

T.C.
KOÇ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**MİLLETLERARASI TAHKİM HUKUKUNDA TAHKİM ANLAŞMASININ
ESASTAN GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Selin Ece ONUR

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Polat KALAFATOĞLU

Aralık 2018

T.C.
KOÇ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**MİLLETLERARASI TAHKİM HUKUKUNDA TAHKİM ANLAŞMASININ
ESASTAN GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Selin Ece ONUR

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Polat KALAFATOĞLU

Aralık 2018

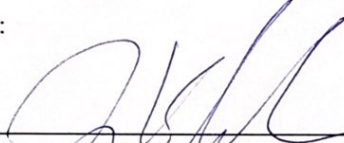
Koc University
Graduate School of Social Sciences and Humanities

This is to certify that I have examined this copy of a master's thesis by

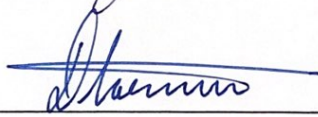
Selin Ece Onur

and have found that it is complete and satisfactory in all respects,
and that any and all revisions required by the final
examining committee have been made.

Committee Members:



Asst. Prof. Mehmet Polat Kalafatoğlu



Assoc. Prof. Zeynep Derya Tarman



Asst. Prof. Candan Yasan Tepetaş

Date:

16/11/2018

ÖNSÖZ

Bu çalışma, Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans programı kapsamında hazırlanmıştır. Çalışmanın konusu milletlerarası tahkimde gerek hakemler gerek mahkemeler önünde görülen yargılamalarda tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik yapılan tartışmalardan esinlenerek belirlenmiştir.

Tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesi milletlerarası tahkimin bel kemiği olan bir husus olmakla beraber gerek ülkelerin ulusal kanunlarında gerek pek çok ülkenin taraf olduğu milletlerarası tahkime ilişkin milletlerarası sözleşmelerde ve Model Kanun'da yer alan boşluklar nedeniyle uygulamada ve doktrinde halen tartışmalı pek çok husus bulunmaktadır. Bu çalışma kapsamında danışmanlık yaparak beni onurlandıran ve tezin hazırlanması sırasında her türlü desteğini, yardımını ve yol göstericiliğini esirgemeyen Sayın Hocam Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Polat Kalafatoğlu'na tezin bu şekilde ortaya çıkmasındaki emek ve ufuk açıcı tartışmaları nedeniyle müteşekkirim. Kendisine en içten teşekkürlerimi sunarım.

Tezimin savunmasında jüri üyesi olmayı kabul ederek beni onurlandıran, Sayın Doç. Dr. Zeynep Derya Tarman ve Dr. Öğr. Üyesi Candan Yasan Tepetaş'a içten teşekkür ve saygılarımı sunarım.

2012 yılında beni tahkim ile buluşturan ve tahkimi bana sevdiren, o günden bugüne bütün bilgi birikimini benimle ve diğer değerli hukukçu arkadaşlarım ile paylaşan, desteğini eksik etmeyen Sayın Hocam Prof. Dr. Ziya Akıncı'ya meslek hayatıma kattıkları ve yedi yıla yakın süredir beni büyük bir ailenin parçası olarak gördüğü için teşekkür ederim. Hocam ile geçirdiğim her yıl tahkime duyduğum ilgiyi daha da arttırmış, tez konumun belirlenmesinde yardımcı olmuştur.

Tez sürecine ilişkin her türlü sorumda bana yol gösteren ve tezimi okuyarak değerli görüşlerini benimle paylaşan yakın arkadaşım Av. Ferda Nur Güvenalp'e en içten teşekkürlerimi sunarım.

Ve canım ailem... Sizlere söylenecek sözler hep eksik kalır. Ne yazsam, ne söylesem hayatımdaki yerinizi, bendeki emeğinizin değerini anlatmaya yetersiz kalır. Kilometrelerce uzakta da olsanız hayat boyu tüm kalbim sizlerle. Tezin yazılması sırasında her zaman desteğini arkamda hissettiğim değerli eşim Dr. Cumhuri Tekin'e hayatıma kattıkları için teşekkür ederim. Bu tezin yazım sürecinde varlıkları, destekleri, deneyimleri ve nasihatleriyle bana güç veren ve kızları olmaktan gurur duyduğum özverili ve başarılı annem Ayşegül Onur'a ve başarılarıyla her zaman övünç duyduğum ve hayatın her alanında kendime örnek aldığım babam Prof. Dr. Mustafa Onur'a teşekkürlerin en büyüğünü borçluyum. Ve tabii ki hayattaki her anımın en yakın şahidi olan ve bu hayatta sahip olduğum en büyük şansım, canım kardeşim Berfin'e ve değerli eşi Nihat'a hayat boyu destekleri için teşekkür ediyorum.

Selin Ece Onur
İstanbul, Aralık 2018

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	vii
ABSTRACT	ix
ÖZET.....	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASININ FONKSİYONU, HUKUKİ NİTELİĞİ VE BAĞIMSIZLIĞI

§1. TAHKİM ANLAŞMASI	7
§2. TAHKİM ANLAŞMASININ FONKSİYONU	15
§3. TAHKİM ANLAŞMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ	16
A. Maddi Hukuk Görüşü-Sözleşme Görüşü	18
B. Usul Hukuku Görüşü	20
C. Karma Nitelikli Sözleşme Görüşü	24
D. Bağımsız Görüş.....	25
§4. TAHKİM ANLAŞMASININ ASIL SÖZLEŞMEDEN BAĞIMSIZLIĞI	30
A. Karşılaştırmalı Hukukta Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı	33
B. Türk Hukuku'nda Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı	37
C. Milletlerarası Tahkime İlişkin Milletlerarası Anlaşmalar, Kurumsal Tahkim Kuralları ve Model Kanun Açısından Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı	41
D. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibinin Sonuçları	44
I. Tahkim Anlaşması ve Asıl Sözleşmesinin Kaderinin Birbirinden Bağımsız Olması.....	45
II. Hakemin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Verebilmesi	49
III. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk ile Asıl Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Farklı Olabilmesi	51

İKİNCİ BÖLÜM
TAHKİM ANLAŞMASININ ESASTAN GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK
HUKUK

§1. TAHKİM ANLAŞMASININ ESAS BAKIMINDAN GEÇERLİLİĞİ	
MESELESİ	55
§2. TAHKİM ANLAŞMASININ ESASTAN GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK	
HUKUKUN BELİRLENMESİ	75
A.Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Hakem Önünde İleri Sürülmesi	77
I. İrade Serbestisi: Taraflarca Hukuk Seçimi Yapılmış Olması Durumu. 78	
1. Açıkça Kararlaştırılmış Olması.....	80
2. Zımnen Kararlaştırılmış Olması.....	80
II. Taraflarca Hukuk Seçimi Yapılmamış Olması Durumu.....	83
1. Tahkim Yeri Hukuku	88
2. Asıl Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tahkim Anlaşmasına da	
Uygulanması	100
3. Seçilen Tahkim Kurumu Kuralları.....	103
4. Tarafların Ortak Niyeti (<i>Common Intent</i>) ve Uluslararası Hukukun	
Genel Prensiplerini Esas Alan Görüş.....	106
5. Tenfiz Yeri Hukuku	107
III.Sonuç ve Değerlendirme	109
B.Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi	111
I. Mahkemenin Yetkisi ve İnceleme Ölçüsü	112
1. Kompetenz-Kompetenz Prensipleri ve Olumsuz (Negatif) Etkisi	113
2. Mahkemenin İnceleme Ölçüsü.....	115
3. Milletlerarası Tahkime İlişkin Milletlerarası Anlaşmalar ve Model	
Kanun Açısından..... Hata! Yer işareti tanımlanmamış.	
a. New York Sözleşmesi	118
b. Avrupa Sözleşmesi.....	121
c. UNCITRAL Model Kanunu.....	122
4. Mukayeseli Hukuk Açısından	125
5. Türk Hukuku Açısından.....	137
6. Sonuç ve Değerlendirme	144

II. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Tahkim Kararı Alınmadan Önceki Süreçte İleri Sürülmesi	146
III. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Karar Sonrası Süreçte İleri Sürülmesi	147
1. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İptal Davası Aşamasında İleri Sürülmesi	147
2. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Tanıma ve Tenfiz Davası Aşamasında İleri Sürülmesi	149
IV. <i>Lex fori</i> uyarınca Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukukun Tespiti	150
1. Klasik Kanunlar İhtilafı Metodu	152
a. Taraflarca Seçilen Hukuk	153
b. Tahkim Yeri Hukuku	156
c. Asıl Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk	168
2. Tarafların Ortak İradesi Metodu- <i>Fransız Yaklaşımı</i>	171
3. Karma Metot	175
SONUÇ	185
KAYNAKÇA	192

KISALTMALAR

All. ER.	All England Law Reports
Avrupa Sözleşmesi	1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi
Arb. Int.	Arbitration International
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Clunet	Journal du Droit International
DIAC	Dubai International Arbitration Centre-Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi
dn.	Dipnot
E.	Esas
HD	Hukuk Dairesi
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IBA	International Bar Association-Uluslararası Barolar Birliği
ICC	International Chamber of Commerce-Milletlerarası Ticaret Odası
ISTAC	Istanbul Arbitration Centre-İstanbul Tahkim Merkezi
K.	Karar
LCIA	London Court of International Arbitration-Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi
m.	Madde
MÖHUK	5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MK	4721 Sayılı Medeni Kanun
MTK	21 Haziran 2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

Model Kanun	Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında Model Kanun- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration
New York Sözleşmesi	1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi
Rev. Arb.	Revue de l'Arbitrage
s.	Sayfa
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
vd.	Ve devamı
Vol.	Volume
Yarg.	Yargıtay
YBCA	Yearbook of Commercial Arbitration
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ABSTRACT

The invalidity of an arbitration agreement is a hurdle to the enforcement of an arbitral award in accordance with Article V(1)(a) of the New York Convention on the Recognition and Execution of Foreign Arbitral Awards, which is part of the law in many countries. In addition, the UNCITRAL Model Law, which was designed to harmonise the rules of international commercial arbitration and has also been incorporated into the laws of many countries, dictates that courts may either refuse to enforce an arbitral award or annul an award due to an invalid arbitration agreement. An impediment with such grave consequences requires a careful analysis to ensure the enforcement of an award – an analysis that should ideally be performed from the point of view of an arbitrator. In this respect, it is important to correctly identify the law that is applied by arbitrators and courts when determining the validity of an arbitration agreement. For this reason, this thesis will examine the law applicable to the validity of an arbitration agreement.

The law governing an arbitration agreement may be different from the law that governs the main contract that contains the arbitration agreement. This is the result of the doctrine of separability.

In determining the law applicable to an arbitration agreement, the legal nature of the arbitration agreement and its function are important factors. There are a few theories in this respect. If an arbitration agreement is deemed to be jurisdictional by nature, the arbitration agreement shall be placed under the jurisdiction of the place of arbitration (*jurisdictional theory*). However, if an arbitration agreement is rather contractual by nature, the arbitration agreement shall be interpreted to be within the framework of the parties' intention (*contractual theory*). According to those who opine that an arbitration agreement is both contractual and jurisdictional by nature, neither the jurisdictional theory nor the contractual theory alone adequately encapsulates the legal nature of the arbitration agreement (*mix/hybrid theory*). In addition, those who consider an arbitration agreement as an autonomous (*sui-*

generis) contract opine that no national law alone should form the basis for determining the parties' intention, and that compliance with international public policy should be taken into account. According to this view, the arbitration agreement will only be subject to the intention of the parties as far as the law of the place of arbitration permits.

The concept of law to be applied to an arbitration agreement is very broad. There are three dimensions to the validity of an arbitration agreement, namely the form of an arbitration agreement, the capacity of the parties to enter into an arbitration agreement, and the substance of an arbitration agreement. The law applicable to these three dimensions may be different. The main reason is that there may be different provisions in the national laws and in international regulations for the form, capacity and substantive validity. *Firstly*, the main principle in comparative law and international regulations for the formal validity of an arbitration agreement is that the arbitration agreement must be made in writing. This is reflected in Article 7(2) of the UNCITRAL Model Law that is adopted by national laws and in Article II (1) of the New York Convention, to which many countries are parties. In many jurisdictions, including Turkey, the laws and regulations concerning the validity of an arbitration agreement are in parallel with international regulations. Hence, there is no need for a legal debate in respect of the law to be applied to the form. As a result, the provisions of the relevant regulations can be directly invoked in disputes in which the New York Convention or the UNCITRAL Model Law applies, and the applicable law need not be discussed. *Secondly*, in order to have a valid arbitration agreement, the parties must have the capacity to make an arbitration agreement. In accordance with Article V(1)(a) of the New York Convention, the capacity of the parties shall be determined "under the law applicable to them". Accordingly, especially for countries that are parties to the New York Convention, the conclusion usually reached is that, for individuals, the applicable law is the national law of those individuals, but for legal entities, the applicable law is the law of the legal or actual administrative centre of the entities. This has significantly reduced the scope of the debate on the law to be applied concerning the capacity of the parties. *Thirdly*, all matters other than the validity of an arbitration agreement in terms of form and capacity, such as whether an arbitration agreement is established, whether consent exists (i.e. whether an arbitration agreement was induced by fraud, undue influence or misrepresentation),

matters concerning the interpretation, effect and scope of an arbitration agreement as well as an assignment, transfer or termination of an arbitration agreement, shall be regarded as matters of substance, otherwise known as “substantial validity”. In principle, provisions in national laws or international regulations regarding the substantive validity of an arbitration agreement are separate from those concerning matters of formal validity and capacity. Accordingly, the determination of the law applicable to the essential validity also differs from that of form and capacity. However, compared to the laws applicable to form and capacity, the law to be applied to the essential validity is not as clear. For this very reason, it is necessary to conduct the analysis in this thesis. In both doctrine and practice, this issue is still being debated. As there is no clarity in the relevant regulations, in practice, different methods are deployed in the determination of the law applicable to an arbitration agreement.

In determining the law applicable to the arbitration agreement, one should take into account the stage at which an objection to the existence/validity of an arbitration agreement is raised. The question of the substantive validity of an arbitration agreement may be before an arbitrator and/or before national courts, and different conclusions may be reached from a legal point of view. Courts are generally bound by rules concerning conflict of laws, but unlike national courts, arbitrators have no *lex fori*. Therefore, arbitrators are not bound by any specific rules concerning conflict of laws but instead, are usually accepted to be bound by rules of the place of arbitration. Accordingly, it is accepted that the arbitrators are at liberty to apply the law they deem appropriate to the substantive validity of an arbitration agreement without making any reference to any conflict of law rules in national laws.

If the issue of invalidity of an arbitration agreement is brought to an arbitral tribunal and the parties have not chosen the law applicable to the arbitration agreement, pursuant to the *competence-competence* principle, the arbitral tribunal shall determine the law applicable to the arbitration agreement in order to determine whether it has jurisdiction. In practice, it appears that arbitral tribunals have adopted two basic methods in the determination of the law applicable to the substantive validity of an arbitration agreement. The first of these is the application of the law governing the substance of the dispute to the arbitration agreement. However, this

method is criticised due to the well-established separability doctrine. The second method is the application of the law of the place of arbitration preferred by the arbitrator. According to this method, the place of arbitration has procedural importance for the enforcement of the award and thus, arbitrators should determine the applicable law to the substantive validity by taking into account the law of the place of arbitration. As a matter of fact, a party claiming that the arbitration agreement is invalid before an arbitral tribunal is likely to raise the same objection before a national court in the annulment proceedings. The national courts in the place of arbitration are also the authorised courts in the annulment proceedings. As such, the national court in the annulment proceedings will determine the validity of an arbitration agreement in accordance with its own rules, which is also the law of the place of arbitration. Therefore, determining the validity of an arbitration agreement according to the rules of the place of arbitration (the rules of the annulment courts) is compatible with an arbitrator's obligation to make every effort to ensure that the award is enforceable at law. At this point, the law of the place of enforcement is also important. However, the place of enforcement may not always be obvious. For this reason, in practice, arbitrators resolve the validity of an arbitration agreement mainly according to the law of the place of arbitration. There is a number of arbitration decisions that indicate that the main reason for an arbitrator's application of the law of the place of arbitration to determine the validity of an arbitration agreement is to issue an executable award. Moreover, there is also a number of decisions where the arbitrator applied the law of the place of arbitration to the substantive validity of the arbitration agreement and justified doing so by stating that the parties' choice of the place of arbitration shows implicit consent to the law of the place of arbitration being applied to the substantive validity of an arbitration agreement. Also, in some instances, the law of the place of arbitration is accepted to have the closest connection with the arbitration agreement.


In the event that the invalidity of an arbitration agreement is alleged before a court, it is debated whether or not courts are authorised to decide on the validity of an arbitration agreement. In principle, arbitrators are authorised to determine the validity of an arbitration agreement but within the framework of some rules, courts can determine the validity of an arbitration agreement as well. However, arbitrators' decision is subject to the supervision of the courts. The validity of the arbitration

agreement can be discussed in three stages in courts: in national courts when a case is filed despite the existence of an arbitration agreement, before an annulment court when an application is made to set aside the award, and in the court of enforcement when an application for the recognition and enforcement of an award is made. The powers of an annulment court and an enforcement court are different from that of a first-instance court. As a matter of fact, in national laws, there are often separate rules for the law applicable to the validity of an arbitration agreement in cases where there are provisions concerning annulment and enforcement.

When the issue of invalidity of an arbitration agreement is before a court, an important question is which law should be applied by a court when determining the validity of an arbitration agreement. Depending on the stage of the proceedings, i.e. whether they are pre-award or post-award, the law that the court will apply may differ. In contrast to arbitrators, it is assumed that courts must, as a rule, apply the rules of *lex fori*, that is to say, his own law, as they are bound by such law. The meaning of a “his own law” is controversial in doctrine. Accordingly, some believe that the court will enforce its substantive rules while examining the substantive validity of an arbitration agreement. Others believe that the court should enforce its conflict of laws rules. The European Convention has clearly laid down that the law applied to the question of the validity of the arbitration agreement is to be established in accordance with the court’s conflict of laws rules. However, generally, courts apply their substantive rules of law directly before entering into this debate. For example, in Turkish law, the national courts in accordance with Article 4 (3) of the Turkish International Arbitration Law and the annulment court in accordance with Article 15(1)(a), would determine the validity of an arbitration agreement pursuant to the law which the parties have chosen or if there is no such law, the substantive rules of Turkish law would apply.

Different outcomes may arise in different countries for the same arbitration agreement because, in practice, there is no uniform regulation of international law regulating the law applicable to the substantive validity of an arbitration agreement. To avoid this, it is often seen that countries’ laws are based on the rules contained in international regulations such as the European Convention, the New York Convention and the UNCITRAL Model Law. It is generally accepted that the

arbitration agreement is subject to the parties' chosen law, or, if there is no such choice of law, the law of the place of arbitration is the generally accepted approach, or the law that applies to the main contract. These are the classic methods in dealing with conflicts of laws. Nevertheless, in some countries, the validity of an arbitration agreement is determined independently from these rules. For example, the validity of an arbitration agreement in French law is determined entirely by the intention of the parties, without prejudice to the norms of international public order and the mandatory rules of the French law. Determining the applicable law should be exempt from any national laws. Moreover, pro-arbitration countries such as Switzerland have adopted an alternative law choice to keep the arbitration agreement as viable as possible, and have accepted a valid arbitration agreement under any of these laws.



Parallel to this, many countries today acknowledge that Article V(1)(a) of the New York Convention should be interpreted narrowly. It would be useful for courts and arbitrators to act with a pro-arbitration approach when determining the law applicable to the substantive validity of an arbitration agreement for the purpose of promoting the use of arbitration. Some jurisdictions, by stating that as far as possible the arbitrator's decision must stand, have accepted the recognition/enforcement of an arbitrator's decision that has been annulled. Such overtures diminish the importance of the place of arbitration. This approach distinguishes international arbitration from the rules and limitations of national laws. Although international arbitration was developed with the expansion of international trade, the idea that the substantive validity of an arbitration agreement should be independent from national laws remains theoretical. As a matter of fact, the choice of arbitration by the parties is usually due to the high level of security provided by national courts, either as a place of arbitration or as an annulment or enforcement court. Countries have developed their laws in alignment with the growth of trade and arbitration. This suggests that the place of arbitration still retains its significance in terms of the validity of an arbitration agreement.

ÖZET

Günümüzde pek çok ülkenin taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin V(1)(a) maddesi uyarınca tahkim anlaşmasının geçersizliği bir tenfiz engelidir. Bunun yanı sıra yine milletlerarası ticari tahkimde yeknesak bir düzenleme getirmek amacıyla hazırlanan ve pek çok ülke tarafından esas alınan UNCITRAL Model Kanunu'nda geçersiz bir tahkim anlaşmasına dayanarak verilen hakem kararlarının tenfizinin reddedilebileceği veyahut iptalinin istenebileceği kabul edilmiştir. Bu derece önemli bir mesele özellikle hakemler açısından ileride kararın icrasını garanti etmek adına dikkatli bir analiz yapılması gerekliliğini beraberinde getirmektedir. Bu noktada, hakemlerin ve mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini hangi hukuka göre tespit edeceği önem arz etmektedir. Bu nedenle bu çalışmada tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk incelenecek olup, çalışmanın kapsamı tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk ile sınırlandırılmıştır.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabileceği kabul edilir. Bu, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı prensibinin bir sonucudur.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde, tahkim anlaşmasının fonksiyonu ve hukuki niteliği önem arz etmektedir. Tahkim anlaşmasının bir usul hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilir ise bu tahkim anlaşmasını tahkim yeri hukuku hâkimiyetine sokacaktır. Tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesi kabul edilir ise de tahkim anlaşması taraf iradeleri çerçevesinde şekillenecektir. Tahkim anlaşmasının hem maddi hukuk hem de usul hukuku sözleşmesi olduğunu savunan görüşe göre ise ne usul hukuku görüşü ne de maddi hukuk görüşü tahkim anlaşmasının hukuki niteliğini tek başına ortaya koyamamaktadır. Son olarak, tahkim anlaşmasının kendine has bir sözleşme olduğunu savunan görüş uyarınca taraf iradelerinin sınırlarının tespitinde herhangi bir milli hukuk esas alınmamalı,

milletlerarası kamu düzenine uygunluk sınır olarak dikkate alınmalıdır. Bu görüşe göre, tahkim anlaşması ancak tahkim yeri hukuku izin verdiği kadar taraf iradesine tabi olacaktır.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk kavramı oldukça geniş bir kavramdır. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin üç boyutu bulunmaktadır. Bunlar, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği, tahkim anlaşmasının taraflarının ehliyeti bakımından geçerliliği ve tahkim anlaşmasının maddi bakımdan geçerliliğidir. Fakat bu üçüne uygulanacak hukuk birbirinden farklı olabilir. Bunun temel sebebi ulusal kanunlarda ve özellikle milletlerarası tahkime ilişkin milletlerarası sözleşmelerde, Model Kanun'da ve pek çok milletler arası tahkim merkezi kurallarında şekil, ehliyet ve esastan geçerlilik hallerine yönelik farklı hükümlerin yer almasıdır.

Tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği açısından, yazılılık hâkim ilke olduğu kabul edilir. Pek çok ülkenin taraf olduğu New York Sözleşmesi'nin II(1) maddesi ve pek çok milli hukukun esas aldığı UNCITRAL Model Kanunu'nun 7(2) maddesinde tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılacağı kararlaştırılmıştır. Türk hukuku da dâhil pek çok ulusal hukukta özellikle milletlerarası sözleşmeler ve Model Kanun ile paralel olarak tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği açıkça düzenlenmiş olduğundan, şekli geçerliliğe yönelik uygulanacak hukuk tartışmasına ihtiyaç kalmamıştır. Bu nedenle tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliğinin belirlenmesinde söz konusu düzenlemeler kolaylıkla yardımcı olabilmektedir. Dolayısıyla özellikle New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulduğu veya Model Kanun'un uygulama alanı bulduğu uyuşmazlıklar bakımından ilgili düzenlemelerde yer alan hükümlere başvurulacak, bu konuda uygulanacak hukuk ayırımına gidilmeyecektir.

Yine geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetini haiz olması gerekir. New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca taraf ehliyeti, tarafların *“haklarında tatbiki gereken kanuna göre”* belirlenecektir. Bu nedenle özellikle New York Sözleşmesi'ne taraf ülkeler bakımından tahkim anlaşması yapma ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda genellikle varılacak sonuç gerçek kişilerde kişinin milli hukuku, tüzel kişilerde ise şirketin şirket ana sözleşmesinde yer alan idare merkezi hukuki veyahut fiili idare

merkezi hukuktur. Bu da ehliyet uygulanacak hukuk konusundaki tartışmaları azaltmıştır.

Tahkim anlaşmasının şekil ve ehliyet açısından geçerliliği dışındaki bütün meseleler esastan geçerlilik olarak değerlendirilir. Tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığı yani iradeyi sakatlayan hallerin var olup olmadığı; icap kabulünün birbirine uygun olup olmadığı; tahkim anlaşmasının konu ve kişi yönünden kapsamı; tahkim anlaşmasının temliki, devri ve sona ermesi gibi konular tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği ile ilgili kavramlardır.

Tahkime ilişkin düzenlemelerde tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine yönelik hükümler şekli geçerlilik ve ehliyet meselelerinden ayrı tutulmuştur. Fakat tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusu şekil ve ehliyetle ilişkin hususlar kadar açık değildir. Bu nedenle bu çalışmanın yapılması gerekliliği doğmuştur. Bu konu doktrinde ve uygulamada halen tartışılmaktadır. İlgili düzenlemelerde bir açıklık olmaması nedeniyle uygulamada bu hukukun tespitinde farklı bağlama noktalarının tercih edildiği görülmektedir.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinde, tahkim anlaşmasının varlığına/geçerliliğine ilişkin itirazın hangi merci önünde yapıldığı dikkate alınır. Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği hakem önünde veyahut mahkeme önünde inceleme konusu yapılabilir ve buna bağlı olarak uygulanacak hukuk açısından da farklı sonuçlar ortaya çıkabilir. Mahkemeler genellikle *lex fori* ile bağlı olduklarından kendi hukuklarındaki kanunlar ihtilafı kurallarına göre geçerliliği incelerken, hakemler bakımından bir *lex fori* söz konusu olmadığı için hakemlerin uygulanacak hukuku belirleme konusunda serbest oldukları fakat çoğunlukla tahkimin üzerindeki denetsel yetkisini dikkate alarak tahkim yeri kurallarını esas aldıkları görülür. Genellikle ülkelerin tahkim kurallarında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun nasıl belirleneceğine yönelik bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığından hakemler kendi kanunlar ihtilafı kurallarını belirleyecektir.

Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin hakem heyeti önünde ileri sürülmesi ve taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçilmemiş olması durumunda hakem heyeti *kompetenz-kompetenz* kuralı uyarınca uyuşmazlık konusunda yetkili

olup olmadığını tespit etmek için tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemelidir. Uygulamada, hakem heyetinin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinde farklı bağlama noktalarını benimsediği görülmektedir.

Tahkimin esası taraf iradesi olduğundan, hakemler öncelikli olarak tarafların bu konuda yapmış olduğu bir hukuk seçimi var ise bu seçime saygı duymaktadır. Asıl mesele taraflarca açıkça bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde kendini göstermektedir. Uygulamada tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde iki temel metot bulunmaktadır. Bunlardan birincisi asıl sözleşmeye uygulanan hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmasını kabul eder. Bu görüş tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin milletler üstü bir ilkesi haline gelmesinin doğal bir sonucu olarak pek çok hakem tarafından eleştirilmiştir. İkinci metot ise tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabileceğini ve tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği için de dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. Bu yaklaşımın temelinde yatan görüş uyarınca tahkim yeri hukuku kararın icrası aşamasında da etkili olacağından hakemler geçerliliği tahkim yeri hukukuna göre değerlendirmelidir. Nitekim hakem heyeti önünde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia eden taraf muhtemelen iptal davası aşamasında bu itirazı yapacaktır. Tahkim yeri mahkemesi iptal davası açısından da yetkili olacağından iptal mahkemesi önüne gelen davada tahkim anlaşmasının geçerliliğini aynı zamanda tahkim yeri hukuku da olan kendi hukukuna göre belirleyecektir. Dolayısıyla hakemlerin iptal davasına bakacak mahkemenin kurallarına göre geçerliliği belirlemesi ileride icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğü ile en çok bağdaşandır. Bu noktada tenfiz mahkemesi hukuku da önem arz etmektedir. Fakat tenfiz yeri her zaman belli olmayabilir. Bu nedenle uygulamada hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini ağırlıklı olarak tahkim yeri hukukuna göre çözümledikleri görülmektedir. Hakemlerce tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanmasının altındaki temel sebep icra edilebilir bir karar vermek olsa da taraflarca tahkim yerinin seçilmiş olmasının tarafların zımnen tahkim anlaşmasına uygulanması istedikleri hukuku da seçmiş oldukları anlamına geleceğini ifade eden pek çok karar bulunmaktadır. Aynı şekilde tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşması ile en yakın ilişkili hukuk kabul edildiği pek çok karar da bulunmaktadır .

Mahkeme önünde tahkim anlaşmasının esas bakımından geçersizliğinin iddia edilmesi halinde ise öncelikli olarak tartışılan mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçersizliğine karar verip veremeyeceğidir. Kural olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verme yetkisi hakemlerindir. Fakat hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik yapacağı incelemenin denetime tabi olduğu kabul edilmektedir. Tahkim anlaşmasının geçerliliği, tahkim kararı öncesi süreçte mahkeme önünde tartışılabileceği gibi tahkim kararı alındıktan sonraki süreçte de iptal mahkemesi önünde veya tenfiz mahkemesi önünde olmak üzere mahkeme önünde üç aşamada tartışma konusu olabilir. Hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik vereceği karar iptal ve tenfiz davası aşamasında mahkeme denetimine tabi olacaktır. İptal ve tenfiz mahkemesinin yapacağı denetleme ise ilk derece mahkemesinin yapacağı incelemeden farklılık arz etmektedir. Nitekim ulusal kanunlarda çoğunlukla iptal ve tenfize ilişkin hükümlerin düzenlendiği hükümlerde tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuka yönelik ayrı kurallar getirilmiştir.

Mahkemelerin tahkim anlaşmasının varlığına rağmen önlerine gelen uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelerken veyahut iptal/tenfiz aşamasında geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit ederken hangi hukuku uygulayacağı da bir diğer önemli meseledir. Karar öncesi ve karar sonrası dönemde ileri sürülmesine bağlı olarak tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenirken mahkemelerce uygulanacak hukuk farklılık gösterebilecektir. Hakemlerin aksine, mahkemeler *lex fori* ile bağlı olduğu için hâkimin kural olarak *lex fori*'nin kurallarına yani kendi hukukuna başvurmaları gerektiği kabul edilir.

Hâkimin hukuku ile kastedilenin ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Buna göre bir görüş uyarınca mahkeme tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini incelerken kendi maddi kurallarını uygulayacaktır. Bir diğer görüşe göre ise mahkeme kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayacaktır. Avrupa Sözleşmesi mahkemenin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edeceği hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulaması gerektiğini açıkça düzenlemiştir. Fakat genellikle mahkemeler bu tartışmaya girmeden doğrudan kendi maddi hukuk kurallarını uygulamıştır. Örneğin, Türk hukukunda gerek MTK madde 4(3) uyarınca tahkim

anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan birinin mahkemede dava açması halinde mahkemenin yapacağı inceleme açısından (karar öncesi süreçte) ve gerek ise bu madde ile paralel olarak düzenlenen MTK m. 15(1)(a) uyarınca iptal mahkemesinin yapacağı inceleme açısından tahkim anlaşmasının geçerliliğine, tarafların tahkim anlaşmasını tâbi kıldıkları hukuk veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukunun maddi kuralları uygulanacaktır.

Uygulamada tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuku düzenleyen uluslararası alanda kabul edilmiş yeknesak bir düzenlemenin olmaması nedeniyle aynı tahkim anlaşması açısından, farklı ülkelerde farklı sonuçların çıkması söz konusu olabilir. Bunun önüne geçilmesi için genellikle ülkelerin Avrupa Sözleşmesi, New York Sözleşmesi gibi milletlerarası sözleşmelerde yer alan düzenlemeleri ve Model Kanun'da yer alan kuralları esas aldığı görülür. Buna göre genel olarak tahkim anlaşmasına taraflarca seçilmiş hukukun veya böyle bir hukuk seçimi yok ise tahkim yeri hukukunun veya asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması kabul edilen temel yaklaşımlardır. Bunlar klasik kanunlar ihtilafı metodudur. Bunun yanı sıra, bazı ülkelerde ise tahkim anlaşmasının geçerliliği bu kurallardan bağımsız olarak tespit edilmektedir. Örneğin, Fransız hukukunda tahkim anlaşmasının geçerliliği herhangi bir milli hukuka değil uluslararası kamu düzeni saklı kalmak koşuluyla tamamen tarafların iradesi doğrultusunda belirlenir. Bunun yanı sıra İsviçre gibi tahkim yanlısı ülkeler de mümkün olduğunca tahkim anlaşmasını ayakta tutmak için alternatifli bir hukuk seçimini kabul etmiş ve bu hukuklardan herhangi birine göre geçerli bir tahkim anlaşmasını geçerli saymıştır.

Bununla paralel olarak, günümüzde pek çok ülke New York Sözleşmesi m. V(1)(a)'nın dar yorumlanması gerektiğini kabul etmektedir. Gerek mahkemelerin gerek ise hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku tespit ederken tahkim yanlısı bir bakış açısı ile hareket etmesi tahkimin yaygınlaşması açısından faydalı olacaktır. Buna göre bazı ülkeler mümkün olduğunca hakem kararının ayakta durması gerektiğini belirterek iptal edilmiş hakem kararlarının tanınması/tenfizini kabul etmiştir. Bu değişim tahkim yeri hukukunun önemini azaltmaktadır. Bu yaklaşım milletlerarası tahkimi milli hukukun kural ve sınırlamalarından ayırmaktadır. Her ne kadar milletlerarası tahkim milletlerarası ticaretin gelişmesi ile doğmuş olsa da tahkim anlaşmasının esas bakımından

geçerliliğinin ulusal hukuklardan tamamen bağımsız olarak değerlendirilmesi fikri teorik kalmaktadır. Nitekim tarafların tahkimi seçmesinin nedeni genellikle ulusal yargılamaların gerek tahkim yeri mahkemesi olarak gerek iptal veya tenfiz mahkemesi olarak verdiği yüksek güvenlidir. Ülkeler de gelişen ticaret ve tahkim ile paralel olarak kanunlarını bu gelişmeler ile uyumlu bir şekilde düzenlemişlerdir. Bu da tahkim yerinin tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerindeki önemini hala koruduğunu göstermektedir.



GİRİŞ

Bu çalışma, milletlerarası tahkimde tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik gerek ülkelerin ulusal kanunlarında gerek pek çok ülkenin taraf olduğu milletlerarası tahkime ilişkin milletlerarası sözleşmelerde ve Model Kanun'da yer alan boşluklar nedeniyle uygulamada karşılaşılan sorunlar ve doktrinde yapılan tartışmalardan esinlenilerek yapılmıştır.

Tahkim anlaşması içinde bulunduğu sözleşmeden bağımsız kabul edilmektedir. Bu nedenle tahkim anlaşmasının geçerliliği asıl sözleşmeden bağımsız değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin üç boyutu bulunmaktadır: tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği (*formal validity*), tahkimde taraf ehliyeti (*capacity*) ve tahkim anlaşmasının esastan yani maddi bakımdan geçerliliği (*essential veya substantive validity*). Buna göre tahkim anlaşmasının geçerliliği şekil, ehliyet ve esas bakımından geçerli olmasına bağlıdır.

Her ne kadar uygulamada bu üç kavram çoğu zaman iç içe geçmiş olsa da özellikle sözleşmenin şeklen var olup olmadığını inceleyen şekli geçerlilik ile iradelerin var olup olmadığını ve kapsamını inceleyen esastan geçerlilik kavramlarının birbirinden ayrılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra doktrinde bazı görüşler tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinin ehliyet meselesini de kapsadığını savunmakta iken bizim de kabul ettiğimiz görüş uyarınca ehliyet meselesi şekli ve maddi geçerlilik ile bağlantılı fakat ondan ayrı değerlendirilmesi gereken bir meseledir.

Yapılan araştırmalar sonucu tahkime ilişkin düzenlemelerde tahkim anlaşmasının şekil, ehliyet ve esas bakımından geçerlilik hallerine yönelik farklı hükümlerin yer aldığı ve bu üçüne uygulanacak hukukun birbirinden farklı olabileceği görüldüğünden bu çalışmanın kapsamı tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği ile sınırlandırılmıştır. Yine yapılan incelemelerde tahkim anlaşmasının esasına yönelik bir meselede, meselenin hangi hukuka göre çözümleneceğinin

tespitinde hangi merci önünde ve yargılamanın hangi aşamasında incelendiği önem arz ettiği görülmektedir. Nitekim bu durumlara bağlı olarak uygulanacak hukukun tespiti açısından farklı bağlama noktaları tercih edilebilmektedir.

Tahkim anlaşmasının geçerliliği sorunu farklı mercilerin önünde, farklı aşamalarda gündeme gelebilir. Buna göre; tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği ile ilgili sorunlar hakem heyeti önünde ileri sürülebileceği gibi mahkeme önünde de ileri sürülebilir. Mahkemeler açısından ise tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine yönelik itirazlar hakem kararı alınmadan önceki süreçte veyahut hakem kararı alındıktan sonraki süreçte söz konusu olabilir. Böyle bir durumda *kompetenz-kompetenz* prensibi önem arz etmektedir. Hakemlerin kendi yetkileri ile ilgili hususlarda kendilerinin karar vermesini öngören bu prensip sebebiyle mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleme yetkisi olup olmadığı tartışmalıdır. Pek çok ülkede mahkemelerin inceleme yetkisi kabul edilmiş olmakla beraber bu yetki sınırlandırılmıştır. Bazı sınırlamalara tabi de olsa mahkemelerin yapacağı incelemede ileri sürüldüğü zamana bağlı olarak (*Pre-award* veya *Post award*) farklı hususlar göz önüne alabilmektedir. Gerek hakem gerek mahkeme bakımından her bir durum için farklı bağlama noktalarının kullanılması söz konusu olabilecektir.

Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde temel olan taraf iradesinin esas alınmasıdır. Hakemler de mahkeme de bu seçime saygı duyacaktır. Fakat böyle bir hukuk seçiminin var olmadığı durumda, tahkim yeri hukukunun veyahut asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini en yakından ilgilendiren bağlama noktası olduğu kabul edilir. Fakat tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine yönelik iddiaların hakem önünde veya mahkeme önünde tartışılmasına bağlı olarak sonuç değişiklik arz edebilmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde tahkim anlaşmasının tanımına değinildikten sonra tahkim anlaşmasının fonksiyonu ve hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Kuşkusuz ki tahkim anlaşması ve asıl sözleşmenin gerek fonksiyon ve hukuki niteliklerindeki farklılıklar milletlerarası tahkimin uluslar üstü bir ilkesi haline gelmiş olan tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibine sebep olmuştur. İşte birinci bölümde bu prensibin kabul edilmesine bağlanan sonuçlar ele alınacaktır. Kuşkusuz

bu sonuçlar tez konusu açısından büyük önem arz etmektedir. Nitekim tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ve asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk birbirinden farklı olabilir. Birinci bölümde yer alan çalışma, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespit edilmesine yönelik yapılan incelemelerin temelinin anlaşılabilirliği için önem arz etmektedir. Tahkim anlaşmasının fonksiyonu, hukuki niteliği ve bağımsızlığı tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti açısından beraber incelenmesi gereken konulardır.

İkinci bölümde ise tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun, kim tarafından ve hangi evrede belirleneceğine bağlı olarak nasıl tespit edileceği analiz edilmiştir. Öncelikle hakemlerin yapacağı inceleme değerlendirilerek hakemlerin tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuku tespit ederken esas aldıkları bağlama noktalarına değinilmiştir. Hakemlerin incelemesine yönelik açıklamalardan sonra mahkemelerin yapacağı incelemeye değinilmiştir. Mahkemenin inceleme yetkisi ve ölçüsü milletlerarası tahkime ilişkin milletlerarası sözleşmeler, tahkim kuralları ve Model Kanun ve Türk hukuku da dâhil olmak üzere mukayeseli hukuk açısından açıklandıktan sonra mahkemenin karar öncesi ve karar sonrası süreçte yapacağı incelemelerde benimsediği farklı bağlama noktalarına değinilmiştir.

Sonuç olarak, çalışma kapsamında yapılan araştırmalar neticesinde gerek hakemlerin gerek ise de mahkemelerin tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuku tespit ederken temel olarak taraf iradesini esas aldığı, böyle bir hukuk seçiminin olmaması durumunda ise genellikle tahkim yeri hukukunun veyahut asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuku tercih ettiği görülmüştür. Bunun temelinde tahkim yeri hukuku veya asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun kimi zaman tahkim anlaşması ile en yakın bağlantılı hukuk olarak kabul görmesi, kimi zaman ise zımni iradeyi gösterdiğinin kabul edilmesi yatmaktadır. Bazı değerlendirmelerde ise hakemlerin ve mahkemelerin tahkim anlaşmasını ayakta tutacak hukuku belirleme eğiliminde oldukları ve bu nedenle bu hukuklardan birine göre tahkim anlaşmasının geçerli olması sebebiyle bu hukukların seçildiği görülmüştür. Araştırmalar yapılırken çeşitli değerlendirmelerle karşılaşılmış ve cevaplanması gereken yeni hususlar tespit edilmiştir. Bu çalışmada işte bu değerlendirmeler ve analizleri incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASININ FONKSİYONU, HUKUKİ NİTELİĞİ VE BAĞIMSIZLIĞI

Tarafların mevcut ya da ileride doğabilecek hukuki ihtilaflarının çözümünü, devlet yargısı yerine hakem denilen özel kişilerin kararına bırakan sözleşmeye tahkim anlaşması denir¹. Tahkim anlaşması, taraflar arasında ayrı bir sözleşme olarak veya var olan bir sözleşmenin içerisinde tahkim şartı olarak düzenlenebilmektedir².

Tahkim anlaşması ayrı bir sözleşme de olsa asıl sözleşmeye konan bir tahkim şartı da olsa asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Buna tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi denir. Milletlerarası tahkimin milletler üstü bir ilkesi haline gelmiş olan tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi tahkim anlaşmasını, uyuşmazlığın kaynaklandığı asıl sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir sözleşme olarak kabul etmektedir³. Tahkim anlaşması ve asıl sözleşme birbirinden farklı iki sözleşme olarak kabul edildiği için de tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk farklı olabilecektir⁴.

¹ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015, s. 556; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 3; İlhan E. Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 1026; Hakan Pekcanitez, **Medeni Usul Hukuku**, Cilt III, 2017, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 2593; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt VI, İstanbul: Demir, 2001, s. 5875; Julian M. Lew/ Loukas A. Mistelis/ Stefan Michael Kröll, **Comperative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International: The Hague, London, New York, 2003, s. 2-3; Emmanuel Gaillard/John F Savage, **Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 1999, s. 198, 199.

² Mustafa Erkan, “**Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, Cilt 17, Sayı: 1-2, s. 537.

³ Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figenmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 690.

⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s. 2-3; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 198, 199.

Kural olarak, aşağıda detaylıca inceleneceği üzere, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk sözleşmede taraflarca kararlaştırılmış ise, tahkim anlaşmasına taraflarca kararlaştırılan bu hukuk uygulanacaktır⁵. Fakat uygulamada tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflarca nadiren kararlaştırılır⁶. Böyle bir durumda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde farklı bağlama noktaları kabul edilmektedir. Taraflarca bir hukuk seçimi yok ise tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde benimsenen temel bağlama noktaları; asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk ve tahkim yargılamasının geçerliliğinde, düzenlenmesinde ve denetlenmesinde söz sahibi olan tahkim yeri hukuktur. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde farklı görüşlerin benimsenmesinin temelinde ise tahkim anlaşmasının hukuki nitelik ve fonksiyonunun yorumundaki farklılıklar yer almaktadır. Nitekim tahkim anlaşmasının bağımsızlığının temelinde de asıl sözleşme ile tahkim anlaşması arasındaki amaç, fonksiyon ve hukuki nitelik farklılıkları yer almaktadır⁷.

Asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının fonksiyonları ve hukuki nitelikleri de birbirinden farklı kabul edilmektedir. Tahkim anlaşmasının fonksiyonu bir uyuşmazlığın ortadan kaldırılması, çözülmesi iken, asıl sözleşmenin fonksiyonu sözleşmenin icrası, borcun yerine getirilmesi ve bu borç ilişkisinin sona erdirilmesidir. Hukuki nitelik bakımından ise, asıl sözleşme maddi hukuk sözleşmesi niteliğine sahip iken, tahkim anlaşmasının hukuki niteliği öğretide halen tartışmalıdır.

Pratik açıdan önemli sonuçları olan tahkim anlaşmanın hukuki niteliği bazılarına göre usul hukuku sözleşmesi; bazılarına göre ise maddi hukuk sözleşmesidir⁸. Tahkim anlaşmasının usul hukuku karakterine sahip bir sözleşme

⁵ Bkz. İkinci Bölüm, §2, A, I.

⁶ Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 31; İpek Sarıöz Büyükalp, “**Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması” Kavramları**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, Basım Yılı: 2015, s. 2027; Daniel Girsberger, Nathalie Voser, **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives**, Üçüncü Baskı, Zürih-Basel-Genf: Nomos-Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s. 88.

⁷ Turgut Kalpsüz, “**Tahkim Anlaşması**”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, İstanbul, 2003, s. 1041-1042; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 541.

⁸ Zina Abdulla, “**The Arbitration Agreement**”, KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/ STUCKI, Blaise (editors), **International Arbitration in Switzerland**, Hollanda: Kluwer Law International, A Handbook for Practitioners, 2004, s. 28; Hüseyin Afşın İlhan, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 10; Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin**

olarak kabul edilmesi halinde, tahkim anlaşmasına *lex fori* (hâkimin hukuku)⁹ hâkim olacaktır. Uluslararası tahkimde, hakemler açısından *lex fori* olmadığı bu nedenle de hakemlerin kural olarak tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı olmadığı kabul edilir¹⁰. Bunun yanı sıra, hakemler tahkim yargılaması üzerinde söz sahibi olan tahkim yeri hukukunun tahkim kuralları ile bağlıdır¹¹. Bu nedenle, tahkim anlaşmasının bir usul hukuk sözleşmesi olduğunu savunan görüş uyarınca, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk açısından da tahkim yargılamasının yapıldığı yer hukukunun hâkimiyeti söz konusu olacaktır. Fakat tahkim yeri hukukunun önceden tespit edilmesi her zaman çok mümkün olmadığı için bu bazı belirsizliklere ve istenmeyen sonuçlara yol açabilir. Örneğin, bu görüşe göre tarafların geçerli bir tahkim anlaşması akdetme amacıyla yaptıkları tahkim anlaşması tahkim yeri hukukuna göre geçersiz ise geçersiz kabul edilecektir. Bunun yanı sıra tahkim yeri hukukuna riayet edilmeyen her durumda hakem kararı iptal edilebilecektir¹². Diğer yandan tahkim anlaşmasının maddi hukuk karakteri ön plana çıkartılır ise, milletlerarası ticaretin gereklerine daha uygun olabilecektir. Tahkim anlaşmasının taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme olduğunu savunan bu görüşe göre tahkimin esası taraf iradesidir ve taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleme yetkisine sahiptirler. Bu nedenle, devletin tahkim prosedürüne müdahalesi olmamalıdır¹³. Bunun sonucu olarak, tahkim yeri hukuku tahkim anlaşmasına otomatik olarak uygulanmayacaktır¹⁴.

Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1973, s.81; Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 44-46, Prof Dr. Turgut Kalpsüz, **İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları**, Ankara: Yetkim Yayınları, 1996, s. 353, Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s.1042; İbrahim Özbay, **Hakem Kararlarının Temyizi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, s. 61; Ergin Nomer, **“Devletler Hususi Hukuku”**, s. 547.

⁹ *Lex fori*, kendisine başvuru mahkemenin tabi olduğu hukuk demektir. Buna göre özel hukuka ait davalarda takip edilecek usul kendisine başvuru mahkeminin tabi olduğu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarıdır. Uluslararası tahkimde hakemler açısından bir *lex fori* söz konusu olmadığından hakemlerin kural olarak kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı olmadığı kabul edilir. Bu nedenle *lex fori*'nin milletlerarası tahkimdeki görünümü tahkimin usulüne uygulanacak kurallardır. Tahkim yargılamasının yapıldığı ülke hukuku tahkim yargılamasının geçerliliğinde, düzenlenmesinde ve denetlenmesinde söz sahibidir. Bkz. Julian D. M. Lew, **“The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause in Albert Jan van den Berg, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards”**, ICCA Congress Series Volume 9 Issue Kluwer Law International, 1999, s. 135.

¹⁰ Işık, s. 114; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.247; Berger, **“Applicable Law”**, s. 305; Hanotiau, **“What Law Governs the Issue of Arbitrability”** s. 391; Huysal, s. 351; Lew, s. 135.

¹¹ Ergin Nomer, **“Devletler Hususi”**, s. 547; Özel, s. 31.

¹² Özel, s. 33.

¹³ Nomer, **“Devletler Hususi”**, s. 547.

¹⁴ Özel, s. 33; Lew/Mistelis/Kröll, s. 77.

Özetle, tahkim anlaşması asıl sözleşmenin içerisine konulmuş bir madde olarak düzenlenmiş olsa bile tahkim anlaşması ve içinde yer aldığı asıl sözleşmenin kaderleri birbirinden bağımsızdır. Tahkim anlaşmasının hukuki niteliğine yönelik tartışmalar ve tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi bu çalışma açısından önem arz etmektedir. Zira tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespiti temelinde özellikle tahkim anlaşmasının fonksiyonu, bağımsızlığı ve hukuki olarak nitelendirilmesi yer almaktadır. Dolayısıyla bu bölümde öncelikle genel olarak tahkim anlaşmasına, temel kurucu unsurlarına ve fonksiyonuna değinilecek, ardından tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız ayrı bir sözleşme olması prensibi ve hukuki niteliği tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespiti açısından izah edilecektir.

§1. TAHKİM ANLAŞMASI

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde esas olan, uyuşmazlıkların her ülkede o ülkenin yetkili devlet mahkemelerinde çözülmesidir. Örneğin, Türk hukukunda Türk mahkemelerinin yargı yetkisi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın genel esaslarla ilgili birinci kısmında "Yargı Yetkisi" başlıklı 9. maddesi uyarınca düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır*". Bu nedenle hak iddiasında bulunan taraf kural olarak mahkemelere başvuracaktır¹⁵.

Devlet mahkemelerinin yargı yetkisinin yanı sıra, ulusal kanunlar uyarınca kanunun izin verdiği konularda uyuşmazlıkların hakem adı verilen uzman kişiler vasıtası ile çözümlenebileceği alternatif bir yargılama da söz konusudur. Bu alternatif yargılamaya tahkim adı verilmektedir. Buna göre tahkim anlaşması, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konularda, tarafların aralarında doğmuş ve/veya doğabilecek uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız hakemler eliyle çözüleceğine yönelik yaptığı anlaşmadır¹⁶. Tarafların tahkim anlaşması ile

¹⁵ Erkan, **Tahkim Şartının Ayrılabilirliği**, s. 535-536.

¹⁶ Akıncı, **Tahkim**, s. 3; Hakan Pekcanitez, s.2593; Özel, s. 31; Alangoya, s. 4; İlhan, s. 13; Ergin Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, C1, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016, s. 1-2; Lew/Mistelis/Kröll, s. 2-3; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 9; İpek Sariöz Büyükalp, "**Uluslararası Tahkimde "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması" Kavramları**", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, Basım Yılı: 2015, s. 2017; Sibel Özel, "**Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**",

yetkilendirdiği hakemler artık uyuşmazlığın esasına bakmaya kural olarak yetkili olacaklarından uyuşmazlığın esası açısından devlet mahkemelerinin yargı yetkisi sona erecektir¹⁷. Hakem kararları kesin hüküm oluşturur ve hüküm kural olarak taraflar açısından devlet mahkemelerinden alınmış karar kadar bağlayıcı olacaktır¹⁸. Bunun sonucu olarak, hakemlerce verilecek kararlar tanıma ve tenfiz yolu ile mahkeme kararları gibi icra edilir¹⁹. Kısaca, tahkim yargılamasının devlet tarafından denetlenen özel bir yargı faaliyeti olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

21 Haziran 2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu²⁰ (“MTK”) 4. maddesi uyarınca tahkim anlaşması “*tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma*” olarak tanımlanmıştır. MTK’da yer alan bu tanımın dayanağı 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından yürürlüğe giren 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi (“New York Sözleşmesi”²¹)’nin II(1) maddesidir²².

Tanımından da anlaşılacağı üzere tahkim esas itibarıyla özel hukuk alanına ilişkin uyuşmazlıklara yönelik ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yolu olup, tahkime elverişli herhangi bir hukuki ilişkinin tarafları arasında yapılacak anlaşmaya

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2017, C. 23, S. 1 (“**Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**”).

¹⁷ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul: Beta, 2011, s. 231, 318, 325; Akıncı, **Tahkim**, s. 3, 98; Pekcanitez, s. 2593; Özel, s. 31; Alangoya, s. 4, Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 1-2; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 9; Lew/Mistelis/Kröll, s. 100.

¹⁸ Bernard Hanotiau, “**The Law Applicable to Arbitrability, Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards**”, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No 9, 1999, s.146.

¹⁹ Pekcanitez, s. 2594; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, s.429.

²⁰ R.G.: 05.07.2001; Sayı: 24453.

²¹ **Onay Belgelerinin Tarihi:** 08.05.1991; **Onay Belgelerinin Resmi Gazete (R.G.) Yayın Tarihi:** 21.05.1991; **Yürürlüğe Giriş Kararnamesinin Tarihi:** 15.08.1991; **Yürürlüğe Giriş Kararnamesinin R.G. Yayın Tarihi:** 25.09.1991, bkz. T.C. Dışişleri Bakanlığı resmi internet sitesi (Erişim Tarihi 12.06.2018).

²² Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi’nin II. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: “*Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.*”

(<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>)

dayanmaktadır²³. Dolayısıyla kural olarak tahkim yoluna başvurunun iki temel koşulu bulunmaktadır. Bunlar geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı ve tahkime elverişliliklerdir.

Taraflar arasında uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceğine dair yapılacak açık bir irade açıklamasının varlığı tahkime başvuru için temel kurucu unsurdur²⁴. Tahkimden ve geçerli bir tahkim şartının varlığından söz edebilmek için, uyuşmazlığın mutlak olarak hakemde çözümleneceği hususunun taraflarca açıkça ve kesin olarak kararlaştırılması şartı aranmakta²⁵, aksi halde tahkim anlaşmasının geçersiz sayılabileceği kabul edilmektedir. Özellikle Türk Yargıtay'ı tahkim anlaşmasının geçerliliği için açık ve kesin irade açıklamasını aramıştır²⁶. Uygulamada bir taraftan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğini öngören, bir taraftan da mahkemeyi yetkili kılan anlaşmalara rastlanmaktadır. Yargıtay bu gibi ifadelerin tahkim iradesini tereddütlü hale getireceğine hükmetmiştir²⁷. Bu noktada bu çalışmanın konusu olmamakla beraber hemen belirtmek gerekir ki her ne kadar Türk Yargıtay'ının yaklaşımı en azından bugüne kadar kesin olmakla beraber İngiltere, Fransa, Singapur gibi bazı ülkelerde hem mahkeme hem de tahkim öngören tahkim anlaşmalarının veya taraflardan sadece birinin tahkim yoluna müracaat edebileceğini öngören tek taraflı veya asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerli kabul edildiği kararlar bulunmaktadır²⁸. Bunun temelinde uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlığın nasıl çözüleceği hususunda serbest bırakılması gerektiğinin kabul edilmesi yaklaşımı yer almaktadır.

²³ Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 2016, s.928; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 326.

²⁴ Akıncı, **Tahkim**, s.99; Pekcanitez, s. 2594; Nomer/Ekşi/Gelgel s.2, Lew/Mistelis/Kröll, s. 77; Okezie Chuckwumerije, **International Commercial Arbitration**, ABD: Greenwood Press, 1994, s. 10.

²⁵ Pekcanitez, s. 2653; Alangoya, s. 20.

²⁶ Yarg. 15. HD., 22.05.2015 T., 2015/2198 E., 2015/2758 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 19. HD., 29.05.2012 T., 2012/4065 E., 2012/9080 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD., 30.03.1995 T., 1995/1588 E., 1995/1903 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD., 12.04.2005 T., 2005/6686 E., 2005/3600 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²⁷ Yarg. 15 HD, 18.06.2007 T., 2007/2680 E., 2007/4132 K. (Kazancı İçtihat ve Bankası).

²⁸ İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin 24 Ağustos 2011 tarihli *Deutsche Bank AG v Tongkah Harbour Public Company Limited and Deutsche Bank AG v Tungkum Limited* kararı; Fransa Temyiz Mahkemesi'nin 7 Ekim 2015 tarihli No 14-16.898 kararı; Singapur Yüksek Mahkemesi'nin 2016 tarihli *Dyna-Jet Pte Ltd v Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd* kararı; Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 55; Emre Esen, "**Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği**", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2010, Cilt:9, Sayı:2, s.145– 155.

Bununla beraber geçerli bir tahkim şartının varlığı tarafların hangi uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözmek istediklerine yönelik anlaşılabilir irade açıklamalarına bağlıdır. Diğer bir ifade ile tahkim anlaşmasının uygulanacağı uyuşmazlıklar belirli olmalıdır. Henüz mevcut olmayan bir hukuki ilişkiden doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğine dair yapılan tahkim anlaşmaları geçerli olmayacaktır. Örneğin, iki tarafın aralarındaki herhangi bir hukuki ilişkiye atıf yapmadan aralarında çıkacak tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğine dair yaptığı tahkim anlaşması geçerli olmayacaktır²⁹.

Yukarıda belirtildiği gibi tahkim kural olarak ihtiyaridir. Bunun yanı sıra milli hukukumuzda olduğu gibi bazı hukuk sistemlerinde de mecburi (zorunlu) tahkimin düzenlendiği haller bulunmaktadır³⁰. Buna göre bazı hallerde bir uyuşmazlığın çözümü için hakeme başvurmak zorunludur. Buna mecburi tahkim denir. Mecburi tahkimde tarafın tahkim yargılamasına başvurması tarafların serbest iradelerine tabi olmayacaktır³¹. Fakat mecburi tahkim istisnai bir düzenlemedir³².

Tahkimin bir diğer koşulu ise tahkime elverişlilikdir. Tahkime elverişlilikte uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesinin mümkün olup olmadığı dikkate alınır. Tahkime elverişlilik kısaca hangi meselelerin tahkim yolu ile çözümlenebileceği ile

²⁹ Akıncı, **Tahkim**, s. 105.

³⁰ Türk Hukuku uyarınca, 3533 Sayılı Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daire ve Belediyelerle, Sermayesinin Tamamı Devlete veya Hususî İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilâfların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun uyarınca umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı devlete veya belediye veya hususi idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilâflarda dava, hakem sıfatı ile o yerdeki yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanı veya hâkimin vazifeli olduğu mahkemede görülecektir. Türk Hukukunda zorunlu tahkimin diğer örnekleri şu şekildedir: 5894 Sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, madde 6 uyuşmazlıkların çözümünde Uyuşmazlık Çözüm Kurulu da dâhil ilk derece hukuk kurulları ile bunların üstünde Tahkim Kurulu görevlidir. Bu kurulların görev alanına girecek uyuşmazlıkların belirlenmesi TFF Statüsü'ne bırakılmıştır. (Bkz. TFF Statüsü m.62); 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 50 uyarınca Arabuluculuk, madde 51 uyarınca Yüksek Hakem Kuruluna başvuru düzenlenmektedir; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Madde 68 uyarınca belirli bir değer altındaki uyuşmazlıklar için Tüketici Hakem Heyeti'ne başvurmak zorunludur; 3039 Sayılı Çeltik Ekimi Kanunu 1, 14-16 maddeleri uyarınca çeltik ekimi yapılmak istenen illerde kurulan Çeltik Ekim Komisyonu'nun görevleri arasında hakemlik (madde 14) ve uzlaştırma (madde 16) da yer alır, 1177 Sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu, madde 25-26 uyarınca tütün ekicisi ile alıcısı arasındaki alım satım sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıklar hakemler aracılığıyla çözümlenir; 1618 Sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'na göre çıkartılan TÛRSAB İç Tüzüğü'ne göre madde 100 uyarınca yapılan tahkim zorunlu tahkimdir. Bkz. Pekcanitez, s. 2614-2616.

³¹ Pekcanitez, s. 2614; Kuru, **İstinaf**, s. 929-931; Alangoya, s. 3.

³² Akıncı, **Tahkim**, s. 6.

ilgilidir³³. Herhangi bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olması, tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için en önemli unsurlardan biridir.

Milli hukuklarda tahkimde çözülebilecek meselelere ilişkin sınırlamalar getirilmektedir ve bu sınırlandırmaların temelinde kamu düzeni gereksinimleri yer almaktadır³⁴. Buna göre tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim anlaşması yapıldığı takdirde tahkim anlaşması geçersiz olacak ve hakemlerin yargı yetkisi bulunmayacaktır³⁵.

Örneğin, Türk hukukunda tahkime elverişlilikte esas olarak, tahkime götürülecek olan uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuya ilişkin olması aranmıştır. MTK madde 1/IV uyarınca Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile tapu iptali davaları, boşanma davaları, iflas davaları, anonim şirket genel kurul kararları iptal davaları gibi iki tarafın iradelerine tabi olmayan konular tahkime elverişli değildir³⁶.

Türk hukukundan başka, karşılaştırmalı hukukta da tahkime elverişlilik kriterleri değişmektedir. Ülkeler temel olarak üç sistem ile tahkime elverişlilik ölçütlerini belirlemişlerdir.³⁷ Anglosakson hukuk sisteminde tahkime elverişlilik kriterleri içtihatlarla belirlenirken, Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip olan milli hukukların düzenlemelerinde iki farklı yaklaşım söz konusudur³⁸. Bunlardan birincisi, bir uyuşmazlığın konusu ekonomik bir çıkar sağlamaya yönelik veya

³³ Huysal Burak, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2010, s. 14; Özel, s. 38; Chuckwumerije, s. 38; Lew/Mistelis/Kröll, s. 187.

³⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s. 188; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008, s.318; Alan Redfern/ Martin Hunter/Nigel Blackaby/Constantine Partasides, “**Redfern and Hunter on International Arbitration**”, 6. Baskı, Oxford University Press, 2015, s. 11-112.

³⁵ Tahkime elverişlilik subjektif veya objektif olabilir. Subjektif elverişlilik tahkimin taraflarından birinin tahkim anlaşması akdetme yetkisi çeşitli nedenlerle sınırlandırılmış olmasıdır. Örneğin tahkimin taraflarından birinin devlet veya kamu tüzel kişisi olması halinde bu kişiler tahkime taraf olamayacaktır ve bu konuda özel bir yetkilendirmeye ihtiyaç duyulacaktır. Bu mesele subjektif elverişlilik olarak ele alınacaktır. Objektif elverişlilik ise hangi türdeki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenip çözümlenemeyeceği ile ilgilidir. Bu yönde bkz. Yeşilova, “**Mahkemelerin Yardımı**”, s. 318-166.

³⁶ MTK m. 1(4): “*Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.*” Ayrıca bkz. Kuru, *İstinaf*, s. 934; Akıncı, *Tahkim*, s. 73.

³⁷ Huysal, s. 346; Lew/Mistelis/Kröll, s. 194.

³⁸ *Ibid.*, s. 193.

ekonomik işlemlere ilişkin ise tahkime elverişlidir³⁹. Buna örnek olarak İsviçre hukuku ve Alman hukuku gösterilebilir. İsviçre hukukunda İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (“İsviçre MÖHUK”) m. 177 uyarınca malvarlığına ilişkin olan her türlü uyuşmazlık tahkime elverişlidir. Bunun dışında, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“İsviçre HMK” veya “ZPO”) m. 354’te iç tahkim bakımından elverişlilik kriteri düzenlenmiştir. Buna göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iddialar tahkim anlaşmasına konu edilebilir. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi tahkim yeri İsviçre olarak belirlenmiş olan tüm milletlerarası davalarda tahkime elverişlilik açısından belirleyici kriter olarak uyuşmazlığın konusunun malvarlığına ilişkin olmasını aramıştır⁴⁰. İsviçre hukuku ile benzer olarak, Almanya Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“Almanya HMK”) m. 1030 uyarınca malvarlığına ilişkin her iddia tahkim anlaşmasının konusunu oluşturabilir denilerek tahkime elverişlilik kriteri olarak malvarlığına ilişkin olma benimsenmiştir. Yine Alman hukukunda, temel kuralın yanı sıra tarafların üzerinde uzlaşabilecekleri yani sulh olabilecekleri bir meseleyle ilgili olması halinde malvarlığına ilişkin olmasa da belirli bir hukuki ilişkiden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir⁴¹.

Bununla beraber, Kıta Avrupası hukuk sisteminde tahkime elverişlilik açısından ikinci yaklaşım uyuşmazlığın tarafların iradesine tabi olması yani tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde tasarrufta bulunabilmesidir⁴². Yukarıda belirtildiği gibi Türk hukukunda da bu yaklaşım benimsenmiştir. Türk hukukunun yanı sıra Fransa, Belçika ve Hollanda gibi ülke hukuklarında da tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konular tahkime elverişli görülmüştür.

Fransız hukukunda tahkime elverişlilik kriterleri Fransa Medeni Kanunu (“Fransa MK”)’nun 2059. ve 2060. maddelerinde düzenlenmektedir. Fransa Medeni Kanunu m. 2059 uyarınca “*herkes, üzerinde tasarruf edebileceği haklara ilişkin olan konularda tahkim yargılamasına başvurabilir*”. Madde 2060 uyarınca ise “(1) *boşanma ve ayrılık ile ilişkili kişi halleri ve ehliyeti konularında veya kamu kurum ve*

³⁹ Huysal, s. 29; Abdulla, s. 21-22; Karrer Pierre/Straub Peter, Country Reports, “Switzerland” in Practitioner’s Handbook on International Arbitration, edited by Frank-Bernd, Weigand, 2002, s. 1052.

⁴⁰ *Ibid*, s. 35; Abdulla, s. 22.

⁴¹ Yeşilova, “Mahkemelerin Yardımı”, s. 332-333.

⁴² Pekcantez, s. 2633; Özel, s. 52-53; Lew/Mistelis/Kröll, s. 194.

kuruluşlarının ihtilaflarında ve daha genel olarak kamu düzenini ilgilendiren konularda tahkim anlaşması yapılamaz. (2) Ancak, sınai veya ticari karaktere sahip kamu kurumlarının tahkim anlaşması yapabilmeleri bir kararname ile mümkün kılınabilir.” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla kural olarak Fransa’da uyuşmazlık konusunun hem tarafların tasarruf edebilecekleri bir konuya ilişkin olması hem de kamu düzenini ilgilendiren konuya yönelik olmaması şartı aranmaktadır. Bununla beraber Fransız mahkeme kararları uyarınca kamu düzeni kavramı milletlerarası tahkim açısından dar yorumlanmalıdır. Nitekim kamu düzeninin geniş yorumlanması tahkimin uyuşmazlık çözüm yolu olarak tercih edilmemesine sebep olacaktır⁴³. Böylelikle, Medeni Kanun’da yer alan bu düzenlemenin milletlerarası tahkimin uygulanabilirliğini oldukça kısıtladığı kabul edilmektedir⁴⁴. Nitekim 1966 tarihli *Galakis* kararı bu konuda dönüm noktası kabul edilmektedir. Bu kararda Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de Cassation*) kamu kurumlarının tahkim anlaşması yapmasına yönelik Fransa MK’da yer alan sınırlamaların uluslararası sözleşmeler açısından geçerli olmayacağına hükmetmiştir⁴⁵. Zaman içerisinde, Fransa mahkeme kararlarında kamu düzeni kavramına yönelik liberal bir yaklaşım benimsenmiş ve milli kamu düzeni yaklaşımının milletlerarası tahkimi sınırlamaması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁶. Nitekim 1993 tarihli *Dalico* kararında da Fransa Temyiz Mahkemesi Fransız MK’da yer alan genel kuralı sınırlandırmış ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sınırının yalnızca milletlerarası kamu düzeni ve Fransız hukukunun emredici kuralları olduğuna hükmetmiştir⁴⁷. Fransa İstinaf Mahkemesi 2004 tarihli bir kararında tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından yalnızca milletlerarası kamu düzenine atıfta bulunmuş ve herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına atıfta bulunmayarak Fransız hukukunun emredici kurallarına yapılan referansı da silmiştir⁴⁸. Bu esasen Fransız hukukunun milletlerarası tahkimi milli hukuklardan bağımsız gören yaklaşımı ile de uyumludur.

⁴³ Huysal, s. 47.

⁴⁴ Alexis Mourre, **Arbitration Guide IBA Arbitration Committee FRANCE**, Vol 14 No 1, Mart 2012, s.6.

⁴⁵ Fransa Temyiz Mahkemesinin 2 Mayıs 1966 tarihli *Trésor Public v. Galakis* Kararı, French International Arbitration Law Reports: 1963-2007, s. 11-17.

⁴⁶ Huysal, s. 49; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 340.

⁴⁷ Fransa Temyiz Mahkemesinin 20 Aralık 1993 tarihli *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico* Kararı, **Revue de l'arbitrage**, Yıl: 1994, s.116-117.

⁴⁸ Bkz: Mehmet Polat Kalafatoğlu, **L'arbitrabilité en Matière de Propriété Industrielle**, Fransa, 2018, s. 570 ve dn. 1075; Fransa İstinaf Mahkemesinin 30 Mart 2004 tarihli *Rado c/ société Painwebber* kararı, **Rev.Arb.**, 2005, s. 115.

Belçika Hukuku'nda ise Belçika Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("Belçika HMK") m. 1676⁴⁹'da uzlaşılmasına izin verilen bir hukuk ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların, her türlü maddi alacağın tahkim yargılamasına konu olabileceği, uzlaşma yapabilmeye ehil olan herkesin tahkim anlaşmasına taraf olabileceği ve kamu tüzel kişiliğini haiz olanların yalnızca bir sözleşmenin hazırlanması veya yürütülmesinden doğan uyuşmazlıklar hakkında tahkim anlaşması yapabileceği düzenlenmektedir⁵⁰.

Hollanda hukukunda ise Hollanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("Hollanda HMK")'nun 1020. maddesinde Türk hukukuna benzer bir şekilde tarafların yalnızca üzerinde tasarruf edebilecekleri konularda tahkim anlaşması yapabilecekleri düzenlenmiştir. Ayrıca Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin 1955 tarihli bir kararında kamu düzenine giren konularda tahkime gidilemeyeceği karara bağlanmıştır⁵¹.

Özetlemek gerekir ise kural olarak geçerli bir tahkim anlaşmasının iki temel kurucu unsuru bulunmaktadır. Bunlar, tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapıldığı sözleşmede açık ve kesin olarak karışıklığa yer vermeyecek şekilde belirtilmesi ve tahkime elverişliliğidir. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı bu iki kurucu unsurun sağlanmasına bağlıdır.

⁴⁹ Belçika Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 1676 şu şekildedir:

"1. Any pecuniary claim may be submitted to arbitration. Non-pecuniary claims with regard to which a settlement agreement may be made may also be submitted to arbitration.

2. Whosoever has the capacity or is empowered to make a settlement may conclude an arbitration agreement.

3. Without prejudice to specific laws, public legal entities may only enter into an arbitration agreement if the object thereof is to resolve disputes relating to an agreement. The conditions that apply to the entering into of the agreement, which constitutes the object of the arbitration, also apply to the entering into of the arbitration agreement. Moreover, public legal entities may enter into arbitration agreements on all matters defined by law or by royal decree decided by the Council of Ministers. The decree may also set forth the conditions and rules to be respected for the entering into of such an agreement.

4. The above-mentioned provisions shall apply without prejudice to the exceptions provided by law.

5. Without prejudice to the exceptions provided by law, an arbitration agreement entered into prior to any dispute that falls under the jurisdiction of the Labour Court pursuant to articles 578 through 583, shall be automatically null and void.

6. Where the place of arbitration has not been determined, the Belgian courts have jurisdiction to take the measures set out in articles 1682 and 1683.

7. Part 6 of this Code shall apply and the Belgian courts shall have jurisdiction when the place of arbitration as defined in article 1701, § 1 is located in Belgium or when the parties have so agreed.

8. By way of derogation from § 7, the provisions of articles 1682, 1683, 1696 through 1698, 1708 and 1719 through 1722 shall apply irrespective of the place of arbitration and notwithstanding any clause to the contrary." (<http://www.cepani.be/en/arbitration/belgian-judicial-code-provisions>)

⁵⁰ Özel, s. 51; Lew/Mistelis/Kröll, s. 194. Belçika hukukunda tahkime elverişliliğin hem objektif hem de sübjektif kriterleri bir arada düzenlemiştir.

⁵¹ Huysal, s. 63.

