayan kuruma atıf yapan hükmü mevcut bir kurumun yetkilendirildiği şeklinde yorumlamakta ya da ilgili hükmü hiç yazılmamış kabul etmekte ve uyuşmazlıkların *ad hoc* tahkim yöntemiyle çözümleneceğini kararlaştırmaktadır.

Yargıtay tarafından incelenen mevcut olmayan tahkim merkezlerini yetkilendiren tahkim anlaşmalarının geçerliliği birden çok karara konu olmuştur. Aşağıda bu konuya ilişkin Yargıtay kararları, doktrinde ileri sürülen görüş ve eleştiriler uyarınca incelenecektir.

Yargıtay tarafından 1981 yılında verilen bir kararda “Paris Ticaret Odası”nın yetkilendirildiği bir tahkim şartı değerlendirilmiştir. Uyuşmazlığın meydana geldiği tarihte Paris Ticaret Odası hakemlik işleriyle uğraşmadığından, davalı Paris Ticaret Odası’nı yetkilendiren tahkim şartına dayanarak Milletlerarası Ticaret Odası’na başvurmuştur. Davacı ise sözleşmede kararlaştırılan Paris Ticaret Odası’nın hakemlik işini görmemesi sebebiyle tahkim şartının geçersiz olduğunu ileri

⁴⁷⁴ Ltd Capital Rice Co c/ SARL Michel Come, Cour d’Appel de Versailles, 3 Ekim 1991, **Revue de l’arbitrage**, No: 4, Librairies Techniques, 1992, s. 654-656.

sürmüştür. Mahkeme tarafların gerçek amacını tespit ederek, bu amacın uyuşmazlıkların Milletlerarası Paris Ticaret Odası'na çözümlenmesi olduğunu hüküm altına almış ve davacının taleplerini reddetmiştir⁴⁷⁵.

Doktrinde bu karar eleştirilmektedir. Paris Ticaret Odası'na yapılan atıf hem "Paris Tahkim Odası" hem de "Milletlerarası Ticaret Odası" şeklinde yorumlanabileceğinden her iki tahkim merkezine eşit mesafede bulunan tahkim şartının ad hoc tahkime yönelik kabul edilmesi veya şartın geçersiz olduğuna hükmedilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁷⁶. Davacının MTO bünyesinde yürütülen yargılamaya katılmış olmasının, yargılamaya katılırken hakem heyetinin yetkisine itirazda bulunduğu için sonraki aşamalarda itirazda bulunma hakkını ortadan kaldırmacayağı belirtilmiştir. Ancak kararda, Suriye/İdlib Mahkemesinde açılan bir davada, davacı tarafından hakemlik faaliyetinin MTO tarafından yürütüleceğinin kabul edildiğine yer verilmiştir. Şayet davacı açıkça MTO'nun yetkili olduğunu kabul etmişse, sonradan ileri sürmüş olduğu itirazın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz. Ayrıca olayda davalının Milletlerarası Ticaret Odası'na başvurmuş bulunması ve burada yargılamanın yürütülüyor olması dolayısıyla, usul ekonomisi ilkesi dikkate alındığında uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından MTO'nun yetkili olduğunun kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

Uyuşmazlıkların "*Taşkent Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Mahkemesi*" veya "*Cenevre Uluslararası Tahkim Mahkemesi*" tarafından çözümleneceğini düzenleyen bir tahkim anlaşmasının geçerliliği Yargıtay tarafından değerlendirilmiştir. Her iki tahkim mahkemesi de sözleşmenin yapıldığı tarihte fiilen ve hukuken mevcut olmadığından, davacı tahkim şartının geçersiz olduğunu İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde dava açarak ileri sürmüştür. Davalı ise tahkim itirazında bulunmuştur. Tahkim itirazı üzerine geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığını değerlendiren yerel mahkeme, davacının hakem mahkemelerinin

⁴⁷⁵ Yargıtay 11. HD, 1981/2726E., 1981/3508K., 07.07.1981, **YKD**, C. 7, S. 11, Kasım 1981, s. 1449-1452.

⁴⁷⁶ Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 124.

mevcut olmadığı iddiasına ilişkin kabul edilebilir bilgi ve belge sunmadığı için tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir⁴⁷⁷.

Doktrinde hükmün mefhum-u muhalifinden, mevcut olmayan kurumsal tahkim merkezini yetkilendiren tahkim anlaşmalarının Türk hukukunda geçersiz sayılacağı sonucuna ulaşılabileceği belirtilmektedir⁴⁷⁸. Zira karardan kurumsal tahkim merkezlerinin mevcut olmadığını davacı usulüne uygun delillerle ispat etmiş olsaydı tahkim şartının her iki mahkeme tarafından geçersiz kabul edileceği anlaşılmaktadır.

Doktrinde Yargıtay'ın vermiş olduğu hükmün isabetli olduğu belirtilmiş; ancak hükmün gerekçesi eleştirilmiştir⁴⁷⁹. Yazar tarafından, sözleşmenin kurulduğu tarihte Taşkent'te tahkim faaliyeti ile uğraşan bir Oda ve Cenevre'de ise Uluslararası Tahkim Mahkemesi adı altında bir kurum bulunmadığı belirtilmiştir. Ancak Cenevre'de "Cenevre Ticaret ve Sanayi Odası" bünyesinde bir tahkim mahkemesinin mevcut olduğu ve başka bir kurumsal tahkim merkezi bulunmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla tarafların kaleme almış olduğu tahkim şartıyla "*Cenevre Ticaret ve Sanayi Odası*"nı yetkilendirdiği ve tahkim itirazının kabul edilmesi gerektiği yazar tarafından savunulmaktadır. Kanaatimizce taraf iradeleri anlam ifade edecek şekilde yorumlandığında doktrinde varılan sonuca ulaşılabilecektir; dolayısıyla yazarın savunduğu görüşe katılmaktayız.

"*Avrupa Topluluğu'nun Ticaret ve Sanayi Odasının Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi*" şeklinde kaleme alınan ve mevcut olmayan tahkim merkezini yetkilendiren bir tahkim şartın geçerliliği Yargıtay tarafından değerlendirilmiş; hatta Yargıtay tarafından verilen karar üzerine davacı şirket Anayasa mahkemesine bireysel başvuru yapmıştır. Davacı şirketin açmış olduğu itirazın iptali davasında, davalı şirket sözleşmede yer alan ve yukarıda belirtilen tahkim mahkemesini yetkilendiren tahkim şartı dolayısıyla tahkim itirazında bulunmuştur. Mahkeme sözleşmede tahkim şartına yer verildiği gerekçesiyle tahkim itirazını kabul

⁴⁷⁷ İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, 1997/1220E., 1998/1954K., 24.11.1998 ve Yargıtay 19. HD 1999/3348E., 1999/4304K., 21.06.1999, (Naklen: Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 438.)

⁴⁷⁸ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 438.

⁴⁷⁹ Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 125-126.

etmiştir⁴⁸⁰. Mahkemenin vermiş olduğu karar üzerine davacı temyize başvurmuş ve Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır⁴⁸¹. Bunu üzerine davacı şirket, mahkemeye erişim hakkının engellendiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiayı dayanaktan yoksun olduğu sebebiyle reddetmiştir⁴⁸².

Doktrinde tahkim kurumunun yorum yoluyla benzetilebileceği bir tahkim merkezi bulunmadığı ve tahkim yeri de belirlenmediğinden, uyuşmazlık meydana geldiğinde tarafların başvurabileceği bir tahkim merkezinin mevcut olmadığı belirtilmiştir⁴⁸³. Türk mahkemeleri ise geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu gerekçesiyle davayı usulden reddetmiştir. Türk mahkemelerinin bu davaya bakmayı reddetmesi üzerine davacının müracaat edebileceği başka bir yargı merci kalmadığı yazar tarafından vurgulanmaktadır. Bu itibarla davacı tarafın “adalete erişim hakkı”nın ihlal edildiği ileri sürülmüştür.

II. Birden Çok Tahkim Merkezini Yetkilendiren Anlaşmalar

Taraflar kaleme aldıkları tahkim anlaşmasında birden çok kurumsal tahkim merkezini yetkilendirebilir veya birden çok merkezin tahkim kurallarına atıf yapabilir. Bu halde, taraf iradelerinin ne olduğu hususunda belirsizlikler ortaya çıkabilir ve anlaşma yorumlanmaya muhtaç olur. Birden çok tahkim merkezini yetkilendiren tahkim anlaşmaları geçerli midir? Geçerli ise hangi merkez tahkim prosedürünün yönetilmesi hususunda yetkili olacaktır, hakem seçimini hangi merkez gerçekleştirecektir? Bu hukuki sorunların cevaplandırılması gerekecektir.

Taraflar, aralarında meydana gelecek olan uyuşmazlıkların çözümlenmesi veya hakemlerin tayin edilmesi için birden çok tahkim merkezini ayrı ayrı

⁴⁸⁰ İstanbul Anadolu 21. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2013/456E., 2014/191K., 1.7.2014 (Naklen: Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 131-132.)

⁴⁸¹ Yargıtay 15. HD, 2015/3849E., 2015/47876K., 15.10.2015, (Naklen: Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 132-133)

⁴⁸² Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru, Başvuru numarası: 2016/1198, 30.05.2016, (Naklen: Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 133.)

⁴⁸³ Esen, **Mevcut veya Belirli**, s. 133-134.

yetkilendirebilir. “*Uyuşmazlıkların çözümünde MTO veya LCIA yetkilidir*” şeklinde kaleme alınan bir tahkim şartı bu duruma örnek gösterilebilir. Taraflar, tek tahkim merkezini yetkilendirmekle birlikte tahkim prosedürüne diğer bir tahkim merkezinin kurallarının uygulanacağını kararlaştırabilir. “*Uyuşmazlıkların çözümü bakımından LCIA yetkilidir, tahkim prosedürü MTO Arabuluculuk ve Tahkim Kuralları uyarınca yürütülür*” şeklinde kaleme alınan bir tahkim şartı bu duruma örnek teşkil eder. Her iki halde de tarafların tahkim iradesi mevcuttur; ancak hangi merkezin yetkilendirildiğine ve uyuşmazlıkların hangi merkezde hangi kurallar uyarınca çözümleneceğine ilişkin belirsizlik söz konusudur. Aşağıda hakem ve mahkeme kararları ışığında birden çok tahkim kurumuna atıf yapan tahkim anlaşmaları değerlendirilecektir.

İki farklı tahkim merkezini yetkilendiren bir tahkim şartı Lübnan mahkemeleri tarafından incelenmiştir. Olaya konu olan şart şu şekilde kaleme alınmıştır: “*İşbu sözleşmeden doğan bütün uyuşmazlıklar Bükreş Ticaret Odası tarafından veya hakemler tarafından verilen karar kesin ve icra edilebilir olmak üzere Paris MTO’nun Tahkim Divanı tarafından çözülecektir.*” Tahkim şartının patolojik yapısı sebebiyle uyuşmazlık Lübnan İstinaf Mahkemesine intikal etmiş ve mahkeme söz konusu şartın geçerli olmadığına karar vermiştir⁴⁸⁴. Kararın gerekçesi uyarınca, taraflar tahkim şartını hazırlarken iki farklı tahkim merkezi belirlemiş; ancak uyuşmazlık meydana geldiğinde nereye başvurulacağı konusunda kesin bir hükme yer vermemişlerdir. Kaldı ki Taraflardan birinin tek taraflı olarak seçim yapma ve prosedürü başlatma yetkisi de bulunmamaktadır. Mahkemeye göre, bu düzenleme tarafların “*tahkim şartı*” değil “*tahkime hazırlık şartı*” düzenlediği anlamına gelmektedir. Tahkim merkezleri arasında herhangi bir seçim yapılmadığından ve sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkime götürülebilmesi için tarafların yeni bir anlaşma yapmasına ihtiyaç duyulduğundan tahkim şartı geçersiz kabul edilmiştir.

Kanaatimizce ilgili tahkim şartının geçerli kabul edilmesi mümkündür ve mahkeme taraf iradelerini, sözleşme öncesi görüşmeleri, taraflar arasındaki

⁴⁸⁴ Cour de Cassation Libanaise, 1e Chambre Civile, 27 Nisan 1987. Bkz. **Revue de l’Arbitrage**, No:1, 1988, s. 723-726.

yazışmaları vs. dikkate alarak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde yetkili olan tahkim merkezini belirleyebilir veya bu seçimi hak iddia eden kişiye bırakabilir. Davacının tahkim merkezlerinden birine başvurması ile o merkezin yetkili hale geleceği kabul edilebilir.

Lübnan mahkemeleri tarafından verilen kararda birden çok tahkim merkezini yetkilendiren tahkim anlaşmaları geçersiz kabul edilmiştir; ancak söz konusu anlaşmaların geçerli ve tatbikinin mümkün kabul edildiği mahkeme kararları çoğunluktadır.

*“Uyuşmazlıklar Moskova Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Mahkemesi ya da Stockholm Ticaret Odası Tahkim Mahkemesinden biri tarafından çözümlenir, bu konudaki tercih hakkı tahkime müracaat edecek tarafa bırakılmıştır.”*⁴⁸⁵ şeklinde kaleme alınan tahkim şartı ile ilgili bir uyuşmazlık meydana gelmiş ve söz konusu şart Yargıtay tarafından inceleme konusu yapılmıştır. Her iki tarafa da eşit biçimde tanınmış seçimlik hak bulunduğundan, Yargıtay tahkim şartının geçerli olduğunu karara bağlamıştır⁴⁸⁶. Tahkim anlaşmalarının genellikle dar anlamda yorumlayan ve bu anlaşmaların istisnai niteliğini ön plana çıkaran Yargıtay tarafından birden çok tahkim merkezini yetkilendiren tahkim şartı geçerli kabul edilmiştir. Tahkim şartı içerisinde hem devlet mahkemelerine hem de tahkime başvuru öngörülmüş olsaydı şart mahkeme tarafından geçersiz kabul edilecekti; ancak tarafların uyuşmazlıkları tahkimde çözme iradesi açık olduğundan kanaatimizce Yargıtay’ın vermiş olduğu karar isabetlidir.

Yargıtay HGK tarafından verilen diğer bir kararda, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü Hakem Mahkemesi yetkilendirildikten sonra tahkim şartında yapılan bir değişiklikle Moskova Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Mahkemesinin de yetkilendirildiği bir tahkim şartının geçerliliği değerlendirilmiştir. Taraflar uyuşmazlıkların çözümünde hem Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü Hakem Mahkemesi’nin hem de Moskova Ticaret ve Sanayi Odası

⁴⁸⁵ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 588.

⁴⁸⁶ YHGK, 9.6.1999, 1999/19E., 1999/489K, **YKD**, 2000, C.2, s. 183; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 588.

Uluslararası Tahkim Mahkemesinin yetkili olduğunu kararlaştırmış; tahkim merkezi seçiminin iddia sahibine ait olduğunu belirtmiştir. Yerel mahkeme bu düzenlemenin Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle ilgili tahkim şartına dayanılarak verilen hakem kararının Türkiye’de tenfiz edilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Yargıtay HGK ise taraflardan biri lehine üstünlük sağlanmadığından tahkim şartının geçerli olduğunu karara bağlamış ve hakem kararının tenfizinin kabulüne hükmetmiştir⁴⁸⁷.

Birden çok tahkim merkezinin yetkilendirildiği hallerde, davacı tahkim merkezi seçimi yapmalı ve tahkim talebini seçtiği merkeze iletmelidir. Davacı tarafından seçilen merkez uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından yetkili olacak ve davacının yapmış olduğu bu seçim karşı tarafı da bağlayacaktır. Dolayısıyla davacının seçmiş olduğu tahkim merkezii hakem seçimi de dahil olmak üzere tüm prosedürün yönetilmesi hususunda yetkili olacaktır.

Birden çok tahkim kurumuna atıf sıradaki tahkim şartında olduğu şekilde de gerçekleşebilir: “*İşbu sözleşmeden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar tek bir hakem tarafından Seul’de Kore Ticari Tahkim Mahkemesi önünde MTO Tahkim Kuralları uyarınca çözümlenecektir*⁴⁸⁸.” Taraflar tahkim şartında tek bir tahkim merkezini yetkilendirmekle beraber, yetkilendirdikleri tahkim merkezinin MTO tahkim kurallarını uygulamasını talep etmiştir. Doktrinde, söz konusu tahkim şartını kaleme alan tarafların iradesinin açık olmadığı belirtilmiştir. Özellikle hakemin kim tarafından seçileceği hususunda belirsizlik olduğu ve tarafların MTO tahkimini seçip seçmediği konusunda açıklık bulunmadığı gerekçesiyle tahkim patolojik kabul edilmiştir⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Yargıtay HGK, 1999/19467 E., 1999/489K., 9.6.1999, **YKD**, C. 26, S. 1, Ocak 2000, s. 183-186. Yargıtay 19. HD tarafından verilen ve Cenevre’de veya Taşkent’te tahkimi öngören anlaşmanın geçerli kabul edildiği bir karar da mevcuttur. (Yargıtay 19. HD, 1999/3348E., 1999/4304K., 21.06.1999, Naklen: Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 416, dn. 498)

⁴⁸⁸ Bond, **a.g.m.**, s. 68; “*Any controversy or claim arising out of or relating to this Agreement or the breach hereof shall be settled by arbitration in Seoul, Republic of Korea before the Korean Commercial Arbitration Tribunal by a single arbitrator in accordance with the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce.*”

⁴⁸⁹ Tolkusinas, **a.g.e.**, s. 36-37.

Yukarıda belirtilen tahkim şartından çıkarılabilecek birçok farklı anlam vardır. Tarafların sadece hakem tayin etmek üzere Kore Ticari Tahkim Mahkemesi'ni yetkilendirdiği ve tahkimin MTO kuralları uyarınca yürülmesi gerektiği şeklinde yorum yapılabilir. Tahkim şartında açıkça Kore Ticari Tahkim Mahkemesi “önünde” kavramı kullanıldığından, tahkim yargılamasının yürütülmesinde bu merkezin yetkili olduğu ve MTO Tahkim Kurallarının sadece tamamlayıcı nitelikte kabul edildiği sonucuna da varılabilir. Bu ihtimalde, MTO Tahkim Kurallarına atıf yapılmış olsa dahi uyuşmazlıkların çözümü bakımından MTO'nun yetkilendirilmediği sonucuna varılmış olur. Tarafların MTO tahkimine başvurma iradesi olduğu gerekçesiyle MTO tahkiminin seçildiği ve dolayısıyla MTO tahkim kurallarının uygulanması gerektiği yönünde yorum yapılması da mümkündür. Bu halde Kore Ticari Tahkim mahkemesi Seul'de tahkimin fiilen gerçekleştirileceği yeri göstermektedir⁴⁹⁰. Kore'de bulunan mahkim merkezinin MTO Tahkim Kurallarını uygulayarak tahkim yargılamasını gerçekleştirmesi imkanı da mevcuttur⁴⁹¹. Olayda MTO tahkiminin yetkilendirildiği gerekçesiyle taraflardan biri MTO'ya başvurmuş ve tahkimin MTO bünyesinde gerçekleştirilmesini talep etmiştir. MTO kendi tahkim kuralları uyarınca tek hakemi tayin etmiş ve hakem, uyuşmazlıkların çözümünde kendi yetkisinin bulunduğunu hüküm altına alan bir ara karar vermiştir⁴⁹².

Hakem uyuşmazlıkların çözümü bakımından yetkili olduğunu karara bağlamış olsa da tahkim şartının içeriği oldukça muğlaktır. Hakem nihai kararını verdikten sonra karar aleyhine iptal davası açılması halinde, davayı açan taraf tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürebilecektir. Benzer şekilde New York Konvansiyonu kapsamında hakem kararının tanınması veya tenfizi talep edildiğinde, tahkim anlaşmasının hükümsüz olduğu gerekçesiyle tanıma veya tenfiz talebi reddedilebilecektir.

