T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM SÖZLEŞMESİ

(DOKTORA TEZİ)

Fatih AYDEMİR

KOCAELİ - 2016

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM SÖZLEŞMESİ

(DOKTORA TEZİ)

Fatih AYDEMİR

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK

KOCAELİ – 2016

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM SÖZLEŞMESİ

(DOKTORA TEZİ)

Tezi Hazırlayan: Fatih AYDEMİR

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar Tarihi ve No: 30.11.2016 / 23

Jüri Başkanı: Prof. Dr. Ali Cem BUDAK

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Pelin GÜVEN

Jüri Üyesi: Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Jüri Üyesi: Doç. Dr. İbrahim AŞIK

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Varol KARAASLAN

KOCAELİ - 2016

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... **I**
ÖZET ..... **VI**
ABSTRACT ..... **VII**
KISALTMALAR ..... **IX**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM
TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN KAYNAKLARI, TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE YAPILIŞ TÜRLERİ

1. TAHKİM SÖZLEŞMESİ HAKKINDAKİ KAYNAKLAR **12**
1.1. Genel Olarak Cumhuriyet Öncesi Hukukumuzda Tahkim Hakkındaki Mevzuat 12
1.2. Cumhuriyet Sonrası Hukukumuzda Tahkim Hakkındaki Mevzuat 13
1.2.1. Genel Olarak 13
1.2.2. Mülga 1086 Sayılı HUMK'nun Tahkime İlişkin Hükümleri 18
1.2.3. 6100 Sayılı HMK'nın Tahkime İlişkin Hükümleri 20
1.2.4. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 29
1.2.5. Milletlerarası Tahkime İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler 34
1.2.5.1. 1958 New York Sözleşmesi 36
1.2.5.2. 1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi 39
1.2.5.3. 1965 ICSID (Washington) Sözleşmesi 42
2. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI **46**
3. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ **55**
3.1. Genel Olarak 55
3.2. Tahkim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Hakkındaki Görüşler 57
3.2.1. Maddi Hukuk Sözleşmesi Görüşü 57
3.2.2. Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü 60
3.2.3. Karma Sözleşme Görüşü 67
3.2.4. Bağımsız (Otonom) Görüş 68
3.2.5. Görüşümüz 70

4. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN YAPILIŞ TÜRLERİ 73
4.1. Genel Olarak 73
4.2. Tahkimin Bağımsız Bir Sözleşme Olarak Kararlaştırılması (Müstakil Tahkim Sözleşmesi) 79
4.3. Asıl Sözleşmeye Tahkime İlişkin Hüküm Konulması (Tahkim Şartı) 82
4.4. (Müstakil) Tahkim Sözleşmesi ve Tahkim Şartı Ayrımının Sonuçları 86
4.5. Tahkim Sözleşmesi ile Asıl Sözleşmesinin Amacı, Fonksiyonu ve Hukuki Niteliği 88
4.6. Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı: Ayrılabilirlik İlkesi 93
4.6.1. Genel Olarak 93
4.6.2. Hukukumuzda Ayrılabilirlik İlkesi Hakkındaki Düzenlemeler 99
4.6.3. Sözleşmenin Yokluğu ve Hükümsüzlüğü Hallerinde Ayrılabilirlik İlkesi 102
4.6.3.1. Asıl Sözleşme ve/ veya Tahkim Şartının Hükümsüzlüğü 102
4.6.3.1.1. Asıl Sözleşme ve/ veya Tahkim Şartının İptal Edilebilirliği ... 102
4.6.3.1.2. Asıl Sözleşme ve/ veya Tahkim Şartının Kesin Hükümsüzlüğü (Butlanı) 105
4.6.3.2. Asıl Sözleşme ve/ veya Tahkim Şartının Yokluğu 114
5. TEK TARAFLI VEYA ASİMETRİK TAHKİM SÖZLEŞMELERİ 117
5.1. Genel Olarak 117
5.2. Türk Hukukunda Yer Almış ve Halen Yer Alan Asimetrik Tahkim 119
5.2.1. Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü (2015 Öncesi) Kurtarma- Yardım Sözleşme'nin 6. Maddesine Göre Yapılan Asimetrik Tahkim Sözleşmesi 120
5.2.2. Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesine Göre Yapılan Asimetrik Tahkim Sözleşmesi 126
6. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN YORUMU 130

İKİNCİ BÖLÜM
TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU VE HÜKÜMLERİ

7. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ ŞARTLARI 135
7.1. Genel Olarak 135
7.2. Tahkim Mevzuatı Bakımından Aranan Şartlar 136
7.2.1. Taraflar Arasında (Mevcut) Bir Hukuki İlişkinin Varlığı 136

7.2.2. Taraflar Arasında (Belirli veya Belirlenebilir) Bir Uyuşmazlığın Olması 144
7.2.3. (Karşılıklı) Açık ve Kesin Tahkim İradesinin Varlığı 147
7.2.3.1. Tahkim İradesinin Karşılıklı Olması 148
7.2.3.2. Tahkim İradesinin Açık ve Kesin Olması 151
7.2.4. Yazılı Şekil Şartı 163
7.2.4.1. Genel Olarak 163
7.2.4.2. 1958 New York Sözleşmesi Bakımından 165
7.2.4.3. 1961 Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi Bakımından 167
7.2.4.4. HMK ve MTK Bakımından 169
7.2.4.4.1. Tahkim Sözleşmesinin Taraflarca İmzalanmış Bir Belgede Yer Alması 176
7.2.4.4.2. Tahkim Sözleşmesinin Taraflar Arasında Teati Edilen Mektup, Teleks, Faks Gibi Bir İletişim Aracıyla Gönderilmiş Olması 179
7.2.4.4.3. Tahkim Sözleşmesinin Elektronik Ortama Geçirilmiş Olması 186
7.2.4.4.4. Dava Dilekçesinde Yazılı Bir Tahkim Sözleşmesinin Varlığının İddia Edilmesine Davalının Verdiği Cevap Dilekçesinde İtiraz Edilmemiş Olması 194
7.2.4.4.5. Asıl Sözleşmenin Bir Parçası Haline Getirilmek Amacıyla Tahkim Şartı İçeren Bir Belgeye Yollama Yapılması 196
7.2.4.4.6. Yazılı Tahkim Sözleşmesinin Niteliği 201
7.3. Maddi Hukuk Bakımından Aranan Şartlar 203
8. TAHKİMİN KONU BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI 205
8.1. Tahkime Elverişlilik 205
8.1.1 Genel Olarak 205
8.1.2 Objektif Tahkime Elverişlilik 208
8.1.3. Subjektif Tahkime Elverişlilik 237
9. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI 244
9.1. Genel Olarak 244
9.2. Tahkim Sözleşmesinin Avukat Tarafından Yapılması 250
9.3. Tahkim Sözleşmesinin Adi Vekil Tarafından Yapılması 252
9.4. Tahkim Sözleşmesinin Veli, Vasi veya Kayyım Tarafından Yapılması 255
9.5. Tahkim Sözleşmesinin Ticari Temsilci Tarafından Yapılması 258

9.6. Tahkim Sözleşmesinin Ticari Vekil Tarafından Yapılması 264
9.7. Tahkim Sözleşmesinin Pazarlamacı Tarafından Yapılması 267
9.8. Tahkim Sözleşmesinin Simsar (Tellal) Tarafından Yapılması 268
9.9. Tahkim Sözleşmesinin Acenta Tarafından Yapılması 270
9.10. Tahkim Sözleşmesinin Komisyoncu Tarafından Yapılması 271
9.11. Tahkim Sözleşmesinin Kaptan Tarafından Yapılması 273
9.12. Tahkim Sözleşmesinin Adi Ortaklığı ve İş Ortaklığını Temsile Yetkili Olanlar Tarafından Yapılması 274
9.13. Tahkim Sözleşmesinin TTK Bakımından Şirketi Temsile Yetkili Olanlar Tarafından Yapılması 277
9.13.1. Anonim Şirketi Temsile Yetkili Kimseler Tarafından Yapılması 277
9.13.2. Limitet Şirketi Temsile Yetkili Olanlar Tarafından Yapılması 279
9.13.3. Kollektif Şirketi Temsile Yetkili Kimseler Tarafından Yapılması 281
9.13.4. Komandit Şirketi Temsile Yetkili Kimseler Tarafından Yapılması 283
9.13.5. Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketi Temsile Yetkili Kimseler Tarafından Yapılması 285
10. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI 286
10.1. Tahkim İtirazı 290
10.1.1. Tahkim İlk İtirazının İleri Sürülmesi ve Bu İtirazın Usule İlişkin İncelenmesi 300
10.1.2. Tahkim İlk İtirazında Esasa İlişkin İncelemenin Kapsamı ve Kararın Etkileri 305
10.2. Hakem Kararı ve Kesin Hüküm Etkisi 307

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

11. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ BAKIMINDAN USUL HUKUKU VE ÖZEL HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ 334
12. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN YOKLUĞU 338
13. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİK (HÜKÜMSÜZLÜK) HALLERİ 340
13.1. Tahkim Sözleşmesinin Kesin Hükümsüzlüğü (Mutlak Butlan) 341
13.1.1. Tahkim Sözleşmesini Yapan Taraf(lar)ın Sözleşme Yapabilme Ehliyetine Sahip Bulunmaması (TMK m. 15) 343

13.1.2. Tahkim Sözleşmesinin Hukuka Aykırı Olması (TBK m. 27/I) 344
13.1.3. Tahkim Sözleşmesinin Ahlaka Aykırı Olması (TBK m. 27/I) 349
13.1.4. Tahkim Sözleşmesinin Konusunun Baştan İtibaren ve Objektif Olarak İmkânsız Olması (TBK m. 27/I) 350
13.1.5. Tahkim Sözleşmesinin Kanunun Emrettiği Şekilde Yapılmamış Bulunması (TBK m. 12/II; HMK m. 412/ f. 3; MTK m. 4/ f. 2) 352
13.2. Tahkim Sözleşmesinin İptal Edilebilirliği (Yanılma, Aldatma ve Korkutma Halleri) 353
13.3. Tahkim Sözleşmesinin Eksikliği 356
14. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİNİN (HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN) İLERİ SÜRÜLMESİ 360
14.1. Tahkim Sözleşmesinin Geçersizliğinin Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi 360
14.2. Tahkim Sözleşmesinin Geçersizliğinin Hakem/ Hakem Heyeti Önünde İleri Sürülmesi 363
14.3. Tahkim Sözleşmesinin Geçersizliğinin İptal Davası Aşamasında İleri Sürülmesi 368
14.4. Tahkim Sözleşmesinin Geçersizliğinin Yabancı Hakem Kararının Tenfizi Aşamasında İleri Sürülmesi 376
SONUÇ 383
KAYNAKÇA 413
ÖZGEÇMİŞ 436

ÖZET

Devlete ait yargı yetkisinin, çoğunlukla uluslararası ticari ilişkiler başta olmak üzere özellikle özel hukuka ilişkin bazı uyuşmazlıkların çözümü bakımından, tarafların anlaşmaları ile mahkeme yerine üçüncü kişi veya kişilerce kullanılması söz konusu olabilmektedir. Bu durum, maddi hukukta kabul edilmiş olan irade serbestîsi prensibinin, kanunun açık veya örtülü olarak izin verdiği hallerde, usul hukukunda da geçerli olmasına dayanmaktadır. İşte bu prensibe ilişkin usul hukukunda mevcut bulunan hükümler (HMK m. 412; MTK m. 4) çerçevesinde, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümü hususunda yapacakları bir anlaşma ile uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini, devlet mahkemeleri yerine bir veya birkaç kişiye bırakmaları ve bu kişi veya kişilerce uyuşmazlığın incelenip icrası kabil bir karar ile çözümüne tahkim denir. Bu tanım ihtiyari tahkime ilişkin olup, bu bakımdan tahkim yargılamasının yapılabilmesi için tahkim hususunda taraflar arasında karşılıklı ve birbirine uygun bir irade beyanının varlığı aranacaktır. Tahkim yargılaması hususundaki bu irade beyanı, kendini tahkim sözleşmesi olarak göstermektedir.

Bu bakımdan bu çalışmada, tahkim yargılamasının temeli olan tahkim sözleşmesini inceleme konusu yapacak; tez konumuzu, tahkim yargılamasının taraf iradelerine tabi olan yanıyla, mecburi tahkim dışında kalan, (ihtiyari) tahkim ile sınırlandırmış olacağız.

Bu çerçevede çalışmamızı, giriş, üç ana bölüm ve sonuç kısmından oluşturacağız. Birinci bölümde, genel olarak tahkim sözleşmesi kavramı üzerinde durulacak, türleri ve yapılış şekilleri, tarafları, yorumu konuları ele alınacaktır. İkinci bölümde, tahkim sözleşmesinin hükümleri incelenecek; üçüncü ve son bölümde, tahkim sözleşmesinin hükümsüzlük halleri ele alınacak ve çalışmamız sonuç bölümü ile bitirilecektir. Sonuç bölümünde, üç bölümde incelenen konularla ilgili olarak tespit edilen sorunlar ile bunlar hakkındaki doktrindeki görüş ve Yargıtay kararları çerçevesinde değerlendirmelerde bulunulacak ve görüşümüzü ortaya koyacağız.

Anahtar Kelimeler: Tahkim Sözleşmesi, Tahkim Şartı, HMK m. 412.

ABSTRACT

It is observed that the State's jurisdictional power can be used by a third person or persons, instead of courts, upon the agreement of the parties, mostly in the resolution of private law disputes particularly of those regarding international commercial relations. This depends on the fact that the substantive law principle of freedom of will is also applicable in procedural law, where the codes explicitly or implicitly permit. Under the framework of the provisions (CCP Art.412, IAL Art.4) regulating this principle, where the parties to a dispute agree to authorise a person or persons instead of a court to resolve the dispute, and the dispute is inquired and resolved through an enforceable decree is called arbitration. As this definition pertains to voluntary arbitration, mutual and cohesive declaration of intentions of the parties to have recourse to the arbitration will be required in order to conduct arbitrational trial. This declaration of intention emerges as arbitration agreement.