§2. TAHKİM ANLAŞMASININ FONKSİYONU

Yargısal uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan tahkimi diğer yöntemlerden ayıran belli özellikler bulunmaktadır⁵². Bunların en başında tahkimde taraflar arasındaki uyuşmazlığın ilgili olduğu alanda uzmanlaşmış kişilerce incelenerek karara bağlanması gelir. Nitekim günümüzde teknolojinin de gelişimi ile beraber, taraflar arasında meydana gelen uyuşmazlıklar çoğu zaman teknik bilgi ve deneyim gerektiren uyuşmazlıklardır. Uyuşmazlıkların esası ile en yakından ilgili olan tarafların, uyuşmazlığı çözecek olan hakemlerin seçiminde söz hakkı olması uyuşmazlığın uzman kişilerce çözülmesini sağlayacaktır. Bu da aslında uyuşmazlıkların kısa sürede çözüme kavuşturulmasını, sürecin kısaltmasını da masrafların azalmasını sağlamaktadır.

Yukarıda izah edildiği üzere, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde esas olan uyuşmazlıkların her ülkede o ülkenin yetkili devlet mahkemelerinde çözülmesidir. Tahkim anlaşmasının en temel işlevi tarafların uyuşmazlıklarını devlet yargısı yerine tahkim yoluyla çözüme yönünde ortak iradelerinin ispatına hizmet etmesidir. Buna tahkim anlaşmasının pozitif fonksiyonu denir. Tahkim anlaşmasının pozitif fonksiyonu ile taraflar uyuşmazlığın çözümü için yapacakları anlaşma ile tahkim yargılamasına başvurma yükümlülüğü altına girer. Buna göre tahkim tarafların devlet yargısı aleyhine hakemlerin yargı yetkisini inşa ettikleri ve hakemler tarafından verilecek kararların kendileri açısından bağlayıcı olduğunu kabul ettikleri irade uyuşmalarından ibarettir⁵³. Bu fonksiyon aslında tahkim anlaşmasının negatif fonksiyonunu ortaya çıkarır nitekim tahkim iradesi ile devlet yargısının yetkisi bertaraf edilir⁵⁴.

Devlet yargısının bertaraf edilmesi mutlak ve nihai bir durum değildir.⁵⁵ Nitekim tarafların tahkime yönelik iradelerinin birleşmesi halinde tahkim anlaşması

⁵² Yargısal Yöntemler dışında Yargı Dışı yani literatür de Diplomatik Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri olarak da anılan çözüm yöntemleri mevcuttur bunlar taraflar arasında sürdürülen görüşmeler, dostane çözüm önerileri, sulh görüşmeleri, arabuluculuk ve uzlaştırma yer almaktadır. *Bkz.* Feyiz Erdoğan, **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, 2004, s.22-23.

⁵³ Akıncı, **Tahkim**, s. 98; Pekcanitez, s. 2593; Özel, s. 31; Alangoya, s. 4, Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 1-2; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 9; Lew/Mistelis/Kröll, s. 100.

⁵⁴ Lew, s. 123; Lew/Mistelis/Kröll, s. 100.

⁵⁵ Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1052.

kurulmuş olacağından artık tahkime başvurmak gerekir fakat tahkim anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan biri mahkemeye başvurabilir. Bu durumda diğer tarafın süresi içinde itirazı üzerine mahkeme davayı reddetmek zorundadır fakat tahkim itirazında bulunulmaması halinde uyuşmazlık mahkemede görülebilecektir⁵⁶. Mahkeme re'sen tahkim şartının varlığını dikkate almaz⁵⁷.

Tahkim anlaşmasının bir diğer fonksiyonu hakemlerin yargı yetkisinin kaynağı olmasıdır. Tahkime uygulanacak ulusal hukukun emredici kuralları (*lex arbitri*) hakemlerin yargı yetkisinin sınırlarını tespit eder⁵⁸.

Esasen tüm bunlar göz önüne alındığında tahkim anlaşmasının fonksiyonu tahkimin hem maddi hem de usul hukuku sözleşmesi boyutu olduğunu göstermektedir. Buna göre tahkim anlaşması maddi hukuk sözleşmesidir zira taraflar arasında yapılmış bir sözleşmeye dayanması gerekir; aynı zamanda da usul hukukuna yöneliktir zira uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisini hakemlere devreder⁵⁹. İster asıl sözleşmenin içinde bir şart olarak, ister ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmiş olsun tahkim anlaşmasının fonksiyonu asıl sözleşmeden farklıdır. Az evvel ifade edildiği gibi, tahkim anlaşmasının fonksiyonu bir uyuşmazlığın ortadan kaldırılması, çözülmesi iken, asıl sözleşmenin fonksiyonu sözleşmenin icrası, borcun yerine getirilmesi ve bu borç ilişkisinin sona ermesidir⁶⁰. Tahkim anlaşması ve asıl sözleşmenin fonksiyonlarının farklı olması bu iki sözleşmenin hukuki niteliklerindeki farklılıkları da ortaya koymaktadır. Aşağıda bu hususlar detaylıca izah edilecektir⁶¹.

§3. TAHKİM ANLAŞMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Tahkim anlaşması, ayrı bir sözleşme olarak da düzenlense, esas sözleşmenin içine konulan bir şart olarak da düzenlense asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme

⁵⁶ Nomer/Ekşi/ Gelgel, s. 2; Lew, s. 123.

⁵⁷ Akıncı, **Tahkim**”, s. 128; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1052; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 42.

⁵⁸ Alangoya s. 64, Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 237; Lew/Mistelis/Kröll, s. 100.

⁵⁹ Akıncı, **Tahkim**, s. 98; Pekcanitez, s. 2593; Özel, s. 31; Alangoya, s. 4, Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 1-2; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 9; Lew/Mistelis/Kröll, s. 100; Lew/Mistelis/Kröll, s.100; Lew, s. 114.

⁶⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 101; Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 162, 163; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 542; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1040-1041.

⁶¹ *Bkz.* Birinci Bölüm, §3.

olarak kabul edilmektedir⁶². Bu prensibin temelinde yatan gerçek, asıl sözleşme ve tahkim anlaşmasının az evvel ifade edildiği üzere fonksiyonlarının farklı olmasıdır. Bu iki sözleşmenin fonksiyonlarının ayrı olması hukuki niteliklerinin de farklı olmasını beraberinde getirmektedir⁶³.

Asıl sözleşme bir borç ilişkisinden doğar, içinde sözleşmenin icrası ve sona ermesi gibi esasları barındırır. Tahkim anlaşması ise bir uyuşmazlığın çözümü amacını güder. Diğer bir deyişle, tahkim anlaşmasının fonksiyonu uyuşmazlığın ortadan kaldırılması iken, asıl sözleşmenin fonksiyonu bir hakkın başkasına devri, bir borcun ifası veya bir işin görülmesidir⁶⁴.

Uygulamada tahkim anlaşmasının hukuki niteliği ile ilgili genel kabul görmüş bir kural bulunmamaktadır. Fakat tahkim anlaşmasının hukuki niteliğine yönelik görüşler dört temel grupta toplanır. Buna göre bazılarına göre tahkim anlaşması usul hukuku sözleşmesi⁶⁵ iken; bazılarına göre ise maddi hukuk sözleşmesidir. Bu iki temel görüşün yanı sıra bir diğer görüş de tahkim anlaşmasının usul hukuku ilişkilerine taalluk eden bir maddi hukuk sözleşmesi olduğunu yani karma nitelikte olduğunu⁶⁶ savunmaktadır. Bu üç görüşten farklı olarak tahkim anlaşmasının her iki alandan bağımsız, *sui generis* bir sözleşme olduğunu düşünen görüş de mevcuttur. Aşağıda bu görüşler detaylıca incelenecektir.

⁶² Lew/Mistelis/Kröll, s. 107, Leyla Keser Berber, **Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)**, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2001, s. 125; Pekcanitez, s. 2677; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 242; van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 293; Özel, s. 79-80; Kocasakal, **Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği**, s. 38; Born, *International Commercial Arbitration*, s. 464; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317.

⁶³ Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1042; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 557; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 331; Alangoya, s. 80 vd.; Özel, s. 84; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 223; Lew/Mistelis/Kröll, s.107; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 542.

⁶⁴ Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1041- 1042; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 542.

⁶⁵ İsviçre hukukunda tahkim şartının usul hukukuna dair bir anlaşma olduğu hakkında bkz. Abdulla, s. 28.

⁶⁶ Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1042. Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği konusunda tam olarak fikir birliği bulunmamaktadır. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 558.

A. Maddi Hukuk Görüşü-Sözleşme Görüşü

Hukuki nitelik bakımından asıl sözleşme bir maddi hukuk sözleşmesi niteliğine sahip iken, tahkim anlaşmasının hukuki niteliği tartışmalıdır⁶⁷.

Tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesi olduğunu savunan görüşe göre, tahkim anlaşması kaynağını borçlar hukukundan alan bir özel hukuk sözleşmesidir ve tamamen taraf iradeleri çerçevesinde hüküm ifade eder⁶⁸. Tahkimin tanımının usul kanunlarında yapılmış olması bunu değiştirmez. Tahkim anlaşmasının bu özelliği sebebiyle ehliyet gibi sözleşmenin geçerliliğini etkileyen sebepler, iptal, fesih veya butlan gibi konular bakımından maddi hukuka tabi olduğu görüşü kabul edilmiştir⁶⁹. Bu görüşün doğal sonucu olarak hakemlerin yaptığı yargılama ve yargılama sonunda verilen karara maddi hukukun sözleşme ile ilgili kuralları uygulanacaktır⁷⁰.

Bu görüşe göre hakem kararları bir sözleşme niteliğinde olduğundan bu kararın sözleşme gibi icra edilmesi gerekir⁷¹. Yani hakemlerin tahkim anlaşmasına dayanarak verdikleri kararlar sözleşme niteliğinde olduğundan tarafların bu kararlara uymaması halinde karar bir mahkeme hükmü sayılmayacağından yerine getirilmemiş bir sözleşme gibi mütalaa edilerek yerine getirilmemiş bir sözleşme gibi mahkemece verilecek bir kararla icrası sağlanacaktır. Hakemler tarafından verilen kararlar mahkeme kararları gibi kesin hüküm niteliğinde olmayıp hata, hile, ikrah gibi iradeyi sakatlayan sebeplerle sözleşmenin iptali gibi hakem kararlarının iptali istenebilir⁷². Yargıtay 13. HD bir kararında tahkim anlaşmasının borçlar hukuku alanında bir akit olduğunu bu nedenle BK m. 19 ve m. 20'nin tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁷³. Bu yaklaşım kanaatimizce tahkimin fonksiyonu ile çelişmektedir. Nitekim tahkim, yukarıda ifade edildiği gibi bir

⁶⁷ Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 542; Çelikel/ Erdem, s. 674; Yavuz Kaplan, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 24; Pekcanitez, s. 2597; Lew/Mistelis/Kröll, s. 71-82; Abdulla, s. 18; Alangoya, s. 41 vd.; Prof. Dr. Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II**, İstanbul, 2000, s. 934-935.

⁶⁸ Özel, s. 33; Pekcanitez, s. 2597; Kalpsüz, **Tahkimin Genel Esasları**, s. 351; Akıncı, **Tenfiz**, s. 46.

⁶⁹ Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 686.

⁷⁰ Pekcanitez, s. 2597; Alangoya, s. 41 vd., Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 782-783; Akıncı, **Tenfiz**, s. 46..

⁷¹ Özel, s. 33; Cemal Şanlı, "**Türkiye'de Tahkim ve ADR**", Türkiye Barolar Birliği Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, 2013, Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, 9-10 Ocak 2009, Ankara, s. 45; Lew/Mistelis/Kröll, s. 77-78.

⁷² Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 31; Taşkın, s. 16.

⁷³ Yarg. 13. HD, 25.4.1991 T., 1990/8778 E., 1991/4492 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

sözleşme olmaktan ibaret değildir, tarafların devlet yargılamasına giden yolunu kapatan alternatif bir yargılama yöntemidir⁷⁴.

Tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesi olduğunu savunan görüşe göre tahkim ve hakemlerin yetkisi taraf iradesine dayanır, bu nedenle devletin buna bir müdahalesi olmamalıdır⁷⁵. Dolayısıyla tahkim yargılamasının usul ve esasında taraf iradeleri hâkimdir. Maddi hukuk sözleşmesi teorisi prensibi taraflara hakem kararını gerek usul gerekse de esas bakımından istedikleri kanuna tabi kılma imkânı verir. Sonuç olarak taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleme yetkisine de sahiptirler bu nedenle tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukuku otomatik olarak uygulanmayacaktır⁷⁶.

Tahkimde esas olan taraf iradesidir ve bu da bir sözleşmeye dayanır. Fakat Alangoya'nın da belirttiği gibi aslında irade serbestisi hem usul hukukunda hem de maddi hukukta geçerli bir ilkedir, bu nedenle hukuki nitelik tespitinde belirleyici bir etken olmamalıdır⁷⁷. O nedenle kanaatimizce aslında bu görüşün temelinde yatan temel fikir bu noktada da eleştirilebilir.

Bu görüşü savunanlara göre usul kanunları tahkim anlaşmasının tanımı ve şekli ile ilgilenirken geçerliliği ile ilgili konularla ilgilenmemiştir. Bu nedenle tahkim anlaşmasının geçerliliği maddi hukuk kurallarına başvurulması gereken bir düzenlemedir. Fakat kanaatimizce bir işlemin maddi hukuk sözleşmesi sayılabilmesi için bu yeterli değildir. Alangoya da bu görüştedir. Alangoya bir sözleşmenin hukuki niteliğinin tespitinde kanun koyucu tarafından düzenlendiği hukuk alanı değil, etki gösterdiği alanın esas alınması gerektiğini savunmaktadır nitekim sözleşme kurumunun temelini medeni hukuk ve borçlar hukukundan alıyor olması onun doğrudan maddi hukuk kurumu olduğunu göstermez⁷⁸.

⁷⁴ Akıncı, **Tahkim**, s. 98; Pekcanitez, s. 2593; Özel, s. 31; Alangoya, s. 4, Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 1-2; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 9; Lew/Mistelis/Kröll, s. 100.

⁷⁵ Kuru, **İstinaf**, s. 938; Ünal Tekinalp, **Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler**, IX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 4-5 Nisan 1965, s.15; T. Alim Taşkın, **Hakem Sözleşmesi**, Ankara: Turhan, 2005, s. 20; Özel, s. 33.

⁷⁶ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 558.

⁷⁷ Alangoya, s. 40.

⁷⁸ Alangoya, s. 38-39; Kalpsüz, **Tahkimin Genel Esasları**, s. 353.

B. Usul Hukuku Görüşü

Tahkim anlaşmasının bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu savunan görüşün temelinde yatan düşünce yargı yetkisinin aslında devlet mahkemelerine ait olduğu, tahkimin adli mahkemelere giden yolu kapatan ve devletin yargı hakkını alan bir sözleşme olduğudur⁷⁹.

Tahkim anlaşmasının kuruluşu ve geçerliliği diğer sözleşmeler gibi borçlar kanunu gibi maddi hukuk hükümlerine tabi olmakla birlikte temelde bir usul hukuku sözleşmesidir⁸⁰. Zira hakem heyetinin kurulması, davanın açılması, delillerin gösterilmesi, karar ve karara karşı kanun yolları gibi konular usul hükümleri arasında düzenlenmiştir ve bu da tahkim anlaşmasının usuli ve yargısal bir nitelik taşıdığını göstermektedir.

Bu görüşe göre, bir ülkede cereyan eden tahkim prosedürü o ülkenin ulusal hukuk mekanizmasının bir kısmını oluşturur⁸¹. Yukarıda belirtildiği gibi ikame bir yargılama yolu olan tahkim, usul kanunlarında düzenlenmektedir. Tahkim anlaşmasına ilişkin olarak usul kanununda yeterli hüküm bulunmadığı takdirde ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde maddi hukukun sözleşmelere ilişkin genel hükümleri uygulanacaktır⁸². Örneğin tahkim anlaşması ahlaka aykırı ise geçerli olmayacaktır. Tahkim anlaşmasının ahlaka aykırı olması, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin diğerinden sosyal ve ekonomik açıdan üstün olması durumunda, üstün olan tarafın karşı tarafa bu üstünlüğü kullanarak tahkim anlaşmasında kendisi lehine eşitliği bozacak nitelikteki düzenlemeleri kabul ettirmesi halinde söz konusu olur. Bu durumda tahkim anlaşması geçersiz olacaktır⁸³.

Tahkim anlaşmasının usul hukuku sözleşmesi olduğunu savunan görüşe göre tahkim ile sadece uyuşmazlığın esasına uygulanacak yargı yolu değişmektedir. Tahkim anlaşması taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını tadil etmemekte, sadece

⁷⁹ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 231, 318, 325, 330-331; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 690; Alangoya, s. 80; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 535; Akıncı, **Tenfiz**, s. 48.

⁸⁰ Kuru, **İstinaf**, s. 932; Pekcanitez, s. 547; Alangoya, s. 40; İlhan, s. 10; İzzet Karadaş, **6100 Sayılı HMK'nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 46; Chuckwumerije, s. 11; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 690.

⁸¹ Akıncı, **Tenfiz**, s. 48

⁸² Üstündağ, s. 420; İlhan, s. 8.

⁸³ İlhan, s. 10.

uyuşmazlığı çözecek yargı yolunu değiştirerek usul alanında etki göstermektedir⁸⁴. Davalı, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkemeye başvurulması halinde uyuşmazlığın mahkemede çözülmesine karşı koyma imkânına sahip olur⁸⁵.

Bunun yanı sıra bu görüşe göre yargılama neticesinde verilecek hakem kararının tarafları bağlayıcı ve kesin hüküm doğuran etkisi de tahkimin usuli etkisini göstermektedir⁸⁶. Bunun doğal bir sonucu olarak da hakem kararları mahkeme kararları gibi mütalaa edilir⁸⁷. Diğer bir ifade ile hakemlerce verilen karar bağlayıcılık açısından mahkemeler tarafından verilmiş karardan farksızdır. Nitekim hakem kararları mahkeme kararı gibi kesin hüküm teşkil edecek ve karar tevdi edildikten sonra tarafların rızası ile ortadan kaldırılamayacak ve ancak kanun yolları ile iptali söz konusu olacaktır⁸⁸.

Kısacası bu görüş uyarınca tahkim anlaşmasının en önemli etkisi uyuşmazlığın esası açısından tarafların mahkemeye başvurmalarını engellemesi ve hakemlere yargı yetkisi vererek hakemlerce verilecek kararın da kesin hüküm doğurmasıdır⁸⁹. Asıl etkisini usul hukuku alanında gösteren tahkim anlaşmasının usul sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Usul hukuku görüşünün bir diğer sonucu ise bu durumun tahkim anlaşmasını *lex fori* hâkimiyetine sokmasıdır⁹⁰. Nitekim bir ülkede cereyan eden tahkim prosedürü o ülkenin ulusal hukuk mekanizmasının bir kısmını oluşturur ve tahkim ile ilgili bütün hususlarda tahkimin cereyan ettiği ülkenin hukuku uygulanır. Diğer bir ifade ile bu görüşe göre, tahkim yargılamasının yapıldığı ülke tahkim yargılamasını denetleme ve kontrol etme gücüne sahip olur. Bu nedenle hakemler tahkimin esasına uygulanacak hukuk açısından tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarını esas almalıdır. Tahkim yeri hukukuna uyulmadan verilmiş hakem kararının iptali söz

⁸⁴ İlhan, s. 10; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 331.

⁸⁵ Pekcanitez, s. 2663.

⁸⁶ Kemal Dayındarlı, **HUMK'ta Düzenlenen İç Tahkim**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1997, s. 17; Alangoya, s. 54; Taşkın, s. 19; Üstündağ, s. 934.

⁸⁷ Üstündağ, s. 968; Özel, s. 32.

⁸⁸ Özbay, s. 69; Lew/Mistelis/Kröll, s. 75-76; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfiz**, Ankara 1994, s. 48, Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 43.

⁸⁹ Alangoya, s. 64

⁹⁰ Ziya Akıncı, **Tenfiz**, s. 48; Özel, s. 32; Chuckwumerije, s. 12; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 543, Nomer, **Devletler Hususi**, s. 558.

konusu olacaktır⁹¹. Tahkim anlaşmasının geçerliliği de tahkim yargılamasının yapıldığı yer hukukuna göre tespit edilecektir. Bunun anlamı, tahkim şartının şekline ve geçerliliğine uygulanacak hukuk tahkim yeri hukuku olacaktır. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından tahkim anlaşmasının maddi hukuk karakterinin ön plana çıkartılması daha uygundur. Nitekim böylelikle tahkimin temeli olan irade serbestisi sağlanmış olacak ve taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleme yetkisine sahip olacaklardır⁹².

Konu karşılaştırmalı hukuk açısından ele alındığında, Alman Hukuku, Türk Hukuku ve İsviçre Hukukunda doktrin ve içtihatlarda farklı görüşler mevcut olmakla beraber baskın görüş tahkim anlaşmasının usul sözleşmesi olduğudur. Tahkimin usul sözleşmesi olduğu kabul edilen hukuk sistemlerinde tahkime ilişkin hükümler gerek ulusal gerekse milletlerarası usul kanunlarında çoğaltılarak, tahkim anlaşmasının maddi hukuk boyutunun azaltılması hedeflenmektedir. Alman Federal mahkemesi tahkim anlaşması usule ilişkin düzenleme yapan özel hukuk sözleşmesidir diyerek maddi hukuk anlaşmasına yakın bir görüş sergilemektedir. Ama doktrindeki görüşler tahkim anlaşmasını saf usuli sözleşme olarak kabul etmektedir⁹³. İsviçre hukukunda da tahkim anlaşmalarının birer usul sözleşmesi olduğu kabul edilir⁹⁴.

Türk hukukunda ise doktrinde hâkim görüş tahkim anlaşmasının usul hukuku sözleşmesi olduğuna yöneliktir⁹⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 6 Aralık 1969 tarihli bir kararında doktrindeki çoğunluk görüş ile paralel olarak tahkim anlaşmasının usul sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay tahkim anlaşmasının esas bakımından uyuşmazlığın tarafları arasında yapılmış, uyuşmazlığın hakem kararı ile sonuçlandırılması (çözülmesi) amacını taşıyan, ulusal veya uluslararası nitelikteki sözleşme olduğunu belirttikten sonra tahkim anlaşmasının usul yasasında düzenlenmiş olmasının ve hakem kararlarının yargısal nitelik taşımasının, tahkim anlaşmasının bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu

⁹¹ Özel, s. 32-33; Akıncı, Tenfiz, s. 48; Lew/Mistelis/Kröll, s. 75-76

⁹² Nomer, **Devletler Hususi**, s. 558.

⁹³ Taşkın, s. 16.

⁹⁴ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 240; Abdulla, s. 28; Alangoya, s. 81, 93; Üstündağ, s. 946, 947; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1042.

⁹⁵ İlhan, s. 10; Alangoya, s.81; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s. 44-46; Kalpsüz, **“Tahkimin Genel Esasları”**, s. 353; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2031; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 331; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 659.

gösterdiğini ifade etmiştir⁹⁶. Yargıtay'ın görüşü öğretide hâkim olan görüş ile aynı doğrultudadır. Buna göre, tahkime ilişkin düzenlemelerin usul yasalarında belirtilmiş olması, tahkim yargılamasına yönelik pek çok usuli düzenlemenin, örneğin delillerin ikamesinin, duruşmanın, bilirkişilere müracaatın usul yasasında bulunması ve hakem kararlarının yargısal nitelik taşıması nedeniyle, tahkim anlaşmasının bir usul hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilir.

Bununla beraber, Yargıtay'ın 17 Mayıs 2013 tarihli bir kararında tahkim anlaşmasının yargılamanın kimin tarafından yapılacağına ilişkin olması nedeniyle usul sözleşmesi niteliğinde olsa bile, bu sözleşmenin kurulması ve geçerliliği maddi hukuk işlemidir denilerek tahkim anlaşmasının maddi hukuk boyutu da ele alınmıştır⁹⁷. Bununla beraber Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 2016/2 E. ve 2018/4 K. sayılı kararında HMK yürürlüğe girmeden önce imzalanan tahkim anlaşmalarına dayanan uyuşmazlıklara yönelik HMK yürürlüğe girdikten sonra verilmiş milli hakem kararlarına karşı kanun yolları değerlendirilirken tahkim anlaşmasının hukuki niteliği tartışılarak tahkim anlaşmasının usul hukuku sözleşmesi olduğundan bahisle HUMK değil HMK hükümlerine tabi olacağına karar verilmiştir. Kararda tahkim anlaşmasının usul hukuku sözleşmesi olduğu ve maddi hukuk karakteri barındırmadığı ağırlıklı görüş olarak kabul edilmiştir⁹⁸. Kararda tahkim anlaşmasının etkisini usul hukuku alanında doğurduğu ve bir hakkı doğurma veya ortadan kaldırma gibi bir maddi hukuk sözleşmesi özelliği taşımadığı ifade edilmiştir. Bu noktadan hareketle de tahkim anlaşmasının usul hukuku karakteri uyarınca usul alanında yürürlük hukukunun

⁹⁶ “Tahkim Sözleşmesi, esas bakımından uyuşmazlığın taraflar arasında objektif tahkim ehliyetine uygun olarak uyuşmazlığın hakem karar ile sonuçlandırılması (çözülmesi)amacını taşıyan, ulusal veya Uluslararası nitelikteki sözleşmedir.

Hakem sözleşmesi ise, tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem veya hakemlere arasında yapılan, taraflar arasındaki hak, yükümlülük gibi maddi hukuka ve usule ilişkin hukuki ilişkilerin usul hukuku ve özel hukuk hükümlerinin esas alınarak düzenlendiği, hakem yargılamasının esas ve usullerinin belirlendiği bir sözleşmedir.

Öğretide hâkim olan görüşe göre, Usul Yasasında düzenlenmiş olması yapılacak çok önemli işlerin dayanağını usul yasasında bulması ve hakem kararlarının yargısal nitelik taşıması nedeniyle, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğu hakem sözleşmesinin hukuki niteliğinin ise vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir. (Prof Dr.Yavuz Alangoya Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve denetlenmesi İstanbul 1973 s:52 vd, Prof Dr. Baki Kuru Hukuk Muhakemeleri Usulü Ankara 1996.dlt s:3998 vd, Prof Dr.Turgut Kalpsüz, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları,ri Ankara 1996. s:352) Yaygınlık kazanmış yargısal görüşte bu doğrultudadır.(YHGK'nun 6.12.1969 gün ve 1969/866 E. 1970/5 K. Sayılı ilamı, Y.15.H.D.15.6.1989/1023 -2841 sayılı ilamı)” YHGK 19.03.2003 T, 2003/15-142 E., 2003/182 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁹⁷ Yarg. 15. HD, 17.05.2013 T., 2013/136 E. , 2013/3211 K(Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁹⁸ Yarg. İBHK, 13.04.2018 T., 2016/2 E., 2018/4 K (18.09.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır).

temel ilkesi olan “derhal uygulama ilkesi” uygulanarak bir tahkim sözleşmesinde “HUMK hükümleri uygulanır” ibaresi yer alsada, HMK’nın HUMK döneminde imzalanan tahkim sözleşmelerine de derhal uygulanacağı görüşü kabul görmüştür.

Esasen bir sözleşmenin usul hukuku sözleşmesi mi yoksa maddi hukuk sözleşmesi mi olduğu tespit edilirken asli etkilerini hangi alanda doğurduğuna bakılmalıdır⁹⁹. Asli etkilerini usul hukuku alanında doğuran sözleşmeler usul hukuku sözleşmeleridir ve şekli, içeriği ve hükümleri bakımından usul kurallarına tabidir. Buna karşılık asli etkilerini doğrudan maddi hukuk alanında gösteren sözleşmeler maddi hukuk sözleşmeleridir¹⁰⁰.

C. Karma Nitelikli Sözleşme Görüşü

Tahkim anlaşmasının maddi hukuk veyahut usul hukuku sözleşmesi olduğunu savunan temel görüşlerin yanı sıra tahkim anlaşmasının hem maddi hukuk hem de usul hukuku sözleşmesi olduğunu savunan başka bir görüş de bulunmaktadır. Karma nitelikli sözleşme görüşünün ortaya çıkış nedeni ne usul hukuku görüşünün ne de maddi hukuk görüşünün tahkim anlaşmasının hukuki niteliğini tek başına ortaya koyamamasıdır. Bu görüşe göre tahkim anlaşması hem maddi hukuk hem de usul hukuku sözleşmesidir¹⁰¹. Nitekim tahkim anlaşması esas itibarıyla bir usul sözleşmesidir, zira hakemlerin rolü uyuşmazlığın çözümü açısından devlet mahkemelerinin oynadığı rolden farksızdır fakat tahkim anlaşmasının kurulması ve geçerliliği sözleşme serbestisi içinde taraf iradelerine bağlı olduğundan borçlar hukukuna tabidir¹⁰². Yani tarafların serbest iradeleri sonucu oluşması tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesi yönünü, buna karşılık uygulanmasının usul hukukuna ilişkin sonuçlar doğurması tahkim anlaşmasının usul hukuku sözleşmesi yönünü göstermektedir.

Karma görüşün temelinde yatan düşünce, tarafların sözleşme ile uyuşmazlığın esası hakkında karar verme yetkisini hakemlere devretmesine rağmen usul hukuku

⁹⁹ Alangoya, s. 40; Pekcanitez, s. 437.

¹⁰⁰ Nur Bolayır, **Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009, s. 16; Özel, s. 34-35; Ata Sakmar, **Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul, 1982, s. 28.

¹⁰¹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 79; Chuckwumerije, s. 13; Akıncı, **Tenfiz**, s. 48-49; Özel, s. 33.

¹⁰² Lew/Mistelis/Kröll, s. 79; Dayındarlı, **İç Tahkim**, s. 18-19; Üstündağ, s.935; Rasih Yeğengil, **Tahkim (L’arbitrage)**, İstanbul 1974, s. 26; Özel, s. 33; Pekcanitez, s. 2597; Kalpsüz, **Tahkimin Genel Esasları**, s. 354.

karakterinin devam etmesidir. Tahkim anlaşması ile devlet mahkemelerinin yetkisi tamamen ortadan kalkmayacaktır. Nitekim tahkim yeri kurallarının tahkim prosedürüne uygulanması tahkimin usul hukuku özelliğini göstermektedir ve hakemler bu kurallarla bağlıdır¹⁰³. Tahkim anlaşması ancak tahkim yeri hukuku izin verdiği kadar taraf iradesine tabi olacaktır¹⁰⁴. Tahkim yeri kurallarına uyulmadan yapılan bir yargılama tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilebilecektir. Yani taraf iradesinin sınırını tahkim yeri hukukunun emredici kuralları belirler ve bu görüşe göre tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk da tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir¹⁰⁵. Kısacası, karma görüş uyarınca tahkim anlaşmasının kurucu unsurları maddi hukuka yönelik ama etkisi usul hukukuna yöneliktir¹⁰⁶.

Kanaatimizce, tahkim anlaşması usuli yönü ağır basan, fakat içinde hem usuli hem de maddi hukuk karakterini barındıran bir karma anlaşmadır. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı ile hakemlere yargılama yetkisi tesis edilmiş olması ve bu yargılama sonunda çıkacak kararın da mahkeme kararı gibi kesin hüküm doğurması tahkim anlaşmasının usul hukuku alanında etki gösterdiğinin kanıtıdır. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının kanun koyucu tarafından nerede düzenlendiğinden ziyade etki gösterdiği alan tahkim anlaşmasının hukuki niteliğinin belirlenmesinde belirleyici olmalıdır. Fakat tahkim anlaşmasının salt usul hukuki sözleşmesi olarak kabul edilmesi taraf iradesinin arka plana atılmasına sebep olabilmektedir bu nedenle milletlerarası tahkimin maddi hukuk sözleşmesi boyutunun da olması gerekmektedir.

D. Bağımsız Görüş

Tahkim anlaşmasının hukuki niteliğine yönelik dördüncü görüş ise bağımsız görüştür. Bu görüş uyarınca tahkim anlaşması kendine has bir sözleşmedir ve bu sözleşmenin hukuki nitelendirilmesi için kullanımı ve amacı dikkate alınmalıdır. Buradan hareketle, bağımsız görüşe göre tahkim anlaşması ne sadece usul hukuku ne sadece maddi hukuk sözleşmesi ne de karma bir sözleşme olarak nitelendirilebilir¹⁰⁷. Milletlerarası tahkim milletlerarası ticari ilişkiler açısından milli tahkimlerde

¹⁰³ Özel, s. 33.

¹⁰⁴ Akıncı, **Tenfiz**, s. 49; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s. 47.

¹⁰⁵ Özel, s. 33; Akıncı, **Tenfiz**, s. 49; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s. 47.

¹⁰⁶ Özel, s. 33; Akıncı, **Tenfiz**, s. 49; Chuckwumerije, s. 1.

¹⁰⁷ Özel, s. 33-34; Lew/Mistelis/Kröll, s. 81.

öngörülen düzenlemelerin yetersizliğinden dolayı doğmuştur. Bu nedenle milletlerarası tahkimin hukuki niteliğinin tespitinde, milli hukuktaki yeri belirleyici olmamalıdır. Bu görüşe göre, milletlerarası tahkimin çıkmasının sebebi milletlerarası ticari ihtiyaçlar ise, hukuki nitelik de buna uygun olarak milli hukuktan bağımsız olarak yorumlanmalıdır. Taraf iradelerinin sınırlarının tespitinde milli hukuk esas alınmamalı, milletlerarası kamu düzenine uygunluk sınır olarak dikkate alınmalıdır¹⁰⁸.

Bağımsız görüş milletlerarası ticaretin gelişmesi ile paralel olarak gelişen tahkimi esas almaktadır. Tahkim geniş olarak uygulanmalı ve ülkelerin ulusal hukuklarının ötesinde onlardan bağımsız olarak ele alınmalıdır. Milletlerarası tahkim yapısı ve özellikleri gereği milli tahkimden farklı unsurlar içermektedir. Bu da tahkim yeri ile hakem kararı arasındaki bağı zayıflatmakta ve dolayısıyla mahkemelerin etkisini azaltmaktadır. Akıncı, milletlerarası tahkimin hukuki niteliği göz önüne alınarak milli hukuklardan bağımsız değerlendirilmesi görüşünü savunmaktadır¹⁰⁹. Böylelikle herhangi bir hukuk sistemine bağlı olmayan hakem kararları veyahut iptal edilmiş hakem kararlarının de tenfizi mümkün olabilecektir¹¹⁰.

Bağımsız görüş her ne kadar milletlerarası ticaretin gelişmesi ile doğmuş olsa da kanaatimizce tahkimin niteliğini belirtme açısından yeterli değildir. Nitekim ulusal hukuklardan tamamen bağımsız a-nasyonel veya tahkim yeri hukuku olmayan (*delocalised*) tahkim fikri teorik kalmıştır¹¹¹. Buna göre günümüz pozitif hukuk normları uyarınca a-nasyonal, ulusötesi ve delokalize tahkim geçerli olmamalıdır. Nitekim ülkeler gelişen ticaret ve tahkim ile beraber hukuki düzenlemelerde bulunmuş, kanunlarını bu gelişmeler ile uyumlu bir şekilde düzenlemişler bu da tahkimin niteliğini karma teoriye yaklaştırmıştır.

Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD) tahkim yerinin gerekliliğine işaret etmiştir ve UNCITRAL Model Kanununun delokalize yargılamaları tanımadığını vurgulamıştır: “[d]elokalize veya ulusötesi hakem kararı

¹⁰⁸ Taşkın, s. 18-19; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s. 47; Kalpsüz, **Tahkimin Genel Esasları**, s. 355.

¹⁰⁹ Akıncı, **Tenfiz**, s. 52-53

¹¹⁰ **Ibid**, **Kompetenz-Kompetenz**, s.359.

¹¹¹ Born, **International, Commercial Arbitration**, s. 2055; Özel, s. 35; Akıncı, **Tenfiz**, s. 59.

*fikri UNCITRAL Model Kanunu tarafından kabul edilmemiştir*¹¹². Dahası, UNCITRAL 2012 Uluslararası Ticari Tahkimde Model Hukuk İçtihat Derlemesi'nde de tahkim yerinin kritik önemine vurgu yapılmış ve tahkim yerinin “*belirli bir milli hukukun uygulanabilirliği için kritik bir bağlayıcı faktör*” olduğu ifade edilerek tahkimi milli hukuka bağlayan bir faktör olması gerektiği ifade edilmiştir¹¹³.

Tahkim yerinin gerekliliğine ve önemine vurgu yapan sadece UNCITRAL ve UNCTAD değildir. Yerel mahkemeler de tahkim yerinin gerekliliğini kabul etmektedirler. Örneğin, İngiliz hukuku delokalize veya a-nasyonel tahkimi kabul etmemektedir¹¹⁴. *Naviera Amazonica Peruano S.A. v. Compania Internacional de Seguros del Peru* davasında İngiliz hukukunun “delokalize” tahkimi tanımadığı görülmektedir. Buna göre her tahkim usul kurallarına tabi olduğu bir “*yere*” veya “*locus arbitri*”ye sahip olmalıdır¹¹⁵. İngiliz hukukunda bu yönde bir diğer önemli karar ise *Bank Mellat v. Helleniki Techniki S.A.* kararıdır. Bu kararda hiçbir milli hukukla bağlantısı olmayan tahkim usulü konseptinin İngiliz içtihatlarında kabul edilmediği ifade edilmiştir¹¹⁶. Aynı şekilde *Dubai Islamic Bank v Paymentech Merchant Services Inc* davasında tahkim yerinin tahkim açısından bir zorunluluk olduğu ifade edilmiştir¹¹⁷. Bu karar uyarınca bu zorunluluk tarafların tahkimin usulüne uygulanacak hukuku bilme ihtiyaçlarından kaynaklanmaktadır.

İngiliz içtihatlarının yanı sıra, 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'nun 3. bölümüne göre de tahkim yerinin seçilmesi veya belirlenmesi gerekmektedir¹¹⁸. 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu m. 52(5) uyarınca hakem kararında tahkim yeri

¹¹² UNCTAD, Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, “5.7 Recognition and Enforcement or Arbitral Awards: the New York Convention”, s. 8, dn. 14.

¹¹³ UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, s. 102.

¹¹⁴ Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 172; Dejan Janicijevic, “**Delocalisation in International Commercial Arbitration**”, Law and Politics, Vol. 3, No. 1, 2005, s. 65.

¹¹⁵ İngiltere Yüksek Mahkemesi 1988 tarihli *Naviera Amazonia Peruaana SA v. Compania Internacionaal de Seguros del Peru* Kararı, **1 Lloyd's Rep.** (Lloyd's Law Report), s. 116.

¹¹⁶ İngiltere Yüksek Mahkemesi 1983 tarihli *Bank Mellat v Helleniki Techniki SA Kararı*, **3 All ER** (All England Law Reports), s. 428, 432.

¹¹⁷ 20 Ekim 2000 tarihli *Dubai Islamic Bank PJSC v Paymentech Merchant Services Inc* kararı, **All ER**, Yıl: 2001, s. 514.

¹¹⁸ 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'nun 3. Bölümü şu şekildedir:

“*In this Part “the seat of the arbitration” means the juridical seat of the arbitration designated -*

(a) by the parties to the arbitration agreement, or

(b) by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in that regard, or

(c) by the arbitral tribunal if so authorised by the parties,

or determined, in the absence of any such designation, having regard to the parties' agreement and all the relevant circumstances.” (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/3>)

belirtilmelidir. Bu nedenle, 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu delokalize yargılamayı tanınamakta ve kabul etmemektedir.

Tahkimde delokalizasyona karşı negatif bir tavrı olan sadece İngiliz mahkemeleri değildir. İngiliz hukukuna ek olarak New York Sözleşmesi'ni imzalamış olan devletlerin büyük çoğunluğu da delokalize tahkim yargılamasını kabul etmemektedir. Hem Model Kanun hem de New York Sözleşmesi delokalize yargılamayı kabul etmemekte ve onaylamamaktadır¹¹⁹. Amerikan hukukunda ve Hollanda hukukunda da milli hukuklardan bağımsız herhangi bir tahkim yeri olmayan bir tahkim kabul edilmemektedir¹²⁰.

Tahkim anlaşmasının herhangi bir ülke hukukundan bağımsız olamayacağını savunan hukuk sistemlerinin aksine, Fransız hukukunda tarafların tahkim prosedürüne herhangi bir ülke hukukunun uygulanmasından vazgeçme özgürlüklerinin olduğu kabul edilmektedir. Bu durum, Paris İstinaf Mahkemesinin *General National Maritime Transport Co. v. Gotaverken* davasında açıkça ifade edilmiştir¹²¹. Bu nedenle Fransız hukuku ulusuzlaştırılmış tahkime ılımlı yaklaşmaktadır. Bununla beraber, Fouchard, Gaillard ve Goldman, Fransız hukukunun tahkim yerini tamamen göz ardı etmediğini ifade etmiştir. Nitekim Fransa dışında verilen bir hakem kararı da Fransa'da yürütülen bir tahkim yargılamasında verilen bir hakem kararı ile aynı icra kurallarına tabidir fakat sadece Fransa'da verilen hakem kararları Fransız mahkemeleri tarafından iptal edilebilir¹²².

Belçika hukukundaki durum ise biraz daha farklıdır. Belçika tahkim karşısında mahkemelerin yetkilerini en aza indirmek ve böylelikle tahkim yeri olarak daha çok tercih edilmek adına delokalizasyonu önemli derecede savunmuştur. Hatta 27 Mart 1985 tarihli Belçika Usul Kanunu'nun 1717. maddesinde taraflardan biri Belçikalı

¹¹⁹ Eric A. Schwartz, "Global Reflection on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of the Courts at the Place of the Arbitration? Reflection on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of a Recent ICC Award", in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner (ICC Publishing 2005), s. 796.

¹²⁰ Katarzyna Platkowska, "The concept of "denationalization" (or the equivalent "delocalization") in the context of the US Federal Court decision in *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arab Republic of Egypt* 939 F. Supp. 907 (DDC 1996) and the Amsterdam Court of Appeal Decision in *Yukos Capital SARL v. OAO Rosneft* [2009]", s. 28.

¹²¹ Fransa İstinaf Mahkemesinin 21 Şubat 1980 tarihli *General National Maritime Transp. Co. V. Societe Götavarken Arrendal* kararı, [1980] Rev. Arb., s. 524, reprinted in 20 I.L.M., s. 883.

¹²² Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 49.

veya Belçika’da yerleşik değil ise, yargılamayı kaybeden tarafın uluslararası tahkimde verilmiş bir karara karşı Belçika’da iptal davası açamayacağı düzenlenmiştir. Fakat bu hüküm 1988 yılında yürürlükten kaldırılmıştır çünkü bu hüküm tarafların Belçika’yı tahkim yeri olarak seçmeleri için çekici olmaktan çok buna engel olmuştur.¹²³ Dolayısıyla Belçika’da da milli hukuklardan bağımsız bir tahkimin tarafların isteklerini karşılamadığına karar verilmiştir.

Sonuç olarak, tahkimin ulussuzlaştırılması hiçbir zaman tamamen uygulanamamıştır. Belçika örneği tahkimde delokalizasyon fikrinin hayali olduğunu göstermektedir çünkü ülkeler özellikle tahkim üzerinde bir miktar kontrolü korumak istemektedirler. Nitekim tarafların tahkimi seçmesinin nedeni genellikle ulusal yargılamaların garantisinin verdiği yüksek güvenliktir. Ülkeler de gelişen ticaret ve tahkim ile paralel olarak kanunlarını bu gelişmeler ile uyumlu bir şekilde düzenlemişlerdir. Günümüzde ülkelerin tahkime ilişkin kanunlarında irade serbestisini ön plana çıkaran düzenlemelere yer vermiş olması dolayısıyla milletlerarası tahkim hukukunun gereklerine öncelik tanınmış olup, tahkim yerinin hukukunun tahkim yargılaması üzerindeki irade serbestisinden uzak etkisi sona erdirilmiştir. Bununla paralel olarak da artık delokalize tahkimi savunan görüşler ve karşı görüşler arasındaki çatışmanın geride kaldığını veya önemin yitirdiğini söylemek mümkündür¹²⁴.

Tahkim anlaşmasının fonksiyonu ve hukuki niteliği gözönüne alındığında tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı değerlendirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Buna tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı da denir. Aşağıda tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi ve bu prensibin sonuçları üzerinde durulacaktır.

¹²³ Alexander J. Belohlávek, “**Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth**”, ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International, Volume 31, Issue 2, 2013, s. 268-269.

¹²⁴ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 41.

§4. TAHKİM ANLAŞMASININ ASIL SÖZLEŞMEDEN BAĞIMSIZLIĞI

Kurucu unsurları taşıyan tahkim anlaşması, yukarıda belirtildiği gibi uygulamada ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmek yerine, çoğunlukla asıl sözleşme içine eklenen bir tahkim şartı olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁵.

Aslında tahkim anlaşmasının asıl sözleşme içinde bir tahkim şartı olarak düzenlenmesi veya ayrı bir tahkim anlaşması olarak düzenlenmesinin temelinde mevcut ve ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlık ayrımı yer almaktadır. Ayrı bir sözleşme olarak akdedilen tahkim anlaşması genellikle uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tercih edilmektedir. Zira uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra uyuşmazlığın niteliğine ve özelliklerine göre uyuşmazlığın kaç hakemle ve nasıl bir hakem heyetince çözüleceğine karar verilebileceği kabul edilir. Hatta geçmişte bazı ülkelerde sadece ayrı bir sözleşme olarak akdedilen tahkim anlaşmalarının geçerli olduğu ve buna dayanılarak verilen hakem kararların tenfizinin mümkün olduğu kabul edilmiştir¹²⁶. Modern uygulamada ise tahkim anlaşması genellikle ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara ilişkindir. Zira tahmin edildiği üzere, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra uyuşmazlığın tarafları arasında ayrı bir tahkim anlaşması müzakere etmek oldukça güçtür. O nedenle modern uygulamada ayrı bir sözleşme olarak da düzenlense, asıl sözleşmenin içine konulan bir şart olarak da düzenlense tahkim anlaşmasının tanınması esası benimsenmiştir. Nitekim New York Sözleşmesi madde II(1)'de bu Sözleşme'ye taraf ülkelerin mahkemeleri önlerine gelen bir meselede *“tarafların akde dayanan veya akdî olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder.”* denilmek suretiyle ileriki uyuşmazlıklara yönelik tahkim şartı olarak düzenlenen tahkim anlaşmaları ile genellikle mevcut uyuşmazlıklara yönelik tarafların sonradan ayrı bir sözleşme olarak akdettikleri tahkim sözleşmelerinin geçerli kabul edileceği düzenlenmiştir¹²⁷.

¹²⁵ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 231; Kalpsüz, **“Tahkim Anlaşması”**, s. 1041-1042; Özel, s. 35, İlhan, s. 12; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 654-655; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 537.

¹²⁶ Lew/Mistelis/Kröll, s. 101.

¹²⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s. 101.

Özellikle, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmenin içinde düzenlenmiş olması durumunda tahkim anlaşmasının asıl sözleşmenin geçerliliğinden veya geçersizliğinden nasıl etkileneceği sorunu ortaya çıkabilmektedir¹²⁸. Bu nedenle Kıta Avrupası hukukunda tahkim şartının özerkliği (“*autonomy*”) ve Ortak Hukuk (Common Law) sisteminde ise tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı veya ayrılabilirliği (“*severability*”/“*separability*”) olarak adlandırılan teori önem arz etmektedir. Farklı şekilde adlandırılmış olsa da özünde aynı olan bu teorilere göre, tahkim şartı aslında fiziki olarak dâhil olduğu sözleşmeden bağımsız ikincil bir sözleşme kabul edilir¹²⁹. Buna tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi denir. Bu prensip tahkim hukukunda örf haline gelmiş ve pek çok hukuk tarafından kabul edilmiştir¹³⁰.

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı prensibine göre tahkim anlaşması esas sözleşmeden hukuken bağımsız, ondan ayrı bir sözleşmedir. Bunun doğal sonucu olarak da tahkim anlaşması ve asıl sözleşmeden birinin geçersizliği diğerini doğrudan etkilememektedir. Diğer bir deyişle tahkim anlaşmasına karşı asıl sözleşmenin geçersiz olduğu itirazında bulunulamaz¹³¹. Hakemler asıl sözleşmenin geçersiz olduğuna karar verse bile bu tahkim anlaşmasını ve buna dayanarak verilen hakem kararını geçersiz hale getirmeyecektir¹³².

Hakemlerin yetkisi kendilerine yargılama yetkisi sağlayan geçerli bir tahkim anlaşmasından doğmaktadır¹³³. Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi hakemlerin kendi yargı yetkileri hakkında karar verebilme yetkisi olarak tanımlanan

¹²⁸ Akıncı, **Tahkim**, s. 89; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 240; Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 104; Lew/Mistelis/Kröll, s. 101-102; Özel, s.35; Chuckwumerije, s. 30-31; Abdulla, s. 28-29.

¹²⁹ Abert Jan van den BERG, **The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation**, Hollanda: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, s. 145; Lew/Mistelis/Kröll, s.101; Akıncı, **Tahkim**, s. 115; İlhan, s. 12; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 331; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 690; Erkan, **Tahkim Şartının Ayrılabilirliği**, s. 539; Kalpsüz, **Tahkimin Genel Esasları**, s. 360; Mustafa Erkan, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Yetkin Yayınları, 2013, s. 82 vd..

¹³⁰ Gary Born, **International Arbitration: Law and Practice**, Chapter 3: Formation and Validity of International Arbitration Agreements' (2. Baskı), Hollanda: Kluwer Law International, 2015, s. 73-90; Gary Born, **International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, Second Edition, 2014, s. 856-866; Lew/Mistelis/Kröll, s. 101-108; Pekcanitez, s. 2676.

¹³¹ Pekcanitez, s. 2675.

¹³² Akıncı, **Tahkim**, s. 116.

¹³³ Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 694.

compétence-compétence (“*kompetenz-kompetenz*”) ilkesinin tamamlayıcısıdır¹³⁴. Buna göre tahkim anlaşmasının geçersizliğine ve dolayısıyla hakemin yetkisizliğine yönelik iddialar yine kural olarak hakemler tarafından karara bağlanacaktır¹³⁵. Bununla beraber tahkim anlaşması geçerli dahi olsa hakemlerin tahkim anlaşmasının dışında kalan konularda karar vermesi veyahut tahkime başvuran tarafça istenen istemin tamamı hakkında karar vermemesi veyahut herhangi bir sebeple yetkilerini aşmaları durumunda da yetki sorunları gündeme gelebilecektir. Tüm bu durumlar hakem kararının iptali sonucunu doğurur¹³⁶.

Asıl sözleşme ve tahkim anlaşması iç içe geçmiş bile olsalar amaç ve konu olarak birbirinden farklıdır. Buna göre asıl sözleşmenin konusu sözleşme ile öngörülen borçların ifası iken tahkim anlaşmasının konusu asıl sözleşmeden doğan uyuşmazlığın çözümü olarak kabul edilir¹³⁷. Bu nedenle, asıl sözleşmenin geçersizliği, hukuka aykırılığı veya sona ermesi hakem heyetinin yargı yetkisini engellemeyecektir¹³⁸. Böylece kural olarak asıl sözleşmedeki hukuka aykırılık ya da sona erme sebepleri tahkim anlaşmasını ortadan kaldırmayacak ve hakem heyetinin yetkisi güvence altına alınmış olacaktır¹³⁹. Aksi halde asıl sözleşmenin yokluğu, geçersizliği, imkânsızlığı veya sona ermesi durumlarında tahkim anlaşması da bu durumlardan etkilenecek idi ve artık hakem heyetinin yetkisi son bulacağından uyuşmazlığın tek çözüm yeri devlet mahkemeleri olacak idi¹⁴⁰. Kural bu olmakla beraber, bazı hallerde tahkim anlaşmasının geçerliliği asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olabilir. Buna aşağıda değineceğiz.

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi bu çalışma açısından oldukça önem arz etmektedir. Zira bağımsızlık prensibinin, tahkim anlaşmasına ve asıl sözleşmeye farklı hukukların uygulanmasına imkân verir şekilde anlaşılması

¹³⁴ Akıncı, **Tahkim**, s. 164; Pekcanitez, s. 2678; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 242, 429; Lew/Mistelis/Kröll, s. 102; Girsberger/Voser, s. 136.

¹³⁵ Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 94; Özel, s. 102; Lew/Mistelis/Kröll, s. 102; Girsberger/Voser, s. 136; Akıncı, **Tahkim**, s. 164; Pekcanitez, s. 2678; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s.242; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 231; İlhan, s. 17.

¹³⁶ Akıncı, **Tahkim**, s. 301; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 695.

¹³⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s. 101; Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 162, 163; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 542; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1040-1041; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 331.

¹³⁸ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 241; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 330.

¹³⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 102.

¹⁴⁰ **Ibid**; Özel, s. 36.

gerektiği savunulmaktadır¹⁴¹. Özellikle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmediği durumlarda, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanıp uygulanmayacağı meselesi tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde ve Yargıtay kararlarında farklı yaklaşımlar söz konusudur. Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibine bağlanan sonuçlardan biri de tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun, taraflarca herhangi bir hukuk kararlaştırılmamış ise, asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabileceğidir. Aşağıda tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin karşılaştırmalı hukuktaki, milletlerarası tahkime ilişkin milletlerarası anlaşmalardaki, Model Kanun'daki ve tahkime ilişkin diğer bazı düzenlemerdeki yerine; daha sonra, tahkim anlaşmasının bağımsızlığının sonuçlarına ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka etkisine değinilecektir.

A. Karşılaştırmalı Hukukta Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı prensibi pek çok ülke hukukunda, hakem kararlarında ve tahkime yönelik mahkeme kararlarında yer bulmuştur. 1958 tarihli New York Sözleşmesi¹⁴², 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi¹⁴³ ve 1965 tarihli Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Halline Dair Washington Sözleşmesi ("ICSID Sözleşmesi") gibi milletlerarası sözleşmelerde değinilmemiş olsa da bağımsızlık prensibi milletlerarası tahkimin milletler üstü bir ilkesi olarak mütalaa edilmektedir¹⁴⁴. Bunun temel nedeni UNCITRAL Model Kanunu ("Model Kanun")'nun 16. maddesinde tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibine açıkça yer verilmiş olması ve pek çok ülkenin de milli ve milletlerarası tahkim kanunlarını oluştururken Model Kanunu esas almış olmasıdır.

Model Kanun'un 16(1) maddesi uyarınca; *"Hakem heyeti tahkim şartının varlığına veya geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu amaçla sözleşmenin bir parçasını oluşturan tahkim*

¹⁴¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 198, 199; İlhan, s. 14.

¹⁴² Nisan 2018 tarihi itibarıyla New York Sözleşmesi'ne taraf ülkelerin sayısı 159 olmuştur. *Bkz.* <http://www.newyorkconvention.org/countries>

¹⁴³ Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, **Resmî Gazete ile Yayımlı:** 21.5.1991, **Sayı:** 20877. Avrupa Sözleşmesi'ni onaylayan ülkelerin sayısı bugün itibarıyla 61'dir.

Bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=en

¹⁴⁴ Pekcantez, s. 2676; Özel, s. 37; Lew/Mistelis/Kröll, s. 106.

şartı sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir sözleşme olarak ele alınır. Hakem heyeti tarafından verilen sözleşmenin hükümsüz olduğu kararı hukuken tahkim şartının geçersizliğine neden olmaz.”

Bağımsızlık prensibinin iç hukuk düzenlemeleri ile hüküm altına alınması ile prensibin geçerliliğinin korunmasının hedeflendiği kabul edilir. Nitekim Almanya, İsviçre, Fransa, İsveç, İtalya, İngiltere, Amerika ve Çin’de tahkim şartının bağımsızlığı prensibi kanunlar ile özellikle belirtilmek suretiyle tanınmıştır¹⁴⁵.

1998 tarihli Almanya HMK’nın 1040(1) maddesi uyarınca; *“Hakem heyeti kendi yetkisi hakkında ve bu bağlamda tahkim şartının varlığı ve geçerliliği hakkında karar verebilir. Bu amaçla, bir sözleşmenin parçası olan tahkim şartı sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir sözleşme gibi değerlendirilecektir.”* denilmek suretiyle tahkim anlaşmasının bağımsızlığı kabul edilmektedir.

Almanya HMK’daki düzenlemeye benzer bir düzenleme İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 178(3) maddesinde yer almaktadır. İsviçre MÖHUK’unun 178. maddesinin 3. fıkrasına göre; *“asıl sözleşmenin geçersizliği veya tahkim anlaşmasının henüz ortaya çıkmayan bir uyuşmazlık hakkında olması sebebiyle tahkim anlaşmasının geçerliliğine itiraz edilemez.”* Aslında Almanya ve İsviçre kanunlarında prensibin tanındığı açık olmakla beraber iki kanun maddesinin formülasyonu birbirinden farklıdır. Buna göre Almanya HMK’da açıkça tahkim şartının sözleşmenin diğer hükümlerinden ayrı bir sözleşme olarak değerlendirileceği kabul edilirken İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda asıl sözleşmenin geçersizliğinin tahkim anlaşmasının da geçerliliğini etkilemeyeceği belirtilerek tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi tanınmıştır¹⁴⁶.

Fransız hukuku uyarınca da, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı kabul edilmektedir¹⁴⁷. Fransız Medeni Usûl Kanunu’nda ulusal tahkimi düzenleyen 1447. maddesinde *“tahkim anlaşması ilişkili olduğu sözleşmeden bağımsızdır. Sözleşmenin sonuçsuz oluşundan etkilenmez”* hükmü yer almaktadır. Hükümde geçen *“sonuçsuzluk” (ineffectiveness)* ibaresinin geniş yorumlanarak sözleşmenin var

¹⁴⁵ Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 105.

¹⁴⁶ Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 550

¹⁴⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 198.

olmaması, geçersizliği, iptal edilmiş veya sona erdirilmiş olması hallerine uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁸.

Fransız mahkemelerinin kararlarında da asıl sözleşmede meydana gelen geçersizlik, hukuka aykırılık gibi sakatlıkların tahkim anlaşmasını etkilemeyeceği görüşü hâkimdir. Nitekim 1963 tarihli *Gosset* kararında, milletlerarası tahkimde tahkim anlaşması ayrı olarak akdedilmiş de olsa, bağlı olduğu sözleşmenin içine eklenmiş de olsa, istisnai haller saklı kalmak kaydıyla, hukuken tam bir özerkliğe sahiptir ve bu sözleşmenin geçersiz olmasından etkilenmez denilmiştir. Söz konusu karar Fransız hukukunda bağımsızlık prensibinin kabulünü göstermesi açısından önemlidir¹⁴⁹. Fransız hukukunda tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığının bir adım ötesine gidilerek tahkim anlaşmasının asıl sözleşmenin yanı sıra tüm ulusal hukuk sistemlerinden ve onların kurallarından da bağımsız olduğu ileri sürülmektedir. Fransız Hukuku'nun uygulandığı pek çok kararda tahkim anlaşmalarının kendi geçerlilikleri ve etkileri olduğu, milli hukuklardan tamamen bağımsız olduğu ileri sürülmektedir¹⁵⁰. Bu husus ikinci bölümde detaylıca izah edilecektir¹⁵¹.

Bağımsızlık prensibi İsveç hukukunda da tanınmıştır. İsveç Tahkim Kanunu'nun 3. bölümünde “*Hakemlerce bir sözleşmenin parçası olan tahkim şartının geçerliliği hakkında karar verilmesi gerektiğinde hakem heyeti kendi yetkisi hakkında ve bu bağlamda tahkim şartının varlığı hakkında karar verirken tahkim şartını sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir sözleşme gibi değerlendirecektir.*” denilmektedir.

¹⁴⁸ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 375.

¹⁴⁹ Fransa Temyiz Mahkemesinin 7 Mayıs 1963 tarihli *Raymond Gosset v. Carapelli* Kararı, **French International Arbitration Law Reports: 1963-2007**, s. 1-7.

¹⁵⁰ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 576; Fransız hukukunda bu konuda verilmiş pek çok karar için bkz. Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 391; Fransa İstinaf Mahkemesinin 30 Kasım 1988 tarihli *Société Clark International Finance v. Société Sud Matériel Serv.*, Kararı., 1998 **Rev. Arb.**, s. 570- 572; 1996 tarihli ICC *Exclusive Agent v Manufacturer* kararı, ICC Karar No. 8938, **XXIV YBCA**, Yıl: 1999, s.174-181; Fransa Temyiz Mahkemesinin 4 Temmuz 1972 tarihli *Hecht v. Buisman's* kararı, **French International Arbitration Law Reports: 1963-2007**, s. 39-45.; Fransa Temyiz Mahkemesinin 20 Aralık 1993 tarihli *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb v Dalico Contractors* kararı, **Rev. Arb.**, 1994, s.108; Fransa Temyiz Mahkemesinin 21 Mayıs 1997 tarihli *Renault v V 2000 (formerly Jaguar France)* kararı, **French International Arbitration Law Reports: 1963-2007**, s. 339-343.

¹⁵¹ Bkz. İkinci Bölüm, §2, B, IV, 2.

İtalya Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“İtalya HMK”)’nun 808. maddesinin ikinci paragrafında da “*Tahkim şartının geçerliliği bağlı olduğu sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilir.*” denilmek suretiyle bu prensip açıkça kabul edilmiştir.

İngiliz hukukunda ise durum biraz daha farklıdır. Zira önceden İngiliz hukuku asıl sözleşmenin imkânsızlığı veyahut ifa ile sona ermesi hali ile asıl sözleşmesinin geçersizliği halini birbirinden ayrı değerlendirmekte idi¹⁵². Buna göre, İngiliz hukukunda ifa veya imkânsızlık nedeniyle geçersiz olma dışında kalan durumlar nedeniyle asıl sözleşmenin geçersiz olması halinde bu durumun tahkim anlaşmasını da geçersiz hale getireceği kabul edilmekte idi. 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu’nun 7. bölümü ile getirilen düzenleme ile aksi taraflarca kararlaştırılmadığı takdirde, asıl sözleşmenin geçersiz olması, meydana gelmemesi veya hükümsüz hale gelmesi nedeniyle bu sözleşmenin bir parçası olan veya bir parçası olması amaçlanmış olan tahkim şartı (yazılı olsun ya da olmasın) geçersiz, batıl veya hükümsüz sayılmayacaktır. İlgili bölüm uyarınca tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız olduğu kabul edilmiştir. Buna göre asıl sözleşmenin hükümsüzlük, geçersizlik ya da yokluğu tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyecektir¹⁵³.

Amerika Birleşik Devletleri’nde, bağımsızlık prensibinin en eski ve halen de geçerli olan uygulaması 1967 tarihli *Prima Paint v. Flood & Conklin* kararıdır¹⁵⁴. İlgili kararda Federal Yüksek Mahkemesi “*bir federal hukuk meselesi olan tahkim şartları içinde buldukları sözleşmelerden ‘ayrıdır’.*” demektedir¹⁵⁵. Bu karar Amerika Birleşik Devletleri’nin en yüksek yargı mercii tarafından verilmiş, bağımsızlık ilkesine yönelik halen geçerli olan bir karardır. Söz konusu davada Prima Paint şirketi Flood&Conklin şirketi ile danışmanlık sözleşmesi akdetmiş ve sözleşmede uyuşmazlıkların Amerikan Tahkim Birliği (American Arbitration Association) kuralları uyarınca çözülmesi öngörülmüştür. Sözleşmede Prima Faint şirketinin iflas hali düzenlenmiş olmakla beraber Flood&Conklin şirketi için bu hükümlere yer verilmemiştir. Sözleşmenin imzalanmasından bir süre sonra Prima

¹⁵² Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 106.

¹⁵³ Özel, s. 37.

¹⁵⁴ ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin 12 Haziran 1967 tarihli *Prima Paint Corporation v. Flood & Conklin Mfg. Co.* kararı, 388 U.S. 395 (1967), U.S. Reports.

¹⁵⁵ Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 105, İlhan, s. 18; Özel, s. 37.

Paint şirketi Flood&Conklin şirketinin aslında iflas durumunda olduğunu ve bunun kendilerinden saklandığını dolayısıyla Flood&Conklin'in hileli davranışıyla sözleşmenin yapılmasına sebep olduğunu söylemiş ve tahkime başvurmuştur. Prima Paint şirketi ise sözleşmenin iptali için mahkemeye başvurmuş ve Flood&Conklin'in tahkime başvurmasını engellemek için tedbir talebinde bulunmuştur. Mahkeme Amerika Federal Tahkim Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde, tahkim anlaşmasının geçerliliği taraflar arasında tartışmalı değil ise mahkemenin tarafları tahkime yönlendirmesi gerektiğine hükmetmiştir. Zira asıl sözleşmenin hile sebebiyle geçersizliği iddiası, tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyecektir.

Çin Halk Cumhuriyeti Sözleşme Kanunu'nun 57. maddesi de bağımsızlık prensibini kabul eder. Buna göre: *“Eğer bir sözleşme hükümsüz ise, kaldırılmışsa veya feshedilmişse, bu sözleşmeden bağımsız olarak var olan uyuşmazlık çözümü maddesinin geçerliliğini etkilemez.”* Tahkim Kanunu'nun 19. maddesinin ilk paragrafı ise şu şekildedir: *“Bir tahkim anlaşması bağımsız olarak var olmaktadır. Sözleşmede değişiklik yapılması, sözleşmenin kaldırılması, feshedilmesi ya da geçersizliği tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez.”*¹⁵⁶

Bunlara ilaveten Hollanda Medeni Usul Kanunu madde 1053 ve Japonya Tahkim Kanunu madde 13 uyarınca da bağımsızlık prensibi kabul edilmiştir. Kısaca, görülmektedir ki tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesine pek çok ülke hukukunda açıkça yer verilmiştir¹⁵⁷.

B. Türk Hukuku'nda Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı

Diğer pek çok ülke hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da tahkim anlaşması ile asıl sözleşmenin gerek amaçları, gerek fonksiyonları ve gerekse hukuki nitelikleri itibarıyla birbirinden ayrı sözleşmeler oldukları kabul edilmektedir¹⁵⁸. Bu

¹⁵⁶ Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 107.

¹⁵⁷ *Ibid*, s. 106.

¹⁵⁸ Akıncı, **Tahkim**, s. 114-115; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 330-331; Eraslan Özkaya, **Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997, s. 357-358; Akıncı, **Tahkim**, s.70, dn.129; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 233; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 557-558; Selahattin Sami Tekinay/Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1993, s. 178; Özel, s. 7; Haluk Tandoğan, **Borçlar**

prensip Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda açıkça kabul edilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4(4) uyarınca “*tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*”.

Türk MTK m. 4(4) hükmü uyarınca, tahkim anlaşmasına karşı asıl sözleşmenin geçerli olmadığı itirazında bulunulamaz. Benzer şekilde yerel tahkime yönelik bir düzenleme de olsa HMK'nın 412. maddesinin 4. fıkrasında da tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi yerini almıştır¹⁵⁹. Bu yüzden Türk hukukunda gerek yerel gerek ise milletlerarası tahkim açısından asıl sözleşmenin geçerliliği ile tahkim şartının geçerliliğinin, ayrı değerlendirilmesi gereklidir¹⁶⁰. Bu prensip uyarınca, her ne kadar tahkim şartı bir sözleşmenin parçası olsa da, aslında dâhil olduğu sözleşmeden bağımsız ikinci bir sözleşmedir¹⁶¹.

Türk Hukukunda tahkim anlaşmasının bağımsızlığının kanuni düzenlemelerle ortaya konulmasından evvel mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesi söz konusu idi¹⁶². Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 519 bunun en önemli örneğidir. Buna göre ilgili madde uyarınca bir uyuşmazlığın hakemlerce çözümlenip çözümlenemeyeceği konusunda bir ihtilafın varlığı halinde bu değerlendirmenin mahkemeler tarafından çözümleneceği öngörülmüştü. Mahkemeler tahkim şartının geçerliliğine karar verir ise ve hüküm temyiz edilir ise ancak Yargıtay tarafından kararın onanmasından sonra tahkim yargılamasına devam edilebiliyordu¹⁶³. Yani uyuşmazlığın başlangıçtaki taraf iradesine uygun olarak

Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul: Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, 1989, s. 404; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt II, İstanbul: Demir, 2001, s. 1283, Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku**, Özel Borç İlişkileri, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 641-642; Ali Cem Budak, “**Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim Hükümleri**”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi Yıl 2012 Sayı 1, s. 41; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 542-543.

¹⁵⁹ HMK m. 412(4): “*Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*”

¹⁶⁰ Pekcanitez, s.2675; Özel, s.78; Emre Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul: Beta Yayınları, 2008, s.51; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 550.

¹⁶¹ İlhan, s. 12; Akıncı, **Tahkim**, s. 114-115; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 330-331; Özkaya, s. 357-358; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 557-558; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 178; Özel, s. 7; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul: Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, 1989, s. 404; Zevkliler/ Gökyayla, **Borçlar Hukuku**, s. 641-642.

¹⁶² Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 541.

¹⁶³ Ibid, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 541; Şanlı, “**Türkiye’de Tahkim ve ADR**”, s. 171; Robert H. SMIT, “**Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex**

tahkimde çözülebilmesi ancak mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik vereceği nihai karara bağlı idi. Bu da tahkimin tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden olan yargılamanın hızlı ve ucuzluğu amacına aykırı oluyor ve tahkim için elverişsiz bir ortam oluşuyordu. Tahkime yönelik bu olumsuz durumu ortadan kaldırmak amacıyla tahkim anlaşmasının bağımsızlığı kanuni olarak gerek MTK m.4/4 gerekse HMK m.412/4'te kabul edilmek suretiyle düzenlenmiştir.

Akıncı tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin gerek yabancı ülke hukuklarında gerek Türk hukukunda kabul edilmiş bir teori olduğunu ifade etmiştir. Asıl sözleşme ile ilgili geçerlilik iddiaları, yine hakemler tarafından karara bağlanacak ve asıl sözleşmenin geçersizliğinin iddia edilmesi, tahkim şartını kendiliğinden geçersiz ve etkisiz duruma getirmeyecektir. Hakemlerin yapacakları yargılama sonucunda içinde tahkim şartının da bulunduğu asıl sözleşmenin geçersiz olduğuna karar verilmesi durumunda bu hakem kararını da geçersiz duruma getirmeyecektir¹⁶⁴. Benzer şekilde geçersiz olan asıl sözleşmenin ifa edilmesi asıl sözleşmeyi geçerli hale getirebilecek iken, ifa ile geçerli olan sözleşmenin içerisinde düzenlenen geçersiz tahkim şartı geçerli hale gelmeyecektir¹⁶⁵.

Nitekim Dayıncı da tahkim anlaşmasının bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu fakat tahkim şartını içeren ve taraflar arasındaki akdi münasebeti düzenleyen asıl sözleşmenin genelde bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğunu savunarak bu iki sözleşmenin birbirinden bağımsız olduğunu kabul etmektedir. Dayıncı'nın görüşüne göre tahkim şartını içeren asıl sözleşmenin başkasına devri veya taraflardan birinin değişmesi halinde, asıl sözleşme yeni tarafları bağladığı halde, tahkim şartının bağımsızlığı nedeniyle bu tahkim şartının, asıl sözleşmeyle birlikte devredildiği özel olarak yazılmadıkça, sözleşmeye yeni taraf olanları bağladığı düşünülemez¹⁶⁶.

Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come from Nothing?, American Review of International Arbitration, 2002, Vol.13, s. 21-22.

¹⁶⁴ Akıncı, **Tahkim**, s. 114.

¹⁶⁵ **Ibid**, s. 368; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 332; Feyiz Erdoğan, **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s 139; Esen, **Üçüncü Kişilere Teşmil**, s.52; Yarg. 19. HD, 15.11.1995 T., 1995/9108 E., 1995/9685 K.. (Yayınlanmamıştır).

¹⁶⁶ Kemal Dayıncı, **Milletlerarası Tahkim Rehberi**, Dayıncı Yayıncılık, 2014, s. 14.

Esen de taraflar arasındaki maddi hukuk sözleşmesi geçersiz olsa da tahkim anlaşmasının geçerli olabileceğini veya maddi hukuk sözleşmesi geçerli olsa da tahkim anlaşmasının geçersiz olabileceğini kabul etmektedir¹⁶⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 22 Şubat 2012 tarihli kararında “*Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klozları için de geçerlidir. Bu sebeple tahkim klozunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez. Ya da tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez ve onu geçersiz kılmaz*” diyerek tahkim şartının geçerliliğinin asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olmadığını belirtmiştir¹⁶⁸.

Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 11 Ekim 2000 tarihli kararında asıl sözleşmenin geçerli olmasının sözleşmedeki tahkim şartının da geçerli olduğunu göstermeyeceği açıkça belirtilmiştir¹⁶⁹.

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi Yargıtay’ın 22 Nisan 1993 tarihli bir kararında da ifade edilmiştir. Buna göre, “*Tahkim sözleşmesi ile esas sözleşmenin hukuki niteliklerini birbirine karıştırmamak gerekir. Tahkim sözleşmesi usul hukuku sözleşmesi olduğu halde; buna karşın esas sözleşme maddi hukuk akdidir. O nedenle bu her iki sözleşme birbirinden tamamen bağımsızdır. Bu yüzden asıl sözleşmenin geçerli olması, zorunlu olarak o sözleşmedeki tahkim şartının da geçerli olduğunu göstermez. Eş söyleyişle, tahkim şartının yazgısı hukuki bakımdan esas sözleşmenin yazgısına bağlı olmadığı gibi esas sözleşme dahi tahkim şartının yazgısına bağlı değildir. Tahkim şartının esas sözleşmenin içinde olması, sözleşmenin esas sözleşmeden ayrı ve müstakil olma kuralını etkilemez. Bu bakımdan esas sözleşme ile tahkim sözleşmesinin butlanla maluliyeti ayrı ayrı değerlendirmeye ve araştırmaya tabi olacağından kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır (...)*”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Esen, **Üçüncü Kişilere Teşmil**, s. 43.