2012 yılında güncellenen MTO Tahkim Kurallarında, MTO Tahkim Divanı'nın MTO tahkim kuralları uyarınca tahkim prosedürünü organize etme konusunda münhasır yetkisinin bulunduğu düzenlenmiştir. Tahkim anlaşmasında

⁴⁹⁰ Davis, **a.g.m.**, s. 377.

⁴⁹¹ Maleville, **a.g.m.**, s. 72.

⁴⁹² Davis, **a.g.m.**, s. 378.

MTO Tahkim Kuralları'nın uygulanacağını kararlaştırılması halinde tahkim prosedürünün MTO tarafından yürütüleceği belirtilmektedir⁴⁹³. Tarafların tahkim anlaşmasında MTO Tahkim Kurallarına yer verdiği hallerde, tahkim prosedürünün MTO tarafından yürütüleceğini kararlaştırdığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla MTO Tahkim Kuralları uyarınca MTO'dan farklı bir tahkim merkezi, örneğin ISTAC, tarafından yürütülecek tahkim prosedürü engellenmeye çalışılmıştır. Doktrinde sözleşme serbestisi ilkesi vurgulanmış ve MTO Tahkim Kuralları ile taraf iradelerinin bu denli kısıtlanamayacağı ileri sürülmüştür⁴⁹⁴.

III. Taraflardan Sadece Birine Tahkime Başvuru Hakkı Veren Anlaşmalar (Asimetrik Tahkim Anlaşmaları)

A. Asimetrik Tahkim Anlaşması Kavramı

Tahkim anlaşmaları bakımından kural, taraflara herhangi bir ayırım ya da üstünlük gözetilmeksizin uyuşmazlıkları tahkime havale etme hakkı verilmesidir⁴⁹⁵. Uygulamada taraflardan sadece birinin tahkim yoluna başvurabileceğini öngören tahkim anlaşmaları kaleme alınabilir⁴⁹⁶ ve bunlar asimetrik tahkim anlaşması ya da tek taraflı tahkim anlaşmaları olarak adlandırılır⁴⁹⁷. Kendisine tahkime başvurma

⁴⁹³ MTO Tahkim Kuralları m. 1/f.2 ve m. 6/f.2

⁴⁹⁴ Jason Fry, "HKL Group Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. and HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte Ltd.", **Journal of International Arbitration**, C. 30, S. 4, 2013, s. 460.

⁴⁹⁵ Simon Nesbitt, Henry Quinlan, "The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses", **Arbitration International**, C. 22, S. 1, Oxford, Oxford Academic, 2006, s. 134; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 586; Erkan, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara, Yetkin, 2013, s. 70.

⁴⁹⁶ Born, **a.g.e.**, s. 229-230; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 329; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 611; Emre Esen, "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği", **İKÜHFD**, C.9, S.2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 145 (**Kıyı Emniyeti**) s. 145-146; Fatih Aydemir, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 127.

⁴⁹⁷ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration-Commentary and Materials**, 2. Bs, The Hague, Kluwer Law International, 2001, s. 229-230; Esen, **Kıyı Emniyeti**, s. 145; Erkan, **a.g.e.**, s. 70. Terimin İngilizcesi "asymmetrical arbitration clause" olup, bu anlaşmalar doktrinde "unilateral", "optional", "one-sided", "one-way" arbitration clauses olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Deyan Draguiev, "Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability and Enforceability", **Journal of International Arbitration**, C. 31, S. 1, the Netherlands, Wolters Kluwer, 2014, s. 20. Doktrinde bir yazar da bu anlaşmaları "nonmutual" olarak adlandırmaktadır; Bkz. Christopher R. Drahozal, "Nonmutual Agreements to Arbitrate", **The Journal of Corporation Law**, C. 27,

hakkı verilmeyen tarafın hak arama imkânlarını ortadan kaldırdığı izlenimini veren bu anlaşmalar⁴⁹⁸ patolojik unsur taşımaktadır.

Tek tarafa seçim hakkı tanıyan anlaşmalarla taraflardan birine, uyuşmazlığı çözümlenmek üzere belirlenmiş ve diğer tarafı bağlayan yargı yeri dışında bir yargı yerinde dava açma seçeneği tanınmıştır⁴⁹⁹. Doktrinde asimetrik tahkim anlaşmaları, bir tarafa daha geniş haklar tanıyarak tarafların eşitliğini bozan anlaşma olarak da tanımlanmıştır⁵⁰⁰. İkinci tanımın kapsamı daha geniş olup, bir tarafa tüm hakemleri seçme hakkının tanınması örneğinde olduğu gibi taraflar arasında eşitliği bozan tüm durumları kapsar.

Asimetrik tahkim şartları genellikle konusu para ödöncü olan sözleşmeler içerisinde yer alır ve para ödöncü veren, ödöncü alana kıyasla daha güçlü taraftır. Ödöncü veren daha güçlü konumda yer aldığından, kendisi lehine daha geniş haklar tanınmasını sağlar ve bu yolla taraflar arasındaki eşitlik bozulur⁵⁰¹. Konumu dolayısıyla taraflardan birinin pazarlık gücü daha fazladır ve karşı tarafa kendi koşullarını kabul ettirme olasılığı yüksektir⁵⁰². Hak ve ödevlerin asimetrik şekilde dağıtılmasının asıl sebebi de sözleşmenin taraflarının asimetrik konumda yer almasıdır⁵⁰³. Bu tür anlaşmalar, genellikle taraflardan birinin yerleşim yeri, yetkili mahkeme veya hakem kararını tanıyıp tenfiz etmeyen bir devlette bulunuyorsa sözleşmelere eklenmektedir⁵⁰⁴. Özellikle daha kuvvetli konumda bulunan alacaklı bankalar, borçlunun malvarlığına el koyabilmek için birden çok başvuru yolunu açık tutmak istemektedir. Bu durumun sonucu olarak bankalar, sözleşmelerine borçlunun

University of Iowa School of Law, 2001-2002, s. 540. Bir grup yazar İngiliz Hukukunda bu anlaşmalara “trumping” clauses adı verildiğini belirtmiştir; bkz. Nesbitt, Quinlan, **a.g.m.**, s. 133. Diğer bir yazar ise bu anlaşmaları “abusive arbitration clauses” olarak adlandırmaktadır; Bkz. Krasniqi, **a.g.m.**

⁴⁹⁸ Esen, **Kıyı Emniyeti**, s. 146.

⁴⁹⁹ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 102, Draguiev, **a.g.m.**, s. 23; Nesbitt, Quinlan, **a.g.m.**, s. 134.

⁵⁰⁰ Ekşi, **HMK’da Tahkim**, s. 83; İlhan, **a.g.e.**, s. 211; Aydemir, **a.g.e.**, s. 128.

⁵⁰¹ Draguiev, **a.g.m.**, s. 20.

⁵⁰² Nesbitt, Quinlan, **a.g.m.**, s. 134.

⁵⁰³ Draguiev, **a.g.m.**, s. 21.

⁵⁰⁴ Nesbitt, Quinlan, **a.g.m.**, s. 134.

ülkesinde ya da malvarlığının bulunduğu yerde dava açma veya tahkime başvurma haklarını tek taraflı olarak saklı tutan şartlar eklemektedir⁵⁰⁵.

Asimetrik anlaşmalar çeşitli şekillerde kaleme alınabilir. Taraflardan birine aynı uyuşmazlık çözme mekanizması içinde birden çok *foruma* başvuru hakkı tanınabilir. Örneğin, taraflardan biri sadece devlet mahkemesinde dava açma hakkına sahipken, diğer taraf birden çok devlet mahkemesine başvuru hakkına sahip olabilir. Böylece asimetrik yetki sözleşmeleri kaleme alınmış olur. Ya da birden çok uyuşmazlık çöme mekanizmasına başvuru hakkı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmaları kaleme alınabilir. Örneğin taraflardan biri sadece devlet mahkemelerine başvuru hakkı tanınmışken, diğer taraf devlet mahkemesine veya tahkime başvuru hakkına sahiptir⁵⁰⁶.

Tarafların (A) ve (B) olduğu, tahkim anlaşması-yetki sözleşmesi birleşiminin yer aldığı bir şart düşünelim. Bu birleşim iki farklı ihtimalde gerçekleşebilir. İlk ihtimalde, (A)'nın sadece devlet mahkemesine başvuru yapma hakkı, (B)'nin ise devlet mahkemesine ya da tahkime başvuru hakkı mevcuttur. İkinci ihtimalde ise, (A)'nın sadece tahkime başvuru hakkı varken, (B)'nin hem devlet mahkemelerine hem de tahkime başvuru hakkına sahip olduğu düzenlenebilir.

İlk ihtimali incelersek, (A)'nın devlet mahkemelerine ya da tahkime başvuru hakkı vardır ve bu iki *forumdan* herhangi birine başvuru yaptığı anda (A) seçimini yapmış olur ve başvurduğu *forum* uyuşmazlıkların çözümü bakımından yetkili hale gelir. Dolayısıyla (A)'nın yaptığı seçime (B) uymalıdır. (B)'nin bir devlet mahkemesine başvuru yaptığı hallerde ise, (A)'nın devlet mahkemesinde tahkim itirazında bulunarak uyuşmazlığın tahkim vasıtasıyla çözümlenmesini sağlayabileceği bazı yargı kararlarında belirtilmiştir⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Richard Fentiman, "Unilateral Jurisdiction Agreements in Europe", **The Cambridge Law Journal**, C. 72, S. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s.24.

⁵⁰⁶ Draguiev, **a.g.m.**, s. 23.

⁵⁰⁷ Aşağıda daha detaylı biçimde incelenecek olan NB Three Shipping Ltd. v Harebell Shipping Ltd., 2004, APP.L.R. 10/13 kararı bu yaklaşıma örnek olarak gösterilebilir. Draguiev, **a.g.m.**, s. 25.

İkinci ihtimalde ise (A)'nın devlet mahkemelerine ya da tahkime başvuru hakkı vardır ve üst paragrafta belirtildiği üzere (B), (A)'nın yaptığı seçime uymalıdır. (B), tahkime başvurursa ve (A) uyuşmazlığı devlet mahkemesine sevk etmeye çalışırsa, bu durum tek taraflı tahkim anlaşmasının ihlali anlamına gelir ve devlet mahkemesi uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından yetkili değildir. Bu halde uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde çözümlenebilmesi için (A), devlet mahkemesi önünde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürmeli ve mahkeme bu iddiayı kabul etmelidir⁵⁰⁸.

B. Asimetrik Tahkim Anlaşmaları ve Yetki Sözleşmelerinin İncelenmesi

Aşağıda mahkeme kararları ışığında detaylarıyla inceleneceği üzere, asimetrik anlaşmaların geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Çeşitli devlet mahkemelerinin her iki yönde de vermiş olduğu kararlar mevcuttur. Asimetrik tahkim anlaşmalarının yorumlanması hakkında fikir vermesi ve mahkemelerin bu anlaşmalara olan bakış açısının tespit edilebilmesi açısından, asimetrik tahkim anlaşmaları ile birlikte bazı asimetrik yetki sözleşmeleri de incelenecektir.

İngiliz mahkemelerinin istikrar kazanmış uygulamasıyla, tek taraflı tahkim anlaşmalarının İngiliz hukuku bakımından geçerli ve icra edilebilir olduğu kabul edilmiştir⁵⁰⁹. *Law Debenture Trust*⁵¹⁰ davasında, uyuşmazlıkların İngiliz mahkemelerinde çözümleneceği, sadece senet hamillerinin tahkim yoluna başvurarak hak talep edebileceğini düzenleyen bir anlaşma uyuşmazlık konusu olmuştur. Mahkeme anlaşmanın taraflardan birine avantaj sağladığını kabul etmiş; ancak birçok sözleşmesel düzenlemenin benzer nitelikte olduğunu belirterek taraf eşitliğinin bozulmadığı gerekçesiyle anlaşmayı geçerli kabul etmiştir. Aşağıda yer

⁵⁰⁸ Draguiev, **a.g.m**, s. 25

⁵⁰⁹ Blackaby vd, **a.g.e**, s. 102. Güncel kararlar bu yönde olsa da, 1960'lı yıllarda İngiliz mahkemeleri tarafından verilen kararlarda, sadece tek bir tarafa tahkime başvuru hakkı veren tahkim anlaşmalarının geçerli olmayacağı önünde hükme varılmıştır. Asimetrik tahkim anlaşmalarını geçersiz kabul eden kararlar için bkz. *Baron v Sunderland Corp.* 1966, 1 All E. R. 349 (Naklen: Born, **Arbitration Agreements**, s. 732-733)

⁵¹⁰ *Law Debenture Trust Corp Plc v Elektrim Finance BV*, 2005, APP.L.R. 07/01.

verilen *Rothschild* davasında incelenen tek taraflı yetki sözleşmesiyle aynı nitelikte düzenlenmiş bir anlaşma, *Rothschild* kararından sonra İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından incelenmiş ve İngiliz hukukunun asimetrik anlaşmaları geçerli kabul eden yaklaşımı değişmemiştir⁵¹¹.

*NB Three Shipping*⁵¹² davasında, gemi maliki ve taşıtan arasında imzalanan bir sözleşme söz konusudur. Sözleşmede “*Taraflar arasında sözleşmeden doğan ya da sözleşmeyle ilişkili tüm uyuşmazlıkların çözümlenmesinde İngiliz mahkemeleri yetkilidir; ancak gemi maliki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları tahkime götürme hususunda seçim hakkına sahiptir*” şeklinde kaleme alınmış bir tek taraflı tahkim anlaşması mevcuttur. Anlaşmanın geçerli olup olmadığı uyuşmazlık konusu olmuş ve anlaşmayı inceleyen mahkeme anlaşmanın geçerli olduğuna karar vermiştir. Taşıtan, İngiliz mahkemelerinde dava açmış ve bu dava dolayısıyla gemi malikinin seçim hakkının ortadan kalktığını savunmuştur. Davacının iddiasına göre gemi maliki, taşıtan dava açmadan önce tahkim iradesini göstermediğinden dava açıldıktan sonra uyuşmazlıkların tahkim usulüyle çözümlenmesi bakımından seçim hakkı bulunmamaktadır. Mahkeme, tahkim anlaşması ile gemi malikine bir “*avantaj*” sağlandığı ve devlet mahkemelerinde yapılan yargılamayı durdurma hakkı verildiğinden bahisle davacının yorumunu tarafların iradesine uygun olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Buna göre gemi maliki, karşı taraf devlet mahkemesinde dava açsa dahi seçim hakkını kullanabilecek ve uyuşmazlıkların tahkim usulüyle çözümlenmesini sağlayabilecektir.

NB Three Shipping kararı ile İngiliz hukukunda asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerli kabul edildiği ve bu anlaşmaların uygulaması bakımından bir tereddüt kalmadığı belirtilmektedir⁵¹³. Zira kararda, taraflardan sadece birinin tahkime başvuru hakkının bulunmasının geçerli bir tahkim anlaşması kurmak için yeterli olduğu belirtilmiştir⁵¹⁴. NB Three Shipping kararı dolayısıyla varılan en

⁵¹¹ Mauritius Commercial Bank Ltd. v. Hestia Holdings Ltd. & Sujana Universal Industries Ltd., EWHC, 1328, 24 Mayıs 2013.

⁵¹² NB Three Shipping Ltd. v Harebell Shipping Ltd., 2004, APP.L.R. 10/13

⁵¹³ Nesbitt, Quinlan, **a.g.m.**, s. 133.

⁵¹⁴ Para. 12.

önemli sonuç ise; kendisine tek taraflı seçim hakkı tanınan tarafın, bu hakkını davacı ya da davalı konumunda bulunduğu hallerde kullanabileceğidir⁵¹⁵.

ABD hukukunda da İngiliz hukukuna benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. *Hannon*⁵¹⁶ davasında, taraflardan sadece birine tahkime başvuru hakkı tanıyan tahkim anlaşmasının salt bu özelliği dolayısıyla geçersiz kabul edilemeyeceği benimsenmiştir. *DiMercurio*⁵¹⁷ davasında da aynı kural tekrar edilerek, taraflardan sadece birine tahkime başvuru hakkı sağlayan tahkim anlaşması geçerli kabul edilmiştir. Güncel kararlar bu yönde olsa da, eski tarihli Amerikan mahkeme kararlarında, karşılıklılık ilkesinin zedelenmiş olduğu gerekçesiyle tek taraflı tahkim anlaşmalarını geçersiz kabul edilmiştir⁵¹⁸.

NB Three Shipping davasında tartışılan tahkim anlaşmasına benzer bir anlaşma Alman Federal Yüksek mahkemesi tarafından değerlendirilmiş ve mahkeme İngiliz Yüksek Mahkemesinin görüşünden büyük ölçüde ayrılmıştır⁵¹⁹. Zira sadece devlet mahkemesine başvuru hakkı bulunan tarafın dava açması halinde, uyuşmazlığı tahkime götürme hakkına da sahip olan karşı taraf, bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğunu iddia ederek davanın reddini talep edebilir⁵²⁰. Bu durumda devlet mahkemesinde dava açma seçeneği fiilen imkânsızlaşır; çünkü devlet mahkemesine başvuru hakkı, tahkim itirazı dolayısıyla kullanılamaz hale gelmektedir.

Fransız mahkemeleri *Rothschild*⁵²¹ davasında, taraflardan birine birden çok devlet mahkemesine, diğerine ise sadece bir devlet mahkemesine başvuru hakkı veren yetki sözleşmesini incelemiş, bankanın lehine olan sözleşmenin Brüksel I

⁵¹⁵ Nesbitt, Quinlan, **a.g.m.**, s. 142.

⁵¹⁶ Joseph Hannon vs. Original Gunita Aquatech Pools Inc., 385 Mass. 813, 10 Aralık 1981 – 20 Nisan, 1982.

⁵¹⁷ Francesco DiMercurio V. Sphere Drake Insurance Plc, United States Court of Appeals, First Circuit, No 1 a/c, No. 99-1470, 31 Ocak 2000.

⁵¹⁸ Hull v. Norcom Inc., US Court of Appeals for the Eleventh Circuit – 750 F. 2d 1547, 24 Ocak 1985.

⁵¹⁹ Bundesgerichtshof, 24 Eylül 1998, III ZR 133-97 (Jena), (Naklen: Draguiev, **a.g.m.**, s. 27.)

⁵²⁰ Bu kurum İngiliz hukukunda “*stay of proceedings*” olarak adlandırılmaktadır ve doğurduğu sonuçlar Türk Hukukundakilerden farklıdır. “*stay*” kavramı belli şartlar sağlanana kadar davanın “*ertelenmesi*” sonucunu doğurmaktadır. Türk hukukunda ise geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğu hallerde devlet mahkemelerinde açılan dava usulden reddedilir.

⁵²¹ La société Banque privée Edmond de Rothschild Europe v Mme X, Arrêt n° 983, 26 Eylül 2012 (11-26.022) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2012:C100983

Tüzüğüne⁵²² aykırı olduğu yönünde karar vermiştir. Geçersiz kabul edilen yetki sözleşmesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Banka ve mudi arasında meydana gelecek olan muhtemel uyuşmazlıklar sadece Lüksemburg mahkemelerinde çözümlenebilir. Bankanın mudiin yerleşim yerinde ya da başka herhangi bir yetkili mahkemede [...] dava açma hakkı saklı tutulmuştur.*” Mudi sadece Lüksemburg mahkemelerinde dava açabilecekken; banka mudiin yerleşim yerinde ya da herhangi bir yetkili mahkemede dava açabilecektir. Olayda istinaf mahkemesi asimetrik tahkim anlaşmalarının genel manada geçersiz kabul edilmediğini; ancak somut olayda yetki sözleşmesinin kapsamının haddinden fazla geniş olduğu gerekçesiyle geçersiz olduğu yönünde karar vermiştir. Yüksek Mahkeme de istinaf mahkemesinin vermiş olduğu kararı onamıştır.