It is observed that where there generally are international commercial relationships especially private law disputes, the state's juridical power can be used by a third person or persons, instead of courts, upon the agreement of parties. This depends on the fact that a substantive law principle, namely freedom of will, is valid in the procedural law, where the law explicitly or implicitly permits. In the framework of the provisions (CCP art.412, IAL art.4) regarding this principle, it is called arbitration that the parties to a dispute over a right, by mutual an agreement, grant the power to decide on the dispute between them to one or more persons rather than the courts or the dispute is inquired and resolved with an enforcable decree by these persons. This definition regards the voluntary arbitration and with this perspective the mutual and convenient expressions of the parties' wills on the application to the arbitration are sought in order to conduct arbitrational trial. This expression of will on the arbitration emerges as arbitration agreement.

This study, arbitration agreement which is the basis of arbitration will be examined; the thesis will be restricted to the arbitration depending on the parties' will, in other words, to the voluntary arbitration excluded from the obligatory arbitration.

In this context, this study will consist of introduction, three main chapters and conclusion. In the first chapter, the general concept of arbitration agreement will be dealt with and its types and forms, parties, and its interpretation subjects will be explained. In the second chapter the provisions of arbitration agreement will be dealt with; in third chapter, invalidity of the arbitration agreement will be discussed; and the conclusion will be the last chapter of this thesis. In the conclusion, we will make evaluations and express our views on the problems regarding the matters examined in the three chapters in the light of scholarly views and Court of Appeal decisions.

Key Words: Arbitration agreement, Arbitration Clause, CCP art. 412

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AAA	: American Arbitration Association
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
aşa.	: Aşağıda/ aşağıya
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
b.	: Bent
BATIDER / Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerlichesgesetzbuch ((Alman) Medeni Kanunu)
bkz. / Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
çev.	: Çeviren
dp.	: Dipnot
E.	: Esas
E. T.	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
FIDIC	: Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils
FOSFA	: The Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Ltd.
GAFTA	: Grain and Feed Trade Association
HD.	: Hukuk Dairesi
HFD	: Hukuk Fakültesi Dergisi
HFM	: Hukuk Fakültesi Mecmuası
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes

IPRG	: Gesetz über das Internationale Privatrecht
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İKİD	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
kn.	: Kenar Numarası
LCIA	: The London Court of International Arbitration
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
Ltd.	: Limitet
m. / md.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MIGA	: Multilateral Investment Guarantee Agency
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	: Milletlerarası Tahkim Odası
No / no	: Numara
OLG	: Oberlandesgerich
PEEREA	: Energy Charter Treaty and Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspeckts
RG.	: Resmi Gazete
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
S.	: Sayı
s. / sh.	: Sayfa
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Şti.	: Şirketi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği

TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TD	: Ticaret Dairesi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commision on International Trade Law
UTTDER	: Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi
vd.	: Ve devamı
WIPO	: World Intellectual Property Organisation
Y.	: Yıl
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: Yukarıda
ZPO	: Zivilprozessordnung

GİRİŞ

Anayasa'nın "Yargı yetkisi" başlıklı 9. maddesine göre; yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Buna göre, yargı, devlete ait bir yetki olup, devlet bu yetkisini kurduğu mahkemeler eliyle yerine getirecektir (Özbay, Korucu, 2016: s. 3; Öztürk, 2014: s. 102). Kişi hak ve özgürlüklerinin ortaya çıkmasıyla birlikte, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce yerine getirilmesi esası kabul edilmiştir. Dolayısıyla hakkı ihlal edilen kişilerin, ihlal edildiği iddia edilen haklarının tespiti ve tanınması mahkemelerin görevidir (Taşkın, 2005: s. 2; Dayınlarlı, 2004: s. 1. Benzer ifadeler için bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1064). Bu bakımdan, kural olarak kişiler arasında meydana gelen uyuşmazlıklar mahkeme tarafından karara bağlanır (Yavuz, 2009: s. 133; Balkar, 2004: s. 466).

Ancak, devlete ait bu yargı yetkisinin bazı hallerde tarafların anlaşmaları ile mahkeme yerine tahkim yolu ile yani üçüncü kişi veya kişilerce kullanılmasına izin verilmiştir (Aynı yönde ifadeler için ayrıca bkz. Bilge, Önen, 1978: s. 741-742; Önen, 1979: s. 349; Ertekin, Karataş, 1997: s. 39; Tanrıver, 2000: s. 132-133; Özbay, 2004: s. 28; Konuralp, 2011: s. 124; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1064; Özbay, Korucu, 2016: s. 3; Öztürk, s. 102). Bu durum, maddi hukukta kabul edilmiş olan irade serbestîsi prensibinin, kanunun açık veya örtülü olarak izin verdiği hallerde, usul hukukunda da geçerli olmasına dayanır (aynı yönde daha dar bir ifade için bkz. Zöller, Geimer, 2014: m. 1025 öncesi, kn. 3). İrade serbestisi şöyle tanımlanır: *"Hukuk düzeninin bireylere kişisel ilişkilerini özgür iradelerine göre diledikleri gibi düzenleme hususunda tanımış olduğu genel yetkidir*." İrade serbestisinin işlerlik kazandığı en önemli hukuki araç ise hukuki işlem ve bunların başında da sözleşmelerdir. Ancak bu özgürlük de sınırsız değildir. Bununla birlikte asıl olan irade serbestliği iken, sınırlamalar istisnadır ki bunun için dar tutulmalıdır. İrade serbestisinden sözleşme özgürlüğü ilkesi, eşitlik ilkesi ve şekil serbestisi ilkeleri doğmaktadır (ayrıca bkz. Eren, 2015: s. 16-18). İrade serbestisinin sözleşme hukukundaki görünümü ve uygulaması ise kişilere sözleşme serbestisi tanıyan

sözleşme özgürlüğüdür (ayrıca sözleşme özgürlüğünün görümün şekilleri için de bkz. Antalya, 2012: s. 261; aynı yönde ayrıca bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 24 vd.; Aydoğdu, Kahveci, 2014: s. 14 vd.). Bir görüşe göre, medeni usul hukuku alanında, kanun koyucunun düzenlemiş olduğu sözleşmeler dışında, usuli sözleşmeler yapılamaz (Medeni usul hukukunda usuli işlemler ve sözleşme özgürlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Bolayır, 2009: s. 5-25). Buna konvansiyonel dava yasağı adı verilir. Böyle usuli sözleşmelerin geçerliliği olmayacaktır. Zira buna izin verilmesi halinde, taraflar usul kanununun hükümlerini tamamen ihmal ederek kendi iradelerine göre bir usul yaratabilirler ki, bu anlamda bir irade serbestisinin de usul hukukunda yeri olamaz. Bu bakımdan, devlet iktidarının bir tarafını oluşturan adli faaliyeti düzenleyen usul hukuku normlarının taraf iradelerinin izin verdiği ölçüde uygulanabileceğini kabul etmek mümkün değildir (bkz. Alangoya, 1973: s. 148 dn. 137'deki yazarlar; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 175-176).

Öte yandan başka bir görüşe göre ise, taraf iradelerine kanunun açıkça izin verdiği haller dışında yer verilemeyeceğini kabul etmek de doğru olmayacaktır. Zira hiçbir kanun koyucunun bütün usuli durumları eksiksiz olarak düzenlemesine imkân yoktur. Bu durum ise taraf iradelerini ön plana çıkaracak ve taraf iradeleri de sözleşmeler şeklinde ortaya çıkabilecektir. Bu bakımdan konvansiyonel dava yasağı kuralına dayanarak, kanunda açıkça düzenlenen sözleşmeler dışında başka bir usuli sözleşmenin geçerli olmayacağını söylemek doğru olmayacaktır (bkz. Alangoya, 1973: s. 148; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 176. Aynı yönde görüş için bkz. Bolayır, 2009: s. 24).

Buna karşılık yazar, yasaklar dışında sözleşme serbestisinin bütün kapsamı ile geçerli olacağını kabul etmenin de usul hukukunun niteliğine uygun olmayacağını, tarafların usuli sözleşmeler ile usuli etkiler yaratabilmelerinin, usul hukukunun temel prensipleri ve amacı ile çatışmaması gerektiğini de ifade etmektedir (bkz. Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 176).

İşte, irade serbestîsine ilişkin usul hukukunda mevcut bulunan hükümler (HUMK m. 516- şimdi HMK m. 412) (Medeni Muhakeme Hukukunda kural olarak "irade serbestliği" ilkesi egemen değildir. Ancak kanun bazı durumlarda tarafların yargılamayı etkileyen bazı sözleşmeler yapabilmelerine izin vermiştir. Geniş

anlamda usul muamelelerine dâhil olan bu sözleşmeler, maddi hukuk sözleşmelerinden farklı olup, asıl etkilerini doğrudan usul hukukunda gösterirler. Bu usul sözleşmelerine örnek olarak, yetki sözleşmesi (HMK m. 17), delil sözleşmesi (HMK m. 193), yargılama giderlerine ilişkin sözleşme (HMK m. 326) ve tahkim sözleşmesi (HMK m. 412 vd.) gösterilebilecektir (bkz. Karslı, 2012: s. 422). Şayet usul hukuku hakeme gitme hususunda taraflara böyle bir irade serbestisini açıkça tanımamış olsaydı, tarafların bu hususta yetkilerinin var olduğunu Borçlar Kanunu'nun hükümlerinden çıkartmak mümkün olmayacaktır (bkz. Üstündağ, 2000: s. 934) çerçevesinde taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü hususunda yapacakları bir anlaşma ile uyuşmazlık hakkında karar verme gücünü devlet mahkemelerinden alarak özel şahıslara devredebilmektedirler (Üstündağ, 2009: s. 933-934; Ertekin, Karataş, 1997: s. 39; Yavuz, 2009: s. 133; Prütting, Gehrlein, Prütting, 2010: m. 1025, kn. 1; Rosenberg, Schwab, Gottwald, 2010; § 175, kn. 7; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 254, kn. 799; Schilken, 2014: s. 392, kn. 841). Ancak bu, devletin yargı hâkimiyetine bir müdahale sayılamaz (bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1064; Öztürk, 2014: s. 102). Öte yandan tahkim, devlet tarafından denetlenen, kararları kesin hüküm oluşturan ve tıpkı mahkeme kararları gibi icra edilebilen özel bir yargı faaliyetidir (bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1064; Karslı, 2012: s. 905). Başka bir ifadeyle, hakem veya hakem heyeti tarafından, devlet mahkemelerine göre daha basit ve özel bir yargılama usulü uygulanmak suretiyle taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasına yönelik bir karar verilebilir ve bu kararlar mahkeme kararları gibi aynı etkiye sahip olacaktır (bkz. Konuralp, 2011; s. 125; Özbay, Korucu, 2016: s. 3).

Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş tarafların irade serbestîsine dayanarak, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü hususunda karar verme yetkisini, devlet mahkemeleri yerine bir veya birkaç kişiye bırakmaları ve bu kişi veya kişilerce uyuşmazlığın incelenip icrası kabil bir karar ile çözümüne tahkim denir (bkz. Yılmaz, 2011: s. 771. Benzer tanımlar için ayrıca bkz. Bilge, Önen, 1978: s. 742-743; Kuru, 2001: s. 5875; aynı yazar, 2015: s. 722; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 779; Yılmaz, 2012: s. 1669; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016: s. 762; Alangoya, 2001: s. 127; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 595; Yavuz, 2009: s. 133; Ertekin, Karataş, 1997: s. 30; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 1;

Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1064; Ulukapı, 2015: s. 515; Görgün, 2015: s. 475; Muşul, 2012: s. 651; Taşkın, 2005: s. 8; Dayınlarlı, 2004: s. 2; Dayınlarlı, 1986: s. 775; Dayınlarlı, 2012: s. 1; Deren Yıldırım, 2002: s. 37; Tanrıver, 2000: s. 132; Özbek, 1999: s. 93; Özbay, 2013: s. 509; Özbay, 2015: s. 779; Özbay, Korucu, 2016: s. 3; Yeşilova, 2009: s. 739; Yeşilırmak, 2011 (a): s. 58; Sarısözen, 2005: s. 5; Huysal, 2010: s. 7; Arslan, Aydın, 2013: s. 124; Kalpsüz, 2010: s. 5 vd.; Ekşi, 2009: s. 1 vd; Bolayır, 2009: s. 34; Akıncı, 2013: s. 1 vd.; Akıncı, 2000: s. 108; Şanlı, 2013: s. 227; Özel, 2008: s. 17; Doğan, 2013: s. 127; Kaplan, 2002: s. 23-24; aynı yazar, 1999-2000, s. 473; Erten, 2011: s. 1 vd.; Erkan, 2013, s. 23; Erdoğan, 1982: s. 605; Doğanay, 1997: s. 31; Küçükgüngör, 1998: s. 138; Kurt, 2007: s. 230; Helvacı, 2009: s. 179; Ulusoy, 2009: s. 2003; Söğüt, 2011: s. 5; Çelikel, Erdem, 2014: s. 681; Özcan, 2014: s. 13; Erman, 1976: s. 345; Ertabak, 2009: s. 109; Atlıhan, 2010: s. 945; Öztürk, 2014: s. 102). Buna göre tahkim, kural olarak sözleşme özgürlüğüne dayalı ihtiyari bir yargı yoludur (Şanlı, 2013: s. 244, 248; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 548; Atlıhan, 2010: s. 943; Balkar, 2004: s. 466; Prütting, Gehrlein, Prütting, 2010: m. 1025, kn. 1).

Yargıtay'ın bir kararında ise tahkim şöyle tanımlanmıştır: "Hukuken; bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki yanın anlaşarak bu uyuşmazlığın giderilmesini özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın bu özel kişilerce incelenip karara bağlanmasına (tahkim) denir." (Yargıtay 15. HD'nin 21.1.1981 tarihli ve E. 1980/2676, K. 1981/57 sayılı kararı için bkz. Dayınlarlı, 2013: s. 3).