¹⁶⁸ YHGK, T. 22.2.2012, 2011/11-742 E., 2012/82 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹⁶⁹ YHGK, 11.10.2000 T., 2009/19-1122 E., 2000/1256 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹⁷⁰ Yarg. 13. HD., 22.04.1993 T., 1993/2051 E., 1993/3488 K. (Yayınlanmamıştır).

İlhan, bağımsızlık prensibi ile paralel olarak, TBK m. 27(2)'de de benzer bir sonuç öngörüldüğünü düşünmenin mümkün olabileceğini belirtmektedir¹⁷¹. Buna göre 2011 yılında yürürlüğe giren TBK'nın 27(2) maddesi uyarınca bir sözleşmede yer alan hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur. Dolayısıyla TBK'daki düzenleme de dikkate alındığında tahkim şartının yer aldığı sözleşmede yer alan diğer hükümlerden birinin veya birkaçının geçersiz olması tahkim şartının da geçersizliği sonucunu doğurmayabilecektir. Bunun temeli *pacta sunt servanda* prensibidir. Nitekim bu ilke uyarınca taraflar anlaşmada kararlaştırdıkları hükümlerden doğan yükümlülükleri iyi niyet ilkesi ile yerine getirmek durumundadır. Diğer bir deyişle, sözleşmede uyuşmazlığın hakemler eliyle çözüleceğini kararlaştıran taraflardan sonradan tahkime gitmek istemeyen taraf, asıl sözleşmenin geçersizliğini iddia ederek tahkimden kaçamayacaktır. Bu prensip sayesinde tahkime gitmek istemeyen taraf bunu sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek yapamayacaktır¹⁷². *Pacta sunt servanda* prensibi bağımsızlık prensibi ile korunmaktadır. Bununla beraber İlhan'ın da belirttiği gibi tahkim anlaşması açısından TBK m. 27(2) uyarınca öngörülen istisnanın kabul edilmesi de söz konusu olabilir. Zira sözleşmenin diğer hükümleri olmaksızın tahkim anlaşmasının yapılmayacağı söylenebilir. Böyle bir durumda asıl sözleşme ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin birbirine bağlı olması sonucu ortaya çıkabilir.

C. Milletlerarası Tahkime İlişkin Milletlerarası Anlaşmalar, Kurumsal Tahkim Kuralları ve Model Kanun Açısından Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı

Pek çok ülke hukukunda kabul görmüş olan tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi pek çok uluslararası kurumsal tahkim kurallarında, Model Kanun'da ve milletlerarası tahkime ilişkin milletlerlerarası sözleşmelerde de yer almıştır ve açıkça

¹⁷¹ TBK m. 27: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

¹⁷² İlhan, s. 13; Lew/Mistelis/Kröll, s. 101,102.

kabul edilmiştir¹⁷³. Nitekim Milletlerarası Ticaret Odası (“ICC”) tahkim kuralları madde 6/9 uyarınca:

“Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, hakem kurulu tahkim sözleşmesinin geçerli olduğuna karar vermiş olması kaydıyla, sözleşmenin yokluğuna veya geçersiz olduğuna dair bir iddia hakem kurulunun yetkisini ortadan kaldırmaz. Esas sözleşme yok hükmünde veya geçersiz olsa dahi, hakem kurulunun tarafların ilgili hakları ile iddia ve savunmaları hakkında karar verme hususundaki yetkileri devam eder.”

ICC kuralları uyarınca verilen hakem kararlarında da tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığına vurgu yapılarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir¹⁷⁴. Örneğin, ICC Karar No. 4145’de taraflar arasında yapılan sözleşmenin (tahkim kaydı dâhil olmak üzere) amacının yasa dışı fayda elde etmek olduğu ve ahlaka aykırı şekilde tehdit yolu ile kurulduğu iddia edilmiştir. Hakem heyeti asıl sözleşmenin kamu düzeni yahut hukuka ayırılık sebebiyle geçerliliğinin esasa dayalı bir itiraz olduğunu, tahkim kaydının geçerliliğinin ise asıl anlaşmadan ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁵.

Yine LCIA tahkim kuralları madde 23(1)¹⁷⁶ uyarınca hakem heyetinin tahkim anlaşmasının yokluğu, geçerliliği, kapsamı ve etkisi ile ilgili konuları da kapsayan kendi yetkisi ile ilgili konularda karar vermeye yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bu maddede Model Kanun’un 16. maddesinin 1. paragrafı ile neredeyse tamamen aynı ifadeler kullanılmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi Model Kanunu 16. maddesinde de tahkim klotunun asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği ve hakem heyeti tarafından

¹⁷³ Pekcanitez, s. 2676; Özel, s. 37; Lew/Mistelis/Kröll, s. 106; Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 105; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 550.

¹⁷⁴ 1984 tarihli ICC *German Party v. German Party* ara kararı, Ara Karar No.4472, **111 Journal du Droit International** (1984), s. 946; 1986 tarihli ICC *Petroleum Producer v. Two Companies* kararı, ICC Karar No.4504, **113 Journal du Droit International** (1986), s. 1118.

¹⁷⁵ 1983 tarihli ICC *Establishment of Middle East country X v South Asian construction Company* ara kararı, ICC Ara Karar No.4145, **XII YBCA**, Yıl: 1987, s.99.

¹⁷⁶ LCIA m. 23(1) şu şekildedir: “*The Arbitral Tribunal shall have the power to rule upon its own jurisdiction and authority, including any objection to the initial or continuing existence, validity, effectiveness or scope of the Arbitration Agreement.*”

(http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2023)

esas sözleşmenin geçersizliğine karar verilmesinin hukuken tahkim klozunun da geçersizliği sonucunu doğurmayacağı belirtilerek tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibine açıkça yer verilmiştir¹⁷⁷.

UNCITRAL Tahkim Kurallarının 23(1) maddesi de, hem bağımsızlık prensibinden hem de hakem heyetinin kendi yargı yetkisi hakkında karar verme yetkisinden bahsetmektedir. UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 23(1) şu şekildedir:

“Hakem mahkemesi, tahkim anlaşmasının varlığına veya geçerliliğine ilişkin herhangi bir itiraz dâhil, kendi yargılama yetkisi hakkında kendisi karar verir. Bu amaçla, bir sözleşmenin bir parçasını oluşturan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir anlaşma olarak ele alınır. Hakem mahkemesinin bir sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim şartının kendiliğinden geçersiz olmasını gerektirmez.”

Amerikan Tahkim Birliği'nin (“AAA”) Milletlerarası Tahkim Kurallarının 7. maddesinin 2. paragrafı da Model Kanun'un 16. maddesi ve UNCITRAL Tahkim Kurallarının 23. maddesi ile son derece benzerdir¹⁷⁸. Buna göre bir sözleşmenin parçasını oluşturan tahkim şartının varlığına veya geçerliliğine ilişkin herhangi bir itiraz halinde hakem heyeti tahkim şartını sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir anlaşma olarak ele alır. Ayrıca hakemler bir sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar verse bile bu durum bu sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartını geçersiz kılmaz.

Bununla beraber, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin uluslararası anlaşmalarda da yer aldığı söylenebilir. New York Sözleşmesi'nde bağımsızlık prensibine doğrudan bir referansta bulunulmamıştır¹⁷⁹. Sadece hakkında istemde bulunulan taraf tahkim anlaşmasının, taraflarca tabi kılınan hukuka göre veya böyle bir anlaşma yoksa hakem kararının verildiği ülke hukukuna göre geçerli olmadığını

¹⁷⁷ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 375, 388-392; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 550.

¹⁷⁸ AAA Tahkim Kuralları m.7(b) şu şekildedir: *“The arbitrator shall have the power to determine the existence or validity of a contract of which an arbitration clause forms a part. Such an arbitration clause shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitrator that the contract is null and void shall not for that reason alone render invalid the arbitration clause.”* (<https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial%20Rules.pdf>)

¹⁷⁹ Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 550; Smith, s. 23; van den Ber, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 146.

kanıtlayabilirse hakem kararının tanınmasının ve tenfizinin reddedilebileceği belirtilmiştir (m. V(1)(a)). Dolayısıyla New York Sözleşmesi'nin tahkim anlaşmasının bağımsızlığını zımni olarak kabul ettiği düşünülmektedir¹⁸⁰.

New York Sözleşmesi'nde olduğu gibi, Avrupa Sözleşmesi'nde de tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibine doğrudan atıf yapılmamıştır. Fakat Avrupa Sözleşmesi m. 5(3)'te hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verebileceği düzenlenmiştir¹⁸¹. Kuşkusuz ki yukarıda ifade edildiği gibi tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi hakemlerin kendi yargı yetkileri hakkında karar verebilme yetkisinin ("*kompetenz-kompetenz*") tamamlayıcısıdır¹⁸². Dolayısıyla Avrupa Sözleşmesi'nin de tahkim anlaşmasının bağımsızlığını zımni olarak kabul ettiği düşünülmektedir.

Görüldüğü gibi gerek çeşitli ülke hukuklarında gerekse de tahkime ilişkin diğer düzenlemelerde tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi açıkça kabul edilmiştir. Bu prensibin kabul edilmesinin bazı önemli sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi asıl sözleşmesinin geçerliliği ile tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ayrı değerlendirilmesidir. Tahkim anlaşması ile asıl sözleşmenin geçerliliklerinin birbirinden ayrı değerlendirilecek olması bu çalışmanın konusu açısından oldukça önem arz etmektedir. Nitekim tahkim anlaşması ile asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk da birbirinden farklı olabilecektir¹⁸³. Aşağıda bu durum ve bağımsızlık prensibinin diğer sonuçları detaylıca izah edilecektir.

D. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibinin Sonuçları

Yukarıda ifade edildiği gibi tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi milletlerarası tahkimin temel ilkelerinden biri haline gelmiştir. Tahkim anlaşmasının

¹⁸⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 201, İlhan, s. 15.

¹⁸¹ Avrupa Sözleşmesi, m. V(3) şu şekildedir: "*Subject to any subsequent judicial control provided for under the lex fori, the arbitrator whose jurisdiction is called in question shall be entitled to proceed with the arbitration, to rule on his own jurisdiction and to decide upon the existence or the validity of the arbitration agreement or of the contract of which the agreement forms part.*" (https://www.trans-lex.org/501600/_european-convention-on-international-commercial-arbitration-of-1961-european-commission-for-europe/)

¹⁸² Akıncı, **Tahkim**, s. 164; Pekcanitez, s.2678; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 242, 429; Lew/Mistelis/Kröll, s. 102.

¹⁸³ İlhan, s. 14; Ali Yeşilırmak, **Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 81.

bağımsızlığı prensibinin iki temel sonucu bulunmaktadır. Bunlardan biri tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeyi etkileyen durumlardan etkilenmemesidir. Kural olarak, içinde yer aldığı sözleşmenin var olmaması, geçersizliği, hukuka aykırılığı veya sona erdirilmesinden bağımsız olarak tahkim anlaşması geçerli olacaktır. Keza aynı şekilde asıl sözleşme de tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkileyen durumlardan etkilenmeyecektir¹⁸⁴.

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin bir diğer sonucu ise tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden farklı bir hukuka tabi olabilmesidir. Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin tahkim anlaşmasına ve asıl sözleşmeye farklı hukukların uygulanmasına imkân verir şekilde anlaşılması gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁵. Nitekim Born'a göre de tahkim anlaşmasına yer aldığı sözleşmeden farklı bir ulusal hukuk veya temel hukuk kurallarının uygulanabilmesi tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin doğal bir sonucudur¹⁸⁶. Aşağıda bu sonuçlar izah edilecektir.

I. Tahkim Anlaşması ve Asıl Sözleşmesinin Kaderinin Birbirinden Bağımsız Olması

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin en doğrudan sonucu esas sözleşmedeki hukuka aykırılık (örneğin sözleşmenin kuruluşundaki iradeyi sakatlayan haller), sözleşmenin feshi, ifası veya sona erme sebeplerinin tahkim anlaşmasını geçersiz kılmaması ve tahkim heyetinin yetkisini bertaraf edememesidir¹⁸⁷. Aksi halde bu durum, başlangıçta tahkim konusunda iradesini ileri süren fakat sonradan kendisine karşı başlatılan tahkim yargılamasını istemeyen taraf lehine bir durum yaratacaktır. Nitekim tahkim anlaşmasının da asıl sözleşmenin akıbetine tabi olduğunun kabul edildiği dönemlerde, taraflar arasında asıl sözleşmenin geçerliliğinin ihtilafı olması durumunda, davasının tahkimde çözülmesini isteyen taraf, devlet mahkemesine başvurarak tahkim şartının

¹⁸⁴ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 464, 475.

¹⁸⁵ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 198, 199; İlhan, s. 14.

¹⁸⁶ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 475.

¹⁸⁷ Özel, s. 35; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 241; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 210; Lew/Mistelis/Kröll, s. 102; Akıncı, **Tahkim**, s. 294; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 541; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 254, 326; Kalpsüz, **Tahkimin Genel Esasları**, s. 362.

geçerliliğine ilişkin bir tespit davası açmak durumunda kalıyordu¹⁸⁸. Bu durum zaman kaybına ve uyuşmazlıkların çözümünde maliyetlerin artmasına neden oluyordu. Bu da hem taraflar açısından yıpratıcı oluyor hem de tahkim yargılaması için olumsuzluk teşkil ediyordu. Tahkim anlaşmasına olumsuzluk teşkil eden hususların ortadan kaldırılabilmesi adına bağımsızlık prensibine ihtiyaç duyulmuştur. Söz konusu prensip devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesinin önünü kapatmıştır¹⁸⁹. Özetle, bağımsızlık prensibi hakemlere yetkilerini sağlayan tahkim şartının geçerliliğinin sorgulanma riski olmadan asıl sözleşmeyi geçersiz kılma imkânı vermektedir¹⁹⁰.

Bir sözleşmeden doğan edimlerin kısmen veya tamamen ifa edilmesinin ardından, bu sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılır. Bu durum çelişkili davranış yasağı olarak da adlandırılmaktadır¹⁹¹. Fakat tahkim şartının bağımsızlığı prensibi uyarınca, geçersiz bir sözleşmenin ifa edilmiş olması tahkim şartının geçerli sayılması sonucunu doğurmaz¹⁹². Diğer bir ifadeyle, ifa geçersiz bir sözleşmeyi geçerli hale getirecek iken, bu sözleşmenin içinde yer alan geçersiz bir tahkim anlaşmasını geçerli hale getirmez. Türk yargı kararları sözleşmenin ifa edilmesinin tahkim anlaşmasını geçerli hale getireceğini kabul etmemektedir¹⁹³. Başka bir deyiş ile sözleşme geçerli olsa dahi, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar geçerli bir tahkim şartı olmadıkça tahkimde değil mahkemede çözümlenecektir.

Yine benzer şekilde, sözleşmenin sona ermesi veya feshedilmesi tahkim anlaşmasının da sona ermesine yol açmaz ve başta asıl sözleşmenin geçersizliği

¹⁸⁸ Yarg. 11. HD., 26.05.1999 T., 1998/9679 E., 1999/4500 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Ancak 2001 yılında Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girdikten sonra verilen başka bir kararda, mahkemelerin tahkim davasını değerlendirmeye yetkileri olmadığı ve bu yüzden menfi tespit davasına konu edilemeyeceği ortaya konmuştur. Bkz. Yarg. 15. HD., 27.06.2007 T., E. 2007/2145, K., 2007/4389 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Emre Esen, “**Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi**”, Galatasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Atâ SAKMAR’a Armağan, s. 376, 379.

¹⁸⁹ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 241; Akıncı, **Tahkim**, s. 115; Turgut Kalpsüz, “**İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim**”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum Bildiriler Tartışmalar, 11 Nisan 1997.

¹⁹⁰ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 326.

¹⁹¹ Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 266-267; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 709, Poudret/Besson, s. 239.

¹⁹² Erdoğan, s. 139 Akıncı, **Tahkim**, s. 368; Esen, **Üçüncü Kişilere Teşmil**, s. 52.

¹⁹³ Yarg. 19. HD., 15.11.1995 T., 1995/9108 E., 1995/9685 K.; YHGK Kararı, 22.02.2012 T., 2011/11-742 E., 2012/82 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

olmak üzere, doğması muhtemel uyuşmazlıklar için tahkim anlaşması geçerli olmaya devam eder¹⁹⁴. Fakat bağımsızlık prensibi iki sözleşmenin tamamen birbirinden bağımsız olması sonucunu doğurmamaktadır zira taraflar arasındaki hukuki ilişki veya bu ilişkiden doğan herhangi bir hukuki hakkın devredilmesi durumunda, taraflarca aksi belirtilmedikçe tahkim anlaşması da devredilmiş sayılır¹⁹⁵.

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı prensibi gereğince bir tarafın asıl sözleşmeyi feshetmesi halinde, bu tahkim anlaşmasının da feshedildiği anlamına gelmeyecektir¹⁹⁶. Bazı hallerde taraflardan biri asıl sözleşmenin sona ermesinden ya da feshedilmesinden sonra tahkim yargılaması başlatabilir. Uygulamada bu çok sık karşılaşılan bir durumdur. Nitekim büyük inşaat sözleşmelerinde işveren müteahhite ait yüksek meblağdaki avans ve kati teminat mektuplarını inşaat bitene kadar yani risk devam ettiği sürece elinde tutma hakkına sahiptir ve müteahhit bunların nakde çevrilmesi ile karşı karşıya olabilir. Böyle bir durumda müteahhit alacakları için tahkime gitmek için teminat mektubunu garantiye almayı, işin bitirilmesi yani sözleşmenin sonlandırılmasını tercih edebilir. Pek çok ülke hukukunda, taleplerin anlaşma süresindeki koşul ve olaylardan kaynaklanması şartıyla asıl sözleşme feshedildikten sonra da tahkimde ileri sürülmesinde bir engel bulunmamaktadır.

Tahkim şartının asıl sözleşmenin geçersizliğinden etkilenmemesi gibi asıl sözleşme de tahkim şartının geçersizliğinden etkilenmeyecektir. Tahkim anlaşmasının geçersiz olması; tahkim anlaşmasının esaslı unsurlarının eksik olması, geçerli şekil şartlarına uymaması - ki bu iki husus New York Sözleşmesi madde II(3) uyarınca “dar anlamıyla geçersizlik” halleri olarak değerlendirilmemektedir-, tarafların tahkim anlaşması akdetmeye ehil olmaması, irade sakatlıkları, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından belirlenen başkaca geçersizlik hallerinin bulunması hallerinde söz konusu olur¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Esen, **Üçüncü Kişilere Teşmil**, s. 45.

¹⁹⁵ Özel, s.36; Abdulla, s. 29.

¹⁹⁶ Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1041.

¹⁹⁷ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 546; van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 155; Akıncı, **Tahkim**, s. 114 ve s. 363-369, Dayındarlı, **İç Tahkim**, s. 233; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2027, 2032; Özel, s.79.

Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin asıl sözleşmeyi de geçersiz hale getirmeyeceği duruma örnek olarak yetkisiz kişi tarafından imzalanmış tahkim anlaşması verilebilir. Bu durumda tahkim anlaşması imzalamaya yetkili kişiler/vekilleri/şirket temsilcileri tarafından imzalanmamış tahkim anlaşması geçersiz olacak fakat buna rağmen tahkim şartını ihtiva eden asıl sözleşme geçerliliğini koruyabilecektir¹⁹⁸. Bazı ülke hukuklarında temsilciye sözleşmenin kurulması için verilen genel temsil yetkisinin tahkim anlaşması yapmak için yeterli olmadığı kabul edilir¹⁹⁹. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu madde 504 uyarınca vekilin, özel olarak yetkili kılınmadıkça hakeme başvuramayacağı düzenlendiğinden Türk hukukunda özel yetki verilmemiş vekilin imzaladığı sözleşme geçerli olabilecek iken aynı sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartı geçerli olmayacaktır²⁰⁰. Tahkim anlaşması yapmak için Türk hukukunda aranan özel yetki kuralı ve bu husustaki Yargıtay uygulamasına ikinci bölümde detaylıca değinilecektir²⁰¹.

Her ne kadar bağımsızlık prensibi uyarınca tahkim anlaşması ve asıl sözleşme birbirinden bağımsız kabul edilse de bazı durumlarda tahkim anlaşmasının akibetinin asıl sözleşmenin akibetine bağlı kabul eden görüşler de vardır. Buna göre esas sözleşmenin butlanına yol açan sebepler tahkim anlaşmasının da butlanına sebep olacağı kabul edilir²⁰². Örneğin asıl sözleşmeyi imzalayan kişinin ehliyetsiz olması ya da irade beyanının kusurlu olması durumda yani sözleşmeye rızasının olmaması veyahut ikrah sebebiyle rızanın sakatlanması halinde bu kişinin imzaladığı sözleşme içinde yer alan tahkim şartı ile beraber geçersiz kabul edilecektir²⁰³. Nitekim tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin sözleşmenin varlığına ilişkin bir tartışma olması durumunda uygulanamayacağı yönünde pek çok yargı kararı bulunmaktadır.

¹⁹⁸ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 326; van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 155.

¹⁹⁹ İspanya Medeni Kanunu m. 1713 ve Avusturya Medeni Kanunu m. 1008 uyarınca tahkim anlaşması için özel yetki aranmıştır..

²⁰⁰ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 504: “*Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir.*

Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar.

Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.”

²⁰¹ Bkz. İkinci Bölüm, §1.

²⁰² Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 545; Özel, s. 36-37; Kalpsüz, **Tahkimin Genel Esasları**, s. 362.

²⁰³ Özel, s. 36; Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 106-107; Abdulla, s. 29; Kalpsüz, **Tahkimin Genel Esasları**, s. 362; Nuray Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim**, İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s.106; Budak, s. 42.

*Pollux Marine Agencies*²⁰⁴, *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp. Ltd ve Premium Nafta Products Limited and others v. Fili Shipping Company Limited and others*²⁰⁵ davalarında bağımsızlık prensibinin sözleşmenin yokluğu durumlarında uygulama alanı bulamayacağını belirtmiştir.²⁰⁶ Benzer şekilde *Sojuzfteexpoert v. Joc Oil Ltd (1990)* kararında Bermuda Temyiz Mahkemesi önünde görülen uyuşmazlıkta hakem kararının tenfizine karşı çıkan taraf Rus hukukuna göre ticari işlemler için içinde tahkim şartı olan sözleşmenin en az iki temsilci tarafından imzalanmış olmasının gerektiğini fakat bu imzanın eksik olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bu iddiayı kabul ederek sözleşmenin geçersizliğine karar vermiş fakat tahkim anlaşmasının Rus hukukuna göre asıl sözleşmeden bağımsız olduğunu ve iki imza şartının tahkim anlaşması için gerekli olmadığını belirterek iddiaları reddetmiştir. Bununla beraber Bermuda Temyiz mahkemesi tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin sınırını da çizmiştir. Buna göre mahkeme asıl sözleşmenin yokluğu halinde, tahkim anlaşmasının da yok hükmünde olacağını belirtmiştir²⁰⁷. Bununla beraber, asıl sözleşmenin yok hükmünde olması durumunda dahi hakem heyetinin yetkili olduğu yönünde kararlar da bulunmaktadır. Örneğin, *Omenex v. Hugon* davasında tahkim şartının geçerliliğinin hiçbir şekilde asıl sözleşmenin yokluğuna ve bundan hareketle geçersizliğine bağlı olmadığı belirtilmiştir²⁰⁸. Kanaatimizce tahkim anlaşması asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşmedir ve bu nedenle asıl sözleşmenin yokluğu halinde dahi tahkim anlaşması otomatik olarak geçersiz olmayacaktır. Bu durumda tahkim anlaşmasının geçersizliği veya yokluğu da bağımsız bir incelemeye tabi tutulmalıdır.

II. Hakemin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Verebilmesi

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmeleri anlamına gelen *kompetenz-kompetenz* prensibinin de tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin

²⁰⁴ ABD Güney New York Bölgesi Yerel Mahkemesinin 13 Temmuz 1978 tarihli *Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus Corp.* kararı, 455 F. Supp. 211.

²⁰⁵ Lordlar Kamarasının (House of Lords) 17 Ekim 2007 tarihli *Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others (Respondents) v. Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others (Appellants)* kararı.

²⁰⁶ Lordlar Kamarasının (House of Lords) 1981 tarihli *Bremer Vulkan Schiffbauund Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp Ltd.* kararı.

²⁰⁷ Bermuda Yüksek Mahkemesinin 7 Temmuz 1989 tarihli *Sojuzfteexpoert v. Joc Oil Ltd* kararı, **XV YBCA**, Yıl: 1990, s.384-435; Lew/Mistelis/Kröll, s.103-104.

²⁰⁸ Fransız Temyiz Mahkemesinin 25 Ekim 2005 tarihli *Soci  t   Omenex v. Hugon* kararı, **Rev. Arb.**, Yul: 2006, s. 103, 105.

bir sonucu olduğu genel olarak kabul gören bir görüştür. Bu iki ilke birbirlerini tamamlayıcı fonksiyona sahiptir²⁰⁹. Bu ilkeler, ortaya çıkacak uyuşmazlıkların tahkimde çözüleceğine dair oluşan ortak iradenin varlığına rağmen taraflardan birinin sonradan tek taraflı olarak bundan vazgeçmesi ve asıl sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi durumunda tahkim yargılamasının durdurulmasını veya ertelenmesini önlr. Dolayısıyla bu iki ilke hakemin yetkisinin güvencesidir²¹⁰.

Bunun temeli olarak UNCITRAL Model Kanun'un 16. maddesinin ilk fıkrasında yer alan *“hakem heyeti, tahkim anlaşmasının varlığı veya geçerliliğine ilişkin ileri sürülen itirazlar da dâhil, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu nedenle, sözleşmenin bir parçasını oluşturan tahkim şartı sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir”* hükmü ileri sürülmektedir. Çünkü söz konusu madde, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesinin tahkim anlaşmasının bağımsızlığından kaynaklandığını ifade etmektedir. Ayrıca bu iki prensip arasındaki ilişki, tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşme geçersiz olsa da hakem heyetinin yetkisinin halen devam edebilmesi haliyle de açıklanmaktadır²¹¹. Ayrıca çoğu ulusal tahkim mevzuatı ve uluslararası tahkim kuralları bağımsızlık prensibi ile hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisini birbirine bağlamaktadır. Örneğin LCIA Kuralları m.23(1)-(2) ve UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 23(1) uyarınca hakemlerin kendi yargı yetkilerinde karar verebilme hakkı ve tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ile birlikte düzenlenmektedir²¹². *Kompetenz-kompetenz* prensibine ikinci bölümde tahkim anlaşmasının esasına uygulayanacak hukukun tespitinde mahkemelerin yapacağı incelemenin anlatıldığı kısımda daha detaylıca yer verilecektir²¹³.

²⁰⁹ İlhan, s. 17; Akıncı, **Tahkim**, s. 164; Pekcanitez, s. 2678; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 242; Lew/Mistelis/Kröll, s. 102; Girsberger/Voser, s. 136; Özel, s. 54; Chuckwumerije, s. 54; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 545.

²¹⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 102, 332, 334; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014, s. 701; Yeşilirmak, s. 81; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 545.

²¹¹ Girsberger/Voser, s. 137.

²¹² Lew/Mistelis/Kröll, s.102.

²¹³ *Bkz.* İkinci Bölüm, §2, B, I, 1.

III. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk ile Asıl Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Farklı Olabilmesi

Uygulamada taraflar nadiren tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlerler²¹⁴. Böyle bir durumda taraflar arasındaki asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır²¹⁵. Bu konuda doktrinde ve mahkeme kararlarında farklı yaklaşımlar görülmektedir. Bir grup, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun aksi öngörülmedikçe tahkim anlaşmasına da uygulanmasını öngörür²¹⁶. Bunun temelinde tahkim anlaşmasının taraflarca –seçilmemiş- bir hukuka tabi tutulmasındansa, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukuka tabi olması düşüncesi yer almaktadır. Kaldı ki, tarafların asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmasını da murat ettikleri güçlü bir karine olarak kabul edilir²¹⁷. Bu karine pek çok mahkeme ve hakem kararında kabul görmüştür. Örneğin ICC Karar No. 2626 uyarınca hakem heyeti “*taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçilmemiş olması durumunda, genelde esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanacağına kabul edildiği*”ni ifade etmiştir.²¹⁸

Yine ICC Karar No. 6379 uyarınca asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmiş İtalyan hukukunun, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilmiş ayrı bir hukuk olmamasından dolayı, tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanacağına hükmedilmiştir²¹⁹.

Bu yaklaşım tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibine ters olmakla beraber, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka yönelik sözleşmede açıkça bir hüküm bulunmaması durumunda asıl sözleşmeye uygulanmak üzere yapılan hukuk

²¹⁴ Özel, s. 31; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 331; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2027; Girsberger/Voser, s. 88.

²¹⁵Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2027; Işık, s.83; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 262; Özel s.80; Lew/Mistelis/Kröll, s. 107; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 223; Lordlar Kamarasının 24 Ocak 2007 tarihli *Fiona Trust&Holding Corp. V. Privalov* kararı, [2007] UKHL 40.

²¹⁶ Lew/Mistelis/Kröll, s. 143.

²¹⁷ Lew, s. 143; İlhan s. 84-85.

²¹⁸ 1977 tarihli ICC *German Company v. Italian Company* kararı, ICC Karar No.2626, **105 Journal du Droit International**, Yıl: 1978, s. 980 vd.; Sigvard Jarvin/Yves Derains, **Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985**, Cilt I, Hollanda: Kluwer Law International, 1990, s. 316.

²¹⁹ 1990 tarihli ICC *Principal v Distributor* kararı, ICC Karar No.6379, **XVII YBCA**, Yıl: 1992, s. 215.

seçiminin zımnen tahkim anlaşması açısından da yapılmış olacağı kabul edildiği görülmektedir²²⁰. Fakat kanaatimizce asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun zımnen taraflarca tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere seçildiği varsayımı her zaman doğru olmayabilir. Taraflar sözleşmenin belli kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını isteyebilirler böyle bir durumda bu hukuk seçiminin kanaatimizce taraflarca açıkça yapılmış olmasının aranması esas olmalıdır. Esas olan tarafların elde edecekleri menfaattir ve menfaatleri gereğince tahkim anlaşmasına uygulanmasını istedikleri hukuku yine en iyi taraflar seçebilecektir.

Doktrinde ifade edilen bir diğer görüşe göre ise, tahkim anlaşması asıl sözleşmeden bağımsız olduğu için tahkim anlaşmasına ve asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk birbirinden farklı olabilir²²¹.

Bu husus, pek çok ICC kararında da açıkça ifade edilmiştir²²². Örneğin, ICC Karar No. 4145’de taraflar arasında yapılan sözleşmenin (tahkim kaydı dâhil olmak üzere) amacının yasa dışı fayda elde etmek olduğu ve ahlaka aykırı şekilde tehdit yolu ile kurulduğu iddia edilmiştir. Hakem heyeti ise asıl sözleşmenin geçerliliğinin esasa dayalı bir itiraz olduğunu fakat tahkim kaydının geçerliliğinin asıl anlaşmadan ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir²²³.

Görüldüğü gibi tahkim anlaşmasına ve asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk ayrı ayrı tespit edilmelidir. Nitekim bu iki sözleşmenin hukuki nitelikleri de birbirinden farklıdır²²⁴. Taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin bir hukuk seçiminin yapılmadığı durumda, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tespit ederken tahkim anlaşmasının hukuki nitelik bakımından vasıflandırılması önem arz edecektir.

²²⁰ Lew, s.143; Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 158.

²²¹ Pekcanitez, s. 2677; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 242; van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 293; Özel, s. 79-80; Hatice Özdemir, Kocasakal, “**Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk**”, Milletlerarası Tahkim Semineri, 27 Aralık 2014, s. 38; Born, *International Commercial Arbitration*, s. 464; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 542; Smit, s. 21.

²²² 1984 tarihli ICC *German Party v. German Party* ara kararı, Ara Karar No.4472, **111 Journal du Droit International** (1984), s. 946; 1986 tarihli ICC *Petroleum Producer v. Two Companies* kararı, ICC Karar No.4504, **113 Journal du Droit International** (1986), s. 1118.

²²³ 1983 tarihli ICC *Establishment of Middle East country X v South Asian construction Company* ara kararı, ICC Ara Karar No.4145, **XII YBCA**, Yıl: 1987, s.99.

²²⁴ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 558; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 331; Alangoya, s. 80 vd.; Özel, s.84; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 223; Lew/Mistelis/Kröll, s.107.

Yukarıda detaylıca incelendiği üzere, birbirinden bağımsız kabul edilen asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının hukuki niteliklerinin de farklı kabul edilmesi uygulanacak hukukun da birbirinden farklı olması sonucunu doğurmuştur²²⁵. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde tahkim anlaşmasının hukuki nitelendirilmesi önem arz etmektedir.

Tahkim anlaşmasının hukuki olarak vasıflandırılması tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde farklı bağlama noktalarını beraberinde getirecektir. Örneğin, tahkim anlaşmasının bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu savunan görüş uyarınca tahkim yargılaması tahkim yerinin etkisi altındadır²²⁶. Buna göre tahkim yeri hukuku tahkimi yönetsel ve yetkisel olarak kontrol edeceğinden, tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili bir meselede hakemler tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku tespit etmek için tahkim yeri hukuku kurallarını uygulamak zorundadır. Tahkim anlaşması ile en yakın ilişkili hukukun tahkim yeri hukuku olduğu ileri sürülür²²⁷. Dolayısıyla buna uyulmayan her durumda tahkim kararı iptal edilebilecektir²²⁸. Bu nedenle usul hukuku sözleşmesi görüşü tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku olduğu görüşüne daha yakındır. Bu konu ikinci bölümde detaylıca incelenecektir²²⁹.

1961 Tarihli Avrupa Sözleşmesi madde 6(b) uyarınca bir hukuk seçimi olmadığı takdirde, tahkim yeri hukuku tahkim anlaşmasına uygulanması gereken hukuk olarak kabul edilmiştir. Benzer şekilde New York Sözleşmesi madde V(1) uyarınca da tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna uygun olması aranmıştır. Bu noktada belirtmek gerekir ki Işık, Avrupa Sözleşmesi ve New York Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemenin esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmiş olmasına rağmen tahkim anlaşmasını tahkim yeri hukukuna tabi kılmayı amaçladığına yönelik somut verilerin mevcut olmadığını belirtmektedir²³⁰.

²²⁵ *Bkz.* Birinci Bölüm, §3 ve §4.

²²⁶ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 558; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 331; Alangoya, s. 80 vd.

²²⁷ Özel, s. 84; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 223; Lew/Mistelis/Kröll, s. 107.

²²⁸ Özel, s. 32.

²²⁹ *Bkz.* İkinci Bölüm, §2, A, II,1 ve §2, B, IV, 1(b).

²³⁰ Işık, s. 96.

Diğer yandan tahkime devlet müdahalesi olmaması gerektiğini ve tahkim anlaşmasının taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme olduğunu savunan maddi hukuk sözleşmesi görüşüne göre tahkim yeri hukuku otomatik olarak uygulama alanı bulmayacaktır²³¹.

Özetle, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı prensibinin bir sonucu olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklıdır. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde yukarıda değinildiği gibi tahkim anlaşmasının hukuki niteliği ve fonksiyonu önem arz eder. Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği konusundaki görüşler uygulanacak hukuk üzerinde söz sahibidir.

Çalışmanın ikinci bölümünde tahkim anlaşmasının geçerlilik şartları üzerinde durulacak ve tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği meselesine değinilecektir. Konu bu şekilde sınırlandırıldıktan sonra ise tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk özelinde görüş ve uygulamalar ortaya konacaktır.

²³¹ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 558.

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASININ ESASTAN GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK

Ş1. TAHKİM ANLAŞMASININ ESAS BAKIMINDAN GEÇERLİLİĞİ MESELESİ

Tahkim anlaşmasının geçerliliği kavramı oldukça geniş bir kavramdır. Tahkim anlaşmasının geçerliliği denildiğinde sözleşmenin şekli geçerliliği (*formal validity*), esastan geçerliliği (*essential veya substantive validity*) diğer bir ifadeyle tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği ve tarafların ehliyeti (*capacity*) anlaşılmaktadır²³². Bu üç kavram çoğu zaman iç içe geçmiştir. Fakat bu üçüne uygulanacak hukuk birbirinden farklı olabilir²³³. Bunun temel sebebi ulusal kanunlarda ve tahkime ilişkin düzenlemelerde şekil, ehliyet ve esastan geçerlilik hallerine yönelik farklı hükümlerin yer almasıdır. Peki, bu üç kavramın tam olarak kapsamı nedir?

Tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili en önemli sorunlardan biri tahkim anlaşmasının şekli meselesidir. Tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğinden ne anlaşılması gerektiği çok sayıda ülkenin tahkim ilişkin kanunlarında, milletlerarası tahkime ilişkin milletlerarası anlaşmalarda, Model Kanun'da ve kurumsal tahkim kurallarında düzenlenmektedir. Buna göre tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği açısından yazılılık ya da yazıyla kanıtlanabilme şartının hâkim ilke olduğu görülür (MTK m. 4/II; Almanya HMK m. 1031; İsviçre MÖHUK m. 178/I; New York

²³² Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 319, 325; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 243-245; Akıncı, **Tahkim**, s. 115; van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 289; Cemal Şanlı, “21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku”, Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 1990, s. 3-12; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 625; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 306; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.19; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 267; Lew/Mistelis/Kröll, s. 130; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 637; Lew, s. 118.

²³³ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 19; Işık, s. 127; Akıncı, **Tahkim**, s. 292; İlhan, s. 30; Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 80.; van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 287-289; Lew, s.123.

Sözleşmesi m. II(1), Model Kanun m. 7(2))²³⁴. Bunun yanı sıra bazı ülke hukuklarında sözlü olarak yapılan tahkim anlaşmaları da geçerli kabul edilmiştir²³⁵. Hakemlerin temel amacı icra edilebilir bir karar vermektir. Bu da hakemlerin yargılamanın ilk aşamasında tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğini incelemesi gerekliliğini doğurmaktadır. Genel olarak, yazılı yapılmış bir tahkim anlaşmasının varlığı, tahkim anlaşmasının *prima facie* (ilk bakışta, görünüşte) geçerli olduğuna işaret eder.

Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması Model Kanun'u esas alan ve New York Sözleşmesi'ne taraf olan ülke hukuklarında tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği konusundaki temel ilkedir. New York Sözleşmesi madde II "yazılılık" açısından iki temel kriter belirlemiştir. Buna göre; "“Yazılı anlaşma” terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır.” Dolayısıyla New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulduğu uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği bakımından maddi bir düzenleme olduğundan doğrudan New York Sözleşmesi'nde yer alan hükme başvurulacak, bu konuda uygulanacak hukuk ayırımına gidilmeyecektir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak hukuk bakımından kanunlar ihtilafi problemi ile karşılaşılmeden şekli geçerlilik doğrudan New York Sözleşmesi'ne göre belirlenecektir. Pek çok ülke hukukunda, tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesi tartışıldığında New York Sözleşmesi hükümleri iç hukuktaki hükümlerden önce uygulama alanı bulduğundan veya pek çok ülke kendi kanunlarında Model Kanunu esas aldığından, uygulamada tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak hukuk konusunda çok fazla tartışma yaşanmamaktadır²³⁶.

Kısacası, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği denildiğinde genel olarak anlaşmanın yazılı bir şekilde yapılması veya varlığının yazılı olarak ispat edilebilmesi anlaşılmaktadır. Özellikle pek çok ülkenin taraf olduğu milletlerarası

²³⁴ Akıncı, **Tahkim**, s. 117; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 247; Özel, s.62; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 320; Lew/Mistelis/Kröll, s. 267.

²³⁵ Fransız hukukunda sözlü akdedilen tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilebilmektedir. Bunun yanı sıra İngiliz hukukunda da *common law* yönünden hala sözlü tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmekte fakat 1996 İngiliz Tahkim Kanunu kapsamında bu sözleşmelere geçerlilik tanınmamaktadır. Bkz. Lew /Mistelis/Kröll, s. 131; Fourchard/Gaillard/Goldman, s. 370-371.

²³⁶ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 320; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 307

tahkime ilişkin milletlerarası anlaşmalarda ve Model Kanun'da şekil meselesinin açıkça düzenlenmesi bu konudaki tartışmaları azaltmıştır.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğinde önemli bir diğer konu, tarafların ehliyeti meselesidir. Geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetini haiz olması gerekir. Yani kanunun aradığı yaşta olmak ve kısıtlı olmamak gibi²³⁷. Doktrinde bazı görüşler tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinin ehliyet meselesini de kapsadığını savunmakta iken bizim de kabul ettiğimiz görüş uyarınca ehliyet meselesi şekli ve maddi geçerlilik ile bağlantılı fakat ondan ayrı değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Nitekim tahkime ilişkin düzenlemelerde ehliyet, şekli geçerlilik ve esas bakımından geçerlilik meselelerinden ayrı düzenlenmiştir²³⁸.

Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması durumunda hakem kararı iptal edilebilecektir²³⁹. New York Sözleşmesi m. V(1)(b)²⁴⁰ uyarınca taraf ehliyeti, tarafların “*haklarında tabiki gereken kanuna göre*” belirlenecektir ve bu hukuka göre ehliyetsiz olan kişi tarafından yapılan tahkim anlaşmasına dayanarak verilen hakem kararlarının tenfizi reddedilebilecektir²⁴¹. Bununla beraber, New York Sözleşmesi'nde “*haklarında tabiki gereken kanun*” denildiğinde ne anlaşılması gerektiği tanımlanmamıştır. Bu nedenle, tenfiz mahkemesi kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre ehliyete uygulanacak hukuku tespit edecektir. Avrupa Sözleşmesi m. VI'da da New York Sözleşmesi ile aynı düzenleme yer almaktadır. Model Kanunu'nun 34(2)(a)(i) maddesinde ise ehliyetsiz kişi tarafından yapılan tahkim anlaşmasına dayanarak verilen hakem kararının iptal sebebi olduğundan bahsedilmiş fakat New York Sözleşmesi'nden ve Avrupa Sözleşmesi'nden farklı olarak ehliyete uygulanacak hukuka yönelik herhangi bir kural getirilmemiştir. Bu durumda uygulanacak hukuk iptal davası aşamasında mahkemenin *lex fori*'si uyarınca kendi

²³⁷ Işık, s.107; Akıncı, **Tahkim**, s. 371.

²³⁸ Lew/Mistelis/Kröll, s. 129-130; Lew, s. 119; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 267; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 19.

²³⁹ Akıncı, **Tahkim**, s. 289.

²⁴⁰ New York Sözleşmesi m. V(1)(a): “*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:*

(a) *The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or (...)*”.

²⁴¹ Akıncı, **Tahkim**, s. 371; Özel, s. 75.

kanunlar ihtilafı kurallarına göre, hakem önünde ise hakemlerin kural olarak bağlı oldukları *lex fori*'leri olmadığı için genellikle tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir²⁴². Zira hakemlerin tahkimin tabi olduğu hukuk ile yani *lex arbitri* ile bağlı oldukları kabul edilir. *Lex arbitri* kavramının çoğunlukla tahkim yerini işaret ettiği kabul edilmektedir²⁴³. Tahkimin tabi olduğu hukuk ile tahkim prosedürünün tabi olduğu hukuk birbirinden farklı olabilir. Tarafların tahkimin usulüne uygulanmak üzere diledikleri hukuku seçebilecekleri kabul edilir. MTK m. 8 uyarınca tarafların hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını serbestçe kararlaştırabileceği belirtildikten sonra MTK'nın emredici hükümleri saklı tutulmuştur²⁴⁴. Buna göre tahkim yerinin Türkiye olduğu milletlerarası bir tahkim davasında tarafların tahkim prosedürüne ICC kurallarının uygulanmasını kararlaştırması durumunda ICC kurallarında yer alan hükümler ile beraber MTK'nın emredici hükümlerinin de hakemlerce uygulanması gerekmektedir. Aksi halde kararın New York Sözleşmesi m. V(1)(d) uyarınca tenfiz reddedilebileceği gibi, hakem kararının ileride iptali de söz konusu olabilecektir²⁴⁵. Nitekim her ne kadar hakemlerin uymak zorunda oldukları bir *lex fori* olmasa da, hakemlerin en birincil görevi geçerli, ileride iptal edilmeyecek veya tenfizi reddedilmeyecek bir karar vermektedir. Buna göre, ülkelerin kanunlar ihtilafı kurallarında tahkim anlaşması yapma ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda genellikle varılacak sonuç gerçek kişilerde kişinin milli hukuku, tüzel kişilerde ise şirketin şirket ana sözleşmesinde yer alan idare merkezi veyahut fiili idare merkezi hukukudur²⁴⁶.

Türk hukukunda da, MTK m. 15(1)(a) uyarınca tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması iptal sebebidir. Bununla beraber, Model Kanun ile paralel olarak MTK'da da ehliyete uygulanacak hukuka yönelik bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle MTK'nın uygulama alanına giren bir uyuşmazlıkta iptal mahkemesi veyahut New York Sözleşmesi kapsamında Türkiye'de açılan

²⁴² Özel, s. 68.

²⁴³ Ibid, s. 59; Akıncı, **Tahkim**, s. 167.

²⁴⁴ MTK m. 8(a) şu şekildedir: “Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını bu Kanun hükümlerine göre yürütür.”

²⁴⁵ Akıncı, **Tahkim**, s. 167.

²⁴⁶ Işık, s. 254; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 321; Lew, s. 120; Born, **International Commercial Arbitration**, s.722; Abdulla, s. 24.

tanıma/tenfiz davalarında tanıma/tenfiz mahkemesi ehliyetine uygulanan hukuku belirlerken Türk kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alarak gerçek kişilerde MÖHUK m. 9(1)²⁴⁷ uyarınca kişilerin hak ve fiil ehliyetine kişinin milli hukuku uygulayacaktır²⁴⁸. Bununla beraber tüzel kişilerde ise MÖHUK m. 9(4) uyarınca tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabi kılınmıştır. Dolayısıyla tüzel kişiler bakımından ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir²⁴⁹. Bu nedenle özellikle New York Sözleşmesi'ne taraf ülkeler bakımından tahkim anlaşması yapma ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda genellikle varılacak sonuç gerçek kişilerde kişinin milli hukuku, tüzel kişilerde ise şirketin şirket ana sözleşmesinde yer alan idare merkezi hukuki veyahut fiili idare merkezi hukukudur²⁵⁰.

Tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesinde önemli bir başka husus ise temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşmalarının geçerliliğidir. Temsil bir hukuki işlemin bir başkasının nam ve hesabına yapılması ve yapılan bu işlemin sonuçlarının adına işlem yapılanı bağlaması olarak tanımlanabilir. Temsil yetkisi kanundan doğabileceği gibi (kanuni temsil) yapılan bir hukuki işlemde de kaynaklanabilir (iradi temsil). Velayet, vesayet, kayyumluk ile tüzel kişi organlarının yetkisi kanuni

²⁴⁷ MÖHUK m. 9 şu şekildedir:

“(1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir.

(2) Milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukuki işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.

(3) Kişinin milli hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez.

(4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir.

(5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiili idare merkezi hukukuna tabidir.”

²⁴⁸ Akıncı, **Tahkim**, s. 290, 371; Özel, s.68-69; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, 253; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2027; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 320; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 308-309; Nomer, **Devletler Hususi**, s.222 vd; Gülören Tekinalp /Ayfer Uyanık, **Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 65 vd.

²⁴⁹ Özel, s. 68-69; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 253; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2027; Akıncı, **Tahkim**, s. 290, 371; Özel, s. 68-69; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 253; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 320; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 309-311; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 222 vd; Tekinalp/Uyanık, s. 65 vd..

²⁵⁰ Işık, s. 254; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 321; Lew, s. 120; Abdulla, s. 24; Akıncı, **Tahkim**, s. 290, 371; Özel, s. 68-69; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 253; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2027; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 308-309; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 222 vd; Gülören Tekinalp /Ayfer Uyanık, **Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 65 vd..

temsilin en tipik örneklerindedir.²⁵¹ İradi temsil ise temsil yetkisinin bir vekâlet veya bir hizmet akdi veyahut bir şirket akdi ile de verilmesi durumunda söz konusu olur²⁵². Temsilci tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının asile etkisine uygulanacak hukuk uygulamada tartışmalıdır²⁵³. Temsil yetkisine uygulanacak hukuk konusunda doktrinde üç farklı görüş ileri sürülmektedir. Buna göre; bir görüş temsil meselesini tahkim anlaşmanın esasına uygulanacak hukuk içerisinde²⁵⁴, bir diğer görüş ise tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk içerisinde²⁵⁵ incelerken üçüncü bir görüş ise bu konunun tahkim anlaşmasının esasından veya ehliyetten ayrı değerlendirilerek vekilin temsil yetkisine uygulanacak hukuk uyarınca değerlendirmesi gerektiğini savunmaktadır²⁵⁶.

İçinde yabancılik unsuru içeren meselelerde uygulanacak hukukun tespiti ancak o konuya uygulanması gereken kanunlar ihtilafı kurallarını tespit etmek için meselenin hukuki içeriğinin tespit edilmesi gerekir. Buna vasıflandırma denilmektedir. Dolayısıyla, mahkemeler temsil ile ilgili bir sorun ile karşılaştıklarında *lex fori*'nin bağlama kuralları uyarınca hareket edebilir ve vasıflandırma yapabilir²⁵⁷. Bu noktada belirtmek gerekir ki vasıflandırmanın usul hukuku alanında kalan bir meseleye yönelik olarak yapılması durumunda bu husus *lex fori* uyarınca değerlendirilecektir. Bununla beraber vasıflandırma maddi hukuk alanında kalan bir meseleye yönelik yapılır ise kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerekmektedir²⁵⁸. Temsil ve ilzama yönelik meselelerin maddi hukuk alanında kabul edilmesi sebebiyle temsil ve ilzama uygulanacak hukuk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecektir. Fakat mahkemelerin kimi zaman vasıflandırma tartışması yapmadığı da görülür. Mahkemeler bazı kararlarda *lex fori*'nin bağlama kurallarıyla bazı kararlarda da kendi hukukunun maddi hukuk kurallarını doğrudan uygulayarak bir inceleme yapmıştır²⁵⁹. Bununla beraber kimi zaman mahkemelerin temsil yetkisine uygulanacak hukuku tespit edilirken iyi niyet prensibi uyarınca tahkim anlaşmasını ayakta tutacak hukuku belirlemek eğiliminde

²⁵¹ Burak Huysal, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, 2015, s. 14; Şanlı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 254.

²⁵² Huysa, *Temsil*, s. 14.

²⁵³ Akıncı, *Tahkim*, s. 371; Işık, s. 131-132; Özel, *Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması*, s. 314.

²⁵⁴ Esen, *Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı*, s. 386-387, 401.

²⁵⁵ Akıncı, *Tahkim*, s. 78.

²⁵⁶ *Ibid.*, s. 115; Özel, *Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması*, s. 314.

²⁵⁷ Lew, s. 136, Berger, *Applicable Law*, s. 305-306.

²⁵⁸ Şanlı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 256-258; Huysa, *Temsil*, s.55, 154-156; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 321.

²⁵⁹ Işık, s. 118.

oldukları da görülmektedir²⁶⁰. Örneğin Fransız doktrininde, bağlama kurallarının olumsuz sonuç doğurması ihtimaline karşılık bağlama kuralları yerine uluslararası ticaretin ihtiyaçları neticesinde kabul edilmiş maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiği savunulmaktadır²⁶¹. Durum hakemler açısından değerlendirildiğinde ise, hakemlerin uygulamak zorunda oldukları bir *lex fori*'si olmadığından hakemler kural olarak tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı değildir²⁶². Hakemler bazen uygun gördükleri bağlama kurallarını bazen de doğrudan uygun gördükleri maddi hukuk kurallarını uygularlar²⁶³. Fakat hakemlerin kararın iptal edilmemesi veyahut tenfizinin engellenmemesi için tahkim yeri kurallarını da göz ardı etmemesi gerekir. Hakemlerin tahkim anlaşması yapma yetkisini esasa veya ehliyetle ilişkin kabul etmemesi halinde hakemler temsil yetkisine uygulanmak üzere genellikle temsilcinin ikametgâhı, işlemlerin gerçekleştirdiği yer veya uyuşmazlıkla en sıkı ilişki içerisinde olan yer hukukunu seçmektedirler²⁶⁴. Örneğin ICC Karar No 6268'de temsil yetkisine uygulanacak hukuk esas sözleşmenin akdedildiği yer hukukuna göre değerlendirilmiştir²⁶⁵. Yine ICC Karar No. 5832'de temsil yetkisine yetkinin verildiği ve kullanıldığı yer hukuku uygulanmıştır²⁶⁶.

Kuşkusuz içinde yabancılık unsuru olan bir olayda temsile yönelik bir husus var ise vasıflandırma yapılarak bu meselenin çözümüne uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Böyle bir durumda uygulanacak hukuk kanuni temsil veyahut iradi temsil söz konusu olmasına göre değişkenlik arz edecektir.

Bununla beraber, doktrinde pek çok görüş tarafından ehliyet konusunun gerek kanuni gerek iradi temsil yetkisine ilişkin meseleleri de kapsadığının kabul edildiğini

²⁶⁰ *Ibid*, s. 115; Lew, s.139; Born, **International Commercial Arbitration**, 734-735.

²⁶¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s.247.

²⁶² Işık, s. 114; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 247; Işık, s. 114; Lew, s. 135; Berger, **Applicable Law**, s. 306; Huysal, s. 351; Akıncı, **Tenfiz**, s. 62-63; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 258; Esen, **Üçüncü Kişilere Teşmil**, s. 67.

²⁶³ Lew, s. 136.

²⁶⁴ 18 Mayıs 1990 tarihli ICC *New York seller v Californian buyer* kararı, ICC Karar No. 6268, XVII YBCA, Yıl: 1991, s.119-126; 1988 tarihli ICC *Austrian Company v. Liechtenstein Company* kararı, ICC Karar No. 5832: Sigvard Jarvin/Derains Yves/Arnaldez Jean Jacques, **Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990**, Cilt II, Hollanda: Kluwer Law International, 1994, s.536 vd; 2000 tarihli ICC *Seller D (Switzerland) v Buyer S (Italy)* kararı, ICC Karar No. 10329, XXIX YBCA, Yıl: 2004, s. 108-132.

²⁶⁵ 18 Mayıs 1990 tarihli ICC *New York seller v Californian buyer* kararı, ICC Karar No. 6268, XVII YBCA, Yıl: 1991, s.119-126.

²⁶⁶ 1988 tarihli ICC *Austrian Company v. Liechtenstein Company* kararı, ICC Karar No. 5832: Sigvard Jarvin/Derains Yves/Arnaldez Jean Jacques, **Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990**, Cilt II, Hollanda: Kluwer Law International, 1994, s.536 vd.

belirtmiştik²⁶⁷. Örneğin; Abdulla Zina tahkimde ehliyet meselesinin bir diğer boyutunun temsilci tarafından akdedilen tahkim anlaşmaları olduğunu ifade etmiştir²⁶⁸. Benzer şekilde Born, Bühler ve Webster de tahkim anlaşmasının temsilci tarafından akdedilmesi meselesinin ehliyet meselesiyle yakından ilgili olduğunu kabul etmektedir²⁶⁹. Konunun ehliyet bakımından değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüş uyarınca New York Sözleşmesi madde V’de “*incapacity*” ifadesi kullanılmıştır ve bu ifade tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin tahkim anlaşmasının tarafını temsil yetkisine sahip olup olmaması problemini de kapsamaktadır²⁷⁰.

Türk hukukunda ise hem kanuni hem de iradi temsil ilişkisini kapsayan yeknesak bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamaktadır. Bu nedenle temsile yönelik bir husus ile karşılaşıldığında öncelikle vasıflandırma yapılması gerekmektedir. Kanuni temsil yetkisinin kanuni temsili tesis eden hukuki ilişkiye uygulanan hukuka tabi olduğu kabul edilir²⁷¹. Buna göre şirket organlarının temsil yetkisine tüzel kişinin hak ve fiil ehliyetinin tabi olduğu hukuk (MÖHUK m. 9(4)) uygulanacaktır²⁷².

Konumuz açısından önemli olan husus ise vekil/temsilci tarafından imzalanan tahkim anlaşmalarına yönelik hususlara uygulanacak hukuktur. Yani tüzel kişiyi temsil veya ilzama yetkili kişi veya organ tahkim anlaşmasını bir temsilci vasıtasıyla yapar ise bu durumda temsilci ile temsil olunan arasındaki bu ilişkiye hangi hukuk uygulanacaktır?

Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (“MÖHUK”)’nda m. 30’da hukuki muamelelerden doğan temsil yetkisi yani iradi temsile uygulanacak hukuka yönelik bir kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmiştir²⁷³. Bu durumda, *lex fori*’nin Türk hukuku olması halinde mahkemece ve tahkim yerinin Türkiye olması halinde hakemlerce,

²⁶⁷ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 732-733; Abdulla, s. 24, Michael W. Bühler and Thomas H. Webster, **Handbook of ICC Arbitration**, London Sweet&Maxwell, 2005, s. 106.

²⁶⁸ Abdulla, s. 24.

²⁶⁹ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 732-733; Bühler/Webster, s. 106.

²⁷⁰ Akıncı, **Tahkim**, s. 371; Işık, s.132; Abdulla, s. 24; Esen, **Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı**, s. 386-387, 401; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317; Akıncı, **Tahkim**, s. 372.

²⁷¹ Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 255.

²⁷² Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 255; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 317; Huysal, **Temsil**, s. 259.

²⁷³ Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 255; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 317; Huysal, **Temsil**, s. 55

Milletlerarası MÖHUK yer alan bağlama kuralları göz önünde bulundurulmalı²⁷⁴ ve buna göre temsil yetkisi bakımından MÖHUK m. 30(2) dikkate alınmalıdır²⁷⁵. Söz konusu hüküm uyarınca, temsil olunan ile 3. kişi arasındaki ilişkiye temsilcinin işyeri hukuku uygulanır²⁷⁶. Temsilcinin işyeri bulunmuyor veya üçüncü kişi tarafından bilinmiyor veya yetki işyeri dışında kullanılmışsa, temsil yetkisine yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukuku uygulanmalıdır. Yani bir Türk şirketi temsilen işyeri Katar'da olan bir kişi tarafından tahkim anlaşması akdedilmesi durumunda uygulanacak hukuk Katar hukuku olacaktır. Bununla beraber işyeri Katar'da olan kişinin tahkim anlaşmasını Türkiye'de imzalaması durumunda MÖHUK m. 30 uyarınca yetkinin işyeri dışında kullanılması söz konusu olacak ve temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı hukuka bakılacaktır yani Türk hukukuna göre inceleme yapılacaktır. Böyle bir durumda Katar'da işyeri bulunan kişinin yetkisi BK md 504'e tabi olacak ve özel yetkili olması aranacaktır²⁷⁷. MÖHUK m. 30 hem tahkim yerinin Türkiye olması halinde hem de tenfiz davasının Türkiye'de açılması halinde uygulanmalı ve gerek hakemler gerek ise mahkemeler bu kuralın gösterdiği hukuku uygulayarak temsilcinin yaptığı tahkim anlaşmasının geçerliliğini çözmelidirler²⁷⁸. Yetkisiz temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye de yine MÖHUK m. 30 uyarınca uygulanacak hukukun uygulanacağı kabul edilir²⁷⁹.

Bununla beraber belirtildiği gibi mahkemeler bazı durumlarda kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate almadan kendi hukukunun maddi kurallarını doğrudan uygulamıştır. Bazı ulusal hukuklarda vekilin tahkim anlaşması yapabilmesi için özel

²⁷⁴ Özel, s.78; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 321; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 309-314; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 35; Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 80; Akıncı, **Tahkim**, 372.

²⁷⁵ MÖHUK madde 30 şu şekildedir: –“(1) Temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir.

(2) Temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanır.

(3) Temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisi, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.”

²⁷⁶ Söz konusu hüküm, İsviçre ve Alman hukuklarında da kabul edilmektedir.

²⁷⁷ Özel, s.78; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 321; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 309-314; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 34.

²⁷⁸ Özel, s.78; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 321; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 309-314; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 34.

²⁷⁹ Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 256-258; Huysa, **Temsil**, s.55, 154-156; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 321.

bir yetki ile donatılması aranmıştır²⁸⁰. Örneğin TBK madde 504 uyarınca; “*vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandırılmaz*” denilerek vekilin özel yetki olmadan yaptığı tahkim anlaşmasının geçersiz sayılacağı kabul edilmiştir²⁸¹. Hatta bazı Yargıtay kararlarında özel yetki kamu düzeninden sayılmıştır²⁸².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 11 Ekim 2000 tarihli kararına konu olayda davanın tarafları arasında akdedilen sözleşme ile taraflar buğday alım satımı konusunda anlaşmış ancak davalının verilen ek süreye rağmen açması gereken akreditifi açmadığından bahisle oluşan ihtilafın çözümü için tahkim anlaşması gereği The Grain and Feed Trade Association’ın (GAFTA)²⁸³ hakemliğine gidilmiş ve GAFTA tarafından atanan hakem heyetinin verdiği karar ile dava, davalı şirketin aleyhine sonuçlanmıştır. Davacı, GAFTA tarafından verilen hakem kararının tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili taraflar arasında geçerli bir sözleşme bulunmadığı gibi yetkisiz temsilci tarafından imzalanan sözleşmede yer alan tahkim şartının da geçersiz olduğunu bu nedenle de hakem kararının Türk kamu düzenine aykırı olduğunu iddia ederek tenfiz talebinin reddi gerektiğini ve ayrıca hakem kararının kesinleşmemiş olduğunu bildirerek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığı, davalının hakem önünde usulüne uygun temsil edilmediği ve başkaca sebeplerle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Söz konusu uyuşmazlığa yönelik Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tahkim anlaşması yapma yetkisinin kamu düzeninden olduğunu ifade etmiştir: “*Mahkemece, sözleşmeyi imzalayan Mehmet Melih Bırak’ın sözleşme ve tahkim şartını kabul etme yetkisinin bulunmadığı, bu konuda özel yetki verilmediği, kamu düzeni nedeniyle BK.nun 388/3 maddesinde özel yetki kuralının zorunlu hale*

²⁸⁰ İspanya Medeni Kanunu m. 1713 ve Avusturya Medeni Kanunu m. 1008 uyarınca tahkim anlaşması yapılması için özel yetki aranmaktadır.

²⁸¹ Şanlı, **Ticari Aktiller**, s. 326; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 311; Özkaya, s. 291 ve 357-358; Akıncı, **Tahkim**, s. 70, dn.129; Oğuzman/Öz, s. 233; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 178; Özel, s. 7; Tandoğan, s. 404; Zevkliler/Gökyayla, s. 641-642; ayrıca bkz. YHGK Kararı, 22.2.2012 T., 2011/11-742 E., 2012/82 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); YHGK, 11.10.2000 T., 2009/19-1122 E., 2000/1256 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 19. HD, 21.5.2007 T., 2007/380 E., 2007/5114 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²⁸² Özkaya, s. 291; Işık, s.23; YHGK Kararı, 11.10.2010 T., 2000/19-1122 E., 2000/1256 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²⁸³ Hububat ve Yem Ticareti Birliği.

getirildiği, ayrıca asıl sözleşmenin geçerli olmasının sözleşmedeki tahkim şartının da geçerli olduğunu göstermeyeceği belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir."²⁸⁴

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararı bu olmakla beraber kararın karşı oy yazısında ise asıl sözleşmede tarafların uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunu seçtikleri ve öte yandan 2675 sayılı Kanunun 6. maddesi²⁸⁵ uyarınca da İngiltere'de düzenlenen bu sözleşmenin tahkime ilişkin bölümünün geçerli olup olmadığının İngiliz Hukukuna göre çözülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu noktada kanaatimizce ne Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararı ne de karşı oyda yapılan değerlendirmeler yerinde değildir. Zira karşı oy yazısının aksine sözleşmeye uygulanacak hukukun bu meseleye uygulanacak hukuk ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Nitekim karşı oy yazısında da belirtildiği gibi tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi gereğince tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk birbirinden farklı olabilir. Ayrıca, 2675 sayılı Kanun m. 6 (MÖHUK m. 7) hukuki işlemlerin şekline yönelik olduğundan vekilin tahkim anlaşması yapması hukuki işlemlerin şekline ilişkin bir husus değildir. Bu sebeplerle karşı oy yazısına da katılmak mümkün değildir. Kanaatimizce burada mahkemenin MÖHUK m. 30(2) uyarınca bir inceleme yaparak temsil yetkisine uygulanacak hukuku tespit etmesi ve tespit sonucunda yetkinin kullanıldığı yer olan İngiliz hukukuna göre değerlendirme yapması yerinde olacaktır²⁸⁶. İngiliz hukukunda özel yetki şartı bulunmamaktadır²⁸⁷. BK m.504'te yer alan düzenleme doğrudan uygulanan kurallar kapsamında olmadığından ancak bağlama kuralları uyarınca *lex causae* Türk hukuku ise uygulama alanı bulmalıdır. Bu itibarla kural olarak mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkta doğrudan Türk hukukunun maddi hukuk

²⁸⁴ YHGK Kararı, 11.10.2000 T., 2000/19-1122 E., 2000/1256 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²⁸⁵ 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (Mülga) madde 6 şu şekildedir:

"Hukuki işlemler, yapıldıkları yer hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir."

²⁸⁶ MÖHUK m. 30 şu şekildedir:

"(1) Temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir.

(2) Temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanır.

(3) Temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisi, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir."

²⁸⁷ Özel, s. 78; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 315.

kurallarını uygulamaması, kanunlar ihtilafı kuralları (MÖHUK m. 30) uyarınca uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekir.

Bununla beraber Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22 Şubat 2012 tarihli kararında ise 2000 tarihli YHGK kararı ile benzer bir hüküm verilmiş ve vekilin tahkim anlaşması imzalama yetkisinin BK m. 388 uyarınca inceleneceği şu şekilde ifade edilmiştir:

“Dava, demuraj alacağıının tahsili istemine ilişkindir. Davaya konu olayda, davacı Ltd. Şti. ile davalıyı temsilen acente Anonim Şirket arasında yapılan tahkim sözleşmesinde, davacı Ltd. Şti.'nin tahkim yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı, bunun sözleşmenin geçerliliğine etkisi, davada İngiliz Hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı; sonuçta da mahkemenin görevli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klozları için de geçerlidir. Bu sebeple tahkim klozunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir.

Hususi ve yazılı bir muvafakat olmadan acente müvekkili namına mukavele akdine salahiyyetli değildir. Vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gerekir. Aksi halde müvekkili yapılan tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir. Davacı Ltd. Şti. ile davalıyı temsilen acente arasında yapılan tahkim sözleşmesi Ltd. Şti.'nin tahkim yapma yetkisinin bulunmaması sebebiyle geçersizdir. Bu durumda mahkemece, geçersiz tahkim şartına dayalı olarak verilen tahkim şartı sebebiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddi kararı isabetsizdir.”²⁸⁸

Yargıtay'ın 17 Mayıs 2013 tarihli bir kararında da tahkim anlaşması imzalama hususunda özel yetki gerektiği ifade edilerek taraf iradelerinin dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Buna göre ilgili kararda Yargıtay, “*tahkim şartını düzenleyen sözleşmenin 23. maddesinde, uyuşmazlıkların hakem marifetiyle halledileceği, her iki tarafın seçeceği birer hakemin üçüncü bir hakemi seçerek konuyu çözecekleri, hakemler aralarında üçüncü hakemi seçemezlerse hakemin İstanbul Ticaret Mahkemesi'nce seçileceği, üçüncü hakemin heyetin başkanı olduğu, hakemlerin uyuşmazlığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca*

²⁸⁸ YHGK Kararı, 22.02.2012 T., 2011/11-742 E., 2012/82 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

halledecekleri kararlaştırılmıştır. Bu düzenlemenin dışında tahkimle ilgili taraflar arasında yeni bir sözleşme ve ihtilâfın Hukuk Mahkemeleri Kanunu'na göre çözümlenmesini kabul ettiklerine dair bir anlaşmanın varlığı da ileri sürülmemiştir. Her iki tarafın da iptal davası açmış olması nedeniyle iradelerin birleştiği düşünülebilir ise davaları açan vekillerin vekâletnamelerinde sözleşme hükümlerini değiştirmek ve tahkim anlaşması yapmak konusunda özel yetkileri bulunmadığından yeni bir tahkim sözleşmesi oluşturulduğu ve sözleşmenin değiştirildiği kabul edilemez.”²⁸⁹ demektedir.

Yargıtay’ın 1 Mayıs 2003 tarihli bir kararında da tahkim anlaşması imzalama hususunda özel yetki gerektiği ve bu hususun kamu düzenine ilişkin olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, “*Mahkemece, taraflar arasında 5.11.1998 ve 23.12.1998 tarihli satış sözleşmeleri düzenlendiği ve davacı şirket adına bu sözleşmeleri 5.11.1998 tarihli noter vekâletnamesine dayalı olarak dava dışı A.F.B.'in imzaladığı, belirtilen vekâletnamede vekile tahkim sözleşmesi düzenleme yetkisi verilmediği gibi adı geçen vekilinin, davacı şirketi ilzam edecek tasarruflarda bulunabilecek müdür veya yetkili temsilci sıfatını da haiz olmadığı, yetkisi bulunmayan vekilin böyle bir sözleşmeyi imzalamasının satış sözleşmesi kapsamında olan tahkim sözleşmesini geçerli hale getiremeyeceği, kamu düzenine ilişkin konularda açık ve kesin olarak icazet verilmedikçe tahkim şartının geçerlilik kazanamayacağı gerekçesi ile davanın kabulü ile sözleşmelerdeki tahkim şartının geçersizliği ile davaya hakemde bakılmayacağına tespitine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA karar verildi.”²⁹⁰. Bu yönde başka Yargıtay kararları da mevcuttur²⁹¹.*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2000 ve 2012 tarihli kararlarında sözleşmeyi imzalayan kişinin BK m. 504 uyarınca tahkim anlaşması yapma yetkisini haiz olması gerekliliğinin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle bir zorunluluk haline geldiğini belirtmiştir²⁹². Yargıtay Hukuk Genel Kurulu meseleye hangi hukukun

²⁸⁹ Yarg. 15. HD, 17.05.2013 T., 2013/136 E., 2013/3211 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²⁹⁰ Yarg. 19. HD, 01.5.2003 T., 2003/3763 E., 2003/4764 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²⁹¹ Yarg. 11. HD., 23.3.2010 T., 2008/5901E., 2010/3203 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²⁹² YHGK Kararı, 22.2.2012 T., 2011/11-742 E., 2012/82 K.; YHGK, 11.10.2000 T., 2000/19-1122 E., 2000/1256 K (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

uygulanacağını tartışmadan doğrudan Türk hukukunu uygulamış ve özel yetki eksikliği sebebiyle geçersiz olan tahkim şartına dayanarak verilen görevsizlik kararını bozmuştur. Temsilci açısından özel olarak yetkilendirilmiş olmayı arayan TBK m. 504, Yargıtay tarafından tahkim anlaşmasına ve yetkiye uygulanacak hukuk tespit edilmeden doğrudan uygulanmıştır²⁹³.

Yargıtay uygulaması bu olmakla beraber bu uygulamanın yerindeliği tartışma konusudur. Nitekim TBK m.504'te yer alan düzenleme ile artık kanunlar ihtilafi kuralı uygulamaksızın doğrudan uygulanan, mutlak emredici bir kural getirilmiştir. Fakat BK m. 504'ün doğrudan uygulanan kurallar kapsamında olup olmadığı ya da kamu düzenini ne şekilde ihlal ettiği net değildir. Hal böyle iken, milletlerarası tahkimin gelişmesi açısından BK m. 504 milletlerarası tahkim bakımından ancak bağlama kuralları uyarınca *lex causae* Türk hukuku ise uygulama alanı bulmalıdır²⁹⁴. Doğrudan uygulanan kurallar doktrinde “*devletin ekonomik, sosyal ve siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkilerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyumsuzluklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar*” olarak tanımlanmıştır²⁹⁵. Kamu düzeni kavramı ise belirtildiği gibi tanımı belirsiz olmakla beraber toplumun genel yapısını, genel ahlak ve adap anlayışını ve çıkarlarını (dayandığı siyaset, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükler, toplumun temel iktisadi düzeni) koruyan kurallar olarak tanımlanmaktadır²⁹⁶. Doğrudan uygulanan kurallar daha çok kamu hukuku alanında kendini göstermektedir fakat özel hukuk alanındaki bir doğrudan uygulanan kuralın aynı zamanda kamu düzeninden kabul edilmesi konusuna çekimser yaklaşılması gerektiği kabul edilir. Diğer bir ifade ile doğrudan uygulanan kuralların ihlalinin çok istisnai hallerde kamu düzeninin de ihlali olacağı kabul edilmiştir²⁹⁷.

Bu itibarla kural olarak mahkemenin önüne gelen uyumsuzlukta doğrudan Türk hukukunun maddi hukuk kurallarını uygulamaması, MÖHUK m. 30(2)

²⁹³ Işık, s. 124; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 345; Yarg. 19 HD., 21.05.2007 T.; 2007/380 E.; 2007/5114 K.