Fransız mahkemeleri tarafından 1972 tarihinde verilmiş olan bir kararda, taraflardan sadece birine tahkime başvuru hakkı tanıyan tahkim anlaşması geçerli kabul edilmiştir⁵²³. Zira *Rothschild* kararında da, asimetrik anlaşmaların doğrudan geçersiz kabul edilmeyeceği vurgulanmıştır. Doktrinde yer alan bir görüş uyarınca, yetki sözleşmesi bakımından varılan bu kararın taraflardan sadece birine tahkime başvuru hakkı verilmesi halinde uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir⁵²⁴. Kanaatimizce *Rothschild* kararı dolayısıyla Fransız hukukunda asimetrik tahkim anlaşmalarının geçersiz kabul edildiği sonucuna varılamaz. Somut olayda taraflardan birine herhangi bir devlet mahkemesinde dava açma hakkı tanındığından, belirlilik unsuru gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla, yetki sözleşmesinin kapsamı mahkeme tarafından fazla geniş bulunmuş ve sözleşme geçersiz kabul edilmiştir.

Rusya Yüksek Tahkim Mahkemesi tarafından *Russian Telephone Company v Sony Ericsson* davasında incelenen asimetrik tahkim anlaşması şu şekilde kaleme alınmıştır: “*İşbu sözleşmeden doğan ve müzakere yoluyla çözümlenemeyen bütün uyuşmazlıklar MTO'nun Tahkim ve Arbuluculuk Kuralları uyarınca, bu kurallara*

⁵²² Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 Aralık 2000, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=celex:32001R0044>

⁵²³ Cour d'Appel d'Angers, 25 Eylül 1972, *Revue de l'arbitrage*, Paris, Librairie Technique, 1973, s. 164.

⁵²⁴ Blackaby vd, *a.g.e.*, s. 103.

göre atanan üç hakem tarafından, kesin olarak çözümlenecektir. [...] Bu tahkim şartı Sony Ericsson'un yetkili mahkemede dava açma hakkını [...] ortadan kaldırmaz.” Anlaşmayı inceleyen ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi geçerli bir tahkim şartı bulunduğu ve uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği yönünde karara varmıştır. Ancak anlaşmayı inceleyen Yüksek Mahkeme, taraflardan sadece birine devlet mahkemelerine başvuru hakkı verildiğinden, taraflar arasındaki menfaat dengesinin bozulduğu yönünde karara varmıştır. Mahkemenin gerekçesi ise AİHM m.6'de düzenlenen adil yargılanma hakkına dayanmaktadır. Zira adil yargılanma hakkı, bir devletin hukuk sistemi vasıtasıyla yapılan yargılamaları kapsadığı gibi yetkili alternatif uyuşmazlık çözüm yolu vasıtasıyla yapılan yargılamaları da kapsamaktadır⁵²⁵. Anlaşma, tarafların usul hukukuna ilişkin eşit haklara sahip olması ilkesini ihlal etmiştir; çünkü taraflardan birine belli haklar tanınmış, diğer taraf ise bu haklardan mahrum bırakılmıştır. Ancak mahkeme söz konusu anlaşmanın geçersiz olduğu yönünde karar vermek yerine, her iki tarafa da devlet mahkemesine başvuru hakkı sağlamıştır. Yani mahkeme anlaşmanın geçerli olduğuna hükmetmiş ve anlaşmayı tarafların eşit konuma gelmesini sağlayacak şekilde yorumlamıştır. Bu yaklaşım taraflarca kaleme alınan anlaşmanın içeriğini tamamen değiştirdiğinden ve anlaşmanın taraflardan birine avantaj sağlama niteliğini ortadan kaldırdığından doktrinde eleştirilmektedir⁵²⁶.

Türk mahkemeleri tarafından da asimetrik tahkim anlaşmalarına ilişkin verilmiş olan kararlar mevcuttur. Türk mahkemeleri tarafından geçerliliği incelenen bir asimetrik tahkim anlaşmasında tahkim prosedürünü başlatacak olan tarafa tüm hakemleri seçme yetkisi tanınmıştır. İlk derece mahkemesi tahkim anlaşmasının Türk kamu düzenine aykısı olduğu gerekçesi ile anlaşmanın geçersiz olduğuna hükmetmiş; ancak Yargıtay ilgili dairesi kararı bozmuştur. Yargıtay kararında, taraflardan sadece birine hakem seçme yetkisi tanınmış olsaydı bir taraf lehine üstünlük sağlanmış olacağından anlaşmanın geçersiz olacağı vurgulanmıştır. Oysa somut olayda hakemleri seçme yetkisi hak iddia edene yani tahkime başvuru yapan tarafa tanınmıştır. Tahkime başvuru yapan sözleşmenin taraflarından herhangi biri

⁵²⁵ AİHM, *Suda v. Czech Republic*, Başvuru No: 1643/06, Karar tarihi: 28.10.2010.

⁵²⁶ Draguiev, **a.g.m.**, s. 31.

olabileceğinden taraflardan birinin üstün konuma getirilmesi söz konusu değildir. Söz konusu gerekçelerle ilgili daire tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiş ve Hukuk Genel Kurulu da kararı onamıştır⁵²⁷. Ancak doktrinde bu karar hakemlerin bağımsızlığını ihlal edeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zira hakem mahkemesinin teşkilinde taraflardan herhangi birine üstünlük tanınmış olması yargılamada da üstünlük tanınmış olması anlamına gelir⁵²⁸. Görüş uyarınca, taraflardan sadece birine (hangi taraf olduğu belirtilmemiş olsa dahi) hakemlerin tamamını seçme hakkı tanıyan tahkim anlaşması, hakemlerin bağımsızlığını ihlal ettiğinden kamu düzenine aykırı kabul edilmelidir. Kaldı ki hakemlerin bağımsız olmaması, hakem kararının iptali ya da tanıma ve tenfizinin reddi sebebi oluşturabilecektir⁵²⁹. Kanaatimizce doktrinde ilgili HGK kararına yöneltilen eleştiriler isabetlidir. Davacı veya davalı taraftan herhangi birine hakemlerin tamamını seçme imkanı tanıyan bir tahkim anlaşması, hakem seçiminde söz hakkı sahibi olmayan tarafın savunma haklarını ihlal edecek ve dolayısıyla AİHM m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir. Üst paragrafta incelendiği üzere tahkim yolu ile yapılan yargılama da devlet mahkemelerinde yapılan yargılama gibi adil yargılanma hakkının kapsamına dahil edilmektedir⁵³⁰.

Yargıtayın aksi yönde vermiş olduğu bir karar da mevcuttur. “*iş bu sözleşmenin uygulanması veya uygulanmaması yüzünden ortaya çıkacak her türlü anlaşmazlık [...] tahkim usul ve yoluyla yapılacaktır. Yetkili yer Antalya veya Ankara olup seçme hakkı alıcındır.*” şeklinde kaleme alınmış olan tahkim şartının geçerliliği Yargıtay tarafından incelenmiştir. Yargıtay tahkim şartında hakem seçimi ekonomik ve sosyal güce sahip şirketin tekeline bırakıldığından, şartın ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz olduğuna hükmetmiştir⁵³¹. Kararın gerekçesinde tahkim anlaşmasının ahlaka aykırı olduğu vurgulanmış ve ahlaka aykırı bir tahkim

⁵²⁷ Yargıtay HGK, 09.06.1999, 1999/19-467E., 1999/489K.

⁵²⁸ Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi - 09.06.1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı”, **MHB-Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan**, C. 19, S. 1-2, İstanbul, 1999-2000, s. 561.

⁵²⁹ Süheyla Balkar Bozkurt, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, İstanbul, On iki levha, 2016, s. 355, 390.

⁵³⁰ AİHM, *Suda v. Czech Republic*, Başvuru No: 1643/06, Karar tarihi: 28.10.2010.

⁵³¹ Yargıtay 13. HD, 1990/8778E., 1991/4492K., 25.04.1991, YKD, C. 17, S. 8, Ağustos 1991, s. 1222-1224.

anlaşmasının geçerli olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Taraflardan birinin diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak, eşitliği kendi lehine bozması halinde veya taraflardan birine hakemlerin yarısından fazlasını ya da tamamını belirleme imkanı tanınması halinde anlaşma ahlaka aykırı olacaktır⁵³². Yargıtay bu kararıyla taraflardan birine tüm hakemleri seçme hakkını tanıyan tahkim anlaşmasının ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle isabetli olarak tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmetmiştir.

Türk hukukunda asimetrik tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı değerlendiren bir Yargıtay kararı daha mevcuttur⁵³³. Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün standart Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde "*tarafarca sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen kurtarma-yardım hizmetinden kaynaklanan kurtarma-yardım alacağıının tayinine ilişkin ihtilaf, yasal süresi içinde kurtarıcının talebi üzerine İstanbul'da tahkim yolu ile hallolunur.*" şeklinde bir tahkim anlaşması yer almaktadır.

Alıntılanan tahkim şartı uyarınca çözümlenmesi gereken bir uyuşmazlık meydana gelmiş, olay İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi'ne intikal etmiş ve mahkeme geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Mahkeme, uyuşmazlığın tahkime tabi olduğunu ve kurtarana tek taraflı olarak tahkime başvuru imkanı tanıyan tahkim şartı ile kurtarılanın yargı yoluna başvurma hakkından feragat ettiği sonucuna ulaşmıştır. Bu halde, tahkime başvuru imkanı sadece kurtarana tanındığından kurtarılan tahkime başvuramayacaktır ve sözleşmede tahkim anlaşması öngörüldüğünden kurtarılanın devlet mahkemesine başvuru hakkı da bulunmamaktadır.

Doktrinde Denizcilik İhtisas Mahkemesi tarafından verilmiş olan karar eleştirilmektedir. Emniyet Genel Müdürlüğü'nün kurtarma ve yardım hizmeti bakımından tekel hakkı bulunduğu da dikkate alınarak, Anayasa m. 36'da düzenlenen hak arama özgürlüğünü ve AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma

⁵³² Alangoya, a.g.e, s. 86.

⁵³³ İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi, 23.10.2008, 2008/54E., 2008/33K. (Nakleden: Esen, **Kıyı Emniyeti**, s. 151-153; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e**, s. 586.)

hakkını ihlal eden bu şartın geçersiz olduğu iddia edilmektedir⁵³⁴. Kanaatimizce doktrinde karara karşı ileri sürülen eleştiriler isabetlidir. Yazara göre bu tahkim şartını inceleyen mahkemenin iki farklı şekilde yorum yapma imkanı bulunmaktadır. Tahkim anlaşması geçersiz kabul edilerek devlet mahkemelerinin uyuşmazlıkların çözümü bakımından yetkili olduğu kabul edilebilir veya taraflardan sadece birine tahkime başvuru hakkı tanıyan tahkim anlaşmasının mevhumu muhalifinden diğer tarafın devlet mahkemelerine başvurma imkanı bulunduğu çıkarımı yapılabilir. Nitekim Denizcilik İhtisas Mahkemesi tarafından verilen kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, tahkim şartının hak arama özgürlüğünü zedeleyebilecek yapıda olduğuna hükmetmiş ve tahkime başvuru imkanı öngörülme yan taraf açısından mahkemeye başvuru hakkının mevcut olduğu gerekçesiyle tahkim şartını geçersiz saymıştır⁵³⁵. Kanaatimizce, gemi kurtarma sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, sözleşme taraflarından birinin sözleşmeyi müzakere etme imkanından yoksun olduğu ve çaresiz durumda bulunduğu gerekçesiyle 6098 sayılı TBK m. 28’de düzenlenen aşırı yararlanma kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür.

Asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin birçok farklı görüş ve mahkeme kararı mevcuttur. Asimetrik tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğunu ileri süren bir taraf; taraflar arasındaki dengenin bozulduğu ve karşılıklılığın zedelenmiş olduğu, tarafların eşit konumda bulunmadığı, taraflardan birinin tüketici ya da işçi olduğu hallerde “*zayıf*” tarafın korunması gerektiğine ilişkin iddialar ileri sürebilir⁵³⁶. Söz konusu anlaşmaların geçerli olduğunu iddia eden taraf ise, sözleşme serbestisi prensibi dolayısıyla taraf iradelerine saygı gösterilmesi gerektiğini ileri sürebilir.

Asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliği değerlendirilirken tarafların ve sözleşmenin niteliği üzerinde durulmalıdır. Tek taraf lehine dengeyi bozan bu sözleşmeler tacirler arasında imzalanıyorsa, taraflar sözleşme içeriğini düzenleme konusunda daha büyük bir serbestiye sahiptir. Zira her tacir, ticaretine ait

⁵³⁴ Esen, **Kıyı Emniyeti**, s. 153.

⁵³⁵ Yargıtay 11. HD, 15.02.2011, 2009/3257E., 2011/1675K. (Nakleden: Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 587-588.)

⁵³⁶ Draguiev, **a.g.m.**, s. 32-41.

faaliyetlerde basiretli iş adamı gibi hareket etmelidir⁵³⁷. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, objektif bir özen ölçüsü belirlemekte ve tacirin kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğunu düzenlemektedir⁵³⁸. Dolayısıyla, asimetrik tahkim anlaşmasında tacir olan taraf aleyhine, taraf dengesini bozan bir düzenlemeye yer verilmişse; tacirin savunma hakkı ihlal edilmiş olmadığı sürece kanaatimizce bu anlaşma geçerli kabul edilmelidir.

Taraflardan birinin tüketici olduğu hallerde, tek taraf lehine geniş haklar tanıyan bir sözleşmenin geçersiz olma olasılığı artacaktır⁵³⁹. Bazı devletler, tüketici sözleşmesine ilişkin davalarda uygulanacak hukuk ya da mahkemelerin yetkisi bakımından özel hükümler düzenlemiş ve bu hükümler vasıtasıyla tüketici lehine sınırlamalar getirilmiştir⁵⁴⁰. Doktrinde asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerli olduğu kabul edilmiş; ancak taraflardan birinin ekonomik durumu itibarıyla zayıf olduğu hallerde sözleşmenin geçersiz kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur⁵⁴¹.

Tarafların niteliği ile birlikte sözleşmenin içeriği de büyük önem arz etmektedir. Yukarıda yer verilen Rothschild kararında, mahkeme yetki sözleşmesinin geçersiz olduğuna karar verirken, Mme X'in tüketici olma özelliğine hiç değinmemiş sadece taraflar arasındaki dengenin bozulduğuna ve banka lehine çok geniş kapsamlı hak tanındığına yer verilmiştir. Bu yaklaşım doktrinde eleştirilmektedir; zira ticari olan ve olmayan işler arasında bir ayırım yapılmalı ve tarafların sözleşmedeki

⁵³⁷ TTK m. 18/2. Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Bs, İstanbul, XII Levha, 2015, s. 285; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 139.

⁵³⁸ Arkan, **a.g.e.**, s. 137-138.

⁵³⁹ Draguiev, **a.g.e.**, s. 33.

⁵⁴⁰ MÖHUK m. 26 ve m. 44; Brüksel I Tüzüğü m. 15-17; Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 1031; İtalyan Medeni Kanunu m. 1341-1342.

⁵⁴¹ Esen, **Kıyı Emniyeti**, s. 154; Aydemir, **a.g.e.**, s. 133. Doktrinde, bir yazar işçi sendikası veya tüketici dernekleri gibi kuruluşlar tarafından hazırlanan standart sözleşmelerde; sadece işçi veya tüketiciye tahkime başvuru hakkının tanınmış olduğu hallerde asimetrik tahkim anlaşmasının geçerli olabileceği ileri sürmüştür. Dolayısıyla doktrinde asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerli olup olmadığının her somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır; Ekşi, **HMK'da Tahkim**, s. 85-86.

konumu dikkate alınmalıdır⁵⁴². Mahkemeler, söz konusu hususları değerlendirmek yerine sadece taraflar arasındaki eşitliğin bozulduğundan bahisle asimetrik tahkim anlaşmalarını geçersiz kabul etmektedir.

IV. “Beyaz” Tahkim Anlaşmaları⁵⁴³

Doğrudan veya atıf yoluyla hiçbir tahkim kurumuna veya kurallarına yer vermeyen, hakemlerin ne şekilde belirleneceği hususunda hiçbir düzenleme barındırmayan tahkim anlaşmaları beyaz tahkim anlaşmaları olarak adlandırılır⁵⁴⁴. “Uyuşmazlıkların çözümü: tahkim” şeklinde kaleme alınan bir sözleşme hüküm bu tip anlaşmalara örnek gösterilebilir.

Bir yazar, bu tahkim anlaşmaları “floating” olarak adlandırmıştır⁵⁴⁵. Yazar, makalesinde örnek olarak “İş bu sözleşmeden kaynaklanan bütün uyuşmazlıklar tarafların vatandaşı olmadığı bir devlette yer alan tahkim mahkemesince çözülecektir.” şeklinde kaleme alınmış bir tahkim şartını göstermiştir. Başka bir yazar da bu tahkim şartlarını “floating” olarak adlandırmayı tercih etmiş ve farklı birkaç örneğe yer vermiştir: “İşbu sözleşmeden doğan bütün uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülecektir.”, “Muhtemel tahkim yeri: Oran Tahkim Divanı”⁵⁴⁶.

Bir grup yazar, “beyaz” anlaşmalarının tahkim yerine ilişkin herhangi bir işaret içermemesi ve bunları herhangi bir devlete bağlayacak ek unsurların mevcut olmaması halinde, bu anlaşmaların etki doğurmayacağı ileri sürmektedir⁵⁴⁷. Ancak tahkim anlaşmasını herhangi bir devlete bağlayan ve tahkim yerine işaret eden ek unsurların mevcut olması, bazı ülke hukukları uyarınca tahkim prosedürünün yürütülmesi için yeterlidir. Örneğin Fransız hukukunda benzer bir düzenleme kabul

⁵⁴² Draguiev, **a.g.m.**, s. 33.

⁵⁴³ Bu anlaşmalar doktrinde, blank clauses, white clauses ya da clauses blanches olarak adlandırılmaktadır.

⁵⁴⁴ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 130; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 266; Born, **Arbitration Agreements**, s. 767; Born, **Law and Practice**, s. 71.

⁵⁴⁵ Bkz. Davis, **a.g.m.** 385-386.

⁵⁴⁶ Bkz. Maleville, **a.g.m.**, s. 79.

⁵⁴⁷ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 130.

edilmiştir. Fransız Medeni Muhakeme Kanunu mülga m.1493/f.2 uyarınca⁵⁴⁸, tahkimin Fransa’da yürütüldüğü ya da Fransız Medeni Muhakeme hukukunun tahkime uygulanacağını kararlaştırıldığı hallerde, Paris Asliye Hukuk Mahkemesi başkanı prosedüre müdahale ederek hakem mahkemesinin teşkilini sağlayabilir. Dolayısıyla, “*tahkim, Paris*”, hatta “*tahkim, Fransa*” şeklinde kaleme alınan tahkim anlaşmaları Fransız hukukunda geçerli kabul edilebilecektir⁵⁴⁹. Bu yorum biçimi bazı mahkeme kararlarında ve doktrinde benimsenmiştir⁵⁵⁰. Özellikle Fransız mahkemeleri tarafından bu anlaşmalar geçerli kabul edilmekte ve mahkemelerce tarafların *ad hoc* tahkim usulünü benimsediği yönünde yorum yapılmaktadır⁵⁵¹.

Diğer devlet mahkemeleri tarafından benzer kararlar verilmiştir. “*Tahkim: gerekli görülen hallerde Londra’da*” biçiminde kaleme alınan bir tahkim anlaşması İtalyan Yüksek Mahkemesi tarafından geçerli kabul edilmiştir⁵⁵². Benzer şekilde, “*Tahkim: gerekli görülen hallerde New York şehrinde*” veya “*New York’ta tahkim*” şeklinde kaleme alınan tahkim anlaşmalarının geçerliliğini inceleyen Amerikan mahkemeleri, ilgili anlaşmaların geçerli olduğu yönünde karar vermiştir⁵⁵³.