Bununla birlikte, 22.01.2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun'un 2. maddesinde *"tahkim yolu, tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığın aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götürdükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyeti"* olarak tarif edilmiştir.

Öte yandan uyuşmazlığın çözümü kendisine bırakılan bu özel kişi veya kişilere ise hakem adı verilmektedir (Önen, 1979: s. 349; Öztürk, 2014: s. 102; Prütting, Gehrlein, Prütting, 2010: m. 1025, kn.1; Gottwald, 2005: s. 284, kn. 2). Hakem veya hakemlerin hakem mahkemesi olarak adlandırılan bu oluşumuna, özel hukuka ilişkin

uyuşmazlıklar hakkında devlet mahkemesi yerine karar verecek olan özel mahkeme denilebilir (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 338, kn. 785). Başka bir ifadeyle burada amacı bir hakem kararına ulaşmak olan özel bir yargı (yolu) söz konusudur. Bu özel yargı yolu, devlet mahkemelerinde görevli olmayan üçüncü gerçek şahıslara bir uyuşmazlık hakkında karar verme imkânı vermektedir (bkz. Gottwald, 2005: s. 284, kn. 4). Bununla birlikte hukuk devletinin buradaki temel görevi de hiç kimsenin kanuni hâkim güvencesinden kendi iradesi hilafına yoksun bırakılmamasını sağlamaktır (bkz. Zöller, Giemer, 2014: m. 1025 öncesi, kn. 4). Bu nedenle, devlet mahkemesi yerine geçecek özel bir yargılamanın anayasal olarak kabul edilebilmesi ise ancak bu hususstaki anlaşmanın isteğe bağlı olması, hakem mahkemesinin tarafsızlığı ve yargılama usulüne ilişkin asgari standartların kesin ve teredüte mahal vermeyecek bir şekilde belirlenmiş olmasına bağlıdır (bkz. Zöller, Giemer, 2014: m. 1025 öncesi, kn. 4). Ancak bu özel yargıya (yoluna) devletin hiçbir şekilde etkisi veya müdahalesi almayacağı da söylenemez. Alman hukuku bakımından tahkim anlaşmasının yapılması için aranan bazı şartlar (ZPO m. 1030, 1031) dolayısıyla, ayrıca bir nihai hakem kararının icra edilmesi için ihtiyaç duyulan müsaadenin devlet mahkemesi tarafından yapılacak icra edilebilirlik incelemesi (ZPO m. 1060) ile verilebilecek olması ve bunlara ilaveten hakem kararına karşı bazı şartlar altında iptal davasının (ZPO m. 1059) açılması hallerinde, devletin hukuk düzeninin bu özel yargıya etki veya müdahalesi görülecektir (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 254, kn. 799). Hukukumuz bakımından da HMK'ya tabi tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararları için icra edilebilirlik incelemesi dışında diğer etki ve müdahaleler veya denetimler söz konusudur.

Hakemlerin kendilerine havale edilen uyuşmazlığı çözmek hususunda bir resmi sıfatları da bulunmamaktadır (Kuru, 2001: s. 5875; Yavuz, 2009: s. 133; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 13). Ancak, tarafların uyuşmazlığın çözümünü hakemlere havale etmekle hakemlerin kararlarına razı olmuşlar ve böylelikle o hakemler adeta o uyuşmazlık hususunda bir mahkeme olmuşlardır. Bu durum, hakemlere (hakem heyetine) hakem mahkemesi de denilmesine sebebiyet vermiştir (bkz. Kuru, 2001: s. 5875; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 779). Doktrinde Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, hakem mahkemelerini *"...özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tarafların anlaşması sonunda devlet mahkemelerinin yerine*

karar vermek üzere kurulmuş özel mahkemelerdir" şeklinde tanımlamıştır (bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1064; aynı yönde ifadeler için ayrıca bkz. Kaplan, 2002: s. 24; Karslı, 2012: s. 905)

Verilen bu tanım ihtiyari tahkime ilişkindir. Buna karşılık, ihtiyari tahkimle birlikte anılan tahkimin diğer bir başvuru şeklinin ismi ise mecburi (zorunlu) tahkimdir (Tahkim, zorunlu- ihtiyari tahkim; milli (iç)- milletlerarası ve ad hoc tahkim- kurumsal tahkim olarak farklı ayrımlara tabi tutulmaktadır (bkz. Ekşi, 2013: s. 15. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Karadaş, 2013: s. 35 vd). Ayrıca Yılmaz, bu ayrımlara iki taraflı tahkim- çok taraflı tahkim ayrımını da ilave etmektedir (bkz. Yılmaz, 2012: s. 1669). Bütün bu ayrımların yanında Özbay, Korucu ise tek kademeli ve iki kademeli tahkim ile asimetrik tahkim ayrımlarını da saymaktadırlar (bkz. Özbay, Korucu, 2016: s. 24-25. Tahkim türleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özbay, Korucu, 2016: s. 18 vd.; Karayalçın, 1998: s. 7 vd. Tahkimi türlere ayırmak için baz alınan ölçütler ve türleri bakımından ayrıca bkz. Tanrıver, s. 137 vd.).

Tahkimin bu şekli, tarafların aralarında doğan özel hukuk alanına ait uyuşmazlıkların, önceden taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi bulunmasa bile, sıfatları önceden belirlenen hakemler tarafından bakılarak karara bağlanmasının zorunlu olduğu bir tahkim yargılamasını ifade eder (Kuru, 2015: s. 722; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 779; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016: s. 763; Ulukapı, 2014: s. 515-516; Özdamar, 2013: s. 838). Dolayısıyla taraflar dileseler de, aralarında meydana gelen uyuşmazlığı genel mahkemelere götüremezler (aynı yönde bkz. Özdamar, 2013: s. 838). Ayrıca taraflar, uyuşmazlığın çözümü için 6100 sayılı HMK'ya istinaden ihtiyari tahkime de başvuramazlar. Tahkimin bu başvuru şekli istisnai olup, tahkimin hangi hallerde mecburi olduğu özel kanun hükümleri ile belirlenmiştir (bkz. Kuru, 2001: s. 5876; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 779; Yavuz, 2009: s. 133; Ekşi, 2013: s. 15; Taşkın, 2005: s. 5; Helvacı, 2009: s. 179; Karadaş, 2013: s. 35; Özbay, Korucu, 2016: s. 18-19. Mecburi tahkime ilişkin özel kanun hükümleri ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, 2001: s. 5876-5936; Ekşi, 2013: s. 18-46). Öte yandan bazı özel kanunlarda düzenlenen özel tahkim halleri de vardır. Fakat bunlar mecburi tahkim değil, ihtiyari tahkimdir. Zira tahkimin özel bir kanun hükmü ile düzenlenmiş olması, onun mecburi tahkim olduğu anlamına

gelmez. Özel kanunlarda, tahkimin açıkça mecburi olduğu belirtilmemiş, aksine ihtiyari olduğu açıkça belirtilmiş veya ihtiyari olduğuna ilişki ifadeler bulunuyor ise, tahkim yine ihtiyaridir. Böylece buradaki ihtiyari tahkimde, öncelikle özel kanun hükümleri uygulama alanı bulacak, bu kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde ise, HMK'nın tahkime ilişkin m. 407-444 hükümleri uygulama alanı bulacaktır (Kuru, 2001: s. 5920-5921. Özel kanunlarda düzenlenen ihtiyari tahkim halleri için ayrıca bkz. Kuru, 2001: s. 5921-5928).

Tahkim hususundaki diğer bir ayrım ise, milli (iç) ve milletlerarası tahkim ayrımıdır. *"Milletlerarası tahkim, birden fazla ülke ve hukuk sistemi ile irtibatlı olan, dolayısıyla uyuşmazlık konusunun ve usuli meselelerin hallinde en az bir yabancı hukuk sisteminin müdahil veya etkili olabileceği tahkim türü olarak tanımlanabilir."* Bu kavramla birlikte anılan milli (iç) veya *"yerli tahkim ise, gerek taraflar gerek uyuşmazlık konusu itibariyle, belli bir hukuk sisteminin sınırları içinde kalan, herhangi bir yabancı hukuk sistemi ile irtibatlı bulunmayan tahkimi ifade eder."* (tanımlar için bkz. Tanrıbilir, Şit, 2002: s. 820-821). Tahkime konu uyuşmazlığın 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (m. 2) tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermemesi ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi halinde milli (iç) tahkim söz konusudur (bkz. Ekşi, 2013: s. 47; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 4). Bu durumda HMK m. 407'de hüküm altına alındığı üzere, HMK m. 407-444 hükümleri uygulanacaktır (Ekşi, 2013: s. 47; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 4). Ancak yazar, HMK'nın 407. maddesinin, emredici bir hüküm olarak görülmemesi ve söz konusu hükmün aksinin taraflarca kararlaştırılabileceği, dolayısıyla yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, tarafların, MTK yerine HMK hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilecekleri kanaatindedir (Ekşi, 2013: s. 48. Aynı yönde bkz. Yeşilova, 2013: s. 149).

Buna karşılık uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması halinde tahkimin milletlerarası niteliği söz konusu olacaktır. Milletlerarası tahkimin en belirgin özelliği, taraflara ve hakemlere, tahkimin teşkilatlandırılması ve şekillendirilmesi bakımından geniş bir irade serbestisi ve hareket alanı tanınması çabasıdır (bkz. Dost, 2006: s. 7, 8; Karadaş, 2013: s. 36). Ancak 4686 sayılı MTK'nın uygulanabilmesi için, tahkim yerinin mutlaka Türkiye olması gerekli değildir. Tahkim yeri yabancı bir ülke olsa da, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması ve Kanunun taraflar veya

hakemlerce seçilmiş olması halinde MTK uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık hakkında, uyuşmazlığın tarafları yahut ad hoc tahkim veya kurumsal tahkimde hakemler tarafından MTK'nın uygulanacağı kararlaştırmışsa, tahkim yargılaması 4686 sayılı Kanun hükümlerine tabi olacaktır (Ekşi, 2003: s. 303; Ekşi, 2013: s. 49-50; aynı yazar, 2010: s. 1374-1375; aynı yazar, 2003: s. 303).

Tahkim hususundaki diğer bir ayrım ise, ad hoc tahkim ve kurumsal tahkimdir. Ad hoc tahkim, somut bir uyuşmazlık üzerine doğan ve uyuşmazlığın taraflarınca, hakemlerin, tahkim yerinin, tahkim usulünün ve uygulanacak maddi hukuk kurallarının bizzat belirlendiği ve hakemlerin bu şekilde yetkili hale geldiği ve hiçbir örgütün aracılığının söz konusu olmadığı tahkim şeklidir. Buna karşılık kurumsal tahkimde ise, bir kurum tarafından tahkimin kuralları önceden belirlenir ve taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, yargılama yapacak kurumun belirlediği kurallar uygulanır (ŞANLI, 2013: s. 286; Karadaş, 2013: s. 38; Şanlı, 1986: s. 69; Akıncı, 2000: s. 108; Balkar, 2004: s. 467; Özbek, 1999: s. 94; Karayalçın, 1998: s. 9-10). HMK'nın 407-444. maddeleri milli ve ihtiyari tahkimi düzenlemiştir. Ancak HMK'ya tabi tahkim, ad hoc veya kurumsal olabilir. Örneğin; yabancılık unsuru içermeyen bir hukuki ilişkinin tarafları TOBB veya İTO tahkimine başvurmayı kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir durumda, taraflar arasındaki tahkim kurumsal tahkim olacak ve söz konusu kurumların tahkim merkezleri, tahkim yargılamasını kendi kurallarına göre yürüteceklerdir. Ancak, ilgili merkezlerin kuralları, HMK'nın emredici hükümlerine aykırılık teşkil edemeyecektir. Şayet yabancılık unsuru içermeyen hukuki ilişkinin tarafları, herhangi bir kurum adı zikretmeden tahkime başvurmaya karar verecek olurlarsa, bu durumda ad hoc tahkim söz konusu olacaktır. Uygulamada, genel itibariyle tahkim yargılaması taraflarca ayrıntılı olarak düzenlenmekte ve çoğunlukla teknik ve idari yapılanmaya sahip kurumsal tahkim merkezleri eli ile yürütülmektedir (bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 3). Öte yandan, bilhassa devlet veya kamu kurumlarının tarafı bulundukları yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından ise adhoc tahkimin daha çok tercih edildiği belirtilmektedir (bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 3; Nomer, 2015: s. 534-535; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 553). Keza uluslararası ticari ilişkilerde çoğunlukla kurumsal tahkim mahkemelerinin (merkezlerinin) yetkisi

kararlaştırılmaktadır (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 254, kn. 801). Kurumsal tahkim ve merkezleri ile ad hoc tahkim hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Şanlı, 1986: s. 72 vd.; Şanlı, 2013: s. 287 vd.; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 553 vd.

Yukarıda kısaca değinilen tahkim türlerinden hangisi olursa olsun, tahkim yargılamasının yapılabilmesi için tahkim hususunda taraflar arasında karşılıklı ve birbirine uygun bir irade beyanının olması gerekir (Yeşilova, 2008 (a): s. 235-236). Bu durumun istisnasını mecburi tahkim ve yatırım tahkiminde devletlerin tahkime ilişkin rızalarını önceden verdikleri haller oluşturmaktadır (Erkan, 2013 (a): s. 40). Bu istisnai durumlar dışında, tarafların iradesine dayanan, devlet yargısına istisna olarak gelişen tahkim, tarafların ve zamanın ihtiyaçlarına göre esneyebilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir (bkz. Erten, 2005-2006: s. 196). Tahkim yargılaması hususundaki bu irade beyanı, kendini tahkim sözleşmesi[1] olarak göstermektedir. Bu sözleşme, tahkim yargılamasının olmazsa olmaz koşuludur (Esen, 2008 (a): s. 7-8; Erdi, 2008: s. 547; Durgut, 2005-2006: s. 115). Zira, bir uyuşmazlıkta taraflar tahkime gidilmesi hususunda, münhasır tahkim sözleşmesi yapmamış yahut aralarındaki sözleşmeye tahkim koşulu koymamışlarsa, bu durumda ortak bir rızadan söz edilmesi mümkün değildir (bkz. Günuğur, 1999: s. 324). Alman hukukunda da hakem mahkemesinin yetkisi temel olarak tahkim sözleşmesi ile kurulur. Ancak nadiren, ZPO m. 1066 hükmüne istinaden, örneğin ölüme bağlı tasarruflarla veya şirket anasözleşmesi ile de kurulabilir (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 338, kn. 786; aynı yönde bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 255, kn. 805; Gottwald, 2005: s. 284, kn. 2).