²⁹⁴ Özel, s. 77-78; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 258-259; Esen, s. 402-403.

²⁹⁵ Bkz. Cemile Demir Gökyayla, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara, 2001, Seçkin Yayınevi, s. 278 ve dn. 597.

²⁹⁶ Gökyayla, s. 24-26.

²⁹⁷ **Ibid**, s. 279.

uyarınca uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekir²⁹⁸. Kanaatimizce iç hukuk açısından bu durum haklı görülebilse de yabancı unsurlu meseleler bakımından tahkim yerinin Türk hukuku olduğu durumlarda bu şekilde mutlak ve emredici bir kuralın bulunması endişe yaratabilir.

Türk hukukunda tahkim anlaşması imzalamaya özel olarak yetkilendirilmemiş kişilerce imzalanan tahkim anlaşması geçersiz kabul edilmektedir. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlık tahkimde değil mahkemelerde çözümlenecektir²⁹⁹. Yeşilova, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu yaklaşımı neticesinde artık yabancı unsurlu meselelerde hiçbir kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmadığı, doğrudan uygulanan tahkim yeri hukukunun mutlak emredici kurallarının bulunduğunu belirtmektedir³⁰⁰. Hâlbuki kanaatimizce TBK m. 504 doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değildir ve ancak *lex causae'nin* Türk hukuku olduğu durumlarda uygulama alanı bulması gerekir³⁰¹.

Bununla beraber, bazı hallerde yetkisiz temsilci tarafından imzalanan tahkim anlaşması geçerli kabul edilebilir. Nitekim Yargıtay bazı kararlarında dürüstlük kuralını dikkate almıştır. Dürüstlük kuralı uyarınca tahkim şartının geçersiz olduğuna ilişkin itirazın geç bir aşamada ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık kabul edilmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2004 tarihli bir kararında, temsilcinin özel yetkisi bulunmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu itirazını tahkim yargılaması sırasında hiç ileri sürülmemesini ve bu itirazın ilk defa tenfiz mahkemesi önünde ileri sürülmesini dürüstlük kuralına aykırı bularak reddetmiştir³⁰². Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 4/2 uyarınca: “*Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının*

²⁹⁸ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 258; Özel, s. 78-79; Özel, s.78; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 321; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 309-314; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 34.

²⁹⁹ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 326; Özkaya, s. 357-358; Akıncı, **Tahkim**, s. 70, dn.129; Oğuzman/Öz, s. 233; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 178; Özel, s. 7; Tandoğan, s. 404; Zevkliler/Gökyayla, s. 641-642; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 255-260; ayrıca bkz. YHGK Kararı, 22.2.2012 T., 2011/11-742 E., 2012/82 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); YHGK, 11.10.2000 T., 2009/19-1122 E., 2000/1256 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 19. HD, 21.5.2007 T., 2007/380 E., 2007/5114 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD., 23.3.2010 T., 2008/5901E., 2010/3203 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 19. HD., 24.10.2002 T., 2002/7495E., 2002/6932 K (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³⁰⁰Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 258.

³⁰¹ Özel, s. 78-79.

³⁰² Işık, s. 130, dipnot 471 (Yarg 11. HD, 9.4.2004 T., 2003/6774 E., 2004/3751 K.)

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 edilmesine davalının 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.” denilmektedir. Bu düzenleme Model Kanun m. 16(2) ile de paraleledir³⁰³. MTK madde 7’ye göre, “*Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz en geç ilk cevap dilekçesinde yapılır.”*

Dolayısıyla davacı eğer ilk dilekçesinde geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı konusunda beyanda bulunmuş ve davalı ilk cevap dilekçesinde tahkim anlaşmasının varlığına veya geçerliliğine ilişkin bir itirazda bulunmamış ise artık tahkim yetkisini kabul ettiği varsayılır³⁰⁴. Davalının yetki itirazında bulunmaksızın esasa ilişkin savunmasını ileri sürmesi ve davanın sonucunun aleyhine olacağını fark ettiğinde hakemlerin yetkisiz olduğunu iddia etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir³⁰⁵. Görüldüğü gibi, tahkim anlaşmasının geçersizliğine dayanan taraf bunu en geç ilk cevap dilekçesinde ileri sürmelidir aksi halde tahkim anlaşması geçerli sayılacağından hakemin yetkisini kabul edilmiş olacaktır³⁰⁶. Benzer şekilde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine itiraz eden taraf tahkim yargılaması sırasında kendi hakemini seçmiş, davaya katılmış ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik

³⁰³ UNCITRAL Model Kanun m. 16(2) şu şekildedir:

“A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.” (https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf)

³⁰⁴ MTK Md.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 edilmesine davalının 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.”*; Akıncı, **Tahkim**, s.122

³⁰⁵ **Ibid**; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 691; Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 44.

³⁰⁶ **Ibid**.

herhangi bir çekince ileri sürmemiş olması durumunda hakem heyetinin yetkisini kabul etmiş sayılacağı görüşü benimsenmektedir³⁰⁷.

Bunun yanı sıra, sözleşmenin diğer tarafının, temsilcinin yetkili olduğunu zannetmesinde temsil edilenin davranışlarının payı var ise, görünüşte temsil yetkisinden söz edilir. Bu durumda gerçekte yetkisiz olan temsilcinin yaptığı hukuki işlemin sanki temsil yetkisi varmış gibi sonuç doğuracağı kabul edilir³⁰⁸. Görünüşte temsil yetkisinin temelinde ise TMK md.2'de³⁰⁹ düzenlenen dürüstlük kuralı bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2010 tarihli kararında³¹⁰ sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilmesinin ardından sözleşmenin imza eksikliği sebebiyle geçersiz olduğu iddiasının ileri sürülmesini dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur. Bu husus, Yargıtay'ın yerleşik içtihadında "*hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz*" ilkesi ışığında da açıklanmaktadır³¹¹. Fakat tahkim şartı ile ilgili olarak bu prensibin kabul edildiğine dair bir karar bulunmamaktadır. Kanaatimizce, görünürde yetki kuralı tahkim açısından da uygulanmalıdır. Bu durum özellikle şirketler adına yapılan tahkim anlaşmalarında önem arz etmektedir. Örneğin iki şirket arasında yıllardır ifa edilen bir sözleşmede yer alan tahkim şartının uyuşmazlık çıktığında yönetim kurulu tarafından onaylanmamış olması sebebiyle geçersizliğinin iddia edilmesi dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmelidir. Nitekim her ne kadar Türk hukukunda henüz bu yönde bir içtihat bulunmasa da, İsviçre ve Fransa da dâhil olmak üzere pek çok ülke hukukunda görünürde yetki kuralının tahkim anlaşmaları açısından da söz konusu olduğu kabul edilmektedir³¹². Kaldı ki Türk Yargıtayı'nın yukarıda belirtildiği gibi tahkim şartının geçersiz olduğuna ilişkin itirazın geç bir aşamada ileri sürülmesini dürüstlük kuralına aykırılık kabul etmesi ve bu nedenle tahkim anlaşmasını geçerli kabul etmesi görünürde yetkinin tahkim anlaşmaları açısından da geçerli kabul edilebileceğinin bir göstergesidir.

³⁰⁷ Akıncı, **Tahkim**, s.122-124; Özel, s. 86; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 335-337; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 690; Ziya Akıncı, **Tahkimde Yetki İtirazı**, Milletlerarası Tahkim Semineri, 27 Aralık 2014, s. 59-60; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 308.

³⁰⁸ Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 105-106.

³⁰⁹ TMK m.2 "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*"

³¹⁰ YHGK, 03.11.2010 T., 2010/19-559 E., 2010/546 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³¹¹ Yarg. 17HD, 01.03.2010 T.,2009/8778 E., 2010/1726 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³¹² Işık, s. 128-129.

Her ne kadar temsil meselesi kimilerince tahkim anlaşmasının esastan geçerlilik halleri arasında, kimilerince de ehliyet ile beraber düzenlense de kanaatimizce temsil ile karşılaşılan bir sorunda vasıflandırma yapılmalı ve kanuni temsil söz konusu ise ehliyete ilişkin hükümler iradi temsil söz konusu ise meselenin esastan geçerlilik veya ehliyetten ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir³¹³. İradi temsilci vasıtasıyla imzalanan tahkim anlaşmasında, tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için temsil ilişkisine uygulanacak hukuka uygunluk aranmalıdır³¹⁴.

Tahkim anlaşmasının şekil ve ehliyet açısından geçerliliği dışındaki bütün meseleler esastan geçerlilik olarak değerlendirilir. Tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinden anlaşılması gereken tahkim anlaşmasıyla ilgili iradenin geçerliliği yani icap kabul varlığı ve birbirine uygunluğu ve konu ve taraf bakımından kapsamı, devri veyahut sona ermesidir³¹⁵.

Milletlerarası tahkime ilişkin ulusal kanunlarda, milletlerarası anlaşmalarda, Model Kanun'da ve tahkime ilişkin diğer düzenlemelerde tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine yönelik hükümler genellikle şekli geçerlilik ve ehliyet meselelerinden ayrı tutulmuştur. Örneğin İsviçre MÖHUK'da temsil statüsü m. 126, gerçek kişilerin ehliyeti m. 35 ve m. 36, tüzel kişilerin ehliyeti ise m. 154 ve 155'te düzenlenirken, tahkim anlaşmasının şekli bakımından geçerliliği İsviçre MÖHUK m. 178/1'de düzenlenmiştir. Tahkim anlaşmasının bunlar dışındaki geçerlilik halleri ise İsviçre MÖHUK m. 178/2'de düzenlenmiştir³¹⁶. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk da bunlara uygulanacak hukuktan ayrıdır³¹⁷. Fakat tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusu gerek doktrinde gerek ise uygulamada halen tartışılmaktadır. Bu konuda ilgili özellikle milletlerarası tahkime ilişkin milletlerarası anlaşmalarda ve Model Kanun'da bir açıklık olmaması nedeniyle uygulamada bu hukukun tespitinde farklı bağlama noktalarının tercih edildiği görülmektedir³¹⁸. Bu husus özellikle taraflarca tahkim anlaşmasının

³¹³ Işık, s.131-132

³¹⁴ Özel, s.77.

³¹⁵ Akıncı, **Tahkim**, s. 112-115, 292; Özel, s. 79; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 316; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2027; Işık, s. 127; Chuckwumerije, s. 34; Albert Jan van den Berg, **The New York Convention of 1958: Consolidated Commentary**, 1989, s.528-585; Van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s.289; Abdulla, s.18; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317.

³¹⁶ Girsberger/Voser, s. 86-87.

³¹⁷ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 244; Lew/Mistelis/Kröll, s. 107.

³¹⁸ Lew/Mistelis/Kröll, s. 108.

geçerliliğine uygulanacak hukukun kararlaştırılmamış olması halinde önem arz eder³¹⁹.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği meselesi milletlerarası tahkim hukukunda tahkime elverişlilikten de ayrı ele alınan bir konudur³²⁰. Doktrinde bu konuda farklı görüşler mevcuttur³²¹. Tahkime elverişlilik konusu kavram olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğiyle yakın bağlantılı bir konudur ve geçerlilik bakımından da bir ön koşuldur³²². Bu sebeple Lew'a göre tahkime elverişlilik tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliği ile beraber ele alınmalıdır³²³. Öte yandan Born'a göre tahkime elverişlilik kuralları var olan tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez ve dolayısıyla bu iki husus ayrı meselelerdir. Nitekim Born'a göre tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği diğer her sözleşme gibi maddi geçerlilik açısından incelenmelidir. Tahkim anlaşmalarının maddi geçersizliğine sebep olan durumlar New York Sözleşmesi ve tahkim mevzuatları çerçevesinde genel borçlar hukuku ilkelerine göre şekillendirilmiştir. Buna göre, maddi geçersizlik hallerinin dayanakları hata, hile, cebir, feragat gibi borçlar hukukunda yer alan irade sakatlığı sebepleriyle paralellik göstermektedir³²⁴. Tahkime elverişlilik ise, uyuşmazlığın belirli kategorilerine uygulanır.

Keza Akıncı'ya göre, tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim anlaşmasının akdedilmiş olması halinde bu tahkim anlaşmasının geçerliliği değil tahkime elverişlilik dikkate alınacaktır³²⁵. Nitekim tahkim anlaşmasının geçerliliği konusu genelde taraflarca halledilebilecek bir meseleyken, tahkime elverişlilik taraf iradelerini aşan ve sınırları devlet tarafından belirlenen bir meseledir³²⁶. Bunun yanı sıra tahkim anlaşmasının geçerliliği MTK madde 15(1)(a) uyarınca taraflarca ileri sürüldüğü takdirde dikkate alınabilecek bir durum iken tahkime elverişlilik mahkemece re'sen dikkate alınacak bir iptal sebebidir. Bu nedenle uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı meselesi ayrıca değerlendirilerek ve farklı bağlama

³¹⁹ Lew, s.128; Özel, s. 79; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 244.

³²⁰ Özel, s. 79; Akıncı, s. 114; Chuckwumerije, s. 55; van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 289; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317; Lew, 121

³²¹Özel, s.79; Lew, s. 121; Born, **Arbitration**, s. 73-90; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.19; Huysal, s. 15.

³²² Özel, s. 348; Hanotiau, **What Law Governs**, s. 391.

³²³ Lew, s. 114-145.

³²⁴ Born, **Arbitration**, s. 73 – 90.

³²⁵ Akıncı, **Tahkim**, s. 114.

³²⁶ Huysal, s. 348.

noktalarına tabi tutulmaktadır. Özel de, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuktan ayrı olarak incelemekle tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini ve tahkime elverişliliği ayrı değerlendirmektedir³²⁷.

Kanaatimizce de tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği meselesi milletlerarası tahkimde tahkime elverişlilikten ayrı ele alınan bir konudur. Tahkime elverişlilik, belirli uyuşmazlık kategorilerine uygulanırken; esastan geçerlilik, genel olarak tahkim anlaşmasının sözleşmesel geçerliliğini etkilemektedir. Bu nedenle tahkime elverişlilik konusu kavram olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğiyle yakından bağlantılı bir konu olsa da tahkime elverişlilik tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinden farklı değerlendirilmeli³²⁸ ve uygulanacak hukuk açısından da farklı bağlama noktalarına tabi tutulmalıdır. Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk açısından genellikle ulusal kanunlarda bir düzenleme olmamakla beraber hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu belirtilmiştir³²⁹. Tahkime elverişliliğe yönelik karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler birinci bölümde izah edilmişti fakat tahkime elverişlilik meselesinin hangi bağlama noktası ile çözüleceği belirtilmemiş idi. Tahkime elverişlilik açısından uygulamada çeşitli bağlama noktaları bulunmaktadır: tarafların veya bir tarafın ulusal hukuku, asıl sözleşmeye uygulanan hukuk; tahkim yeri hukuku; tahkim anlaşmasına uygulanan hukuk; tenfiz ülkesi hukuku vb. gibi hukuklar dikkate alınabilmektedir³³⁰. Bu çalışmanın konusu gereği tahkime elverişlilik ile ilgili bu sınırlı açıklamalarla yetinilecektir.

Özetle; doktrinde tahkim anlaşmasının geçerliliğinden anlaşılması gereken; şekli geçerlilik, maddi geçerlilik (esastan geçerliliği) ve taraf ehliyetleridir.³³¹ Bunların yanı sıra tahkime elverişlilik de tahkim anlaşmasının tahkimin geçerliliği ile ilgili bir kurumu olmasına rağmen sonuçları bakımından tahkim anlaşmasının geçerliliğinden farklı ele alınmaktadır³³². Şekil, ehliyet ve tahkime elverişlilik dışında kalan tüm konular yani tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığı-iradeyi sakatlayan sebepler-; icap kabulünün birbirine uygun olup olmadığı; tahkim anlaşmasının konu

³²⁷ Özel, s.49-58 ve 62-86.

³²⁸ Özel, s.348; Hanotiau, **What Law Governs**, s.391.

³²⁹ Özel, s. 51; Lew/Mistelis/Kröll, s. 194.

³³⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 196.

³³¹ Akıncı, **Tahkim**, s. 293-294; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 265-319; Şanlı, **Ticari Aktler**, s. 231, 319.

³³² Ibid, **Tahkim**, s. 294.

ve kişi yönünden kapsamı; tahkim anlaşmasının temliki, devri ve sona ermesi gibi konular tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk kavramı içerisinde yer alır³³³. Bu çalışmanın kapsamı tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti olduğundan diğer konulara yönelik yani şekil, ehliyet ve tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunda yukarıda yapılan açıklamalar ile yetinilecektir. Çalışmanın devamında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği üzerinde durulacaktır.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinde, tahkim anlaşmasının varlığına/geçerliliğine ilişkin itirazın hangi aşamada yapıldığı dikkate alınır. Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği hakem önünde veyahut mahkeme önünde inceleme konusu yapılabilir ve buna bağılı olarak uygulanacak hukuk açısından da farklı sonuçlar ortaya çıkabilir³³⁴. Mahkemeler genellikle kendi hukuklarındaki kanunlar ihtilafı kurallarına göre geçerliliği incelerken, hakemler bakımından bir *lex fori* söz konusu olmadığı için hakemlerin uygulanacak hukuk bakımından farklı bağlama noktalarını uyguladıkları görülmektedir³³⁵. İşte çalışmanın bu bölümünde tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitine yönelik düzenlemeler ve uygulamada hakemler ve mahkemelerce kabul edilen bağlama noktaları analiz edilecektir.

§2. TAHKİM ANLAŞMASININ ESASTAN GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

Görüldüğü gibi tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği, tarafların ehliyeti, tahkime elverişlilik tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinden farklı kavramlardır. Bu nedenle bunlara uygulanacak hukukun tespiti de birbirinden farklı değerlendirilmelidir³³⁶. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı prensibi uyarınca asıl sözleşmenin tabi olduğu hukuk otomatik olarak tahkim anlaşmasının

³³³ Akıncı, **Tahkim**, s. 114-115; Özel, s. 79; Abdulla, s. 18; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 34.

³³⁴ Özel, s. 79; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 244.

³³⁵ Berger, **Applicable Law**, s. 305; Hanotiau, **What Law Governs the Issue of Arbitability**, s. 391; Huysal, s. 351; Özel, s. 68; Işık, s. 254; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 321; Lew, s. 120; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 722; Abdulla, s. 24.

³³⁶ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardım**, s. 244; Lew/Mistelis/Kröll, s. 107; Lew, s. 129; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 19; Işık, s. 127; Akıncı, **Tahkim**, s. 292; İlhan, s. 30; van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 287-289.

esastan geçerliliğinde de söz sahibi olmaz. Bu durumda tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağı sorunu karşımıza çıkar.

Bu sorunun çözümünde, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin hangi merci önünde ve yargılamanın hangi aşamasında incelendiği önem arz etmektedir. Nitekim bu durumlara bağlı olarak uygulanacak hukukun tespiti açısından farklı bağlama noktaları tercih edilebilmektedir³³⁷.

Tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği ile ilgili sorunlar hakem heyeti önünde ileri sürülebileceği gibi mahkeme önünde de ileri sürülebilir. İster hakem önünde ister mahkeme önünde ileri sürülmüş olsun, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde temel olan taraf iradesinin esas alınmasıdır³³⁸. Hakemler de mahkeme de bu seçime saygı duyacaktır. Buna göre, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmiş olması durumunda, taraflarca seçilen hukuk uygulanacaktır³³⁹. Fakat böyle açık bir hukuk seçiminin var olmadığı durumda, tahkim yeri hukukunun veyahut asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini en yakından ilgilendiren bağlama noktası olduğu kabul edilir³⁴⁰. Fakat yukarıda değinildiği gibi tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine yönelik iddiaların hakem önünde veya mahkeme önünde ve çeşitli aşamalarda tartışılmasına bağlı olarak sonuç değişiklik arz edebilmektedir.

Çalışmanın devamında tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun kim tarafından ve hangi evrede belirleneceğine bağlı olarak nasıl tespit edileceği analiz edilecektir. Öncelikle hakemlerin yapacağı inceleme değerlendirilecek ardından mahkemelerin yapacağı incelemeye değinilecektir.

³³⁷ Özel, s. 79; Lew, s. 123; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 244; Lew/Mistelis/Kröll, s. 107; Chuckwumerije, s. 34-35; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 19.

³³⁸ Özel, s. 80; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317; Özel, s. 83; van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 291; Akıncı, **Yetkili Hukuk**, s. 11-12.

³³⁹ Lew, s. 128; Chuckwumerije, s. 35.

³⁴⁰ Özel, s. 263.

A. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Hakem Önünde İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik iddiaların hakem heyeti önünde ileri sürülmesi durumunda, hakemler öncelikle taraf iradelerini esas alarak, taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi olup olmadığına bakacaktır³⁴¹. Taraflarca böyle bir hukuk seçimi yapılmış ise, hakemler bu hukuka göre karar vereceklerdir. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere önceden bir hukuk seçimi yapılmış olması nadirdir. Dolayısıyla bu noktada iş hakemlere düşecektir.

Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin hakem heyeti önünde ileri sürülmesi ve taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçilmemiş olması durumunda hakem heyeti *kompetenz-kompetenz* kuralı uyarınca uyumsuzluk konusunda yetkili olup olmadığını tespit etmek için tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemelidir³⁴². Hakem heyeti bu belirlemeyi yaparken iki şeyi göz önünde bulundurur. Bunlardan birincisi, yukarıda değinildiği gibi hakemler açısından bir *lex fori* olmadığı için hakemin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlerken uygulamakla yükümlü olduğu kanunlar ihtilafı kuralları olmamasıdır. Bununla beraber hakem heyetinin kararın iptalinin veya tenfizinin engellenmesini önlemek için geçerli bir karar verme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu nedenle hakemler tahkimi denetleyen ve yöneten tahkim yeri hukukunun tahkim kurallarına uymak zorunda olduğu düşünülebilir. Fakat genellikle ülkelerin tahkim kurallarında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun nasıl belirleneceğine yönelik bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda hakemler kendi kanunlar ihtilafı kurallarını belirleyecektir³⁴³.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda da belirtildiği gibi temsil meselesi bazı görüşlere göre tahkimin esastan geçerliliği kapsamında değerlendirilmektedir. Bu yaklaşım ile paralel olarak temsil meselelerinin tartışıldığı pek çok hakem kararında hakemlerin bu meseleyi tahkim anlaşmasının esasına

³⁴¹ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 21; Ziya Akıncı, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:28, 1992, s. 12; Chuckwumerije, s. 36.

³⁴² Berger, **Applicable Law**, s. 304; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.21.

³⁴³ Berger, **Applicable Law**, s. 305; Lew/Mistelis/Kröll, s.124; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.19; Işık, s. 114; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.247; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.244-245; Özel, s. 102

uygulanacak hukuk kapsamında incelediği görülmüştür. Bu hakem kararlarında temsil meselesinin yukarıda izah ettiğimiz gibi geçerlilik açısından vasıflandırılmasına girilmeden doğrudan tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk uyarınca yetkili olup olmadıkları değerlendirilmiştir. Bu nedenle esasen yetki meselesinin tartışma konusu olduğu bu kararlar genel olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitine değindiğinden konumuz bakımından hakemlerin bakış açısını anlamak açısından faydalı olacaktır. Örneğin 1992 tarihli ICC Karar No. 6850 uyarınca tahkim anlaşmasını imzalayacak kişinin yetkisi tartışılmış ve bu meselenin asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Fransız hukukunun tahkim anlaşmasına da uygulanacağından bahisle Fransız hukukuna göre çözümlenmesi gerektiğine hükmedilmiştir³⁴⁴. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hakemlerin yapacağı inceleme kapsamında ağırlıklı olarak ICC kararlarından örnekler verildiği görülecektir. Bunun sebebi ICC kararlarının düzenli olarak yayınlanıyor olması ve güncel kararlara erişimin kolay olmasıdır.

Aşağıda hakemlerin tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuku tespit ederken dikkate aldığı noktalar ve izledikleri metotlar incelenecektir. Buna göre öncelikle tarafların hukuk seçimi yapmış olması ihtimali incelenecektir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda ise uygulamada hakemler temel olarak dört metot uygulayarak meseleyi çözmektedir. Bunlar; tahkim yeri hukuku; asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk; bir tahkim kurumu seçilmiş olması durumunda, seçilen tahkim kurumu kuralları ve hukukun genel prensipleridir³⁴⁵. Aşağıda bu metotlar detaylıca incelenecektir.

I. İrade Serbestisi: Taraflarca Hukuk Seçimi Yapılmış Olması Durumu

Birinci bölümde değinildiği üzere tahkim anlaşmasının en temel unsuru taraf iradesidir. Sözleşmesel alanda geçerli olan irade serbestisi ilkesi tahkimde de geçerlidir. Taraflar arasında uyuşmazlıkların tahkim ile çözümü yolunda ortak bir iradenin oluşması ile taraflar kural olarak iradi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan

³⁴⁴ 1992 tarihli ICC *Manufacturer Y SA v Distributor X GmbH* kararı, ICC Karar No.6850, **XXIII YBCA**, Yıl: 1998, s.37-411.

³⁴⁵ Özel, s. 84; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 262; Chuckwumerije, s. 36; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 487-489.

tahkim üzerinde anlaşmış olacaklardır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı prensibi uyarınca taraflar tahkim anlaşmasına uygulanmasını istedikleri hukuku sözleşmede kararlaştırabilir ve böylelikle istemedikleri hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmasına engel olabilirler³⁴⁶.

Tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinde öncelikli olarak dikkate alınan taraf iradesi, yukarıda incelendiği üzere özellikle tahkim anlaşmasının şekil ve ehliyet bakımından geçerliliği açısından sınırlandırılmıştır. Örneğin, ehliyet meselesinin kişinin milli hukukuna tabi tutulması ile beraber ehliyete uygulanacak hukuk irade serbestisi prensibinin dışında bırakılmıştır³⁴⁷. Keza aynı şekilde uluslararası sözleşmelerde ve ulusal kanunlarda tahkim anlaşmasının ne şekilde yapılmasının açıkça düzenlenmiş ve yazılılık prensibinin hemen hemen hepsinde ortak nokta olması şekil açısından uygulanacak hukukun tespitindeki önemi azaltmıştır. Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinde ise taraf iradesi önem arz etmektedir. Zira gerek hakemlerce gerek mahkemelerce öncelikli olarak bakılan husus taraflarca sözleşmede tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi olup olmadığıdır. Taraflar tahkim anlaşması için bir hukuk seçimi yapmış iseler bu maddi hukuk tahkim anlaşmasına yönelik geçersizlik iddialarının çözümünde de etkin olacaktır³⁴⁸. Hakemler önündeki yargılamada tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik ileri sürülen iddialarda hakemler öncelikle taraf iradelerini dikkate alacak ve taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçilmiş hukuk var ise onu uygulayacaklardır. Nitekim taraflarca yapılan hukuk seçiminin arkasında taraflar açısından pratik sebepler bulunabilir³⁴⁹. Taraflar bu suretle tahkim anlaşmasının esasına yönelik ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlığa uygulanmasını istemedikleri hukuku bertaraf etmiş olabilirler.

Pek çok ülke hukukunda tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka yönelik açıklamalarının herhangi bir şekle tabi tutulmadığı

³⁴⁶ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 38; Özel, s. 80; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 227; Berger, **Applicable Law**, s. 319-320.

³⁴⁷ Akıncı, **Yetkili Hukuk**, s. 11.

³⁴⁸ Özel, s. 83; van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 291; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317; Şanlı, **Ticari, Akitler**, s. 258.

³⁴⁹ **Ibid**, s. 12.

görülmektedir. Buna göre taraflar istedikleri hukuku açık veya zımni irade beyanı ile açıklayabilecektir³⁵⁰.

1. Açıkça Kararlaştırılmış Olması

Açık hukuk seçimi tarafların sözleşmede açıkça tahkim anlaşmasına uygulanmasını istedikleri hukuku yazmaları halinde veyahut sözleşmeye dâhil edilmemiş olsa da hakemler önüne giden uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili bir tartışmada geçerliliğe uygulanacak hukuku yine hakem önünde yapılacak anlaşma ile kararlaştırdıkları halde gerçekleşir³⁵¹.

Uygulamada taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku genellikle açıkça belirlemezler³⁵². O nedenle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti yapılırken tarafların zımnen kararlaştırdıkları yani açıkça seçmedikleri fakat murat ettikleri başka bir hukukun var olup olmadığı, var ise bu hukukun tespiti önem taşıyacaktır. Bu noktada en önemli sorun çoğunlukla taraflarca hukuki ilişkinin esasına uygulanması öngörülen hukukun açıkça bir hukuk seçimi yapılmamış olan tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımnen kararlaştırılmış olup olmadığının tespitidir.

2. Zımnen Kararlaştırılmış Olması

Yukarıda belirtildiği gibi, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere açık bir hukuk seçiminin olmaması durumunda, tarafların zımnen de olsa murat ettikleri ve tahkim anlaşmasına uygulanmasını istedikleri bir hukuk olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu durum tespit edilirken, herhangi bir sözleşmede zımnen kararlaştırılan bir hukukun olup olmadığının tespitinde dikkat edilen hususlar burada da kıyasen uygulanabilecektir. Buna göre hakemler sözleşmenin diğer hükümleri ve tarafların davranışlarını inceleyerek sözleşmenin devam hükümleri veyahut tarafların davranışlarından açıkça tahkim anlaşmasına uygulanmasını istedikleri hukuku tespit

³⁵⁰ Akıncı, **Yetkili Hukuk**, s. 13; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 473.

³⁵¹ Akıncı, **Yetkili Hukuk**, s. 13; Lew/Mistelis/Kröll, s. 415.

³⁵² Born, **International Commercial Arbitration**, s. 454; Berger, **Applicable Law**, s. 305; Işık, s.83.

edilebiliyor ise bu durumda artık tahkim anlaşmasına da bu hukuk kuralları uygulanabilecektir³⁵³.

Bu noktada hangi durumlarda zımnen hukuk seçimi yapılmış kabul edileceği önem arz etmektedir. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka yönelik sözleşmede açıkça bir hüküm bulunmaması durumunda, asıl sözleşmeye uygulanmak üzere herhangi bir hukuk seçilmiş veya tahkim yeri taraflarca seçilmiş ise asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun veya tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere zımnen seçildiğinin kabul edilmesi yaygın bir yaklaşımdır. Esasen bu husus sadece hakemler tarafından değil mahkemeler tarafından da kabul edilen bir yaklaşımdır³⁵⁴.

ICC kuralları uyarınca görülen pek çok davada, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmiş olması halinde bu hukukun taraflarca zımnen tahkim anlaşmasına da uygulanmasının kabul edildiğine hükmedilmiştir³⁵⁵. Örneğin, ICC nezdince görülen bir davada, davaya konu olan olayda uyuşmazlık konusu sözleşmenin taraflarından biri olan anonim şirket daha sonradan limited şirkete dönüşmüştür. Hakem önüne giden meselede limited şirketin ayrı bir tüzel kişilik olduğu bu nedenle limited şirkete dönüşmeden önce imzalanan tahkim anlaşmasının limited şirketi de kapsayıp kapsamayacağı meselesi tartışılmıştır. Hakemlerce, limited şirket ile anonim şirketin aynı tüzel kişiliğe sahip olmasa da tahkim anlaşmasının yalnızca taraflarını değil, aynı zamanda tarafların haleflerini veya sözleşmeyi devralanları da bağladığına hükmedilmiştir. Bunun tek istisnası olarak, tahkim anlaşmasının taraflarının haleflerini veya devralanları hariç tutacak şekilde yeniden hazırlandığı durum gösterilmiştir. Söz konusu kararda yapılan değerlendirmede asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmiş bir hukukun olması ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka yönelik özel bir hüküm olmaması nedeniyle asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmiş hukukun tahkim anlaşmasının

³⁵³ Lew/Mistelis/Kröll, s. 415.

³⁵⁴ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 262, Rotterdam İlk Derece Mahkemesinin 28 Eylül 1995 tarihli *Petrasol BV v. Stolt Spur Inc* kararı, **XXII YBCA**, Yıl: 1997, s.762-765; İngiltere Yüksek Mahkemesi 28 Temmuz 1999 tarihli *XL Insurance Ltd v Owens Corning* kararı, **XXVI YBCA**, Yıl: 2001, s.869-885.

³⁵⁵ 1977 tarihli ICC *German Company v. Italian Company* kararı, ICC Karar No.2626, **105 Journal du Droit International**, Yıl: 1978, s. 980 vd.; Sigvard Jarvin/Yves Derains, **Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985**, Cilt I, Hollanda: Kluwer Law International, 1990, s. 316; 1990 tarihli ICC *Principal v Distributor* kararı, ICC Karar No.6379, **XVII YBCA**, Yıl: 1992, s. 215; 1991 tarihli ICC *Egyptian Seller v. Senegalese Buyer* kararı, ICC Karar No.6840, **119 Journal du Droit International**, Yıl: 1992, s.1030-1034.

geçerliliğine de uygulanacağı kabul edilmiştir. Buna göre taraflarca asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen Alman hukukunun taraflarca zımnen tahkim anlaşmasına da uygulanacak hukuk olarak seçildiğine hükmedilmiştir³⁵⁶.

Bununla beraber, bir diğer yaklaşım ise tarafların tahkim yerini seçmekle zımnen tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku da seçtiklerinin kabul edilmesidir³⁵⁷. Bu nedenle tahkim anlaşmasının geçerliliğine de tahkim yeri hukuku uygulanmalıdır.

Sonuç olarak hakemler önünde taraflardan birinin tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi durumunda, hakemler öncelikle taraflarca seçilmiş hukuka bakacaklardır. Uygulamada bu iradenin açık veya zımni olabileceğinin kabul edildiğini görüyoruz. Fakat kanaatimizce zımni iradeleri belirlemek zor olabilir nitekim zımni irade belirlenirken ki temel kriterleri yukarıda belirttik fakat bunun yanı sıra sözleşmenin ifa yeri hukuku, sözleşme yapılırken benimsenen örf ve adet kuralları gibi pek çok başka kriter bulunmaktadır³⁵⁸. Bu kriterlerin hepsi göz önüne alınmalıdır. Bunun yanı sıra taraflar sözleşmenin belli kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını da isteyebilirler. Bu nedenle hukuk seçiminin kanaatimizce taraflarca açıkça yapılmış olmasının aranması esas olmalıdır. Örneğin, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun zımnen taraflarca tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere seçildiği varsayımı bağımsızlık prensibi dikkate alındığında her zaman doğru olmayabilir. Esas olan tarafların elde edecekleri menfaattir ve bu menfaatler gereğince tahkim anlaşmasına uygulanmasına istedikleri hukuku yine en iyi taraflar seçebilecektir. Kanaatimizce, bu seçim açıkça yapılmalıdır. Zira bu durumda zımni hukuk seçiminin yanlış tespit edilmiş olması durumunun masraf ve zaman açısından yaratacağı elverişsiz koşullar ortadan kaldırılabilecektir. Bununla beraber tarafların zımni hukuk seçimleri tereddüte yer verilmeyecek şekilde anlaşılabilir ise bu durumda tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine zımnen seçilen bu hukukun uygulanması söz konusu olacaktır. Bir örnek ile açıklamak gerekir ise; tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamış

³⁵⁶ 1977 tarihli ICC *German Company v. Italian Company* kararı, ICC Karar No.2626, **105 Journal du Droit International**, Yıl: 1978, s. 980 vd..

³⁵⁷ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 262, 1988 tarihli ICC *Société de Lubrifiants Elf Aquitaine v. A.R.Orri* kararı, Karar No.5730, **117 Journal du Droit International**, Yıl: 1990, s. 1029-1036; Akıncı, **Yetkili Hukuk**, s.13.

³⁵⁸ Akıncı, **Yetkili Hukuk**, s.13.

olmasına rağmen tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin dilekçesinde seçilen hukuk olarak belirttiği hukuka diğerinin itiraz etmemesi halinde zimni hukuk seçiminden bahsedilebilir böyle bir durumda artık tahkim anlaşmasının geçerliliğine taraflarca tahkim yargılaması sırasında zımnen seçilen bu hukuk uygulanabilir.

II. Taraflarca Hukuk Seçimi Yapılmamış Olması Durumu

Taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçilmemiş olması durumunda, hakem heyeti önünde ileri sürülen geçersizlik iddiasında hakem heyetinin hangi hukuku uygulayarak meseleyi çözeceği önem arz etmektedir³⁵⁹.

Uygulanacak hukukun tespitinde genel olarak mahkemeler tarafından *lex fori*'nin yani hâkimin hukukunun parçası olması sebebiyle hâkimin kanunlar ihtilafı kuralları benimsenirken, hakemler tahkim yeri kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı olmadığından³⁶⁰, hakemler tahkim anlaşmasına uygulanmasına karar verdikleri hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına göre veyahut hiçbir kanunlar ihtilafı kurallarına atıf yapmadan “uygun gördükleri” hukuka göre tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar vermektedirler³⁶¹. Bununla beraber yukarıda belirtildiği gibi tahkim anlaşmasının geçerliliğine hakem tarafından uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen ülke çok nadirdir. Dolayısıyla hakemler kendi kanunlar ihtilafı kurallarını belirleyecek ve farklı metotlar kullanarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tespit edecektir. Uygulamada hakemlerin temel olarak dört metot uygulayarak meseleyi çözdüğünü görmekteyiz:

- i. Tahkim yeri hukuku;
- ii. Asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk;
- iii. Bir tahkim kurumu seçilmiş olması durumunda, seçilen tahkim kurumu kuralları;
- iv. Hukukun genel prensipleri³⁶².

³⁵⁹ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 454; Berger, **Applicable Law**, s. 305; Işık, s. 83.

³⁶⁰ Işık, s. 114; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 247; Lew, s. 135; Berger, **Applicable Law**, s. 306; Huysal, s. 351; Akıncı, **Tenfiz**, s. 62-63; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 258; Esen, **Üçüncü Kişilere Teşmil**, s. 67.

³⁶¹ Lew, s. 135; Işık, s. 114; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 247.

³⁶² Özel, s. 84; Chuckwumerije, s. 36; Lew/Mistelis/Kröll, s. 127; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 222; Işık, s. 114.

Bu metotlar arasında hakemlerce uygulamada en çok kabul gören görüş tahkim anlaşmasının esastan geçerli olup olmadığının tahkim yeri hukukuna göre tespit edilmesidir³⁶³. Bu görüş milletlerarası tahkimde baskın görüş haline gelmiştir. Bu görüşün baskın görüş haline gelmesinin temelinde hakemlerin geçerli ve ileride iptal edilmeyecek bir karar verme yükümlülüğü yer almaktadır³⁶⁴. Nitekim pek çok uluslararası tahkim merkezi kuralları hakemlerin bu yükümlülüğüne atıf yapar. Örneğin, ICC Tahkim Kuralları m. 42 hakemlerin kararın icrası için her türlü gayreti gösterme yükümlülüğünden bahseder³⁶⁵. Bundan hareketle tahkim yeri ve tenfiz yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanması hakem kararının icra edilebilirliğinin garantisi olacaktır zira böylelikle kararın iptalinin veyahut tenfizin reddinin önüne geçilebilecektir. Bu görüş New York Sözleşmesi m. V(1)(a) ve Avrupa Sözleşmesi m. VI(2) ile de paraleldir. Nitekim bu iki sözleşme uyarınca da tahkim anlaşmasının geçerliliği taraflarca seçilmiş hukuka, böyle bir hukuk tespit edilemiyor ise tahkim yeri hukukuna göre tespit edilecektir. Bu sözleşmelerdeki düzenlemelere aşağıda detaylıca değinilecektir³⁶⁶.

Bunun yanı sıra tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin asıl sözleşmenin tabi olduğu hukuka göre belirlenmesi de uygulamadaki baskın görüşlerden biridir. Zira bu metodu benimseyenlere göre, asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk tahkim anlaşması ile en yakın bağlantılı ve taraflarca aslında tahkim anlaşmasının esasına da uygulanması niyet edilen hukuktur³⁶⁷.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinde hakem heyeti tespitini yaparken başka metotlar da kullanılabilir. Buna göre; taraflarca tahkime uygulanmak üzere herhangi bir ülkenin tahkim kanunlarının değil de bir tahkim kurumunun kurallarının seçilmiş olması durumunda bu tahkim kurallarına göre tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verebilecektir. Yani hakemler kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmadan tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak maddi

³⁶³ Özel, s. 84; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 19; Derains/Schwartz, s. 354.

³⁶⁴ **Ibid.**

³⁶⁵ ICC Tahkim Kuralları m. 42 şu şekildedir: “*In all matters not expressly provided for in the Rules, the Court and the arbitral tribunal shall act in the spirit of the Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law.*” (<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>)

³⁶⁶ Bkz. İkinci Bölüm, §2, A, I, 1 ve II, 1.

³⁶⁷ Özel, s. 84; Kararlar için bkz. Chuckwumerije, s. 36; Horacio A. Grigera Naon, **Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration**, Boston, 2001, s. 64-67 vd; Derains/Schwartz, s. 354.

hukuku tespit edilecektir. Örneğin, ICC nezdinde görülen bir tahkimde hakem heyeti tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği ilgili önüne gelen bir tartışmada ICC tahkim kurallarını dikkate alarak meseleyi ona göre çözecektir. Her ne kadar ICC kurallarında tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuka yönelik açık bir hüküm yer almasa da ICC kuralları m. 42’de hakemlerin ileride icra edilebilir bir karar vermek için gerekli gayreti göstermesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu nedenle ICC tahkimlerinde hakemlerin, kararın iptalini engellemek adına tahkim yeri hukukunu öncelikli olarak uyguladığı görülmektedir³⁶⁸. Türk hukukunda ise bu yükümlülüğün dayanağı BK m. 506/2 olarak gösterilebilir³⁶⁹. Zira hakemlerle taraflar arasındaki ilişkinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilir³⁷⁰. Buna göre vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu kabul edilir³⁷¹.

Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin tespitinde bir diğer uygulama ise milletlerarası kabul görmüş prensiplerin uygulanmasıdır. Ancak milletlerarası kabul görmüş prensipler kavramı henüz tam olarak net değildir, mahkemeler ve hakemlerce bu kavramın kapsamına yönelik üzerinde anlaşılmış kriterler henüz mevcut değildir³⁷². Bazı ülke hukuklarında tahkim anlaşmasına milletlerarası teamüller veya kabul görmüş prensiplerin uygulanması kabul edilebilir. Yani başka bir ifade ile uygulanacak hukukun tespitinde tarafların sadece bir ulusal hukuk değil genel hukuk prensiplerini, kuralları veyahut *lex mercatoria* da seçebileceği kabul edilir³⁷³. Bu yaklaşım İsviçre ve Türk hukukunda kabul görmemiştir. Örneğin Türk hukukunda MTK m. 4/3 uyarınca “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir*”. İlgili düzenleme uyarınca, tahkim anlaşmasının geçerliliği, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmış olması durumunda seçilen hukuka, yapılmamış olması durumunda ise Türk hukukuna göre değerlendirilecektir. Yani tahkim anlaşmasının geçerliliğinin

³⁶⁸ 1983 tarihli ICC *Yugoslavia Company V. German Company* kararı, ICC Karar No. 4392, **110 Journal du Droit International**, Yıl: 1983, s. 907 vd; ICC Karar No 5486, YBCA 1989: Chuckwumerije, s. 37; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.19; Derains/Schwartz, s. 354.

³⁶⁹ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.19; Derains/Schwartz, s. 354

³⁷⁰ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.19; Akıncı, **Tahkim**, s. 15.

³⁷¹ BK m. 506/2 şu şekildedir:

“*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*”

³⁷² Özel, s.84, Chuckwumerije, s. 35 .

³⁷³ Özel, s.84; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 262.

değerlendirilmesinde milletlerarası prensipler değil bir ülke hukukunun uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Aksi halde kararın iptali söz konusu olacaktır. MTK m. 4/3 yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK'nın hükümlerinin uygulanmasının taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulur. MTK'nın uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda hakemlerin taraflarca seçilmiş hukuk yok ise tahkim anlaşmasının esasen geçerliliğini Türk Hukuku'na göre değerlendirmesi gerekmektedir³⁷⁴. Aksi halde kararın iptali söz konusu olabilecektir. Nitekim New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca da Sözleşme'ye taraf ülkelerden birinde görülen tenfiz davasında taraflarca seçilmiş bir hukuk yok ise hakem kararının verildiği yer kanununa göre tahkim anlaşmasının hükümsüz olması tenfiz reddi sebebi olabilir³⁷⁵.

Benzer şekilde İsviçre MÖHUK madde 178/2 uyarınca da tahkim anlaşması taraflarca seçilmiş hukuka veya asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka veya İsviçre hukukundan birine göre yapılacak analize göre geçerli ise, geçerli kabul edilecektir. Diğer bir ifade ile tahkim anlaşmasının geçerliliğinde yalnızca bu sayılan “*hukuk*”lar dikkate alınacaktır³⁷⁶. Buna *in favorem validatis* prensibi de denilmektedir. Bu prensipten aşağıda mahkemelerin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitine yönelik yapacağı incelemenin anlatıldığı kısımda detaylıca bahsedilecektir³⁷⁷. Türkiye ve İsviçre'nin aksine, Fransa'da ise herhangi bir ülkenin maddi hukuk kurallarının tahkim anlaşmasına uygulanmasının şart olmadığı, uluslararası ilkelerin de uygulanabileceği önemli olanın taraf iradesi olduğu ifade edilmektedir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine “uluslararası kamu düzeni” ve Fransız hukukunun emredici normlarının uygulanması gerektiği kabul edilmiştir³⁷⁸. Fransız hukukunun emredici normları kararın sonradan iptali veya tenfiz engeli durumlarının ortaya çıkmaması adına önemlidir. Yine ICC tahkim kuralları uyarınca görülen pek çok yargılamada tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, milli bir

³⁷⁴ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 38; Akıncı, s. 113.

³⁷⁵ Van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 126.

³⁷⁶ *In favorem validatis* prensibi bkz. Özel, s. 82; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 263; Girsberger/Voser, s. 86-87; Abdulla, s. 19; Lew/Mistelis/Kröll, s. 122; Focuhard/Gaillard/Goldman, s. 236-237; Turgut Kalpsüz, “**Milletlerarası Tahkim Kanununda ICC Tahkim Kuralları ile IPL'den Esinlenen Hükümler**”, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, s. 25-26; Turgut Kalpsüz, **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, Ankara, 2007, s. 36-37.

³⁷⁷ Bkz. İkinci Bölüm, §2, B, IV, 3.

³⁷⁸ Fransa Temyiz Mahkemesinin 20 Aralık 1993 tarihli *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico* Kararı, **Revue de l'arbitrage**, Yıl: 1994, s.116-117; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 263-264; Focuhard/Gaillard/Goldman, s.230 vd.

hukuk yerine hukukun genel ilkeleri, uluslararası ticari tahkim teamülleri ve özellikle dürüstlük kuralı olarak belirlenmiş ve tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar verilmiştir³⁷⁹.

Temel görüşlerin yanı sıra tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinde başka yaklaşımlar da bulunmaktadır. Örneğin tahkim yeri ile benzer güvencelerin sağlanması açısından ileride tenfizin yapılacağı olası ülke hukuku dikkate alınarak uygulanacak hukukun tespiti de mümkündür. Nitekim hakemlerin en temel görevi icra edilebilir bir karar vermektir. New York Sözleşmesi'ne taraf devletlerden her biri diğer taraf devletlerde verilen hakem kararlarının geçerliliğini tanıyacak ve Sözleşme'de yer alan şartlar çerçevesinde tanınması ve tenfizine karar verebilecektir³⁸⁰. Bununla beraber, New York Sözleşmesi uyarınca Sözleşme'ye taraf bir ülkede tenfiz edilecek kararlar açısından, kararın verildiği ülkede iptal edilmiş olması halinde tenfiz hâkimine tenfizi reddetme yetkisi verilmiştir. New York Sözleşmesi'nin V(1)(e) maddesi³⁸¹ uyarınca hakem kararının taraflar için henüz bağlayıcı hale gelmemiş olması veya kararın verildiği yer hukuku yahut tabi olduğu hukukun yetkili makamı tarafından iptal edilmiş olması veya hakem kararının icrasının geri bırakılmış olması söz konusu kararın diğer ülkelerde tenfiz edilmesine engel olabilir³⁸². Genel kural bu olmakla beraber, iptal edilmiş hakem kararlarının tanıma ve tenfizine imkân veren hukuklar bulunduğuna değinmekte fayda görüyoruz³⁸³. Bu husus aşağıda detaylıca izah edilecektir³⁸⁴. Bununla beraber, New York Sözleşmesi V(1)(e) hükmü de aslında tahkim yeri hukukunun önemine vurgu

³⁷⁹ 1986 tarihli ICC *Lebanese party v. Two Pakistani companies* kararı, ICC Karar No.5065, **114 Journal du Droit International**, Yıl: 1987, s. 1039; 1998 tarihli ICC Karar No.8910, **Collection of ICC Arbitral Awards IV**, s. 569-579; 1990 tarihli ICC *European Company v. American and Egyptian Parties* kararı, ICC Karar No.5721, **Journal du Droit International**, Yıl: 1990, s. 1020.

³⁸⁰ Nuray Ekşi, “**İptal Edilmiş Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizi, Milletlerarası Tahkim Semineri**”, 3 Nisan 2009, Ankara, Türkiye Milli Komitesi, s. 48.

³⁸¹ New York Sözleşmesi m. V(I) şu şekildedir:

“I. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (...)

(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”

³⁸² Ekşi, s. 56-57.

³⁸³ Ekşi, s. 56-57; Akıncı, **Tahkim**, s. 398; Hatice Özdemir Kocasakal, “**Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Tenfiz Edilebilirliği**”, *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler*, ed. Süheylâ Balkar Bozkurt, On İki Levha 2018, s. 139; Zeynep Derya Tarman, “**İptal Edilmiş Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, Sayı:90, s. 123.

³⁸⁴ *Bkz.* İkinci Bölüm, §2, A, II, 1.

yapmaktadır³⁸⁵. Diğer bir deyişle muhtemel tenfiz ülkesi New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülke ise geçerlilik değerlendirmesini zaten tahkim yeri hukukuna göre yapabilecektir. New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan ülkeler açısından ise tenfiz ülkesinin ulusal kanunları dikkate alınabilecektir. Ayrıca, tenfiz yapılacak ülke her durumunda önceden belli olmayabilir. Özellikle bazı ülke hukukuna göre geçersiz kabul edilecek tahkim şartının bazı diğer ülkelerde geçerli kabul edildiği ihtimalde tenfiz yerinin kesinliğinden emin olunmadan böyle bir değerlendirme yapmak kararın icrası için riskli olacaktır. Bununla beraber, muhtemel tenfiz ülkelerinin hakemlerce tespit edilmesinin hakemlerin gelecek kararının davacı lehine olduğuna işaret olarak algılanması da söz konusu olabilir. Bu nedenle muhtemel tenfiz ülkesi hukuku uygulamada hakemlerce nadiren tercih edilmiştir.

1. Tahkim Yeri Hukuku

Yukarıda izah edildiği gibi hakemler tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde öncelikle tarafların açık veya örtülü olarak yapmış oldukları hukuk seçimlerini dikkate almaktadır. Herhangi bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde, baskın görüş uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku olduğudur. Tahkim anlaşmasının usuli yanı, onu *lex arbitri* yani tahkim yeri hukuku hâkimiyetine sokar³⁸⁶. Bu nedenle tahkim yeri hukuku tahkim anlaşmasının geçerliliğinde de uygulanacaktır³⁸⁷. Örneğin, ICC Karar No. 7154'de tahkim şartını içeren asıl sözleşmenin devrine bağlı olarak tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği tartışma konusu olmuş, hakem heyeti, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız olduğunu belirterek taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçilmemiş olması sebebiyle tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine, usuli yanını dikkate alarak tahkim yeri hukuku olan İsviçre Hukuku'nu uygulamıştır³⁸⁸.

Pek çok ülkenin taraf olduğu New York Sözleşmesi de taraflarca seçilmiş bir hukukun olmaması durumunda “*kararın verildiği yer hukukunun*” tahkim

³⁸⁵ Lew/Mistelis/Kröll, s. 125.

³⁸⁶ Lew, s. 141; Lew/Mistelis/Kröll, s. 124, Berger, **Applicable Law**, s. 304-305; Özel, s. 84; Bilgehan Yeşilova, “**Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler**”, TBB Dergisi, Sayı 76, 2008, s. 101; Deren-Yıldırım N., **UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, İstanbul 2004, s. 26; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 543.

³⁸⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 223; Lew/Mistelis/Kröll, s. 107; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 243, Özel, s. 84.

³⁸⁸ Naklen Lew, s. 142.

anlaşmasının geçerliliği ile en ilgili bağlama noktası olduğunu, bu nedenle maddi geçerliliğe de bu hukukun uygulanması gerektiğini kabul etmektedir³⁸⁹. New York Sözleşmesi'nde yer alan “*kararın verildiği yer hukuku*” tabiri ile kastedilen tahkim yeri (“*place of arbitration*”) hukukudur³⁹⁰. Bu genel kabul edilen yaklaşımın milletlerarası hukukta bir istinası bulunmaktadır. 1992 tarihli House of Lords kararında “*hakem kararının verildiği yer*” ile kastedilenin kararın imzalandığı yer olduğuna karar verilmiştir³⁹¹. Kaldı ki, her ne kadar New York Sözleşmesi'nde “*hakem kararının verildiği yer hukuku*”nun neye göre belirleneceği belirtilmese de pek çok uluslararası ve ulusal düzenlemede bu yönde hükümler yer almaktadır. Örneğin, ICC Tahkim Kuralları m. 31(3) uyarınca hakem kararının tahkim yerinde verildiği kabul edilmelidir denilmektedir³⁹². Benzer şekilde, UNCITRAL Model Kanun m. 31(3) uyarınca karar, verildiği tarihi ve m. 20(1) uyarınca belirlenen tahkim yerini belirtmelidir. Bu yer aynı zamanda hakem kararının verildiği yer sayılmaktadır³⁹³. 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu m. 53 uyarınca da tahkim yerinin İngiltere, Galler veyahut Kuzey İrlanda olarak seçildiği durumda, karar imzalandığı veyahut taraflara tebliğ edildiği yer başka bir ülke de olsa, tahkim yeri ülkesinde yapılmış sayılacaktır³⁹⁴.

³⁸⁹ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s.262; Lew/Mistelis/Kröll, s. 124.

³⁹⁰ Avusturya Yüksek Mahkemesinin 23 Ekim 2007 tarihli *K v. F AG, Oberster Gerichtshof* kararı, **XXXIII YBCA**, Yıl: 2008, s. 354-359; İspanya Yüksek Mahkemesinin 10 Şubat 1984 tarihli *English Company X v. Spanish Company* Kararı, **X YBCA**, Yıl: 1985, s. 493-495; İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi 1 Ağustos 2008 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* kararı, [2008] EWHC 1901; İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesinin 20 Temmuz 2009 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* kararı ile onanmıştır, 20 Temmuz 2009, 2008/2613; İngiltere Yüksek Mahkemesi 3 Kasım 2010 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs Government of Pakistan*, UKSC 2009/0165.

³⁹¹ İngiliz Lordlar Kamarası 24 Temmuz 1991 tarihli *Richard Henry Moffit Outhwaite v. Robert Ralph Scrymegeour Hiscox* kararı, **XVII YBCA**, Yıl: 1992, s. 599-606. Genellikle hakem kararının imzalandığı yer veya taraflara tebliğ edildiği yer kararın verildiği yer olarak kabul edilemeyecektir. Fakat ilgili House of Lord kararında, hakem kararının imzalandığı yerde verildiğine karar verilmiştir. Diğer bir ifadeyle tahkim yeri kararın imzalandığı yer olarak kabul edilmiştir. Bkz. Özel, s.85.

³⁹² ICC Tahkim Kuralları m. 31(3) şu şekildedir: “*The award shall be deemed to be made at the place of the arbitration and on the date stated therein.*”

³⁹³ Model Kanun m. 31(3) şu şekildedir: “*The award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 20(1). The award shall be deemed to have been made at that place.*”

³⁹⁴ İngiliz Tahkim Kanunu m. 53 şu şekildedir: “*Unless otherwise agreed by the parties, where the seat of the arbitration is in England and Wales, or Northern Ireland, any award in the proceedings shall be treated as made there, regardless of where it was signed, despatched or delivered to any of the parties*”

New York Sözleşmesi ile benzer şekilde Avrupa Sözleşmesi madde VI(2)(b), UNCITRAL Model Kanunu madde 34(2)(a)(i) ve 36(1)(a)(i) uyarınca da tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk tahkim yeri hukukudur.

Milletlerarası anlaşmalarda ve Model Kanun'da yer alan açık hükümlerin yanı sıra, tahkimi usuli açıdan yöneten ve denetleyen hukuk olan tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esası açısından da geçerli kabul edilmesi özellikle hakem kararının icrası aşamasında önem arz edecektir. Zira hakemlerin en birincil görevi ileride icra edilebilir bir karar vermektedir. Hakem kararının geçerliliği ve icra edilebilirliği kural olarak hakem kararının iptal edilmemesine bağlıdır. Nitekim pek çok ülkenin kanunlarında, milletlerarası anlaşmalarda ve Model Kanun'da tahkim anlaşmasının geçersizliği iptal sebepleri arasında düzenlenmiştir. İptal davası kural olarak tahkim yeri mahkemesinde açılır ve iptal mahkemesi hâkiminin hukukuna göre incelenir. Bu nedenle, hakemlerin, en azından tahkim yeri hukuku kuralları açısından icra edilebilir bir karar vermesi sağlanmalıdır³⁹⁵. Örneğin ICC tahkim kuralları m. 42 uyarınca hakemler icra edilebilir bir karar vermek için ellerinden gelen bütün gayreti göstermelidir³⁹⁶. Bu nedenle, ICC tahkim kuralları uyarınca görülen yargılamalarda hakem heyetlerinin tahkim yeri hukuku ile bağlı oldukları kabul edilir³⁹⁷. Hakem heyeti önüne gelmiş olan tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiasının çok büyük ihtimalle ileride iptal aşamasında ulusal mahkeme önüne de geleceği açıktır. Böyle bir durumda, iptal mahkemesi hakem kararının iptaline yönelik bir karar verirken tahkim anlaşmasının geçerliliğini kendi hukukuna göre tespit edecektir. İptal mahkemesinin kendi hukuku denildiğinde anlaşılması gereken tahkim yeri hukukudur. İşte bu nedenle, tahkim yeri hukukuna göre geçerli olan tahkim anlaşmasına dayanılarak verilmiş olan hakem kararının ileride iptalinin önüne geçilmiş olunur. Bu görüş aslında günümüzde milletlerarası tahkimde hakemlerce en çok benimsenen görüş haline gelmiştir zira yukarıda değinildiği gibi hakemlerin amacı icra edilebilir, iptal edilmeyecek bir karar vermektedir. Bunun içinde hakemlerin ileride iptal mahkemesinin geçerliliğe uygulayacağı hukuka göre karar verme eğiliminde olduğu görülür. Bu da tahkim yeri hukukudur. Bu aslında yukarıda

³⁹⁵ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 22; Lew/Mistelis/Kröll, s. 125; Özel, s. 84; Derains/Schwartz, s. 354.

³⁹⁶ ICC Tahkim Kuralları m. 42 şu şekildedir: *"In all matters not expressly provided for in the Rules, the Court and the arbitral tribunal shall act in the spirit of the Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law."*

³⁹⁷ 18 Ağustos 1987 tarihli ICC *Bermudian Company v Spanish Company* kararı, ICC Karar No.5485, **XIV YBCA**, Yıl: 1989, s.156-173; Chuckwumerije, s. 37; Lew, s. 126.

bahsedildiği üzere New York Sözleşmesi'ne taraf ülkeler açısından tenfiz hâkiminin de inceleyeceği hukuk olabileceğinden, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanması ile kararın tenfizinin reddedilmesi de engellenmiş olabilecektir. Zira New York Sözleşmesi uyarınca hakem kararı, taraflarca seçilmiş bir hukuk yok ise kararın verildiği yer hukukuna yani tahkim yeri hukukuna göre geçersiz ise tenfizi reddedilebilir³⁹⁸.

New York Sözleşmesi m. III uyarınca New York Sözleşmesi'ne taraf devletlerden her biri diğer taraf devletlerde verilen hakem kararlarının geçerliliğini tanıyacak ve Sözleşme'de yer alan şartlar çerçevesinde tanınması ve tenfizine karar verecektir³⁹⁹. New York Sözleşmesi'nin V(1)(e) maddesi uyarınca hakem kararının taraflar için henüz bağlayıcı hale gelmemiş olması veya kararın verildiği yer hukuku yahut tabi olduğu hukukun yetkili makamı tarafından iptal edilmiş olması veya hakem kararının icrasının geri bırakılmış olması söz konusu kararın diğer ülkelerde tenfiz edilmesine engel olabilir⁴⁰⁰. Bununla beraber uygulamada New York Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemenin iptal edilen hakem kararlarının tenfiz hâkimine tenfizi reddetme yükümlülüğü değil fakat reddetme yetkisi verildiği kabul edilmektedir⁴⁰¹. Paulsson'a göre New York Sözleşmesi m. V(1)(e) maddesinde "tenfiz talebini reddeder" ifadesi yerine "tenfiz talebini reddedebilir" ("*may be refused*") ifadesinin kullanılması, verildiği yerde iptal edilen hakem kararlarının tenfiz edilmesi hususunu akit devletlere bırakmaktadır⁴⁰². Fakat doktrinde bunun aksini savunan görüşler de bulunmaktadır. Örneğin van den Berg'e göre iptal edilen hakem kararları değer taşınmadığından tenfiz edilecek bir şey de yoktur⁴⁰³.

Bununla beraber New York Sözleşmesi m. VII uyarınca⁴⁰⁴, Sözleşme'nin hükümleri, tanıma ve tenfiz konusunda Sözleşmeye taraf devletler arasında herhangi

³⁹⁸ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 22; Lew/Mistelis/Kröll, s. 125; Özel, s. 84.

³⁹⁹ Ekşi, s. 48.

⁴⁰⁰ Ekşi, s. 56-57.

⁴⁰¹ Ekşi, s. 54.

⁴⁰² J. Paulsson, "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment", 9 (1998)2, ICC International Court of Arbitration Bulletin, s. 14,17.

⁴⁰³ Ekşi, s.63; Albert Jan van den Berg, "Enforcement of Annuled Awards?", 9(1998)1, ICC International Court of Arbitration Bulletin, s. 15.

⁴⁰⁴ New York Sözleşmesi m. VII şu şekildedir:

"The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon."

bir ikili veya çok taraflı anlaşmaya hâlel getirmez ve taraflardan hiçbirini, hakem kararının tanıma/tenfizinin istenildiği devletin mevzuatından ve taraf olduğu anlaşmalardan faydalanabilme hakkından mahrum etmez. Dolayısıyla hakem kararının tenfizinin istendiği ülkenin ulusal hukukunda veyahut taraf olduğu anlaşmalarda New York Sözleşmesi'ne göre daha lehte hükümler var ise artık New York Sözleşmesi uygulanmayacaktır (*more favorable rule*)⁴⁰⁵.

İsviçre, Amerika, Luxemburg, Avusturya ve Fransa gibi ülkeler mümkün olduğunca hakem kararının ayakta durması gerektiğini belirterek iptal edilmiş hakem kararlarının tanınması/tenfizini kabul etmiştir⁴⁰⁶. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, hakem kararında İsviçre hukuku ile bağdaşmayan kuralların uygulanmasının bile bir hakem kararının tanınması ve tenfizine engel teşkil etmeyeceğini ve hakem kararının mümkün olduğu ölçüde ayakta kalması gerektiğini belirtmektedir. Bir hakem kararının kamu düzenini ihlal edip etmediği incelenirken hâkimin davanın esasını incelememesi gerektiğinin altını çizmiştir⁴⁰⁷. Söz konusu yaklaşımın tahkim yerinin önemini azalttığı savunulabilse bile aşağıda örneklerle değinileceği üzere uygulamada hakemler halen tahkim yerinin önemine vurgu yaparak tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini tahkim yeri hukukuna göre değerlendirmektedir. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizi mümkündür. Bununla beraber Amerikan hukukunda iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizine izin veren mahkeme kararları mevcut olsa da Amerikan mahkemelerinin 1999 tarihli *Baker Marine* davasından sonra uzunca bir süre iptal edilmiş hakem kararlarının New York Sözleşmesi'ne göre tenfizinin mümkün olmamasından bahisle tenfizi taleplerini reddettiği görülmüştür⁴⁰⁸. Bununla beraber 2013 tarihli bir karar ile Amerikan mahkemelerinin uzun bir aradan sonra tekrar iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizine izin verdiği görülmüştür⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Ekşi, s. 58-60; Lew/Mistelis/Kröll, s. 697-698.

⁴⁰⁶ Ekşi, s. 61, 69-88; Lew/Mistelis/Kröll, s. 717; ABD Columbia Eyaleti Yerel Mahkemesinin 31 Temmuz 1996 tarihli *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt* kararı, **XXIV YBCA**, Yıl: 1999, s. 265-268; Paris İstinaf Mahkemesinin 20 Haziran 1980 tarihli *M. Claude Clair v. M. Louis Berardi* kararı, **VII YBCA**, Yıl:1982, s. 319-321; Avusturya Yüksek Mahkemesinin 20 Ekim 1993 tarihli *Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH v. DO Zdravilisce Radenska* Kararı, **XXIV YBCA**, Yıl: 1999, s. 919-927.

⁴⁰⁷ 5A_409/2014 numaralı ve 14 Eylül 2014 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı.

⁴⁰⁸ Ekşi, s. 70; ABD 2. Çevre İstinaf Mahkemesinin 12 Ağustos 1999 tarihli *Baker Marine Limited v. Chevron Limited and Chevron Corp. Inc.* Kararı, **XXIV YBCA**, Yıl: 1999, s.909-914; ABD Güney New York Bölgesi Yerel Mahkemesinin 29 Kasım 1999 tarihli *Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica S.p.A* kararı, **XXV YBCA**, Yıl: 2000, s.1042-1056.

⁴⁰⁹ ABD Eyalet Mahkemesinin 23 Ağustos 2013 tarihli *Corporación Mexicana de Matenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción* kararı, No. 10 Civ. 206 (AKH), 2013

Benzer şekilde Fransız hukukunda da, 1984'den bu yana, verildiği ülkede iptal edilmiş hakem kararlarının tanınması/tenfizi mümkündür. *Norsolor*⁴¹⁰ kararında uyuşmazlık bir Fransız şirketi ve Türk şirketi arasındaki ticari acenta anlaşmasının feshinden kaynaklanmıştır. Viyana'da ICC kuralları çerçevesinde görülen tahkimin sonunda hakem heyeti uluslar ötesi (transnational) kurallara dayanarak Fransız şirket aleyhine karar vermiştir. Fransa'da kararın tenfizi talep edilmiş ve ilk derece mahkemesi tarafından kararın tenfizi kabul edilmiştir. Ancak bu sırada Viyana mahkemeleri hakem kararını uluslar ötesi kurallara dayandığı için iptal etmiştir. Hakem kararı tahkim yeri mahkemesi tarafından iptal edildiği için Fransız İstinaf Mahkemesi (*Cour d'appel*) ilk derece mahkemesinin verdiği tenfiz kararını New York Sözleşmesi m. V(1)(e) uyarınca bozmuştur. Fakat Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de cassation*) önüne giden uyuşmazlıkta 9 Ekim 1984 tarihinde verdiği kararda yüksek mahkemenin verdiği kararı New York Sözleşmesi madde VII ve Fransız Medeni Usul Kanunu madde 12 uyarınca bozulmuştur. Kararın gerekçesinde New York Sözleşmesi'nin VII. maddesinin tenfize karar verirken Fransız hukukunun uygulanabileceğini düzenlediği ve Fransız Medeni Usul Kanunu madde 12 uyarınca mahkemenin tenfiz talebini reddetmeden önce Fransız hukukunun hangi kapsamda buna engel teşkil ettiğini araştırması gerektiği belirtilmiştir⁴¹¹. Bu kararla beraber “*more favorable rule principle*” uygulanmaya başlamıştır. *Hilmarton*⁴¹² kararında da hakem kararı 1990 yılında Fransa ilk derece mahkemesi tarafından tenfiz edilmiştir. Eş zamanlı olarak söz konusu hakem kararının iptali için tahkim yeri mahkemesi olan İsviçre mahkemelerine başvurulmuştur. 17 Kasım 1989 yılında hakem kararı Cenevre'deki Kanton Adalet Divanı tarafından iptal edilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi ise iptal kararını 17 Nisan 1990 tarihinde onamıştır. Kararın iptalini müteakip, Fransa ilk derece mahkemesinin kararına itiraz edilmiştir. Paris *Cour d'appel* ise 19 Aralık 1991 tarihinde verdiği kararda New York Sözleşmesi'nin 7. maddesinde belirtilen “*hâkimin kendi ulusal hukukuna uygun olan kararların tanınmasını/tenfizini reddetmeyebileceği*”ne yönelik düzenlemenin Sözleşme'nin V(1)(e) maddesini dengelediğini belirtmiştir. Öte yandan mahkeme Fransız Medeni

WL 4517225; Senem Bahçekapılı Vincenzi, “**Verildiği Ülkede İptal Edilmiş Hakem Kararlarının New York Konvansiyonu Uyarınca Tenfizi**”, MHB, 2016, Cilt: 36, Sayı: 1, s. 113,

⁴¹⁰ Fransa Temyiz Mahkemesinin 9 Ekim 1984 tarihli *Pabalk Ticaret v. Norsolor* Kararı, **Journal du Droit International: Clunet**, 1986, s. 680 vd.

⁴¹¹ *Bkz.* Emmanuel Gaillard, The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin, ICSID Review - Foreign Investment Journal, s. 21.

⁴¹² *Bkz.* **Ibid**, s. 21-23.

Usul Kanunu'nun 1502. maddesi uyarınca tenfiz talebinin reddi düzenlenirken hakem kararının iptal edilmiş olmasının düzenlenmemiş olmasının iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizine engel olmayacağını kabul etmiştir. Sonuç olarak, iptal edilmiş bir kararın Fransa'da tanınması uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil etmemektedir. *Cour d'appel*'in vermiş olduğu bu karar *Cour de cassation* tarafından 23 Mart 1994 tarihli bir kararla onaylanmıştır. *Cour de cassation* kararında iptal edilen hakem kararının uluslararası bir karar olduğu ve bu nedenle İsviçre hukuk düzenine ait olmadığı bu nedenle de İsviçre'de iptal edilmiş olmasına rağmen varlığını sürdürdüğü ve Fransa tarafından söz konusu kararın tanınması ya da tenfizinin uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir⁴¹³.

Fransa Mahkemeleri ile benzer şekilde Hollanda hukukunda da iptal edilen hakem kararının tenfizinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. *Yukos Capital* kararında tahkim yeri mahkemesi olan Rusya mahkemelerince iptal edilen kararın Amsterdam'da tenfizi istenmiştir. İlk derece mahkemesi iptal edilen bir kararın tanınması ve tenfizinin sağlanmasının ancak belli istisnaların varlığı halinde kabul edildiğini belirtmiştir. Bu istisnalar; genel kabul görmüş kuralların ihlalinin söz konusu olması ya da mahkemelerin bağımsız olmamasıdır. Söz konusu davada ise ilk derece mahkemesi bu hususlara yönelik yeterli delil sağlanamamış olması nedeniyle tenfiz talebini reddetmiştir. *Cour d'appel* ise farklı bir duruş sergilemiş ve Rus mahkemelerinin tarafsızlığı ve bağımsızlığının ispatının zor olması nedeniyle sağlanan delillerin yeterli olduğunu ve Rus mahkemelerinin politik gayelerle iptal kararı verdiğini göz önünde bulundurarak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁴¹⁴.

Türk Hukukunda ise, doktrinde verildiği ülkede iptal edilen hakem kararlarının tenfizi istinai nitelikte kabul edilmektedir⁴¹⁵. Akıncı'ya göre, hakem kararının tamamen milletlerarası tahkim uygulamasının kabul ettiği iptal sebepleri ile bağdaşmayan ve tamamen mahalli hukuk sistemlerinin kendine özgü sebepleri neticesinde örneğin hakem kararının milliyetçi yaklaşımlar sebebiyle iptal edilmesi halinde Türkiye'deki tenfiz mahkemesi kararın tenfizine karar verebilir.

⁴¹³ Örneğin *Chromalloy Kararı Bkz.* Emmanuel Gaillard, *The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin*, ICSID Review - Foreign Investment Journal, s. 21-23.

⁴¹⁴ Patricia Nacimiento, "**Recognition and enforcement of annulled arbitral awards – the Yukos Capital decision**", Kluwer Arbitration Blog, October 14 2009.

⁴¹⁵ Akıncı, **Tahkim**, s. 398.