Başka bir örnekte ise beyaz tahkim şartı şu şekilde kaleme alınmıştır: “*İşbu sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklar, Paris’te tahkim yoluyla çözülecektir*”⁵⁵⁴. İki şirket tarafından imzalanan tahkim şartında, tahkim prosedürünün *ad hoc* mu yoksa bir kurumsal tahkim merkezi aracılığıyla mı yürütüleceğine dair hiçbir işaret bulunmamaktadır. Taraflarca, bir kurumsal tahkim merkezinin seçildiğini kabul

⁵⁴⁸ Journal Officiel de la République Française, 14 Mayıs 1981, s. 1402.

⁵⁴⁹ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s.

⁵⁵⁰ “*İş bu sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklar Paris’te tahkim yolu ile çözümlenecektir*” şeklinde kaleme alınan bir tahkim anlaşması geçerli kabul edilmiştir; Société Chayaporn Rice Ltd c/ société Iptrade International, Tribunal de Grande Instance de Paris, 4 Ekim 1985, **Revue de l’arbitrage**, S. 2, 1987, s. 182-184; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 267; Scalbert, Marville, **a.g.m.**, s. 127.

⁵⁵¹ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 267.

⁵⁵² Corte di Cassazione, 21 Kasım 1983, **YBCA**, The Netherlands, Kluwer Law International, C. 10, 1985, s. 478;

⁵⁵³ Oriental Commercial & Shipping v. ROSSEEL, U.S. District Court for the Southern District of New York, 702 F. Supp. 1005, 19 Aralık 1988, (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/702/1005/2252478/>, Erişim tarihi: 21.10.2017; Bauer International Corp. v. Etablissement Soules & Cie. 303 NYS 2d 888, (Naklen: Born, **Arbitration Agreements**, s. 768.)

⁵⁵⁴ Tribunal de Grande Instance Paris, 14 Ekim 1985, Chayaporn vs. Iptrade International, **Revue d’Arbitrage**, No:1, 1987, s. 182-184; Maleville, **a.g.m.**, s. 79.

eidlse dahi hangi merkezin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olduğu konusunda belirsizlik mevcuttur. Sözleşmeyi imzalayan taraflar arasında söz konusu hususa ilişkin bir uyuşmazlık meydana gelmiş ve davacı taraf sözleşmeyi yorumlayarak uyuşmazlığı çözmeye yetkili kurumun Paris Tahkim Odası⁵⁵⁵ olduğu kanaatine varmış, hakemini seçerek kuruma başvurmuştur. Davalı taraf da Paris Tahkim Odasının yetkisi hususunda ihtirazi kayıt koyduktan sonra hakemini seçerek kuruma başvurmuştur. Tahkim Odası, hakem heyetinin başkanını atadıktan sonra, davalı taraf Paris mahkemelerine başvurarak davacının yanlış tahkim kurumuna başvurduğunu ileri sürmüştür. Davalı tarafın iradesini yorumlayan mahkeme, taraflarca düzenlenen tahkim anlaşmasının muğlak ve eksik olduğunu tespit etmiş; ancak davalı tarafın yetkili gördüğü kurumu belirtmemesini ve kendi iradesiyle hakemi seçip bildirmiş olmasını gerekçe göstererek devlet mahkemesinin uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından yetkisi bulunmadığına karar vermiştir⁵⁵⁶

Ancak her mahkeme kararı beyaz tahkim anlaşmalarını geçerli kılmamaktadır. Örneğin İsviçre mahkemeleri “İsviçre’de tahkim” şeklinde kaleme alınan bir tahkim anlaşmasının tahkim yerine ilişkin yeterli kesinliği içermediği gerekçesiyle geçersiz olduğu yönünde karar vermiştir⁵⁵⁷.

Bazı yazarların, tahkim yerine ilişkin herhangi bir *ipucu* içermediği hallerde beyaz tahkim anlaşmalarının geçersiz olacağı yönündeki görüşüne yer vermiştik. Diğer bir yazar ise tahkim anlaşmasının kapsamı, tahkim yeri veya hakemlerin seçimine ilişkin herhangi özel bir düzenlemeye yer vermeyen anlaşmaların geçerli olduğu görüşündedir⁵⁵⁸. Yazar, beyaz tahkim anlaşmalarının, yargılama usulüne ve hakem heyetinin belirlenmesinde karşılaşılabilecek paralel davalara ilişkin ciddi problemler doğurabileceğini kabul etmiş olsa da; tarafların tahkim iradelerinin mevcut olduğunu ve tahkim anlaşmasının geçersiz kılınmaması gerektiğini

⁵⁵⁵ “Chambre Arbitrale de Paris”

⁵⁵⁶ Tribunal de Grande Instance Paris, 14 Ekim 1985, Chayaporn vs. Ipitrade International, Revue d’Arbitrage, No:1, 1987, s. 182-184

⁵⁵⁷ Monsieur JeanMarcX. et Messieurs Chris Y. et Brian Z, Tribunal de première instance de Genève, 18 Haziran 2008, C/24208/2007-15-SS JTPI/8755/08, **ASA Bulletin**, C. 27, S. 1, Kluwer Law International, s. 161.

⁵⁵⁸ Born, **Arbitration Agreements**, s. 767-768.

savunmaktadır. Yazar, görüşünü çeşitli devletler mahkemelerince verilen kararlarla desteklemektedir. İngiliz mahkemeleri “*elverişli tahkim şartı*” şeklinde kaleme alınan bir tahkim şartının geçerli olduğunu ve objektif kriterlere dayanarak mahkemenin neyin “*elverişli*” olduğunu belirleyebileceği yönünde karar vermiştir⁵⁵⁹.

“*Bu işlem uyarınca meydana gelecek olan tüm uyuşmazlıklar olağan şekilde çözümlenecektir*” şeklinde kaleme alınmış olan bir tahkim anlaşması da Amerikan mahkemeleri tarafından geçerli kabul edilmiştir. Davacı, tahkim şartı tahkim yeri ve hakeme ilişkin herhangi bir hüküm içermediğinden tahkim anlaşmasının belirsiz ve uygulanmasının imkansız olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme bu iddiayı taraflar arasında daha önce kaleme alınmış olan bir sözleşmede AAA kurallarına atıf yapıldığı için haksız bulmuştur. Ancak mahkemenin gerekçesi bununla sınırlı kalmamaktadır; eski tarihli bir sözleşme dolayısıyla AAA kurallarına ulaşılamasaydı dahi mahkeme, ilgili anlaşmanın geçerli olacağı kanaatindedir. Zira mahkemenin verdiği karar uyarınca AAA kuralları tespit edilmemiş olsaydı dahi tarafların başvurusu üzerine mahkemenin hakem seçip atama yetkisi mevcuttur.

“*Üçüncü bir devlette tahkim*” şeklinde kaleme alınmış bir tahkim anlaşmasını değerlendiren Hong Kong Yüksek Mahkemesi ilgili anlaşmanın geçerli olduğu yönünde karar vermiştir⁵⁶⁰. Davacı, üçüncü devletin neresi olduğuna ilişkin herhangi bir açıklık bulunmadığından tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmiş olsa da; Mahkeme gerekçesinde, tarafların tahkim iradesinin mevcut olduğu ve “*üçüncü devlet*” teriminin tahkimin taraflarının işyerinin bulunmadığı herhangi bir devleti işaret etmekte olduğunu ileri sürerek anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir.

Kanaatimizce beyaz tahkim anlaşmalarının geçerli kabul edilebilmesi için, anlaşmada tahkim yerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş olması gerekmektedir. Taraflarca açıkça tahkim yeri olarak seçilmiş olmasa dahi tahkim anlaşmasında yer verilen herhangi bir şehir tahkim yeri olarak yorumlanabilir ve anlaşma *ad hoc*

⁵⁵⁹ Hobbs Padgett & Co. (Reinsurance), Ltd. v. J. C. Kirkland, Ltd., and Kirkland, Cour of Appeal, 1969, 2 Lloyd's Rep. 547, (Çevrimiçi), <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=146326>, Erişim Tarihi: 21.10.2017.

⁵⁶⁰ CLOUT Case 57, Lucky-Goldstar International Ltd. v. Ng Moo Kee Engineering Ltd., High Court of Hong Kong, 1 HKC 404, 5 Mayıs 1993.

tahkim anlaşması olarak ayakta tutulabilir. Ancak tahkim yerine ilişkin herhangi bir ipucu içermeyen beyaz tahkim anlaşmaları geçersiz kabul edilmelidir. Zira tahkim anlaşmaları devlet mahkemelerinin yargılama yetkisine önemli bir istisna oluşturur ve tahkim anlaşmalarının geçerli kabul edilebilmesi için en azından tahkim yeri gibi temel bir unsurun belirlenmiş veya belirlenebilir olması gereklidir.

Özellikle üst paragrafta yer alan kararlarda örnekleri gözlemlenebileceği gibi bazı devletler, tahkim lehine veya tahkimi devlet yargısından üstün kılan politikalar benimsemiştir. Bu politikalar nedeniyle sadece “*tahkim*” kelimesine yer verilmesi halinde dahi tarafların tahkim iradesinin mevcut olduğu ve uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Kanaatimizce tahkim lehine politikalar benimsenmiş olsa dahi, sadece “*tahkim*” kelimesinden oluşan bir tahkim şartının geçerli kılınması mümkün olmamalıdır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

HAKEMLERİN SEÇİMİ VE YETKİLERİNİN KAPSAMINA İLİŞKİN BELİRSİZLİKLER DOLAYISIYLA PATOLOJİK SAYILABİLECEK TAHKİM ŞARTI VE SÖZLEŞMESİ

I. Hakemlerin Seçimine İlişkin Belirsizlikler Nedeniyle Patolojik Sayılabilecek Tahkim Anlaşmaları

A. Hakemlerin Seçimindeki Belirsizlik

Tahkimin “*aşıl tendonu*” -özellikle uyuşmazlık meydana geldikten sonra-, taraflar arasında tahkim mahkemesinin teşkili bakımından ortaya çıkan anlaşmazlıklardır⁵⁶¹. Kural olarak, geçerli bir tahkim anlaşması kurulması için anlaşmada hakemlerin açıkça belirtilmiş veya hakemlerin seçimi için bir prosedürün öngörülmüş olmasına gerek yoktur⁵⁶². Ancak tahkim usulünün etkili bir biçimde kullanılabilmesi için, tarafların hakem seçiminde anlaşmazlığa düştüğü ya da hakem seçimini yapmaktan kaçındığı hallerde bu seçimi yapmak ve hakem mahkemesinin teşkilini sağlamak üzere üçüncü bir kişi, kurum ya da mahkemenin yetkili kılınması gerekir⁵⁶³.

Genellikle kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında, hakem atama hususunda yetkilendirilmiş makamlar öngörülmektedir⁵⁶⁴. Hakemin seçilemediği hallerde tahkim prosedürünün sekteye uğramaması için, kurumsal tahkim merkezleri hakem veya tayin edilmesi ve yargılamanın başlaması için özel kurallar kabul etmiştir. Dolayısıyla taraflar, hakemin tayini için özel kurallar kabul etmiş olan bir kurumsal tahkim merkezini yetkilendirmişse, bu durum hakem seçimi için bir

⁵⁶¹ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 484.

⁵⁶² Born, **Arbitration Agreements**, s. 769-770.

⁵⁶³ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 484.

⁵⁶⁴ Örnekğin: MTO Tahkim Kuralları m. 13; AAA Arbuluculuk ve Tahkim Kuralları m. 12 vd; LCIA Tahkim Kuralları m. 7; ISTAC Tahkim Kuralları m. 13.

prosedürün öngörüldüğü anlamına gelmektedir⁵⁶⁵. Örneğin ISTAC Tahkim Kuralları m.14'te “*Uyuşmazlığın Tek Hakem tarafından çözümleneceği hallerde taraflar, Tek Hakemi birlikte seçerler. Davacının Tahkim Talebinin karşı tarafa tebliğinden itibaren 30 gün içinde veya Sekretarya tarafından verilen ek sürede taraflar, Tek Hakemin seçimi konusunda anlaşamazlarsa Divan, Tek Hakemi tayin eder.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili madde uyarınca, tarafların hakem seçimi yapmaması yapamaması halinde ise Divan devreye girerek tek hakemi atamaktadır.

Kurumsal tahkim merkezleri bakımından yapılan açıklamalardan sonra *ad hoc* tahkim bakımından benzer bir sistemin bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Uygulamada *ad hoc* tahkimi öngören tahkim anlaşmalarında genellikle UNCITRAL Model Kanun'un uygulanacağı öngörülmektedir. Model Kanun m.8 ve m.9'da benzer bir hükümlere yer verilmiş ve bir atama makamı tesis edilmiştir. Uyuşmazlık tek hakem tarafından çözümleneceği kararlaştırıldıktan sonra taraflar verilen sürede tek hakem üzerinde anlaşamamışsa, taraflardan birinin talebi üzerine hakem atama makamınca belirlenir. Uyuşmazlık üç hakemle çözümlenecekse, seçilen iki hakemin başkanlık yapacak hakem üzerinde anlaşamaması halinde de başhakem atama makamı tarafından belirlenir.

Kurumsal tahkim merkezleri ve UNCITRAL tahkim kurallarında düzenlenen hakem atama makaları çeşitli devlet hukuklarında da kabul edilmiştir. Örneğin, Türk hukukunda, MTK m. 7 ile “*Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki isteminin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından hakem seçimi yapılır.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, sayılan koşullar gerçekleştiğinde hakem devlet mahkemesi tarafından tayin edilecektir.

Yapılan açıklamalar ışığında geçerli bir tahkim anlaşması düzenlenmesi için tarafların tahkim anlaşmasında hakem seçmesine gerek bulunmadığı anlaşılmaktadır.

⁵⁶⁵ Born, *Arbitration Agreements*, s. 770.

Taraflar, hakemlerin tayini için özel kurallar öngörmüş olan kurumsal tahkim merkezine veya ad hoc tahkimde UNCITRAL Tahkim Kurallarına atıf yaparak hakemlerin tayini için özel bir mekanizma belirlemiş olur⁵⁶⁶. Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.1443/f.2’de hakemleri belirlemeyen veya hakemlerin belirlenmesi için özel bir mekanizma öngörmeyen tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğu düzenlenmiştir; ancak bu hüküm ilga edilmiştir.

Aşağıda hakem seçimi bakımından patolojik olan tahkim anlaşmaları, hakem ve mahkeme kararları ışığında incelenecektir.

Taraflar, *“İşbu sözleşmeden ya da bu sözleşme ile ilgili herhangi bir husustan doğacak tüm ihtilaflar Paris’te yer alan Milletlerarası Ticaret Odası’nın Tahkim Kuralları uyarınca çözümlenir. Hakemin kararı⁵⁶⁷ taraflar açısından kesin ve bağlayıcıdır.⁵⁶⁸”* şeklinde bir tahkim anlaşması kaleme almıştır. Anılan tahkim şartı ilk bakışta patolojik özelliğiyle dikkat çekmemektedir. MTO tarafından önerilen tahkim şartına uygun bir düzenleme gibi görünmekle beraber, şartta hakem sayısına ilişkin bir belirsizlik söz konusudur. Somut olayda, anılan belirsizlik dolayısıyla taraflar arasında uyuşmazlık meydana gelmiştir. Davacı, *“hakemin kararı”* şeklinde tekil bir kavrama yer verildiğinden, uyuşmazlığın tek bir hakem tarafından çözümlenmesi gerektiği; davalı ise uyuşmazlığın üç kişilik bir hakem heyeti tarafından çözümlenmesi gerektiği iddiasındadır. Milletlerarası Tahkim Divanı, tahkim şartını inceledikten sonra uyuşmazlığın tek hakem tarafından çözümlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁵⁶⁹. Söz konusu şart, tahkim anlaşmalarının ne kadar dikkatli şekilde kaleme alınması gerektiğine açık bir örnektir. Önemli görülmeyen ya da kapsamlı şekilde değerlendirilmeyen tüm hükümler, tahkim prosedürünün yavaşlamasına veya durmasına sebebiyet verebilir. Tahkim yargılaması sonucunda aleyhine karar verileceği kanaatinde olan taraf, tahkim yargılamasını sabote etmek için benzer imkanlardan faydalanabilir.

⁵⁶⁶ Born, **Arbitration Agreements**, s. 769-770.

⁵⁶⁷ “Decision of the arbitrator“

⁵⁶⁸ Davis, **a.g.m.**, s. 371.

⁵⁶⁹ Davis, **a.g.m.**, s. 371.

Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından değerlendirilen benzer bir tahkim şartı, taraflarca şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Taraflardan her birinin birer hakem belirlemesi suretiyle iki hakem seçilecek; seçilen hakemlerin uyuşmazlık hakkında karara varamaması halinde, hakemlerin başvurusu üzerine ticaret mahkemesi başkanı tarafından üçüncü hakem belirlenecektir.*” Mahkeme kararına konu olan olayda, yukarıda yer alan şartta belirtildiği üzere taraflarca iki hakem seçilmiş; ancak hakemler uyuşmazlığın çözümü hususunda karara varamamıştır. Bununla beraber, hakemler ticaret mahkemesine başvurarak üçüncü hakemin mahkeme başkanı tarafından seçilmesi için de herhangi bir başvuru yapmamıştır⁵⁷⁰. Doktrinde, tahkim şartının değerlendirilmesi sonucu şartın klasik anlamda bir patolojik öge içermediği vurgulanmış ve olaydaki patolojik ögenin hakemlerin tutumundan kaynaklandığı belirtilmiştir⁵⁷¹. Tahkim şartı kaleme alınırken, hakemlerin karara varamaması halinde ticaret mahkemesine başvuracağı varsayımı üzerinden hareket edilmiş ve hakemlerin mahkemeye başvurmaması halinde uyuşmazlığın ne şekilde çözümleneceği göz ardı edilmiştir.

Somut olay bakımından çözüm, hakemler yerine taraflardan birinin yerel mahkemeye başvurması, üçüncü hakemin belirlenmesini talep etmesi ve yerel mahkemenin söz konusu başvuruyu kabul etmesi ile gerçekleşmiştir. Yerel mahkeme tarafından verilen karar, istinaf mahkemesi ve temyiz mahkemesince de onanmıştır. Bu süreçte mahkemeler tarafından tartışma konusu yapılan temel nokta, tahkim şartında açıkça hakemlerin başvuru yapması gerektiği belirtilmişken tarafın yaptığı başvurunun geçerli kabul edilip edilemeyeceğidir. Doktrinde şartın lafzını dikkate alarak⁵⁷² mahkemenin tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya icrasının imkansız olduğunu tespit edip, başvuruyu reddetmesi ve uyuşmazlığın yetkili devlet mahkemelerince çözümleneceğini karara başlaması gerektiği ileri

⁵⁷⁰ Cour de Cassation, Mairesse-Lebrun et autre c/ Société de Manufacture de machines du Haut-Rhin Manhurin, 15 Mayıs 1979, **Revue de l'Arbitrage**, No:1, Paris, Librairies Techniques, 1980, s. 73.

⁵⁷¹ Fouchard, **a.g.m.**, s. 74-75.

⁵⁷² Fransız hukukunda açık ve belirgin maddeler (*clauses claires et précises*) doktrini kabul edilmiştir. Bu doktrin uyarınca mahkemeler açık ve belirgin maddeler içeren sözleşmeleri yorumlayamaz. Şayet bu sözleşmeler mahkemeler tarafından yorumlanırsa, sözleşmenin niteliği mahkeme tarafından değiştirilmiş olur ve bu durum mahkeme kararının üst derece mahkemesi tarafından bozulması için sebep teşkil eder; bkz. Ahmet Cemil Yıldırım, “**Karşılaştırmalı Hukuk ve Yeknesak Hukukta Sözleşmenin Yorumu**”, İstanbul, XII Levha, 2015.

sürülmüştür⁵⁷³. Karardan açıkça anlaşılıyor ki, Fransız hukukunun her koşulda tahkimi destekleyen “*in favorem validitatis*” bakış açısı dolayısıyla Fransız yargı mercileri tahkim prosedürünün her aşamasında işbirlikçi bir tutum sergilemektedir⁵⁷⁴.