Hakem mahkemesinin yetkisi temel olarak tahkim sözleşmesi ile kurulur. Ancak nadiren ölüme bağlı tasarruflarla veya şirket ana sözleşmesi ile de kurulabilir (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 338, kn. 786). Ayrıca taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi olmadan, tahkim yargılamasına başvurmak mümkün değildir (Aynı yönde bkz. Önen, 1979: s. 351; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1064; Akıncı, 2013: s. 95; Karslı, 2012: s. 910; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 2; Helvacı, 2009: s. 179; Doğan, 2013: s. 127; Yeşilırmak, 2011 (a): s. 77; Esen, 2008

[1] Çalışmamızda, HMK m. 410'da ve muhtelif hükümlerde geçtiği şekilde, "tahkim sözleşmesi" ifadesini kullanacağız. Ayrıca bu ifadeyi, hem asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapılan "tahkim sözleşmesi", hem de asıl sözleşmenin içinde yer alan "tahkim şartı" ifadesini kapsayacak şekilde kullanacağız.

(a): s. 7; Erkan, 2013 (a): s. 40; Erkan, 2013 (b): s. 536; Yeşilova, 2008 (a): s. 236; Erdi, 2008: s. 547; Bolayır, 2009: s. 34; Öztürk, 2014: s. 103). Ayrıca tahkim yargılaması, kural olarak ancak tahkim sözleşmesinin tarafları bakımından söz konusu olacaktır. (bkz. Yılmaz, 2013: s. 1722; Görgün, 2015; s. 479; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1074; Özbay, Korucu, 2013: s. 49).

"Tahkim yargılamasının temelinde bir sözleşme vardır. Bu sözleşme müstakil nitelikte olabileceği gibi maddi hukuk sözleşmesinin bir hükmü (yani tahkim şartı) olarak da yapılmış olabilir." (bkz. Alangoya, 2001: s. 131; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 598; Karslı, 2012: s. 913). Bu bağlamda, ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkime gidebilmek için, birinci ana unsur tahkim sözleşmesinin varlığı iken; ikincisi tahkim sözleşmesinin kapsamının uyuşmazlığı içirmesi; üçüncüsü sözleşmesiyle tahkime tabi kılınan uyuşmazlığın konusunun tahkime elverişli olmasıdır (bkz. Erkan, 2013 (b): s. 536, dn. 1; Kaplan, 2002: s. 25-26).

Şayet, taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi bulunmuyorsa, uyuşmazlığın devlet mahkemesinde görülmesi gerekecektir. Zira bu husus Türk Hukuku bakımından anayasal bir zorunluluk olup, Anayasa'nın 9. maddesi de, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını göstermektedir. Ayrıca, Anayasa'nın 37. maddesinde düzenlenen kanuni hâkim güvencesinin bir sonucu olarak da, hiç kimse rızası dışında kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz (bkz. Erkan, 2013 (b): s. 536; Kaplan, 2002: s. 24, dn. 4).

İşte biz de bu çalışmada, tahkim yargılamasının temeli olan tahkim sözleşmesini inceleme konusu yapacağız. Bu bakımdan tez konumuzu, tahkim yargılamasının taraf iradelerine tabi olan yanıyla, mecburi tahkim dışında kalan, (ihtiyari) tahkim ile sınırlandırmış olacağız. Dolayısıyla da HMK'nın kapsamı dışında kalan mecburi tahkim incelememize dâhil değildir.

Bu çalışma, giriş, üç ana bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır. Birinci bölümde, genel olarak tahkim sözleşmesi kavramı üzerinde durulacak, türleri ve yapılış şekilleri, tarafları, yorumu konuları ele alınacaktır. İkinci bölümde, tahkim

sözleşmesinin hükümleri incelenecek; üçüncü ve son bölümde, tahkim sözleşmesinin hükümsüzlük halleri ele alınacak ve çalışmamız sonuç bölümü ile bitirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN KAYNAKLARI, TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE YAPILIŞ TÜRLERİ

1. TAHKİM SÖZLEŞMESİ HAKKINDAKİ KAYNAKLAR

1.1. Genel Olarak Cumhuriyet Öncesi Hukukumuzda Tahkim Hakkındaki Mevzuat

Hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, tahkime ilişkin yasal düzenlemeler de, Cumhuriyet döneminden daha öncesine dayanmaktadır (Cumhuriyet öncesi İslam ve Osmanlı Hukukunda, hukukun her alanı bakımından pozitif hukuki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi ve Latin alfabesi ile yazılmış Osmanlıca madde metinleri için bkz. Akgündüz, 2011. Ayrıca Cumhuriyet öncesi İslam Usul (Yargılama) Hukuku hakkında bkz. Akgündüz, 2011: s. 829-980). 1850 yılında yürürlüğe giren Kanunname-i Ticaret'in 40-52. maddeleri, Osmanlı İmparatorluğu döneminin tahkimle ilgili ilk yasal düzenlemeleridir (Osmanlı'da tahkim hakkında bkz. Balcı, 1999: s. 85 vd.; Roma hukukunda tahkim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Söğüt, 2011: s. 6 vd.; Küçükgüngör, 1998: s. 137 vd.).

Bundan sonra, 1861'de yürürlüğe giren Ticaret Usulü Muhakemesine Dair Nizamname'nin 38 ve 39. maddeleri yine tahkim hakkındaydı. Bunlara ilaveten, 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunu'nun 176. maddesi, deniz sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü düzenlemiş bulunmaktaydı (Ekşi, 2013: s. 1; Balcı, 1999: s. 88. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Yeğengil, 1974: s. 75-77). Daha sonra, 1876 Kanuni Esasi'nin (tamamı için ayrıca bkz. Gözler, 1999: s. 30-63'ten alınmadır. Ayrıca bkz. (http://www. anayasa.gen.tr /1876ke.htm E. T. 02.01.2016) 89. maddesinde (*Her ne nam ile olursa olsun bazı mevaddı mahsusayı rüiyet ve hükmetmek için mehakimi muayene haricinde fevkalâde bir mahkeme veyahut hüküm vermek sel"hiyetini haiz komisyon teşkili katiyen caiz değildir. Fakat kanunen muayyen olduğu veçhile tâyini mevla ve tahkim caizdir)* kanunun uygun bulduğu hallerde tahkimin caiz olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca

1876 tarihli Mecelle'nin 1841-1851. maddeleri arasında tahkim müessesesi düzenlenmiş bulunmaktaydı (Alangoya, 1973: s. 15; Ekşi, 2013: s. 1. Mecellenin söz konusu maddelerinin metinleri için bkz. Akgündüz, 2011: s. 901-902). Mecellenin 1841. maddesine göre *"Hukuk-ı nasa müte'allık mal da'valarında tahkim caizdir*". Yani tahkimin konusu şahsi hakları ilgilendiren mal davalarıdır. *"... Böylece hakem faaliyetinin Mecelle bakımından bir yargı olduğu açıkça ortaya konmuş olmaktadır."* (bkz. Alangoya, 1973: s. 16. Ayrıca Mecelle'nin söz konusu hükümleri hakkında bkz. Yeğengil, 1974: s. 77-79).

Tahkimden ne anlaşılması gerektiği, buradaki sayılan maddelerde değil daha öncesinde 1790. maddede verilmiştir. Mecellenin anılan hükmü *"Tahkim hasmeynin husumet ve da'valarını fasl için rızaları ile ahar kimseyi hâkim ittihaz etmelerinden ibarettir. - Ol kimseye fethateyn ile hakem ve mim'in zammı ve ha'nın fethi ve kaf-ı müşeddede-i meftuha ile mahakkem denilir."* şeklindedir (bkz. Akgündüz, 2011: s. 895). Bu hükümden anlaşılacağı üzere tahkim, tarafların kendi rızaları ile aralarındaki anlaşmazlığı çözümlemek üzere bir şahsı hakem tayin etmeleridir. Tayin edilen hakeme, muhakkem de denilmektedir (bkz. Akgündüz, 2011: s. 853). Hükmün tahkimin tanımına ilişkin ilk fıkrasının güncel Türkçe ile ifadesi şöyledir; *"Tahkim, hasım olan iki tarafın, ihtilaflarının halli için kendi rızaları ile üçüncü bir kişiyi hüküm vermek üzere tayin etmelerinden ibarettir"* (bkz. Berki, 1982: s. 406'dan naklen aktaran bkz. Balcı, s. 89). Mecelleden sonra kabul edilen 1879 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Muvakkat Kanununda, tahkim hükümleri mecellenin hükümlerine benzer olup, yenilik olarak hakem kararlarına karşı diğer mahkeme kararlarında olduğu üzere istinaf kanun yolunun kabul edilmesi göze çarpmaktadır (bkz. Balcı, 1999: s. 89'den naklen).

1.2. Cumhuriyet Sonrası Hukukumuzda Tahkim Hakkındaki Mevzuat

1.2.1. Genel Olarak

Geniş bir kapsama sahip Türk tahkim mevzuatı, milletlerarası tahkime ilişkin iki ve çok taraflı anlaşmaların yanı sıra gerek zorunlu gerekse ihtiyari tahkim hakkında muhtelif kanunlardan oluşmaktadır. Cumhuriyet döneminin tahkim

hakkındaki ilk yasal düzenlemesi, 1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun[2] (HUMK) 516-536. maddeleri arasında düzenlenen hükümlerdir. Ancak bu hükümlerin yerini, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun[3] (HMK) 407-444. maddeleri almıştır (bkz. ve karş. İlhan, 2016: s. 1. HUMK'tan HMK'ya kadarki dönemde yapılan Medeni Usul Kanunu tasarıları hakkında ayrıntılı bilgi ve tasarı metinleri için bkz. Özer, 2012: s. 8 vd.). Öte yandan, 2007 yılında yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu[4] ve Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik[5] hükümleri ile sigortacılıkta tahkim düzenlenmiştir. Hukukumuzdaki bu milli ve ihtiyari tahkim düzenlemeleri yanında (Ancak sigortacılıkta tahkimin ihtiyari tahkim olarak nitelendirilemeyeceği, öte yandan mecburi tahkim de olmadığı savunulmaktadır. Bu görüşe göre, sigorta tahkimi, her iki tahkim türüne ilişkin özellikleri barındıran kendine özgü bir yapısı bulunan tahkim sistemidir (bkz. Ekşi, 2013: s. 60, 61; aynı görüşte bkz. Özdamar, 2013: s. 840; bu sistemin nispi zorunlu tahkim olarak ifadesi ve değerlendirmeler için bkz. Ulusoy, 2009: s. 239-241. Buna karşılık Ulaş, sigortacılıkta tahkimin ihtiyari olduğu görüşündedir (bkz. Ulaş, 2007: s. 240). Ayrıca Yeşilova Aras/ Yeşilova ise, sigortacılık tahkimi tabirini kullanarak, bu tahkimin ihtiyari olduğunu, Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinde tanımlanan alana özgü ve yine aynı kanunla kurulan kurumsal yapı altında yürütülen tahkimden başka bir şeyi anlatmadığını ifade etmektedirler (bkz. Yeşilova Aras, Yeşilova, 2013: s. 288, bkz. http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ecehan-BilgehanYE%C5% 9E% C4% B0LOAVA. pdf, E.T. 10.7. 2015), zorunlu tahkimi düzenleyen kanunlar da bulunmaktadır.[6] Örneğin; 6502 Sayılı Tüketicinin

---

[2] 18.06.1927 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 02, 03 ve 04.7.1927 tarihlerinde ve 622, 623, 624 sayılı Resmi Gazete'lerde yayımlanmıştır.

[3] 12.01.2011 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[4] 03.06.2007 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[5] 17.8.2007 tarih ve 26616 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[6] Zorunlu ya da mecburi tahkim çalışma konumuzun dışında kaldığı için daha fazla açıklama yapılmayacaktır. Bu tahkimi düzenleyen kanunlar ve söz konusu kanunlardaki düzenlemeler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Kuru, 2001: s. 5876-5936; Ekşi, 2013: s. 18-46. Aynı yönde bkz. Balcı, 1999: s. 108-109.

Korunması Hakkında Kanun[7], 3039 sayılı Çeltik Ekim Kanunu[8], 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun[9] gibi.