Görüldüğü üzere iptal edilmiş hakem kararlarının tanınması ve tenfizini kabul eden ülkeler bulunmaktadır. Bu değişimin her ne kadar tahkim yeri hukukunun önemini azalttığı düşünülebilirse de, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde tahkim yeri halen bağlama noktası olarak sıkça kullanılmaktadır⁴¹⁶. O kadar ki 1958 yılında imzalanan New York Sözleşmesi'ni uluslararası tahkimde yaşanan gelişmeler ile uyumlu hale getirmek, mevcut hükümleri açıklamak ve değiştirmek için van den Berg tarafından hazırlanan taslak Sözleşme metninde madde V(1)(a) uyarınca öngörülen tahkim anlaşmasının geçerliliğinin “kararın verildiği yer hukuku”na göre değerlendirilmesine yönelik düzenleme korunmuştur⁴¹⁷. Van den Berg taslak Sözleşme'de bu düzenlemenin korunmasının sebebinin tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışıldığı kararlarda geçerliliğe uygulanan hukukun tahkim yeri hukuku olarak tespit edilmiş olması olduğunu belirtmiştir. Van den Berg bu yaklaşımın yerinde olduğunu belirtmektedir zira tarafların daha avantajlı gördükleri için tahkim yerini seçmiş olmasının tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından da avantajlı olduğu varsayımını kabul etmektedir. Kaldı ki uluslararası anlamda kabul görmüş olan tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin sonucu olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabilir. Bu durumda taraflarca tahkim yerinin seçilmiş olması tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda belirleyici olmalıdır.

Günümüzde 159 ülkenin New York Sözleşmesi'ne taraf olduğu göz önüne alındığında, kuşkusuz hakemler verdikleri kararın New York Sözleşmesi kapsamında icra edilebilir bir karar olmasına uğraşacaklardır⁴¹⁸. Buna göre de tahkim anlaşmasının geçerliliği V(1)(a) ve V(1)(e) uyarınca tahkim yeri hukukuna göre tespit edilecektir.

Örneğin, Alman Deniz Tahkimi Derneği'nin 8 Kasım 2005 tarihli kararında hakemler tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmadığını, fakat her iki tarafın New York Sözleşmesi'ne taraf olması sebebiyle m.

⁴¹⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 223; Lew/Mistelis/Kröll, s.107, Özel, s.84.

⁴¹⁷ New York Sözleşmesi Taslak Metni için bkz. Albert Jan van den Berg, Preliminary Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards

⁴¹⁸ Nisan 2018 tarihi itibarıyla New York Sözleşmesi'ne taraf ülkelerin sayısı 159 olmuştur. Bkz. <http://www.newyorkconvention.org/countries>

V(I)(a) uyarınca tahkim yeri hukuku uyarınca geçersiz olan tahkim anlaşmasına dayanarak verilecek hakem kararının tenfizinin ileride reddedileceğini göz önüne alarak tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukuku olan Alman hukukunu uygulamıştır⁴¹⁹.

ICC Karar No. 6149'da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca önceden belirlenmemiş olması durumunda tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna göre inceleneceği belirtilmiştir⁴²⁰. Bu davada Koreli davacı ve Ürdünlü davalı akdettikleri satım sözleşmesine dayalı olarak çıkacak uyuşmazlıkların çözümü için Paris'te tahkim öngörmüşlerdir. Ürdünlü davalı tahkim anlaşmasının Ürdün hukukunun emredici kurallarına göre geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Hakem heyeti söz konusu uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun Ürdün hukuku olmadığını belirtmiştir. Hakem heyetine göre geçerli hukuk, kararın verildiği yer hukukudur. Hakem heyeti bu analizi yaparken New York Sözleşmesi m. (V)(1)(a)'da yer alan düzenlemeyi dikkate alarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukuna göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Yukarıda belirtildiği gibi, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulanmasının temel sebebi hakemlerin ileride iptal edilmeyecek geçerli bir karar verme yükümlülüğüdür⁴²¹. Nitekim hakem heyeti önünde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia eden taraf muhtemelen iptal davası aşamasında da bu itirazı yapacaktır. Dolayısıyla hakemlerin iptal davasına bakacak mahkemenin kurallarına göre yani tahkim yeri kurallarına göre geçerliliği belirlemesi ileride icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğü ile en çok bağdaşandır. Bununla paralel olarak, ICC Karar No. 5485'de hakem heyeti, ICC kuralları m. 42'nin hakem heyetinin vereceği kararın geçerli ve ileride icra edilebilir olmasını öngördüğünü belirterek tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre hakem heyeti tahkim yeri Paris olduğundan, tahkim anlaşmasının geçerliliğini Fransız hukukuna göre değerlendirerek tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir⁴²².

⁴¹⁹ İlgili karar Işık s. 89'da belirtilmiştir.

⁴²⁰ 1990 tarihli ICC *seller v buyer* ara kararı, ICC Ara Karar No.6149, **XX YBCA**, Yıl: 1995, s.41-57.

⁴²¹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 125.

⁴²² 18 Ağustos 1987 tarihli ICC *Bermudian Company v Spanish Company* kararı, ICC Karar No.5485, **XIV YBCA**, Yıl: 1989, s. 156-173.

Hakemlerin ileride icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğünü göz önüne alarak tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanmasının yanı sıra, hakemlerce tahkim yeri hukukunun uygulanmasının başkaca sebepleri de olduğu görülür. Buna göre bazı hakem kararlarında tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşması ile en yakın ilişkili hukuk olduğu kabul edilir iken bazı hakem kararlarında ise taraflarca tahkim yerinin seçilmiş olmasının tarafların zımnen tahkim anlaşmasına uygulanması istedikleri hukuku da seçmiş oldukları anlamına geleceği ifade edilmiştir⁴²³. Aşağıda tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukunu uygulayan çeşitli hakem kararlarından örnekler verilecektir.

ICC Karar No. 4392’de tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukuku uygulanmıştır. Kararın gerekçesinde tarafların tahkim yerini seçmekle zımnen tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku da seçtikleri belirtilmiştir. Hakemler tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşması ile en yakın ilişkili hukuk olduğuna da hükmetmiştir.⁴²⁴

ICC Karar No. 6162’de de tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukuku uygulanmıştır. Söz konusu kararda taraflar arasında akdedilmiş olan asıl sözleşmede, sözleşme kapsamındaki uyuşmazlıkların halli için Cenevre’de ICC Tahkim Kuralları uyarınca tahkim öngörülmüştür. Taraflarca asıl sözleşmeye ise Mısır hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Davalı tahkim anlaşmasının Mısır hukukuna göre geçersiz olduğunu ileri sürmüştü fakat hakem heyeti tahkim yeri hukuku olan İsviçre hukukuna göre değerlendirme yaparak tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir⁴²⁵.

ICC Karar No. 4504’de de tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamı tartışılırken bu tartışmanın hangi hukuka göre çözülmesi gerektiği meselesi gündeme gelmiştir. Söz konusu olayda taraflar arasında Nisan 1979 tarihinde belli miktardaki petrol için sabit fiyat üzerinden bir satım sözleşme kurulmuştur. İfada gecikme yaşandığı için sözleşme feshedilmiştir. Tahkim davasında davacı yalnızca sözleşmenin karşı tarafından değil aynı şirket grubuna dâhil bir başka şirketten de kendisinin yaptığı teslimatlara karşılık olan ödemeyi talep etmektedir. Hakem,

⁴²³ Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 158; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s.262.

⁴²⁴ Işık, s. 90.

⁴²⁵ Naklen Lew, s. 139.

tahkim anlaşmasının, anlaşmaya tarafı olmayan üçüncü kişi üzerinde nasıl bir etki doğuracağını incelemiş ve tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi uyarınca ilgili mesele ile alakalı karar verir iken sözleşmede bir hukuk seçimi yapılmamış ise tahkim yeri hukuku olan İsviçre hukukuna göre karar verilmelidir demiştir. Hakemlerin bu konudaki gerekçesi İsviçre hukukuna göre tahkim anlaşmasının usule ilişkin bir sözleşme olarak kabul edilmesi, bu nedenle de kamu yararının gözetilmesi gerektiğidir. Bu nedenle de tahkim anlaşmasının geçerliliği, tahkim yerinin hukukuna tabi kabul edilmiştir⁴²⁶.

ICC Karar No. 5485'te ise hakem heyeti tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği ile ilgili önüne gelen bir tartışmada tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabileceğini fakat tarafların açıkça tahkime uygulanmak üzere herhangi bir ülke hukuku kurallarındansa ICC kurallarının uygulanması seçtiğini belirtmiştir. Hakem heyeti ICC tahkim kuralları m. 42 uyarınca hakemlerin birinci görevinin icra edilebilir bir karar vermek olduğunu belirterek tahkim yeri hukukunu öncelikli olarak değerlendirmiştir. Somut olayda tahkim anlaşmasının, içinde yer aldığı sözleşmeye uygulanacak hukuk olan İspanyol hukukunun kamu düzenini ihlal etmesi sebebiyle geçersiz olduğu iddia edilmiştir. Hakem heyeti tahkim yerinin Fransa olması sebebiyle tahkim anlaşmasının geçerliliğini Fransız hukukuna göre inceleyerek tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir. Hakem heyeti, yetkisi hakkında karar verir iken tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verdikten sonra tahkim anlaşmasını İspanyol hukukuna göre de değerlendirerek, tahkim anlaşmasının İspanyol hukukuna göre de geçerli olduğuna ve İspanya kamu düzenini ihlal etmediğine hükmetmiştir⁴²⁷. Söz konusu davada hakem heyetinin tahkim anlaşmasını ayakta tutmak için bu şekilde karar verdiği söylenebilir.

Bulgaristan Ticaret Odası (BCCI) nezdinde görülen bir tahkim davasında hakemler, taraflarca İtalyan hukukunun sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmiş olmasına rağmen tahkim anlaşmasının geçerliliğinin asıl sözleşmeye yönelik

⁴²⁶ 1986 tarihli ICC *Petroleum Producer v. Two Companies* kararı, ICC Karar No.4504, **113 Journal du Droit International** (1986), s. 1118.

⁴²⁷ 18 Ağustos 1987 tarihli ICC *Bermudian Company v Spanish Company* kararı, ICC Karar No.5485, **XIV YBCA**, Yıl: 1989, s.156-173; Chuckwumerije, s. 37.

hususlardan ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirterek tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hukuku olan Bulgaristan hukukuna göre tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴²⁸.

1983 tarihli ICC Karar No. 4392'de tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliğine uygulanacak hukuk tartışılmış olmakla beraber konumuz açısından hakemlerin yaptığı değerlendirmeyi belirtmekte fayda var. Hakemler, uygulamada tarafların nadiren asıl sözleşmede tahkim anlaşmasına uygulanmasını istedikleri hukuku seçtiklerini ifade ederek, taraflarca tahkim anlaşmasında tahkim yeri kararlaştırılmış ise ve tahkim anlaşması ile daha yakın bağlantılı bir hukuk yok ise tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk açısından da tahkim yeri hukukunu kararlaştırdıklarının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Taraflarca tahkim yerinin kararlaştırılmamış olması halinde ise tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk tahkim kurumu veya *ad-hoc* tahkim halinde ise hakem heyetince karara bağlanacaktır. Fakat bu durumda tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşması üzerinde bir etkiye sahip olmayacağı, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olacağı ifade edilmiştir⁴²⁹.

Bununla beraber, tahkim yerinin taraflarca seçilmemiş veyahut tahkim yerinin hakem heyeti tarafından sonradan tespit edileceği kararlaştırılmış ise tahkim yerinin tahkim anlaşması üzerindeki etkisinin iyice azaldığını kabul eden görüşler bulunmaktadır⁴³⁰. Bu görüşe göre, tahkim yeri kurallarının tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanabilmesi için taraflarca tahkim yerinin tespit edilmiş olması gerekir. Fakat özellikle taraflarca tahkim yerinin sonradan seçilmiş olması durumunda sonradan seçilen tahkim yeri hukuku veyahut tarafların tahkim yerinin seçimi konusunda hakemleri ya da tahkim kurumunu yetkilendirmesi durumunda hakemlerce ve tahkim kurumunca seçilecek tahkim yeri hukuku yine tarafların iradesini göstermesi sebebiyle tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinde esas alınacaktır⁴³¹. Bunun dışındaki durumlarda genellikle tahkim anlaşması ile en yakın bağlantılı hukukun tespit edilmeye çalışıldığı ve bu hukukun da çoğunlukla asıl

⁴²⁸ Bulgaristan Sanayi ve Ticaret Odası (BCCI) Karar No. 52/65, YBCA 1976, s. 123.

⁴²⁹ 1983 tarihli ICC *Yugoslavia Company V. German Company* kararı, ICC Karar No. 4392, **110 Journal du Droit International**, Yıl: 1983, s. 907 vd.

⁴³⁰ Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 41; Özel, s. 81; Chuckwumerije, s. 35; Berger, **Applicable Law**, s. 320-322; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 243.

⁴³¹ Berger, **Applicable Law**, s. 321-322.

sözleşmeye uygulanacak hukuk veyahut icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğü kapsamında yine tahkim yeri hukuku olduğu görülür⁴³². Tahkim yerinin seçilmemiş olması halinde mahkemelerin yaklaşımı açısından ilave bilgilere aşağıda tahkim anlaşmasının geçerliliğinin mahkeme önünde değerlendirilmesinin incelendiği kısımda değinilecektir.

Görüldüğü üzere, New York Sözleşmesi ve Model Kanun da dâhil tahkime ilişkin pek çok düzenleme kapsamında, taraflarca belli bir hukukun seçilmemiş olması halinde, tahkim yeri hukuku tahkim anlaşması ile en yakın bağlantılı hukuktur⁴³³. Bunun temeli icra edilebilir bir karar vermektir. Kanaatimizce de tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine karar verilirken ileride icra edilebilir bir karar vermek temel hedef olmalıdır⁴³⁴. Tahkim yeri mahkemesi iptal davası açısından da yetkili olacağından, ileride icra edilebilir bir hakem kararı verilebilmesi için tahkim yeri hukuku ile uyumlu bir karar verilmelidir.

2. Asıl Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tahkim Anlaşmasına da Uygulanması

Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk açısından bir diğer görüş ise asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanmasıdır⁴³⁵. Bu görüş tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı prensibinin mutlak olarak kabul edilmesini eleştirmektedir.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kabul edildiği pek çok hakem kararı bulunmaktadır. Örneğin ICC Karar No. 2626'da hakem heyeti "*taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçilmemiş olması durumunda, genelde esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanacağına kabul edildiğini*" ifade etmiştir⁴³⁶.

⁴³² Berger, **Applicable Law**, s. 321-322.

⁴³³ Lew/Mistelis/Kröll, s. 120.

⁴³⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s. 124-126.

⁴³⁵ Lew, s. 143; Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 158.

⁴³⁶ 1977 tarihli ICC *German Company v. Italian Company* kararı, ICC Karar No.2626, **105 Journal du Droit International**, Yıl: 1978, s. 980 vd.; Sigvard Jarvin/Yves Derains, **Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985**, Cilt I, Hollanda: Kluwer Law International, 1990, s. 316.

Yine ICC Karar No. 6379'da asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmiş İtalyan hukukunun, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilmiş ayrı bir hukuk olmaması durumunda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanacağına hükmedilmiştir. Hakem heyeti İtalya hukukunun yanı sıra İtalya hukukunda İtalya hukuk kurallarının üzerinde yer alan New York Sözleşmesi kurallarını da uygulamıştır⁴³⁷. Bu yönde verilmiş diğer pek çok ICC kararında⁴³⁸ da esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tespit edilmiş olması halinde bu hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacağı kabul edilmiştir.

Bu görüşe göre, taraflar sadece asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemişler ve tahkim anlaşmasının geçerliliği için bir hukuk tespit etmemişler ise aksine bir anlaşma olmadıkça asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk tahkim anlaşmasına da uygulanacaktır. Zira bu yaklaşımın temelinde asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmiş hukukun zımnen tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere seçilmiş olduğu düşüncesi bulunmaktadır⁴³⁹. Bu görüşe göre tahkim anlaşmasının tarafların seçmedikleri bir hukuktansa, zaten sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka tabi olması daha uygundur⁴⁴⁰. Bu nedenle, tarafların esas sözleşmeye uygulanması için yapmış oldukları hukuk seçimi taraflarca sözleşmede açıkça aksi öngörülmedikçe tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk için de geçerli olacaktır⁴⁴¹. Kısacası tarafların asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmeleri, bu hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmasını istedikleri hususunda karine teşkil eder⁴⁴².

Belirtildiği gibi, bu yaklaşım tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibine ters olmakla beraber, hakem kararlarında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka yönelik sözleşmede açık bir hüküm bulunmaması durumunda sözleşmeye

⁴³⁷ 1990 tarihli ICC *Principal v Distributor* kararı, ICC Karar No.6379, **XVII YBCA**, Yıl: 1992, s. 215.

⁴³⁸ 1991 tarihli ICC *Egyptian Seller v. Senegalese Buyer* kararı, ICC Karar No.6840, **119 Journal du Droit International**, Yıl: 1992, s.1030-1034; 1987 tarihli ICC *buyer from Mozambique v seller from the Netherlands* kararı, ICC Karar No.5505, **XIII YBCA**, Yıl: 1988, s.110-121.

⁴³⁹ Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 159; Yves Derains, **"The ICC arbitral process, Part VIII: Choice of law applicable to the contract and international Arbitration"**, 6 ICC International Court of Arbitration Bulletin 10, 2006, s.16-17.

⁴⁴⁰ Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 158.

⁴⁴¹ Yves Derains, **The ICC Arbitral Process, Choice of Law Applicable to the Contract and International Arbitration**, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1995, No.1, s.16-17; Lew, s.143.

⁴⁴² Lew, s.143; İlhan s.84-85.

uygulanmak üzere yapılan hukuk seçiminin zımnen tahkim anlaşması açısından da yapılmış olacağının kabul edildiği görülmektedir⁴⁴³.

Bazı durumlarda da hakem heyeti tahkim anlaşmasını ayakta tutacak hukuk olması sebebiyle asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulamıştır. Örneğin, 5 Eylül 1977 tarihli bir “Netherlands Oils, Fat and Oilsees Trade Association” (“Nofota”) kararında İranlı davalı İran Hukuk Muhakemesi Kanunu uyarınca taraflarından birinin İran vatandaşı diğerinin başka bir ülke vatandaşı olduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkimde çözülebilmesi için hakemlerin diğer ülke vatandaşı ile aynı milletten olmaması gerektiğini belirterek Hollanda’da tahkime başvurmuştur. İranlı davalı bu hususun sağlanamadığını belirterek tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Hakem heyeti ise asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Hollanda hukukunun tahkim anlaşmasına da uygulanacağını bu nedenle İran Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Hollanda hukukunun bir kısmını teşkil etmediğine hükmetmiştir⁴⁴⁴. Söz konusu kararda hakem heyeti her ne kadar asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun Hollanda hukuku olması sebebiyle tahkim anlaşmasını da bu hukuka tabi tutmuş ise de bu hukuk aynı zamanda tahkim yeri hukuku idi. Bu durumda tahkim yeri de bağlama noktası olarak seçilse sonuç değişmeyecek idi. Bununla beraber, söz konusu uyuşmazlık açısından muhtemel tenfiz yeri davalının İranlı olması sebebiyle İran’dır. Hakem heyeti tahkim anlaşmasını ayakta tutacak çözümü sağlamak adına muhtemel tenfiz ülkesi hukukunu uygulamak yerine asıl sözleşmeye uygulanan hukuku uygulamış olabilir.

Kanaatimizce asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun otomatik olarak tahkim anlaşmasına da uygulanması yerinde değildir. Nitekim tahkim anlaşması ve asıl sözleşme fonksiyonları itibariyle birbirinden farklı bağımsız sözleşmelerdir. Zira tahkim anlaşmasının fonksiyonu bir uyuşmazlığın çözülmesi iken, asıl sözleşmenin fonksiyonu sözleşmenin icrası, borcun yerine getirilmesi ve bu borç ilişkisinin sona ermesidir⁴⁴⁵. Dolayısıyla bu iki sözleşmeye uygulanacak hukuk da amaçları göz önüne alındığında birbirinden farklı olabilir. Taraflar her zaman asıl sözleşmeye

⁴⁴³ Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 159; Yves Derains, s.16-17.

⁴⁴⁴ 5 Eylül 1977 tarihli Nofota *Dutch private Company (seller) v Iranian private Company (buyer)* kararı, **IV YBCA**, Yıl: 1979, s. 219.

⁴⁴⁵ Lew/Mistelis/Kröll, s. 101; Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 162, 163; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 542; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1040-1041.

uygulanacak hukuku seçerken, bu hukukun tahkim anlaşmasına uygulanması gerektiğini murat etmez ve/veya öngörmezler bu nedenle asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere genişletilebilmesi mümkün değildir⁴⁴⁶. Bu noktada tahkim yeri hukuku daha doğru bir yaklaşım olacaktır zira günümüzde taraflar tahkim yeri kurallarının tahkim prosedürü üzerindeki yönetsel yetkisini bilerek tahkim yerini avantajlı gördükleri ülke hukuku olarak seçmektedirler. Dolayısıyla, tarafların tahkim yerini, tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından daha avantajlı görmeleri sebebiyle seçmiş oldukları varsayımından hareket ederek, tahkim anlaşmasının geçerliliğini tahkim yeri hukukuna tabi kılmak daha doğrudur.

3. Seçilen Tahkim Kurumu Kuralları

Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği incelenirken bazı hakemler tarafların tahkim yargılamasını tabi kıldıkları bir tahkim kurumu var ise bu kurumun kurallarını dikkate alabilmektedir. Bu noktada hakemler herhangi bir bağlama noktasına atıf yapmadan, tarafların seçtiği tahkim kurumunun esastan geçerliliğe uygulanmak üzere öngördüğü bir hukuk var ise bu hukuku uygulayacaklardır.

ICC tahkim kurallarında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirtilmemiştir. Bununla beraber ICC tahkim kuralları m. 6(9) uyarınca tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız olduğu kabul edilerek asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun otomatik olarak tahkim anlaşmasına uygulanmayacağı kabul edilmiştir⁴⁴⁷. Kaldı ki, ICC kararlarında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinde hakemlerin asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan ziyade tahkim yeri hukukunu tercih ettikleri görülmektedir⁴⁴⁸. Bu noktada ICC tahkim kuralları m. 21⁴⁴⁹'e de değinmekte fayda görüyoruz. Her ne kadar ICC tahkim kuralları m. 21

⁴⁴⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 222, Born, **International Commercial Arbitration**, s. 464.

⁴⁴⁷ Jason Fry, Simon Greenberg, Francesca Mazza, **The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, International Chamber of Commerce**, France 2012, s. 218.

⁴⁴⁸ Fry/ Greenberg/ Mazza, s. 220-222.

⁴⁴⁹ ICC Tahkim Kuralları m. 21 şu şekildedir:

“1)The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.

2)The arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages.

3)The arbitral tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers.”

uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku düzenlese de ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerliliğinde bu hüküm kural olarak uygulanmasa da bu madde uyarınca hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit ederken dikkate aldığı hususlar tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku tespit ederken de kıyasen uygulanabilir. ICC tahkim kuralları m. 21 uyarınca hakemler tarafların, uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Maddenin devamında tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmadıkları takdirde hakemlerin uygun bulduğu hukuk kurallarını uygulayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme kapsamında, uygulamada hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit ederken, taraflarca seçilmiş bir hukuk olmaması halinde, herhangi bir kanunlar ihtilafı kurallarına atıf yapmadan, uygun gördüğü hukuku uyguladıkları görülür⁴⁵⁰. ICC kararlarında, genellikle hakemlerin tahkim anlaşması ile en yakın ilişkili hukuku bulma eğiliminde oldukları görülmektedir. Bu yakın bağlantının tespitinde, tarafların tahkim anlaşmasını akdederken murat ettikleri hukuk önem arz etmektedir. Bu hukuk da pek çok hakem kararında tahkim yeri hukuku olarak kabul edilmektedir⁴⁵¹. Bunun yanı sıra, hakemlerin çoğunlukla ICC kuralları uyarınca icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğü kapsamında tahkim yeri hukukunu tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği ile ilgili meselelere uyguladığı görülür.

Örneğin, 1983 tarihli bir ICC kararında Yugoslav davacı ile Alman davalı arasında gerçekleşen satış sözleşmesinde, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların ICC tahkim kuralları uyarınca Zürih'te çözüme kavuşturulacağı düzenlenmiştir. Taraflar arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta, davacının tahkime başvurusu nedeniyle davalı yetki itirazında bulunmuş ve "*Tribunal de Gaggenau*"un yetkili olduğunu ileri sürmüştür. Bunun üzerine hakem heyeti yetki hususunda karar verirken tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ICC kuralları uyarınca tahkim yeri hukukuna göre belirleneceğini belirtmiştir⁴⁵². Nitekim ICC kuralları uyarınca hakemlerin kararın icrası için her türlü gayreti gösterme yükümlülükleri olduğu için, hakemler tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini tahkim yeri hukukuna göre kontrol etmişlerdir.

⁴⁵⁰ Fry/ Greenberg/ Mazza, s. 220-222.

⁴⁵¹ Ibid, s. 222.

⁴⁵² 1983 tarihli ICC *Yugoslavia Company V. German Company* kararı, ICC Karar No. 4392, **110 Journal du Droit International**, Yıl: 1983, s. 907 vd.

Yine ICC Karar No 5486 uyarınca hakemler tahkim yeri hukukunu tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulamışlardır⁴⁵³. Söz konusu uyuşmazlıkta taraflar arasında bir “*joint venture*” kurulmuştur. Bu “*joint venture*”dan kaynaklanan uyuşmazlık çözümlenirken hakemler tarafların ulusal bir kanuna atıf yapmaktansa ICC tahkim kurallarının uygulanacağını sözleşmede açıkça kararlaştırdığını, bu nedenle bunun ICC tahkim kurallarını tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk dayanağı haline getireceğini belirtmişlerdir. Bu nedenle hakemler tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik durumların artık ICC tahkim kuralları dikkate alınarak çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Hakem heyeti ICC kuralları uyarınca icra edilebilir bir karar verme yükümlülükleri olduğunu belirterek bu noktadan hareketle tahkim yeri hukuku olan Fransız hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar vermiştir. Kısacası, ICC tahkim kurallarında tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine yönelik doğrudan bir düzenleme yer almadığından hakemlerin dolaylı olarak yani icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğünden yola çıkarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukunu uyguladıkları görülmektedir.

ICC tahkim kuralları dışında diğer bazı tahkim kurumlarının kurallarında da tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak kurallar düzenlenmiştir. Buna göre bu metodu uygulayan hakem heyeti bu kurallara bakarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verecektir. ICC kurallarının aksine Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (“WIPO”) Tahkim Kuralları m. 61 (c) tahkim anlaşmasının formuna, kapsam ve geçerliliğine uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Buna göre aynı kuralların 61(a) ve 61(b) maddelerinde yer alan hukuklardan birine göre geçerli olan bir tahkim anlaşması geçerli kabul edilecektir. WIPO Tahkim Kuralları m. 61(a) uyarınca hakem heyeti uyuşmazlığın esasına taraflarca seçilen hukuku, böyle bir hukuk seçimi yok ise sözleşmenin şartları ve geçerli ticari örfler (*trade usages*) dikkate alınarak uygun gördükleri hukuku uygulayacaktır. Tahkimin usulüne uygulanacak hukuk ise m. 61(b) uyarınca taraflarca aksi öngörülmemişse (tahkim yerinin başka bir hukukun seçilmesine izin verdiği takdirde), tahkim yeri hukukudur. WIPO kuralları m. 61(c) uyarınca tahkim anlaşması form, geçerlilik, kapsam açısından 61(a) veya 61(b)’de

⁴⁵³ ICC Karar No 5486, YBCA 1989: Chuckwumerije, s. 37.

belirtilen ülkelerin hukukuna veya kurallarına uygun olduğu sürece geçerli kabul edilir⁴⁵⁴.

Sonuç olarak, tarafların tahkim yargılamasını tabi kıldıkları bir tahkim kurumu var ise bu kurumun kuralları uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınabilmektedir. Fakat tahkim kurumu kurallarının da varacağı sonuç yine icra edilebilir bir karar verme amacına yöneliktir ve genelde tahkim kurumlarında benimsenen yaklaşım tahkim yeri hukuku kurallarının tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanmasıdır.

4. Tarafların Ortak Niyeti (*Common Intent*) ve Uluslararası Hukukun Genel Prensiplerini Esas Alan Görüş

Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde hakemler tarafından benimsenen bir diğer yaklaşım ise tarafların ortak niyeti (*common intent*) ve uluslararası hukukun genel prensipleridir. Bunun temelinde hakemlerin uygulamak zorunda oldukları bir kanunlar ihtilafı kuralı veya ülke hukuku olmaması ve uluslararası tahkim kuralları ile bağlı olmaları yatmaktadır⁴⁵⁵.

Bu yaklaşımın en belirgin örneği *Dow Chemical v Isover Saint Gobain*⁴⁵⁶ kararıdır. Söz konusu uyuşmazlık, Fransız hukukuna tabi bir satım sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davalı, uyuşmazlık konusu satım sözleşmesinin *Dow Chemical Group*'un bütün üye şirketleri tarafından değil sadece bir üyesi tarafından

⁴⁵⁴ WIPO Tahkim kuralları m. 61 şu şekildedir:

“(a) *The Tribunal shall decide the substance of the dispute in accordance with the law or rules of law chosen by the parties. Any designation of the law of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules. Failing a choice by the parties, the Tribunal shall apply the law or rules of law that it determines to be appropriate. In all cases, the Tribunal shall decide having due regard to the terms of any relevant contract and taking into account applicable trade usages.*

(b) *The law applicable to the arbitration shall be the arbitration law of the place of arbitration, unless the parties have expressly agreed on the application of another arbitration law and such agreement is permitted by the law of the place of arbitration.*

(c) *An Arbitration Agreement shall be regarded as effective if it conforms to the requirements concerning form, existence, validity and scope of either the law or rules of law applicable in accordance with paragraph (a), or the law applicable in accordance with paragraph (b).”* (<https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/>) Ayrıca bkz. Lew/Mistelis/Kröll, s. 120.

⁴⁵⁵ Lew/Mistelis/Kröll, s. 127; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 222.

⁴⁵⁶23 Eylül 1982 tarihli ICC *Dow Chemical France, The Dow Chemical Company and others v ISOVER Saint Gobain* ara kararı, ICC Karar No. 4131, **IX YBCA**, Yıl: 1984, s.131-138.

imzalanmış olduğunu, bu nedenle sözleşmenin sözleşmeyi imzalamayan diğer üye şirketler açısından geçerli olmadığını ve bu nedenle de hakemlerin yetkilerinin sözleşmeyi imzalamayan diğer grup şirketleri açısından geçerli olmadığını iddia etmiştir. Davalı tahkim sözleşmenin geçerliliği ve kapsamının asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tespit edilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Hakem heyeti ise ICC kuralları uyarınca tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız olduğunu, bu nedenle hakemlerin herhangi bir hukuka bağlı kalmadan kendi yetkileri hakkında karar vereceğini belirtmiştir. Hakem heyeti yetkili olup olmadığını tespit ederken tarafların ortak niyetini dikkate alarak, tahkim anlaşmasının içinde bulunduğu sözleşmenin tamamlanması, ifası ve feshi gibi halleri düzenleyen şartları ele alarak grup şirketlere yönelik Fransız içtihatlarını, uluslararası ticaret örf ve adetlerini dikkate alarak karar vermiştir. Kararda hakemlerin vereceği kararın geçerli bir karar olması için gerekli çabayı sarf etmesi gerekliliği üzerinde de durulmuş, hakem heyeti tarafından verilecek kararın uluslararası kamu düzenine, özellikle de Fransa kamu düzenine uygun olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu yaklaşım pek çok hakem kararında da benimsenmiştir⁴⁵⁷.

Özetle, bu yaklaşım tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde tarafların iradesini ve uluslararası kamu düzenini esas almıştır. Nitekim taraf iradesine veyahut da tahkim ve tenfiz yerinin ulusal veyahut uluslararası kamu düzenine aykırı bir kararın verilmemesi kararın ileride icrasının güvencesidir. Ancak uluslararası kabul görmüş prensiplerin ne olduğu halen belirsizdir⁴⁵⁸. Bu nedenle nadiren bağlama noktası olarak seçilmektedir.

5. Tenfiz Yeri Hukuku

Uygulamada hakemler tahkim anlaşmasının geçerliliğine olası tenfiz yeri hukukunu da uygulayabilmektedir. Bu uygulamada çok fazla örneği olan bir durum değildir. Aslında bu yaklaşımın temelinde de tahkim yeri hukukunun uygulanması görüşünün temelindeki kaygılar yer almaktadır. Bu hakemlerin geçerli, icra edilebilir

⁴⁵⁷ 1990 tarihli ICC *European Company v. American and Egyptian Parties* kararı, ICC Karar No.5721, **Journal du Droit International**, Yıl: 1990, s. 1020; 1982 tarihli ICC *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrsgesellschaft mbH (DST) et al. v The Government of the State of R'as Al Khaimah (UAE), The R'as Al Khaimah Oil Company (Rakoil) (UAE)* kararı, ICC Karar No. 3572, **XIV YBCA**, Yıl: 1989, s.116; 1975 tarihli ICC Karar No.2375, **Collection of ICC Arbitral Awards I (1974-1985)**, s.257 vd..

⁴⁵⁸ Özel, s.84.

bir karar vermesi yükümlülüğüdür. Bunun için de kararın iptal edilmemiş olması veyahut tenfizinin reddedilmemiş olması gerekir⁴⁵⁹. Ancak iptal mahkemesinin öngörülebilirliğinin aksine tenfiz yapılacak ülke her durumda önceden belli olmayabilir⁴⁶⁰. Tenfiz yerinin kesinliğinden emin olunmadan böyle bir değerlendirme yapmak kararın icrası için riskli olacaktır. Nitekim bir ülke hukukuna göre geçerli kabul edilecek bir tahkim anlaşması diğer bir ülke hukukuna göre geçerli kabul edilmeyebilir. Ayrıca muhtemel tenfiz yerlerine göre yapılacak bir değerlendirme hakem heyeti açısından davanın sonucunu önceden belirli olduğu izlenimi doğurabilir.

Aslında tahkim yeri hukuku ve tenfiz yeri hukuku birbirinin tamamlayıcısıdır. Zira New York Sözleşmesi m. V(1)(e) uyarınca Sözleşmeye taraf bir ülkede verilmiş kararın verildiği ülkede iptal edilmiş olması durumunda kararın tanıma/tenfizi reddedilebilecektir. Bu nedenle, kural olarak New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülkede tenfiz davasına bakan mahkeme öncelikli olarak New York Sözleşmesi'ni uygulayacak ve hakem kararı iptal edilmemiş ise kararın tenfizine karar verebilecektir. Dolayısıyla tenfiz ülkesi hukukunda geçerli olan kurallar yine tahkim yeri hukukuna çıkacaktır.

Tenfiz ülkesinin New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülke olmaması ihtimalinde tenfiz ülkesi hukukuna göre yapılacak bir değerlendirme riskli olabilecektir. Zira kararın sonradan öngörülen ülkeden başka bir ülkede tenfiz edilmesi halinde tenfiz ülkesine göre geçerli sayılan bir tahkim anlaşmasına dayanarak verilen kararın başka bir tenfiz ülkesi hukukuna göre geçersiz olması durumu söz konusu olabilir fakat bu riski bertaraf etmek mümkündür zira kararın başka bir üçüncü ülkede tenfizi söz konusu olabilir. Aslında bu noktada karşılaşılabilecek en önemli risk hakemlerin muhtemel tenfiz ülkesi hukukuna göre bir değerlendirme yapmasının davanın sonucunun önceden belirli olduğu izlemine sebep olabilmesidir.

⁴⁵⁹ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 23; Berger, s.325; Lew/Mistelis/Kröll, s. 124-125.

⁴⁶⁰ Derains/Schwartz, s. 354.

III. Sonuç ve Değerlendirme

Sonuç olarak, görüldüğü üzere hakem heyeti önünde tahkim anlaşmasının esas bakımından geçersizliğinin iddia edilmesi halinde hakemler öncelikli olarak tarafların bu konuda yapmış olduğu bir hukuk seçimi var ise bu hukuka göre bir değerlendirme yapacaklardır. Fakat kanaatimizce yapılacak bu hukuk seçimi açık olmalıdır. Nitekim zımnî iradeleri belirlemek zor olabilir. Taraflar sözleşmenin belli kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını isteyebilirler böyle bir durumda bu hukuk seçiminin kanaatimizce taraflarca açıkça yapılmış olmasının aranması esas olmalıdır.

Asıl mesele taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde kendini göstermektedir. Uygulamada tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde farklı metotlar kullanılmaktadır. Kanaatimizce, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği için de dikkate alınması kararın icrası aşamasında da etkili olacağından hakemler geçerliliği tahkim yeri hukukuna göre değerlendirmelidir. Nitekim hakem heyeti önünde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia eden taraf muhtemelen iptal davası aşamasında bu itirazı yapacaktır. Tahkim yeri mahkemesi iptal davası açısından da yetkili olacağından iptal mahkemesi önüne gelen davada tahkim anlaşmasının geçerliliğini aynı zamanda tahkim yeri hukuku da olan kendi hukukuna göre belirleyecektir. Dolayısıyla hakemlerin iptal davasına bakacak mahkemenin kurallarına göre geçerliliği belirlemesi ileride icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğü ile en çok bağdaşandır. Bu noktada tenfiz mahkemesi hukuku da önem arz etmektedir. Fakat tenfiz yeri her zaman belli olmayabilir. New York Sözleşmesi'ne taraf ülkeler açısından bu durum sorun yaratmamaktadır. Zira New York Sözleşmesi uyarınca taraflarca bir hukuk seçilmemiş ise tahkim yeri hukukuna göre geçersiz bir anlaşmaya dayanarak verilen hakem kararlarının tenfizini reddedecektir. Görüldüğü gibi New York Sözleşmesi'ne taraf ülkeler açısından tahkim yeri hukukunun önemi vurgulanmaktadır. Bununla beraber, New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir tenfiz ülkesinde ise tenfiz hâkimi kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre geçerliliğe karar verecektir. Fakat belirtildiği gibi iptal yerinin aksine tenfiz yeri her zaman önceden belli olmayabilir. Bu nedenle hakemlerce tahkim anlaşmasının esastan

geçerliliğine karar verilirken tahkim yeri hukukunun esas alınması daha güvenli ve uygun olacaktır.

Kaldı ki pek çok ülkenin taraf olduğu New York Sözleşmesi madde V(1)(a) uyarınca da tahkim anlaşmasının geçerliliğinin “kararın verildiği yer hukuku”na göre değerlendirilmesine yönelik açık düzenlemeye yer verilmiş olması, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerindeki etkisine vurgu yapmaktadır. Zira tarafların daha avantajlı gördükleri için tahkim yerini seçmiş olmasının tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından da avantajlı olduğu kabul edilmektedir. Bununla beraber, yukarıda belirtildiği gibi hakem kararının iptal edilmiş olmasını tenfiz engeli sayan New York Sözleşmesi m. V(1)(e)’nin dar yorumlanması gerektiği de ileri sürülmektedir. Buna göre İsviçre, Fransa, Hollanda gibi ülkeler mümkün olduğunca hakem kararının ayakta durması gerektiğini belirterek iptal edilmiş hakem kararların tanınması/tenfizini kabul etmiştir. Bu değişimin her ne kadar tahkim yeri hukukunun önemini azalttığı düşünülebilirse de, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde tahkim yeri halen bağlama noktası olarak sıkça kullanılmaktadır⁴⁶¹.

Bunun yanı sıra, kural olarak hakemler tahkim anlaşmasının geçerliliğine istedikleri metodu, uygun gördükleri hukuku seçip uygulayabilirler. Bununla beraber tahkim yeri ülkesinin kurallarına (lex arbitri) tabi olmalıdır. Dolayısıyla hakemlerin tahkimin tabi olduğu hukuk ile de lex arbitri ile bağlı oldukları kabul edilir. Zira hakemlerin vereceği bu karar iptal davası veya tenfiz davası aşamasında mahkemenin incelemesine tabi olabilir⁴⁶². Bu nedenle hakemlerin icra edilebilir karar verme yükümlülüğü kapsamında iptal veyahut tenfiz hâkiminin hukukunu dikkate alması uygun olacaktır. Aksi halde kararın New York Sözleşmesi m. V(1)(d) uyarınca tenfiz reddedilebileceği gibi, hakem kararının ileride iptali de söz konusu olabilecektir⁴⁶³. Fakat hemen belirtmekte fayda var iptal veyahut tenfiz mahkemesinin yapacağı inceleme, hakemlerin kullandığı metotun uygunluğu değil, hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından ulaştıkları sonucun hâkimin hukukuna uygunluğu olacaktır⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 223; Lew/Mistelis/Kröll, s. 107, Özel, s. 84.

⁴⁶² Bkz. İkinci Bölüm, §2, B, I.

⁴⁶³ Akıncı, **Tahkim**, s. 167.

⁴⁶⁴ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 645-646 ve s. 885-886.

B. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin mahkeme önünde tartışılması da söz konusu olabilir. Mahkeme önünde tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışılması üç aşamada söz konusu olabilir:

- i. Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan birinin mahkemede dava açması durumunda diğer tarafın geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına yönelik itirazda bulunması veyahut tahkim yargılamasında taraflardan birinin hakem heyetinin yetkisiz olduğunu ileri sürmesi halinde, mahkeme önünde tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik ayrı bir dava açması halinde;
- ii. Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin iptal davasında ileri sürülmesi halinde (iptal mahkemesi önünde);
- iii. Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin tanıma ve tenfiz davasında ileri sürülmesi halinde (tenfiz mahkemesi önünde)⁴⁶⁵.

Görüldüğü üzere tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik tartışmalar hakem kararı alınmadan önceki veya alındıktan sonraki aşamada gündeme gelebilir. Mahkeme önünde ileri sürülen geçerliliğe yönelik tartışmalar açısından mahkemenin inceleme yetkisi ve bu yetkinin sınırı ile bu incelemeyi yaparken mahkemenin hangi hukuku esas alması gerektiğinin belirlenebilmesi için meselenin hangi aşamada incelendiğinin ayırımının yapılması önem arz etmektedir. Nitekim hangi aşamada tartışıldığına bağlı olarak bu hususlar değişiklik gösterebilmektedir⁴⁶⁶. Örneğin hakem kararı verildikten sonra, harcanan zaman ve yapılan masraflar göz önüne alınarak mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirirken tahkim anlaşmasını ve böylelikle hakem kararını mümkün olduğunca ayakta tutma eğiliminde olması söz konusu olabilir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Özel, s. 79; Lew, s. 123-124; Chuckwumerije, s. 35-37; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.19.

⁴⁶⁶ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 429.

⁴⁶⁷ A. İpek Sarıöz Büyükalp, “**Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hâkiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları**”, s. 6; Lew/Mistelis/Kröll, s. 110; ABD Doğu New York Bölgesi Yerel Mahkemesinin 29 Mart 1991 tarihli *Meadows Indemnity Co Ltd v Baccala & Shoop Insurance Services Inc* kararı, **XVII YBCA**, Yıl: 1992, s.686-695; Brüksel Yüksek Mahkeme 4 Ekim1985 tarihli *Company M v M SA* kararı, **XIV YBCA**, Yıl: 1989, s. 618-620.

Esasen uygulamada mahkemelerin tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği hakkında karar verme yetkisi ve ölçüsü tartışmalıdır⁴⁶⁸. Nitekim kural olarak hakemlerin kendi yargı yetkileri hakkında karar vermesi gerektiği kabul edilmektedir. Bununla beraber pek çok ülke hukukunda mahkemelerin de tahkim anlaşmasının geçerliliğini çeşitli sınırlamalara tabi olmakla beraber inceleyebileceği kabul edilir. Mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebilme yetkisinin olduğunun kabul edildiği ülke hukuklarında bu sefer de mahkemenin geçerliliği hangi hukuka göre belirleyeceği sorunu ile karşılaşacaktır. Kural olarak hakemlerin aksine mahkemelerin içinde buldukları hukuk sisteminin bir parçası olması dolayısıyla kendi kanunları ile bağlı olduğu kabul edilmekle beraber ülke hukuklarında uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği konusunda yeknesak bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁶⁹.

İşte tüm bunlardan hareketle aşağıda öncelikle milletlerarası tahkime ilişkin milletlerarası anlaşmalar, Model Kanun ve çeşitli ülke hukukları uyarınca mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme konusundaki yetkisi ve bu yetkinin sınırına değinilecek, sonrasında ise mahkemelerin karar öncesi ve karar sonrası süreçte tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik değerlendirmeyi yaparken hangi hukuku uygulayacakları incelenecektir.

I. Mahkemenin Yetkisi ve İnceleme Ölçüsü

Milletlerarası tahkimin temel ilkelerinden olan *kompetenz-kompetenz* prensibinin hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi anlamına geldiğine birinci bölümde değinmiştik⁴⁷⁰. Buna göre tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi hakemlerin yetkisini kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Böyle bir durumda söz konusu prensip uyarınca kural olarak hakemler mahkemeye

⁴⁶⁸ İlhan, s. 18.

⁴⁶⁹ Hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayacağına yönelik bkz. Özel, s. 68; Işık, s. 114; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.247; Berger, “**Applicable Law**”, s. 305; Hanotiau, “**What Law Governs the Issue of Arbitability**” s. 391; Huysal, s. 351; Lew, s. 135.

⁴⁷⁰ Emre Esen, “**Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi**”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Atâ Sakmar Armağanı, s.357; Akıncı, **Tahkim**, s. 164; Pekcanitez, s. 2678;Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s.242; Lew/Mistelis/Kröll, s. 102; Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 80. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 231; Özel, s.102-103; İlhan, s. 17; Çelikel/Erdem, s. 701; Girsberger/Voser, s. 136.

gidilmesine gerek kalmadan kendi yetkileri hakkında karar verebilirler⁴⁷¹. Buna *kompetenz-kompetenz* prensibinin pozitif etkisi de denilmektedir⁴⁷².

Hakemlere verilen bu yetki hemen hemen bütün modern tahkim düzenlemelerinde ve ulusal hukuk sistemlerinde tanınmaktadır⁴⁷³. Örneğin; ICC Tahkim Kuralları m. 6(3)-6(4), LCIA Kuralları m.23(1)-(2), UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 23(1), Model Kanun m. 16(3), Avrupa Sözleşmesi m. V(3), İngiliz Tahkim Kanunu m. 30 ve 32, Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 1448 ve 1465, MTK m. 7(H) ve aşağıda inceleneceği üzere diğer pek çok ülke hukukunda hakemlerin kendi yargı yetkilerine karar verebilme hakkı kabul edilmiştir. Peki, *kompetenz-kompetenz* prensibi mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme yetkisini tam anlamıyla bertaraf etmekte midir? Bertaraf etmemekte ise, mahkemelerin yapacağı incelemenin ölçüsü ne olacaktır? İşte bu başlık altında, mahkeme önünde tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik itiraz ileri sürülmesi halinde mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamı, zamanı ve *kompetenz-kompetenz* prensibi ile ilişkisi ele alınmaktadır. Bundan yola çıkarak konu milletlerarası anlaşmalar, Model Kanun, mukayeseli hukuk ve son olarak Türk hukuku açısından değerlendirilecektir.

1. **Kompetenz-Kompetenz Prensibi ve Olumsuz (Negatif) Etkisi**

Kompetenz-kompetenz prensibi uyarınca, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin mahkemede tartışılması halinde geçerliliğe yönelik ilk kararın hakem tarafından verilmesi amacıyla mahkemenin uyuşmazlığı tahkime yönlendirilmesi gerektiği kabul edilir⁴⁷⁴. Diğer bir deyişle, tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verme yetkisi, daha sonradan devlet mahkemelerinin denetimine tabi olmak kaydıyla, hakemlere aittir⁴⁷⁵. Buna *kompetenz-kompetenz*

⁴⁷¹ Akıncı, **Tahkim**, s.164; Özel, s. 102; Lew/Mistelis/Kröll, s. 334; Chuckwumerije, s. 32; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı** s. 3; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 257.

⁴⁷² Girsberger/Voser, s. 136; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1049, 1069; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 396, 407-408.

⁴⁷³ Gaillard/Banifatemi, s. 259; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 95; Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 94.

⁴⁷⁴ Girsberger/Voser, s. 134.

⁴⁷⁵ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1049; Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 359; Gerold Herrman, **“The Arbitration Agreement and Its Recognition by The Courts”**, ICCA Congress Series No:6, 1994, s.48; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.19; Özel, s. 102; Lew/Mistelis/Kröll, s. 102, 332, 334; Çelikel/ Erdem, s. 701; Yeşilirmak, s. 81; Yeşilova,

prensibinin olumsuz etkisi (“*negative effect*”) denilmektedir⁴⁷⁶. “Tarafların tahkime yönlendirilmesi” ifadesinden anlaşılması gereken mahkemenin yargı yetkisi bulunmadığına yönelik bir karar ile davayı usuli nedenlerle reddetmesi veya ertelemesi ve davayı esastan görmekten imtina etmesidir⁴⁷⁷.

Kompetenz-kompetenz prensibi uyarınca mahkemeler için tahkim anlaşmasının geçersizliğinin değerlendirilmesinde sınırlamalar öngörölmüş olmakla beraber söz konusu prensip mahkemelerin yetkisini tam anlamıyla bertaraf etmemektedir⁴⁷⁸. Nitekim hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik verdikleri kararlar devlet mahkemesi kontrolünden geçebilmektedir. Dolayısıyla, hakem heyetinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verilmesi konusunda sahip olduğu yetkinin denetime tabi nitelikte bir yetki olduğu kabul edilmektedir. Zira aşağıda izah edileceği gibi geçersiz bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen hakemlerin yetkileri olduğuna yönelik vermiş oldukları karar iptal veya tanıma/tenfiz davasında mahkemeler tarafından incelenebilir⁴⁷⁹.

Kompetenz-kompetenz prensibinin olumsuz etkisi bazı ülkelerde katı bir şekilde uygulanırken bazı ülkelerde daha esnek bir şekilde uygulanmaktadır⁴⁸⁰. Pek çok ülkede kural olarak mahkemelerin geçerliliğe yönelik meseleyi hakem heyetine yönlendirmesi ve hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesi öngörölse de mahkemelerin de tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebileceği kabul edilmektedir⁴⁸¹. Fakat bu ülke hukuklarında mahkemenin yapacağı incelemenin belli bir sınırı olduğu da kabul edilmektedir. Nitekim *kompetenz-kompetenz* prensibini tanıyan ülke hukukları hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisini zedelemeyecek düzenlemelerde bulunmalıdır.

Mahkemelerin Yardımı, s. 436; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 401; Smit, s. 25; Ekşi, **Deniz Ticareti**, s. 66; Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 94.

⁴⁷⁶ Gaillard/Banifatemi, s. 258; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 401; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1049; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s. 3; Dr. Âlim Taşkın, “Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi”, Prof Sr. İhsan Tarakçığlu’na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1999, s.115; Girsberger/Voser, s. 134-135.

⁴⁷⁷ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1049; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s.512; van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s.129; Girsberger/Voser, s. 135.

⁴⁷⁸ Özel, s. 107; Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 359.

⁴⁷⁹ Özel, s. 104; Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s.359; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s.3; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 401; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2012-2022; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 429; Ekşi, **Deniz Ticareti**, s. 66.

⁴⁸⁰ Girsberger/Voser, s. 135

⁴⁸¹ Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s. 3; Gaillard/Banifatemi, s. 262, 268; Girsberger/Voser, s. 135.

2. Mahkemenin İnceleme Ölçüsü

Belirtildiği gibi *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz etkisi ülkeden ülkeye çeşitlilik arz etmektedir. İşte bu nedenle, mahkemelerin inceleme ölçüleri de çeşitli ülke hukuklarına göre değişkenlik göstermektedir⁴⁸².

Mahkemenin inceleme ölçüsü tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hangi aşamada tartışıldığına bağlı olarak (hakem kararı verilmeden önce yapılan inceleme ya da hakem kararı verildikten sonra iptal mahkemesi veyahut tenfiz mahkemesi önünde yapılan inceleme) değişkenlik göstermektedir⁴⁸³. Tahkim kararı öncesinde mahkeme önünde tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışılması halinde mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebileceği kabul edilmekle beraber mahkemelerin benimseyebileceği inceleme ölçüsü konusunda iki temel yaklaşım bulunmaktadır⁴⁸⁴. Buna göre; bir yaklaşım mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verir iken tam bir inceleme (*“full review”*) yapması gerektiğini savunur iken, diğer bir yaklaşım geçerliliğin asıl olarak hakem heyeti tarafından tespit edilmesi gerektiğini o nedenle mahkemelerin yalnızca *prima facie* bir inceleme yapması gerektiğini savunmaktadır⁴⁸⁵. *Prima facie* inceleme, mahkemenin, görünürde bir tahkim anlaşmasının varlığına karar vermesi halinde uyuşmazlığı hakem heyetine devretmesini ve esas incelemeyi hakemlerin yapmasını öngören inceleme türüdür. *Prima facie* incelemenin kabulü yalnızca hakemlere kendi yetkilerine dair karar vermek konusunda bir imkân tanımak anlamına gelmektedir. Böylelikle hem tahkim yargılamasının sabote edilmesi hem de açıkça geçersiz olan bir tahkim anlaşmasına dayanarak tahkime gidilmesi engellenmiş olur.

Prima facie incelemenin kapsamının belirlenmesinde özellikle Fransız içtihatları dikkate alınmaktadır. Buna göre, mahkemeler sadece açık, tartışmasız ve çok ciddi gerekçelere dayanan hallerde tahkim anlaşmasının yokluğuna veya hükümsüzlüğüne (geçersizliğine) hükmedilebilecektir. Nitekim bu yaklaşım ile

⁴⁸² Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2012-2024.

⁴⁸³ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 429.

⁴⁸⁴ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 429.

⁴⁸⁵ Lew/Mistelis/Kröll, s. 345; Gaillard Emmanuel, **“Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitral Awards”**, New York Law Journal, 1 Aralık 2015, s. 7-9.

korunmak istenen amaç; tahkim lehine yorum ve ahde vefa ilkesinin sağlanmasıdır.

Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin değerlendirilmesinde mahkemelerin yetkisinin sınırlandırıldığı kabul edilse de *kompetenz-kompetenz* ilkesi mahkemelerin yetkisini tam anlamıyla bertaraf etmemektedir⁴⁸⁶. Nitekim hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik verdikleri kararlar devlet mahkemesi kontrolünden geçebilmektedir. Dolayısıyla, yukarıda belirtildiği gibi hakem heyetinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verilmesi konusunda sahip olduğu yetkinin denetime tabii yetki olduğu kabul edilmektedir⁴⁸⁷. Zira geçersiz bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen hakemlerin yetkileri olduğuna yönelik vermiş oldukları karar iptal veya tanıma/tenfiz isteminin reddi sebebi olabilir (MTK m.15(A)(1)(a) ve (d); Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1502(2) ve (3); New York Sözleşmesi m. V(a))⁴⁸⁸.

Kaldı ki, hakem önünde ileri sürülmüş geçersizlik iddialarının iptal veyahut tanıma/tenfiz sürecinde de ileri sürülmesi muhtemeldir. Yukarıda belirtildiği üzere, pek çok uluslararası ve ulusal düzenlemelerde iptal veya tenfizin istendiği mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleme yetkisi bulunmaktadır. Buna göre iptal davasında istemde bulunan tarafça veya tenfiz davasında tenfizin reddini isteyen tarafça hakem kararının geçersiz bir tahkim anlaşmasına dayandığı iddia edilir ise mahkeme bu yönde bir inceleme yapacak ve tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna hükmeder ise hakem kararını iptal edecek veyahut tenfizini reddedecektir. Kısacası hakemlerin yetkilerine yönelik verdikleri ön kararların yargı denetimine tabii olduğu ve bu kararın iptal davası veyahut tanıma/tenfiz aşamasında mahkeme tarafından inceleneceği kabul edilir⁴⁸⁹.

Bu noktada iptal ve tenfiz mahkemesinin yapacağı denetlemenin sınırına da değinmekte fayda var. İlk derece mahkemesince yapılacak *prima facie* standardındaki değerlendirmenin aksine gerek mahkemenin gerek hakemlerin tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik vereceği kararın iptal veya tanıma/tenfiz

⁴⁸⁶ Özel, s. 107.

⁴⁸⁷ Özel, s. 104; Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 359; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s. 3; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 401.

⁴⁸⁸ Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s. 3; Gaillard/Banifatemi, s. 261.

⁴⁸⁹ Özel, s. 108-109.

hâkimini bağlamayacağı kabul edilir⁴⁹⁰. Aşağıda inceleneceği üzere milletlerarası anlaşmalarda, pek çok ülkenin esas aldığı Model Kanun'da ve dolayısıyla pek çok ülke hukukunda iptal veya tenfiz mahkemesi önünde tahkim anlaşmasının geçerliliğine itirazda bulunulması halinde mahkemenin *de novo* inceleme yapacağı kabul edilir⁴⁹¹.

İptal ve tenfiz mahkemesinin yapacağı tam inceleme sadece tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik olacaktır. Mahkemenin yapacağı incelemeye yönelik akıllara gelen temel soru ise mahkemenin hakem kararının doğruluğunu veya yanlışlığını mı inceleyeceği yoksa kendi analizi sonucu tahkim anlaşmasının geçersizliğine mi karar vereceği meselesidir. Bu noktada, mahkemenin yapacağı inceleme, hakemlerin kullandığı metotun uygunluğu değil, hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından ulaştıkları sonucun hâkimin hukukuna uygunluğu olacaktır⁴⁹². Bu husus aslında milletlerarası tahkimde kabul edilen *Révision au fond* yasağı ile de paraleldir. Bu prensip uyarınca mahkeme yabancı hakem kararlarının maddi ve hukuki olgular yönünden doğruluğunu inceleme konusu yapamaz. Mahkeme yalnızca hakem kararının tanıma ve tenfiz koşullarını içerip içermediğini inceleyebilir. Nitekim New York Sözleşmesi tanıma ve tenfiz engellerini sınırlı olarak saymaktadır. Bu sebepler arasında hakemlerin maddi veya hukuki açıdan yanlış bir karar vermiş olmaları tanıma ve tenfiz engeli olarak sayılmamıştır. Bu nedenle Sözleşme'ye taraf devletler önünde görülen tanıma/tenfiz istemlerinde bu mahkemelerin hakem heyetinin verdiği kararın doğruluğunu yanlışlığını incelemesi kabul edilmemektedir. Mahkeme sadece tenfiz engelleri bakımından kendi analizini yaparak sonuca varmalıdır⁴⁹³.

Tüm bu bilgilerden hareketle, bu başlık altında milletlerarası anlaşmalar, Model Kanun ve ülkelerin tahkime ilişkin kanunlarında tahkim anlaşmasının geçerliliğinin mahkeme önünde (gerek hakem kararı öncesi gerek hakem kararı sonrası süreçte) tartışılması halinde benimsenen yaklaşımlar incelenecektir. Bu noktada öncelikle uluslararası hukukta yeknesaklığı sağlamak amacıyla getirilen ve

⁴⁹⁰ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 380.

⁴⁹¹ Esen, **"Kompetenz-Kompetenz"**, s. 380; Özel, s. 104; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s.3; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 401; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2012-2022; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 429; Ekşi, **Deniz Ticareti**, s. 66.

⁴⁹² Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 645-646 ve s. 885-886.

⁴⁹³ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 983; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3707; van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 269-273; Lew/Mistelis/Kröll, para. 26-66.

günümüzde pek çok ülkenin taraf olduğu veya benimsediği Avrupa Sözleşmesi, New York Sözleşmesi ve Model Kanunu'ndaki düzenlemeleri incelemek yerinde olacaktır.

3. Milletlerarası Tahkime İlişkin Milletlerarası Anlaşmalar ve Model Kanun Açısından

a. New York Sözleşmesi

New York Sözleşmesi m. II(3) ve m. V(1)(a) uyarınca hem hakemlerin hem de mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebileceğinin kabul edildiği açıktır⁴⁹⁴.

Nitekim New York Sözleşmesi m. II(3) uyarınca taraflarca uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceği kararlaştırılmış olmasına rağmen Sözleşmeye taraf ülke mahkemesinden biri önüne gelen davada taraflardan birince tahkim itirazı ileri sürülmüş ise mahkeme tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olup olmadığını tespit edecektir. Mahkeme yapacağı ön incelemede tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olduğunu tespit etmez ise uyuşmazlık hakem heyetine devredilecektir⁴⁹⁵. New York Sözleşmesi temel olarak hakem kararının tenfizine ilişkin olsa da ilgili maddenin lafzından tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkemeye başvurulması halinde mahkeme önünde ileri sürülen tahkim itirazına yönelik incelemeleri düzenlediği anlaşılmaktadır. İlgili madde uyarınca mahkemeler tahkim anlaşmasının hiç mevcut olmaması veyahut açık bir geçersizlik halinin var olması halinde tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebilecektir. Böyle bir durum yok ise meseleyi tahkime havale edecektir⁴⁹⁶.

Benzer şekilde New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca hakem kararının tanınması ve tenfizinin talep edildiği mahkeme, tahkim anlaşmasının taraflarca

⁴⁹⁴ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1052; van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 145-146; Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 360; İlhan, s. 18; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2019.

⁴⁹⁵ New York Sözleşmesi m. II(3) şu şekildedir:

“Bir Ákit 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.”

⁴⁹⁶ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 361; van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 145-146.

seçilen hukuka ve eğer böyle bir seçim mevcut değil ise hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz olduğunu tespit eder ise söz konusu hakem kararının tanıma/tenfizini reddedebilecektir. Böylelikle New York Sözleşmesi hakem kararı verildikten sonraki aşamada da mahkemelerin geçerliliği inceleme yetkisi olduğunu kabul etmektedir. Buna “*second look*” doktrini de denilmektedir⁴⁹⁷.

İlgili düzenlemeler ile mahkemelerin tahkime yönelik bir meseleye müdahalesi kabul edilmekle beraber New York Sözleşmesi mahkemelerin yapacağı incelemenin sınırını düzenlememektedir⁴⁹⁸. Doktrinde, New York Sözleşmesi m. II(3) metninde geçen, mahkeme tarafından “*tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğu tespit edilmedikçe*” ifadesinin *prima facie* bir incelemeyi mi yoksa tam bir incelemeyi mi (“*full review*”) öngördüğü meselesi tartışmalıdır⁴⁹⁹. Nitekim van den Berg, New York Sözleşmesi m. II(3)’ün tahkime başvurulmadan önce mahkeme önünde tahkim anlaşmasının tartışılması hali için öngörüldüğünü belirttikten sonra, mahkemenin bu aşamadaki inceleme ölçüsünün “*prima facie*” bir inceleme olduğunu savunmuştur⁵⁰⁰. Buna karşılık, bu görüş Born tarafından kabul edilmemektedir. Born’a göre New York Sözleşmesi m. II(3) mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelerken uygulayacağı ölçüyü düzenlememektedir, bu nedenle de madde lafzını *prima facie* veyahut *full review* gerektirdiği şeklinde yorumlamak doğru değildir. Born’a göre New York Sözleşmesi ülkelere mahkemenin yapacağı inceleme konusunda diledikleri standardı uygulama özgürlüğü vermektedir. Kanaatimizce de New York Sözleşmesi lafzından mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelerken kullanacakları ölçü anlaşılammaktadır. Bu nedenle New York Sözleşmesi’nde taraf ülkeler için bağlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, van den Berg’in savunduğu görüşün kabul edilmesi halinde New York Sözleşmesi’ne taraf olan fakat farklı inceleme ölçüleri benimseyen ülkelerin Sözleşmeyi ihlal etmiş sayılması sonucu doğacaktır⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ Yeşilova, **Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği**, s. 146;

⁴⁹⁸ Born, **International Commercial Arbitration**, s.1054; Fouchard/Gaillard/Goldman, para. 662, 677.

⁴⁹⁹ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1057; Frederic Bachand, “**Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?**”, *Arbitration International*, Volume 22, Issue 3, s. 463, 15 Ekim 2014; Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 361.

⁵⁰⁰ van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 131.

⁵⁰¹ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1055.

New York Sözleşmesi uyarınca mahkemenin yapacağı inceleme sonucunda tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermesi durumunda ise mesele hakemlerce karar verilmek üzere tahkime sevk edilecektir. Fakat bu da mahkemelerin yetkisini tam anlamıyla bertaraf etmemektedir. Nitekim az evvel değinildiği gibi New York Sözleşmesi m. V uyarınca tanım/tenfiz isteminin reddedilebileceği hallerden biri de hakem kararının geçersiz bir tahkim anlaşmasına dayanılarak verilmiş olmasıdır. New York Sözleşmesi, 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine dair Cenevre Konvansiyonu (“Cenevre Konvansiyonu”)’nun uygulanmasında yaşanan zorlukları bertaraf etmek için düzenlenmiştir. Cenevre Konvansiyonu hakem kararının tanınması/tenfizini talep eden tarafın bazı hususları ispatlamasını öngörüyordu⁵⁰². Buna göre istemde bulunan taraf hakem kararının nihai olduğunu, verildiği yer mahkemesi tarafından iptal edilmediğini, davalıya usulüne uygun bilgilendirme yapıldığını ve davalının ehliyetsiz olmadığını ispatlamış olmasını arıyordu. Cenevre Konvansiyonu ayrıca tenfize karşı çıkan tarafın tahkime uygulanacak hukukta tenfizin reddi için öngörülen sebeplere dayanarak tenfize karşı çıkmasına izin veriyordu⁵⁰³. New York Sözleşmesi müzakereleri sırasında taslak Sözleşme aslında Cenevre Konvansiyonu’na oldukça yakın idi. Fakat Hollanda heyetinin tavsiyeleri üzerine nihai metinde tanıma/tenfizin reddi sebepleri mümkün olduğunca sınırlandırılma yoluna gidilerek ispat yükü de tanıma/tenfizin reddini talep eden taraf üstüne yükletilmiştir⁵⁰⁴. New York Sözleşmesi m. (V)’te yer alan tanıma/tenfize engel sebepler doğrudan taraf ülkeler tarafından yazılmış olup, ülkeler bu konuda yetkilerini mümkün olduğunca istisnai haller ile sınırlandırmıştır⁵⁰⁵. Tahkim anlaşmasının geçersizliği de bu istisnai haller arasında yer almaktadır. Dolayısıyla

⁵⁰² 1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi m. 1 ve m. 2

⁵⁰³ 1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi m. 3. İlgili madde şu şekildedir:

“If the party against whom the award has been made proves that, under the law governing the arbitration procedure, there is a ground, other than the grounds referred to in Article 1 (a) and (c), and Article 2 (b) and (c), entitling him to contest the validity of the award in a Court of Law, the Court may, if it thinks fit, either refuse recognition or enforcement of the award or adjourn the consideration thereof, giving such party a reasonable time within which to have the award annulled by the competent tribunal.”

(<http://www.arbitrations.ru/userfiles/file/Law/Treaty/Geneva%20convention%20on%20execution%20of%20foreign%20awards.pdf>)

⁵⁰⁴ Travaux préparatoires, United Nations Conference on International Commercial Arbitration, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Comments by Governments on the draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, E/CONF.26/3/Add.1, para. 7.

⁵⁰⁵ Bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html

New York Sözleşmesi uyarınca hakemlerin yetkilerine yönelik verdiği karar iptal/tenfiz mahkemesi önünde tekrar incelenerek bir denetime tabi tutulacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi tenfiz mahkemesinin yapacağı incelemenin sınırı ise yine Sözleşme’de düzenlenmemektedir. Bu nedenle Sözleşme’nin bu hususta taraf devletlere ulusal hukuklarında diledikleri standardı seçmeleri konusunda serbesti tanıdığı kabul edilmektedir⁵⁰⁶. Bazı ülkeler sınırlı bir inceleme yapmayı benimserken, diğer ülkeler ise daha kapsamlı bir inceleme yapmayı kabul etmişlerdir. İsviçre gibi bazı ülkeler ise karma bir sistemi benimsemiş ve tahkim yerinin başka bir ülke olması halinde kapsamlı bir inceleme yapılmasını öngörürken, tahkim yerinin İsviçre olması halinde *prima facie* inceleme öngörmüşdürler⁵⁰⁷. Bu hususlara aşağıda daha detaylıca değinilecektir.

b. Avrupa Sözleşmesi

Kompetenz-kompetenz prensibi Avrupa Sözleşmesi’nde açıkça kabul edilmiştir. Buna göre Avrupa Sözleşmesi m. V(3) uyarınca hakemlerin, yetkilerine ilişkin itiraz söz konusu olduğunda tahkime devam ederek yetkilerinin geçerliliği ve mevcudiyeti ile ilgili hususları değerlendirerek bu yönde karar verebilecekleri açıkça kabul edilmiştir. Fakat söz konusu düzenlemede hakemlerin yetkilerine yönelik verdiği bu kararın *lex fori*’nin öngördüğü bir denetleme prosedürüne tabi tutulabileceği de açıkça belirtilerek hakemlerin bu yetkisinin mahkeme denetimine tabi olduğu ifade edilmiştir⁵⁰⁸. Mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verebileceği aynı Sözleşme m. VI(3)’te de açıkça kabul edilmiştir⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1057; Bachand, s.471; Esen, “**Kompetenz-Kompetenz**”, s. 361.

⁵⁰⁷ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 361; Kararı; İsviçre Federal Mahkemesi 16 Ocak 1995 tarihli *Compagnie de Navigation et Transps. SA v. Mediterranean Shipping Co.* kararı, **XXI YBCA**, Yıl: 1996, s. 690-698.

⁵⁰⁸ Avrupa Sözleşmesi m. V(3) şu şekildedir:

“Subject to any subsequent judicial control provided for under the *lex fori*, the arbitrator whose jurisdiction is called in question shall be entitled to proceed with the arbitration, to rule on his own jurisdiction and to decide upon the existence or the validity of the arbitration agreement or of the contract of which the agreement forms part.”

⁵⁰⁹ Avrupa Sözleşmesi m. VI(3) şu şekildedir:

“3. Where either party to an arbitration agreement has initiated arbitration proceedings before any resort is had to a court, courts of Contracting States subsequently asked to deal with the same subject-matter between the same parties or with the question whether the arbitration agreement was non-existent or null and void or had lapsed, shall stay their ruling on the arbitrator’s jurisdiction until the arbitral award is made, unless they have good and substantial reasons to the contrary.”

Avrupa Sözleşmesi m. VI(3), mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleme yetkisi açısından uyuşmazlığın hakem heyetine tevdi edilmiş olup olmaması arasında ayırım yapmaktadır⁵¹⁰. Buna göre, eğer taraflar arasındaki ihtilafın halli için tahkime gidilmiş, fakat aynı zamanda taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının yokluğunun, icrasının imkânsız olduğunun veya hükümsüzlüğünün tespiti için âkit devlet mahkemelerine başvurulmuş ise, kendisine başvuru devlet mahkemesi hakem mahkemesinin salahiyeti hakkında karar verme yetkisini hakem kararının verildiği ana kadar erteleyecektir. Fakat ilgili madde uyarınca bu kuralın tek istisnası tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik ciddi sebepler (“*good and substantial reasons to the contrary*”) olmasıdır. Diğer bir deyişle mahkemenin tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin hususların çok açık olması halinde inceleme yapabilmesi kabul edilmiştir⁵¹¹. Görüldüğü gibi Avrupa Sözleşmesi tahkim anlaşmasının geçerliliğine mahkemelerin çok istisnai hallerde karar verebileceğini, bu hususta esas olarak hakemlerin karar vermesi gerektiğini açıkça düzenlemiştir. Bununla beraber m. V(3) uyarınca hakemlerin vereceği kararın mahkeme kontrolünden geçeceği de kabul edilmiştir. Fakat New York Sözleşmesi ile benzer şekilde, Avrupa Sözleşmesi mahkemenin yapacağı kontrolün ölçüsünü düzenlememektedir.

c. UNCITRAL Model Kanunu

Kompetenz-kompetenz prensibinin pek çok ülke hukukunda kabul görmüş milletlerarası tahkimin uluslararası bir ilkesi haline gelmesinin temel sebebi, bugün pek çok ülkenin esas aldığı UNCITRAL Model Kanunu’nda da bu prensibin açıkça kabul edilmiş olmasıdır.

Model Kanun m. 16(1) açıkça *kompetenz-kompetenz* prensibine yer vermekte ve m. 16(3) hakem heyetinin yetkisine yönelik bir hususun hakemlerce bir ön sorun olarak karara bağlanacağını düzenlemektedir⁵¹². Bununla beraber, Model Kanun’da da New York Sözleşmesi ile paralel bir düzenleme mevcuttur. Öyle ki, Model Kanun m. 8(1) de yer alan düzenlemenin lafzı ile New York

⁵¹⁰ Sariöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2019.

⁵¹¹ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 362.

⁵¹² Esen, **“Kompetenz-Kompetenz”**, s. 361; Bachand, s. 471; Lew/Mistelis/Kröll s. 349.

Sözleşmesi m. II(3)'te yer alan düzenlemenin lafzı aynıdır⁵¹³. Model Kanun m. 8 uyarınca da tahkim anlaşmasının varlığına rağmen uyuşmazlığın çözümü için taraflardan birinin mahkemede dava açması halinde, diğer tarafın tahkim itirazında bulunması üzerine mahkeme tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olduğuna karar verir ise tarafları tahkime yönlendirecektir. Buna göre mahkeme bir ön inceleme yapacak ve ancak yapacağı ön incelemede tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olduğu anlaşılıyor ise davaya bakmaya devam edecektir aksi halde tarafları tahkime yönlendirecektir⁵¹⁴.

Mahkemenin tarafları tahkime yönlendirmesi halinde hakemler kendi yetkileri hususunda karar verecektir. Fakat Model Kanun bu kararın mahkeme denetimine tabi olduğunu kabul etmektedir nitekim Model Kanun m.16(3) uyarınca hakemlerin yetkilerine yönelik kararına, taraflar 30 gün içerisinde mahkemeye başvurarak itiraz edebilirler⁵¹⁵. Bu sırada tahkim yargılaması ise devam edebilecektir.