Jacksor adıyla anılan başka bir davada, iki şirket arasında bir sözleşme imzalanmış; sözleşmenin “*tahkim şartı*” başlığını taşıyan 28. maddesi “*İşbu ihaleye ilişkin her türlü uyuşmazlığın tahkim aracılığıyla çözümleneceği açıkça kararlaştırılmıştır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı sözleşmenin “*tahkim*” başlığını taşıyan 29. maddesi ise, “*Bir önceki madde ile kabul edilen tahkim usulü, CMF şirketi tarafından belirlenen hakem tarafından gerçekleştirilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 29. maddesinde, hakemin taraflardan sadece biri tarafından belirleneceği kaleme alınmıştır. Tarafların eşit konumda bulunmadığı söz konusu bu hükmün patolojik olduğu aşikârdır, değerlendirilmesi gereken esas nokta bu patolojinin 28. maddede düzenlenen tahkim şartını geçersiz hale getirip getirmeyeceğidir. Söz konusu olay Paris Asliye Mahkemesi önüne getirilmiş ve mahkeme tarafından yapılan değerlendirmeler sonucu 28. maddede düzenlenen tahkim şartının geçerli olduğu karara varılmıştır⁵⁷⁵. Sözleşmede sadece 29. madde yer alsa idi mahkeme büyük ihtimalle geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığına hükmedecekti⁵⁷⁶; ancak mahkeme 28. ve 29. maddeleri birlikte değerlendirerek hüküm tesis etmiştir. Kararın gerekçesinde, sözleşmenin 28. maddesi uyarınca tarafların iradesinin uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözmek olduğu vurgulanmış ve bu hususta herhangi bir belirsizlik bulunmadığı belirtilmiştir. Tarafların uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözme iradesi açık iken, salt hakem mahkemesinin teşkiline ilişkin bu iradeyi ortadan kaldırmayacağı yönünde karara varılmıştır.

⁵⁷³ Fouchard, **a.g.m.**, s. 76.

⁵⁷⁴ Bertrand Moreau, “L’intervention du tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et droit compare”, **Revue de l’Arbitrage**, No:2, Paris, Librairies Techniques, 1978, s. 323; Fouchard, **a.g.m.**, s. 75.

⁵⁷⁵ Tribunal de Grande Instance de paris, 31 ocak 1986, **Revue de l’arbitrage**, No : 1, Paris, Librairies Techniques, 1988, s. 184-185.

⁵⁷⁶ Scalbert, Marville, **a.g.m.**, s. 123.

Mahkeme hakem seçimine ilişkin tek taraflı yetki tanıyan hükmü geçersiz kabul ederek, hakemin belirlenmesi için taraflara kararın tebliğinden itibaren 15 günlük bir süre vermiştir. Karar uyarınca tarafların bu süre içerisinde ortak bir hakem belirlemesi gerekmektedir. Verilen süre içerisinde tarafların bir hakem seçmemesi halinde ise, her taraf bir hakem seçmeli ve bu iki hakem başkan görevini icra edecek üçüncü hakemi belirlemelidir. Mahkeme tarafından verilen bu kararın hukuki dayanağı, Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵⁷⁷, nun 1444. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu madde, tahkim anlaşması ile hakem seçimi yapılmadığı ya da anlaşmada hakemlerin ne şekilde belirleneceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği hallerde bu seçimin mahkeme tarafından gerçekleştirilmesinin önünü açmaktadır⁵⁷⁸.

Hakem seçimine ilişkin çelişkili hükümler barındıran bir başka anlaşmayı yorumlayan İsviçre Federal Mahkemesi, anlaşmanın geçerli olduğu yönünde karar vermiştir⁵⁷⁹. Söz konusu tahkim anlaşmasında Zürih Ticaret Odası'nın arabuluculuk ve tahkim kuralları ile UNCITRAL tahkim kurallarına atıf yapılmıştır ve bu kuralların yanı sıra hakemlerin belirlenmesi hususunda MTO'nun Tahkim Kuralları yetkili kılınmıştır. Mahkeme, anlaşmanın kısmen imkânsız olduğunu saptamış olsa da; anlaşmanın geçerli olduğunu ve MTO'ya yapılan atfın dikkate alınmayacağını belirtmiştir.

B. Hakem Tayin Etmek Üzere Belirlenen Kişi ya da Kurumun Mevcut Olmaması veya Hakem Tayin Etmeyi Reddetmesi

Taraflar tahkim anlaşmasında hakem tayin etmek üzere bir kişi veya kurumu yetkilendirebilir. Hakem tayin etmek üzere belirlenen kişi veya kurumun mevcut

⁵⁷⁷ Code de procédure civile français, décret no 75-1123 du 5 décembre 1975, bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20080118>.

⁵⁷⁸ Kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan 1444. maddenin metni şu şekildedir: “*Uyuşmazlık meydana geldikten sonra, hakem heyetinin teşkili aşamasında taraflardan ya da hakem seçimi yönteminden kaynaklanan bir problem doğarsa, asliye hukuk mahkemesi başkanı hakemi ya da hakemleri belirler* ».

⁵⁷⁹ AG v NV, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 21 Kasım 2003, **ASA Bulletin**, C. 22, S. 1, the Netherlands, Kluwer Law International, 2004, s.144-152.

olmaması veya hakemi tayin etmeyi reddetmesi halinde tahkim anlaşmasının tatbikinin mümkün olup olmadığı belirlenmelidir.

Travelport v. Bellview davasında⁵⁸⁰, uyuşmazlıkların UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca çözümlenebileceğini ve hakemi tayin edecek makam olarak “*Birleşik Devletler Tahkim Divanı*”nın belirlendiğini ve hakemin tayinine divanın kurallarının uygulanacağını düzenleyen bir tahkim şartının geçerliliği değerlendirilmiştir. Mahkeme hakemi tayin edecek makamın yanlış belirtilmiş olması dolayısıyla, tarafların tahkim iradesinin ortadan kalkmayacağı; dolayısıyla geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu yönünde karar vermiştir. Kararda, hakemi tayin etmek üzere gösterilen kurum mevcut olmadığından, ilgili kurumun mahkeme tarafından belirlenmesi gerektiği belirtilmiş ve mahkeme tarafından tahkim şartında yetkilendirilmiş olan UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca hakemi tayin edecek kurumun belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Amerikan Mahkemeleri tarafından verilen diğer bir kararda hakemleri tayin etmek üzere taraflarca yetkilendirilmiş olan “*İngiliz Milletlerarası Ticari Tahkim Merkezi*”nin mevcut olmamasının tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkileyip etkilemediği tartışılmış ve tarafların ortak tahkim iradesi bulunduğundan ilgili tahkim anlaşmasının geçerli olduğu yönünde karar verilmiştir⁵⁸¹. Tahkim şartının ilk bölümünde uyuşmazlıkların MTO Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları uyarınca çözümleneceğine ilişkin bir hüküm bulunduğundan; mahkeme, hakemlerin seçimi hususunda “*İngiliz Milletlerarası Ticari Tahkim Merkezi*”ne yapılan atfin dikkate alınmayacağını ve uyuşmazlıkların MTO Tahkim Kuralları uyarınca çözümleneceğini hüküm altına almıştır. Bu ihtimalde mahkeme, tahkim anlaşmasından ziyade tahkim iradesini esas alarak karar vermiştir.

⁵⁸⁰ Travelport Global Distribution Systems B.V. v. Bellview Airlines Limited, U.S. District Court, Southern District of New York, No. 1:2012cv03483, (Çevrimiçi), http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1217, Erişim Tarihi: 27.11.2017.

⁵⁸¹ Kwasny Corporation v. Acrylicon International Ltd, United States District Court Eastern District of Michigan Southern Division, No. 2:2009-13357, (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/michigan/miedce/2:2009cv13357/242057/21/>, Erişim tarihi: 27.11.2017.

*Aminoil vs. Kuwait*⁵⁸² davasında bu tip bir patoloji ortaya çıkmıştır. Taraflarca imzalanan tahkim şartında üçüncü hakemin “*Körfez Bölgesi İngiliz Diplomatik Temsilcisi*” tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Ancak uyuşmazlık ortaya çıktığında bu resmi makam ortadan kalkmıştır⁵⁸³. Benzer bir durum *Gatoil vs. İran* davasında, sözleşmede düzenlenen tahkim şartı sebebiyle yaşanmıştır. Taraflar hakemi belirleyecek makam olarak “*Tahran İstinaf Mahkemesi Başkanını*” göstermişlerdir; ancak bu resmi makam ortadan kalkmıştır⁵⁸⁴. Bu durumda geçerli bir tahkim iradesi bulunduğu dikkate alınarak, ilgili kurumun halefi olan mercinin yetkilendirildiği kabul edilebilir.

Başka bir olayda, “*Uyuşmazlıklar Cenevre Ticaret Mahkemesi tahkimi uyarınca çözümlenecektir.*” şeklinde kaleme alınan ve içerisinde üçüncü hakemin anılan mahkeme tarafından belirleneceğine yer verilen bir tahkim şartı Cenevre mahkemeleri tarafından incelenmiştir. Tahkim şartında atıf yapılmış olsa da, Cenevre’de bir ticaret mahkemesi mevcut değildir. Tahkim şartını inceleyen mahkeme, geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu, tarafların Cenevre’de tahkim yoluna başvurma iradesinin açık olduğu ve Cenevre’de ticari davalara bakmakta olan ilk derece mahkemesi hakiminin, başhakemi ataması gerektiği yönünde karara varmıştır⁵⁸⁵. Doktrinde mahkemece verilen bu kararının doğru olduğu savunulmuş ve mahkemenin yaptığı yorumun taraf iradesini zedelemeyen tahkim anlaşmasının geçerli kıldığı belirtilmiştir⁵⁸⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından incelenen⁵⁸⁷ başka bir tahkim şartı şu şekilde kaleme alınmıştır: “*İşbu sözleşmeden doğan ve barışçıl yollarla çözülemeyen tüm uyuşmazlıklar, Milletlerarası Tahkim Odası Tahkim Kuralları çerçevesinde üç hakemden oluşan tahkim heyeti tarafından hükme bağlanır. Taraflardan her biri bir*

⁵⁸² Ad Hoc Tahkim, Kuwait vs. American Independent Oil Company (AMINOIL), 1982, <http://translex.uni-koeln.de/261900>

⁵⁸³ Molfa, **a.g.m.**, s. 165.

⁵⁸⁴ Gatoil International Inc. (Panama) vs. National Iranian Oil Company (Iran), **YBCA**, C. 17, 1992, s. 587.

⁵⁸⁵ X c/ Y. et Z., Court de Justice Civile de Genève, 7 Şubat 1991, **ASA Bulletin**, C. 9, S. 2, Kluwer Law International, 1991, s. 155.

⁵⁸⁶ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 129.

⁵⁸⁷ Tribunal fédéral Suisse, 16 Nisan 1984, **Revue de l'Arbitrage**, No:1, Paris, Librairies Techniques, 1986, s. 596.

hakem seçer ve üçüncü hakem Dünya Sağlık Örgütü genel müdürü tarafından belirlenir.” Olayda Dünya Sağlık Örgütü genel müdürünün üçüncü hakemi seçmeyi reddetmesi üzerine prosedür kilitlenmiştir. MTO Tahkim Divanı, MTO tahkim kuralları uyarınca, üçüncü hakemi seçmek üzere belirlenen kişi yerine geçerek başhakemi belirlemiştir. Hakem kararı verildikten sonra, taraflardan biri kararın iptali talebiyle İsviçre mahkemelerine başvurmuştur. Bu iptal davası kapsamında kararı inceleyen Federal Mahkeme, hakemin tahkim şartında belirlenen kişi yerine MTO tarafından başhakemin belirlenmesini onaylamıştır. Kararın gerekçesinde tarafların uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözüme iradesinin açık olduğu belirtilmiştir. Bu iradenin yanı sıra, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵⁸⁸ m.360’da hakemlerin devlet mahkemeleri tarafından belirlenmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Tahkim anlaşmasında hakemleri tayin edecek bir organ belirlenmemişse ya da seçilen organ makul bir süre içerisinde hakem tayin etmemişse, yetkili mahkeme taraflardan birinin talebi üzerine hakem seçimini gerçekleştirebilir⁵⁸⁹.

Tahkim lehine politika benimseyen yabancı devlet mahkemelerince verilen birçok karardan anlaşılacağı üzere, hakem tayin etmek üzere seçilen kişi veya kurumun mevcut olmaması ya da seçim yapmayı reddetmesi halinde tahkim anlaşmasının geçerliliği bu durumdan etkilenmeyecektir. Hakem seçimine ilişkin düzenlemeler tali nitelikte kabul edilmiş ve sözleşmenin esaslı unsuru olarak değerlendirilmemiştir. Kararlarda vurgulandığı üzere, hakem tayin etmek üzere yetkilendirilen kişi veya kurumun mevcut olmaması veya bu görevi yapmayı reddetmesi söz konusu olsa dahi tarafların ortak tahkim iradesinin mevcuttur ve dolayısıyla uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenmelidir.

Öyleyse hakemlerin ne şekilde belirleceği önem arz etmektedir. Tahkim anlaşmasında kurumsal bir tahkim merkezi yetkilendirilmişse veya ad hoc tahkimde UNCITRAL Tahkim Kurallarına yer verilmişse, hakem seçimi tahkim merkezinin

⁵⁸⁸ CPC, RO 2010 1739, Yürürlük Tarihi: 1 Ocak 2011. Kanun metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20061121/index.html>

⁵⁸⁹ Bu haller: Tarafların seçilecek olan tek hakem ya da baş hakem üzerinde anlaşamaması, hakem seçimi yapması için verilen 30 günlük süre içerisinde taraflardan birinin bu seçimi yapmaması ya da taraflarca seçilen hakemlerin, seçilmelerini takip eden 30 gün içerisinde baş hakem belirleyememesidir.

veya UNCITRAL'in tahkim kuralları uyarınca gerçekleştirilecektir. Tahkim yeri, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi devlet mahkemelerine hakemi tayin etme yetkisinin verildiği bir devlette ise, devlet mahkemeleri de hakem tayin edebilecektir.

Türk hukukunda ise mahkeme kararlarında bu yaklaşımın aksinin benimsendiği görülmektedir. Hakem seçiminin devlet mahkemesi tarafından gerçekleştirileceğini düzenleyen bir tahkim şartı Yargıtay kararına konu olmuştur. "*Hakem, taraflardan birinin müracaatı ile İzmir Ticaret Mahkemesi reisi tarafından bir kişi olarak seçilir*" şeklinde bir hükme yer veren tahkim şartının mahkemece geçersiz olduğuna hükmedilmiştir⁵⁹⁰. Karar, hakimlerin kanunda belirtilenden başka genel ve özel hiçbir görev alamayacağını düzenleyen Anayasa m.140/f.4'e dayandırılmaktadır. Özel bir görev yapması yasaklandığından hakimin hakemi tayin edemeyeceği ve yetkilendirilen mahkeme tarafından seçilmeyen bir hakemin de dava konusu işi sonuçlandıramayacağından bahisle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu karara bağlanmıştır. Benzer şekilde taraflar birer hakem seçtikten sonra başhakemi İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi başkanının tayin edeceğini düzenleyen bir tahkim şartı geçersiz kabul edilmiştir⁵⁹¹. Mahkeme bu yöntemle başhakemin seçilmesinin imkansız olduğunu ve fiilen hakem heyeti oluşamayacağını gerekçe göstermiştir.

C. Tahkim Anlaşmasında Hakem Olarak Seçilen Kişinin Ölmüş Olması veya Hakemlik Görevini Reddetmesi

Taraflar tahkim anlaşmasında hakemi ismen belirlemiş olabilir. Doktrinde, tahkim anlaşmasında hakemin ismen belirlenmesi söz konusu ise hakem olarak belirlenen kişinin ölümü halinde geçerli bir tahkim mekanizması oluşturulamayacağı belirtilmiştir⁵⁹². Örneğin, "*Port-of-Spain'de yer alan kilisenin papazı Bay Smith, tüm uyuşmazlıkları çözümlmek üzere hakem olarak görev yapacaktır*"⁵⁹³. Şeklinde kaleme alınan tahkim şartına dayanılarak uyuşmazlık çözümlenmek istenirse ve Bay Smith ölmüşse veya ayırt etme gücünü yitirmiş ise ya da dini görevini icra etmeyi

⁵⁹⁰ Yargıtay 15. HD, 29.05.1986, 1986/1969E. – 1986/2192K., Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 73.

⁵⁹¹ Yargıtay 15. HD, 13.03.1985, 1985/2851E. – 1985/846K., Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 74.

⁵⁹² Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 130.

⁵⁹³ Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 130.

bırakmışsa ne yapılacaktır? Söz konusu tahkim şartı uyuşmazlığın çözümünü sağlamaya elverişli olmaktan çıkmıştır.

Üst başlıkta incelenen hakem tayin etmek üzere belirlenen kurumun mevcut olmaması ya da hakem tayinini reddetmesi halinde, hakem tayini tali nitelikte kabul edilerek tahkim anlaşmaları yabancı devlet mahkemeleri tarafından ayakta tutulmaktadır. Tahkim anlaşmasında ismen hakem olarak belirlenen kişinin ölmüş olması halinde de aynı yaklaşımın benimsenmesi mümkündür. Ancak kanaatimizce hakem tayin etmek üzere yetkilendirilen kişi veya kurumun mevcut olmaması hali ile hakemin ismen belirlenmiş olması hali farklılık arz etmektedir. Tahkim anlaşmasında hakem ismen belirlenmiş ve belirlenen kişi ölmüşse veya hakemlik görevini yapmayı reddediyorsa tahkim anlaşmasının tatbiki imkansız hale gelecektir. Hakemin ismen belirlendiği hallerde, bu unsur tahkim anlaşmasının esaslı unsurunu teşkil eder ve hakemin ölmüş olması halinde veya görevi reddetmesi halinde tahkim anlaşması uygulanamayacaktır.

Türk hukukunda MTK m.7/f. (G) ile hakemlerin ismen kararlaştırılmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Tahkim anlaşmasında ismen belirlenen hakemlerin görevi kabul etmemesi, ölümü veya görevi ifa edemeyecek durumda olması halinde tahkim anlaşmasının geçersizliği söz konusu olacaktır. Hakemlerin tahkim anlaşmasında ismen belirlenmesi halinde, kanunkoyucunun tarafların tahkim anlaşmasında ismen belirtilen kişinin hakem olması durumunda tahkim yoluna başvurmayı kabul ettiği varsayımının kabul edildiği belirtilmektedir⁵⁹⁴. Tahkim anlaşmasında ismen gösterilen hakemin ölmüş olması veya görevi kabul etmemesi halinde mahkemeden yeni bir hakemin tayin edilmesinin istenemeyeceği doktrinde kabul edilmektedir⁵⁹⁵. Görüşün gerekçesi olarak MTK m.7’de yer alan “*Ancak, tahkim anlaşmasında hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise; hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde tahkim sona erer.*” hükmü gösterilmektedir. Hükümde açıkça

⁵⁹⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 144.

⁵⁹⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 145.

ismen belirlenen hakemin görevinin sona ermesi halinde tahkimin sona ereceği düzenlenmiştir.

D. Hakemlerin Taşınması Gereken Niteliklere İlişkin Aşırı Detaylı Kriterler Öngörülmesi

Taraflar, hakemlerin sahip olması gereken niteliklerle ilgili çok detaylı tahkim anlaşmaları düzenleyerek mahkemenin teşkilini güç ya da imkânsız hale getirebilir⁵⁹⁶. Doktrinde “*Elektronik mühendisi ve hukukçu, İngilizce ve Fransızca bilen bir kişi hakem olacaktır.*” Şeklinde düzenlenen bir tahkim anlaşması bu duruma örnek gösterilmiştir⁵⁹⁷.