Milletlerarası tahkimle ilgili olarak 2001 yılında yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu[10] (MTK), tahkim yerinin Türkiye olarak kararlaştırıldığı milletlerarası tahkim hakkındaki temel mevzuat niteliğindedir (Şanlı, 2009: s. 168; Akıncı, 2013: s. 17). Bu kanunun yürürlüğe girmesi ile hukukumuzda milli (iç) veya yerli tahkim ve milletlerarası tahkim ayrımı da hukuki bir zemin kazanmıştır (bkz. Tanrıbilir, Şit, 2002: s. 821). Ayrıca MTK'nın yanında, Türkiye'nin 1961 yılında taraf olduğu Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin 1961 Cenevre Sözleşmesi[11] ve yine aynı yıl onaylanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 New York Sözleşmesi[12], milletlerarası tahkim hakkındaki önemli uluslararası sözleşmelerdir. Bununla birlikte, 1982 ile 2007 yılları arasında yürürlükte bulunan 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un[13] (MÖHUK) 43-45. maddelerinde, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hususu, New York Sözleşmesi'ne paralel şekilde düzenlenmiştir. Ancak bu hükümlerin yerini, 2675 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 5718 sayılı yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un[14] 60-63. maddeleri almıştır. Yabancı unsurlu ilişkilere uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kurallarının düzenlendiği 5718 sayılı MÖHUK'ta, milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanı yine bizzat belirlenmiştir. Zira MÖHUK'un 1. maddesinde yabancılık unsuru bulunan özel hukuk ilişkilerine bu Kanun'un uygulanacağını belirlerken, aynı maddenin son fıkrasında ise "Türkiye

[7] 07.11.2013 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[8] 11.6.1936 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 23.6.1936 tarih ve 3337 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[9] 05.05.2009 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 16.05.2009 tarih ve 27230 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[10] 21.6.2001 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 05.7.2001 tarih ve 24453 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[11] 08.05.1991 tarih ve 3730 sayılı Kanun ile TBMM tarafından kabul edilmiş, 23.9.1991 tarih ve 21000 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[12] 08.05.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanun ile TBMM tarafından kabul edilmiş, 23.9.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[13] 20.5.1982 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiş, 22.5.1982 tarih ve 17701 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[14] 27.11.2007 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiş, 12.12.2007 tarih 26728 ve sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır" denilmek suretiyle, aynı konuda bir milletlerarası sözleşmenin bulunması durumunda, söz konusu milletlerarası sözleşmenin özel bir düzenleme olması nedeniyle, öncelikle uygulanacağını ifade edilmiştir (bkz. Akıncı, 2013: s. 41). Bütün bunlara ilaveten, Türkiye'nin bazı devletler ile yaptığı adli yardım antlaşmalarında da yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler bulunmaktadır (Ekşi, 2013: s. 1-2 Ayrıca iki taraflı adli yardım antlaşması yapılan devletlerin listesiyle birlikte, söz konusu antlaşmaların Resmi Gazete atıfları için Ekşi, 2013 (b): s. 348-360).

Yukarıda sayılan mevzuat ve anlaşmalar dışında Türkiye, devletin taraf olduğu yatırım uyuşmazlıklarının milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi hususunda da oldukça geniş bir düzenlemeye sahip bulunmaktadır. 1999 yılında öncelikle Anayasa olmak üzere, İdari 1999 yılında öncelikle Anayasa olmak üzere, İdari Yargılama Usul Kanunu ile Danıştay Kanunu ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet- Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'da (kısaca, Yap-İşlet Devret Kanunu)[15] bir kısım değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerin temel amacı, devletin veya devlet kurumlarının taraf olduğu yatırım uyuşmazlıklarının milletlerarası tahkim yoluyla çözümünün önündeki yasal, anayasal engelleri kaldırmak, böylelikle de milletlerarası tahkim hususundaki Türk mevzuatının gerekli esnekliğe kavuşmasını sağlamaktır (bkz. Ekşi, 2003: s. 300; Ekşi, 2013: s. 2-3).

2000 yılında yürürlüğe giren, 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun'u[16] (anılan kanun, özellikle Yap- İşlet veya Yap- İşlet- Devret olarak adlandırılan sözleşmelerin uygulamaya geçirilmesi ve özellikle yabancı sermayeli yatırımcıları bu tür projeler için Türkiye'ye çekebilmek amacıyla çıkarılmıştır (bkz. Akıncı, 2013: s. 17), 2003 yılında yürürlüğe giren 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu[17] takip etmiştir (Anılan kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, 2005: s. 170-181).

[15] 08.06.1994 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiş, 13.6.1994 tarih 21959 ve sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[16] 21.01.2000 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiş, 22.1.2000 tarih ve 23941 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[17] 05.06.2003 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiş, 17.06.2003 tarih ve 25141 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

4875 sayılı Kanun ile sadece yabancı sermaye yatırımlarına ilişkin esaslar düzenlenmemiş, aynı zamanda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümüne ilişkin hükümler de getirilmiştir. Bu çerçevede söz konusu Kanuna göre, yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesi için milli ve milletlerarası tahkim yoluna başvurulabilir (Ekşi, 2013: s. 3).

Öte yandan yabancı yatırımlar bakımından milletlerarası tahkimin önünü açan yasal düzenlemeler 1999-2000 yıllarında yapılmakla birlikte öteden beri Türkiye'de, iki taraflı yatırım antlaşmaları kapsamında yapılan yatırımlardan doğan uyuşmazlıklarda, tahkime başvurulması zaten kabul edilmişti. Bu çerçevede yabancı sermaye yatırımlarının korunması ve teşvik edilmesi amacıyla Türkiye, ilk defa 1963 yılında Almanya ile bir antlaşma imzalamıştır (bkz. Ekşi, 2005: s. 182). Bu antlaşmayı, 1988 yılında İslam Konferansı Teşkilatı'na üye devletler ile yapılan antlaşma ve 1989 yılında Amerika ile yapılan antlaşma takip etmiştir (bkz. Ekşi, 2005: s. 182). Ayrıca 1989 yılından itibaren, ardı ardına birçok devlet ile yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması hususunda benzer antlaşmalar yapılmıştır. Yabancı yatırımcı ile yatırıma ev sahipliği yapan ülke arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü düzenleyen ve hemen hemen aynı içeriğe sahip bu antlaşmaların sayısı doksan civarındadır (bkz. Ekşi, 2013: s. 3. Bu anlaşmalar için bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 159 vd). İkili yatırım antlaşmalarının önemli yanı, yabancı yatırımcı ile yatırıma ev sahipliği yapan devlet arasında uyuşmazlık doğması durumunda, uyuşmazlığın çözümü için tahkim merkezlerine başvurunun, ev sahibi devletin isteğine bırakılmaması, bilakis zorunlu hale getirilmiş olmasıdır (Ekşi, 2013: s. 4; Ekşi, 2005: s. 182). Bu tahkim merkezleri, ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) ve ICC (International Chamber of Commerce) olarak belirlenmiş, bu merkezlere yapılacak başvurunun ise UNCITRAL tahkim kuralları çerçevesinde ad hoc tahkim olarak yapılması öngörülmüştür (bkz. Ekşi, 2009: s. 20-21; Ekşi, 2005: s. 182). İkili antlaşmalardaki bu özellik, yabancı yatırımcının başka bir devlette yatırım yaparken bir takım sürprizlerle karşılaşmaması ve uyuşmazlık çıkması halinde ise yargılamaların tarafsız bir elden yapılacağı güvenini vermektedir.

Yukarıda sözü edilen iki taraflı yatırım antlaşmaları dışında Türkiye, 1965 yılında Washington'da imzalanan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Konvansiyon'a (Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States- ICSID) 1988 yılında taraf olmuş (bkz. Ekşi, 2005: s. 182; Şanlı, 2013: s. 256; Karayalçın, 1998: s. 24-25)[18], Enerji şartı Sözleşmesi ve Eklerini (Energy Charter Treaty and Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspeckts- PEEREA) ise 2000 yılında onaylamıştır.[19] ICSID Konvansiyonu ile yatırım anlaşmazlıklarının çözümü hususunda faaliyet göstermek üzere Washington'da bir uluslararası tahkim merkezi kurulmuştur (aynı yönde bkz. Kaplan, 2002: s. 79-80; Şanlı, 2013: s. 257; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 576-577; Birsel, 2005: s. 4; Günuğur, 1999: s. 338; Ekşi, 2005: s. 182; ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, 2004: s. 3 vd.). Türkiye, taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve ayni haklara ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yargı yetkisini önce saklı tutmuş (Öztekin, 1990: s. 150), ancak sonradan yaptığı iki taraflı yatırım antlaşmalarında yatırımın kapsamına taşınmaz mallar, ipotek vb. hususlarında dahil edilmesi sebebiyle, taşınmazlara ilişkin mülkiyet ve ayni haklar bakımından da ICSID tahkim merkezinin yetkisi kabul edilmiştir (Ekşi, 2013: s. 5. Ayrıca bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Arıkoğlu, 2011: s. 68-69). Bu yetkinin kabulünden sonra özellikle enerji alanında yatırım yapan yabancı yatırımcıların Türkiye aleyhine ICSID tahkim merkezi başta olmak üzere diğer uluslar arası tahkim merkezlerinde dava açmışlar, uluslar arası tahkimin Türkiye açısından önemi de giderek artmıştır (Ekşi, 2013: s. 5. ICSID tahkim merkezinde Türkiye aleyhine açılan davalar hakkında bilgi için bkz. Ekşi, 2011: s. 105-111).

1.2.2. Mülga 1086 Sayılı HUMK'nun Tahkime İlişkin Hükümleri

Tahkim müessesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin 1927 yılında yürürlüğe girmiş usul hukuku alanındaki ilk kanunu olan, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri

[18] 27.05.1988 tarih ve 3460 sayılı Kanun ile TBMM tarafından onaylanmış, 02.06.1988 tarih ve 19830 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[19] 01.02.2000 tarih ve 4519 sayılı Kanun ile TBMM tarafından onaylanmış, 06.02.2000 tarih ve 23956 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Kanunu'nun sekizinci babında, 516-536. maddeleri arasında düzenlenmişti. Söz konusu Kanun'un tahkime ilişkin 20 maddede düzenlenen hükümleri, milli (iç) ve ihtiyari tahkime ilişkindir (bkz. Şanlı, 2009: s. 168; Ekşi, 2003: s. 300).

HUMK'nun 516-536. maddelerinde tahkim müessesesi, başlıca şu hususlarda düzenlenmiş idi: tahkim sözleşmesi ve yazılı şekil şartı, tahkime elverişlilik, hakemlerin seçilmesi ve reddi usulü, tahkim yargılamasının usul ve esasları, hakem kararının içeriği ve mahkeme kalemine tevdii, hakem kararına karşı temyiz ile iade-i muhakeme yolları ve son olarak kararın icrası için mahkemece tasdik edilmesi. HUMK'da hakem kararlarına karşı öngörülen kanun yolu temyiz ve sonrasında iade-i muhakeme olup, karar düzeltme yolu kapalıdır ve iptal davası henüz düzenlenmemiştir. Ancak hakem kararlarının iptali davası, 1991 yılında Türkiye tarafından onaylanan Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Cenevre Konvansiyonu ile ilk defa Türk tahkim hukukuna girmiştir (bkz. Ekşi, 2013: s. 8).

HUMK'nun tahkime ilişkin ismen sayılan hükümlerinin, mahkemelerin tahkime çeşitli yönlerden müdahalesine açık olması nedeniyle eleştirilmekteydi. Zira HUMK'nun 527. maddesi başta olmak üzere muhtelif hükümlerinde de sayılan bazı işlemler hakem yargılaması sırasında hakemlerce yapılamaz, bu işlemler için sulh hukuk mahkemelerine müracaat etmek gerekirdi (Ekşi, 2013: s. 8.).

HUMK'nun birçok hükmünde çeşitli zamanlarda yapılan değişikliklere rağmen, tahkim hakkındaki maddelerinde bir değişiklik yapılmamıştır. Bunun en önemli sebebi, milli (iç) ve ihtiyari tahkime olan ilgi ve inancın ve bunun sonucunda oluşan tahkim tecrübesinin, mevzuatın gerisinden geliyor olmasıdır. Dolayısıyla Türkiye'de tahkim yolunun yeterince teveccüh görmemesi ve böylece uygulamada ortaya çıkan tahkimle ilgili sorunların nispeten azlığı, kanun koyucunun yeni düzenlemeler yapması veya mevcut düzenlemelerde yeniliklere gitmesi için yeterli bir baskı oluşturmamıştır (Ekşi, 2013: s. 9). Ancak 2011 yılında yürürlüğe giren HMK'nın hazırlanması aşamasında, tahkim alanında özellikle uluslararası alanda meydana gelen gelişmelere paralel ve mahkemelerin tahkim üzerindeki müdahale ve kontrol güçlerini daha aza indirecek, böylelikle de hakemlerin yetkilerini daha fazla arttırmaya yönelik daha yeni yürürlükteki düzenlemelerin gözetilmesi söz konusu olmuştur.

1.2.3. 6100 Sayılı HMK'nın Tahkime İlişkin Hükümleri

1086 sayılı Kanun'un yerini, 01.10.2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu almıştır. HMK'nın "Yürürlük" başlıklı 451. maddesinde, bu Kanun'un 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. "Zaman bakımından uygulanma" başlıklı 448. maddede ise, bu Kanun hükümlerinin, tamamlanmış hükümleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, HMK'nın yeni tahkim hükümlerinin de, 01 Ekim 2011 tarihi itibariyle devam etmekte olan yargılamalarda uygulanacağına hiç şüphe yoktur. Ancak 448. madde metninde geçen derhal uygulama kuralına HMK'nın geçici madde 1, fıkra 2 hükmüyle istisna getirilmiştir. Anılan istisna hükmü, bu Kanun'un, senetle ispat, istinaf ve temyiz ile temyizde duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırlarla ilgili hükümlerinin Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan dava ve işlerde uygulanmayacağını düzenlemiştir. Bu hükümde sadece "dava ve işler"den söz edilmesine karşılık, doktrinde Budak, bu ifadenin tahkim yargılamasını da kapsadığı görüşündedir. Zira yazar, Kanun'un amacı bakımından, devlet mahkemelerinde görülen davalar ile tahkim yargılaması arasında bir ayrım yapmaya gerek olmadığını, kanun koyucunun HMK'nın tahkime ilişkin onbirinci kısmında dava terimini, bu yargılama için de düzenli olarak kullandığını ortaya koyarak, HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihteki temyiz ve temyizde duruşmaya ilişkin parasal sınırların, 01 Ekim 2011 tarihinden önce açılmış tahkim davalarında, 01 Ekim 2011'den sonra verilen kararların temyizinde de uygulamaya devam edileceğini ifade etmektedir (bkz. Budak, 2012: s. 36; ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi hususunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, Budak, 2011: s. 3-7).

HMK'nın onbirinci kısmı ve 407-444. maddeleri arasında "tahkim" müessesesi düzenlenmiştir. Görüleceği üzere HMK'daki tahkimle ilgili düzenlemeler, HUMK'nun aksine 20 maddede değil, daha kapsamlı olarak 37 maddede yeniden düzenlenmiştir.