Model Kanun uyarınca yetkiye yönelik meseleler hakem kararı verildikten sonra da yargı denetimine tabi kabul edilir. Model Kanun m. 34(2)(a)(i)⁵¹⁶ ve m. 36(1)(a)(i)⁵¹⁷ uyarınca hakemlerin esasa ilişkin kararında yetkiye yönelik hüküm

⁵¹³ Model Kanun m. 8(1) şu şekildedir:

“(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”

⁵¹⁴ İhan, s. 18; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1092; Hindistan Yüksek Mahkemesi 12 Ağustos 2005 tarihli *Shin-Etsu Chem. Co. v. Aksh Optifibre Ltd* kararı, **XXXI YBCA**, Yıl: 2006, s.747-785; British Columbia Yüksek Mahkemesi 1992 tarihli *Gulf Canada Res. Ltd v. Arochem Int'l Ltd* kararı, (1992), **66 British Columbia Law Reports**, Second Series, s. 113, 114; Bermuda Yüksek Mahkemesi 1994 tarihli *Skandia Int'l Ins. Co. v. Al Amana Ins. & Reins. Co.* kararı, **4 Re LR**, s. 63.

⁵¹⁵ Model Kanun m. 16(3) şu şekildedir:

“(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.”

⁵¹⁶ Model Kanun m. 34(2)(a)(i) şu şekildedir:

“(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if: (a) the party making the application furnishes proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or (...)”

⁵¹⁷ Model Kanun m. 36(1)(a)(i) şu şekildedir:

verilmiş ise de bu durumda hakemlerin verdiği bu karar artık iptal veya tenfiz aşamasında yargı denetimine tabi olacaktır⁵¹⁸.

Diğer yandan Model Kanun'da mahkemelerin yapacağı incelemeye yönelik bazı hususlar açısından belirsizlikler bulunmaktadır. Örneğin m. 16 kapsamında hakem kararı öncesinde mahkemelerin yapacağı incelemenin sınırı ve hakemlerin kararı sonrası mahkemenin m. 34 ve m. 36 kapsamında yapacağı denetlemenin sınırı Model Kanun'da belirtilmemiştir⁵¹⁹. New York Sözleşmesi m. II(3) lafzı ile Model Kanun m. 8(1) lafzı aynı olduğundan mahkemenin yapacağı ön incelemenin ölçüsüne yönelik New York Sözleşmesi için yapılan değerlendirmelerin Model Kanun için de geçerli olduğu söylenebilir. Yani bir görüşe göre ilgili düzenlemenin mahkemelerin *prima facie* inceleme yapmasını öngördüğü savunulurken diğer bir görüşe göre ise düzenlemenin herhangi bir ölçüt getirmediği savunulmaktadır⁵²⁰. Bununla beraber, Model Kanun ve New York Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemenin mahkemeye tam bir değerlendirme yetkisi verdiği de kabul edilmektedir⁵²¹. Nitekim mahkemelerin *prima facie* inceleme yapmasını öngören düzenlemelerde mahkemelerin meseleyi tahkime yönlendirmesi için tahkim anlaşmasının “açıkça” (“*manifestly*”) hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olması gerektiği düzenlenmiştir. Model Kanun'un hazırlık çalışmaları aşamasında “tahkim anlaşmasının yokluğu ve geçersizliği” ibresinin önüne “açıkça” kelimesinin konulmasının reddedilmesi ve dolayısıyla nihai metinde “açıkça” ifadesi yer almadığından Model Kanunu esas alan ülke mahkemesinin tam bir değerlendirme yapması gerektiği

“Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only: (a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or(...)”

⁵¹⁸ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1080.

⁵¹⁹ Bachand, s. 463; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1082; Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 363.

⁵²⁰ Bu görüşün Emmanuel Gaillard tarafından ortaya atıldığı ve yıllardır savunulduğu ifade edilmektedir: Gaillard E., “Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international”, Rev.Arb. 1990, s.771; Gaillard E., “L'effet négatif de la compétence-compétence”, Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, s. 387; Gaillard E., “The Negative effect of Competence-Competence”, Melaey's Int. Arb. Rep., 2002, 17(1), s. 27: (Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 363 ve dn. 38'den alınmıştır).

⁵²¹ Bachand, s. 463; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1082.

savunulmaktadır⁵²². Bu konudaki farklı görüşlere rağmen, Model Kanunu esas alan ülke hukuklarında genellikle mahkemenin sadece *prima facie* bir inceleme yapması gerektiği kabul edilmiştir. Buna göre mahkeme ancak yapacağı ön incelemede tahkim anlaşmasının geçersizliği açıkça anlaşılıyor ise davaya bakmaya devam edecek aksi halde tarafları tahkime yönlendirecektir⁵²³. Nitekim Model Kanun m. 16 uyarınca kabul edilmiş olan hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar vermesi yetkisi değerlendirildiğinde kanaatimizce Model Kanun'da mahkemelere tam bir incelemedense *prima facie* inceleme yetkisinin verilmesinin niyet edildiğini varsaymak gerekir.

Bununla beraber, mahkemelerin Model Kanun m. 34 ve m. 36 kapsamında iptal veya tenfiz davası aşamasında yapması gereken denetlemenin ise *de novo* olduğunu kabul eden görüşler mevcuttur. Bu görüşe göre Model Kanun'da tahkim anlaşmasının geçersizliği iptal veya tenfizin reddi sebeplerinden biri olarak sayılmış olup hakem kararına herhangi bir atıf yapılmamıştır dolayısıyla artık *prima facie* bir inceleme değil mahkeme yeniden tam bir inceleme yapabilmelidir. Nitekim Singapur mahkemesi 2003 tarihli bir kararında Model Kanun m. 16(3) uyarınca mahkemenin yaptığı denetimin bir itiraz veyahut temyiz incelemesi olmadığını aksine mahkemenin tarafların yeni iddialar ileri sürebileceği yeni bir yargılama olduğunu belirtmiştir⁵²⁴.

4. Mukayeseli Hukuk Açısından

Ülkeler ulusal kanunlarında *kompetenz-kompetenz* prensibini açıkça kabul etmiş olsalar da bu prensibin uygulama şartları ve sınırları konusunda ülkelere benimsenmiş yeknesak bir kural bulunmamaktadır⁵²⁵. Bazı ülkelerde

⁵²² Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 362; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 553-554; Lew/Mistelis/Kröll, s. 349, para. 14-61; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1082; Bachand, s. 471; Holtzmann H.M./Neuhaus E. J., A Guide to the UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, 1994, s.303; Walter Rau Neusser Oel und Fett AG v. Cross Pac. Trading Ltd, [2005] (Australian Fed. Ct.). Bununla beraber karşı görüş için bkz. Bachand, s. 463.

⁵²³ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1082; Hindistan Yüksek Mahkemesi 12 Ağustos 2005 tarihli *Shin-Etsu Chem. Co. v. Aksh Optifibre Ltd* kararı, **XXXI YBCA**, Yıl: 2006, s.747-785; British Columbia Yüksek Mahkemesi 1992 tarihli *Gulf Canada Res. Ltd v. Arochem Int'l Ltd* kararı, (1992), **66 British Columbia Law Reports**, Second Series, s. 113, 114; Bermuda Yüksek Mahkemesi 1994 tarihli *Skandia Int'l Ins. Co. v. Al Amana Ins. & Reins. Co.* kararı, **4 Re LR**, s. 63.

⁵²⁴ Singapur Yüksek Mahkemesi 10 Eylül 2003 tarihli *PT Tugu Pratama Indonesia v. Magma Nusantara Ltd* kararı.

⁵²⁵ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 364.

mahkemelerin meseleyi hiçbir inceleme yapmadan hakem heyetine yönlendirmesi gerektiği öngörülmüş olmakla beraber hakemlerin yetkilerine yönelik verdiği bu kararın nihai olmadığı ve kararın daha sonradan mahkemenin *de novo* incelemesine tabi olduğu kabul edilir⁵²⁶. Buna göre hakemlerin başlangıçta verdiği karar iptal ve tenfiz aşamasında devlet mahkemesi kontrolünden geçmektedir. Bazı ülkelerde ise mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebileceği kabul edilmekle beraber mahkemenin inceleme ölçüleri ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir.

Fransız hukukunda *kompetenz-kompetenz* prensibinin bazı ülke hukuklarından farklı yorumlandığını söyleyebiliriz⁵²⁷. Bu durum Fransız hukukunun istisnai derecede tahkim yanlısı yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Fransız hukukunda, yerel tahkim açısından Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 1448⁵²⁸ ve m. 1465⁵²⁹'te *kompetenz-kompetenz* prensibi ve bu prensibin olumsuz etkisi çok katı bir şekilde düzenlenmiştir⁵³⁰. Her ne kadar Fransız hukukunda milletlerarası tahkim açısından özel olarak hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi düzenlenmese de Fransız Yüksek mahkemesi tarafından *Zanzi* kararında ve Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 1506'da bu düzenlemelerin milletlerarası tahkim açısından da geçerli olduğu kabul edilmiştir⁵³¹.

Fransız Medeni Usûl Kanunu tahkim anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan birinin mahkemeye başvurması durumunda tahkim anlaşmasının geçerliliğinin mahkeme önünde tartışılması halinde ikili bir ayrıma gitmektedir. Buna göre mahkeme, tahkim itirazı ileri sürüldüğü sırada incelemesini yapmadan

⁵²⁶ Özel, s.104; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1108; Wolf-Henning Roth, **From UNICTRAL Model Law on International Commercial Arbitration in Practitioner's Handbook on International Arbitration edited by Frank/Bernd Weigand**, 2002, s. 1222.

⁵²⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 407.

⁵²⁸ Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 1448 şu şekildedir:

"When a dispute subject to an arbitration agreement is brought before a court, such court shall decline jurisdiction, except if an arbitral tribunal has not yet been seized of the dispute and if the arbitration agreement is manifestly void or manifestly not applicable.

A court may not decline jurisdiction on its own motion.

Any stipulation contrary to the present article shall be deemed not written."

⁵²⁹ Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 1465 şu şekildedir:

"The arbitral tribunal has exclusive jurisdiction to rule on objections to its jurisdiction."

⁵³⁰ Girsberger/Voser, s. 135; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1111-1114; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 551.

⁵³¹ Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 1506; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1108; Nihal Uluocak, **"Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temliki ile İntikali- Fransız İçtihadı"**, MHB, Aysel ÇELİKEL'E Armağan, Yıl 1999-2000, S.1-2, s.992, Esen **Kompetenz-Kompetenz**, s. 372-373.

evvel mevcut bir hakem heyetinin olup olmadığına bakacaktır⁵³². Buna göre tahkim anlaşmasının varlığına rağmen doğrudan mahkemeye gidilmesi halinde yani mevcut bir hakem heyeti yok ise mahkeme tahkim anlaşmasının açıkça geçersiz olup olmadığını inceleyecek ve açık bir geçersizlik hali yok ise o durumda tarafları tahkime yönlendirecektir. Bununla beraber, hakemlerin önünde görülen bir uyuşmazlığa rağmen mahkemede de dava açılmışsa yani mahkemenin yaptığı değerlendirme sırasında mevcut bir hakem heyeti var ise, bu durumda Fransız Medeni Usûl Kanunu m.1448(1) uyarınca hakem kendi yetkisi hakkında karar vermeden devlet mahkemeleri tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili hiçbir meselede karar veremeyecektir⁵³³. Diğer bir deyişle, Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 1448 uyarınca mahkeme, tahkim anlaşmasının açıkça geçersiz olup olmadığına yönelik bir değerlendirme bile yapmadan davayı reddedecektir⁵³⁴. Fransız hukukundaki bu genel yaklaşımın aksine Fransız Mahkemeleri 2012 tarihli bir kararında hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermeleri gerektiğine yönelik genel kuralın iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ile ilgili meselelere uygulanmayacağına hükmetmiştir⁵³⁵. Her ne kadar söz konusu karar ulusal tahkim kararı da olsa, yabancı tahkimler için de geçerli olduğu kabul edilmektedir⁵³⁶. Mahkemeler ancak, uyuşmazlığın hakem heyetinde derdest olmaması koşuluyla, tahkim anlaşmasının “açıkça geçersiz veya icrası imkânsız” olması halinde davaya bakabilecektir aksi halde davayı reddedecektir⁵³⁷.

Ancak hakemlerin yetkilerine yönelik vereceği karar iptal veya tenfiz davası aşamasında mahkemenin kontrolüne tabi olacaktır (Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 1502⁵³⁸). Fakat bu noktada belirtmekte fayda var, Fransız hukukunda hakem kararı

⁵³² Her iki durumda da mahkemenin re'sen inceleme yapma yetkisi bulunmamaktadır.

⁵³³ Özel, s.107.

⁵³⁴ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1111; Fouchard/Gaillard/Goldman, para. 668-688.

⁵³⁵ Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 30 Kasım 2011 tarihli *Societe Deloitte Conseil v. Serant* Kararı, Rev Arb., 2012, s.333-336 ayrıca bkz. Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1114.

⁵³⁶ Roland Ziadé and Patricia Peterson, “**IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, 2016 Research Project: Comparative Study of ‘Arbitrability’ under the New York Convention Report on France**”, s. 17

(file:///C:/Users/Selin%20Ece/Downloads/France%20(5).pdf)

⁵³⁷ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 373; Özel, s. 107; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1111; Fouchard/Gaillard/Goldman, para. 668-688.

⁵³⁸ Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 1502 şu şekildedir:

“An award may only be set aside where:

(1) the arbitral tribunal wrongly upheld or declined jurisdiction; or

(2) the arbitral tribunal was not properly constituted; or

(3) the arbitral tribunal ruled without complying with the mandate conferred upon it; or

öncesi dönemde benimsenen tahkim yanlısı yaklaşım iptal ve tenfiz mahkemesi tarafından yapılan inceleme açısından benimsenmemektedir. İptal veya tenfiz davasına bakan mahkemenin hakemlerin yetkilerine yönelik verdiği kararı ayakta tutma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu noktada *Cour de cassation*'un *Pyramids* kararı önem arz etmektedir. Söz konusu kararda mahkemelerin hakem kararını denetlerken hakemlerce vakalara veya hukuki konulara yönelik yapılan değerlendirmeler ile bağlı olmadığı ifade edilmiştir.⁵³⁹ Mahkeme bu aşamada tamamen kendi *de novo* değerlendirmesini yapacaktır⁵⁴⁰. Bu durum pek çok açıdan eleştirilebilir. Nitekim özellikle hakem heyetinin oluşmasından sonra ve fakat karar verilmeden evvel mahkeme önünde tahkim itirazında bulunulması halinde, mahkeme tarafından başta böyle bir değerlendirme yapılmadan meselenin doğrudan tahkime yönlendirilmesi fakat iptal/tenfiz mahkemesi önünde mahkemenin yeniden tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemesi uyuşmazlığın tarafları açısından masraf ve zaman kaybına yol açacaktır. Zira hakem kararı öncesinde ileri sürülen geçersizlik iddialarının iptal veya tenfiz davasında da ileri sürülmesi oldukça muhtemeldir. Bu nedenle hakem heyeti oluşmadan önce veyahut sonra ileri sürülmüş olmasına bağlı olmadan mahkemenin en azından *prima facie* bir inceleme yapması tarafların menfaati açısından daha faydalı bir yaklaşım olurdu.

Görüldüğü üzere Fransız hukukunda benimsenen temel yaklaşım kural olarak hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar vermeden devlet mahkemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili hiçbir meselede karar verememesidir⁵⁴¹. Bununla beraber henüz tahkime gidilmeden mahkemede tahkim anlaşmasının geçersizliği iddia edilmiş ise mahkeme tahkim anlaşmasının açıkça geçersiz olup olmadığına bakabilecektir. Bu hususta açık bir geçersizlik hali olup olmadığının tespitine yönelik mahkemenin yapacağı değerlendirmenin ise *prima facie* bir değerlendirme olması gerektiği kabul edilir⁵⁴². Fransız mahkemeleri hakem heyeti mevcut değil ise tahkim

(4) *due process was violated; or*

(5) *recognition or enforcement of the award is contrary to international public policy.*”

⁵³⁹ Fransa Temyiz Mahkemesinin 06 Ocak 1987 tarihli *Plateau des Pyramides* kararı, **Rev. Arb.**, Yıl: 1987, s. 469-470.

⁵⁴⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 930, para 1608; Born, s. 1114-1115; Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice**, s. 262.

⁵⁴¹ Özel, s.107.

⁵⁴² Born, **International Commercial Arbitration**, s.1111; Fouchard/Gaillard/Goldman, ¶¶668-88.

yerinin Fransa olup olmadığına bakmadan *prima facie* bir değerlendirme yapmaktadır⁵⁴³.

Kısacası, Fransız hukukunda hakemlere tanınan *kompetenz-kompetenz* yetkisi oldukça geniş uygulanmaktadır. Kural olarak hakemler kendi yetkileri ile ilgili meselelere kendileri karar verecektir. Fakat Model Kanun'da da olduğu gibi hakem tarafından verilen bu kararın mahkemelerce iptal veya tenfiz aşamasında devlet mahkemesi kontrolünden geçeceği açıkça kabul edilmiştir (Fransız Medeni Usûl Kanunu m.1502⁵⁴⁴).

Alman hukukunda ise *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz etkisi Fransız hukukundaki kadar sıkı uygulanmamaktadır. Öyle ki tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkeme önünde tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışılması halinde (hakem kararı öncesi süreçte) mahkemenin tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği ile ilgili tam bir inceleme yaparak karar vereceği kabul edilmektedir (Alman Usul Kanunu m. 1032)⁵⁴⁵. Yani, mahkeme Fransız hukukunun aksine meseleyi doğrudan tahkime yönlendirmeyecek, yapacağı ön incelemede tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olup olmadığını anlamaya çalışacaktır⁵⁴⁶. Alman hukukunda mahkemelerin tam bir inceleme yapabileceğinin kabul edilmesi de Fransız hukukundan ayrıldığı diğer bir noktadır. Mahkeme yapacağı inceleme sonucunda tahkim anlaşmasının geçerliliğine kanaat

⁵⁴³ Born, **International Commercial Arbitration**, s.1114.

⁵⁴⁴ Fransız Medeni Usûl Kanunu m.1502 şu şekildedir:

“An award may only be set aside where:

(1) the arbitral tribunal wrongly upheld or declined jurisdiction; or

(2) the arbitral tribunal was not properly constituted; or

(3) the arbitral tribunal ruled without complying with the mandate conferred upon it; or

(4) due process was violated; or (5) recognition or enforcement of the award is contrary to international public policy.”

⁵⁴⁵ Alman Usul Kanunu m.1032 şu şekildedir:

“Section 1032-Arbitration agreement and proceedings brought before the courts

(1) Should proceedings be brought before a court regarding a matter that is subject to an arbitration agreement, the court is to dismiss the complaint as inadmissible provided the defendant has raised the corresponding objection prior to the hearing on the merits of the case commencing, unless the court determines the arbitration agreement to be null and void, invalid, or impossible to implement.

(2) Until the arbitral tribunal has been formed, a petition may be filed with the courts to have it determine the admissibility or inadmissibility of arbitration proceedings.

(3) Where proceedings are pending in the sense as defined by subsection (1) or (2), arbitration proceedings may be initiated or continued notwithstanding that fact, and an arbitration award may be handed down.

⁵⁴⁶ Esen, *Kompetenz-Kompetenz*, s. 364; İbrahim Özbay, **“1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler”**, Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal TEKİNALP'E Armağan, C.II, İstanbul 2003, s.1062; Franz-Jörg Semler, **“German Arbitration Law – The 1998 Reform and Recent Case Law**, Journal of International Arbitration, Vol:18, No:5, 2001, s. 581.

getirir ise uyuşmazlığı mevcut bir hakem heyeti varsa hakem heyetine sevk edecektir. Bu sırada hali hazırda bir tahkim yargılaması var ise tahkim yargılaması mahkemenin yapacağı incelemeden bağımsız olarak devam edecektir. Hakemler tarafından verilen karara ise süresi içinde itiraz edilebilecektir ve itiraz üzerinde yapılan incelemede mahkeme *de novo* inceleme yapabilecektir (Alman Usul Kanunu m. 1040(3))⁵⁴⁷.

Bununla beraber Alman Usul Kanunu m. 1032(2) uyarınca henüz bir hakem heyeti oluşmamış ise mahkemeden söz konusu uyuşmazlığın tahkim kapsamında olup olmadığının tespiti için başvuruda bulunulması prosedürü de kabul edilmiştir. Bu durumda da mahkemenin tam bir inceleme yapması gerekir. Alman hukukunun Fransız hukuku ile ayrıldığı bir diğer nokta da budur. Zira yukarıda belirtildiği gibi Fransız hukukunda hakem heyeti teşekkül etmeden önce mahkemenin yapabileceği incelemenin ancak *prima facie* bir inceleme olabileceği kabul edilmiştir⁵⁴⁸.

İsviçre hukukunda da, İsviçre MÖHUK m. 186(1) uyarınca hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesi gerektiği açıkça kabul edilmiştir⁵⁴⁹. Yine m. 186(3) uyarınca kural olarak hakemlerin bunu bir ön karar ("*preliminary award*") olarak vereceği kabul edilmiştir⁵⁵⁰. Aynı şekilde İsviçre MÖHUK m. 7 uyarınca da Model Kanun m. 8 ile paralel olarak, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan birinin mahkemede dava açması halinde, mahkeme tahkim anlaşması ancak hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız değil ise davaya bakabilecektir⁵⁵¹. Diğer bir deyişle, İsviçre hukukunda mahkemelerin tahkim anlaşmasını geçersiz, tesirsiz veya imkânsız bulmadıkça davayı reddetmesi gerektiği kabul edilir. Bu

⁵⁴⁷ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1124.

⁵⁴⁸ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1122, Klaus Peter Berger, "**Germany Adopts the UNCITRAL Model Law**", *International arbitration law review*, Londra, Nisan 1998, s. 121-122.

⁵⁴⁹ Girsberger/Voser, s. 137.

⁵⁵⁰ İsviçre MÖHUK m. 186 şu şekildedir:

"1 *The arbitral tribunal shall rule on its own jurisdiction.*

2 *The objection of lack of jurisdiction must be raised prior to any defense on the merits.*

3 *In general, the arbitral tribunal shall rule on its own jurisdiction by means of an interlocutory decision.*"

⁵⁵¹ İsviçre MÖHUK m. 7 şu şekildedir:

"*If the parties have concluded an arbitration agreement with respect to an arbitrable dispute, the Swiss court before which the action is brought shall decline its jurisdiction unless:*

a. *The defendant proceeded to the merits without contesting jurisdiction;*

b. *The court finds that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed; or*

c. *The arbitral tribunal cannot be constituted for reasons for which the defendant in the arbitration proceeding is manifestly responsible.*"

nedenle mahkemelerin hakemlerin bu yetkilerine müdahalesini önlemek amacıyla değerlendirmelerini hakemler kararlarına ulaşana kadar ertelenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵².

Görüldüğü gibi İsviçre MÖHUK m. 7 ve m. 186 beraber değerlendirildiğinde hakemlerin yetkilerine yönelik hususların değerlendirilmesi açısından mahkemenin yetkisi karar öncesi süreçte oldukça sınırlandırılmıştır. İsviçre hukukunda hakemlerin kendi yargı yetkilerine yönelik hususlar bakımından tahkim yerinin İsviçre olması ile İsviçre'den başka bir ülke olması arasında bir ayrım söz konusudur. Buna göre tahkim yeri İsviçre ise hakemlerin kendi yargı yetkilerine yönelik yetkilerinin kesin surette korunması gerektiği kabul etmektedir⁵⁵³.

İsviçre Federal Mahkemesi tahkim yerinin İsviçre olması halinde mahkemenin tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine ilişkin *prima facie* bir incelemeyle sınırlandırıldığını, buna karşın tahkim yerinin İsviçre dışında bir yer olması durumunda ise New York Sözleşmesi m. II/3 uyarınca bir inceleme yapması gerektiğini kabul etmiştir⁵⁵⁴. Federal Mahkeme, 1996 tarihli bir kararında, tahkim yerinin İsviçre olması halinde mahkemenin bir tahkim anlaşmasının yalnızca hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olup olmadığına yönelik değerlendirme yapabileceğini belirtilmiştir⁵⁵⁵. Benzer şekilde, 2012 tarihli başka bir Federal Mahkeme Kararı'nda mahkemenin, tahkim yerinin İsviçre olması halinde tahkim anlaşmasının geçersizliğinin açıkça anlaşılabilir olması durumunda meseleyi inceleme yetkisi olduğuna hükmedilmiştir. Mahkemenin bunu anlamak için ise *prima facie* bir inceleme yapmasının yeterli olduğu kabul edilmiştir nitekim tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik hakemlerce verilen kararın iptal veya tenfiz davası aşamasında doğru değerlendirilip değerlendirilmediği mahkeme tarafından herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan baştan değerlendirilecektir⁵⁵⁶. Bununla beraber tahkim yerinin İsviçre dışında bir yer olarak kararlaştırıldığı tahkim

⁵⁵² Gaillard/Banifatemi, s. 261; Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 373; Girsberger/Voser, s. 137.

⁵⁵³ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 553; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 409.

⁵⁵⁴ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 457, 553; Gaillard/Banifatemi, s. 262, Esen, **Kompetenz - Kompetenz**, s. 373; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s.2; Girsberger/Voser, s. 137; İsviçre Federal Mahkemesi 16 Ocak 1995 tarihli *Compagnie de Navigation et Transps. SA v. Mediterranean Shipping Co.* kararı, **XXI YBCA**, Yıl: 1996, s. 690-698.

⁵⁵⁵ 29 Nisan 1996 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, *Fondation M. V. Banque X.*, ATF 122 III 139, 1996(3) ASA Bull., s. 527.

⁵⁵⁶ 6 Ağustos 2012 tarihli, DFT 4A_119/2012 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi Kararı; Born, **International Commercial Arbitration**, s.1118.

anlaşmasının geçerliliğinin tahkim kararı öncesi süreçte mahkeme önünde tartışılması halinde mahkemenin *de novo* tam bir değerlendirme yapacağı kabul edilir⁵⁵⁷.

İsviçre hukukundaki bu ikili yaklaşımın mevzuatta ortadan kaldırılarak tahkim yerinin nerede olduğundan bağımsız olarak *prima facie* bir inceleme sisteminin benimsenmesine yönelik öneri parlamentoya sunulmuşsa da kabul görmemiştir⁵⁵⁸. Fransız Hukuku'ndan farklı olarak İsviçre mahkemeleri tahkim anlaşmalarını hakem kurulunun kurulup kurulmamasından bağımsız olarak incelemektedir. İsviçre hukukunda mahkemenin yapacağı inceleme sonucunda geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına kanaat getirmesi durumunda mesele hakemlere sevk edilecek olup hakemlerin kararına karşılık bir başvuru imkânı bulunmamaktadır. Bununla beraber hakemlerin yetkilerine yönelik verecekleri hatalı kararlar İsviçre MÖHUK m. 190/II(b) uyarınca iptal sebebi olarak kabul edilebilmektedir⁵⁵⁹. İsviçre hukukunda hakemlerin verdikleri kararın mahkeme tarafından denetiminde mahkemenin hakemlerin vakialara yönelik yaptığı değerlendirmeleri değil hukuki meseleleri değerlendirmesi gerektiği kabul edilir⁵⁶⁰.

Amerikan hukukunda, Federal Tahkim Kanunu m. 4 uyarınca yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığı tahkime gitmek için yeterli kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, tahkime gitmeyi reddeden tarafı tahkime gitmeye zorlamak için Amerikan mahkemelerinden bir karar alınması gerekmektedir. Bu nedenle, tahkime tabi bir uyuşmazlığın mahkemeye götürülmesi halinde davalının yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığını ispat etmesi tahkime gitmek için yeterlidir⁵⁶¹. Federal Tahkim Kanunu Bölüm 3 uyarınca mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik nihai ve tam bir belirleme yapma yetkisi olduğu kabul edilmektedir⁵⁶². Bununla beraber diğer bazı ülke hukuklarının aksine

⁵⁵⁷ İsviçre Hukuku kararları için bkz. Berger&Kellerhals, 110-113; Amokura Kawharu, **Arbitral Jurisdiction**, s. 247; 25 Ekim 2010 tarihli DFT 4A_279/2010 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi Kararı; İsviçre Federal Mahkemesi 16 Ocak 1995 tarihli *Compagnie de Navigation et Transps. SA v. Mediterranean Shipping Co.* kararı, **XXI YBCA**, Yıl: 1996, s. 690-698.

⁵⁵⁸ Born, **International Commercial Arbitration**, s.1119.

⁵⁵⁹ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 503; Özel s. 109; Abdulla, s. 29.

⁵⁶⁰ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1121.

⁵⁶¹ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 371-372.

⁵⁶² Amerikan Federal Tahkim Kanunu, Bölüm 3 şeklindedir:

"If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to

Federal Tahkim Kanunu'nda *kompetenz-kompetenz* prensibine yer verilmemiştir. Buna göre mahkeme tahkim itirazı ile karşılaştığı takdirde geçerli bir tahkim anlaşmasının var olup olmadığına yönelik nihai bir karar verecektir⁵⁶³. Mahkeme yapacağı inceleme neticesinde tahkim anlaşmasının geçersizliğine karar verir ise, yargılamaya devam ederek uyuşmazlığı çözecektir. Genel kural bu olmakla beraber Amerikan hukukunda bunun bir istinası olduğu da kabul edilmektedir. Buna göre taraflar hakemlerin yetkisine ilişkin itirazların tahkimde çözüme kavuşturulacağını sözleşmelerinde kararlaştırmış iseler bu durumda ne olursa olsun mahkemelerin meseleyi doğrudan hiçbir inceleme yapmadan hakem heyetine yönlendirmeleri gerekir. Fakat tarafların bu yöndeki iradesi açık ve kesin bir delil ile anlaşılamiyor ise mahkeme bu durumda tam bir değerlendirme yapacaktır. Taraflarca tahkim anlaşmasına herhangi bir tahkim merkezinin kurallarının uygulanacağını kararlaştırılması bu konuda açık ve kesin bir irade olarak kabul edilir⁵⁶⁴. Nitekim böyle bir durumda tarafların yetkiye ilişkin meselelere hakemlerce tahkim merkezi kurallarının uygulanmasını istedikleri kabul edilir. Bu yöndeki *First Options of Chicago v. Kaplan* kararında Amerika mahkemesi önüne gelen hakem kararına itirazda taraflar arasında hakemlerin yetkisine yönelik hususların tahkimde çözüleceğine yönelik açık ve kesin bir anlaşma olması durumunda mahkemenin minimal bir inceleme yaparak uyuşmazlığı tahkime yönlendireceğine⁵⁶⁵ ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik tartışmaların hakem heyetince karara bağlanacağına hükmetmiştir⁵⁶⁶. Her ne kadar söz konusu karar hakem kararı alındıktan sonra geçerliliğin tartışılması durumunu incelese de söz konusu kararın gerekçesi hakem kararı öncesi diğer bir deyişle tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkemede dava açılması halinde tahkim itirazın ileri sürülmesi durumu için de geçerli olduğu kabul edilir. Söz konusu kararda mahkeme tarafların, tahkim anlaşmasının geçerliliğine yine tahkimde karar verilmesine yönelik iradesine dair açık ve kesin bir delil olmadığına bu yüzden mahkemenin *de novo* inceleme yapması gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar Amerikan hukuku uyarınca sıradan bir tahkim

arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action until such arbitration has been had in accordance with the terms of the agreement, providing the applicant for the stay is not in default in proceeding with such arbitration.”

⁵⁶³ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1059; ABD Yüksek Mahkemesinin 22 Ocak 1986 tarihli *AT&T Technologies Inc. V. Communications Workers of America* kararı, **475 U.S.**, Yıl: 1986.

⁵⁶⁴ Born, **International Commercial Arbitration**, s.1167-70.

⁵⁶⁵ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1130-34.

⁵⁶⁶ ABD Yüksek Mahkemesinin 22 Mayıs 1995 tarihli *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan* Kararı, **514 U.S.**, s. 938, 942 (U.S. S.Ct. 1995); Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1124; Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 340-341.

anlaşmasının hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisini tanımadığını göstermektedir. Hakemin yetkisinin söz konusu olması için taraflar arasında ikinci bir tahkim anlaşması yapılarak hakemlere bu yetkinin tanındığının açıkça yazması gerekmektedir⁵⁶⁷. Dolayısıyla ilgili karar ile Federal Tahkim Kanunu'nda yer verilmeyen hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verebilme yetkisi bazı hallerde kabul edilmiştir. Federal Tahkim Kanunu Bölüm 10(a)(4)⁵⁶⁸ uyarınca hakemlerin yetkilerine yönelik verdikleri kararlar ise iptal aşamasında devlet mahkemesi denetiminden geçecektir. Amerika mahkemeleri iptal davası aşamasında mahkemenin yapacağı incelemenin *de novo* inceleme olduğunu kabul etmektedir⁵⁶⁹.

İngiliz Tahkim Kanunu'nun m. 30(1)'de de *kompetenz-kompetenz* prensibi açıkça kabul edilmektedir⁵⁷⁰. İlgili düzenleme uyarınca hakemler ileride mahkeme kontrolüne tabi olmak koşuluyla kendi yetkileri ile ilgili karar vereceklerdir. Hakemlerin kendi yetkisi ile ilgili olarak öncelikli olarak karar vermesi gerekliliği pek çok mahkeme kararında da kabul edilmiştir⁵⁷¹. Tahkime tabi bir uyuşmazlığın İngiliz mahkemelerine götürülmesi halinde İngiliz Tahkim Kanunu m. 9 uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik *prima facie* delil sunulması yeterlidir⁵⁷². Bununla beraber hakeme tevdi edilen bir uyuşmazlık açısından mahkemelerin tahkim

⁵⁶⁷ Özel, s. 103; Lew/Mistelis/Kröll, s. 339.

⁵⁶⁸ Federal Tahkim Kanunu Bölüm 10(a)(4) şu şekildedir:

“(a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration (1) Where the award was procured by corruption, fraud, or undue means.

(2) Where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them.

(3) Where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced.

(4) Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.(...)”

⁵⁶⁹ Bu yönde kararlar için bkz. Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1129-1146.

⁵⁷⁰ İngiliz Tahkim Kanunu m. 30 şu şekildedir:

“Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to—

(a) whether there is a valid arbitration agreement,

(b) whether the tribunal is properly constituted, and

(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

(2) Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.”

⁵⁷¹ Lordlar Kamarasının 24 Ocak 2007 tarihli *Fiona Trust&Holding Corp. V. Privalov* kararı, [2007] UKHL 40; Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 366.

⁵⁷² Lordlar Kamarasının 24 Ocak 2007 tarihli *Fiona Trust&Holding Corp. V. Privalov* kararı, [2007] UKHL 40; Lordlar Kamarasının (House of Lords) 17 Ekim 2007 tarihli *Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others (Respondents) v. Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others (Appellants)* kararı, UKHL 40, Yıl: 2007; Esen, “**Kompetenz-Kompetenz**”, s. 366.

anlaşmasının geçerliliğini inceleyebilmesi için ancak tarafların yazılı olarak anlaşması veya hakemlerin yazılı onayı alınmalıdır (İngiliz Tahkim Kanunu m. 32).

İngiliz hukukunda *kompetenz-kompetenz* prensibinin kapsamı *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v. Pakistan* kararında açıklanmıştır⁵⁷³. İlgili kararda tahkim anlaşmasının geçerliliği tenfiz mahkemesi önünde tartışılmış olup hakem heyetinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verme yetkisi olduğu fakat hakemin bu kararına rağmen tenfiz mahkemesi önünde de tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışılacağı belirtilmiştir. Davaya konu uyuşmazlıkta Fransa'da verilen hakem kararının tenfizinin istendiği İngiliz mahkemesi önünde tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışılmış ve tenfiz mahkemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik olguları yeniden tam bir inceleme yaparak değerlendirebileceğine karar verilmiştir. Mahkeme bu durumun, söz konusu olayda hakem kararının verildiği yer olan, Fransa'da da böyle olduğunu belirtmiştir. Nitekim Fransız mahkemesinde ilgili hakem kararının iptali için dava açılmış ve iptal mahkemesinin hakem kararının doğru olduğuna karar verirken tam bir değerlendirme yapmıştır. Bununla beraber İngiliz hukukunda hakemlerce verilen kararın mahkemenin *de novo* kontrolünden geçebileceği kabul edilmektedir (İngiliz Tahkim Kanunu m. 66, m. 67, m. 72, m. 31, m. 32). Mahkemenin yapacağı bu kontrol sırasında hakem kararında yapılan değerlendirmeler ile bağlı olmadığı ve meseleyi en baştan değerlendireceği kabul edilir⁵⁷⁴.

Avusturalya hukukunda da hakem heyetinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik hususlara yönelik karar verme yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Bununla beraber tahkime tabi bir uyuşmazlığın mahkemeye götürülmesi halinde mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna, hükümden düşmüş veyahut tahkim yoluyla çözüme elverişli olmadığına karar vermedikçe, taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı tahkime havale edecektir⁵⁷⁵. Avusturalya hukukunda 27 Ekim 2017 tarihli *Honcock Prospecting Pty Ltd vs*

⁵⁷³ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi 1 Ağustos 2008 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* kararı, [2008] EWHC 1901; İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesinin 20 Temmuz 2009 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* kararı ile onanmıştır, 20 Temmuz 2009, 2008/2613; İngiltere Yüksek Mahkemesi 3 Kasım 2010 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs Government of Pakistan*, UKSC 2009/0165

⁵⁷⁴ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 1213; Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 366.

⁵⁷⁵ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 369.

Rinehart kararı, hakem kararı verilmeden evvel mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelerken kullanacağı ölçünün belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Söz konusu karara konu uyuşmazlıkta, Bianca Rinehart ve erkek kardeşi, içinde Hancock Prospecting Party Pty Ltd (HPPL)'nin de bulunduğu ve anneleri tarafından kontrol edilen “Hancock Group” isimli şirketlere karşı annesinin görevlerini ihlal ettiği iddiasıyla dava açmışlardır. HPPL, Model Kanunu esas alan Avusturalya Ticari Tahkim Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca taraflar arasında tahkim anlaşması olduğundan davaya konu uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi gerektiğini iddia etmiştir. Bu nedenle de davanın reddedilerek tarafların tahkime yönlendirilmesini talep etmiştir. Kardeşler ise HPPL ile aralarındaki tahkim anlaşmasının hükümsüz olduğunu belirtmişlerdir. Avustralya mahkemesi uyuşmazlığın doğasının ticari olması sebebiyle Avusturalya Ticari Tahkim Kanunu kapsamında olduğuna karar vererek ilgili kanunun 8. maddesi uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliği hususunun esasen hakem tarafından değerlendirilmesi gerektiğini belirterek mahkemenin davayı tahkime sevketmesi gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu kararda mahkemeler nezdinde tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını anlamaya yönelik yapılacak değerlendirmenin ölçütü hususunda ise iki yaklaşım benimsendiği belirtilerek bu yaklaşımlar tanımlanmıştır. Bunlar *prima facie* ve tam bir inceleme yaklaşımıdır. İlgili karar uyarınca *prima facie* inceleme yaklaşımı mahkemenin görünürde geçerli bir tahkim anlaşması olduğuna karar verilmesi durumunda davayı reddederek tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kapsamına ilişkin iddiaların değerlendirmesi için hakem heyetine bıraktığı yaklaşımıdır. Kararda genelde Model Kanunu esas alan Singapur, Hong Kong, Yeni Zelanda ve Kanada gibi ülke mahkemelerinde bu yaklaşıma daha sık rastlanıldığı ifade edilmiştir⁵⁷⁶. Tam bir inceleme yaklaşımı ise mahkemenin itiraz halinde tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kapsamını tam anlamıyla belirlediği yaklaşımıdır. Avusturalya mahkemesi ise bu iki karşıt yaklaşımı beraber uygulamıştır. Mahkeme tahkim anlaşmasının geçerliliği sorusunda *prima facie* yaklaşımı uygularken söz konusu anlaşmanın kapsamı hususunda tam bir inceleme yapmıştır. Neticede de uygun değerlendirme ölçütü sorusuna karşılık karma (“*hybrid approach*”) yaklaşım benimsemiştir.

⁵⁷⁶ Avusturalya Federal Mahkemesinin 27 Ekim 2017 tarihli *Hancock Prospecting Pty Ltd v Rinehart* [2017] FCAFC 170 kararı bkz. Albert Monichino QC, **Arbitration: What standard of review (prima facie, full or something in between)?**, 2017.

5. Türk Hukuku Açısından

Türk hukukunda 2001 yılından yürürlüğe girmiş olan MTK ile hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ve geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, yetkisine ilişkin itirazları bizzat karara bağlayacağı öngörülmüştür⁵⁷⁷. Bu düzenleme Model Kanun esas alınarak, MTK ile getirilen ve Türk milletlerarası tahkim hukukunu milletlerarası standartlara uyumlu hale getiren yeniliklerden kabul edilmektedir⁵⁷⁸. Öte yandan Türk hâkiminin de tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemesi söz konusu olabilir.

Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkemede dava açılması durumunda davalının tahkim itirazı ileri sürmesi halinde mahkeme, öncelikle MTK, milletlerarası sözleşmeleri veyahut yerine göre yabancı hukuku dikkate alarak taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması olup olmadığını tespit edecektir⁵⁷⁹. Anayasa m. 90⁵⁸⁰ uyarınca usulüne uygun yürürlüğe girmiş anlaşmalar kanun hükmündedir ve kanunla düzenlenen bir konuda usulüne uygun yürürlüğe girmiş bir anlaşma var ise bu anlaşma artık özel düzenleme kabul edilecek ve öncelikli olarak uygulanacaktır⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ Esen, **Kompetenz-Kompeten**, s. 377, Sarıöz Büyükalp, “**Tahkim İtirazı**, s.5, Akıncı, **Tahkim**” s.164; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.257; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 663.

⁵⁷⁸ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 257; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2017; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 663.

⁵⁷⁹ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 383.

⁵⁸⁰ Anayasa m. 90 şu şekildedir:

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan anlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu anlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir anlaşmaya dayanan uygulama anlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî anlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren anlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü anlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.”

⁵⁸¹ Akıncı, **Tahkim**, s. 339; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 301-303.

MTK'nın uygulama alanı m. 1 ve m. 2'de düzenlenmektedir. MTK m. 1(2) uyarınca⁵⁸², MTK yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanabilmesi için uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması, tahkim yerinin Türkiye olması veya taraflarca veya hakemlerce MTK'nın uygulanmasının kararlaştırılması gerekmektedir⁵⁸³. Dolayısıyla tahkim yerinin Türkiye olduğu yabancı unsurlu uyuşmazlıklara veya tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu uyuşmazlıklarda taraflarca veya hakemlerce MTK'nın uygulanmasının kararlaştırılması halinde tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik hususlar MTK hükümleri uyarınca incelenecektir. Tahkim yerinin Türkiye olmadığı uyuşmazlık için MTK'nın uygulanması kararlaştırılmamış ise MTK uygulama alanı bulmayacaktır⁵⁸⁴. Bununla beraber tahkim yeri Türkiye olmasa ve MTK'nın uygulanması taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile bazı hallerde MTK uygulama alanı bulabilmektedir (MTK m. 5 ve m. 6). Örneğin, MTK m. 5 uyarınca tahkim yerinin Türkiye dışında bir yer olduğu veyahut MTK'nın seçilmediği bir uyuşmazlığın Türk mahkemeleri önüne getirilmesi ve bu sırada tahkim itirazında bulunulması durumunda da MTK uygulama alanı bulabilecektir ve HMK'da belirtilen ilk itirazlara ilişkin hükümler uygulanacaktır⁵⁸⁵. Böyle bir durumda mahkemenin yapacağı incelemeye örneğin tahkim anlaşmasının esasına hangi hukuku uygulayacağına aşağıda değineceğiz.

Türk hukukunda MTK'nın uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından 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 Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.”* denilmektedir. Bu düzenlemeye göre tahkim itirazının kabulü halinde mahkemenin

⁵⁸² MTK m. 1(2) şu şekildedir:

“Bu Kanunun amacı, milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Bu Kanunun 5 ve 6 ncı madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır.”

⁵⁸³ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 244; Hatice Özdemir Kocasakal, **“Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi”**, Prof Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 343 vd.; Akıncı, **Tahkim**, s. 51; Sariöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2025.

⁵⁸⁴ **Ibid.**

⁵⁸⁵ Sariöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2025.

davayı usulden reddedeceği ifade edilmiştir⁵⁸⁶. Nitekim böyle bir durumda HMK'nın ilk itirazlara ilişkin 116. maddesi⁵⁸⁷ ve devamı hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁵⁸⁸. Buna göre tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilecek ve tahkim anlaşması hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değilse mahkeme tahkim itirazını kabul ederek davayı usulden reddedecektir. Buna göre Türk hukukunda mahkeme uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını yani hükümsüz, tesirsiz veya ifasının imkânsız olup olmadığını yapacağı bir ön inceleme ile değerlendirecektir. Bu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 36⁵⁸⁹ ve m. 37⁵⁹⁰ ile de uyumludur. Nitekim ilgili maddeler uyarınca Türk mahkemeleri önlerine gelen uyuşmazlıkları, açık bir kanun hükmü aksini öngörmedikçe, çözümlmek mecburiyetindedir. Bu nedenle MTK m.5'te yer alan düzenleme mahkemelere tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleme yetkisi vermektedir. Mahkeme tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu sonucuna varır ise yargılamaya mahkemeler önünde devam edilecektir. Bu sırada hali hazırda bir tahkim yargılaması var ise veyahut başlatılacak ise mahkemenin yapacağı inceleme tahkim yargılamasını durdurmuyacaktır⁵⁹¹. Bununla beraber MTK m.5'te yer alan düzenleme pek çok hususta tereddüte yer vermektedir. İlgili düzenleme uyarınca Türk hâkiminin yapacağı incelemenin kapsamı, ölçüsü ve zamanına değinilmemiştir⁵⁹².

Türk mahkemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirirken tam bir inceleme yapmasını kabul eden yazarlar olduğu gibi *prima facie* inceleme

⁵⁸⁶ Akıncı, **Tahkim**, s. 130; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 383.

⁵⁸⁷ HMK m. 116: “(1) İlk itirazlar aşağıdakilerden ibarettir: a) Kesin yetki kuralının bulunmadığı hâllerde yetki itirazı. b) Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı. c) İş bölümü itirazı.”

⁵⁸⁸ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 355; Akıncı, **Tahkim**, s. 127-129, Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 250; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2018; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, 2011, s. 357; İlhan, s. 18; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 513.

⁵⁸⁹ Anayasa m. 36: “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

⁵⁹⁰ Anayasa m. 37: “Hiç kimse kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”

⁵⁹¹ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 377; Akıncı, **Tahkim**, s. 164-165; Sarıöz Büyükalp, “**Tahkim İtirazı**”, s. 5; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 462; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 383; Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 357-358.

⁵⁹² Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 355; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s. 2.

yapması gerektiğini kabul eden yazarlar da mevcuttur⁵⁹³. Akıncı, mahkemenin prensip olarak tahkim anlaşmasının mevcut olup olmadığını araştıracağını belirtmiştir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tereddütlü olması durumunda ise mahkemelerin yapacağı incelemenin tartışmalı olduğunu belirtmiştir. Akıncı'nın da belirttiği gibi, bir görüş tahkim anlaşmasının geçerliliğinin *kompetenz-kompetenz* prensibi ve bu prensibin MTK'da açıkça tanınmış olması sebebiyle, hakem heyetince karar verilmesi gerektiğini savunur. Buna göre mahkeme tahkim itirazı üzerine davaya bakmayı reddedecektir. İkinci görüşe göre ise mahkeme tahkim anlaşmasının var olup olmadığını tespit ederken geçerliliğine de karar verecektir. Zira bu görüşe göre MTK m. 5 uyarınca mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleme yetkisi bulunmaktadır⁵⁹⁴. Böylelikle, MTK'nın uygulama alanına giren yani yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği durumlarda veyahut MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin, aynı zamanda gelecekteki hakem kararının iptal davasını görmeye yetkili mahkemeler olarak, tahkime gidilmeden evvel yapacağı inceleme ile geçerli olmayan bir tahkim anlaşmasına dayalı olarak gerçekleştirilecek tahkim yargılamalarının önüne geçilerek büyük zaman ve para kayıplarının engellenmesi sağlanabilecektir⁵⁹⁵. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur⁵⁹⁶. Şanlı da mahkemelerin tahkim itirazı halinde inceleme yapmasını kabul etmektedir⁵⁹⁷. Şanlı'ya göre tahkim anlaşmasının varlığına rağmen Türk mahkemelerinde dava açılması halinde mahkeme, MTK m. 5 uyarınca görevsizlik kararı verebilmek için tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını tespit etmek mecburiyetindedir⁵⁹⁸.

Bununla beraber doktrinde tahkim itirazı halinde mahkemelerin yapacağı incelemenin *prima facie* olması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur. Yeşilova, Esen, Erkan ve Sarıöz Büyükalp'in görüşleri bu yöndedir⁵⁹⁹. *Prima facie*

⁵⁹³ Mahkemelerin tam bir inceleme yapamayacağına yönelik *bkz.* Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 377; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s. 5; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 459; Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 96. Mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verebileceğine yönelik *bkz.* Akıncı, **Tahkim**, s. 130; Nuray Ekşi, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında 'Incorporation' Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul, 2004, s. 65.

⁵⁹⁴ Akıncı, **Tahkim**, s. 130.

⁵⁹⁵ **Ibid.**

⁵⁹⁶ Yarg. 9. HD., 22.1.2007 T., 2006/25759 E., 2007/109 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Akıncı, **Tahkim**, s. 131.

⁵⁹⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 383.

⁵⁹⁸ Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 657-658.

⁵⁹⁹ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 377; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s. 5.

denetimi öngören kanun hükmünün MTK m. 7/H uyarınca hakemlere verilen kesin yetki olduğu kabul edilir⁶⁰⁰. Bunun temelinde yatan düşünce, *kompetenz-kompetenz* prensibinin tam anlamıyla uygulanması ve uyumsuzluğun tahkimde çözümlenmemesine yönelik kararın yine *kompetenz-kompetenz* prensibi lehine çözümlenmesidir⁶⁰¹. Kanaatimizce mahkemenin tam bir inceleme yapmasını öngören yaklaşım MTK ve HMK yürürlüğe girmeden önce *kompetenz-kompetenz* prensibine yer vermeyen HUMK hükümleri çerçevesinde yerinde iken⁶⁰², MTK ve HMK'daki yeni düzenleme ışığında mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamı sadece taraf iradelerinin tespiti ile sınırlı olmalıdır⁶⁰³. Yani mahkemenin tarafların tahkim iradesini açıkça ortaya koyan bir tahkim anlaşmasının varlığına karar vermesi durumunda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin tüm sorunlar hakem heyetine bırakılmalıdır. Nitekim MTK m. 5'de yer alan düzenlemenin, yine aynı Kanunun 7. Maddesinde yer alan ve hakemlerin kendi yetkileri hakkında kendilerinin karar vereceğini öngören düzenlemeden⁶⁰⁴ bağımsız olarak yorumlanması doğru olmaz⁶⁰⁵. Zira mahkemenin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik detaylı bir inceleme yapması *kompetenz-kompetenz* prensibi ile bağdaşmaz⁶⁰⁶. Yargıtay'ımızın çeşitli kararlarında mahkemenin tahkim itirazı üzerine davadan el çekmeden önce geçerli bir tahkim şartının mevcut olup olmadığı hakkında karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁰⁷. Bu sayede 1086 sayılı mülga HUMK ve MTK yürürlüğe girmeden önceki tahkim açısından elverişsiz durum ortadan kaldırılmıştır.

Türk hukukunda mahkemenin, tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermesi durumunda meseleyi hakem heyetine yönlendirmesi gerekmektedir. Türk hukukunda MTK m. 7(H) uyarınca "*hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının*

⁶⁰⁰ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 459, dn. 88.

⁶⁰¹ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 358; Francisco Gonzales de Cossio, "**The Competence-Competence Principle, Revisited**", Journal of International Arbitration, 24(3), 2007, s. 231-232.

⁶⁰² Nomer Ergin, "**Yargıtay Kararlarında Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu**", Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 721-722.

⁶⁰³ Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 96.

⁶⁰⁴ MTK'daki bu düzenleme HMK'ya da yansımıştır. Ulusal tahkimler açısından söz konusu olan HMK m. 422 uyarınca da hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bkz. anlı, **Ticari Akitler**, s. 257.

⁶⁰⁵ Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s. 4; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2026.

⁶⁰⁶ Bkz. Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 377; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.360.

⁶⁰⁷ Yarg. 9. HD., 22.1.2007 T., 2006/25759 E., 2007/109 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 13. HD., 26.12.2013 T., 2014/12695 E., 2014/36882 K. (www.emsal.yargitay.gov.tr).

mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz. Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç ilk cevap dilekçesinde yapılır. Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmaz.” Buna göre MTK uyarınca hakemler yetkisizlik itirazını ön sorun olarak inceleyerek karara bağlayabilir. Hakemlerin yetkili olduklarına karar vermeleri durumunda tahkim yargılaması devam edecektir⁶⁰⁸. Model Kanun’un 16(3). maddesi uyarınca, hakemlerin yetki ile ilgili olarak verdikleri karara karşı otuz gün içerisinde mahkemeye başvurmanın mümkün olduğunu belirtmiştik. Model Kanun’un aksine MTK’da hakemlerin yetkiye yönelik verdiği karara karşılık mahkemeye başvuru imkânı bulunmamaktadır⁶⁰⁹. Bunun yerine hakemlerin bu kararının hukuka aykırı olduğunu düşünen tarafın MTK m. 15(1)(a) uyarınca hakem kararının iptalini isteyebileceği düzenlenmiştir⁶¹⁰. Aynı şekilde hakemlerin bu kararı tanıma/tenfiz aşamasında da yeniden incelenebilecektir. Bu aşamada Türk hâkiminin hakemlerin verdiği karar ile bağlı olmadığı ve bu nedenle tamamen hakem kararından bağımsız bir inceleme yapılacağı kabul edilir⁶¹¹.

Yabancılık unsuru taşımasına rağmen MTK’nın uygulama alanına girmeyen tahkime tabi uyuşmazlıklarda, Türk mahkemeleri önünde tahkim itirazında bulunulması halinde ise, mahkeme Türkiye’nin taraf olduğu New York Sözleşmesi

⁶⁰⁸ Akıncı, **Tahkim**, s. 164; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 257.

⁶⁰⁹ Akıncı, **Tahkim**, s. 164.

⁶¹⁰ MTK m. 15(1) şu şekildedir:

“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 tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu,

b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını,

c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediğini,

d) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini,(...) İspat ederse (...).”

⁶¹¹ Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 97; Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 380; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s. 6; Akıncı, **Tahkim**, s. 131.

m. II(3)'ü de dikkate alınmalıdır⁶¹². Zira MTK m. 1 uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümleri saklı tutulmuştur. Yukarı da ifade edildiği gibi New York Sözleşmesi uyarınca mahkemelerin yapacağı incelemenin ölçüsü tartışmalıdır fakat kanaatimizce böyle bir durumda Türk hâkiminin yapacağı inceleme *prima facie* bir inceleme olmalıdır. Bu *kompetenz-kompetenz* prensibinin güvencesidir.

Yargıtay uygulamasına değinmek gerekir ise, Yargıtay'ımızın çeşitli kararlarında mahkemenin, tahkim itirazı üzerine davadan el çekmeden önce geçerli bir tahkim şartının mevcut olup olmadığı hakkında karar vermesini kabul ettiğini belirtmiştik⁶¹³. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22 Ocak 2007 tarihli kararında davacı iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yargıtay tahkim şartını içeren sözleşmenin ahlaka aykırı olması halinde geçersiz olacağını belirtmiştir. Yargıtay, ilk derece mahkemesince davacı tarafın tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına yönelik itirazlarının değerlendirilmemesinin uygun olmadığına bu nedenle kanıtlar toplanarak bu konuda karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶¹⁴. Bu karara göre mahkemenin görevsizlik kararı verebilmesi için geçerli bir tahkim anlaşması olmadığına hükmetmesi gerekir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta da benzer şekilde karar vermiştir⁶¹⁵. Bununla beraber Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2007⁶¹⁶ ve 2014⁶¹⁷ tarihli kararlarında mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme yetkileri olmadığına hükmetmiştir. 2014 tarihli karar uyarınca sözleşmede uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kabul edilmiş ise de, ihtilaf halinde Bursa mahkemeleri ve icra daireleri de yetkili kılınmıştır. Söz konusu davada sözleşmedeki tahkim iradesinin açık ve kesin olmadığından sözleşmedeki tahkim şartının geçersiz olduğu, uyuşmazlığa genel mahkemelerde bakılması gerektiği ileri sürülmüştür. Yargıtay tarafından MTK m. 5 uyarınca yapılan değerlendirmede sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olup olmadığına karar verme yetkisinin görevli ve yetkili hakem kuruluna ait olduğuna hükmedilmiştir. Kararın karşı oy yazısında ise MTK m. 5 ve

⁶¹² Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 378; Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 97; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 383.

⁶¹³ Yarg. 9. HD., 22.1.2007 T., 2006/25759 E., 2007/109 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 13. HD., 26.12.2013 T., 2014/12695 E., 2014/36882 K. (www.emsal.yargitay.gov.tr).

⁶¹⁴ Yarg. 9. HD., 22.1.2007 T., 2006/25759 E., 2007/109 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁶¹⁵ Yarg. 9 HD., 10.12.2007 T., 2007/20796 E., 2007/37365 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁶¹⁶ Yarg. 15. HD., 27.06.2007 T., 2007/2145 E., 2007/4389 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁶¹⁷ Yarg. 15. HD., 01.07.2014 T., 2014/3330 E., 2014/4607 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

HMK m. 413 gereğince mahkemenin tahkim ilk itirazı üzerine tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendireceği ifade edilmiştir. Yargıtay'ın 2007 tarihli kararında da MTK uyarınca (MTK m. 7/h) mahkemenin önüne gelen ihtilafta tahkim şartının geçerli olup olmadığının incelenmesi hususunda görevli olmadığına bu nedenle ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verilmesi gerekirken tahkim şartının geçersizliğine karar verilmesinin yerinde olmadığına hükmedilmiştir. Yargıtay'ın bu yaklaşımına katılmak mümkün değildir. Kanaatimizce, mahkemeler en azından *prima facie* bir inceleme yapmalıdır zira böyle bir inceleme ileride geçersiz bir tahkim anlaşmasına dayanarak verilmiş kararın iptali ihtimalini azaltacaktır ve tarafların masraf ve zaman açısından daha fazla zarara uğramasını engelleyecektir. Bu durum ayrıca irade serbestisi ve ahde vefa ilkelerinin güvencesi teşkil edecektir⁶¹⁸. Nitekim az evvel belirtildiği gibi Yargıtay'ın değişik yönde kararları da mevcuttur. Her ne kadar Yargıtay'ın bu kararları milli uyuşmazlıklar hakkında verilmiş olsa da Yargıtay'ın bakış açısını göstermesi açısından milletlerarası hakem kararları için de yol gösterici olacaktır.

6. Sonuç ve Değerlendirme

Sonuç olarak, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkemede dava açılması halinde mahkemelerin geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit etmesi gerektiği ve böylelikle geçersiz bir tahkim anlaşmasına dayanarak yapılacak masraflı ve uzun bir tahkim yargılamasının önüne geçilmiş olacağı kabul edilmektedir⁶¹⁹. Bu nedenle tahkime tabi bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmesi durumunda mahkemenin, tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelerken, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesini öngören *kompetenz-kompetenz* prensibini göz ardı etmemesi gerekir. Mahkemelerin *kompetenz-kompetenz* prensibi uyarınca *prima facie* bir inceleme ile yetinmesi gerekmektedir. Bu yaklaşım tahkim iradesinin güvencesi olacaktır. Nitekim taraflarca esas olarak uyuşmazlığın tahkimde çözümlenmesi murat edilmiştir.

⁶¹⁸ Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s. 4.

⁶¹⁹ Esen, **Kompetenz-Kompetenz**, s. 356, Sarıöz Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s. 3-4; Akıncı, **Tahkim**, s. 164.

Türk hukukunda, mülga HUMK ile tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik itirazların çözüm yeri mahkemeler idi. Mülga HUMK ile milletlerarası hukuk açısından yaratılan elverişsiz ortam 2001 yılında MTK ile getirilen yeniliklerle düzeltilmiştir. MTK m. 5’de yer alan düzenleme MTK m.7 ile beraber değerlendirilerek Türk mahkemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik derinlemesine bir inceleme yapması kabul edilmemektedir. Kanaatimizce, Türk hâkimi *prima facie* bir inceleme ile yetinmelidir. Nitekim tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkemede dava açılması halinde mahkemelerin tahkim anlaşmasını tam bir incelemeye tabi tutmasını kabul etmek, *kompetenz-kompetenz* ilkesine zarar verecektir. Bu durum ayrıca irade serbestisi ve iki tarafın da yapmış oldukları anlaşmanın şartlarına sadık olmaları gerektiğini belirten ilke olan *pacta sunt servanda* (ahde vefa) ilkesinin ihlaline sebep olacaktır. Nitekim taraflarca esas olarak uyuşmazlığın tahkimde çözümlenmesi murat edilmiştir.

Bununla beraber hakemlerin yapacağı inceleme denetime tabi kabul edilmektedir. Nitekim hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik vereceği karar iptal ve tenfiz davası aşamasında mahkeme denetimine tabi olacaktır. İptal ve tenfiz mahkemesinin yapacağı denetleme ise ilk derece mahkemesinin yapacağı incelemeden farklılık arz etmektedir. Nitekim hakem kararı öncesi süreçte mahkemenin yapacağını incelemenin aksine iptal ve tenfiz mahkemesinin tam bir inceleme yapması kabul edilmektedir.

Mahkemelerin tahkim anlaşmasının varlığına rağmen önlerine gelen uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelerken veyahut iptal/tenfiz aşamasında geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit ederken hangi hukuku uygulayacağı da bir diğer önemli meseledir. Aşağıda karar öncesi ve karar sonrası dönemde ileri sürülmesine bağlı olarak tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenirken mahkemelerce uygulanacak hukuk incelenecektir. Ama öncelikli olarak tahkim itirazının tahkim kararı önceki süreçte mahkeme önünde ileri sürülmesinden ve iptal veya tenfiz mahkemesi önünde ileri sürülmesinden ne anlaşılmaktadır kısaca değinilerek konuya giriş yapılacaktır.

II. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Tahkim Kararı Alınmadan Önceki Süreçte İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin tahkim kararı alınmadan önceki süreçte mahkeme önünde tartışılmasının söz konusu olabileceğinden bahsetmiştik. Örneğin, taraflardan birinin uyuşmazlığa yönelik mahkemede dava açtığı sırada diğer tarafın geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına yönelik itirazda bulunması veyahut tahkimin desteklenmesi amacıyla mahkemeden geçici tedbir talep edilmesi veyahut da taraflardan birinin hakem heyetinin oluşmasına katılmaması/hakem heyetinin yetkisiz olduğunu ileri sürmesi üzerine diğer tarafın hakem heyetinin oluşması için mahkemeden talepte bulunması halinde mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini yukarıda izah edilen kurallar çerçevesinde incelemesi söz konusu olabilecektir. Yukarıda incelendiği gibi bazı ülke hukuklarında farklılıklar olsa da çoğunlukla kabul edilen görüş, karar öncesi süreçte mahkemenin, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine yönelik yapacağı incelemenin *prima facie* bir inceleme olmasıdır. Peki, mahkeme bu incelemeyi hangi hukuka göre yapacaktır?

Mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini kural olarak kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre değerlendirmesi gerekir. Nitekim mahkemeler kendi hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları ve maddi kuralları (*lex fori*) ile bağlı kabul edilir⁶²⁰.

Pek çok ülke hukuku tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin karar öncesi süreçte mahkeme önünde tartışılması halinde mahkemenin hangi hukuku uygulayarak geçerliliğe karar vereceğini düzenlemez⁶²¹. Dolayısıyla bu ülkeler açısından tenfiz ve iptal mahkemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulayacağı hukuka yönelik bağlama noktaları tahkim kararı alınmadan önceki süreçte mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulayacağı hukuk için de yol gösterici olarak kabul edilir⁶²². Nitekim aksi takdirde aynı mahkemenin karar öncesi ve karar sonrası süreçte tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenirken farklı

⁶²⁰ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 20; Chuckwumerije, s. 35; Lew/Mistelis/Kröll, s. 111; Bernard Hanotiau, **The Law Applicable to the Arbitrability**, ICCA Congress series no. 9, s. 146; Özel, s. 80; Işık, s. 114; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.247; Berger, **Applicable Law**, s. 305; Hanotiau, **What Law Governs the Issue of Arbitability** s. 391; Huysal, s. 351; Lew, s. 135.

⁶²¹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 119.

⁶²² Lew/Mistelis/Kröll, s. 119; 3 Şubat 1990 tarihli *Delia Sanara Kustvaart-Bevrachting & Overslagbedrijf BV v Fallimento Cap Giovanni Coppola srl* Kararı, **XVII YBCA**, Yıl: 1992, s. 543.

sonuçların çıkması söz konusu olabilir. Bu nedenle aşağıda öncelikle tahkim anlaşmasının geçerliliğinin iptal ve tenfiz mahkemesi önünde tartışılmasından ne anlaşılması gerektiği, ardından da bu mahkemelerin tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini incelerken kullandıkları metotlar beraberce anlatılacaktır.

Bu noktada İsveç Tahkim Kanunu m. 48'e de değinmekte fayda görüyoruz⁶²³. İsveç Tahkim Kanunu m. 48 istinai bir düzenlemedir. Nitekim ilgili madde uyarınca karar öncesi veyahut karar sonrası ayrımı yapılmadan İsveç mahkemeleri önünde tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenirken mahkemelerin hangi hukuku uygulayacağı düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini taraflarca seçilen hukuka, böyle bir hukuk seçimi yok ise tahkim yargılamasının yapıldığı veya yapılacağı yer hukukuna göre değerlendireceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, İsveç hukukunda hakem kararı öncesi veya sonrası farklılığı olmadan tahkim anlaşması için aynı bağlama noktalarının kabul edildiği görülmektedir⁶²⁴. Bu noktada kanaatimizce İsveç ile benzer olarak Türk hukuku da dâhil pek çok ülke hukukunda karar öncesi ve karar sonrası süreçte tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitine yönelik kurallarda iyileştirmeler yapılması yoluna gidilirse aynı tahkim anlaşmasına bağlı farklı sonuçların ortaya çıkmasının yaratmış olduğu elverişsiz durumlar ortadan kaldırılabilir.

III. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Karar Sonrası Süreçte İleri Sürülmesi

1. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İptal Davası Aşamasında İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasının geçersizliği hakem kararının iptali için açılan davada da ileri sürülebilir. İptal davası sırasında tahkim anlaşmasının geçerliliğine itiraz edilmesi durumunda, geçerlilik iptal davasına bakan mahkemenin hukuku uyarınca

⁶²³ İsveç Tahkim Kanunu m. 48 şu şekildedir: “*Where an arbitration agreement has an international connection, the agreement shall be governed by the law agreed upon by the parties. Where the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country in which, by virtue of the agreement, the proceedings have taken place or shall take place. The first paragraph shall not apply to the issue of whether a party was authorised to enter into an arbitration agreement or was duly represented.*”

⁶²⁴ Özel, s. 81; Lew/Mistelis/Kröll, s. 119-120.

çözömlenecektir⁶²⁵. Kaldı ki, milletlerarası ticaret alanında yeknesaklığın sağlanması ve tüm üye ölkelere tavsiye edilmek üzere hazırlanmış olan Model Kanun'da bir iptal sebebi olan tahkim anlaşmasının geçersizliği Model Kanun m. 34(2)(a)(i) uyarınca taraflarca seçilen hukuka, taraflarca bu konuda herhangi bir hukuk seçimi bulunmuyor ise kararın iptalinin istendiği mahkemenin kanunlarına göre incelenecektir⁶²⁶.

Bu noktada bir hususu daha belirtmekte fayda var. Özellikle hakem kararı sonrası bir iptal sebebi veya tenfiz red sebebi olarak ileri sürölen geçersizlik itirazlarına karar verilirken mahkemenin göz önüne alacağı bazı durumlar bulunmaktadır. Buna göre tahkim yargılaması sırasındaki davacı eğer tahkim ilk dilekçesinde geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı konusunda beyanda bulunmuş veya davalı ilk cevap dilekçesinde tahkim anlaşmasının varlığına veya geçerliliğine ilişkin bir itirazda bulunmamış ve esasa ilişkin savunmasını ileri sürmesi ile artık tahkim yetkisini kabul ettiği varsayılabilir⁶²⁷. Benzer şekilde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine itiraz eden taraf tahkim yargılaması sırasında kendi hakemini seçmiş, davaya katılmış ise veyahut her şeyden önemlisi görev belgesini ("*Terms of Reference*") tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik herhangi bir çekince ileri sürmeden imzalamış ise hakem heyetinin yetkisini kabul etmiş sayılabilir ve artık karar sonrası süreçte bu itirazın yapılması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder⁶²⁸. Tahkim anlaşmasının ifasına katılmayan tarafın tenfiz veyahut iptal davasında bu

⁶²⁵ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 20; Özel, s.56, 80; Berger, **Applicable Law**, s. 307; Chuckwumerije, s. 35; Lew/Mistelis/Kröll, s. 111; Bernard Hanotiau, **The Law Applicable to the Arbitrability**, ICCA Congress series no. 9, s. 146; Özel, s. 68; Işık, s. 114; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.247; Hanotiau, **What Law Governs the Issue of Arbitability** s. 391; Huysal, s. 351; Lew, s. 135.

⁶²⁶ UNCITRAL Model Kanunu, m. 34(2)(a)(i) şu şekildedir:

"An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or [...]"

⁶²⁷ MTK Md.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 edilmesine davalının 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.*"; Akıncı, **Tahkim**, s. 122.

⁶²⁸ Akıncı, **Tahkim**, s. 122-124; Özel, s. 86; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 335-337; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 690; Ziya Akıncı, "**Tahkimde Yetki İtirazı**", Milletlerarası Tahkim Semineri, 27 Aralık 2014, s. 59-60; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 305; Ziya Akıncı, "**Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi**", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 1, İstanbul, 2003, s. 965 vd.

itirazı ileri sürmesi ise iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil etmeyecektir. Nitekim hemen hemen bütün tahkim merkezi kuralları ve tahkime ilişkin hususları düzenleyen milli hukuklarda da tahkim anlaşmasına ilişkin itirazların ileri sürülebilmesi için belli bir süre öngörülmüştür. Bunun Türk hukukundaki kaynağı Medeni Kanun'un 2. maddesidir. MK m. 2 uyarınca *“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”* MTK madde 7'ye göre, *“Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz en geç ilk cevap dilekçesinde yapılır.”* düzenlemesinden hareketle cevap dilekçesinde tahkim anlaşmasına ve böylelikle hakem kurulunun yetkisine itiraz edilmediği takdirde artık tahkime icazet verildiği kabul edilir. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2004 tarihli bir kararında, temsilcinin özel yetkisi bulunmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna yönelik itirazın ilk defa tenfiz mahkemesi önünde ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu belirtilerek reddedilmiştir⁶²⁹. Bu nedenle mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirirken bu hususu da göz ardı etmemesi yerinde olacaktır.

Özetlemek gerekir ise, iptal davası sırasında tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi durumunda iptal mahkemesi kural olarak kendi kanunlarını uygulayacaktır. Ülke hukukları tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuka yönelik farklı metotlar benimsemişlerdir. Aşağıda bu metotlara detaylıca değinilecektir⁶³⁰.

2. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Tanıma ve Tenfiz Davası Aşamasında İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin tanıma ve tenfiz davası aşamasında da ileri sürülmesi söz konusu olabilir. Pek çok ülke hukukunda veya milletlerarası anlaşmalarda tahkim anlaşmasının geçersiz olması bir iptal sebebi olduğu gibi tenfiz engeli olarak da kabul edilmektedir. Nitekim pek çok ülkenin taraf olduğu yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca geçersiz bir tahkim anlaşmasına dayanarak verilen tahkim kararının

⁶²⁹ Işık, p.130, fn. 471 (Yarg. 11. HD, 9.4.2004 T., 2003/6774 E., 2004/3751 K.); Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 691.

⁶³⁰ Bkz. İkinci Bölüm, §2, B, IV.

tenfizi reddedilebilecektir. Tahkim anlaşmasının esas bakımından geçersizliğine yönelik itirazların tanıma/tenfiz mahkemesi önünde yapılması halinde tenfiz mahkemesi kural olarak kendi kanunlarını uygulayacaktır⁶³¹.

Tenfizin istendiği ülke hukukları tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku tespit ederken çeşitli metotlar benimsemişlerdir. Aşağıda bu yaklaşımlar detaylıca değinilecektir fakat bu yaklaşımlara değinmeden tahkim anlaşmasının geçersizliğinin tenfiz aşamasında ileri sürülmesinin bir diğer boyutunun da yukarıda belirtildiği gibi iyi niyet kuralları olduğu unutulmamalıdır⁶³². Mahkemeler genellikle yargılamanın ileriki aşamalarında tahkim anlaşmasına itirazları dürüstlük kuralını dikkate alarak ve zayıf tarafın korunması düşüncesiyle; zımni kabul ve uyandırılan güvene aykırılık gibi sebeplerle reddedilmektedir⁶³³.