Taraflar arasında şu şekilde bir tahkim şartı kaleme alınabilir: “... *Hakem heyetinin başkanı hukukçu, uyuşmazlığın ilgili olduğu alanda uzmanlaşmış, taraflarla aynı vatandaşlığı taşımayan; İngilizce, Almanca ve İtalyanca dillerine hâkim bir kişi olmalıdır.*”⁵⁹⁸ İhtilaf halinde bulunan tarafların seçtiği hakemlerin, başkan olacak üçüncü bir isim üzerinde uyuşmaları zaten güçtür. Bunun yanı sıra yukarıda yer alan tahkim şartında öngörülen kriterlerle birlikte seçim yapılabilecek aralık iyice daraltılmıştır. Dünya üzerinde böyle bir kişi muhakkak mevcuttur; ancak bu niteliklere sahip kişinin arandığı süreçte tahkim prosedürü hayli yavaşlayacaktır⁵⁹⁹.

Ayrıca hakemde bulunması şart koşulan ayrıntılı niteliklerin kötü niyetli olan tarafa fayda sağlayacağı açıktır. Örneğin, haksız olduğunu ve aleyhine karar alınacağını düşünen herhangi bir taraf hakemin Almanca diline hâkimiyetinin yetersiz olduğunu iddia edebilir ve hakem seçimine itiraz ederek tahkim prosedürünü

⁵⁹⁶ Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 135.

⁵⁹⁷ Akıncı, **Tahkim Şartı**, s. 152.

⁵⁹⁸ Eisemann, **a.g.m.**, s. 135.

⁵⁹⁹ Eisemann, **a.g.m.**, s. 136.

uzatılabilir. Hatta aynı taraf, hakem kararı sonucu aleyhine hüküm verilmesi halinde, hakemin tarafların iradesi uyarınca seçilmediği yönünde itirazda dahi bulunabilir⁶⁰⁰.

Dolayısıyla doktrinde hakemin niteliklerine ilişkin aşırı detaylı koşullar öngörülmemesi gerektiği, hatta uyuşmazlık meydana gelmeden önce hakem seçimine ilişkin bir ölçüt belirlenmemesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁰¹. Zira meydana gelen uyuşmazlıklar her zaman belirli bir konuya ilişkin olmayabilir; bir sözleşmeden çok farklı tür ve çeşitte uyuşmazlık meydana gelebilir. Bununla beraber, hakem seçimine ilişkin özel kriterler öngörülmüş ise de hakemin yargılamanın başında ilgili kriterleri taşıdığına dair taraflardan yazılı bir onay alması tavsiye edilmektedir⁶⁰².

II. Hakemlerin Yetki Alanına İlişkin Sorunlar

A. Konu Bakımından Hakemlerin Yetkisinin Sınırlandırılmış Olması

Milletlerarası ticaret hukukunda irade serbestisi prensibi benimsendiğinden; kural olarak taraflar imzaladıkları sözleşmenin içeriğini belirlemede serbesttir⁶⁰³. Tahkim anlaşmasının kapsamı, taraf iradelerince belirlenmektedir; taraflar, hakemlerin yetki alanını bazı konu ya da uyuşmazlıklarla sınırlayabilir⁶⁰⁴. Sözleşmeden kaynaklanan bazı uyuşmazlıkların, örneğin sadece sözleşmenin yorumlanması ya da sözleşmenin ifası ile ilgili hususların tahkim yoluyla çözümleneceği taraflarca kararlaştırılabilir⁶⁰⁵.

MTK m.4 uyarınca da taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkların tamamının değil sadece bir kısmının tahkim usulü ile çözümleneceğini kararlaştırabilir. Ancak tahkim anlaşmalarının konu açısından bölünerek düzenlenmesi tavsiye edilmemektedir⁶⁰⁶. Zira bir uyuşmazlık meydana geldiğinde, bu uyuşmazlığın tahkim anlaşması

⁶⁰⁰ Eisemann, **a.g.m.**, s. 136.

⁶⁰¹ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 246-247.

⁶⁰² Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 247.

⁶⁰³ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 484.

⁶⁰⁴ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 265.

⁶⁰⁵ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 265; İlhan, **a.g.e.**, s. 188.

⁶⁰⁶ Blackaby vd., **a.g.e.**, s. 96; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 94; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 265.

kapsamında çözümlenip çözümlenemeyeceği hususunda başka bir uyuşmazlığın ortaya çıkabilir. Diğer bir ifadeyle, uyuşmazlığın hangi konuya ilişkin olduğuna dair yeni bir uyuşmazlık meydana gelebilir⁶⁰⁷.

Doktrinde, Türk hukuku uyarınca yargılamanın tahkim ve devlet mahkemesi arasında paylaştırılmayacağı; her bir makamın hukuki sorunların bir kısmını çözümleyeceğinin taraflarca kararlaştırılmayacağı ileri sürülmüştür⁶⁰⁸. Ancak MTK m.4'ün lafzından açıkça anlaşılacağı üzere, uyuşmazlıkların bölünmesi ve bazı uyuşmazlıklar bakımından tahkime, diğer uyuşmazlıklar bakımından ise devlet mahkemesine başvurulacağına kararlaştırılması mümkündür.

Taraflar, “*Malların dağıtımı ve ödeme ile ilgili konularda yetkili mahkeme: Treviso, taraflar seçilen mahkemenin yetkisi dışında kalan hususlarda Milletlerarası Ticaret Odası tarafından verilen hakem kararının bağlayıcılığını kabul eder*⁶⁰⁹.” şeklinde bir tahkim şartı kaleme alabilir. Düzenleme incelendiğinde hangi uyuşmazlıkların devlet mahkemesi tarafından hangilerinin hakemler tarafından çözüleceğinin tespitinin son derece zor olduğu görülecektir. Hangi uyuşmazlıklar malların teslimine ya da ödemeye ilişkindir? Bu sorunun cevabı kolayca verilemez. Tahkim şartının patolojik yapısı da bu belirsizlik nedeniyle ortaya çıkar. Tahkim yargılamasına katılmak istemeyen taraf herhangi bir uyuşmazlığın ödemeye ilişkin olduğunu ileri sürerek devlet mahkemesinin yetkili olduğu yönünde itirazda bulunabilir, mahkemeye başvurarak yargılamayı yavaşlatabilir.

Hakem kararlarının tanıma ve tenfizinin reddedileceği halleri düzenleyen NYK m.5/f.1/b.(c) ile “*Hakem kararının hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şümulünü aşan hükümleri muhtevi bulunduğu [...]*” şeklinde bir hüküm kaleme alınmıştır. Hakemler, tahkim anlaşmasında yer verilmeyen bir uyuşmazlık hakkında karar vermemeli; ayrıca anlaşmayla belirlenen yetkilerinin sınırını da

⁶⁰⁷ Blackaby vd, **a.g.e.**, s. 97.

⁶⁰⁸ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 36-37; Alangoya, **a.g.e.**, s. 32.

⁶⁰⁹ Eisemann, **a.g.m.**, s. 155.

aşmamalıdır. Aksi takdirde, anılan hüküm dolayısıyla hakemlerin vermiş olduğu kararının tanıma ya da tenfizinin reddedilmesi söz konusu olabilecektir.

Dava konusu olan bir olayda, taraflar arasında temsilcilik sözleşmesi imzalanmış ve bu sözleşmeye “Sözleşmenin ifa esnasında meydana gelecek bütün uyuşmazlıkların çözümünde Milletlerarası Ticaret Odası yetkilidir.” şeklinde bir tahkim şartı eklenmiştir. Belirli bir süre sonra sözleşme feshedilmiş ve taraflardan biri sözleşmenin haksız yere feshedildiği gerekçesi ile uğradığı zararın faiziyle birlikte tazmin edilmesini ticaret mahkemesinden talep etmiştir⁶¹⁰. Uyuşmazlık bakımından önem arz eden husus, sözleşmenin feshinin sözleşmenin ifasına ilişkin olup olmadığının belirlenmesidir. Zira uyuşmazlığın sözleşmenin ifası esnasında ortaya çıktığı kabul edilirse uyuşmazlığın çözümlenmesinde yetkili makam Milletlerarası Ticaret Odası olacak; aksi halin kabulünde devlet mahkemeleri yetkili olacaktır. Ticaret mahkemesi, uyuşmazlığın sözleşmenin feshine ilişkin olması nedeniyle “sözleşmenin ifası esnasında ortaya çıktığı” kabul ederek, uyuşmazlığın çözümünde yetkili olmadığını belirtmiş ve uyuşmazlığın Milletlerarası Ticaret Odası bünyesinde çözümlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Ardından, karar aleyhine istinaf mahkemesine başvuru yapılmış ve istinaf mahkemesi ticaret mahkemesinin verdiği kararı onamıştır⁶¹¹. İstinaf Mahkemesi gerekçesinde “sözleşmenin ifası esnasında ortaya çıkma” kavramının kronolojik bir bakış açısıyla değil, mantık çerçevesinde incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi “tahkim anlaşmasının yorumlanmasından ya da ifasından meydana gelen uyuşmazlıklar” şeklinde kaleme alınan bir anlaşmanın, sözleşmenin feshine ilişkin uyuşmazlıkları kapsadığı yönünde karar vermiştir⁶¹².

Özellikle Anlglo-Sakson hukuk sistemini benimsemiş olan devletlerde tahkim anlaşmasının daha dar kavramlar kullanılarak kaleme alınmış olması birtakım hukuki sorunlar meydana getirmiştir. Tahkim anlaşmasında sözleşmeden doğan ihtilafları

⁶¹⁰ Scalbert, Marville, a.g.m, s. 123-124.

⁶¹¹ Société Hertzian c/ Société Electronsa Industrija et autre, **Revue de l'Arbitrage**, No:3, Paris, Librairies Techniques, 1979, s. 339-341.

⁶¹² Nejapa Power Company LLC c/ Comision Ejecutiva Hidroelectrica del Rio Lempa, San Salvador, Tribunal Fédéral, 1^{ère} Cour Civile, 3 Ekim 2000, **ASA Bulletin**, 2001, C. 19, S. 4, s. 796-800.

belirtmek üzere “*arising under*” veya “*arising out of*” kavramlarının kullanıldığı hallerde, tahkim anlaşmasının haksız fiil gibi sözleşme dışı ilişki kaynaklı uyuşmazlıkları kapsamadığı mahkemelerce hüküm altına alınmıştır⁶¹³. Mahkeme kararlarında hükme bağlandığı üzere, tahkim anlaşmasının sözleşme öncesi ve sözleşme dışı ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları kapsamı için “*relating to*” veya “*in relation with*” gibi bir kalıbının kullanılmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla tarafların sözleşmeden kaynaklı bazı uyuşmazlıkları tahkimde bazılarını ise devlet mahkemelerinde çözümü gerekebilecektir. Doktrinde mahkemelerin benimsemiş olduğu bu yaklaşım eleştirilmekte ve kullanılan kelimelerin dar kapsamlı olup olmamasına bakılmaksızın tahkim anlaşması mevcutsa tüm uyuşmazlıkların tahkimde çözümü gerektiği savunulmaktadır⁶¹⁴.

Benzer konuda verilmiş olan *Hi-ferty* kararı⁶¹⁵, ABD’den Avusturalya birtakım ürünlerin taşınmasını öngören bir sözleşmeye ilişkindir ve sözleşmede, sözleşmenin ihlaliyle ilişkin uyuşmazlıkların Londra’da tahkim yolu ile çözümleneceğini düzenleyen bir tahkim şartı yer almaktadır. Ürünlerin taşınması esnasında meydana gelen bazı problemler sonucu davacı sözleşmenin ihlali ve haksız fiile ilişkin birtakım taleplerle Avusturalya mahkemelerine başvurmuştur. Davalı ise cevap dilekçesinde tahkim itirazında bulunmuştur. Avusturalya Yüksek Mahkemesi tarafından tahkim şartının kapsamı değerlendirilmiştir. Mahkeme, tahkim anlaşmasında kullanılan “*arise from the charter*” kavramının sözleşme öncesi ve sözleşme dışı ilişkileri kapsamadığına hükmetmiş ve haksız fiile ilişkin uyuşmazlıkların Avusturalya mahkemelerinde çözümü gerektiğine hükmetmiştir. Buna göre, sözleşmenin ihlaliyle ilişkin talepler Londra’da tahkimde, haksız fiile ilişkin talepler ise Avusturalya mahkemelerinde çözümlenmelidir.

⁶¹³ *Government of Gibraltar v Kenney and Another*, Queen's Bench Division, 2 Q.B. 410, 2 Haziran 1956, (Çevrimiçi), Westlaw, Erişim tarihi: 03.01.2018; *Tracer Research Corp. v National Environmental Services Company*, 42 F.3d 1292, 9th Circuit 1994, (Çevrimiçi), Westlaw, Erişim tarihi: 03.01.2018; *Mediterranean Enterprises, Inc. v. Ssangyong Corp.*, 708 F.2d 1458, 9th Circuit, 1983, (Çevrimiçi), Westlaw, Erişim tarihi: 03.01.2018.

⁶¹⁴ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 153; Born, **Law and Practice**, s. 90.

⁶¹⁵ *Hi-ferty Pty Ltd et al v Kiukiang Maritime Carriers Inc et al*, 159 ALR 142, 1999, (Naklen: Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 152.)

Bir İngiliz mahkemesi “*sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar*”⁶¹⁶ şeklinde kaleme alınan tahkim anlaşmasının, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin hususları kapsamadığı yönünde karar vermiştir⁶¹⁷. Doktrinde bu ayrımların nihai nitelikte olmadığını vurgulanmış; hakemlerin yetkisinin tahkim anlaşmasının somut olaya uygun biçimde yorumlanmasına dayandığı ve soyut sınıflandırmalarla bu yetkinin daraltılmayacağı savunulmuştur⁶¹⁸.

2007 tarihli *Fiona Trust*⁶¹⁹ kararında İngiliz Mahkemeleri, yukarıda yer alan tartışmalara bir son verme niyetiyle hareket etmiş ve tahkim anlaşmasının geniş anlamda yorumlanması gerektiğini karara bağlamıştır. Kararda, “*sözleşmeden kaynaklanan*”, “*sözleşmeyle ilişkili*”, “*sözleşmeden doğan*”⁶²⁰ vs. yakın anlamlar taşıyan tabirlerden hangisinin hangi uyuşmazlığı kapsadığına ilişkin birçok tartışmanın mevcut olduğu belirtilmişse de, mahkeme bu tartışmalara son vermiştir. Kararda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların açıkça kapsam dışı bırakılmadığı hallerde; yukarıda yer verilen tabirlerden hangisi kullanılırsa kullanılсын geçerliliğe ilişkin hususların tahkim anlaşmasının kapsamında yer alacağı belirtilmiştir.

MTO’nun model tahkim şartında “*işbu sözleşmeden doğan ve sözleşmeyle ilgili tüm uyuşmazlıklar*”⁶²¹ şeklinde geniş bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu maddenin, ilgili sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkları ve hatta sözleşmeye dayalı olmayan haksız fiile ilişkin talepleri de kapsadığı kabul edilmektedir⁶²².

⁶¹⁶ “*disputes arising out of the contract*”. İngiliz mahkemeleri tarafından verilen bazı kararlarda “*Disputes arising under the contract*” kavramının “*disputes arising out of the contract*” kavramından daha dar kapsamlı olduğu kabul edilmektedir. Michael J. Mustill, Stewart C. Boyd, **Commercial Arbitration**, London, Butterworths, 1982., s. 88. “*disputes arising under the contract*” şeklinde kaleme alınan bir tahkim anlaşmasının haksız fiil gibi sözleşmeden kaynaklanmayan uyuşmazlıkları kapsamadığı yönünde de kararlar mevcuttur; bkz. Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 152.

⁶¹⁷ HE Daniel Ltd v Carmel Exporters and Importers Ltd, 1953 1 QB 669 (Naklen: Mustill, Boyd, **a.g.e.**, s. 87.)

⁶¹⁸ Mustill, Boyd, **a.g.e.**, s. 86.

⁶¹⁹ Fiona Trust & Holding Corporation v Yuri Privalov, 2007, UKHL 40: 17 Ekim 2007

⁶²⁰ İngilizce metinlerde “in connection with”, “in relation to”, “in respect of”, “with regard to”, “under”, “arising out of” kavramları kullanılmaktadır.

⁶²¹ “all disputes arising out of or in connection with the present contract”

⁶²² Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 151.

Doktrinde, uyuşmazlığın niteliğine ya da türüne ilişkin bir ayırım yapılmaksızın; tahkim anlaşmalarının “*işbu sözleşmeden doğan ve sözleşmeye ilişkin tüm uyuşmazlıklar*” gibi genel terimler kullanılarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁶²³. Zira yukarıda da yer verildiği üzere her devlet mahkemesi aynı anlaşmayı farklı yorumlayabilmektedir. En kötü ihtimalde ise, *Hi-ferty*⁶²⁴ davasında olduğu üzere taraflardan biri taleplerinin bir kısmını tahkimde, diğer kısmını ise devlet mahkemelerinde ileri sürmek zorunda kalacaktır.

B. Hakem Heyetinin Teşkilinin veya Görevinin Süre Bakımından Sınırlandırılmış Olması

Ad hoc ve kurumsal tahkimde, taraflar hakemlerin karar vermesi için belirli bir süre sınırı kararlaştırabilir. Kararlaştırılan bu süre tahkim usulünün gerçekleştirilmesini imkansız hale getirecek kadar kısa bir süre ise tahkim anlaşmasının tatbikinin imkansız hale gelmesi söz konusu olacaktır. Hakem kararının verilmesi için bir hafta, on gün gibi çok kısa süreler öngörülmesi halinde tahkim anlaşmasının patolojik olduğundan söz edilebilir⁶²⁵.

Türk hukuku bakımından MTK m. 10/b. (B) ile taraflar aksini kararlaştırmadıkça hakem kararının verilmesi için bir yıllık süre öngörülmüştür. Hüküm Taraflar aksini kararlaştırmadıkça ifadesi kullanılarak düzenlendiğinden taraflar, kanunda belirtilen bir yıldan daha kısa veya daha uzun süreler kararlaştırabilecektir.

Hakem kararının verilmesi için taraflarca kararlaştırılan süre, tarafların açık veya örtülü anlaşması ile uzatılabilir. Tarafların bu hususu açıkça kararlaştırması veya yetkili tahkim merkezinin kurallarında öngörülmesi halinde hakemler

⁶²³ Friedland, **a.g.m.**, s. 72; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 266.

⁶²⁴ *Hi-ferty Pty Ltd et al v Kiukiang Maritime Carriers Inc et al*, Federal Court of Australia, 30 Haziran 1997. Olayda sözleşme öncesi ve sözleşme dışı ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların “arise from the charter” şeklinde kaleme alınan tahkim şartının kapsamında yer almadığı yönünde karara varılmıştır. Dolayısıyla bu uyuşmazlıklar Avusturalya mahkemeleri tarafından çözümlenmelidir. Geri kalan uyuşmazlıklar ise Londra’da tahkim yolu ile çözümlenecektir.

⁶²⁵ Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 135; Scalbert, Marville, **a.g.m.**, s. 130.

sözleşmede belirlenen süre sınırlarının uzatılması için yetkilendirilebilir⁶²⁶. Taraflar kararlaştırılan süreyi uzatmazsa ve hakemlerin sürenin uzatılması bakımından yetkisi bulunmuyorsa, devlet mahkemelerinin müdahalesi ile sürenin uzatılıp uzatılmayacağı tartışmalıdır⁶²⁷. Tahkimin taraflar arasında düzenlenen anlaşmaya tabi olduğu ve sözleşmeyle bağlılığın katı biçimde yorumlanması halinde kararın verilmesi için öngörülen süre sınırının bitiminde hakemlerin yetkisinin ortadan kalkacağı belirtilmiş; ancak İngiliz, Fransız ve İsviçre hukuklarında süre uzatımı hususunda mahkemelerin yetkili olduğu açıkça düzenlenmiştir⁶²⁸. Bu hukularda sözleşmeyle bağlılık kuralı katı biçimde yorumlanmamakta, tarafların başvurusu üzerine hakem kararının verilmesi için öngörülmuş olan süre mahkemelerce uzatılmaktadır. Doktrinde, hakemlerin de taraflar gibi tahkim yeri mahkemesine başvurarak karar için öngörülen süre sınırının uzatılmasını talep edebileceği kabul edilmiştir⁶²⁹.