6100 sayılı HMK henüz tasarı aşamasında iken, çeşitli toplantılarda tartışmaya açılmış ve bu toplantıların birinde bilim komisyonunun başkanlığını yapan Pekcanıtez, Tasarının tahkim hakkındaki hükümleri üzerine genel bir

değerlendirmede bulunmuştur. Buna göre, Tasarının tahkimle ilgili hükümleri, 4686 sayılı MTK'daki hükümleri hemen hemen aynısıdır. (Pekcanıtez, 2006: s. 30; aynı yönde bkz. Özbay, 2013: s. 509; Özbay, 2015: s. 779-780). HUMK'nın düzenlediği tahkim hükümleri oldukça eskimişti. Yeni HMK'nın tahkimle ilgili hükümleri ise, büyük ölçüde Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerini göz önüne alarak hazırlanmıştır (bkz. Yılmaz, 2012: s. 1669). Ancak iki kanunun bu benzerliğine rağmen, geçici hukuki koruma tedbirleri ve iptal davası hakkındaki hükümlerde farklılıklar da görülmektedir (bkz. Budak, 2012: s. 32).

Tasarı'da, MTK'daki hükümlerinin kabulü ile milli ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki fark önlenmiş ve ayrıca dünyada pek çok ülkenin hem milletlerarası hem de milli tahkim için esas aldığı UNCITRAL Model Kanun[20], iç tahkim bakımından da benimsenmiş olacaktır (Pekcanıtez, 2006: s. 30. Aynı yönde bkz. Budak, 2012: s. 33; Özbay, 2013: s. 509; Özbay, 2015: s. 780; Özbay, Korucu, 2016: s. 6; Yeşilova, 2012: s. 743; Tutumlu, s. 337; Atlıhan, 2010: s. 944; Öztürk, 2014: s. 105; ayrıca bkz. HMK'nın Genel Gerekçesi). Ancak, UNCITRAL Model Kanunu iktibas edilirken bazı hükümlerde değişiklik yapıldığı ve bazılarının da alınmadığı belirtilmiştir (Pekcanıtez, 2006: s. 30; Özbay, 2013: s. 509; Özbay, 2015: s. 780).

Bu hususta Kuru, Tasarı'nın gerekçesinde yer alan "tahkim hakkındaki hükümler, Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki hükümlerin hemen hemen aynısıdır" ifadesine yanıt vermiş ve tahkime ilişkin hükümlerin Tasarı'dan çıkartılması ve tek bir kanun yapılması gerektiğini ortaya koymuştur (Kuru, 2006: s. 82. Aynı yönde bkz. Özbay, Korucu, 2016: s. 6). Hatta Yılmaz, HMK'nın yürürlüğünden sonra dahi yaptığı eleştiride, iç tahkim ile milletlerarası tahkimin farklı kanunlar yerine, Almanya gibi pek çok ülkede olduğu üzere aynı kanun metninde düzenlenmesinin daha doğru bir yöntem olacağını belirtmiştir (bkz. Yılmaz, 2012: s. 1669).

Öte yandan bu görüş, Akıncı tarafından eleştirilmiştir. Yazar, tek bir kanun olmasının uygulama açısından bazı kolaylıklar sağlayabileceği hususunun kuşkusuz olduğunu, ancak milletlerarası tahkim için özel bir kanuna sahip olmanın, İstanbul

[20] UNCITRAL Model Kanunu'nun Türkçe metni için bkz. Birsel, Budak, 1997: s. 169-250 ekinde yer alan, Begüm Durukan, Ebru Eldem tarafından yapılan çeviri.

Tahkim Merkezi gibi bir oluşum içinde bulunan ülkemiz için bir avantaj getirebileceğini ifade etmiştir. Bu bakımdan yazar, milletlerarası tahkim ile iç tahkimin ihtiyaçlarının her zaman birbiri ile aynı olmaması ve milletlerarası tahkim alanında ortaya çıkan yenilik ve değişiklikleri, milletlerarası tahkimi düzenleyen mevzuatımızla uyumla hale getirmek ihtiyacı doğarken, iç tahkimde böyle bir ihtiyaç ve uygulama gerekmeyebileceği gerekçe olarak ortaya koymuştur. Ayrıca, ilk bakışta iki ayrı kanuna sahip olmanın dezavantajlı gibi görülmekle beraber bir avantaja dönüşebileceğini belirtmiştir (bkz. Akıncı, 2013: s. 23). Ancak tahkim hükümleri Tasarı'dan çıkartılmamış ve bugünkü haliyle yasalaşmıştır.

HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri incelendiğinde, 2001 yılında yürürlüğe giren MTK'nın hükümlerinin önemsiz bazı farklarla birlikte neredeyse aynısı olduğu görülecektir. Bu bakımdan MTK'nın hükümlerinin, HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri için bir dayanak teşkil ettiği, dolaylı olarak da MTK'nın dayanağı olan UNCITRAL Model Kanunu'nun her iki kanun için esas alınmış olduğu sonucuna varılacaktır (Kuru, Budak, 2011: s. 23; Akıncı, 2013: s. 22; Ekşi, 2013: s. 10; Karslı, 2012: s. 906; İlhan, 2016: s. 3).

Keza aynı sonuç Alman Tahkim Hukukunun Yeniden Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun bakımından da söz konusudur (aynı yönde bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1318, kn. 1, 2; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 254, kn. 800; Özbay, 2003: s. 1059). Ancak bu kanunun tahkime ilişkin hükümlerinde UNCITRAL Model Kanun'ndan farklı hükümleri olduğu gibi orada hiç yer almayan hükümleri de bulunmaktadır (bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özbay, 2003: s. 1059 vd). Kanun'un "Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts" (Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz- SchiedsVfG) olan Almancasına uygun olarak tanımlaması Kalpsüz tarafından yapılmıştır (bkz. Kalpsüz, 2003: s. s. 1033). Özbay ise bu kanunu, Alman Tahkim Reformu Kanunu olarak ifade etmektedir (bkz. Özbay, 2003: s. 1058, dn. 20).

Alman Tahkim Reformu Kanunu, 1985 UNCITRAL Model Kanunu'nun ardından 1986 yılında başlatılan araştırma ve çalışmaların sonucunda, Model Kanun'un Almanya'daki mevcut hukuka ters düşmediği ve bu nedenle kabul edilmesinin gerektiği düşüncesinin ortaya konulması ile başlanan, ancak çeşitli

zamanlarda bir takım sebeplerle kesintiye uğramakla birlikte nihayete ulaşan bir çalışmanın ürünüdür. Sonunda 1996 yılında Alman Federal Meclis (Bundestag) önüne getirilen tasarı, 22.12.1997 tarihinde kabul edilmiş, 30.12.1997 tarihinde Resmi Gazete'de (bkz. Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1997, Teil I, No. 88, s. 3224-3241) yayımlanarak, istisnalar hariç olmak üzere Kanun'un 5. maddesi 1. fıkrası hükmüne istinaden, takip eden yılbaşından (yani 01.01.1998) itibaren yürürlüğe girmiştir (bkz. Özbay, 2003: s. 1055-1058).

Bu kanun ile asıl olarak 1887 tarihli Alman Usul Kanunu'nun (Zivilprozessordnung: ZPO) tahkim yargılamasına ilişkin 10. kitabının o sırada yürürlükte olan tüm hükümlerinin (m. 1025-1048) değiştirilerek, m. 1025-1066 arasında yeniden düzenlenmesi nedenle, ZPO'nun tahkime ilişkin m. 1025-1066 hükümleri bakımından da UNCITRAL Model Kanun'un 1985 yılı hükümleri benimsenmiş olmaktadır (Zöller, Geimer, 2014: m. 1025 öncesi, kn. 9; Gottwald, 2005: s. 284, kn. 3; aynı yönde bkz. Keser Berber, 2001: s. 126). Böylelikle Alman hukukunda da modern uluslararası standartlara uyulmuş ve milli ve milletlerarası tahkim bakımından tek tip bir düzenleme getirilmiştir (bkz. Zöller, Geimer, 2014: m. 1025 öncesi, kn. 10; Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1317, kn. 2). Ayrıca bu kanun ile kısmen pratikten uzak, eksik ve icra edilebilirlik, iptal davası ve kanun yolları gibi hususlarda karmaşıklıklar içeren eski düzenlemedeki zayıf noktalar giderilmiştir ve daha fazla hukuki güvenlik sağlanmıştır (bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1317, kn. 2). ZPO'nun 1025 ve devamı maddelerindeki bu yeni hükümler ile tahkim yargılaması çok daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir (bkz. Gottwald, 2005: s. 284, kn. 3). Keza bu hükümler ile özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların Alman Anayasasının 13. maddesi anlamında devlet mahkemelerinin yerine geçerek gerçekten bir yargılama ile çözümü hususunda özel mahkemelerin görev yapmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir (bkz. Zöller, Geimer, 2014: m. 1025 öncesi, kn. 1; Gottwald, 2005: s. 284, kn. 3).

Doktrinde Pekcanıtez, HMK'daki tahkime ilişkin hükümlerin, önemli olmayan bir takım farklılıklarla birlikte 4686 sayılı MTK esas alınarak düzenlenmiş olması sebebiyle, milli ve milletlerarası tahkimin aynı kanuna tabi kılınması amacının nisbeten gerçekleşmiş olduğunu belirtilmiştir (bkz. Pekcanıtez, 2011: s. 64; benzer bir yorum için bkz. Budak, 2012: s. 32-33). Ayrıca HMK'nın, şekli bakımdan ikiliği

muhafaza etmekle birlikte, yürürlüğe girmesiyle, milli tahkime uygulanan hükümler ile milletlerarası tahkime uygulanan hükümlerin içerik bakımından büyük ölçüde birbirine benzer bir hal alacağı da ifade edilmiştir (bkz. Kuru, Budak, s. 23; Budak, 2012: s. 33) MTK, UNCITRAL Model Kanunu örnek alınarak hazırlanmıştır (Bozkurt Yüksel, 2011: s. 136). Ancak MTK'nın yürürlüğe girdiği 2001 yılından sonraki dönemde, UNCITRAL Model Kanunu'nda 2006 yılında iki hususta revizyon gerçekleştirilmiştir. Bunlardan ilki, Model Kanun'un tahkim sözleşmesinin tabi bulunduğu yazılı şekil şartına ilişkin hükümlerinde esaslı değişiklikler yapılması; ikincisi ise, tahkim yargılamasındaki geçici hukuki koruma tedbirleri hakkında yeni ve ayrıntılı hükümlere yer verilmesidir (bkz. Budak, 2012: s. 33; Bozkurt Yüksel, 2011: s. 163-165).

HMK ile HUMK'nun tahkime ilişkin hükümleri arasındaki temel müessese farkları, temyizden evvelki aşamada uygulanacak iptal davasının getirilmesi (m. 439) ile hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar vermesi (m. 422) ve tahkimde ihtiyati tedbir ile delil tespiti kurumunun (m. 414) ihdas edilmiş olmasıdır (Budak, 2012: s. 31, 48).

HUMK'dan farklı olarak HMK'da ilk defa ihdas edilen bu kurumlardan iptal davası ile hakemlerin kendi yetkisi hakkında karara vermeleri, MTK bakımından bir yenilik değildir. Zira bu kurumlar MTK m. 15 ve m. 7/H'da zaten benzer şekillerde düzenlenmişti. Ancak, MTK'nın 6. maddesinden farklı olarak, hakemlerin mahkemeye başvurmaksızın, kendiliğinden ihtiyati tedbire ve delil tespitine karar verebilmelerine imkân veren bu yeni düzenlemenin UNCITRAL Model Kanunu'nun 2006 yılındaki revizyonu ile yapılan yeni düzenlemesinin esas alındığını bize göstermektedir. Bu revizyonun MTK'nın yürürlüğünden sonra yapılmış olması nedeniyle, HMK'nın bu hükmünün MTK'nın hükmünden daha ilerici ve hakemlere daha fazla hareket alanı tanıdığı görülecektir. Böylece HMK'da, mahkemelerin, tahkim yargılamasını kontrol ve müdahale etme yetkileri HUMK'a göre önemli ölçüde daraltılmış ve yine HUMK'da hakemlere yasak olan birçok işlemin hakemler tarafından doğrudan yapılması kabul edilmiştir (Ekşi, 2013: s. 11).

HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri temel olarak şu hususlarda düzenleme getirmiştir: tahkimin uygulama alanı, tahkime elverişlilik, tahkim sözleşmesinin

tanımı ve şekli şartları, hakemlerin seçimi ve reddi, tahkim yargılamasının usul ve esasları, hakemlerin karar vermesi, kararlara karşı iptal davası ve temyiz ile iade-i muhakeme yolu, tahkimde ihtiyati tedbir ve delil tespitidir. Çalışma konumuz bakımından HMK'nın "Tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli" başlıklı 412. maddesi başta olmak üzere, tahkimin uygulama alanına ilişkin 407. maddesi, tahkime elverişlilik hakkındaki 408. maddesi, tahkim itirazı hususundaki 413. maddesi ile iptal davası hususundaki 439. maddesi hükümlerinin incelenmesi esas olacaktır.