IV. *Lex fori* uyarınca Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukukun Tespiti

Yukarıda değinildiği üzere, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hakem kararı öncesinde mahkeme önünde veya hakem kararı sonraki süreçte iptal ve tenfiz mahkemesi önünde incelenmesi söz konusu olabilir⁶³⁴. Hakemlerin aksine, mahkemeler *lex fori* ile bağlı olduğu için yukarıda belirttiğimiz gibi hâkimin kural olarak *lex fori*'nin kurallarına yani kendi hukukuna başvurması gerektiği kabul edilir⁶³⁵.

Hâkimin hukuku ile kastedilenin ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Buna göre bir görüş uyarınca mahkeme tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini incelerken

⁶³¹ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 23; Berger, **Applicable Law**, s. 310; Chuckwumerije, s. 35; Lew/Mistelis/Kröll, s. 111; Bernard Hanotiau, **The Law Applicable to the Arbitrability**, ICCA Congress series no. 9, s. 146; Özel, s. 68; Işık, s. 114; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.247; Hanotiau, **What Law Governs the Issue of Arbitability** s. 391; Huysal, s. 351; Lew, s. 135.

⁶³² *Bkz.* İkinci Bölüm, §2, B, IV.

⁶³³ Işık, s. 125; Akıncı, **Tahkim**, s. 122-124; Özel, s. 86; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 335-337; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 690; Ziya Akıncı, **Tahkimde Yetki İtirazı**, s. 59-60; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 305.

⁶³⁴ Hanotiau, **Arbitrability**, s. 146, 153; Lew/Mistelis/Kröll, s. 110.

⁶³⁵ Chuckwumerije, s. 35; Lew/Mistelis/Kröll, s. 118; Berger, **Applicable Law**, s. 307; Özel, s.80; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 21.

kendi maddi kurallarını uygulayacaktır⁶³⁶. Bir diğer görüşe göre ise mahkeme kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayacaktır⁶³⁷. Fakat genellikle mahkemeler bu tartışmaya girmeden doğrudan kendi maddi hukuk kurallarını uygulamıştır⁶³⁸. Kanaatimizce bir ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları hâkimin hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla da mahkeme kendi hukukunun bir parçası olması nedeniyle kural olarak öncelikle kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamalı ve uygulanacak hukuku buna göre tespit etmelidir.

Nitekim Avrupa Sözleşmesi de mahkemenin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edeceği hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulaması gerektiğini açıkça düzenlemiştir. Avrupa Sözleşmesi madde VI(2) uyarınca mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliği ilgili bir hususta karar vermesini gerektiren bir durumun varlığı halinde taraflarca seçilmiş hukuk yok ise hakem kararının verileceği yer hukuku yani tahkim yeri hukuku, fakat mahkemece hakem kararının verileceği yer hukuku tespit edilemiyor ise bu durumda mahkemenin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit ettiği yer hukuku uygulanacaktır⁶³⁹. Dolayısıyla mahkemeler kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak esastan geçerliliğe uygulanacak hukuku tespit etmelidir. Bunun tek istisnası doğrudan uygulanan bir maddi hukuk kuralının olması durumudur. Bu nedenle böyle bir kural yok ise kanaatimizce mahkeme kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak uygulanacak hukuku bulmalıdır.

Uygulamada tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuku düzenleyen uluslararası alanda kabul edilmiş yeknesak bir düzenlemenin olmaması nedeniyle aynı tahkim anlaşması açısından, farklı ülkelerde farklı sonuçların çıkması söz konusu olabilir. Bunun önüne geçilmesi için genellikle ülkelerin Avrupa

⁶³⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 369.

⁶³⁷ Chuckwumerije, s. 35; Lew/Mistelis/Kröll, s. 118.

⁶³⁸ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi 1 Ağustos 2008 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* kararı, ,, [2008] EWHC 1901; İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesinin 20 Temmuz 2009 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* kararı ile onanmıştır, 20 Temmuz 2009, 2008/2613; İngiltere Yüksek Mahkemesi 3 Kasım 2010 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs Government of Pakistan*, UKSC 2009/0165.

⁶³⁹ Avrupa Sözleşmesi madde VI(2) hükmü şu şekildedir:

“*In taking a decision concerning the existence or the validity of an arbitration agreement, courts of Contracting States shall examine the validity of such agreement with reference to the capacity of the parties, under the law applicable to them, and with reference to other questions.*”

Sözleşmesi, New York Sözleşmesi ve Model Kanun'dayer alan kuralları esas aldığı görülür. Buna göre genel olarak, tahkim anlaşmasına taraflarca seçilmiş hukukun veya böyle bir hukuk seçimi yok ise tahkim yeri hukukunun veya asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması kabul edilir. Bunlar klasik kanunlar ihtilafı metodudur. Bunun yanı sıra, bazı ülkelerde ise tahkim anlaşmasının geçerliliği bu kurallardan bağımsız olarak tespit edilmektedir. Örneğin, Fransız hukukunda tahkim anlaşmasının geçerliliği herhangi bir milli hukuka değil uluslararası kamu düzeni saklı kalmak koşuluyla tamamen tarafların iradesi doğrultusunda belirlenir.⁶⁴⁰ Bununla beraber İsviçre, Almanya, Türkiye gibi bazı ülkelerde de bu metotların dışına çıkılarak karma metotların kabul edildiği söylenebilir.

Kısaca çeşitli ülke hukuklarında tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti için klasik kanunlar ihtilafı metodu benimsenebilirken Fransa, İsviçre gibi bazı ülke hukuklarında ise klasik kanunlar ihtilafı kurallarından uzaklaşılarak farklı bağlama noktaları benimsenmiştir⁶⁴¹. İşte aşağıda milletlerarası anlaşmalar ve Model Kanun'da benimsenen metotlar ve çeşitli ülkelerin uygulanacak hukuku tespit ederken benimsedikleri yaklaşımlar ele alınacaktır.

1. Klasik Kanunlar İhtilafı Metodu

Yukarıda incelendiği üzere mahkemeler önünde tahkim itirazı (karar öncesi süreç), iptal (karar sonrası süreç) veya tanıma ve tenfiz reddi (karar sonrası süreç) sebebi olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğinin incelenmesi durumunda hâkimin tahkim anlaşmasının geçerliliğini kural olarak kendi hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümleneceği kabul edilir⁶⁴².

Tahkime ilişkin düzenlemelerde genellikle tahkim anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan birinin mahkemede dava açması durumunda diğer tarafın geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına yönelik itirazda bulunması veyahut tahkim yargılamasında taraflardan birinin hakem heyetinin yetkisiz olduğunu ileri sürmesi

⁶⁴⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 319-322; Lew/Mistelis/Kröll, s. 118, 127; 1982 tarihli *Dow Chemical et al v Isover Saint, Gobain* ICC Ara Kararı No 4131 of 1982, **IX YBCA**, Yıl: 1984, s. 131.

⁶⁴¹ Özel, s. 80.

⁶⁴² Chuckwumerije, s. 35; Lew/Mistelis/Kröll, s. 118; Özel, s. 80; Lew/Mistelis/Kröll, s. 111; Bernard Hanotiau, **The Law Applicable to the Arbitrability**, ICCA Congress series no. 9, s. 146; Işık, s. 114; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.247; Berger, **Applicable Law**, s. 305; Hanotiau, **What Law Governs the Issue of Arbitrability** s. 391; Huysal, s. 351; Lew, s. 135.

halinde, mahkeme önünde tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik ayrı bir dava açması halinde (karar öncesi süreç) mahkemenin hangi hukuku uygulayarak geçerliliğe karar vereceği düzenlenmez⁶⁴³. Uygulanacak hukuk genellikle tenfiz ve iptal davası aşamasında düzenlenir. Bu nedenle tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkemede dava açılması halinde mahkemenin hangi hukuku uygulayacağına düzenlenmediği ülkeler açısından tenfiz ve iptal mahkemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelerken uygulayacağı hukuka yönelik kuralların tahkim kararı öncesi süreç için de yol gösterici olacağını kabul etmek gerekir. Örneğin, 157 ülkenin taraf olduğu New York Sözleşmesi de tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini düzenlemiyor olsa da hakem kararının tenfizine yönelik hükümler içerir.

Yukarıda detaylıca incelendiği üzere hakemler tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini incelerken taraf iradesine öncelik verirken, mahkemeler kendi hukuk kurallarını uygulamaya öncelik verecektir⁶⁴⁴. Bunun sebebi mahkemelerin bağlı oldukları ve uymak zorunda oldukları bir *lex fori*'lerinin olmasıdır. Fakat yine de sonuç değişmeyecek ve mahkemelerin hukukunda da taraf iradelerine öncelik verilmesi sebebiyle taraflarca seçilmiş hukuk esas alınacaktır⁶⁴⁵.

Pek çok ülke hukukunda uygulanacak hukukun tespitinde klasik kanunlar ihtilafı metodu benimsenmektedir. Klasik kanunlar ihtilafı metodu tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi var ise öncelikli olarak bu hukukun, böyle bir hukuk seçimi yok ise tahkim yeri hukuku ya da asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine de uygulanmasını öngören yaklaşımdır⁶⁴⁶.

a. Taraflarca Seçilen Hukuk

Klasik kanunlar ihtilafı metodu uyarınca, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinde mahkemelerce öncelikli olarak taraflar iradesini

⁶⁴³ Lew/Mistelis/Kröll, s. 415.

⁶⁴⁴ Bkz. İkinci Bölüm, §2, A.

⁶⁴⁵ Lew, s. 128.

⁶⁴⁶ Berger, **Applicable Law**, s. 306.

esas alınacaktır⁶⁴⁷. Nitekim birinci bölümde değinildiği üzere tahkim anlaşmasının en temel unsuru taraf iradesidir ve tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı prensibi uyarınca taraflar tahkim anlaşmasına uygulanmasını istedikleri hukuku sözleşmede kararlaştırabilir ve böylelikle istemedikleri hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmasına engel olabilirler⁶⁴⁸. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hakemlerce incelenmesinin anlatıldığı kısımda bu husus detaylıca incelendiğinden orada belirtilen hususlar tekrar açıklanmayacaktır. Kısaca, taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçilmiş bir hukuk var ise mahkemeler tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verirken seçilmiş olan bu hukuk kurallarını dikkate alacaktır⁶⁴⁹.

Bu yaklaşım New York Sözleşmesi m. V(1)(a), Avrupa Sözleşmesi m. VI(2) ve UNCITRAL Model Kanunu m. 34 ve m. 36 ile de paraleldir. Nitekim bu üç düzenlemede de, tahkim anlaşmasının geçerliliğinde öncelikli olarak tarafların seçtikleri hukuk var ise bu hukukun uygulanması gerekliliği öngörülmüştür⁶⁵⁰.

New York Sözleşmesi m. II(1) uyarınca Sözleşmeye taraf devletler, tarafların tahkime elverişli bir konuda uyuşmazlık çözüm metodu olarak tahkimi kararlaştırması halinde buna saygı gösterme yükümlülüğü altındadır⁶⁵¹. Bu maddenin açık bir hukuk seçiminin yanı sıra örtülü bir hukuk seçimini de kapsayacağı kabul edilir⁶⁵². New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliği öncelikli olarak “taraflarca tabi kılındığı kanuna” göre incelenecektir.

Uygulamada tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmış oldukları duruma pek rastlanmadığından, mahkemeler genellikle tarafların zımni olarak tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği bir hukuk olup olmadığını anlamaya çalışırlar. Örneğin, Amerikan mahkemesi bir kararında, tarafların tahkim yargılamasına uygulanmak üzere seçtiği hukukun tahkim

⁶⁴⁷ Özel, s. 80; van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 291; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317.

⁶⁴⁸ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 38; Özel, s. 80; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 227; Berger, **Applicable Law**, s. 319-320.

⁶⁴⁹ Özel, s. 80.

⁶⁵⁰ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 561.

⁶⁵¹ New York Sözleşmesi m. II(1) şu şekildedir: “*1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.*”

⁶⁵² Born, **International Commercial Arbitration**, s. 562.

anlaşmasına da uygulanmasının murat edildiğinden bahisle tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁵³. Benzer şekilde başka bir kararda, Mısır mahkemesi tarafların İsveç hukukunu asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmelerinin New York Sözleşmesi m. V(1)(a) anlamında tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanmak üzere seçmiş sayacaklarına hükmetmiştir⁶⁵⁴.

Model Kanun m. 34 ve m. 36 uyarınca da tahkim anlaşması taraflarca hukuk seçimi yapılmış olması halinde seçilmiş olan bu hukuka göre geçerli olmalıdır aksi halde bu bir iptal sebebi ve tenfiz engelidir. Keza Avrupa Sözleşmesi m. VI(2) hükmü uyarınca da, mahkeme tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini incelerken taraflarca seçilmiş hukuku uygulayacaktır⁶⁵⁵.

Milletlerarası anlaşmalarda ve Model Kanun'da yer alan düzenlemeler ile paralel olarak pek çok ülke hukukunda da tahkim anlaşmasının geçerliliği taraflarca seçilmiş hukuka tabi kılınmıştır. Örneğin İngiliz hukukunda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği ve İngiliz hukukunun da bu seçime saygı duyacağı açıkça ifade edilmiştir⁶⁵⁶. Benzer şekilde Amerika, Kanada, İsviçre, Çin gibi pek çok ülke hukukunda da tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk açısından taraflarca yapılmış bir hukuk seçimi olup olmadığına bakılır⁶⁵⁷. Aşağıda yeri geldikçe milli hukuklardaki düzenlemelere yer verilecek ve pek çok ülkenin milli kanunlarında öncelikli olarak taraflarca seçilen hukuka öncelik verdiği görülecektir. Örneğin Türk hukukunda MTK m. 4(3) ve MTK m.15(1)(a) uyarınca da tahkim anlaşmasının geçerliliği öncelikle tarafların tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere seçtiği hukuka uygulanacaktır. Türk hukuku, ancak böyle bir hukuk seçimi yapılmadığı durumda tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanabilecektir.

⁶⁵³ ABD Güney New York Bölgesi Yerel Mahkemesinin 2 Kasım 2007 tarihli *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC*, Kararı, 07 Civ. 6929 (GEL)

⁶⁵⁴ Mısır Yüksek Mahkemesinin 27 Mart 1996 tarihli *Egyptian Company for Concrete & Hashem Ali Maher v. STC Finance & Ismail Ibrahim Mahmoud Thabet & Sabishi Trading and Contracting Company*, Kararı, 2660/59.

⁶⁵⁵ Born, *International Commercial Arbitration*, s. 568.

⁶⁵⁶ İngiltere Yüksek Mahkemesi 28 Temmuz 1999 tarihli *XL Insurance Ltd v Owens Corning* kararı, **XXVI YBCA**, Yıl: 2001, s.869-885.

⁶⁵⁷ Born, *International Commercial Arbitration*, s. 569-572.

Taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere yapılmış açık veya örtülü bir hukuk seçimi yok ise mahkemeler tahkim anlaşmasının geçerliliğine diğer bağlama noktalarını uygulayacaklardır.

b. Tahkim Yeri Hukuku

Klasik kanunlar ihtilafı metoduna göre, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun kararlaştırılmadığı durumda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tespit etmek için benimsenen diğer bir bağlama noktası da tahkim yeri hukukudur⁶⁵⁸. Bu yaklaşım pek çok ülkenin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarda bağlama noktasının tahkim yeri hukuku olarak düzenlenmiş olmasından ve ülkelerin de kendi iç hukuklarında bunu benimsemesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin New York Sözleşmesi m. V(1)(a), Avrupa Sözleşmesi m. VI(2)(b) ve UNCITRAL Model Kanunu 36(1)(a)(i) uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk tahkim yeri hukukudur.

New York Sözleşmesi madde V(1)(a) bendi uyarınca aleyhine hakem kararı vermeyen edilen taraf, kararın tanınması ve icrası istenen mahkemede, tahkim anlaşmasının taraflarca tabi kılındığı kanuna göre veyahut hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz olduğunu ispat eder ise hakem kararının tanınması ve tenfizi talebi reddedilecektir⁶⁵⁹. Bununla beraber ilgili madde her ne kadar karar sonrası süreçte yapılacak incelemeye yönelik olsa da bu düzenlemenin ilgili ülke hukukunda farklı bir hüküm bulunmaması durumunda, karar öncesi süreçte de uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Aksi halde aynı Sözleşme'ye dayanarak tahkim anlaşmasının geçerliliğinin incelenmesi durumunda karar öncesi ve karar sonrası süreçte farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır⁶⁶⁰.

Söz konusu maddede geçen “*hakem kararının verildiği yer*” ifadesi ile kastedilenin tahkimin cereyan ettiği yani tahkim yeri (“*place of arbitration*”) olarak

⁶⁵⁸ van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 291; Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 38-39; Özel, s. 79; Berger, s. 320; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 239.

⁶⁵⁹ Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 54; Lew/Mistelis/Kröll, s. 124-125.

⁶⁶⁰ van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 291; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 494; Lew/Mistelis/Kröll, s. 119; 3 Şubat 1990 tarihli *Delia Sanara Kustvaart-Bevrachting & Overslagbedrijf BV v Fallimento Cap Giovanni Coppola srl* Kararı, **XVII YBCA**, Yıl: 1992, s. 543.

belirlenen yer olarak kabul edildiğini belirtmiştik⁶⁶¹. Örneğin İngiliz mahkemeleri *Dallah* kararında tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hakem kararının verildiği yer hukuku olan tahkim yeri hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶⁶². Bununla beraber, 1992 tarihli bir Lordlar Kamarası (House of Lords) kararında “*hakem kararının verildiği yer*” ile kastedilenin kararın imzalandığı yer olduğuna karar verilmiştir⁶⁶³. Hakem kararının verildiği yer ibaresinin, tahkim kararı verilmeden mahkeme önünde yapılacak inceleme açısından ise hakem kararının verileceği yer yani tahkim yeri mahkemesi olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁶⁴. Böylelikle karar öncesi dönemde geçerli kabul edilen bir tahkim anlaşmasının iptal davası veya tanıma/tenfizi aşamasında da geçerli kabul edilmesi sağlanmış olur.

Görüldüğü gibi, New York Sözleşmesi, tahkim yerini tahkim anlaşmasını en yakından ilgilendiren bağlama noktası olarak kabul etmiş, pek çok mahkeme de tahkim anlaşmasının geçerliliğini New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca belirlemiştir⁶⁶⁵. Bunun çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bir görüşe göre tahkim anlaşmasının usuli yanı onu *lex arbitri* yani tahkim yeri hukuku hâkimiyetine sokar⁶⁶⁶. Bu nedenle tahkim yeri hukuku tahkim anlaşmasının geçerliliğinde de uygulanmaktadır⁶⁶⁷. Bir diğer görüşe göre ise taraflarca tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk seçilmemiş ve fakat tahkim yeri seçilmiş ise, tahkim yeri hukukunun tarafların tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine de uygulanmak üzere zımnen seçilmiş sayılacağı kabul edilmektedir. Örneğin İngiliz hukukunda

⁶⁶¹ Avusturya Yüksek Mahkemesinin 23 Ekim 2007 tarihli *K v. F AG, Oberster Gerichtshof* kararı, **XXXIII YBCA**, Yıl: 2008, s. 354-359; İspanya Yüksek Mahkemesinin 10 Şubat 1984 tarihli *English Company X v. Spanish Company* Kararı, **X YBCA**, Yıl: 1985, s. 493-495.

⁶⁶² İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi 1 Ağustos 2008 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* kararı, „ [2008] EWHC 1901; İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesinin 20 Temmuz 2009 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* kararı ile onanmıştır, 20 Temmuz 2009, 2008/2613; İngiltere Yüksek Mahkemesi 3 Kasım 2010 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs Government of Pakistan*, UKSC 2009/0165.

⁶⁶³ İngiliz Lordlar Kamarası 24 Temmuz 1991 tarihli *Richard Henry Moffit Outhwaite v. Robert Ralph Scrymegeour Hiscox* kararı, **XVII YBCA**, Yıl: 1992, s. 599-606, Özl, s. 85.

⁶⁶⁴ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 261; Lew/Mistelis/Kröll, s. 119.

⁶⁶⁵ Napoli Yüksek Mahkemesinin 15 Aralık 1982 tarihli, *Rocco Giuseppe e Figli s.n.c. v. Federal Commerce and Navigation Ltd.* Kararı, **VIII YBCA**, Yıl: 1983, s. 380-381; İtalya Temyiz Mahkemesinin 15 Nisan 1980 tarihli *Official Receiver in the bankruptcy of Lanificio Walter Banci S.a.s. v. Bobbie Brooks Inc.* Kararı, **VI YYBCA**, Yıl: 1981, s. 233-236.

⁶⁶⁶ Lew, s.141; Lew/Mistelis/Kröll, s. 124, Berger, **Applicable Law**, s.304-305; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317.

⁶⁶⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 223; Lew/Mistelis/Kröll, s. 107; Yeşilova, s. 243, Özel, s. 84.

tahkim yeri hukukunun bu seçim ile “en yakın bağlantılı” olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁸.

New York Sözleşmesi m. V(1)(a) ile paralel olarak Model Kanun’da da hakem kararının iptal sebebi ve tenfiz engeli olarak tahkim anlaşmasının geçersizliği öngörülmüş olup taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde tahkim yeri hukuku bağlama noktası olarak kabul etmiştir. Nitekim m. 36(1)(a)(i) uyarınca bazı hallerde hakem kararının tenfizi taleplerinin reddedilmesinin söz konusu olabileceğini belirtmiştik. Model Kanun m. 36(1)(a)(i) uyarınca aleyhine tanıma/tenfiz davası açılan tarafça tahkim anlaşmasının tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka göre geçersiz olmasının ispatlanması halinde veyahut böyle bir hukuk seçimi olmaması durumunda ise kararın verildiği ülke hukukuna göre geçersiz olduğunun ispatı halinde tanıma ve tenfiz reddedilecektir⁶⁶⁹. Model Kanun’da tenfiz mahkemesi için öngörülen tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti için öngörülen metotların New York Sözleşmesi’nde olduğu gibi tahkim kararı öncesinde mahkeme önünde tahkim itirazı ileri sürülmesi halinde de esas alınacağını söylemek gerekir.

Avrupa Sözleşmesi madde VI(2) hükmü uyarınca da mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliği ilgili bir hususta karar vermesini gerektiren bir durumun varlığı halinde tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine taraflarca seçilmiş hukuk, böyle bir hukuk yok ise hakem kararının verileceği yer hukuku yani tahkim yeri hukuku uygulanacaktır.

Bu bilgiler ışığında, pek çok ülkenin taraf olduğu ve esas aldığı New York Sözleşmesi, Avrupa Sözleşmesi ve Model Kanun’da tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukukunun kabul edilmesi

⁶⁶⁸ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 262, Chuckwumerije, s. 35, Born, **International Commercial Arbitration**, s. 512, Rotterdam İlk Derece Mahkemesinin 28 Eylül 1995 tarihli *Petrasol BV v. Stolt Spur Inc* kararı, **XXII YBCA**, Yıl: 1997, s.762-765; İngiltere Yüksek Mahkemesi 28 Temmuz 1999 tarihli *XL Insurance Ltd v Owens Corning* kararı, **XXVI YBCA**, Yıl: 2001, s.869-885; İngiltere Yüksek Mahkemesinin 16 Mayıs 2012 tarihli *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia SA* Kararı, **XXXVII YBCA**, Yıl: 2012, s.464-467; İngiltere Yüksek Mahkemesinin 26 Ocak 2012 tarihli *Abuja Int’l Hotels Ltd v. Meridien SAS* Kararı; İngiltere Yüksek Mahkemesinin 24 Mart 2006 tarihli *Halpern v. Halpern* Kararı, EWHC (Comm).

⁶⁶⁹Lew/Mistelis/Kröll, s. 119.

konusunda genel bir yaklaşım olduğu görülmektedir⁶⁷⁰. Zira taraflarca tahkim yerinin seçilmiş olmasının tahkim anlaşmasına da tahkim yeri hukukunun uygulanmasını murad ettikleri anlamına geldiğine yönelik mahkeme kararları mevcuttur⁶⁷¹. Diğer yandan, tahkim yerinin taraflarca seçilmemiş olması durumunda bu bağlama noktasının uygulanmayacağı da savunulmaktadır⁶⁷². Nitekim böyle bir durumda tahkim yerinin tahkim anlaşması üzerindeki etkisinin iyice azaldığı kabul edilir. Diğer bir deyişle tahkim yeri kurallarının tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanabilmesi için taraflarca tahkim yerinin tespit edilmiş olması aranmıştır. Bununla beraber Avrupa Sözleşmesi m. VI(2), tahkim yerinin neresi olduğunun bilinmemesi durumunda uygulanacak hukukun hâkimin *lex fori*'sinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edileceğini düzenlemiştir⁶⁷³. Bununla beraber nadiren de olsa mahkemelerin taraflarca tahkim anlaşmasına seçilmiş bir hukuk olup olmamasına bakılmaksızın tahkim anlaşmasının geçerliliğini doğrudan tahkim yeri hukukuna göre değerlendirdiği kararlar mevcuttur⁶⁷⁴.

Ülke hukukları açısından da milletlerarası hukukta yeknesaklığı sağlamaya çalışan ve pek çok ülkenin taraf olduğu New York Sözleşmesi, Avrupa Sözleşmesi ve Model Kanun'daki düzenlemeler yol gösterici olmaktadır. Peki, ülke hukuklarında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk nasıl belirlenmektedir?

Yukarıda pek çok ülke hukukunda da tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk açısından taraf iradesinin esas alındığını söylemiştik ama taraflarca bu konuda bir hukuk seçimi olmaması halinde çeşitli ülke hukuklarında çeşitli yaklaşımlar esas alınmıştır. Bazı ülke hukuklarında New York Sözleşmesi, Avrupa Sözleşmesi ve Model Kanun'da olduğu gibi tahkim yeri bağlama noktası olarak kabul edilmiştir. Örneğin, hakem kararı öncesi ve sonrası farklılığı olmadan

⁶⁷⁰ Chuckwumerije, s. 35; Lew/Mistelis/Kröll, s. 80; van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 128; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 22; Yeşilova, **Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği**, s. 101.

⁶⁷¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 226, dn. 130; Rotterdam İlk Derece Mahkemesinin 28 Eylül 1995 tarihli *Petrasol BV v. Stolt Spur Inc* kararı, **XXII YBCA**, Yıl: 1997, s.762-765.

⁶⁷² Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 41; Özel, s. 81; Chuckwumerije, s. 35; Berger, **Applicable Law**, s. 320-322; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 243.

⁶⁷³ Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 41.

⁶⁷⁴ Napoli Yüksek Mahkemesi (Salerno Bölümünün)13 Şubat 1978 tarihli *G. A. Pap-KG Holzgrosshandlung v. Ditta Giovanni G. Pecoraro* Kararı, **VI YBCA**, Yıl: 1981, s. 228-229; Nanjing Intermediate People's Mahkemesinin 13 Nisan 2009 tarihli *United States VOEST ALPINE International Trade Company v. Jiangsu Provincial Foreign Trade Corporation* Kararı, Çin Kararı; Svea Yüksek Mahkemesinin 7 Eylül 2001 tarihli *Planaverigne S.A., Fontanes v. Kalle Bergander i Stockholm AB* Kararı, **XXVII YBCA**, Yıl: 2002, s.554-556.

tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuku aynı bağlama noktalarını kullanılarak tespit eden İsveç hukukuna göre⁶⁷⁵ tahkim anlaşmasının geçerliliği taraflarca seçilecek hukuka, böyle bir hukuk seçimi yok ise tahkimin gerçekleştiği veya gerçekleşeceği yer hukukuna göre belirlenecektir⁶⁷⁶.

İsveç mahkemesi, 2000 tarihli bir kararında taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun seçilmemiş olması halinde tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁷⁷. Söz konusu davaya konu uyuşmazlıkta A.I Trade, Bulbank aleyhine tahkime gitmiştir. Bulbank ise tahkim anlaşmasının kendisi için geçerli olmadığını iddia etmiştir. Hakem heyeti Bulbank açısından da yetkili olduğuna yönelik ayrı bir karar vermiş ve esasa yönelik yargılamaya devam etmiştir. Bulbank hakemin yetkiye yönelik verdiği kararın akabinde tahkim anlaşmasını feshetmiş ve hakemlerden tahkim anlaşmasının fesh edildiğine yönelik bir karar istemiştir. Hakemler bu talebi reddetmiş ve ayrıca başka bir kararla da esasa yönelik karar vermiştir. Bulbank söz konusu hakem kararına itiraz etmiş ve kararın iptalini istemiştir. Mahkeme yaptığı incelemede hakem kararı verildiği sırada geçerli bir tahkim anlaşması olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme taraflarca asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Avusturya hukuku belirtilmiş olmasına rağmen tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka yönelik bir hüküm olmadığını ifade ederek, bu durumda tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna göre incelenmesi gerektiğini belirterek İsveç hukukunu uygulamıştır.

Hollanda hukukunda, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemiş olması halinde mahkemenin hangi bağlama noktasını esas alarak inceleyeceğini göstermesi açısından *Owerri v. Dielle* kararı önem arz etmektedir⁶⁷⁸. İlgili kararda dava konusu yabancı hakem kararının Hollanda hukukuna göre tenfizi talebidir. Hollanda Usul Kanunu madde 1076(1)(A)(a) uyarınca tahkim anlaşmasının

⁶⁷⁵ Lew/Mistelis/Kröll, s. 415.

⁶⁷⁶ İsveç Tahkim Kanunu m 48 şu şekildedir: “Where an arbitration agreement has an international connection, the agreement shall be governed by the law agreed upon by the parties. Where the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country in which, by virtue of the agreement, the proceedings have taken place or shall take place(...)” (<https://sccinstitute.com/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf>)

⁶⁷⁷ İsveç Yüksek Mahkemesinin 27 Ekim 2000 tarihli *Bulgarian Foreign Trade Bank v. A.I Trade Finance Inc* kararı, **XXVI YBCA**, Yıl: 2000, s.291-298.

⁶⁷⁸ Lahey Yüksek Mahkemesinin 4 Ağustos 1993 tarihli *Owerri Chemical Inc v Dielle Srl* Kararı, **XIX YBCA**, Yıl: 1994, s. 703-707.

geçersiz olması bir tenfiz engelidir⁶⁷⁹. Hollanda Usul Kanunu'nun ilgili düzenlemesi uyarınca Hollanda mahkemelerinden yabancı bir hakem kararının tenfizi istendiğinde mahkeme öncelikli olarak tanıma tenfize uygulanacak bir uluslararası sözleşme olup olmadığına bakacaktır. Böyle bir uluslararası sözleşme yok ise veyahut böyle bir uluslararası sözleşme var ise ve bu sözleşme tenfiz mahkemesinin hukukunun uygulanmasına izin veriyor ise söz konusu yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi, tenfiz yeri hukukuna göre geçerli bir tahkim anlaşması var ise kabul edilecektir. Mahkeme söz konusu davanın New York Sözleşmesi kapsamında olmadığını tespit ettikten sonra tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun kararlaştırılmamış olması halinde tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim anlaşması ile en yakın bağlantılı hukukun uygulanacağını belirtmiştir. Hollanda mahkemesi tahkim anlaşması ile en yakın bağlantılı hukuku tespit ederken yine New York Sözleşmesi madde V(1)(a) düzenlemesini göz önüne alarak tahkim yeri hukuku olan İngiliz hukukunun tahkim anlaşmasının geçerliliği ile en yakın bağlantılı olduğuna hükmetmiştir⁶⁸⁰.

Avusturya Yüksek Mahkemesi de 2007 tarihli bir kararında tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçerliliğinin kararın verildiği yer hukukuna göre incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶⁸¹.

Türk yargı kararları dikkate alındığında, Yargıtay MTK yürürlüğe girmeden önce tenfiz mahkemesi önünde görülen bir uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanacağı yönünde karar vermiştir⁶⁸². Yargıtay tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda taraflarca bir hukuk seçimi yapılmış ise bu hukukun, yapılmamışsa New York Sözleşmesi m. V(1)(a) ve

⁶⁷⁹ Hollanda Usul Kanunu m. 1076(1)(A)(a) şu şekildedir:

"1. If no treaty concerning recognition and enforcement is applicable, or if an applicable treaty allows a party to rely upon the law of the country in which recognition or enforcement is sought, an arbitral award made in a foreign State may be recognised in the Netherlands and its enforcement may be sought in the Netherlands, upon submission of the original or a certified copy of the arbitration agreement and arbitral award, unless:

(A) the party against whom recognition or enforcement is sought, asserts and proves that:

(a) a valid arbitration agreement under the law applicable thereto is lacking;

(...)" (<http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm>)

⁶⁸⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 121.

⁶⁸¹ Avusturya Yüksek Mahkemesinin 23 Ekim 2007 tarihli *K v. F AG, Oberster Gerichtshof* kararı, **XXXIII YBCA**, Yıl: 2008, s. 354-359.

⁶⁸² Yarg. 19.HD, 15.11.1995 T., 1995/9108 E., 1995/9685 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) bkz. Akıncı, **Tahkim**, s.349, dn 627.

MÖHUK m. 62/F⁶⁸³ uyarınca hakem kararının verildiği yer hukukunun uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Türk hukukunda MTK ile getirilen açık hüküm uyarınca MTK'nın uygulama alanı bulunduğu tahkim yargılamaları açısından tahkim anlaşmasının geçerliliğine taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış ise Türk hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Buna göre MTK m. 4(3) uyarınca “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*” denilmektedir. Yine MTK m. 15(1)(a) uyarınca, hakem kararları, başvuruyu yapan tarafın tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu ispat etmesi halinde iptal edilecektir. MTK'nın uygulama alanını düşünürsek, bu durumda Türk hukuku aynı zamanda tahkim yeri hukuku da olabileceği gibi olmayabilir. Bu nedenle bu yaklaşım ile klasik kanunlar ihtilafı kuralları yaklaşımından uzaklaşmış ve milletlerarası tahkimde toprak prensibinin önemi azaltılmış kabul edilir⁶⁸⁴. Nitekim görüldüğü gibi MTK uyarınca esas olan tahkim anlaşmasına tarafların seçtiği hukukun ve ancak böyle bir hukuk yok ise Türk hukuku uygulanmasıdır. Tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşması üzerindeki etkisinin önemini azaltan bir yaklaşım benimsenmiştir⁶⁸⁵. Bununla beraber Şanlı, MTK'nın kural olarak tahkim yerinin Türkiye olan tahkimlere uygulanmasının pratikte tahkim yeri hukukunun uygulanması yaklaşımı ile örtüştüğünü de ifade etmektedir⁶⁸⁶. Dolayısıyla yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya taraflar ya da hakem kurulunca MTK'nın hükümlerinin seçildiği tahkim yargılamaları bakımından hakemlerin ve tahkim kararı öncesi süreçte mahkemelerin taraflarca seçilmiş hukuk yok ise Türk Hukuku'na göre değerlendirme yapması gerekmektedir. Aksi halde kararın iptali veyahut tenfizinin engellenmesi söz konusu olacaktır (New York Sözleşmesi m. V(1)(a)).

Türk hukukunda milletlerarası anlaşmaların normlar hiyerarşisinde en üst sırada olduğu göz önüne alınarak, New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulunduğu

⁶⁸³ MÖHUK m. 62(1):

“*Mahkeme,*

(...)

f) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise,

(...) *yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.*”

⁶⁸⁴ Akıncı, **Tahkim**, s. 113.

⁶⁸⁵ **Ibid.**

⁶⁸⁶ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 232, dn. 280.

bir tenfiz davasında bu Sözleşme hükümlerinin, New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulmadığı bir tenfiz davasında ise MÖHUK kurallarının devreye gireceği kabul edilir. Fakat MÖHUK ve New York Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemeler birbirine paralel olduğundan aynı bağlama noktaları esas alınacağından çıkacak sonuç açısından herhangi bir farklılık olmayacaktır⁶⁸⁷. Dolayısıyla, New York Sözleşmesi'nin uygulama alanına giren meseleler açısından yani tenfiz mahkemesinin yapacağı inceleme açısından New York Sözleşmesi'nde belirtilen bağlama noktaları kabul edilecektir. New York Sözleşmesinin uygulama alanına girmeyen tenfiz davalarında ise MÖHUK m. 62 ve m. 63'de New York Sözleşmesi m. V/1(a)'da tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere benimsenen bağlama noktaları aynen kabul ettiğinden Türk mahkemesi böyle bir durumda tahkim yeri hukukuna göre geçerliliği değerlendirecek ve sonuç değişmeyecektir. Türk hukukundaki durum aşağıda daha detaylıca izah edilecektir⁶⁸⁸. New York Sözleşmesi'ne taraf ülkelerin ulusal kanunlarını mı, New York Sözleşmesi'ni mi uygulayacağını tespit etmek için, ilgili ülkenin ulusal kanunlarında milletlerarası anlaşmaların yerine bakmak gerekecektir. Fakat örnek olarak Türkiye ile benzer şekilde Alman Tahkim Kanunı madde 1061 uyarınca da yabancı hakem kararlarının Almanya'da tanınması/tenfizine New York Sözleşmesi'nde yer alan hükümler uygulanacaktır⁶⁸⁹.

İngiliz hukukunda da tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşması ile en yakın ilişkili hukuk olduğu kabul edilmiştir. Yukarıda değinilen *Dallah* kararında hem İngiliz Yüksek Mahkemesi hem de Paris İstinaf Mahkemesi, tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukuku olan Fransız hukukunu uygularken tarafların niyetinin Fransız hukukunun uygulanması yönünde olduğunu ve New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca tahkim yeri olduğunu belirterek bu sonuca varmıştır⁶⁹⁰. Nitekim İngiltere Yüksek Mahkemesi 28 Temmuz 2000 tarihli kararında taraflarca tahkim yerinin seçilmiş olmasının tarafların zımnen tahkim anlaşmasına uygulanması istedikleri hukuku da seçmiş oldukları anlamına geleceğini ifade etmiştir. Aynı şekilde tahkim

⁶⁸⁷ Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 305; Akıncı, **Tahkim**, s. 423.

⁶⁸⁸ Bkz. İkinci Bölüm, §2, B, IV, 3.

⁶⁸⁹ Alman Tahkim Kanunu m. 1061 şu şekildedir:

“Recognition and enforcement of foreign arbitral awards shall be granted in accordance with the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 (Bundesgesetzblatt [BGBl.] 1961 Part II p. 121). The provisions of other treaties on the recognition and enforcement of arbitral awards shall remain unaffected.”

(<https://sccinstitute.com/media/29988/german-arbitration-act.pdf>)

⁶⁹⁰ Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 40.

yeri hukukunun tahkim anlaşması ile en yakın ilişkili hukuk kabul edilmiştir⁶⁹¹. 2011 tarihli başka bir İngiliz mahkemesi kararında da tahkim anlaşmasında tahkim yeri olarak Londra'nın seçilmiş olmasının tahkim anlaşmasının geçerliliğine İngiliz hukukunun uygulanmasının istenildiğine yönelik zımni iradeleri gösterdiği kabul edilmiştir⁶⁹². Hakem kararının iptali için açılan söz konusu davada, hakem kararının iptalini isteyen taraf, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeye uygulanan Nijerya kanunlarına göre Nijerya kamu düzenine aykırı olması vb. sebeplerle geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. İngiliz mahkemesi meselenin tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine yönelik bir husus olduğunu ifade etmiş ve sözleşmeye uygulanacak hukukun bu konu ile bir ilgisi olmadığını bununla beraber meselenin tahkim yeri hukuku olan İngiliz hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Yine aynı şekilde oldukça önemli bir karar olan *Sulamérica v. Enesa* (“*Sulamérica*”) kararında da (*anti-suit injunction* davası), İngiltere İstinaf Mahkemesi somut olayda başka bir hukukun uygulanmasını gerektiren hususlar yoksa asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanabileceğini belirttiikten sonra somut olaydaki şartları gözönüne alarak tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanacağını düzenlemiştir⁶⁹³. İngiliz Mahkemesi tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tespit ederken üç aşamalı bir tahkikat yapmıştır. Buna göre mahkeme sırasıyla şu hukukları dikkate almıştır: (1) taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçilmiş hukuk, (2) taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımnen seçilmiş hukuk, (3) taraflarca böyle bir açık veya zımni hukuk seçimin bulunmaması durumunda tahkim anlaşmasının “en yakın ve en gerçek bağının” bulunduğu hukuk. Mahkeme tahkim yeri olan Londra'nın tahkim anlaşması ile en yakın bağlantılı yer olduğuna karar vermiş ve ayrıca tahkim yerinin Londra seçilmesinin tarafların örtülü iradelerini de gösterdiğini belirterek tahkim anlaşmasına İngiliz hukukunun uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.

⁶⁹¹ Işık, s.90; İngiltere Yüksek Mahkemesi 28 Temmuz 1999 tarihli *XL Insurance Ltd v Owens Corning* kararı, **XXVI YBCA**, Yıl: 2001, s.869-885.

⁶⁹² İngiltere Yüksek Mahkemesinin 26 Ocak 2012 tarihli *Abuja Int'l Hotels Ltd v. Meridien SAS* Kararı.

⁶⁹³ İngiltere İstinaf Mahkemesinin 16 Mayıs 2012 tarihli *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia SA* Kararı, **XXXVII YBCA**, Yıl: 2012, s.464-467.

İlgili kararda uyuşmazlık hidroelektrik santraline yönelik Brezilya hukukuna tabi bir sigorta poliçesi sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Sözleşme uyarınca sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından hem Brezilya mahkemeleri yetkili kılınmış hem de tahkim yeri Londra olmak üzere tahkim öngörülmüştür. Sözleşmede tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda açık bir hukuk seçimi de yapılmamıştır. Sigortalı (Enesa) 2011 yılında gerçekleşen bir hadiseden dolayı sigorta poliçesinde belirtilen riskin olduğu iddiası ile sigortacıdan (Sulamérica) hasar bedelini talep etmiştir. Sigortacı (Sulamérica) ise sorumluluğu reddederek Londra'da tahkime başvurularak zararlardan sorumsuzluğuna yönelik bir deklarasyon talep etmiştir. Sigortacının bu başvuruya karşılık, Sigortalı da Brezilya mahkemelerine başvurmuştur. Sigortacı (Sulamérica) ise taraflarca sözleşmede tahkimin kararlaştırılmış olması sebebiyle sigortalının (Enesa) Brezilya mahkemelerinde davasının devam etmemesine yönelik tedbir kararı almak için Londra Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Sigortalı Londra mahkemesinde görülen *anti-suit injunction* davasında asıl sözleşmenin Brezilya hukukuna tabi olması ve tarafların, riskin gerçekleştiği yerin ve olayların Brezilya'da olması sebebiyle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun Brezilya hukuku olduğunu ve Brezilya hukukuna göre sigortalının rızası olmadan tahkim anlaşmasına sigortacı tarafından başvurulamayacağını iddia ederek karara itiraz etmiş ve dava İngiliz İstinaf Mahkemesi'ne gitmiştir. Sigortalı tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku zımni olarak seçtiklerini ve bu hukukun esasa uygulanacak hukuk olarak Brezilya hukuku olduğunu savunmuştur. Sigortacı ise tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı prensibine dayanarak Londra'nın açık şekilde tahkim yeri olarak seçilmesi nedeniyle İngiliz hukukunun gerek tahkim ile en yakın bağlantılı hukuk gerek ise tarafların örtülü iradelerinin bu yönde olmasından bahisle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olduğunu iddia etmiştir.

Mahkeme yukarıda belirtildiği gibi tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda açık iradesi olup olmadığını incelemiş, açıkça bir seçim olmadığından bahisle örtülü iradeye bakmış ve yine örtülü bir irade tespit edilemediğinden bahisle en yakın ilişkili ülkeyi belirlemiş ve buna göre de uygulanması gereken hukukun tahkim yeri hukuku olması gerektiğine hükmetmiştir. Tarafların açık bir şekilde Brezilya hukukunu asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmelerinin Brezilya hukukunun aynı zamanda tahkim anlaşmasına

uygulanacak hukuk olarak zımnî bir şekilde seçildiği konusunda yeterli delil olmadığına karar vermiştir. Çünkü Brezilya hukukunun tahkim anlaşmasını zayıflatan bir etkisi olabilecektir⁶⁹⁴. Görüldüğü gibi Mahkeme tahkim anlaşmasını ayakta tutacak hukuku uygulama yoluna giderek tahkim yanlısı bir bakış açısı ile değerlendirmede bulunmuştur. Açık ya da zımnî bir şekilde tahkim şartına uygulanacak hukuk seçimi olmadığından İstinaf Mahkemesi tahkim anlaşmasının “*tahkimin gerçekleştirileceği ve prosedürün efektif bir biçimde gerçekleşmesini sağlamak amacıyla gerekli olan destekleme ve denetleme yetkisini kullanan yer hukuku ile en sıkı ve en gerçek bağa sahip olduğunu*” ifade etmiştir. Londra tahkim yeri olarak belirlendiğinden mahkeme İngiliz hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olduğuna karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi sigortalının itirazlarını reddederek tedbir kararının geçerliliğine hükmetmiştir.

İngiliz hukukunda bir diğer ilginç karar ise *Arsanovia v. Cruz City* (“*Arsanovia*”) davasıdır⁶⁹⁵. *Arsanovia* davasında uyuşmazlık Hindistan’daki gecekondü semtlerinin geliştirilmesi amacıyla *Arsanovia* ve *Cruz City* ve bu iki şirket tarafından kurulan “*joint venture*” (*Kerrush*) arasındaki Hissedarlar Sözleşmesi’nden kaynaklanmıştır. Ayrıca, *Arsanovia*’ya bağlı olan iki şirket (*Unitech* ve *Burley*) ile *Cruz City* arasında projenin finansmanı ile ilgili olarak bir Kredi Yardımı Sözleşmesi imzalanmıştır. Hem Hissedarlar Sözleşmesi’ne hem de Kredi Yardımı Sözleşmesi’ne uygulanacak hukuk taraflarca Hint hukuku olarak kararlaştırılmıştır. Ayrıca her iki sözleşmede uyuşmazlıkların çözümü için Londra’da LCIA kuralları uyarınca tahkim öngörülmüştür. Ayrıca her iki sözleşmede de tahkimin düzenlendiği kısımda Hint Tahkim Kanunu’nun 1. Bölüm ve 9. kısımda yer alan Hindistan’da ihtiyatî tedbir alınmasına yönelik hükümlerin bu sözleşmeye uygulanmaması gerektiği kabul edilmiştir.

Cruz City Hissedarlar Sözleşmesi’nden doğan uyuşmazlık için tahkime başvurmuştur. Hissedarlar Sözleşmesi’ne taraf olmamasına rağmen hakem heyeti *Burley* hakkında da yargılama yetkisi olduğuna karar vermiştir. Bunun üzerine *Arsanovia* ve *Burley* hakem heyetinin yetkisinin olmadığı gerekçesiyle hakem kararının iptali için İngiliz mahkemelerine başvurmuştur. Mahkeme *Sulamérica* ile

⁶⁹⁴ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 38-39, dn. 38.

⁶⁹⁵ İngiltere Yüksek Mahkemesinin 20 Aralık 2012 tarihli *Arsanovia Ltd and others v Cruz City 1 Mauritius Holdings* Kararı, [2012] EWHC 3702.

uyumlu olarak, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemek için İngiliz kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamış ve üç aşamalı tahkikat sistemini dikkate alarak (1) taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçilmiş hukuku, (2) taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımnen seçilmiş hukuku, (3) taraflarca böyle bir açık veya zımni hukuk seçimin bulunmaması durumunda tahkim anlaşmasının “en yakın ve en gerçek bağının” bulunduğu hukuku dikkate almıştır. Mahkeme bu tahkikat sırasında asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun Hint hukuku olmasından bağımsız olarak tahkim şartında 1996 tarihli Hint Tahkim Kanunu hükümlerine açık bir şekilde referans yapılması nedeniyle tarafların zımnen Hint hukukunun, açıkça hariç tuttukları hükümler saklı kalmak koşuluyla, tahkim anlaşmasına uygulanmasını murad ettiklerini belirtmiştir. Bu şartlar altında hâkim tahkim yeri olarak Londra’nın seçilmiş olmasına rağmen tarafların niyetinin tahkim anlaşmasına Hint hukukunun uygulanması olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, uygulanacak hukuk maddesinin tahkim anlaşması hakkında tarafların niyetini gösteren güçlü bir işaret olduğunu fakat sözleşmede zımni bir hukuk seçimi yapılmış olmasa idi *Sulamérica* kararında olduğu gibi tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşması ile en yakın bağlantılı hukuk olarak kabul edileceğini de belirtmiştir.

Görüldüğü üzere İngiliz Mahkemeleri sözleşmede tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun açıkça veya zımnen kararlaştırılmamış olması durumunda, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşması ile en yakın ve en gerçek ilişkili hukuk olduğunu kabul etmekte ve bu nedenle tahkim anlaşmasına öncelikli olarak uygulanması yaklaşımını benimsemektedir. *Sulamérica* kararında tahkim anlaşmasının ayakta tutulmaya çalışıldığı da kabul edilmektedir⁶⁹⁶. Fakat her ne kadar *Sulamérica* kararında aksi kabul edilmiş olsa da İngiliz mahkemelerinde sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun varlığının taraflarca bu hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması istedikleri yönünde güçlü bir inanç bulunmaktadır. Nitekim *Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty construction Ltd* davasında tahkim anlaşmasına asıl sözleşmeye uygulanması için seçilen hukukun uygulanması gerektiği kabul edilmiştir⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 543-544.

⁶⁹⁷ İngiliz Lordlar Kamarasının 17 Şubat 1993 tarihli *Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty construction Ltd and Others* Kararı.

İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre İsviçre Federal mahkemesi 1995 tarihli kararında, tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelerken taraflarca asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun kararlaştırılmış olmasına rağmen tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı nedeniyle tahkim yeri hukukunu esas almıştır. Federal Mahkeme bağımsızlık prensibi uyarınca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı bir hukuk olabileceğine ve tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukuku olan İsviçre hukukunun uygulanmasına hükmetmiştir⁶⁹⁸.

Bu bilgiler ışığında, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulanmasını öngören düzenlemelerin temelinde çeşitli sebepler bulunmaktadır. Buna göre bazı mahkemeler tahkim yeri hukukunu tahkim anlaşması ile en yakın bağlantılı yer olarak kabul etmektedir. Nitekim tahkim yerinin seçilmesinin tarafların zımnen tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanmak üzere seçildiği yönünde yorumlanması gerektiği kabul edilebilmektedir. Bununla beraber bir görüş de tahkim yerinin tahkim prosedürü ve denetimindeki rolünden dolayı tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Dolayısıyla taraflarca veya seçtikleri tahkim kurumu veyahut da hakem heyeti tarafından tahkim yerine yönelik yapılmış bir belirleme ile bu hukukun sadece tahkim prosedürüne uygulanacağı değil esastan geçerliliğe de uygulanacağı kabul edilir. Bununla beraber bazı mahkeme kararlarında, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir. Bu aşağıda izah edilecektir.

c. Asıl Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Klasik kanunlar ihtilafı metodu uyarınca taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun seçilmemiş olması halinde benimsenebilecek bir diğer metot ise asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanmasıdır. Detaylıca incelendiği üzere⁶⁹⁹ asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanıp uygulanamayacağı

⁶⁹⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin 21 Mart 1995 tarihli kararı, **XXII YBCA**, Yıl: 1997, s.800-806.

⁶⁹⁹ *Bkz.* Birinci Bölüm, §4, D, III.

tartışmalıdır⁷⁰⁰. Nitekim tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi uyarınca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabilir⁷⁰¹.

Bununla beraber asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımnen seçilmiş olduğunu benimseyen bir yaklaşım mevcuttur. Asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması yaklaşımı özellikle İngiliz hukukunda uzunca yıllar benimsenmiştir⁷⁰². Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde, asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmiş hukukun etkisini tahkim anlaşmasına da genişleteceğini benimsemek gerekir⁷⁰³. Nitekim New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliğinin taraflarca geçerliliğe uygulanmak üzere seçilen hukuka göre değerlendireceği ve Sözleşme'nin zımni hukuk seçimine izin verdiği kabul edilmiştir⁷⁰⁴.

Alman hukukunda da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca tespit edilmemiş olması halinde asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanması gerektiği yaklaşımı kabul edilmiştir. Bu kabul ile beraber, 2003 tarihli Hamburg İstinaf Mahkemesi kararında asıl sözleşme ve tahkim anlaşmasının bağımsız olduğu bu nedenle iki sözleşmeye uygulanacak hukukun ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tespit ederken ilk önce buna yönelik açık bir hukuk seçimi olup olmadığına bakmış ve taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun açıkça seçilmemiş olması nedeniyle asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere de zımnen seçilmiş sayılacağını belirtmiştir⁷⁰⁵.

⁷⁰⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 120.

⁷⁰¹ Pekcanitez, s. 2677; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 242; van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 293; Özel, s. 79-80; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 38; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 464; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317; Erkan, **Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği**, s. 542; Smit, s. 21.

⁷⁰² Born, **International Commercial Arbitration**, s. 515.

⁷⁰³ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 515.

⁷⁰⁴ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 545.

⁷⁰⁵ 24 Ocak 2003 tarihli Hamburg İstinaf Mahkemesi Kararı, **XXX YBCA**, Yıl: 2005, s. 509, 515; Işık, Fatih, s. 85-86.

Asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması yaklaşımı özellikle Almanya ve İngiltere gibi ülke mahkemeleri tarafından benimsenmiştir⁷⁰⁶. Örneğin İngiltere Yüksek Mahkemesinin 4 Kasım 2005 tarihli *Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania* kararında Danimarka’da verilmiş bir hakem kararının tenfizi için açılan davada mahkeme *lex fori* uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk olması sebebiyle, tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukuku olan Danimarka hukukunu değil Litvanya hukukunu uygulamıştır. İngiltere Yüksek Mahkemesinin 4 Şubat 2004 tarihli *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd* kararında ise İngiltere’de verilmiş hakem kararı mahkemece iptal edilmiştir. Kararın gerekçesinde, hakemlerin tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini tarafların ortak niyetine göre çözümlenmelerinin *lex fori* uyarınca geçersiz olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine yönelik bir hususun İngiliz Tahkim Kanunu m. 46 uyarınca asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Arkansas hukuku uyarınca çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. 26 Mayıs 2004 tarihli *Tonicstar Ltd v. Am. Home Assur. Co* kararına konu olan olayda taraflar arasındaki sözleşmede tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka veya tahkim yerine yönelik herhangi bir seçim yapılmamış olup kendisinden hem New York hem de İngiltere’de açılmış olan davalar olması sebebiyle kendisinden *anti-suit injunction* istenen İngiltere mahkemesi kararında asıl sözleşmeye uygulanan hukukun İngiliz hukuku olması nedeniyle tahkim anlaşmasına da uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olduğunu ifade etmiştir.

Bununla beraber İngiliz hukukunda zaman içerisinde bu yaklaşımdan uzaklaşarak tahkim yerinin seçilmesinin tarafların tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanmasını murad ettikleri yönünde örtülü iradelerini gösterdiği kabul edilmiştir. Nitekim 2000 tarihli İngiliz Mahkemesi kararında taraflarca tahkim yeri seçilmiş ise, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine de uygulanmak üzere zımnen seçilmiş sayılacağı kabul edilmiştir⁷⁰⁷. Kaldı ki yukarıda belirtildiği gibi İngiliz hukukunda tahkim yeri hukukunun bu seçim ile “en yakın

⁷⁰⁶ İngiltere Yüksek Mahkemesinin 4 Kasım 2005 tarihli *Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania Kararı*, [2005] EWHC, ¶¶76-77; İngiltere Yüksek Mahkemesinin 4 Şubat 2004 tarihli *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd Kararı*, 1 Lloyd’s Rep. 603; İngiltere Yüksek Mahkemesinin 26 Mayıs 2004 tarihli *Tonicstar Ltd v. Am. Home Assur. Co. Kararı*, [2004] EWHC 1234.

⁷⁰⁷ İngiltere Yüksek Mahkemesi 28 Temmuz 1999 tarihli *XL Insurance Ltd v Owens Corning* kararı, XXVI YBCA, Yıl: 2001, s.869-885; Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 161

bağlantılı” olduğu kabul edilir⁷⁰⁸. Bununla beraber doktrinde bazı görüşler İngiliz Mahkemelerinin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlerken hangi hukukun tahkim anlaşmasını ayakta tutacağına bakarak tahkim yanlısı bir bakış açısı ile geçerliliğe uygulayacakları hukuku belirlediğini belirtmektedir⁷⁰⁹.

Kanaatimizce asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun otomatik olarak tahkim anlaşmasına da uygulanması yerinde değildir. Nitekim tahkim anlaşması asıl sözleşmeden bağımsızdır. Bununla beraber bu görüşün benimsenmesinin temel nedeni asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca seçilmiş olması halinde tarafların bu hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmasını murad ettiklerinin kabul edilmesidir. Fakat kanaatimizce zımnî iradeleri belirlemek zor olabilir⁷¹⁰. Bunun yanı sıra taraflar sözleşmenin belli kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını da isteyebilirler. Bu nedenle hukuk seçiminin kanaatimizce taraflarca açıkça yapılmış olmasının aranması esas olmalıdır. Asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun zımnî taraflarca tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere seçildiği varsayımı bağımsızlık prensibi dikkate alındığında her zaman doğru olmayabilir. Esas olan tarafların elde edecekleri menfaattir ve bu menfaatler gereğince tahkim anlaşmasına uygulanmasına istedikleri hukuku yine en iyi taraflar seçebilecektir. Bununla beraber tarafların zımnî hukuk seçimleri tereddüte yer verilmeyecek şekilde anlaşılabilir ise bu durumda tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine zımnî seçilen bu hukukun uygulanması söz konusu olabilir.

2. Tarafların Ortak İradesi Metodu-*Fransız Yaklaşımı*

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde bazı ülkeler klasik kanunlar ihtilafî kurallarının dışına çıkarak maddî kural yaklaşımını benimsemektedirler⁷¹¹.

Bu yaklaşımın temel sebebi klasik kanunlar ihtilafî metodunun bazı açılardan yetersiz görülmesidir. Nitekim doktrinde klasik kanunlar ihtilafî kurallarının çeşitli

⁷⁰⁸ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 262, Chuckwumerije, s.35, Born, **International Commercial Arbitration**, s. 510, Petrasol BV v. Stolt Spur Inc, XXII YBCA 1997, s.762; İngiltere Yüksek Mahkemesi 28 Temmuz 1999 tarihli *XL Insurance Ltd v Owens Corning* kararı, **XXVI YBCA**, Yıl: 2001, s.869-885.

⁷⁰⁹ Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 161; Lew/Mistelis/Kröll, s. 127

⁷¹⁰ Akıncı, **Yetkili Hukuk**, s.13.

⁷¹¹ Özel, s. 82; Lew/Mistelis/Kröll, s. 120; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 436.

açılardan eleştirilmektedir. Buna göre, özellikle taraflarca tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun tespit edilmediği durumlarda klasik kanunlar ihtilafı metotlarının uygulanması gerçekçi olmayabilir. Nitekim bu görüşe göre tahkimi usuli açıdan denetleyen yer olarak kabul edilen tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine de uygulanması tahkim anlaşmasının usuli yanını ortaya çıkarırken onun sözleşmesel boyutunu göz ardı etmektedir. Bu nedenle de tahkim anlaşmasının asıl sözleşme ile olan bağı tamamen kesilmektedir. Bununla beraber tahkim yeri hukukunun otomatik olarak tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanmasının tahkim yerinin seçilmediği durumlara uygun olmadığı da kabul edilmektedir⁷¹².

Diğer yandan asıl sözleşmeye uygulanan hukukun tahkim anlaşmasına otomatik olarak uygulanmasının da tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi ve irade serbestisini göz ardı ettiği kabul edilmektedir⁷¹³. Keza bu yaklaşımın tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanmasını öngören New York Sözleşmesi m. V(1)(a) ve Model Kanun m. 36 ile bağdaşması da zordur.

İşte bu nedenle bazı ülkeler klasik kanunlar ihtilafı metodundan uzaklaşarak alternatif bir değerlendirme metodu benimsemiş ve tahkim anlaşmasının geçerliliğini herhangi bir ülke hukukundan bağımsız olarak maddi kurallara göre değerlendirerek ele almışlardır. Bu yaklaşım esas olarak Amerikan ve Fransız hukukunda benimsenmektedir⁷¹⁴.

Birinci bölümde detaylıca incelendiği üzere bu görüşün temelinde yatan düşünceye göre milletlerarası tahkim milletlerarası ticari ilişkiler açısından milli tahkimlerde öngörülen düzenlemelerin yetersizliğinden dolayı doğmuş ve bu nedenle de milli hukuktan bağımsız olarak değerlendirilmelidir⁷¹⁵. Esas olan taraf iradesidir. Taraf iradelerinin sınırlarının tespitinde milli hukuk esas alınmamalı, milletlerarası kamu düzenine uygunluk sınır olarak dikkate alınmalıdır⁷¹⁶. Keza Fransız hukuku ulusuzlaştırılmış tahkime ılımlı yaklaşmaktadır. Fransız hukukunda tahkim

⁷¹² Born, **International Commercial Arbitration**, s. 518.

⁷¹³ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 526.

⁷¹⁴ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 547, Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 436.

⁷¹⁵ *Bkz.* Birinci Bölüm, §3, D.

⁷¹⁶ Taşkın, s. 18-19; Lew/Mistelis/Kröll, s. 123; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 576.

anlaşmasının herhangi bir ülkenin milli hukukundan bağımsız olduğu pek çok mahkeme kararında ifade edilmiştir⁷¹⁷.

20 Aralık 1993 tarihli *Dalico* kararı Fransız mahkemelerinin tahkim anlaşmasının herhangi bir ülkenin milli hukukundan bağımsız olması gerektiği yaklaşıma yönelik temel taşı bir karar olarak kabul edilmektedir. *Cour de cassation* tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğinin herhangi bir milli hukuktan bağımsız olarak sadece tarafların ortak iradesi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁷¹⁸. Söz konusu davada, Libya belediyesi ile Danimarkalı bir yüklenici arasında akdedilen bir baraj inşaatı sözleşmesinin ekinde yer alan ve sözleşmenin bir parçası olan fakat taraflarca imzalanmamış tahkim anlaşmasına istinaden Danimarkalı yüklenicinin Fransa'da açtığı tahkime karşı taraf tahkim anlaşmasının geçersizliği sebebiyle itiraz etmiştir. Hakem heyeti itirazı reddederek yargılamaya devam etmiş fakat Libya belediyesi Fransız mahkemesinde hakem kararının iptali için dava açarak tahkim anlaşmasının Libya hukukuna göre geçerli olmadığını iddia etmiştir. Mahkeme tarafların herhangi bir hukuk seçimi yapmamış olsalar da tahkim konusunda anlaştıklarını belirterek hakem kararının iptali istemini reddetmiştir. İtiraz üzerine Temyiz Mahkemesi'ne giden dosyada mahkeme tahkim anlaşmasının temeldeki sözleşmeden bağımsız olduğuna ve Fransız hukukunun emredici kuralları ve uluslararası kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tarafların ortak iradesine tabi olduğuna ve bu noktada ulusal hukuka dayanılması gerekmediğini açıkça belirtmiştir. Buna göre ilgili kararda tahkimin uluslararası niteliği esas alınmış, tahkim anlaşmasının geçerliliği ulusal bir hukuka dayanmadan, bağımsız olarak ele alınmıştır⁷¹⁹. Bu tahkimin milletlerarası niteliğini öne çıkartan bir karardır. Buna göre Fransız mahkemelerinin tahkimin delokalizasyonunu kabul ettiği anlaşılmakta ise de bunun sınırı milletlerarası kamu düzenidir. Bu yaklaşım pek çok Fransız Mahkeme kararında da benimsenmiş ve

⁷¹⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 229; Lew/Mistelis/Kröll, s. 123; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 576.

⁷¹⁸ Fransa Temyiz Mahkemesinin 20 Aralık 1993 tarihli *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico* Kararı, **Revue de l'arbitrage**, Yıl: 1994, s.116-117; Redfern/Hunter/ Blackaby/ Partasides, s. 164; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 262; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 474, 481; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 436.

⁷¹⁹ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 262; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 230; Lew/Mistelis/Kröll, s. 123; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 164; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 576.

doktrinde de destek görmüştür.⁷²⁰ Fransız mahkemeleri tahkim anlaşmasının geçerliliğine herhangi bir milli hukuku değil uluslararası hukukun temel ilkelerini uygulamışlardır⁷²¹.

Zaman içerisinde, Fransa mahkeme kararlarında kamu düzeni kavramına yönelik liberal bir yaklaşım benimsenmiş ve milli kamu düzeni yaklaşımının milletlerarası tahkimi sınırlamaması gerektiği ifade edilmiştir⁷²². Nitekim 1993 tarihli *Dalico* kararında da Fransa Temyiz Mahkemesi Fransız MK'da yer alan genel kuralı sınırlandırmış ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sınırının yalnızca milletlerarası kamu düzeni ve Fransız hukukunun emredici kuralları olduğuna hükmetmiştir⁷²³. Fransa İstinaf Mahkemesi 2004 tarihli bir kararında tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından yalnızca milletlerarası kamu düzenine atıfta bulunmuş ve herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına atıfta bulunmayarak Fransız hukukunun emredici kurallarına yapılan referansı da silmiştir⁷²⁴. Bu esasen Fransız hukukunun milletlerarası tahkimi milli hukuklardan bağımsız gören yaklaşımı ile de uyumludur. Kısacası, Fransız hukukunda, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin uluslararası hukukun temel prensiplerine göre değerlendirilmesi kabul edilir. Mahkemenin yapacağı bu değerlendirmenin sınırının ise uluslararası kamu düzeni olduğu kabul edilir⁷²⁵.

Sonuç olarak, Fransız hukukunda tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sorgulanması halinde tarafların gerçek ve geçerli iradelerinin incelenmesinin gerektiği kabul edilmiştir. Bu noktada uluslararası kamu düzeni sınır kabul edilerek herhangi bir milli hukuktan bağımsız olarak uluslararası hukukun prensiplerine göre

⁷²⁰ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 262; Lew/Mistelis/Kröll, s. 122; Bu konudaki Fransız mahkeme kararları için bkz. Born, **International Commercial Arbitration**, dn 406.

⁷²¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 319-322; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 549; Lew/Mistelis/Kröll, s. 127; Fransa Temyiz Mahkemesinin 8 Temmuz 2009 tarihli *Société d'études etreprésentations navales et industrielles v. Société Air Sea Broker Ltd* Kararı, 2009, **Rev. Arb.**, s.529-532.; Fransa Temyiz Mahkemesinin 30 Mart 2004 tarihli, *Société Uni-Kod v. Société Ouralkali*, **Rev Arb**, Yıl: 2005, s. 959-960; Fransa Temyiz Mahkemesinin 21 Mayıs 1997 tarihli *Renault v V 2000 (formerly Jaguar France)* kararı, **French International Arbitration Law Reports: 1963-2007**, s. 339-343; Paris İstinaf Mahkemesinin 25 Kasım 1999 tarihli *SA Burkinabe des ciments et matériaux v. Société des ciments d'Abidjan* Kararı, **Rev. Arb.**, Yıl: 2011, s.165-174.

⁷²² Huysal, s. 49; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 340.

⁷²³ Fransa Temyiz Mahkemesinin 20 Aralık 1993 tarihli *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico* Kararı, **Revue de l'arbitrage**, Yıl: 1994, s.116-117.

⁷²⁴ Bkz: Mehmet Polat Kalafatoğlu, **L'arbitrabilité en Matière de Propriété Industrielle**, Fransa, 2018, s. 570 ve dn. 1075; Fransa İstinaf Mahkemesinin 30 Mart 2004 tarihli *Rado c/ société Painvewebber* kararı, **Rev.Arb.**, 2005, s. 115.

⁷²⁵ Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 264.

bir değerlendirme yapılması gerektiği savunulur. Kanaatimizce her ne kadar milletlerarası tahkim milletlerarası ticaretin gelişmesi ile doğmuş olsa da tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinin ulusal hukuklardan tamamen bağımsız a-nasyonel olarak değerlendirilmesi fikri teorik kalmaktadır⁷²⁶. Nitekim tarafların tahkimi seçmesinin nedeni genellikle ulusal yargılamaların garantisinin verdiği yüksek güvenlidir. Ülkeler de gelişen ticaret ve tahkim ile paralel olarak kanunlarını bu gelişmeler ile uyumlu bir şekilde düzenlemişlerdir.

3. Karma Metot

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde Fransa gibi bazı ülkelerin klasik kanunlar ihtilafı kurallarının dışına çıkarak maddi hukuk kuralı yaklaşımını benimsediklerini belirtmiştik⁷²⁷. Bazı ülke hukuklarında ise tahkim anlaşmasını ayakta tutmak için klasik kanunlar ihtilafı metodu ve maddi kural yaklaşımının beraber uygulanması söz konusu olabilir. Bu yaklaşımın temelindeki görüşe göre tahkim anlaşmasının kaderi, bağlantılı olduğu tespit edilen hukukta kendisine bağlanan kadere tabi olmamalıdır. Bu nedenle bu yaklaşımı benimseyen ülke hukuklarında tahkim anlaşmasının geçerli olabilme şansını artırmak için tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere kanunlar ihtilafı metotlarını da dikkate alarak maddi hukuk kuralları kabul edildiği söylenebilir⁷²⁸.

Bu yaklaşım ilk olarak İsviçre hukukunda benimsenmiştir. Buna göre İsviçre MÖHUK m. 178 uyarınca tahkim anlaşması, taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukuka ya da uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka ya da İsviçre hukukundan birine uygun ise geçerlidir⁷²⁹. Görüldüğü gibi İsviçre hukukunda klasik kanunlar ihtilafı metotları benimsenirken, bu metotların yanı sıra İsviçre hukukunun maddi hukuk kurallarının da uygulanması öngörülmüştür⁷³⁰. İlgili düzenleme de öngörülen tahkim anlaşmasının geçerliliğinin

⁷²⁶ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 2055.

⁷²⁷ Özel, s. 82; Lew/Mistelis/Kröll, s. 120; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 237.

⁷²⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 237; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 165; Girsberger/Voser, s. 85.

⁷²⁹ İsviçre MÖHUK m. 178(2) şu şekildedir; “*arbitration agreement is valid if it conforms either to the law chosen by the parties, or to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the main contract, or to Swiss law.*”

(http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf) In favorem validatis prensibi bkz. Özel, s.82; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 263; Girsberger/Voser, s. 85.

⁷³⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 237; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 41; Lew/Mistelis/Kröll, s. 122.

İsviçre hukukuna göre geçerli olması gerekliliği esasen kararın tenfizi aşaması açısından önemlidir zira bu düzenleme uyarınca yabancı bir hakem kararının İsviçre’de etki doğurabilmesi için İsviçre hukukuna göre geçerli olması yeterlidir. Bu da tahkim anlaşması ve hakem kararını mümkün olduğunca ayakta tutmaya yönelik bir düzenleme olarak kabul edilebilir⁷³¹.

Buna göre tahkim anlaşmasının geçerli olması için bu üç hukuktan birine göre geçerli olması yeterlidir⁷³². Buna *in favorem validatis* prensibi de denilmektedir⁷³³. İsviçre MÖHUK’ta sayılan hukuklardan birine göre geçerli ise diğerine göre geçersiz olsa bile artık tahkim anlaşması geçerli sayılacaktır⁷³⁴. Bu üç alternatifin birbirinden herhangi bir üstünlüğü bulunmamaktadır⁷³⁵. Böyle bir yaklaşım tahkim anlaşmasının hukuki niteliğinin tespitindeki farklılıklara bağlanan farklı sonuçları ve kanunlar ihtilafı kurallarının farklı uygulamalarını ortadan kaldıracaktır⁷³⁶. Aynı yaklaşım İspanyol hukukunda da benimsenmiştir (İspanyol Tahkim Kanunu m. 9(6)).

Yukarıda belirtildiği gibi İsviçre Federal Mahkemesi’nin tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulanmasını kabul ettiği kararları da mevcuttur⁷³⁷. Fakat doktrinde de tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka veya uyuşmazlık konusuna uygulanacak hukuka (özellikle asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk) ya da İsviçre Hukukuna uygun olması şartıyla geçerli olduğu görüşü yaygın olarak kabul edilmektedir⁷³⁸. Böylelikle tahkim yanlısı bir bakış açısıyla tahkim anlaşmasının geçerliliği değerlendirilecek olup tahkim anlaşmasının mümkün olduğunca geçerli olması sağlanmış olacaktır. Bu sayede tarafların aralarında çıkacak uyuşmazlıkları tahkimde çözmeye yönelik iradelerine mümkün olduğunca saygı duyulmuş olacaktır.

⁷³¹ Girsberger/Voser, s. 85; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 542-543.

⁷³² Özel, s. 82; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 263.

⁷³³ Girsberger/Voser, s. 85; Özel, s. 82; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 263; Abdulla, s. 19; Lew/Mistelis/Kröll, s. 122; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 236-237; Kalpsüz, **Seminer** s. 25-26; Kalpsüz, **Tahkim**, s. 36-37

⁷³⁴ Özel, s. 82; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 263; Berger, **Applicable Law**, s. 314-315; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 36-37.

⁷³⁵ Girsberger/Voser, s. 85.