Hakemlerin karar vermesi için süre sınırı öngörülümüş, tahkim yargılamasının hangi anda başladığının tespiti önem arz eder. Kurumsal tahkim merkezinin yetkilendirildiği hallerde veya tahkim prosedürüne uygulanacak hukukun taraflarca belirlendiği hallerde yargılamanın başladığı an bu kurallara göre tespit edilmektedir⁶³⁰. Örneğin MTO Tahkim Kuralları m. 14/ f. 2 uyarınca tahkim yargılaması tahkim talebinin tahkim merkezine ulaşması ile başlar. *Ad hoc* tahkimde ise tahkim talebinin davalıya tebliğ edildiği tarih tahkim yargılamasının başlangıcı olarak kabul edilmektedir⁶³¹.

Bir olayda, taraflar arasında “*tahkim prosedürü hakemlerin belirlenmesinden itibaren on gün içerisinde sonuçlandırılacaktır*” şeklinde bir tahkim şartı kaleme alınmış ve sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık meydana geldiğinde taraflar tahkim şartına dayanarak Belçika’da tahkime başvurmuştur. Hakem heyeti 17 Haziran 1981

⁶²⁶ Lew, Mistelis, Kröll, a.g.e, s. 510. Örneğin FOSFA Tahkim Kuralları m. 2/(b) ile hakemlere bu yetki tanınmıştır.

⁶²⁷ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 758.

⁶²⁸ Adam Samuel, **Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law**, Zurich, Schultess, 1989, s. 121.

⁶²⁹ Karrer, **a.g.m.**, s. 125.

⁶³⁰ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 513.

⁶³¹ UNCITRAL Tahkim Kuralları m.3/f. 2

tarihinde kurulmuş ve kararını 27 Kasım 1981 tarihinde vermiştir. Belçika’da verilen hakem kararı üzerine Fransız mahkemelerinde bir tenfiz davası açılmış ve davalı hakem heyetinin kararlaştırılan sürede karar vermediği gerekçesiyle hakem kararının tenfizinin reddini talep etmiştir. Açık veya örtülü biçimde hakemlerin görev süresinin uzatılmadığını değerlendiren mahkeme, davalının iddiasını yerine bularak hakem kararının tenfizini reddetmiştir⁶³².

New York Konvansiyonu m. 5/f.1/b. (d) uyarınca “*hakem mahkemesinin teşekkülünün veya hakemlik usulünün tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun bulunmadığı*” hallerde hakem kararının tenfizi reddedilecektir. Dolayısıyla taraflar tahkim anlaşmasında hakem kararının çok kısa bir süre içerisinde alınması gerektiğini belirtmiş ve hakemler bu süre içerisinde karar vermemişse, hakem kararının tenfizinin reddi söz konusu olabilecektir.

MTK’da düzenlenen iptal sebepleri arasında kararın tahkim süresi içerisinde verilmemiş olması yer almaktadır. Dolayısıyla tahkim anlaşmasında belirlenen süre içerisinde hakem kararının verilmemiş olması aynı zamanda bir iptal sebebi teşkil eder.

Bazı tahkim anlaşmalarında ise kararın verilmesi için değil hakem heyetinin teşkili için süre sınırı öngörülmektedir. Özellikle ad hoc tahkimde, tahkim yeri hukukunda hakem heyetinin teşkili için devlet mahkemelerine hızlı ve kolay erişim hakkı sağlanmamışsa tahkim anlaşmasının uygulanması mümkün olmayacaktır⁶³³. Bu halde tahkime başvurmak istemeyen taraf hakem seçimi yapmayarak tahkim anlaşmasının tesirsiz hale gelmesine sebep olabilir. Kötüniyetli bir davalının tahkim yargılamasının başlatılmasını engellemek için ilk başvuracağı yol hakem seçmemek olarak belirtilmiştir⁶³⁴.

New York Konvansiyonu m. 5/f.1/b. (d) uyarınca “*hakem mahkemesinin teşekkülünün veya hakemlik usulünün tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan*

⁶³² Société Bloc’h et Fils c/ Société Delatrae Mockfjaerd, Cour d’appel de Paris, 1^{re} Chambre Supplémentaire, 17 Ocak 1984, *Revue de l’arbitrage*, S. 4, Paris, Librairie Technique, 1984, s. 498-501.

⁶³³ Fouchard, Gaillard, Goldman, *Arbitration*, s. 756.

⁶³⁴ Demir Gökyayla, *a.g.m.*, s. 166.

hallerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun bulunmadığı” hallerde hakem kararının tenfizi reddedilecektir. Dolayısıyla taraflar tahkim anlaşmasında hakem heyetinin teşkilinin çok kısa bir süre içerisinde gerçekleştirileceğini öngörmüş ve heyet bu süre içerisinde oluşturulamamışsa hakem kararının tenfizinin reddi söz konusu olabilecektir.

MTK’da hakem veya hakem heyetinin seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya kanunda öngörülen usule uyulmaması hakem kararının iptali sebebi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla tarafların hakem heyetinin seçimi için öngörmüş olduğu süreye uyulmamış olması sebebiyle hakem kararının iptali söz konusu olabilecektir.

SONUÇ

Patolojik tahkim anlaşmalarını tanımlamak ve sınıflandırmak amacıyla hazırlanmış olan bu çalışmada, patolojik tahkim anlaşmaları tanımlanmış; çeşitli kategorilere ayrılmış ve konuyla yakından ilişkili olan hususlar incelenmiştir.

Patolojik tahkim anlaşması terimi Frédéric Eisemann tarafından ortaya atılmış ve temel fonksiyonlarını yerine getirmeyen veya getiremeyen tahkim anlaşması olarak tanımlanmıştır. Eisemann'a göre tahkimin temel fonksiyonları a) Taraflar açısından bağlayıcı sonuçlar doğurabilme; b) İstisnai haller haricinde hakem veya hakem heyeti tarafından bir hüküm verilene dek devlet mahkemelerinin uyuşmazlığa müdahalesini engelleme; c) Uyuşmazlıkların çözümünde hakemlere, taraflar aleyhine karar alma yetkisi verme; d) Cebri icraya konu olabilecek bir hükmün verilmesini sağlamaya elverişli prosedürün oluşturulmasıdır. Tahkim anlaşmasında yer alan belirsizlik, çelişki veya eksiklikler dolayısıyla bir tahkim anlaşması sayılan işlevlerden birini yerine getiremiyorsa; o anlaşma patolojiktir.

Tahkim anlaşmasında yer alan belirsizlik, çelişki veya eksiklikler nedeniyle bir tahkim anlaşmasının patolojik hale gelmesi tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği ve taraf tahkim iradeleri ile doğrudan ilişkilidir. Bir patolojik tahkim anlaşması söz konusu ise, bu anlaşmanın doğrudan “*hükümden düşmüş*”, “*tesirsiz*” veya “*tatbiki imkansız*” olduğuna hükmedilemez. Taraf iradeleri yorumlanarak geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

Türk mahkemesinde tahkim anlaşmasının esas bakımından geçersiz olduğu ileri sürüldüğünde hakimin yapacağı incelemenin kapsamının belirlenmesi önem arz eder. Hakim bu halde, Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca bir inceleme yaparak karar verecektir. MTK ile Competence-Competence ilkesi açıkça kabul edildiğinden, kanaatimizce tahkim anlaşmalarının geçerliliği devlet mahkemesi yerine hakem veya hakem heyeti tarafından değerlendirilmelidir. Devlet mahkemesi önünde tahkim anlaşmasının geçersizliği ileri sürüldüğünde, mahkemenin *prima facie* bir

incelemenin ötesine geçmesi MTK ile açıkça kabul edilen Competence-Competence kuralına aykırılık teşkil edecektir.

MTK kapsamına girmeyen tahkim anlaşmasının varlığı halinde ise, uyuşmazlık Cenevre Kovnasyonu'nun uygulama alanına giriyorsa, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk bu Konvansiyon hükümleri esas alınarak belirlenmelidir. Dolayısıyla MTK kapsamına girmeyen bir tahkim söz konusu ise, tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde, tahkim yeri hukuku dikkate alınarak tahkim anlaşmasının geçerliliği karara bağlanmalıdır. Tahkim yeri tespit edilemiyor ise Türk hakim kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak meseleyi çözüme kavuşturmalıdır.

Tahkim anlaşmasının yorumlanması ise esasa ilişkin bir mesele olduğundan anlaşmanın esasına uygulanacak hukuk yorumlanmasına da uygulanacaktır. Sözleşme serbestisi ilkesi dolayısıyla taraflar tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku serbestçe kararlaştırabilir. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk taraflarca belirlenmemişse, tahkim anlaşmasının yorumlanmasına tahkim yeri hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. İngiliz mahkemeleri tarafından verilen kararlarda ise tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmediği hallerde, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının yorumlanmasına da uygulandığı görülmektedir. Tahkim anlaşmalarının yorumlanması hususunda Fransız mahkemeleri ise her iki anlayışı da benimsemekte; bağımsızlık ilkesinin daha geniş anlamda kabul edildiği bir yorum yöntemini uygulamaktadır. Fransız hukukunda kabul edilen bağımsızlık ilkesi uyarınca, tahkim anlaşmaları tüm devlet hukuklarından bağımsızdır ve tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukuk belirlenirken kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmasına gerek bulunmamaktadır. Bu yaklaşım uyarınca tahkim anlaşmaları milletlerarası özel hukukta kabul edilen genel prensipler uyarınca yorumlanmalıdır.

Taraf iradeleri yorumlanırken, sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin genel ilkeler dikkate alınmalıdır. Bunlar, dürüstlük kuralına uygun yorum, geçerlilik lehine yorum ve düzenleyen aleyhine yorumdur. Tahkim anlaşmalarının yorumlanmasına

başvurulabilecek iki ilke daha bulunmaktadır. Bunlar dar anlamda yorum ve liberal yorum ilkeleridir. Dar anlamda yorum ilkesi tahkim anlaşmasının istisnai niteliğini vurgulamakta ve tahkim yargılaması mahkemelerce yapılan yargılamaya istisna teşkil ettiğinden tahkim anlaşması daha dar biçimde yorumlanmaktadır. Tarafların açık ve kesin tahkim iradesinin bulunmadığı veya tahkim anlaşmasında belirsizlik, çelişki veya eksiklik bulunan hallerde tahkim anlaşmaları geçersiz kabul edilmekte ve yargılamanın devlet mahkemelerinde gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Liberal yorum ilkesi ise tahkim lehine politika benimseyen devlet hukuklarında var olmakta ve tahkim istisnai değil “*normal*” yargılama usulü olarak kabul edilmektedir. Buna göre, tarafların tahkim iradesindeki belirsizlikler veya anlaşmanın içeriğindeki çelişki ve eksiklikler tahkim lehine yorumlanmakta ve tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmektedir.

Dolayısıyla patolojik tahkim anlaşmaları yorumlanırken en büyük önemi haiz olan husus, yorumun dar biçimde mi yoksa liberal biçimde mi yapılacağıdır. Yargıtay tarafından verilen birçok kararda tarafların “açık ve kesin” tahkim iradesinin bulunması gerektiği vurgulanmış ve tahkim iradesinde herhangi bir belirsizliğin tahkim anlaşmasını geçersiz kılacağı kabul edilmiştir. Yargıtay kararlarında tahkimin istisnai nitelikte olduğu açıkça belirtilmektedir. Çalışmamız kapsamında incelenen İngiliz, ABD, Fransız ve İsviçre mahkemelerinden verilen kararlarda ise tahkim lehine devlet politikaları benimsendiği; tahkim anlaşmasının “*normal*” yargılama usulü olduğu dolayısıyla tahkim anlaşmalarının mümkün olduğunca geniş biçimde yorumlanarak ayakta tutulması gerektiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla patolojik tahkim anlaşmasıyla karşılaşan Türk mahkemelerinin bu anlaşmanın geçersiz olduğunu hüküm altına alması mümkünken; aynı anlaşmayı inceleyen İngiliz, ABD, Fransız veya İsviçre mahkemelerinin anlaşmanın geçerli ve uygulanabilir olduğuna hükmetmesi söz konusu olabilir.

Kanaatimizce, liberal yorum ilkesinin benimsenmesi ile mutlaka tahkim lehine yapılması zorunluluğu, tahkimin kurucu unsuru olan tarafların ortak tahkim iradesini zedeleyebilecek niteliktedir. Kaldı ki geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı hallerde uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözümlenmesi imkanı her daim

mevcuttur. Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere “açık ve kesin” tahkim iradesinin çok dar anlamda yorumlanması ve herhangi bir belirsizlik veya eksiklik halinde tahkim anlaşmasının geçersiz kılınması da tarafların ortak tahkim iradesine aykırılık teşkil edebilir. Tahkim anlaşmasında her belirsizlik, eksiklik veya çelişki doğrudan tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu anlamına gelmemelidir. Dolayısıyla tahkim anlaşmaları yorumlanırken, sözleşmenin kurulduğu andaki taraf iradelerinin tespiti için çaba gösterilmeli ve tahkimin istisnai niteliği tamamen göz ardı edilmemelidir.

Tezin üçüncü bölümü, patolojik tahkim anlaşması kategorilerinden ilkinin oluşturan tahkim iradesinin belirsizliği nedeniyle patolojik hale gelen tahkim anlaşmalarına ilişkindir. Tarafların, tahkimin temel unsuru olan uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesine ilişkin iradelerinin mevcut olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bu bölümde, tarafların açık ve kesin tahkim iradesi ve özellikle Yargıtay kararlarında buna atfedilen önem incelenmiştir. Ardından tahkime başvurunun zorunlu tutulmadığı, incorporation yoluyla yapılan, yetki şartı ile tahkim şartını bir arada bulunduran ve tahkim veya devlet mahkemesine başvuru öncesi diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru yapılması gerektiğini düzenleyen tahkim anlaşmalarının geçerliliği mahkeme kararları ve doktrinde kabul edilen görüşler ele alınarak incelenmiştir.

Dördüncü bölümde, patolojik tahkim anlaşmalarının ikinci kategorisini oluşturan tahkim anlaşmasının içeriğindeki hata, çelişki ve eksiklikler nedeniyle patolojik hale gelen tahkim anlaşmaları incelenmiştir. Bu halde tarafların tahkim iradesi mevcuttur, taraflar açıkça bir tahkim anlaşması kaleme almıştır; ancak tahkim anlaşmasının içeriğindeki sorunlar nedeniyle anlaşma “*hükümden düşmüş*”, “*tesirsiz*” veya “*tatbiki imkansız*” hale gelebilir. Bu bölümde, kurumsal tahkim merkezinin yanlış belirtildiği veya mevcut olmayan kurumu yetkilendiren, birden çok tahkim merkezini yetkilendiren, taraflardan sadece birine tahkime başvuru hakkı veren tahkim anlaşmalarıyla beyaz tahkim anlaşmaları incelenmiştir.

Beşinci ve son bölümde ise tahkim yargılaması bakımından haiz olduğu büyük önem dikkate alınarak hakemlerin seçimi ve yetkilerine ilişkin meseleler

incelenmiştir. Bölüm iki başlığa ayrılmış ve ilk başlıkta hakemlerin seçimine ilişkin belirsizlikler, ikinci başlıkta yetki alanına ilişkin sorunlar incelenmiştir. Zira bu belirsizlik ve sorunlar da bir tahkim anlaşmasını patolojik hale getirebilir. Dolayısıyla patolojik tahkim anlaşmalarına ilişkin üçüncü ve son kategori hakem seçimi ve hakemlerin yetki alanına ilişkin hukuki sorunlar içeren tahkim anlaşmalarından oluşmaktadır.

İlk başlıkta hakemlerin seçimindeki belirsizlikler incelenmiştir. Hakem tayin etmek üzere belirlenen kişi veya kurumun mevcut olmaması veya hakem tayin etmeyi reddetmesi, tahkim anlaşmasında hakem olarak gösterilen kişinin ölmüş olması veya hakemlik görevini reddetmesi, hakemlerin taşınması gereken niteliklere ilişkin aşırı detaylı kriterler öngörülmesi halinde tahkim anlaşmasının “*tesirsiz*” veya “*tatbiki imkansız*” hale gelip gelmediği incelenmiştir. İkinci başlıkta ise konu ve süre bakımından hakemlerin yetki alanının sınırlandırılmış olması halinde doğabilecek hukuki sorunlar mahkeme kararları rehberliğinde değerlendirilmiştir.

Yukarıda incelenen tüm patolojik tahkim anlaşmalarından çıkarabileceğimiz sonuç tahkim anlaşması hazırlanması sürecinin hafife alınıp, geçirilmemesi gerektiğidir. Sözleşme hazırlanırken taraflar uyuşmazlıkların hangi yöntemle çözümlenmesini istediklerini belirlemeli ve bu yöntem tahkim ise büyük bir dikkate tahkim şartı hazırlanmalıdır.

Uyuşmazlıkların tahkimde çözümleneceği kararlaştırıldıktan sonra taraflar bir kurumsal tahkim merkezini yetkilendirip yetkilendirmeyeceklerini belirlemelidir. Kurumsal tahkim merkezinin yetkilendirileceği hallerde böyle bir kurumun veya tahkim kurallarının var olup olmadığı, bünyesinde taraflar arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıkların çözümlendiği bir tahkim divanı bulunup bulunmadığı önceden araştırılmalı ve merkeze yapılan atıfta kullanılan kavramlara dikkat edilmelidir. Birçok kurumsal tahkim merkezinin model tahkim şartı mevcuttur; tarafların bu model şartı sözleşmelerine dahil etmeleri ile birlikte ilgili tahkim merkezi yetkilendirilmiş olacaktır. Ancak çalışmamız kapsamında birçok örneği incelendiği üzere, taraflar bu model tahkim şartını sözleşmeye dahil etmek yerine,

belirsizlik veya çelişkiler içeren ve model şarttan farklılık gösteren hükümler kaleme almaktadır. Geçerli bir tahkim anlaşması düzenlemek için başvurulabilecek en makul yöntem bir kurumsal tahkim merkezi belirlenerek, sözleşmede belirlenen merkezin örnek tahkim şartına yer vermektir.

Taraflar bir kurumsal tahkim merkezini yetkilendirmeden uyuşmazlıkların *ad hoc* tahkimde çözümlenmesi arzusundaysa, UNCITRAL Tahkim Kuralları'na atıf yapmaları önerilmektedir. Bu halde taraflar, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın ekinde yer alan örnek tahkim şartını sözleşmelerine dahil etmelidir. UNCITRAL Tahkim Kuralları'na atıf yapılması sonucu, tahkim yargılamasına ilişkin boşluklar bu kurallar uyarınca doldurulacak ve tabir-i caizse bir kurumsal tahkim merkezinin yetkilendirilmiş olmasının sağladığı öngörülebilirlik ve güvence sağlanacaktır.

Tarafların *ad hoc* tahkimi benimsediği; ancak UNCITRAL Tahkim Kuralları'na atıf yapılmayan hallerde ise, tarafların aralarında meydana gelecek tüm uyuşmazlıkları tahkimde çözümlene iradelerini yansıtan, tahkim yerini belirleyen ve hakem seçimine ilişkin bir prosedür öngören tahkim anlaşmaları kaleme alınmalıdır. Bu halde, tarafların tahkim yeri olarak İsviçre, Fransa, İngiltere gibi tahkimi destekleyen ve tahkim yargılamasının kilitlendiği noktalarda, yargılamanın hızlıca devamını sağlayan devletleri tayin etmesi önerilmektedir.