HMK'nın uygulama alanı başlıklı 407. maddesi, *"Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.*" hükmündedir. Bu yeni düzenleme ile milli (iç) tahkim bakımından, açıkça toprak ilkesi kabul edilmiş olmaktadır (bkz. Kuru, 2015: s. 724; Karslı, 2012: s. 906; Ulukapı, 2015: s. 516; Sarısözen, 2011: s. 378; Görgün, 2015: s. 476; Ekşi, 2013 (a): s. 47; Özbay, 2013: s. 510; Kılıçoğlu, 2012: s. 1452; Sarısözen, 2011: s. 378). Ayrıca bu hükümle, MTK'da yer alan düzenleme esasa alınmış ve mehaz UNCITRAL Model Kanunu ve tahkim hukukundaki gelişmeler esas alınmıştır (bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1065; Özbay, 2013: s. 510). Dikkat edilirse, HMK'nın anılan hükmü, Kanun'un uygulama alanına giren milli tahkimi, adeta MTK'ya atfen, tabiri caizse mefhumu muhalifinden hareketle tanımlamaktadır (Budak, 2012: s. 34; Özbay, Korucu, 2016: s. 5). Buna göre, HMK'nın 407-444. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan tahkim hükümleri, 4686 sayılı MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır (Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 15-16; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1065; Sarısözen, 2011: s. 378; Budak, 2012: s. 34; Kılıçoğlu, 2012: s. 1453; Öztürk, 2014: s. 104). Dolayısıyla HMK, 4686 sayılı MTK'nın kapsamı dışındaki iç tahkime uygulanacaktır (Akıncı, 2013: s. 23; Ekşi, 2013: s. 10; , Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 16. Aynı yönde başka bir ifade için de bkz. Yılmaz, 2012: s. 1670; Çelikel, Erdem, 2014: s. 696; Yeşilırmak, 2011: s. 208).

Alman tahkim hukuku bakımından ilgili hüküm, ZPO'nun 10. kitabının ilk maddesi olan uygulama alanı başlıklı 1025. maddenin 1. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, ZPO'nun tahkime ilişkin hükümleri ancak, tahkim yargılamasının

yapılacağı yerin m. 1043/ f. 1 anlamında Almanya'da bulunması halinde uygulanabilecektir (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 338, kn. 785; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 254, kn. 800; Zimmermann, 2007: m. 1025, kn. 1). Ayrıca ZPO m. 1043/ f. 1, c. 1'e göre, taraflar tahkim yerinin Almanya dışında bir yer olmasını da kararlaştırabilirler (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 254, kn. 800). Bundan anlaşılacak şey ise, yargılamanın Almanya'da yapılması ve bununla birlikte yargılama neticesinde ulaşılan kararın da Almanya'da verilmesi olup, yargılamanın tarafları ister Alman isterse yabancı olsun verilen karar Alman hakem kararı sayılacaktır (bkz. Özbay, 2003: s. 1060). Bununla birlikte, tahkim yargılamasının yabancı bir tahkim yargılaması olarak kabul edileceği hallerde, tarafların Alman tahkim hukukunun hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırmaları da yasak değildir (Zimmermann, 2007: m. 1025, kn. 1).

Maddenin ilk fıkrasında HMK'dan farklı olarak uygulama alanı için tek bir kriter öngörülmüştür. O da tahkim yargılamasının yapılacağı yerin, yani tahkim yerinin Almanya'da bulunmasıdır. Tahkim yargılamasının Almanya'da bulunmasından maksadın ise atıf yapılan m. 1043/f. 1'e göre tespit edilmesi gerekecektir. Buna göre, taraflar, tahkim yeri hakkında anlaşabilirler. Şayet böyle bir anlaşma bulunmuyorsa, bu takdirde tahkim yeri, hakem mahkemesi tarafından tespit edilir (aynı yönde bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 338, kn. 785). Bunun yanında, bu tespit yapılırken, taraflar için yerin uygunluğu dâhil olmak üzere davanın koşulları dikkate alınmalıdır.

Hukukumuzda olduğu gibi ayrıca yabancılık unsurunun aranmaması, ZPO'nun hem iç (yerli) hem de milletlerarası tahkime uygulanmasından kaynaklanmaktadır. İşte bu hükümle, hakem kararlarının milliyeti bakımından doktrinde kabul edilen "usuli teori (usul hukuku teorisi)" terk edilerek, toprak ilkesi kabul edilmiştir (ayrıca usuli teori hakkında da bkz. Özbay, 2003: s. 1060-1061). UNCITRAL Model Kanun'un ilgili devlet veya diğer devlet veya devletler arasındaki yürürlükteki anlaşmalara tabi olarak, milletlerarası ticari tahkime uygulanacak olması nedeniyle uygulama alanının milletlerarası ve aynı zamanda ticari nitelikteki tahkimleri kapsaması (bkz. UNCITRAL Model Kanun m. 1/ f. 1) karşısında, ZPO'nun tahkim hükümlerinin hem iç (yerli- milli) ve milletlerarası tahkime hem de ticari ve ticari olmayan uyuşmazlıklara da uygulanacak olması nedeniyle, ZPO'nun tahkim

hükümlerinin uygulama alanı daha geniştir (bkz. Özbay, 2003: s. 1063-1064). Örneğin, bu hükümler sadece ticari nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından uygulanır şeklinde bir sınırlayıcı hüküm de bulunmamaktadır (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1025, kn. 1).

Maddenin takip eden fıkraları ise tahkim yargılamasının yapılacağı yerin Almanya olmasına ilişkin bu kural hükmünün istisnalarını göstermektedir. Buna göre, maddenin ikinci fıkrasında tahkim yargılamasının yapılacağı yerin Almanya dışında olması halinde ise bu kitabın hangi maddelerinin hala uygulanabileceği belirtilmiş, üçüncü fıkrada ise davalı veya davacının ikametgâhının veya yerleşim yerinin Almanya olması şartıyla, henüz tahkim yargılamasının yapılacak yerin belli edilmemiş olması sırasında uygulanabilecek hükümlere atıf yapılmıştır. Son fıkrada ise yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine ilişkin uygulanacak hükümler gösterilmiştir

HMK'nın tahkim hükümlerinin uygulama alanının belirlenmesinde, 407. maddede geçen iki temel hususun tespit edilmesine ihtiyaç vardır. Birincisi, MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsurundan, ikincisi ise tahkim yerinden ne anlaşılması gerektiğinin tespitidir.

Bu bağlamda, HMK'nın yukarıya aktarılan 407. maddesinde yabancılık unsuru için MTK'ya atıf yapılmış, ancak doğrudan madde numarası verilmemiştir. Bu husus MTK'nın yabancılık unsuru başlıklı 2. maddesinde düzenlenmiştir. Nisbeten uzun ve ayrıntılı olarak yapılan düzenleme şöyledir:

"*Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.*

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır."

MTK'nın bu hükmünde tanımlanan ilişkilerin ve hukuki durumların varlığı halinde yabancılık unsuru ortaya çıkacaktır (Yabancılık unsuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kalpsüz, Tahkim, s. 15-28; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 4-9). Dolayısıyla bunlardan birinin bulunmadığı hallerde, yabancılık unsuru bulunmayacağı için tahkim HMK'ya tabi olabilecektir.

Diğer husus ise tahkim yeri kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Bu bağlamda "tahkim yeri" doktrinde Budak tarafından, UNCITRAL Model Kanunu'nun yorumuna da uygun olarak tarafların bağlama noktası olarak seçtikleri yer şeklinde ifade edilmiş, ancak bundan, fiziki olarak tahkim yargılamasının gerçekleştiği veya hakem kararının imzalandığı yerin anlaşılmaması gerektiği de belirtilmiştir (bkz. Budak, 2012: s. 34).

Öte yandan HMK m. 425/f. 1 hükmüne[21] göre, tarafların üzerinde anlaştıkları bir tahkim yeri bulunmuyorsa, tahkim yeri hakemler tarafından da belirlenebilir. Bu istisnanın ortaya çıkması, yani tarafların tahkim yeri hakkında sessiz kalmaları halinde, hakemler tahkim yerini seçerek, tahkimi yargılamasının HMK'ya göre

[21] *"Tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir."*

yapılmasını sağlayabileceklerdir. Ancak, hakemlere tanınmış bu yetki, sınırsız da değildir. Zira anılan fıkranın 2. cümlesinde, hakemlerin bu seçimi yaparken, "olayın özellikleri"ni dikkate almaları gerektiği hükme bağlanmıştır. Şayet, tahkim yargılamasına konu uyuşmazlık veya uyuşmazlığın taraflarının Türkiye ile bir bağlantıları bulunmuyorsa, hakemlerin Türkiye'yi tahkim yeri olarak seçmelerinin haklı bir yanı olmayacak ve bu seçim kanuna uygun olmayacak, böylece de tahkimin HMK hükümlerine tabi olması sonucu doğmayacaktır (Budak, 2012: s. 35).

Zira HMK'nın 407. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, HMK'da, milli tahkim hükümlerinin uygulama alanı bakımından toprak esasını benimsenmiştir. Dolayısıyla taraflar, tahkim yerinin Türkiye olarak seçilmediği bir yargılamada, Türk tahkim usulünü seçtiklerini belirtmek suretiyle, otorite kanunu ölçütüne göre tahkim yargılamasını HMK'nın tahkim hükümlerine dâhil edemezler. Öte yandan taraflar, tahkim yeri Türkiye olan bir tahkim yargılamasını da tamamıyla yabancı bir usul kanununa tabi tutamazlar. Nitekim tahkim yeri Türkiye olan bir tahkim yargılaması, MTK m. 2 anlamında yabancılık unsuru taşıyorsa MTK hükümlerine, bunu taşımıyorsa HMK hükümlerine tabi olacaktır (bkz. Budak, 2012: s. 35. Aksi yönde görüş için bkz. Ekşi, 2013; s. 48; Özbay, Korucu, 2016: s. 7; Yeşilova, 2013: s. 149).

HMK m. 407'nin hükümet gerekçesi şöyledir: "Bu kısmın amacı, milli tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Dolayısıyla, Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamdı yabancılık unsuru taşımayan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği hallerde bu Kısım hükümleri uygulanacaktır. Bu madde ile milli tahkim açısından, açıkça toprak ilkesi kabul edilmiştir." (bkz. Yılmaz, 2012: s. 1669, dn. 1).

1.2.4. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

Türk hukukunda milletlerarası tahkim ile ilgili düzenlemeler hakkındaki yukarıda genel olarak bilgiler verilmişti.[22] Dikkat edilirse, buradaki hükümlerde temel olarak, tahkim yerinin Türkiye dışında bulunduğu, uluslar arası iki veya çok

[22] Bkz. yukarıya "1.1. Genel Olarak Tahkim Hakkındaki Mevzuat" başlığına.

taraflı sözleşmeler kapsamında yapılan ve genel itibariyle de kurumsal tahkim merkezlerinde yapılan tahkimin usul ve esasları ile Türkiye'de yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bakımdan değerlendirildiğinde, MTK'na kadar, tahkim yerinin Türkiye olarak tespit edildiği ve yabancılık unsuru bulunan bir uyuşmazlığa ilişkin, tüm yargılama usul ve esasları ile sonucunda verilecek hakem kararının icrası hususunda, ayrı bir milli tahkim kanunu bulunmadığı görülecektir. Bu nedenle, MTK'dan önce, ister yabancılık unsuru bulunsun isterse bulunmasın, Türkiye'deki bir tahkim, 1086 sayılı HUMK'na tabi olmaktaydı (bkz. Akıncı, 2013: s. 55; Şanlı, 2013: s. 261; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 81-582. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için ayrıca bkz. Kalpsüz, 2001: s. 110-127).

Ancak, yabancılık unsuru bulunan, özellikle de milletlerarası ticari ve yatırım ilişkilerinin farklı niteliği dolayısıyla, uyuşmazlığın taraflarının beklentileri ve uyuşmazlığın tarafsız tahkim merkezleri veya hakem heyetince çözümü hususunda, milli (iç) tahkime uygulanan hükümlerden farklı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyacı karşılamak üzere, yayım tarihi olan 05.07.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çıkarılmıştır (bkz. Çelikle, Erdem, 2014: s. 696). Anılan kanun, tahkim yerinin Türkiye olarak kararlaştırıldığı, fakat yabancılık unsuru taşıması nedeniyle, konusu itibariyle milletlerarası nitelikteki uyuşmazlıklar[23] için öngörülmüş, milletlerarası tahkim hakkındaki özel bir kanun niteliğindedir (Akıncı, 2013: s. 56). Zira böyle bir kanunun, iki amacı ve hedefi olabilir. Bunlardan ilki, milletlerarası ticari uyuşmazlıklardan kaynaklanan tahkimi, tamamen yerli nitelikteki uyuşmazlıklardan kaynaklanan tahkimden farklı hükümlere tabi kılmaktır. İkincisi ise, Türkiye'nin bir tahkim merkezi olarak milletlerarası alanda yer edinebilmesi sağlamaktır. İkinci amaç ve hedef için en önemli etken, Türk tahkim hukukunun milletlerarası tahkime mümkün olduğunca benzemesi olacaktır ki; Türkiye, MTK ile bu hedefe yaklaşmak istemektedir. Bu yeni Kanunun, özellikle İsviçre Tahkim Kanunu ile Birleşmiş Milletler Model Kanunu (UNCITRAL) dikkate

[23] Zira MTK m. 2/f. 1, *"Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır…"* hükmüne göre, bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması durumunda, tahkim milletlerarası nitelik kazanacaktır. Bir uyuşmazlığın hangi hallerde yabancılık unsuru taşıdığı, dolayısıyla milletlerarası nitelikte olduğu ise, maddenin devamında 4 bent halinde ayrıntılı olarak sayılmıştır (bu bentler için ayrıca bkz. Şanlı, 2013: s. 264). Maddenin tam metni için, yukarıda "1.3. 6100 Sayılı HMK'nın Tahkime İlişkin Hükümleri" başlığına bakınız.

alınarak yapıldığı düşünülürse, bu hedefe yaklaşacağı söylenebilir (bkz. Akıncı, 2013: s. 56).

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 19 maddeden oluşmaktadır. MTK'nın tahkime ilişkin hükümleri temel olarak şu hususlarda düzenleme getirmiştir: uygulama alanı, yabancılık unsuru, tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli şartları, mahkemede tahkim itirazı ve mahkemede yapılan tahkim sözleşmesi, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz müessesesi, hakem veya hakem kurulunun seçimi, reddi, sorumluluğu, görevinin sona ermesi ve yetkisi, tahkim yargılamasının usul ve esasları, hakem kararlarına karşı kanun yolu, bu bağlamda iptal davası ve hakem kararlarının icra edilebilir hâle gelmesi, tahkim giderleridir (bkz. Ekşi, 2003: s. 306 vd.).