⁷³⁶ Lew/Mistelis/Kröll, s. 122; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 236-237; Yeşilova, **Mahkemelerin Yardımı**, s. 263

⁷³⁷ İsviçre Federal Mahkemesinin 21 Mart 1995 tarihli kararı, **XXII YBCA**, Yıl: 1997, s. 800-806.

⁷³⁸ Abdulla, s. 28-29; Andreas Bucher Pierre-Yves Tschanz, **International Arbitration in Switzerland**, s. 46.

İsviçre Hukuku ile benzer olarak Türk hukukunda da özellikle karar öncesi süreçte mahkeme önünde ve iptal mahkemesi önünde tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışılması halinde mahkemenin uygulanacak hukuk açısından Model Kanunu'ndan farklı bir düzenleme getirilmiştir⁷³⁹. Nitekim MTK m.4(3) uyarınca, *“Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.”*⁷⁴⁰. Söz konusu düzenleme bazı yönleriyle İsviçre hukukundan farklıdır. Zira İsviçre hukukunda tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak üç alternatif hukuk bulunmakta fakat bu hukuklar arasında herhangi bir öncelik sırası yapılmadan tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenmektedir. Türk hukukunda ise öncelik taraflarca açıkça seçilen hukuktur. Özel'e göre madde metninde kanun koyucu zımnî hukuk seçimine izin vermemiş açık bir hukuk seçimini aramıştır⁷⁴¹. Bu yaklaşım milletlerarası tahkim açısından toprak prensibinin yani tahkim yeri hukukunun tahkim üzerindeki etkisinin azaltılmasına yöneliktir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin Türk hukukuna göre değerlendirilebilmesi için ancak taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması gerekmektedir. Dolayısıyla taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda tahkim anlaşmasına doğrudan Türk hukuku uygulanacaktır. Türk hukukunda tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hangi aşamada tartışıldığına bağlı olarak (karar öncesi süreçte, iptal davası aşamasında, tanıma/tenfiz davası aşamasında) mahkemelerin yapacağı inceleme farklı değerlendirilmektedir.

Türk hukukunda tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin MTK ve MÖHUK ile Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma olan New York Sözleşmesi'nde hükümler bulunmaktadır⁷⁴². Bu düzenlemelerden uygulama alanlarının tespiti önem arz eder.

MTK, m. 1(2) uyarınca yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olduğu tahkimler veyahut tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu uyuşmazlıklarda taraflarca veya hakemlerce MTK'nın uygulanmasının kararlaştırılması halinde

⁷³⁹ Akıncı, **Tahkim**, s. 113.

⁷⁴⁰ Akıncı, **Tahkim**, s. 113.

⁷⁴¹ Özel, s. 80.

⁷⁴² Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 23.

tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hükümleri belirlemektedir⁷⁴³. Özetle, tahkim yeri Türkiye ise ve yabancılık unsuru içeriyor ise veyahatut MTK'nın uygulanması kararlaştırılmış ise MTK m. 1(2)'de yer alan emredici düzenleme nedeniyle MTK uygulama alanı bulacaktır⁷⁴⁴.

New York Sözleşmesi ise Türkiye dışında Sözleşme'ye taraf ülkelerden birinde verilen kararların Türkiye'de tanıma ve tenfizine uygulanacaktır⁷⁴⁵. Nitekim MÖHUK m. 1(1)⁷⁴⁶ uyarınca yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacak hukukun MÖHUK hükümlerine göre belirleneceği ifade edildikten sonra, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar saklı tutulmuştur⁷⁴⁷. Anayasa m. 90 uyarınca da usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir ve kanun hükmüyle anlaşmalar arasında çatışan hükümler bulunması durumunda milletlerarası antlaşmalarda yer alan hükümler özel hüküm kabul edilmesi sebebiyle esas alınacaktır. Kısacası Türk mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta öncelikle uygulanabilecek bir milletlerarası antlaşma olup olmadığına bakmalı böyle bir antlaşma yok ise bu durumda doğrudan uygulanan kural olup olmadığına bakmalı ve böyle de bir kural yok ise içinde yabancılık unsuru olan uyuşmazlıklara kural olarak kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamalıdır. Çeşitli ihtimaller açısından MTK, MÖHUK ve New York Sözleşmesi'nin uygulama alanlarını da belirterek durumu değerlendirmekte fayda görüyoruz.

Öncelikle MTK kapsamındaki tahkim anlaşmalarından başlamak gerekir ise, yukarıda belirtildiği gibi MTK madde 1(2) uyarınca bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında

⁷⁴³ Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 23; Özel, s. 81.

⁷⁴⁴ Akıncı, **Tahkim**, 51-52; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**. 2029.

⁷⁴⁵ New York Sözleşmesi madde I uyarınca, "tanıma ve tenfiz ülkesinden başka bir ülkede verilmiş hakem kararları"nın tanınması ve tenfizine uygulanacaktır. Buna göre, Sözleşmeye taraf olsun veya olmasın, herhangi bir yabancı ülkede verilmiş hakem kararları Sözleşmenin uygulama alanına dahildir. Ancak Sözleşmenin 1/3.maddesinde, devletlerin onay sırasında Sözleşmenin kapsamını sadece taraf devletlerde verilen hakem kararları ile sınırlayabilmeleri kabul edilmiştir. Türkiye de bu çekince ile Sözleşmeyi onaylamıştır. Bu sebeple, New York Sözleşmesi Türkiye'de sadece Sözleşmeye taraf olan devletlerde verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizine uygulanacaktır. Bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 628-629.

⁷⁴⁶ MÖHUK m. 1(1) şu şekildedir:

"(1) Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.

(2) Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır."

⁷⁴⁷ Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 15.

uygulanır⁷⁴⁸. MTK'nın uygulama alanına giren tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin hangi hukuka göre karara bağlanacağını tespit etmek gerekir. MTK uygulama alanı değerlendirildiğinde MTK m. 4/3 uyarınca yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK'nın hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar bakımından mahkemelerin ve hakemlerin taraflarca seçilmiş hukuk yok ise Türk Hukuku'na göre değerlendirme yapması gerekmektedir⁷⁴⁹. Bu düzenleme uyarınca Türk mahkemelerinin Türk hukukuna göre yapacağı değerlendirmede kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayacaktır zira az evvel belirtildiği gibi maddenin lafzında Türk kanunlar ihtilafı kurallarına herhangi bir atıf yapılmadan, Türk hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir⁷⁵⁰. Buna göre örneğin Türk hukukunda, tahkim anlaşmasının hata, hile, tehdit, emredici hükümlere, ahlaka ve kamu düzenine aykırılık sebebiyle geçersizliğine, kanun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeleri kesin hükümsüz kabul eden BK m. 27 hükmü uygulanacaktır⁷⁵¹. Bunun yanı sıra BK m. 30-39 hükümlerinin de esas alınması söz konusu olacaktır⁷⁵². Örneğin, tahkim yerinin Türkiye olmadığı fakat MTK'nin uygulanmasının kararlaştırıldığı tahkim anlaşmaları açısından, tahkim yeri hukukuna göre geçerli olan bir tahkim anlaşması Türk hukuku uyarınca geçersiz olabilir ve hatta tahkim anlaşmasının varlığına rağmen Türk mahkemesinde açılan davada tahkim ilk itirazını inceleyen hâkim Türk hukukuna göre geçersiz bulunduğu tahkim anlaşması dolayısıyla MTK madde 5/1 uyarınca yargılamaya devam eder⁷⁵³. Yine aynı şekilde tahkim yeri hukukuna göre geçersiz olan bir tahkim anlaşması Türk Hukuku uyarınca geçerli olabilir ve hâkim tahkim itirazını kabul ederek davayı usulden reddedebilir.

Kısacası, MTK'nın uygulama alanına giren yani tahkim yerinin Türkiye olduğu veyahut tahkim yeri Türkiye olmasa bile tahkimin MTK hükümlerine tabi olarak görülmesinin kararlaştırıldığı hallerde Türk Mahkemesi önüne gelen bir

⁷⁴⁸ MTK madde 1(2): “(...)Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.(...)”

⁷⁴⁹ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 38; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2027; Özel, s. 79.

⁷⁵⁰ Akıncı, **Tahkim**, s. 113-114; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 38; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2027-2028.

⁷⁵¹ Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 53; Yarg. 20. HD, T. 28.3.2002, 2002/1995 E., 2002/2791 K (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁵² Kocasakal, **Tahkim Şartı**, s. 54.

⁷⁵³ Özel, s. 81

uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanmak üzere açık bir hukuk seçimi varsa seçilen hukuka göre, yok ise Türk hukukuna göre geçerlilik hakkında karar verecektir (MTK m. 4/3). Fakat bunun dışında kalan hallerde tahkim anlaşmasının hukuki geçerliliğine uygulanacak hukuk kanunda düzenlenmemiştir. Bu durum kendisini özellikle tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği ve tahkim prosedürü için MTK'nın seçilmediği bir tahkim klotunun varlığına rağmen taraflardan birinin Türk mahkemelerinde dava açması halinde, tahkim anlaşmasının varlığına süresi içinde yapılan itiraz halinde mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespit etmesi zorunluluğu doğduğunda gösterecektir. Böyle bir durumda Türk Mahkemesi'nde dava açılması halinde mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğine hangi hukuku uygulayacağı konusunda kanunda boşluk olduğu kabul edilir⁷⁵⁴.

Örneğin, tahkim yerinin Türkiye dışında ve New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülke olduğu bir tahkim anlaşmasına rağmen, Türkiye'de mahkemeye başvurulması ve davalının tahkim itirazında bulunması durumuna, tahkim anlaşmasının geçerliliğinde kural olarak MTK m. 5 devreye girecek ve Türk hâkiminin inceleme yetkisi doğacaktır. Nitekim MTK m 1/3 uyarınca “Bu Kanunun 5 ve 6'ncı madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır” denilmek suretiyle tahkim yeri Türkiye dışında bir yer olarak belirlenmesine rağmen tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta Türk mahkemesinde dava açılmışsa ve karşı taraf, tahkim itirazında bulunmuş ise Türk mahkemeleri yetkili olacaktır. Bununla beraber Türk mahkemesinin yapacağı incelemeye MTK m. 4'ün mü yoksa New York Sözleşmesi'nin mi uygulanacağı tartışmalıdır. Fakat böyle bir durumda Sarıöz Büyükalp ve Kocasakal MTK uygulama alanına girmeyen bir uyuşmazlıkta Türk mahkemeleri önünde yapılacak incelemede uluslararası standartlarda bir inceleme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle, bu görüşe göre New York Sözleşmesi m. II(3) uyarınca inceleme yapılması gerektiği savunulmaktadır⁷⁵⁵. New York Sözleşmesi temel olarak hakem kararının tenfizine ilişkin olsa da ilgili maddenin lafzından tahkim kararı öncesi süreçte mahkeme önünde ileri sürülen tahkim itirazına yönelik incelemeleri düzenlediği

⁷⁵⁴ Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2028; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 658.

⁷⁵⁵ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 24; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**. 2025.

anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra New York Sözleşmesi m. VII uyarınca, tanıma/tenfiz talebi edildiği ülke mevzuatında hakem kararlarının tanıma/tenfizine veyahut tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin New York Sözleşmesi'ne nazaran daha elverişli hükümler bulunuyor ise bu hükümler uygulanabilir⁷⁵⁶. Bununla beraber karşı görüş olarak Özel ise tahkim yerinin Türkiye olmadığı ve MTK'nın uygulanmasının kararlaştırılmadığı tahkim anlaşmalarına yönelik itirazların Türk mahkemeleri önünde ileri sürülmesi durumunda, Türk mahkemelerinin MTK m 4.(3) uyarınca inceleme yapması gerektiğini savunmaktadır⁷⁵⁷. Özel'e göre bunun temelinde MTK m. 1(1) uyarınca da belirtildiği üzere, kanunun amacının milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları belirtmesi yer almaktadır. Şanlı'ya göre de bu durumda MTK madde 4(3)'de düzenlenen kural kıyasen uygulanmalıdır zira Türk hukukunda tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik uygulanacak tek düzenleme MTK'da yer almaktadır⁷⁵⁸. Bunun kabul edilmesi halinde tahkim anlaşmasının varlığına rağmen Türk mahkemesinde dava açan taraf tahkim anlaşmasının geçerliliğinin Türk hukukuna göre değerlendirileceğini göz önünde bulundurmalıdır.

Kanaatimizce, MTK'nın uygulama alanına girmeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği tahkimler açısından tahkim itirazı MTK m. 5 uyarınca Türk mahkemeleri tarafından incelenebilecektir fakat Türk mahkemelerinin bu inceleme sırasında esas alacağı hususlar bakımından kanunda yer alan boşluk nedeniyle New York Sözleşmesi hükümleri esas alınmalıdır. Aksi halde uyumsuzlukla ileride hiçbir ilgisi olmayan, iptal mahkemesi dahi olmayan bir hukuka göre tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenecektir. Bununla beraber New York Sözleşmesi uyarınca tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk madde II'de değil tanıma/tenfiz reddi sebepleri arasında m. V(1)(a)'da düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle New York Sözleşmesi'nin tahkim kararı öncesi süreçte mahkemenin yapacağı incelemeyi yaparken uygulayacağı hukuk konusunda sessiz kaldığı kabul edilir. Doktrinde bu noktada m. V(1)(a)'da yer alan kuralın kıyas yolu ile New York Sözleşmesi m.II(3)'e uygulanacağı ifade edilmektedir⁷⁵⁹. Böylelikle Türk hâkimi tarafların seçtiği hukuka ve tahkim yeri hukukuna bakacaktır. Tahkim yeri Türkiye

⁷⁵⁶ Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 23.

⁷⁵⁷ Özel, s. 81.

⁷⁵⁸ Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 657-659.

⁷⁵⁹ Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**. 2028-2029; van den Berg Albert Jan, **The New York Convention of 1958: An Overview**, ICCA Website, 2003, s. 11.

ise ve yabancılık unsuru içeriyor ise MTK m. 1(2)'de yer alan emredici düzenleme nedeniyle zaten yine MTK uygulama alanı bulacağından New York Sözleşmesi m. II(3) uygulanmayacaktır⁷⁶⁰.

Fakat taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere herhangi bir hukuk seçimi yapılmamış ve herhangi bir tahkim yerinin de seçilmemiş olması durumunda Türk hâkimi ne yapacaktır? Böyle bir durumda Türk hâkimi kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamalıdır. Eğer bir uyuşmazlık MTK ve New York Sözleşmesi kapsamında değil ise kanaatimizce Türk hâkimi kendi kanunlarını uygulamak durumundadır. Bu durumda Türk hâkimi, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine MÖHUK m. 24 uyarınca sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayabilir⁷⁶¹. Nitekim kanaatimizce MÖHUK'da tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanabilecek en yakın madde MÖHUK m. 24 hükmüdür. Buna göre *“Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir...(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki 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 halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tabi olur.”* Her ne kadar tahkim anlaşması bakımından karakteristik edim borçlusunu söz konusu olmayacaksa da tahkim anlaşması da iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan MÖHUK m. 24 Türk kapsamında değerlendirilerek Türk hâkiminin karakteristik edim borçlusuna yönelik düzenlemeyi dikkate almadan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, tahkim yeri, tarafların, sözleşmenin imza edildiği yer veyahut ifa edileceği yer gibi faktörleri göz önüne alarak uyuşmazlıkla en sıkı bağlantılı hukuku bularak uygulaması gerekmektedir⁷⁶².

⁷⁶⁰ Akıncı, **Tahkim**, 51-52; Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**. 2029.

⁷⁶¹ Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**. 2030-2031.

⁷⁶² Ibid.

Türk mahkemelerinin iptal mahkemesi olması durumunda ise, MTK madde 4(3)'te yer alan düzenleme ile paralel olarak MTK m. 15(1)(a) uyarınca da iptal mahkemesinin yapacağı inceleme açısından tahkim anlaşmasının geçerliliğine, tarafların tahkim anlaşmasını tâbi kıldıkları hukuk veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukuku uygulanacaktır. Yine MTK m. 4(3) ile aynı şekilde MTK m. 15(1)(a)'da yer alan düzenlemenin kendisinin bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğunu ve o düzenleme uyarınca taraflarca bir hukuk seçimi yoksa Türk hukuku uygulanır demesinin Türk maddi hukukunun uygulanması anlamına geldiğini kabul etmek gerekir zira maddede Türk kanunlar ihtilafı kurallarına herhangi bir atıf yapılmadan, Türk hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Doktrinde de bu görüş savunulmaktadır⁷⁶³.

Görüldüğü gibi, Türk hukukunda tahkim kararı verilmeden evvel mahkeme önünde ve iptal mahkemesi önünde tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışılması halinde, MTK'nın uygulama alanına giren bir uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasının geçerliliğine taraflarca bir hukuk seçimi yoksa doğrudan Türk hukukunun uygulanması gerekmektedir. Buna göre tahkim yerinin Türkiye olduğu veyahut tahkim yeri Türkiye olmasa bile tahkimin MTK hükümlerine tabi olarak görülmesinin kararlaştırıldığı hallerde Türk Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanmak üzere açık bir hukuk seçimi varsa seçilen hukuka göre yok ise Türk hukukuna göre geçerlilik hakkında karar verecektir. Fakat bunun dışında kalan hallerde tahkim anlaşmasının hukuki geçerliliğine uygulanacak hukuk MTK'da düzenlenmemiştir.

Türk mahkemelerinin tenfiz mahkemesi olması halinde ise, mahkeme önünde tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışılması durumunda mahkeme MÖHUK ve New York Sözleşmesini dikkate alacaktır. MÖHUK m. 1/1 uyarınca; *“yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.* MÖHUK m. 1/2 uyarınca ise; *“Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.”* denilmektedir. Bu nedenle Türk tenfiz hâkimi öncelikle New York Sözleşmesinin uygulama alanı bulacağı bir

⁷⁶³ Akıncı, **Tahkim**, s. 113-114; Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 54; Bilgin Tiryakioğlu, **“Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali”**, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, İstanbul: yetkin Yayınları, 2016, s. 306.

uyuşmazlık söz konusu olup olmadığına bakacaktır⁷⁶⁴. Uyuşmazlık New York Sözleşmesi kapsamında ise m. V(1)(a) uyarınca mahkeme tahkim anlaşmasının geçerliliğine taraflarca seçilen hukuka böyle bir hukuk seçimi yok ise hakem kararının verildiği yer hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirecektir⁷⁶⁵. New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulmadığı uyuşmazlıklar açısından ise sonuç değişmeyecektir. Nitekim MÖHUK madde 62 ve 63 uyarınca New York Sözleşmesi m. V/1(a) uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak bağlama noktaları aynen kabul edilmiştir. Tenfiz mahkemesi, MÖHUK madde 62(1)(e) uyarınca tahkim anlaşması veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder. Bu hususta ispat yükü, hakkında tenfiz istenen tarafa aittir. Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığına ilişkin tenfiz koşulu resen dikkate alınan koşullardan değildir⁷⁶⁶. Buna göre New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulmadığı bir tahkim davasında MÖHUK kuralları devreye girecek fakat bağlama noktaları aynı olduğundan herhangi bir farklılık olmayacaktır⁷⁶⁷.

Bununla beraber Türkiye ile benzer şekilde Alman hukukunda da klasik kanunlar ihtilafı kurallarının dışına çıkılarak mahkemesinin kendi hukukuna göre değerlendirme yapılması gerektiği düzenlenmektedir. Alman Usul Kanunu m. 1059(2)(1) uyarınca bir hakem kararının taraflarca seçilmiş hukuka göre veyahut taraflarca yapılmış bir hukuk seçimi yok ise Alman hukukuna göre geçersiz bir tahkim anlaşmasına dayanması durumunda, söz konusu karar iptal edilebilecektir⁷⁶⁸.

⁷⁶⁴ Akıncı, **Tahkim**, s. 339; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 302-303.

⁷⁶⁵ Sarıöz Büyükalp, **Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**, s. 2028.

⁷⁶⁶ Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 691.

⁷⁶⁷ Özel, s. 86 Akıncı, **Tahkim**, s. 362.

⁷⁶⁸ Alman Usul Kanunu, m. 1059 (1) şu şekildedir:

“An arbitral award may be set aside only if:

1. the applicant shows sufficient cause that:

a) a party to the arbitration agreement referred to in sections 1029 and 1031 was under some incapacity pursuant to the law applicable to him; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under German law(...)”

SONUÇ

Sonuç olarak, görüldüğü üzere tahkim anlaşmasının geçerliliği denildiğinde anlaşılması gereken tahkim anlaşmasının şekli bakımından geçerliliği, ehliyet bakımından geçerliliği ve tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğidir.

Tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği ve ehliyete yönelik milletlerarası düzenlemelerde yer verilen açık hükümler ile uyumlu olarak pek çok ülke hukukunda bu hususlara yönelik açık hükümlere yer verilmesi bu konulardaki tartışmaları azaltmıştır. Bununla beraber, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuka yönelik doktrinde ve uygulamada halen yeknesak bir kuralın olmaması bu çalışmanın konusunun milletlerarası tahkimde tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk olarak belirlenmesine sebep olmuştur.

Tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği tarafların bağlayıcı bir tahkim anlaşması yapıp yapmadığını, tahkim anlaşmasının kişi ve konu bakımından kapsamını, devrini, sona ermesini kısacası şekil, ehliyet ve temsil dışında kalan bütün konuları belirlemektedir. Tahkime ilişkin düzenlemelerde tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine yönelik hükümler şekli geçerlilik ve ehliyet meselelerinden ayrı tutulmuştur. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk da bunlara uygulanacak hukuktan ayrıdır. Fakat tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda ne doktrinde ne de uygulamada yeknesak bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Bununla beraber her ne kadar hala pek çok kararda tahkim anlaşmasına uygulanacağı kabul ediliyor olsa da asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmayacağına yönelik de güçlü bir duruş bulunmaktadır. Bunun temelinde milletlerarası tahkimin temel ilkesi haline gelmiş olan bağımsızlık prensibi yer almaktadır.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinde, tahkim anlaşmasının varlığına/geçerliliğine ilişkin itirazın hakem önünde mi mahkeme önünde mi yapıldığı önem arz etmektedir. Zira tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği ile ilgili sorunlar hakem heyeti önünde ileri sürülebileceği gibi mahkeme önünde de ileri sürülebilir. Bununla beraber, mahkemeler açısından tahkim

anlaşmasının esastan geçerliliği üç aşamada incelenebilir. Buna göre mahkeme önünde birinci aşama; karar öncesi süreçte taraflardan birinin uyuşmazlığa yönelik mahkeme önünde dava açtığı sırada diğer tarafın geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına yönelik itirazda bulunması halinde söz konusu olabilir. İkinci aşama; tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğünün iptal davası aşamasında iptal mahkemesi önünde ileri sürülmesi, üçüncü aşama ise; tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğünün tanıma ve tenfiz mahkemesi önünde ileri sürülmesidir.

İster hakem önünde ister mahkeme önünde ileri sürülmüş olsun, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde temel olan tarafların iradelerinin esas alınmasıdır⁷⁶⁹. Hakemler de mahkemeler de bu seçime saygı duyacaktır. Zira tahkimin temeli, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkimde çözme yönündeki irade uyuşmasıdır. Buna göre, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmiş olması durumunda, taraflarca seçilen hukuk uygulanacaktır⁷⁷⁰. Taraflarca bir hukuk seçiminin var olmadığı durumda ki bu uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur ve hatta genellikle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca önceden seçilmiş olmadığını söyleyebiliriz, işte bu durumda tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda yeknesak bir kural veyahut görüş bulunmamaktadır. Bununla beraber böyle bir durumda bu çalışmada da görüldüğü üzere, tahkim yeri hukukunun veyahut asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun genellikle tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini en yakından ilgilendiren bağlama noktaları olduğu kabul edilir. Fakat yukarıda değinildiği gibi tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine yönelik iddiaların hakem önünde veya mahkeme önünde ve çeşitli aşamalarda tartışılmasına bağlı olarak sonuç değişiklik arz edebilmektedir.

Tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine yönelik bir mesele söz konusu olduğunda, mahkemeler genellikle kendi hukuklarındaki kanunlar ihtilafi kurallarına göre geçerliliği incelerken, hakemler bakımından bir *lex fori* söz konusu olmadığı için hakemlerin genellikle uygun gördükleri hukuku uygulama eğiliminde oldukları görülmektedir. Bununla beraber ileride icra edilebilir karar verme yükümlülüğü kapsamında hakemlerin tahkimin tabi olduğu hukuk ile bağlı oldukları

⁷⁶⁹ Özel, s. 80; Özel, **Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**, s. 317; Özel, s. 83; van Den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 291; Akıncı, **Yetkili Hukuk**, s. 11-12.

⁷⁷⁰ Lew, s. 128; Chuckwumerije, s. 35.

kabul edilir. Aksi halde kararın New York Sözleşmesi m. V(1)(d) uyarınca tenfiz reddedilebileceği gibi, hakem kararının ileride iptali de söz konusu olabilecektir⁷⁷¹.

Hakemlerin uygulamada tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuku tespit ederken iki temel metodu esas aldığı görülür. Bunlardan birincisi asıl sözleşmeye uygulanan hukukun, ikinci ise tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına da uygulanmasıdır. Hakemlerin bu analizi yaparken kimi zaman zımni iradeden, kimi zaman ise tahkim anlaşmasını ayakta tutacak hukuktan yola çıkarak uygulanacak hukuku tespit ettikleri görülür. Asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak tespit edilmesinin bağımsızlık prensibine aykırılık teşkil edeceğine ve bu nedenle açıkça tahkim anlaşmasına da asıl sözleşmeye uygulanan hukukun uygulanacağına yönelik sözleşmede bir hüküm olmadıkça asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmayacağına yönelik yaygın bir görüş bulunmaktadır. Dolayısıyla yapılan incelemeler, karşılaştırmalı hukukta taraf iradesinden sonra, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinde ikinci aşamada tahkim yeri hukukunun esas alındığını göstermiştir. Nitekim günümüzde pek çok ülkenin taraf olduğu New York Sözleşmesi madde V(1)(a) uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliğinin “kararın verildiği yer hukuku”na göre değerlendirilmesine yönelik açık düzenlemeye yer verilmiş olması, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerindeki etkisine vurgu yapmaktadır. Zira New York Sözleşmesinde yer alan düzenlemenin gerekçesinde açıkça ifade edildiği üzere, tarafların daha avantajlı gördükleri için tahkim yerini seçmiş olmasının tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından da avantajlı olduğu kabul edilmektedir.

Bunun yanı sıra, yukarıda belirtildiği gibi kural olarak hakemler tahkim anlaşmasının geçerliliğine istedikleri metodu, uygun gördükleri hukuku seçip uygulayabilirler. Fakat hakemlerin vereceği bu kararın denetime tabi olduğu kabul edilir. Nitekim iptal davası veya tenfiz davası aşamasında hakemlerin vereceği bu karar mahkemenin incelemesine tabi olabilir. Bu nedenle hakemlerin icra edilebilir karar verme yükümlülüğü kapsamında iptal hâkiminin hukukunu dikkate alması uygun olacaktır. Tahkim yeri mahkemesi iptal davası açısından da yetkili olduğundan hakemlerin iptal davasına bakacak mahkemenin kurallarına göre

⁷⁷¹ Akıncı, **Tahkim**, s. 167.

geçerliliği belirlemesi ileride icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğü ile en çok bağdaşandır.

Hakemlerin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukukunu esas almalarının temelinde başkaca sebepler de bulunmaktadır. Kimi hakem kararında yukarıda ifade edildiği gibi tarafların tahkim yerini dikkatli bir şekilde, kendileri açısından avantajlarını dezavantajlarını değerlendirerek seçtiği belirtilerek tahkim yeri hukukunun zımni olarak taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere de seçilmiş olduğuna hükmedilmiş ve bu sebeple tahkim anlaşmasının geçerliliği tahkim yeri hukukuna tabi kılınmıştır. Fakat kanaatimizce yapılacak bu hukuk seçimi açık olmalıdır. Nitekim zımni iradeleri belirlemek zor olabilir. Taraflar sözleşmenin belli kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını isteyebilirler böyle bir durumda bu hukuk seçiminin kanaatimizce taraflarca açıkça yapılmış olmasının aranması esas olmalıdır.

Bazı hakem kararlarında icra edilebilir karar verme çerçevesinde muhtemel tenfiz yeri hukukunun da dikkate aldığı görülmektedir. Fakat hem tenfiz yerinin her zaman belli olmaması hem de hakemlerin muhtemel tenfiz yerini önceden tespit etmesinin kararın sonucuna yönelik bir ibare olarak anlaşılabilmesi sebebiyle bu metot hakemlerce nadiren tercih edilmektedir.

Mahkeme önünde tahkim anlaşmasının esas bakımından geçersizliğinin iddia edilmesi halinde ise uygulanacak hukuk kadar önemli başka bir tartışma mevcuttur. O da mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçersizliğine karar verme yetkisinin olup olmadığı, var ise bu yetkinin sınırıdır. Zira kural olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verme yetkisi hakemlerindir. Fakat hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik yapacağı incelemenin mahkeme denetimine tabi olduğu da kabul edilir. Bu nedenle pek çok ülke hukukunda, milletlerarası anlaşmalarda ve Model Kanun'da mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini belli kurallar çerçevesinde inceleme yetkisi olduğu kabul edilir.

Özellikle karar öncesi süreçte, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkemede dava açılması halinde mahkemelerin geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit etmesi gerektiği ve böylelikle geçersiz bir tahkim anlaşmasına

dayanarak yapılacak masraflı ve uzun bir tahkim yargılamasının önüne geçilmiş olacağı kabul edilmektedir. Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelerken veyahut iptal/tenfiz davası aşamasında geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit ederken hangi hukuku uygulayacağı konusunda genellikle ülke hukuklarında açık düzenlemeler mevcut değildir. Bu nedenle özellikle karar öncesi ve karar sonrası dönemde ileri sürülmesine bağlı olarak tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenirken mahkemelerce uygulanacak hukuk farklılık gösterebilecektir. Nitekim hakem kararı verildikten sonra, harcanan zaman ve yapılan masraflar göz önüne alınarak mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirirken tahkim anlaşmasını ve böylelikle hakem kararını mümkün olduğunca ayakta tutma eğiliminde olması söz konusu olabilir.

Mahkemeler *lex fori* ile bağlı olduğu için hâkimin kural olarak *lex fori*'nin kurallarına yani kendi hukukuna başvurması gerektiği kabul edilir. Bu nedenle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda farklı ülkeler açısından farklı sonuçlar çıkabilecektir. Bu durumun yaratacağı olumsuz koşulların önüne geçilmesi için genellikle ülkelerin, Avrupa Sözleşmesi, New York Sözleşmesi ve Model Kanun'da yer alan kuralları esas aldığı görülür. Buna göre genel olarak mahkemelerin, tahkim anlaşmasına taraflarca seçilmiş hukuku veya böyle bir hukuk seçimi yok ise tahkim yeri hukukunu veya asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku uygulaması kabul edilir. Bunlar klasik kanunlar ihtilafı metodudur. Bunun yanı sıra, bazı ülkelerde ise tahkim anlaşmasının geçerliliği bu kurallardan bağımsız olarak tespit edilmektedir.

Mahkeme kararları incelendiğinde genellikle mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini kendi hukuklarına göre değerlendirme eğiliminde olduğunda bahsedilebilir. Özellikle İngiliz hukukunda mahkemelerin uygulanacak hukuku tespit ederken kullandığı metotlar açısından yeknesak bir değerlendirmenin benimsenmediğini ve fakat metotların farklı olmasına rağmen genellikle varılan sonuç olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine İngiliz hukukunun uygulandığını görmekteyiz.

Alman ve Türk hukukunda ise taraflarca seçilmiş bir hukuk yok ise mahkemelerin geçerliliği kendi hukukuna göre değerlendirmesi gerektiği kanuni düzenlemelerle kabul edilmiştir.

Bununla beraber bazı ülke hukuklarında tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından tahkim anlaşmasının mümkün olduğunca ayakta tutacak ve tahkim anlaşmasının geçerli olabilme şansını artıracak hukukun uygulanması kabul edilmektedir. Örneğin Fransız hukukunda tahkim anlaşmasının geçerliliği herhangi bir milli hukuka değil uluslararası kamu düzeni saklı kalmak koşuluyla tamamen tarafların iradesi doğrultusunda belirlenir. Fransız hukukundaki bu yaklaşımın temelinde tahkim anlaşmasının milli hukuklardan bağımsız değerlendirilmesi gereği yer almaktadır. Tahkim anlaşmasına ülke hukuklarının müdahalesi mümkün olduğunca az olmalıdır. Fransız hukukunda tahkimin milletlerarası niteliğinin milli hukuklardan bağımsız değerlendirilmesi gerekliliğini doğurduğu kabul edilir. Fransız doktrininde, bağlama kurallarının olumsuz sonuç doğurması ihtimaline karşılık bağlama kuralları yerine uluslararası ticaretin ihtiyaçları neticesinde kabul edilmiş maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiği savunulmaktadır.

Fransa mahkemeleri gibi İsviçre mahkemelerinin de tahkim anlaşmasını ayakta tutacak bir yaklaşım benimsedikleri görülmektedir. Fransız hukukundan farklı olarak, kanunlar ihtilafı kurallarının farklı uygulamalarını ortadan kaldırmayı hedefleyen İsviçre alternatifli bir sistem benimsemiştir. Buna göre, tahkim anlaşmasının kaderi, bağlantılı olduğu tespit edilen hukukta kendisine bağlanan kadere tabi olmamalıdır. Bu İsviçre hukukundaki tahkim yanlısı yaklaşım ile paralellik arz etmektedir.

Bu çalışma karşılaştırmalı hukukta ve milletlerarası düzenlemelerde hala tahkim yerinin yadsınamaz derecede önemli olduğunu göstermektedir. Nitekim tahkim yeri tahkim anlaşmasının icra edileceği ve iptal davası yolu ile denetleneceği yer olarak kabul edilir bu sebeple de tahkim anlaşması ile en yakın bağlantılı hukuk olduğu kabul edilir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin iptal davası aşamasında incelenmesi durumunda geçerlilik iptal davasına bakan mahkemenin hukuku uyarınca çözümlenecektir. Günümüzde pek çok ülkenin milli hukuklarında esas aldığı Model Kanun m. 34(2)(a)(i) uyarınca da taraflarca tahkim anlaşmasına

uygulanmak üzere seçilen herhangi bir hukuk bulunmuyor ise tahkim anlaşmasının geçerliliği kararın iptalinin istendiği mahkemenin kanunlarına göre belirlenecektir. Bununla beraber, günümüzde pek çok ülkenin taraf olduğu New York Sözleşmesi de tahkim yerinin önemine vurgu yapmaktadır. New York Sözleşmesi m. V(1) (a) uyarınca tenfiz hâkimi hakem kararının verildiği yer hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verecektir.

İptal ve tenfiz hâkimi açısından milli kanunlarında yer alan hükümler veyahut milletlerarası anlaşmalarda veyahut Model Kanun'da yer alan düzenlemeler tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda yardımcı olabilmektedir. Fakat tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin karar öncesi süreçte mahkeme önünde tartışılması halinde mahkemenin hangi hukuku uygulayarak geçerliliğe karar vereceğine yönelik bazı ülkelerin kanunlarında hüküm bulunmamaktadır. Bu ülkelerde, tenfiz ve iptal mahkemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulayacağı hukuka yönelik bağlama noktalarının karar öncesi süreçte mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulayacağı hukuku tespit etmek için de uygulanması kabul edilir. Aksi takdirde aynı ülke mahkemesinden karar öncesi ve karar sonrası süreçte tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenirken farklı sonuçlar çıkması söz konusu olabilir. Bu konuda İsveç Tahkim Kanunu m. 48 bir istinadır. İsveç Tahkim Kanunu, İsveç hukukunda hakem kararı öncesi veya sonrası farklılığı olmadan tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuka yönelik yeknesak bir düzenleme getirmiştir. İsveç ile benzer şekilde, pek çok ülke hukukunda karar öncesi ve karar sonrası süreçte tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitine yönelik kurallarda iyileştirmeler yapılması yoluna gidilmelidir. Dolayısıyla ülkeler iç hukuklarında bu durumun neden olabileceği olumsuzlukları gidermeye çalışmalıdır.

KAYNAKÇA**Kitap ve Makaleler**

Abdulla Zina, **“The Arbitration Agreement”**, KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/ STUCKI, Blaise (editors), International Arbitration in Switzerland, Hollanda: Kluwer Law International, A Handbook for Practitioners, 2004, 15-32.

Akıncı Ziya, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye işletmesi Yayınları No:28, 1992 (**“Uygulanacak Hukuk”**).

Akıncı Ziya, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye işletmesi Yayınları No:44, Ankara 1994 (**“Tenfiz”**).

Akıncı Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016 (**“Tahkim”**).

Akıncı Ziya, **Tahkimde Yetki İtirazı**, Milletlerarası Tahkim Semineri, 27 Aralık 2014, s. 51-62 (**“Tahkimde Yetki İtirazı”**).

Akıncı Ziya, **“Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi”**, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 1, İstanbul, 2003, s. 965 vd.

Alangoya Yavuz, **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1973.

Bachand Frederic, **Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?**, Arbitration International, Volume 22, Issue 3, 2006.

Belohlávek Alexander J. , **“Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an**

Outdated Myth", ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International (2013) Volume 31, Issue 2, s. 262-292.

Berber Leyla Keser, **Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)**, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2001.

Berger Klaus Peter, **Germany Adopts the UNCITRAL Model Law, International arbitration law review (London)**, Nisan 1998.

Berger Klaus Peter, **"Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Conseensus or Confusion?"**, ICCA Congress Series No. 13, 2006, s. 301-334 (**"Applicable Law"**).

Born Gary, **International Commercial Arbitration**, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2014 (**"International Commercial Arbitration"**).

Born Gary, **International Arbitration: Law and Practice**, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2015 (**"Arbitration"**).

Bolayır Nur, **Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.

Budak Ali Cem, **"Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim Hükümleri"**, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 2012, Sayı 1.

Bühler Michael W./Webster Thomas H., **Handbook of ICC Arbitration**, Londra: Sweet&Maxwell, 2005.

Büyükalp İpek Sariöz, **"Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hâkiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları"** (**"Tahkim İtirazı"**).

Büyükalp İpek Sariöz, “**Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkasız Olması” Kavramları**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, Basım Yılı: 2015, s. 2015-2061 (“**Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü**”).

Chuckwumerije Okezie, **International Commercial Arbitration**, ABD: Greenwood Press, 1994.

Çelikel Aysel/Erdem Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.

Dayıdarlı Kemal, **HUMK’ta Düzenlenen İç Tahkim**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1997 (“**İç Tahkim**”).

Dayıdarlı Kemal, **Milletlerarası Tahkim Rehberi**, Dayıdarlı Yayıncılık, 2014 (“**Tahkim Rehberi**”).

Derains Yves, **The ICC Arbitral Process, Choice of Law Applicable to the Contract and International Arbitration**, ICC International Court of Arbitration Bulletin (1995, no 1).

Derains Yves, Schwartz Eric, **A Guide to the New ICC Rules of Arbitration**, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1998.

Derains Yves, “**The ICC arbitral process, Part VIII: Choice of law applicable to the contract and international Arbitration**”, 6 ICC International Court of Arbitration Bulletin 10, 2006.

Deren-Yıldırım N., **UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, İstanbul: Alkım Yayınevi, 2004.

Ekşi Nuray, **“İptal Edilmiş Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizi”**, Milletlerarası Tahkim Semineri, 3 Nisan 2009, Ankara, Türkiye Milli Komitesi.

Ekşi Nuray, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim**, İstanbul: Beta Yayınları, 2013 (**“HMK’da Tahkim”**).

Ekşi Nuray, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında ‘Incorporation’ Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul, 2004 (**“Deniz Ticareti”**).

Erkan Mustafa, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2013 (**“Yetki Sorunları”**).

Erkan Mustafa, **“Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, Cilt 17, Sayı: 1-2, s. 535-562 (**“Tahkim Şartının Ayrılabilirliği”**).

Esen Emre, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul: Beta Yayınları, 2008 (**“Üçüncü Kişilere Teşmil”**).

Emre Esen, **“Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”**, Galatasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Atâ SAKMAR’a Armağan (**“Kompetenz-Kompetenz”**).

Emre Esen, **“Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 tarihli Yargıtay HGK Kararı”**, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl: 23/Sayı: 1-2/2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan (**“Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı”**).

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**”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2010, Yıl:9, Cilt:9, Sayı:2, s.145-155.

Erdoğan Feyiz, **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

Fry Jason/Greenberg Simon/Mazza Francesca, **The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration, International Chamber of Commerce**, France 2012.

Gaillard Emmanuel, “**The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin, ICSID Review - Foreign Investment Journal**”, Volume 14, Issue 1, 1 Mart 1999, s 16–45.

Gaillard Emmanuel, “**Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitral Awards**”, New York Law Journal, 1 Aralık 2015, s. 7-9.

Gaillard Emmanuel/ Banifatemi Yas, “**Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators**”, in Emmanuel Gaillard, Domenico di Pietro (eds) **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice**, 2008, s. 257-273.

Gaillard Emmanuel/Savage John, **Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 1999 (“**Fouchard/Gaillard/Goldman**”).

Girsberger Daniel/Voser Nathalie, **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives**, Üçüncü Baskı, Zürih-Basel-Genf: Nomos- Schulthess, 2016.

Gonzales de Cossio Francisco, “**The Competence-Competence Principle, Revisited**”, Journal of International Arbitration, 24(3), 2007, s. 231 vd..

Gökyayla Demir Cemile, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, 2001, Seçkin Yayınevi, s. 278.

Hanotiau Bernard, **What Law Governs the Issue of Arbitrability**, Singapore Academy of Law Journal, 2014, s. 874-885 (“**What Law Governs the Issue of Arbitrability**”).

Hanotiau Bernard, **The Law Applicable to Arbitrability, Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards**, 40 years of application of the New York Convention, edited by Albert Jan van den Berg, ICCA Congress Series No 9, Hollanda: Kluwer Law International, 1999 (“**The Law Applicable to Arbitrability**”).

Hatemi Hüseyin/Gökyayla Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

Horacio A. Grigera Naon, **Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration**, Boston, 2001.

Huysal Burak, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2010.

Huysal Burak, **Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Oniki Levha, 2015.

Işık Fatih, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015.

İlhan Hüseyin Afşın, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Janicijevic Dejan, “**Delocalisation in International Commercial Arbitration**”, Law and Politics, Vol. 3, No. 1 (2005), s. 63-71.

Karrer Pierre/Straub Peter, Country Reports, “**Switzerland**” in Practitioner’s Handbook on International Arbitration, edited by Frank-Bernd, Weigand, 2002, s. 1047 vd.

Kalafatoğlu Mehmet Polat, **L’arbitrabilit  en Mati re de Propri t  Industrielle**, Fransa, 2018.

Kalpsüz Turgut, **İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996 (“**Tahkimin Genel Esasları**”).

Kalpsüz Turgut, **Tahkim Anlaşması**, Bilgi Toplumunda Hukuk,  nal Tekinalp’e Armağan, C. 2, İstanbul, 2003 (“**Tahkim Anlaşması**”).

Kalpsüz Turgut, “**İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim**”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum Bildiriler Tartışmalar, 11 Nisan 1997 (“**Sempozyum**”).

Kalpsüz Turgut, “**Milletlerarası Tahkim Kanununda ICC Tahkim Kuralları ile IPL’den Esinlenen Hükümler**”, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003 (“**Seminer**”).

Kalpsüz Turgut, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Ankara, 2007 (“**Tahkim**”).

Kaplan Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.

Karadaş İzzet, **6100 Sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal (İ ) Tahkim**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Kocasakal Hatice  zdemir, “**Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri**”, XI. Milletlerarası Tahkim Semineri, Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, 14 Nisan 2014, s. 37-84 (“**Tahkim Şartı**”).

Kocasakal Hatice Özdemir, “**Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk**”, Milletlerarası Tahkim Semineri, 27 Aralık 2014, s. 19-44 (“**Uygulanacak Hukuk**”).

Kocasakal Hatice Özdemir, “**Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi**”, Prof Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 343 vd.;

Kocasakal Hatice Özdemir, “**Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Tenfiz Edilebilirliği**”, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler, ed. Süheylâ Balkar Bozkurt, On İki Levha, 2018.

Kuru Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt II, İstanbul: Demir, 2001.

Kuru Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt VI, İstanbul: Demir, 2001.

Kuru Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 2016 (“**İstinaf**”).

Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.

Lew Julian D. M., “**The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause in Albert Jan van den Berg, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards**”, ICCA Congress Series Volume 9 Issue Kluwer Law International, 1999, s. 114-145.

Lew Julian M./ Mistelis Loukas A./Kröll Stefan Michael, **Comperative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International: The Hague, London, New York, 2003.

Monichino Albert QC, **Arbitration: What standard of review (prima facie, full or something in between)?**, 2017

Mourre Alexis, **Arbitration Guide IBA Arbitration Committee from FRANCE**, Vol 14 No 1, Mart 2012.

Nacimiento Patricia, **Recognition and enforcement of annulled arbitral awards – the Yukos Capital decision**, Kluwer Arbitration Blog, October 14 2009.

Nomer Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017 (“**Devletler Hususi**”).

Nomer Ergin, “**Yargıtay Kararlarında Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu**”, Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 721 vd. (“**Yargıtay Kararları**”).

Nomer Ergin/Ekşi Nuray/Gelgel Günseli Öztekin, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Cilt 1 4. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.

Oğuzman Kemal/ Barlas Nami, **Medeni Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.

Oğuzman Kemal /Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.

Özbay İbrahim, **Hakem Kararlarının Temyizi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

Özbay İbrahim, “**1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler**”, Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal TEKİNALP’E Armağan, C.II, İstanbul 2003, s.1062.

Özel Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.

Özel, Sibel, “**Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2017, C. 23, S. 1 (“**Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**”).

Özkaya Eraslan, **Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997.

Paulsson J., “**Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment**”, 9 (1) ICC International Court of Arbitration Bulletin 14 (1998).

Pekcanitez Hakan, **Medeni Usul Hukuku**, Cilt III, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/Özekes Muhammed, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, 2011.

Platkowska Katarzyna, **The concept of “denationalization” (or the equivalent “delocalization”) in the context of the US Federal Court decision in Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arab Republic of Egypt 939 F. Supp. 907 (DDC 1996) and the Amsterdam Court of Appeal Decision in Yukos Capital SARL v. OAO Rosneft [2009].**

Postacıoğlu İlhan E., **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.

Poudret Jean François/Beson Sebastian, **Comperative Law of International Arbitration**, Setphen V. Berti ve Annette Ponti tarafından tercüme edilmiştir, 2. Baskı, Londra: Sweet&Maxwell, 2007.

Redfern Alan/Hunter Martin/Blackaby Nigel/Partasides Constantine, “**Redfern and Hunter on International Arbitration**”, 6. Bası, New York: Oxford University Press, 2015.

Roth Wolf-Henning, **From UNICTRAL Model Law on International Commercial Arbitration in Practitioner’s Handbook on International Arbitration edited by Frank/Bernd Weigand**, 2002.

Sakmar Ata, **Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul, 1982, s. 28.

Semler Franz-Jörg, **“German Arbitration Law – The 1998 Reform and Recent Case Law, Journal of International Arbitration”**, Vol:18, No:5, 2001, s.581.

Sigvard Jarvin/ Derains Yves, **Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985**, Cilt I, Hollanda: Kluwer Law International, 1990 (**“Collection I”**).

Sigvard Jarvin/Derains Yves/Arnaldez Jean Jacques, **Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990**, Cilt II, Hollanda: Kluwer Law International, 1994 (**“Collection II”**).

Schwartz Eric A., **“Global Reflection on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of the Courts at the Place of the Arbitration? Reflection on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of a Recent ICC Award”**, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner (ICC Publishing 2005).

Smit, Robert H., **“Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come from Nothing?”**, American Review of International Arbitration, 2002, Vol.13.

Şanlı Cemal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986 (**“Esasa Uygulanacak Hukuk”**).

Şanlı Cemal, **Türkiye’de Tahkim ve ADR**, Türkiye Barolar Birliği Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, 2013, Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, Ankara, 9-10 Ocak 2009.

Şanlı Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul: Beta, 2011 (**“Ticari Akitler”**).

Şanlı Cemal, “**21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku**”, Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 1990, s. 3-12.

Şanlı Cemal, Esen Emre, Ataman-Figenmeşe İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018 (“**Milletlerarası Özel Hukuk**”).

Tandoğan Haluk, **Borçlar Hukuku**, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul: Evrim Basım-Yayın-Dağıtım, 1989.

Tarman Zeynep Derya, “**İptal Edilmiş Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010, Sayı:90.

Taşkın T. Âlim, **Hakem Sözleşmesi**, Ankara: Turhan, 2005.

Tekinay Selahattin Sami/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1993.

Tekinalp Ünal, **Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler**, IX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 4-5 Nisan 1965.

Tekinalp Gülören/Uyanık Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Bağlama Kuralları, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.

Tiryakioğlu Bilgin, “**Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali**”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2016, s. 301-317.

Uluocak Nihal, **Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temliki ile İntikali– Fransız İçtihadı**, MHB, Aysel ÇELİKEL’E Armağan, Yıl 1999–2000.

Üstündağ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II**, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2000.

van den Berg Albert Jan, **The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation**, Hollanda: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981 (“**Towards a Uniform Judicial Interpretation**”).

van den Berg Albert Jan, **The New York Convention of 1958: Consolidated Commentary**, 1989 (“**Consolidated Commentary**”).

van den Berg Albert Jan, “**Enforcement of Annuled Awards?**”, 9 (2) The ICC International Court of Arbitration Bulletin 15 (1998) (“**Enforcement**”).

van den Berg Albert Jan, **The New York Convention of 1958: An Overview**, ICCA Website, 2003 (“**An Overview**”).

van den Berg Albert Jan, “**Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards**”, **Preliminary Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards**, 2008.

Vincenzi Senem Bahçekapılı, “**Verildiği Ülkede İptal Edilmiş Hakem Kararlarının New York Konvansiyonu Uyarınca Tenfizi**”, MHB, 2016, Cilt: 36, Sayı: 1, s. 73-126,

Yeğengil Rasih, **Tahkim (L’arbitrage)**, İstanbul 1974.

Yeşilirmak Ali, **Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Yeşilova Bilgehan, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008 (“**Mahkemelerin Yardımı**”).

Yeşilova Bilgehan, “**Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler**”, TBB Dergisi, Sayı 76, 2008 (“**Tahkimin Hukuki Niteliği**”).

Zevkliler Aydın / Gökyayla Emre, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Kararlar

Türk Mahkeme Kararları

Yarg. 13. HD, 25.4.1991 T., 1990/8778 E., 1991/4492 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 13. HD., 22.04.1993 T., 1993/2051 E., 1993/3488 K. (Yayınlanmamıştır).

Yarg. 15. HD., 30.03.1995 T., 1995/1588 E., 1995/1903 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

Yarg. 19. HD, 15.11.1995 T., 1995/9108 E., 1995/9685 K. (Yayınlanmamıştır).

YHGK, 11.10.2000 T., 2009/19-1122 E., 2000/1256 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 20. HD, T. 28.3.2002, 2002/1995 E., 2002/2791 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

Yarg. 19. HD., 24.10.2002 T., 2002/7495E., 2002/6932 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 19. HD, 01.5.2003 T., 2003/3763 E., 2003/4764 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 11. HD., 12.04.2005 T., 2005/6686 E., 2005/3600 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 19. HD, 21.5.2007 T., 2007/380 E., 2007/5114 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 9. HD., 22.1.2007 T., 2006/25759 E., 2007/109 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 15 HD, 18.06.2007 T., 2007/2680 E., 2007/4132 K. (Kazancı İçtihat ve Bankası).

Yarg. 15. HD., 27.06.2007 T., E. 2007/2145, K., 2007/4389 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 9 HD., 10.12.2007 T., 2007/20796 E., 2007/37365 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 17. HD, 01.03.2010 T.,2009/8778 E., 2010/1726 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

YHGK, 03.11.2010 T., 2010/19-559 E., 2010/546 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

YHGK, T. 22.2.2012, 2011/11-742 E., 2012/82 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 19. HD., 29.05.2012 T., 2012/4065 E., 2012/9080 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 15. HD, 17.05.2013T., 2013/136 E., 2013/3211 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 13. HD., 26.12.2013 T., 2014/12695 E., 2014/36882 K. (www.emsal.yargitay.gov.tr).

Yarg. 15. HD, 01.07.2014 T., 2014/3330 E., 2014/4607 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 15. HD., 22.05.2015 T., 2015/2198 E., 2015/2758 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. İBGK, 10.02.2012 T., 2010/1 E., 2012/1 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

Yarg. İBGK, 13.04.2018 T., 2016/2 E., 2018/4 K (18.09.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır).

Yabancı Mahkeme Kararları

Fransa Temyiz Mahkemesinin 7 Mayıs 1963 tarihli *Raymond Gosset v. Carapelli* kararı, French International Arbitration Law Reports: 1963-2007, s. 1-7.

Fransa Temyiz Mahkemesinin 2 Mayıs 1966 tarihli *Trésor Public v. Galakis* kararı, French International Arbitration Law Reports: 1963-2007, s. 11-17.

Fransa Temyiz Mahkemesinin 4 Temmuz 1972 tarihli *Hecht v. Buisman's* kararı, French International Arbitration Law Reports: 1963-2007, s. 39-45.

Fransa Temyiz Mahkemesinin 25 Ekim 2005 tarihli *Société Omenex v. Hugon* kararı, 2006Revue de l'arbitrage 103, s. 105.

Fransa İstinaf Mahkemesinin 30 Kasım 1988 tarihli *Société Clark International Finance v. Société Sud Matériel Serv.*, Kararı, 1988 Revue de l'arbitrage, s. 570-572.

Fransa Temyiz Mahkemesinin 20 Aralık 1993 tarihli *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb v Dalico Contractors* kararı, 1994 Revue de l'arbitrage, s.108 vd.

Fransa Temyiz Mahkemesinin 9 Ekim 1984 tarihli *Pabalk Ticaret v. Norsolor Kararı*, Clunet, 1986, s. 680 vd.

Fransa Temyiz Mahkemesinin 21 Mayıs 1997 tarihli *Renault v V 2000 (formerly Jaguar France)* kararı, French International Arbitration Law Reports: 1963-2007, s. 339-343.

Fransa İstinaf Mahkemesinin 21 Şubat 1980 tarihli *General National Maritime Transp. Co. V. Societe Götavarken Arendal* kararı, 1980 Revue de l'arbitrage, s. 524, reprinted in 20 I.L.M., s. 883.

Fransa Temyiz Mahkemesinin 6 Ocak 1987 tarihli *Southern Pacific Properties Ltd v République Arabe d'Égypte* kararı, French International Arbitration Law Reports: 1963-2007

Fransa Temyiz Mahkemesinin 6 Ocak 1987 tarihli *Plateau des Pyramides* kararı, 1987 Revue de l'Arbitrage s. 469-470.

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 30 Kasım 2011 tarihli *Societe Deloitte Conseil v. Serant* Kararı, 2012 Revue de l'arbitrage , s. 333-336.

Fransa Temyiz Mahkemesinin 8 Temmuz 2009 tarihli *Société d'études etreprésentations navales et industrielles v. Société Air Sea Broker Ltd* Kararı, 2009 Revue de l'arbitrage, s.529-532.

Fransa Temyiz Mahkemesinin 30 Mart 2004 tarihli, *Société Uni-Kod v. Société Ouralkali*, 2005 Revue de l'arbitrage, s. 959-960.

Fransa Temyiz Mahkemesi'nin 7 Ekim 2015 tarihli No 14-16.898 kararı (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031294528>).

Paris İstinaf Mahkemesinin 25 Kasım 1999 tarihli *SA Burkinabe des ciments et matériaux v. Société des ciments d'Abidjan* Kararı, 2001 Revue de l'arbitrage, s. 165-174.

Paris İstinaf Mahkemesinin 14 Mart 2014 tarihli *Sté Gulf Leaders for Management and Services Holding Company("Gulf Leaders") v. SA Crédit Foncier de France ("CFF")* kararı, 2014 Revue de l'Arbitrage s. 955-959.

Paris İstinaf Mahkemesinin 20 Haziran 1980 tarihli *M. Claude Clair v. M. Louis Berardi* kararı, VII Yearbook Commercial Arbitration (1982), s. 319-321.

ABD Federal Yüksek Mahkemesi 12 Haziran 1967 tarihli *Prima Paint Corporation v. Flood & Conklin Mfg. Co.* kararı, 388 U.S. 395 (1967), U.S. Reports.

ABD Güney New York Bölgesi Mahkemesinin 13 Temmuz 1978 tarihli *Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus Corp.* kararı, 455 F. Supp. 211.

ABD Columbia Eyaleti Mahkemesinin 31 Temmuz 1996 tarihli *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt* kararı, XXIV Yearbook Commercial Arbitration (1999), s. 265-268.

ABD İstinaf Mahkemesinin 2. Dairesi 12 Ağustos 1999 tarihli *Baker Marine Limited v. Chevron Limited and Chevron Corp. Inc.* Kararı, XXIV Yearbook Commercial Arbitration (1999), s. 909-914.

ABD Güney New York Bölgesi Yerel Mahkemesinin 2 Kasım 2007 tarihli *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC* kararı, 07 Civ. 6929 (GEL).

ABD Doğu New York Bölgesi Yerel Mahkemesinin 29 Mart 1991 tarihli *Meadows Indemnity Co Ltd v Baccala & Shoop Insurance Services Inc* kararı, XVII Yearbook Commercial Arbitration (1992), s.686-695.

ABD Yüksek Mahkemesinin 22 Ocak 1986 tarihli *AT&T Technologies Inc. V. Communications Workers of America*, 475 U.S. (1986).

ABD Güney New York Bölgesi Yerel Mahkemesinin 2 Kasım 2007 tarihli *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC*, Kararı, 07 Civ. 6929 (GEL).

ABD Yüksek Mahkemesinin 22 Mayıs 1995 tarihli *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan* Kararı, 514 U.S. 938, 942 (U.S. S.Ct. 1995).

ABD Güney New York Bölgesi Yerel Mahkemesinin 29 Kasım 1999 tarihli *Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica S.p.A* kararı, XXV, Yearbook Commercial Arbitration (2000), s.1042-1056.

ABD Eyalet Mahkemesinin 23 Ağustos 2013 tarihli *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción* kararı, No. 10 Civ. 206 (AKH), 2013.

Lordlar Kamarasının 17 Ekim 2007 tarihli *Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others (Respondents) v. Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others (Appellants)* kararı, [2007] UKHL 40.

Lordlar Kamarasının 24 Temmuz 1991 tarihli *Richard Henry Moffit Outhwaite v. Robert Ralph Scrymegeour Hiscox* kararı, , XVII Yearbook Commercial Arbitration (1992) , s. 599-169.

Lordlar Kamarasının 24 Ocak 2007 tarihli *Fiona Trust&Holding Corp. V. Privalov* kararı (https://www.trans-lex.org/312142/_/fiona-trust-holding-corp-v-privalov-%5B2007%5D-ukhl-40/)

Lordlar Kamarasının 17 Şubat 1993 tarihli *Channel Tunnel Gorup Ltd v. Balfour Beatty construction Ltd and Others* Kararı (<https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=149754>)

Lordlar Kamarasının 24 Temmuz 1991 tarihli *Richard Henry Moffit Outhwaite v. Robert Ralph Scrymegeour Hiscox* kararı, XVII Yearbook Commercial Arbitration (1992), s. 599-606.

İngiltere Yüksek Mahkemesi 1988 tarihli *Naviera Amazonia Peruaana SA v. Compania Internnacional de Seguros del Peru* Kararı, 1 Lloyd's Rep. (Lloyd's Law Report), s. 116.

İngiltere Yüksek Mahkemesi 1983 tarihli *Bank Mellat v Helleniki Techniki SA* Kararı, 3 All ER (All England Law Reports), s. 428, 432

İngiltere Yüksek Mahkemesi 3 Kasım 2010 tarihli *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs Government of Pakistan*, UKSC 2009/0165. (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-ocuments/italaw7711_0.pdf)

İngiltere Yüksek Mahkemesi 28 Temmuz 1999 tarihli *XL Insurance Ltd v Owens Corning* kararı, XXVI Yearbook Commercial Arbitration (2001), s.869-885.

İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin 24 Ağustos 2011 tarihli *Deutsche Bank AG v Tongkah Harbour Public Company Limited and Deutsche Bank AG v Tungkum Limited* kararı (<https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=272568>).

İngiltere Yüksek Mahkemesinin 20 Aralık 2012 tarihli *Arsanovia Ltd and others v Cruz City 1 Mauritius Holdings* kararı, [2012] EWHC 3702.

İngiltere Yüksek Mahkemesinin 4 Şubat 2004 tarihli *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd* kararı, 1 Lloyd's Rep. 603 (QB) (<https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=152380>).

İngiltere Yüksek Mahkemesinin 26 Mayıs 2004 tarihli *Tonicstar Ltd v. Am. Home Assur. Co.* kararı, [2004] EWHC 1234 (Comm) (English High Ct.) (<https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=153009>).

İngiltere İstinaf Mahkemesinin 16 Mayıs 2012 tarihli *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia SA* kararı, XXXVII Yearbook Commercial Arbitration (2012) s.464-467.

İngiltere Yüksek Mahkemesinin 26 Ocak 2012 tarihli *Abuja Int'l Hotels Ltd v. Meridien SAS* kararı (<https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=284064>).

İngiltere Yüksek Mahkemesinin 24 Mart 2006 tarihli *Halpern v. Halpern* Kararı EWHC (Comm) (English High Ct.) (<https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=153772>).

İngiltere Yüksek Mahkemesinin 4 Kasım 2005 tarihli *Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania* Kararı (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7449.pdf>).

Bermuda Yüksek Mahkemesinin 7 Temmuz 1989 tarihli *Sojuzeftexpoert v. Joc Oil Ltd* kararı, XV Yearbook Commercial Arbitration (1990), s.384-435.

İsviçre Federal Mahkemesi 16 Ocak 1995 tarihli *Compagnie de Navigation et Transps. SA v. Mediterranean Shipping Co.* kararı, XXI Yearbook Commercial Arbitration (1996), s. 690-698.

İsviçre Federal Mahkemesinin 29 Nisan 1996 tarihli Kararı, *Fondation M. V. Banque X.*, ATF 122 III 139, 1996(3) ASA Bull.

6 Ağustos 2012 tarihli, DFT 4A_119/2012 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi Kararı (http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/6%20ao%C3%BBt%202012%204A%20119%202012_0.pdf).

İsviçre Federal Mahkemesinin 25 Ekim 2010 tarihli DFT 4A_279/2010 numaralı X. Holding AG, X. Management SA, A., B. v. Y. Investments N.V. kararı (<http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/25%20octobre%202010%204A%20279%202010.pdf>).

İsviçre Federal Mahkemesinin 21 Mart 1995 tarihli *Insurance Company v. Reinsurance Company* kararı, XXII Yearbook Commercial Arbitration (1997), s. 800-806.

İsviçre Federal Mahkemesinin 21 Mart 1995 tarihli *Switzerland No. 29, Insurance Company v. Reinsurance Company* kararı, XXII Yearbook Commercial Arbitration (1997), s.800-806.

5A_409/2014 numaralı ve 15 Eylül 2014 tarihli İsviçre Yüksek Mahkemesi kararı (http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=3691&opac_view=2).

Bermuda Yüksek Mahkemesi 1994 tarihli *Skandia Int'l Ins. Co. v. Al Amana Ins. & Reins. Co.* kararı, XXIV Yearbook Commercial Arbitration (1999), s. 615-628.

Bermuda Yüksek Mahkemesi 1994 tarihli *Skandia Int'l Ins. Co. v. Al Amana Ins. & Reins. Co.* kararı, 4 Re LR, s. 63.

20 Ekim 200 tarihli *Dubai Islamic Bank PJSC v Paymentech Merchant Services Inc* kararı, All England Reports(Commercial Cases), Yıl: 2001, s. 514.

Rotterdam İlk Derece Mahkemesinin 28 Eylül 1995 tarihli *Petrasol BV v. Stolt Spur Inc* kararı, XXII Yearbook Commercial Arbitration (1997), s.762-765.

Avusturya Yüksek Mahkemesinin 20 Ekim 1993 tarihli *Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH v. DO Zdravilisce Radenska* Kararı, XXIV, Yearbook Commercial Arbitration (1999), s. 919-927.

Avusturya Yüksek Mahkemesinin 23 Ekim 2007 tarihli *K v. F AG*, Oberster Gerichtshof kararı, XXXIII Yearbook Commercial Arbitration (2008), s. 354-359.

Avustralya Federal Mahkemesinin 27 Ekim 2017 tarihli *Hancock Prospecting Pty Ltd v Rinehart [2017] FCAFC 170* kararı (<http://mcmullansolicitors.com/wp-content/uploads/2017/11/Hancock-Prospecting-Pty-Ltd-v-Rinehart-2017-FCAFC-170-27-October-2017-1.pdf>)

İspanya Yüksek Mahkemesinin 10 Şubat 1984 tarihli *English Company X v. Spanish Company* Kararı, X Yearbook Commercial Arbitration (1985), s. 493-495.

Bulgaristan Sanayi ve Ticaret Odası (BCCI) Karar No. 52/65, YBCA 1976, s.123.

5 Eylül 1977 tarihli *Nofota (Dutch private Company (seller) v Iranian private Company (buyer))*kararı, IV Yearbook Commercial Arbitration (1979).

Brüksel Yüksek Mahkeme 4 Ekim1985 tarihli *Company M v M SA* kararı, XIV Yearbook Commercial Arbitration (1989), s. 618-620.

Hindistan Yüksek Mahkemesi 12 Ağustos 2005 tarihli *Shin-Etsu Chem. Co. v. Aksh Optifibre Ltd* kararı, XXXI Yearbook Commercial Arbitration (2006) 747-785.

British Columbia Yüksek Mahkemesi 1992 tarihli *Gulf Canada Res. Ltd v. Arochem Int'l Ltd*, kararı , (1992) 66 BCLR2d 113, 114 (B.C. Ct. App.).

Avustralya Federal Mahkemesi 15 Ağustos 2005 tarihli *Walter Rau Neusser Oel und Fett AG v. Cross Pac. Trading Ltd* kararı, XXXI 2006 Yearbook Commercial Arbitration (2006), s.559-582.

Singapur Yüksek Mahkemesi 10 Eylül 2003 tarihli *PT Tugu Pratama Indonesia v. Magma Nusantara Ltd* kararı (http://www.uncitral.org/docs/clout/SGP/SGP_100903_FT.pdf#).

Singapur Yüksek Mahkemesi'nin 2016 tarihli *Dyna-Jet Pte Ltd v Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd* kararı ([https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/delivered-grounds-of-decision---wilson-taylor-asia-pacific-v-dyna-jet-2017-sgca-32-\(260417\)-pdf.pdf](https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/delivered-grounds-of-decision---wilson-taylor-asia-pacific-v-dyna-jet-2017-sgca-32-(260417)-pdf.pdf)).

Onario İstinaf Mahkemesinin 4 Ekim 2011 tarihli *United Mexican States v. Cargill, Inc* kararı (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0136.pdf>).

Mısır Yüksek Mahkemesinin 27 Mart 1996 tarihli *Egyptian Company for Concrete & Hashem Ali Maher v. STC Finance & Ismail Ibrahim Mahmoud Thabet & Sabishi Trading and Contracting Company*, Kararı, 2660/59 (http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=386).

Napoli Yüksek Mahkemesinin 15 Aralık 1982 tarihli, *Rocco Giuseppe e Figli s.n.c. v. Federal Commerce and Navigation Ltd*. Kararı, VIII Yearbook Commercial Arbitration (1983) s. 380-381.

Napoli Yüksek Mahkemesi (Salerno Bölümünün)13 Şubat 1978 tarihli *G. A. Pap-KG Holzgrosshandlung v. Ditta Giovanni G. Pecoraro* Kararı, VI Yearbook Commercial Arbitration (1981), s. 228-229

İtalya Temyiz Mahkemesinin 15 Nisan 1980 tarihli *Official Receiver in the bankruptcy of Lanificio Walter Banci S.a.s. v. Bobbie Brooks Inc.* Kararı, VI Yearbook Commercial Arbitration, (1981), s. 233-236.

Nanjing Intermediate People's Mahkemesinin 13 Nisan 2009 tarihli *United States VOEST ALPINE International Trade Company v. Jiangsu Provincial Foreign Trade Corporation* kararı, Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, UNCITRAL Secretariat, Emmanuel Gaillard, George A. Bermann (644. Dip not)

Svea Yüksek Mahkemesinin 7 Eylül 2001 tarihli *Planavergne S.A., Fontanes v. Kalle Bergander i Stockholm AB* kararı, XXVII Yearbook Commercial Arbitration (2002) , s.554-556

İsveç Yüksek Mahkemesinin 27 Ekim 2000 tarihli *Bulgarian Foreign Trade Bank v. A.I Trade Finance Inc* kararı, XXVI Yearbook Commercial Arbitration (2000), s.291-298.

Lahey Yüksek Mahkemesinin 4 Ağustos 1993 tarihli *Owerri Chemical Inc v Dielle Srl* Kararı, XIX Yearbook Commercial Arbitration (1994) s.703-707.

Hamburg İstinaf Mahkemesinin 24 Ocak 2003 tarihli kararı, XXX Yearbook Commercial Arbitration (2005), s. 509-523.

ICC Kararları

1975 tarihli ICC Karar No.2375, Collection of ICC Arbitral Awards I (1974-1985), s.257 vd.

1977 tarihli ICC *German Company v. Italian Company* kararı, ICC Karar No.2626, 105 Journal du Droit International (1978), s. 980 vd.

1982 tarihli ICC *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH (DST) et al. v The Government of the State of R'as Al Khaimah (UAE), The R'as Al Khaimah Oil*

Company (Rakoil) (UAE) kararı, ICC Karar No. 3572, XIV Yearbook Commercial Arbitration (1989), s.111-121.

1982 tarihli ICC *Dow Chemical France, The Dow Chemical Company and others v ISOVER Saint Gobain* ara kararı, ICC Karar No. 4131, IX Yearbook Commercial Arbitration (1984), s.131-138.

1983 tarihli ICC *Establishment of Middle East country X v South Asian construction Company* kararı, ICC Karar No.6379, XVII Yearbook Commercial Arbitration (1987), s.97-110.

1983 tarihli ICC *Yugoslavia Company V. German Company* kararı, ICC Karar No. 4392, 110 Journal du Droit International (1983), s.907 vd.

1983 tarihli ICC *Establishment of Middle East country X v South Asian construction Company* ara kararı, ICC Ara Karar No.4145, XII Yearbook Commercial Arbitration (1987), s.97-110.

1984 tarihli ICC *German Party v. German Party* ara kararı, Ara Karar No.4472, 111 Journal du Droit International (1984), s. 946.

1986 tarihli ICC *Petroleum Producer v. Two Companies* kararı, ICC Karar No.4504, 113 Journal du Droit International (1986), s. 1118.

1986 tarihli ICC Karar No. 4504, Collection of ICC Arbitral Awards II (1986-1990), s.279.

1986 tarihli ICC *Lebanese party v. Two Pakistani companies* kararı, ICC Karar No.5065, 114 Journal du Droit International (1987), s. 1039.

1987 tarihli ICC *Bermudian Company v Spanish Company* kararı, ICC Karar No.5485, XIV Yearbook Commercial Arbitration (1989), s.156-173.

1987 tarihli ICC *buyer from Mozambique v seller from the Netherlands* kararı, ICC Karar No.5505, XIII Yearbook Commercial Arbitration (1988), s.110-121.

1988 tarihli ICC *Société de Lubrifiants Elf Aquitaine v. A.R.Orri* kararı, Karar No.5730, 117 Journal du Droit International (1990), s. 1029-1036.

1988 tarihli ICC *Austrian Company v. Liechtenstein Company* kararı, Karar No. 5832, Collection of ICC Arbitral Awards II (1986-1990), s. 533 vd.

1990 tarihli ICC *New York seller v Californian buyer* kararı, ICC Karar No. 6268, XVIA Yearbook Commercial Arbitration(1991), s.119-126.

1990 tarihli ICC *European Company v. American and Egyptian Parties* kararı, ICC Karar No.5721, Journal du Droit International (1990), s. 1020.

1990 tarihli ICC *seller v buyer* ara kararı, ICC Ara Karar No.6149, XX Yearbook Commercial Arbitration (1995), s.41-57.

1990 tarihli ICC *Principal v Distributor* kararı, ICC Karar No.6379, XVII Yearbook Commercial Arbitration(1992), s. 212-220.

1991 tarihli ICC *Egyptian Seller v. Senegalese Buyer* kararı, ICC Karar No.6840, 119 Journal du Droit International (1992), s.1030-1034.

1992 tarihli ICC *Manufacturer Y SA v Distributor X GmbH* kararı, ICC Karar No.6850, XXIII Yearbook Commercial Arbitration (1998), s.37-41.

1996 tarihli ICC *Exclusive Agent v Manufacturer* kararı, ICC Karar No. 8938, XXIV Yearbook Commercial Arbitration (1999), s.174-181.

1998 tarihli ICC Karar No.8910, Collection of ICC Arbitral Awards IV, s. 569-579.

2000 tarihli ICC *Seller D (Switzerland) v Buyer S (Italy)* kararı, ICC Karar No. 10329, XXIX Yearbook Commercial Arbitration (2004), s.108-132.