KAYNAKÇA

- Abdulla, Zina : **International Arbitration in Switzerland-A Handbook For Practitioners**, Ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Blaise Stucki, The Hague, Kluwer Law International, 2004.
- Akıncı, Ziya : **Milletlerarası Tahkim**, 4. Bs, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016. **(Milletlerarası Tahkim)**
- Akıncı, Ziya : **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:44, 1994. **(Hakem Kararları)**
- Akıncı, Ziya : “Tahkim Şartı”, **Milletlerarası Tahkim Semineri 4 Ekim 2005**, Ankara, ICC Türkiye Milli Komitesi, s. 144-158. **(Tahkim Şartı)**
- Alangoya, Yavuz : **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, 1973.
- Arkan, Sabih : **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Arslan, İbrahim; Aydın, Sevgican : “Çarter Partideki Tahkim Klotunun Konişmento Hamiline Etkisi”, **GÜHFD**, C. 17, S. 1-2, Ankara, 2013, s. 123-139.

- Ataman-
Figanmeşe, İnci : “Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **MHB**, C. 31,S. 1, İstanbul, 2011, s. 91-152.
- Aydemir, Fatih : **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2017
- Balkar Bozkurt,
Süheyla : **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- Benglia, Jean : “Inaccurate Reference to the ICC”, **The ICC International Court of Arbitration Bulletin**, C. 7, S. 2, Paris, 1996, s. 11-13.
- Berger, Klaus
Peter : **Private Dispute Resolution in International Business-Handbook**, C.2, 2. Bs, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2009. (**Handbook**)
- Berger, Klaus
Peter : “Law and Practice of Escalation Clauses”, **Arbitration International**, C. 22, S. 1, Oxford, Oxford Academic, 2006, s. 1-18. (**Escalation**)
- Birsel, Mahmut T.;
Budak, Ali Cem : “Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum Bildiriler-Tartışmalar**, 11 Nisan 1997, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999, s. 172-223.

Bishop, R. Doak : “Practical Guide for Drafting Arbitration Clauses” (Çevrimiçi), <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop9.pdf>, Erişim: 31.03.2015

Blackaby, Nigel; : **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 6. Bs, Partasides, Oxford, Oxford University Press, 2015.
Constantine;
Redfern, Alan;
Hunter, Martin

Bond, Stephen R. : “How to Draft an Arbitration Clause”, **Journal of International Arbitration**, C. 6, S. 2, The Netherlands, Kluwer Law, 1989, s. 65-78.

Born, Gary B. : **International Commercial Arbitration-Commentary and Materials**, 2. Bs, The Hague, Kluwer Law International, 2001. (Commentary)

Born, Gary B. **International Commercial Arbitration-International Arbitration Agreements**, C. 1, 2. Bs., the Netherlands, Kluwer Law International, 2014. (Arbitration Agreements)

Born, Gary B. **International Arbitration: Law and Practice**, the Netherlands, Wolters Kluwer, 2012. (Law and Practice)

Bozkurt Yüksel, : “UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu’na Genel Bir
Armağan Ebru Bakış”, **TAAD**, C. 2, Y. 2, S. 4, Ankara, 2011 s. 136-172.

Brekoulakis, : “The Notion of the Superiority of Arbitration Agreements
Stravros over Jurisdiction Agreements: Time to Abandon It?” **Journal
of International Arbitration**, C. 24, S. 4, The Netherlands,
Kluwer Law International, 2007, s. 341-364.

Carbonneau, : **Cases and Materials on Arbitration Law and Practice**,
Thomas E. American Casebook Series, 5. Bs, United States, West, 2009.

Chang, Eric : “The Superiority of the Arbitration Clause over a Forum
Selection Clause under French Law – Some Comments to
Cass. Civ. 2e, 18 December 2003, SCI La Chartreuse v. M.
Cavagna”, **ASA Bulletin**, S. 4, Aralık, the Netherlands, Kluwer
Law International, 2004, s. 800-813.

Chukwumerije, : **Choice of Law in International Arbitration**, Connecticut,
Okezie London, Quorum Books, 1994.

Clay, Thomas; : **French International Arbitration Reports: 1963-2007**,
Pinsolle, Philippe; New York, Juris, 2014.
Voisin, Thomas

Craig, W. : **International Chamber of Commerce Arbitration**, 3. Bs,
Laurence; Park, W. Oxford, Oxford University Press, 2000.
William; Paulsson,
Jan

Çelikel, Aysel; : **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bs, İstanbul, Beta, 2016.
Erdem, Bahadır

Davis, Benjamin : “Pathological Clauses: Eisemann’s Still Vital Criteria”,
G. **Arbitration International**, C. 7, S. 4, Oxford, Oxford
University Press, 1991, s. 365-388.

Demir Gökyayla, : “Milletlerarası Tahkimde Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal
Cemile Tahkim”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, C. 2, Der. Mehmet
Murat İnceoğlu, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.
161-181.

Derains, Yves : “Chronique de jurisprudence française – Observations”,
Revue de l’arbitrage, No. 1, Librairies Techniques, 1997, s.
83-91.

Draguiev, Deyan : “Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity,
Severability and Enforceability”, **Journal of International
Arbitration**, C. 31, S. 1, the Netherlands, Wolters Kluwer,
2014, s. 19-46.

Drahozal, Christopher R. : “Nonmutual Agreements to Arbitrate”, **The Journal of Corporation Law**, C. 27, University of Iowa School of Law, 2001-2002, s. 537-565.

Eisemann, Frédéric : “La clause d’arbitrage pathologique”, **l’arbitrage international: essais in memoriam Eugenio Minoli**, C. 3, Milano, Unione Tipografico, 1974, s. 129-161.

Ekşi, Nuray : “Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation””, **MHB**, C.19, S. 1-2, İstanbul, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2011, s. 263-291. (**Kanunlar İhtilafı Incorporation**)

Ekşi, Nuray : **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul, Beta, 2004, (**Deniz Ticareti Incorporation**)

Ekşi, Nuray : **Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2015. (**Tahkim Öncesi**)

Ekşi, Nuray : **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim**, İstanbul, Beta, 2013. (**HMK’da Tahkim**)

Ekşi, Nuray : **4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları**, İstanbul, XII Levha, 2009. (Yargıtay Kararları)

Erdem, B. Bahadır : “Tahkim Öncesinde Başvurulacak Çözüm Yolları ve Tahkim Anlaşmasına Etkisi”, **ICC Türkiye XII. Millerlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, ICC, 2014, s. 63-78.

Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bs, Ankara, Yetkin, 2015, 473.

Erkan, Mustafa : **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara, Yetkin, 2013.

Ertekin, Erol;
Karataş, İzzet : **Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**, Ankara, Yetkin, 1997.

Esen, Emre : “Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği”, **İKÜHFD**, C.9, S.2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 145-155. (Kıyı Emniyeti)

Esen, Emre : **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, Beta, 2008. (Üçüncü Kişilere Teşmil)

Esen, Emre : “Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 6, S. 1, İstanbul, Legal, 2017, s. 75-148. (**Mevcut veya Belirli**)

Esen, Emre : “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensipleri”, **GSÜHFD, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan**, S.1, İstanbul, Beta, 2011, s. 355-380. (**Kompetenz-Kompetenz**)

Fentiman, Richard : “Unilateral Jurisdiction Agreements in Europe”, **The Cambridge Law Journal**, C. 72, S. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s. 24-27.

Fouchard, Philippe : “Note sur Menicucci c/ Mahieux, Cour d’Appel de Paris, 13 décembre 1975”, **Revue de l’arbitrage**, S. 1, Paris, 1977, s. 149-150.

Fouchard, Philippe; Gaillard, Emmanuel; Goldman, Berthold : **on International Commercial Arbitration**, Ed. Emmanuel Gaillard, John Savage, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1999. (**Arbitration**)

Fouchard, : **Traité de l'arbitrage commercial international**, Paris,
Philippe; Gaillard, Litec, 1996. (Traité)
Emmanuel;
Goldman, Berthold

Friedland, Paul D. : “Drafting Considerations for Clauses Designating New York
as the Place of Arbitration, **International Commercial
Arbitration in New York**, ed. James H Carter, John Fellas,
Oxford, Oxford University Press, 2010.

Fry, Jason : “HKL Group Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. and
HKL Group Co. Ltd. V. Rizq International Holdings Pte Ltd.”,
Journal of International Arbitration, C. 30, S. 4, Kluwer
Law International, 2013, s. 453-462.

Gaillard, : “La jurisprudence de la Cour de Cassation en matière
Emmanuel d'arbitrage international”, (Çevrimiçi),
https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf, 08.02.2018.

Garnett, Richard : “Coexisting and Conflicting Jurisdiction and Arbitration
Clauses”, **Journal of Private International Law**, C. 9, S. 3,
Routledge, 2013, s. 361-386.

Giray, Faruk : “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, **Uluslararası Tahkim ve
Kerem Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 4, S. 2, Legal, 2015, s. 65-121.

- Huysal, Burak : **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat, 2010.
- İlhan, Hüseyin : **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Ankara, Adalet, 2016.
Afşın
- Jain, Alok : “Pathological Arbitration Clauses and Indian Courts”, **Journal of International Arbitration**, C. 25, S. 4, The Netherlands, Kluwer Law International, 2008, s. 433-448.
- Jarvin, Sigvard : “The sources and limits of the arbitrator’s powers”, **Contemporary problems in international arbitration**, Ed. Julian D. M. Lew, London, School of International Arbitration Centre for Commercial Law Studies, 1986, s. 50-72.
- Jolivet, Emmanuel : “La clause compromissoire pathologique”, **les Cahiers de l’Arbitrage**, S. 1, Paris, Lextenso, 2010, s. 81-93.
Marquis, Laurence
- Jolles, Alexander : “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, **Arbitration - the international journal of arbitration, mediation and dispute management**, C. 72, S. 4, Sweet & Maxwell, 2006, s. 329-338.
- Kalpsüz, Turgut : “Tahkim Anlaşması”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 2, İstanbul, 2003, s. 1038-1053.

Karrer, Pierre A. : “Pathological Arbitration Clauses-Malpractice, Diagnosis and Therapy, **The International Practice of Law-Liber Amicorum for Thomas Bar and Robert Karrer**, Ed. Nedim Peter Vogt vd., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1997.

Kayalı, Didem : “Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, **Journal of International Arbitration**, C. 27, S. 6, the Netherlands, Wolters Kluwer, 2010, s. 551-577.

Krasniqi, Fjolla : “Practice of International Courts and Arbitral Tribunals in Interpreting Pathological Arbitration Clauses”, **Journal of Alternative Dispute Resolution**, C.3, Kosovo, American Chamber of Commerce in Kosovo, 2016, s. 3-21.

Kronke, Herbert; Nacimiento, Patricia; Otto, Dirk; Port, Nicola Christine : **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2010.

Kröll, Stefan : “Pathological” arbitration agreements before German Courts – short notes on the occurrence of a recent decision by the Higher Regional Court Hamm”, **Internationales Handelsrecht**, C. 6, De Gruyter, 2006, s. 255.

Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder : **Medeni Usul Hukuku**, 25. Bs, Ankara, Yetkin, 2014.

- Lando, Ole : “The law applicable to the merits of the dispute”, **Contemporary problems in international arbitration**, Ed. Julian D M Lew, London, School of International Arbitration Centre for Commercial Law Studies, 1986, s. 101-112.
- Lew, Julian D. M.; Mistelis, Loukas A.; Kröll, Stefan M. : **Comparative International Commercial Arbitration**, the Netherlands, Kluwer Law International, 2003.
- Lew, Julian D. M. : “Concluding Remarks”, **Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration**, Ed. Bernardo M. Cremades, Julian D.M. Lew, Paris, ICC Publishing, 2005, s. 305-313.
- Loquin, Eric : “Note sur Menicucci c/ Mahieux, Cour d’Appel de Paris, 13 décembre 1975” **JDI**, C. 104, S. 1, Paris, 1977, s. 108-114.
- Lowenfeld, Andreas F. : “Introduction: Why Arbitrate?”, **Practitioner’s Handbook on International Arbitration and Mediation**, Ed. Daniel M Kolkey, Richard Chernick, Barbara Reeves Neal, 3. Bs, New York, Juris, 2012, s. 3-12.
- Maleville, Marie-Hélène : “Pathologies des Clauses Compromissaires”, S. 61, **International Business Law Journal**, 2000, s. 61-83.

- Menendez, Uria : “Multi-Step Dispute Resolution Clauses”, (Çevrimiçi), http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2773/documento/UM_ALAStep.pdf?id=3785, 15.01.2018, s. 1-18.
- Molfa, Milo : “Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Law”, **Hong Kong Law Journal**, C.37, 2007, s. 161-184.
- Moreau, Bertrand : “L’intervention du tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et droit comparé”, **Revue de l’Arbitrage**, No:2, Paris, Librairies Techniques, 1978, s. 323.
- Moses, Margaret L. : **International Commercial Arbitration**, 2. Bs, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Mustill, Michael J.; Boyd, Stewart C. : **Commercial Arbitration**, London, Butterworths, 1982.
- Narancio, Victoria; Nachif, Antonio : “Optional, Blank and Combined Arbitration Agreements: Analysis of the Superior Tribunal de Justiça’s Judgment in Graal v. Kieppe”, **Revista Comercialista**, C. 6, S. 15, 2016, s. 22-36.
- Nazzini, Renato : “The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles”, **International & Comparative Law Quarterly**, C. 65, S. 3, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, s. 687-688.

Nesbitt, Simon; Quinlan, Henry : “The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses”, **Arbitration International**, C. 22, S. 1, Oxford, Oxford Academic, 2006, s. 133-149.

Nomer, Ergin : **Milletlerarası Usul Hukuku**, İstanbul, Beta, 2009. (Usul)

Nomer, Ergin : “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi - 09.06.1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı”, **MHB-Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan**, C. 19, S. 1-2, İstanbul, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1999-2000, s. 555-576. (Kamu Düzeni)

Nomer, Ergin : **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Bs, İstanbul, Beta, 2017. (Devletler Hususi)

Nomer, Ergin; Ekşi, Nuray; Öztekin Gelgel, Günseli : **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, C. 1, 3. Bs, İstanbul, Beta, 2008.

Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 11. Bs, İstanbul, Vedat, 2013.

Oppetit, Bruno : “Note sur Cour de Cassation, première chambre civile, 4 juillet 1972”, **JDI**, S. 1, Paris, Editions Techniques, 1972, s. 843-846.

Özbek, Mustafa : **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 2. Bs, Ankara, Yetkin, Serdar 2009.

Özçelik, Nesli Şen : “Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”, **MHB**, C. 36, S. 2, İstanbul, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2016, s. 53-81.

Özel, Sibel : **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, Legal, 2008. (**Kanunlar İhtilafı**)

Özel, Sibel : “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması”, **MÜHF – HAD**, C. 23, S. 1, 2017, s. 303-323. (**Tahkim Sözleşmenin Geçersiz Olması**)

Öztekin Gelgel, Günseli : “New-York Konvansiyonu’na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay’ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **MHB**, C. 22, S. 2, 2002, s. 1137-1158.

Pekcanitez, Hakan; : **Pekcanitez Usul- Medeni Usul Hukuku**, C. 3, Ed: Hakan Yeşilirmak, Ali Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, 15. Bs, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Pekcanitez, Hakan; : **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 4. Bs, Ankara, Yetkin, Atalay, Oğuz; 2016, s. 298.
Özekes,
Muhammet

Pengelley, : “Conflicting Dispute Resolution Clauses: The Rule in Paul
Nicholas Smith Revisited”, **Arbitration Awards: Demistification Of Myth**, ed. G. Radha Kalyani, Amicus Books, 2009, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=1343989>, 15.01.2018.

Poudret, Jean- : **Comparative Law of International Arbitration**, 2. Bs, Çev:
François; Besson, Stephen V. Berti, Annette Ponti, London, Sweet Maxwell,
Sebatien 2007.

Rubino- : **International Arbitration – Law and Practice**, 3. Bs, Juris,
Sammartano, 2014.
Mauro

Ruhi, Ahmet : **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında
Cemal Kanun**, 3. Bs, Ankara, Seçkin, 2009, s. 575.

Samuel, Adam : **Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law**, Zurich, Schultess, 1989.

Sarıöz Büyükalp, : “Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Ayşe İpek Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması” Kavramları”, **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan – DEÜHFD**, C. 16, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 2015, s. 2015-2058. **(Hükümsüz)**

Sarıöz Büyükalp, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan : Ayşe İpek : Türk Hâkimin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları”, **BAÜHFD**, C. 9, S. 121-122, İstanbul, 2014, s. 195-224. **(Tahkim İtirazı)**

Scalbert, Hugues/ : “Les clauses compromissoires pathologiques”, **Revue de Marville, Laurent l’Arbitrage**, No:1, Paris, Librairies Techniques, 1988, s. 117.

Stebler, Simone : “The Problem of Conflicting Arbitration and Forum Selection Clauses”, **ASA Bulletin**, C. 31, S. 1, The Netherlands, Kluwer Law International, 2013, s. 27-44.

Steingruber, : **Consent in International Arbitration**, Oxford, Oxford Andrea M. University Press, 2012.

Süral, Ceyda : **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No.4, İzmir, Güncel Yayınevi, 2008.

Şanlı, Cemal : **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6. Bs, İstanbul, Beta, 2016. (Ticari Akitler)

Şanlı, Cemal : **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986. (Esasa Uygulanacak Hukuk)

Şanlı, Cemal : **Hukuki Mütalaalarım**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016. (Mütalaalar)

Şanlı, Cemal “Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, **MHB, Ergin Nomer’e Armağan**, C. 2, İstanbul, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2002, s. 773-789. (Konişmentonun Devri)

Şanlı, Cemal; Ekşi, Nuray : **Uluslararası Ticaret Hukuku**, 5. Bs, İstanbul, Arıkan, 2006

Şanlı, Cemal; : **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. Bs, İstanbul, Vedat Kitapçılık,
Esen, Emre; 2017.
Ataman-
Figanmeşe, İnci

Şit, Banu : **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, İmaj, 2005.

Takla, Youssef : “Non-ICC Arbitration Clauses and Clauses Derogating From the ICC Rules”, **the ICC International Court of Arbitration Bulletin**, C. 7, S. 2, Paris, ICC, 1996, s. 7-10.

Tan Dehmen, Mine : “Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi”, **MHB**, S. 25, İstanbul, 2011, s. 451-472.

Tekinalp, Gülören; : **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Bs,
Uyanık, Ayfer İstanbul, Vedat, 2016.

Tolkusinas, : “Defective Arbitration Clauses in International Commercial
Kasparas Contracts”, (Çevrimiçi) http://vddb.library.lt/obj/LT-eLABa-0001:E.02~2011~D_20110124_131045-86915, 15.01.2018.

Tschanz, Pierre-Yves : “La convention d’arbitrage”, **Revue de Droit des Affaires Internationales**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989, s. 749-758.

Tweeddale, Andrew; Tweeddale, Karen : **Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law Practice**, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kendigelen, Abuzer; Kaya, Arslan; Nomer Ertan, N. Füsun : **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Bs, İstanbul, XII Levha, 2015.

van den Berg, Albert Jan : **The New York Arbitration Convention of 1958**, The Hague, Asser/Kluwer, 1981. (New York)

van den Berg, Albert Jan : “The New York Convention of 1958: An Overview”, (Çevrimiçi), [tp://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf), Erişim tarihi: 09.08.2017. (**An Overview**)

Weigand, Frank-Bernd : **Practitioner’s Handbook on International Arbitration**, München, Verlag CH Beck, 2002, s. 450.

- Yasan, Candan : “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, **GSÜHFD – Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan**, İstanbul, Beta, 2011, s. 777-806.
- Yavuz, Cevdet : “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, **Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”**, İstanbul, 2009, s. 133-177.
- Yeşilova, Bilgehan : **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No: 3, İzmir Güncel Hukuk Yayınları, 2008.
- Yıldırım, Ahmet : **Karşılaştırmalı Hukuk ve Yeknesak Hukukta Cemil Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, XII Levha, 2015.