Çalışma konumuz bakımından, MTK'nın tahkim sözleşmesinin "tanımı ve şekli" başlıklı 4. maddesi başta olmak üzere, tahkim itirazı ve mahkemede tahkim sözleşmesi yapılması hususundaki 5. maddesi ile iptal davası hususundaki 15. maddesinin tahkim sözleşmesi ile ilgili hükümlerinin öncelikle incelenmesi esas olacaktır.

Ancak bu hususlardan önce bir uyuşmazlığın HMK veya MTK'ya tabi olup olmadığını tespit önem arz edecektir. HMK'nın uygulama alanı başlıklı 407. maddesine göre; 4686 sayılı MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında HMK uygulanacaktır. Dolayısıyla HMK, 4686 sayılı MTK'nın kapsamı dışındaki milli (iç) tahkime uygulanacağına göre, MTK da milletlerarası tahkime uygulanacaktır (Akıncı, 2013: s. 23; Şanlı, 2013: s. 262; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 581; Ekşi, 2013: s. 10. MTK'nın uygulanması için aranan şartlar ile ilgili olarak bkz. Tanrıbilir, Şit, 2002: s. 828 vd.).

HMK'nın uygulama alanını gösteren 407. maddesine karşılık gelen MTK hükmü ise, kanunun 1. maddesinde yer almaktadır. Anılan maddesinin 2. fıkrasında, *"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."* şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükme

göre, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanması için, birinci durumda, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması ve tahkim yerinin Türkiye olması gerekecektir. Diğer durum ise, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlık hakkında tahkim yeri Türkiye olarak kararlaştırılmamış bulunsa da, taraflar ya da hakem veya hakem kurulu tarafından, uyuşmazlığın çözümü amacıyla MTK'nın hükümlerine göre yargılama yapılması hususunda karar verilmesidir (Helvacı, 2009: s. 181).[24] Böylece, tahkim yargılamasında uygulanacak kuralları seçme hususunda, taraflara veya hakemlere irade serbestisi tanınmaktadır (bkz. Akıncı, 2013: s. 58). Bu durumda da tahkim, Türkiye açısından milletlerarası olarak nitelendirilecektir. (Akıncı, 2001 (a): s. 58; Akıncı, 2013: s. 57).

Öte yandan tartışmalı olan husus, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklarda, başka bir ifadeyle HMK'nın uygulama alanına giren bir uyuşmazlık hakkında, taraflar ya da hakemlerin MTK'nın uygulanmasını kararlaştırıp kararlaştıramayacaklarıdır. Bir görüş, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2. maddesinde yabancılık unsurunun son derece ayrıntılı bir şekilde tarif edilmesinden dolayı, bu kanunun yabancı unsurlu olmayan uyuşmazlıklara uygulanmasının mümkün olmadığı yönündedir (Akıncı, 2001 (a): s. 58). Diğer bir yaklaşım ise, yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere MTK'nın uygulanmasının öngörüldüğünü, ancak yabancılık unsuru taşımayan ilişkilerde de, taraflar veya hakemlerin, bu kanunun uygulanmasını da kararlaştırabileceklerini savunmaktadır (Kalpsüz, 2001: s. 124).

Kanunun lafzının her iki yorum tarzına da imkân verdiği ifade edilse de, bize göre yasa koyucu şayet isteseydi, kanunun uygulama alanını sadece yabancılık unsuru ile kesin bir şekilde sınırlandırma imkânına sahipti. Kaldı ki bu kanunun oluşma sürecinde yapılan bilimsel toplantılarda, her şeyi ile milli (yerli) tahkime tabi bir uyuşmazlığı, taraflar veya hakemler, bu kanunun hükümleri dairesinde çözmek isterlerse bunun mümkün olup olmadığı sorusuna cevap aranmıştır. Genel kanaat, bu tür uyuşmazlıkları da, milletlerarası tahkim kanununun uygulama alanı içine alma

[24] Bu durum maddenin gerekçesinde de söyle ifade edilmiştir: *"Doğal olarak taraflar tahkim yargılamasının tabi olduğu kuralları belirlemek konusunda anlaşmakta serbesttirler. O nedenle aralarındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü bu Kanuna tabi kılabilecekleri gibi hakem veya hakem kurulu da uyuşmazlığın çözümünde bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını seçebileceklerdir."* (bkz. http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf E.T. 12.06.2015).

yönünde olmuştur (bkz. Şanlı, Karayalçın, Kalpsüz, 1997: s. 83-84). Tarafların iradeleri doğrultusunda MTK'nın uygulanmasını kararlaştırabilecekleri ile ilgili diğer bir sorun, tarafların, MTK'nın kapsamına giren bir uyuşmazlık hakkında HMK hükümlerinin uygulanmasını isteyip isteyemeyecekleridir. Bu hususta Akıncı, MTK'nın uygulama alanı hakkındaki 1. maddesinin 2. fıkrası hükmünün amir bir hüküm olduğunu, tarafların böyle bir emredici hükmün aksine hareket ederek MTK'nın kapsamına giren bir uyuşmazlık hakkında HMK hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırmalarının Kanun'un lafzı dikkate alındığında mümkün olmadığı kanaatindedir (Akıncı, 2013: s. 59-60).

MTK'dan önceki dönemde, bir tahkimin "yerli" veya "yerli olmayan" tahkim olarak mı, yerli olmayan tahkimin ise, "yabancı" veya "milletlerarası" tahkim olarak mı adlandırılacağı tartışma konusu olmuştur (Tartışmalar hakkında bkz. Kuru, 2001: s. 6223-6224; Kalpsüz, 1997: s. 301; Ertekin, Karataş, 1997: s. 420 vd.). Doktrinde Üstündağ, milletlerarası tahkim diye bir kavramın söz konusu olmadığını, zira yerli olmayan hakem kararlarının da, yabancı bir devlette verilmiş olması dolayısıyla mutlaka bir devlete ait olduğu görüşündedir (bkz. Üstündağ, 1968: s. 38-39). Aynı zamanda bu tahkim yargılamaları neticesinde verilen hakem kararlarının da "yerli" veya "yabancı" hakem kararı olduğunun belirlenmesi hususu tartışmaları beraberinde getirmiştir (Akıncı, 2013: s. 60. Toprak kriteri ve usule uygulanacak hukuk kriteri hakkında bilgi için bkz. Akıncı, 1994, s. 9-11; Koral, 1979: s. 10 vd. Ayrıca bu hükümlerde söz konusu olan kriterler hakkındaki değerlendirmeler hakkında bkz. Tanrıbilir, Şit, 2002: s. 822-823). Zira hakem kararlarının tenfizinin gerekip gerekmediği açısından bugün hala önemlidir. Ancak MTK'nın 2. maddesinin 1. fıkrası, bu tartışmayı kesin bir şekilde sona erdiren ilk düzenleme olmuştur (Akıncı, 2013: s. 60). Zira söz konusu hükme göre, maddenin devamında 4 bend olarak sayılan hallerden herhangi birinin varlığı halinde, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını anlaşılacak ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanacaktır (aynı sonuca yönelik bkz. Çelikel, Erdem, 2014: s. 696). Bu bakımdan, sadece MTK'nın uygulama alanını değil, aynı zamanda da tahkimin niteliğini tespit etmesi bakımından, maddede sayılan "yabancılık unsuru" halleri önemlidir. Bu nedenle de, bu haller nisbeten ayrıntılı bir şekilde sayılmıştır (bkz. Çelikel, Erdem, 2014: s. 696).

Bu durumun bir istisnası, MTK'nın 1. maddesinin 5. fıkrasında[25] öngörülmüştür. Buna göre, 4501 sayılı Kanun kapsamına dâhil bir uyuşmazlık üzerine tahkim yoluna başvurulması halinde "yabancılık unsuru", MTK'nın 2. maddesinde sayılan yabancılık halleri ile tespit edilmeyecek, bu hususta 4501 sayılı Kanun esas alınacaktır. Bu bakımdan yabancılık unsuru, 4501 sayılı Kanun'un 2. maddesi üçüncü fıkrasında sayılan hallerle[26] sınırlı tutulmaktadır. 4501 sayılı Kanun kapsamında yapılacak bir tahkimde, taraflar, hakem veya hakem kurulu, her şeyi ile milli bir tahkime tabi uyuşmazlığı, iradeleri ile milletlerarası tahkime, dolayısıyla MTK'ya tabi hale getirememektedir. Bunun için uyuşmazlığın 4501 sayılı Kanun'da öngörüldüğü şekilde yabancılık unsuru taşıması halinde, uyuşmazlık hakkında milletlerarası tahkime müracaat öngörülmektedir (Ulusoy, 2001: s. 88). Başka bir ifadeyle, yabancılık unsurunun tespiti 4501 sayılı Kanun'daki tanımlamaya tabi olduğu halde, 4501 sayılı Kanun kapsamındaki bir uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak yargılama usul ve esasları MTK hükümleri olacaktır (Kaplan, 2002: s. 204).

1.2.5. Milletlerarası Tahkime İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler

Milletlerarası tahkimle ilgili olarak 2001 yılında yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, tahkim yerinin Türkiye olarak kararlaştırıldığı milletlerarası tahkim hakkındaki temel mevzuat niteliğinde olduğunu yukarıda zikretmiştik.

MTK'nın yanında, Türkiye'nin 1961 yılında taraf olduğu Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin 1961 Cenevre Sözleşmesi ve yine aynı yıl onaylanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 New York Sözleşmesi,

---

[25] MTK m. 1/ f. 5: *"21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu kanuna tabidir."*

[26] 4501 sayılı Kanun'un 2 (c) maddesi *"Yabancılık unsuru: Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklıklarından en az birinin 18.1.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümlerine göre yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden birini"* ifade eder.

milletlerarası tahkim hakkındaki önemli uluslar arası sözleşmelerdir (New York Sözleşmesi bakımından bkz. Şanlı, 2009: s. 169).

Ayrıca Türkiye'nin bazı devletler ile yaptığı adli yardım antlaşmalarında da yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Öte yandan, Türkiye'nin çok sayıda devlet ile imzalamış bulunduğu iki taraflı yatırım antlaşmalarıyla, antlaşma kapsamında yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıklarda, tahkime başvurulması da kabul edilmiştir (bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 10). Bu antlaşmalara ilaveten Türkiye, 1965 yılında Washington'da imzalanan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Konvansiyon'a (ICSID) 1988 yılında taraf olmuştur (bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 10). Ayrıca Enerji şartı Sözleşmesi ve Eklerini (PEEREA) de 2000 yılında onaylamıştır (bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 10). ICSID Konvansiyonu ile yatırım anlaşmazlıklarının çözümü hususunda faaliyet göstermek üzere Washington'da bir uluslararası tahkim merkezi kurulmuştur (Birsel, 2005: s. 4).

Hemen yukarıda özetle sıralamaya çalışıldığı üzere, Türkiye'nin gerek ticari gerekse yatırım ilişkileri hakkındaki iki veya çok taraflı yaptığı veya sonradan katıldığı milletlerarası sözleşmelerde bulunan milletlerarası tahkime ilişkin hükümler ile yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki milletlerarası sözleşmelerin hükümlerinin Türk hukukunda nerede bulunduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu hususstaki temel hüküm Anayasa'nın 90. maddesinde yer almaktadır. Anılan maddenin son fıkrası *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz ..."* şeklindedir. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bulunan milletlerarası antlaşmalar, Türk hukukunun bir parçası olarak kabul edilecek ve kanun hükmünde sayılacaktır. (Milletlerarası sözleşmelerin Türk hukukundaki yeri ve etkileri hakkında doktrindeki tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2004: s. 47-77; Aybay, 2007: s. 187-213; Gülmez, 2004: s. 147-161; Tunç, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasayargisi/anayargi/tunc. pdf (E. T. 10.07.2015); Gözler, http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm (E.T. 10.07.2015);

Akkutay, 2007: s. 415- 447; Ceylan, 17 Ekim 2012, http://www.avukatlar.de/makaleler/44-milletler-arasi-antlasmalarin-tuerk-hukuku-ndaki-yeri.html (E.T. 10.07.2015); Gönenç, http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/90. madde.htmrega://eskiler/2004/05/ 20040522.htm (E.T. 10.7.2015). Ayrıca öncelikle uygulanacaktır (bkz. Ekşi, 2003: s. 305).

1.2.5.1. 1958 New York Sözleşmesi

Tahkim usulü ve yargılamasını düzenleyen 1923 tarihli Cenevre Protokolü ve 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Cenevre Sözleşmesi, gelişen tahkim ihtiyaçları yeterince karşılayamayınca, bunların yerine 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi hazırlanmış ve devletlerin onayına sunulmuştur (Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 123; Çelikel, Erdem, 2014: s. 687). "Sözleşme, adeta milletlerarası tahkim hukukunun ve uygulamasının köşe taşıdır." (Bkz. Yeşilova, 2008 (a): s. 77). Türkiye, 1991 yılında sözleşmeye taraf olmuştur (Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 123; Karayalçın, 1998: s. 21). Ancak, Türkiye bakımından bu sözleşmenin yürürlüğe giriş tarihi 1 Ekim 1992 tarihidir.

16 maddeden oluşan 1958 New York Sözleşmesi, milletlerarası hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda milletlerarası alanda var olan en önemli ve etkin bir düzenlemedir (Akıncı, 2013: s. 41. Ansay, 1984: s. 124; Kaplan, 2002: s. 31, 61; Çelikel, Erdem, 2014: s. 687). Nitekim ilk başlarda 25 devlet tarafından imzalanmasına rağmen, kısa süre zarfında pek çok ülke bu sözleşmeye taraf olmuştur (Bkz. Ansay, 1984: s. 125).[27]

New York Sözleşmesinin 1. maddesine göre, sözleşme "tanıma ve tenfiz ülkesinden başka bir ülkede verilmiş hakem kararları ile tenfiz ülkesine göre mahalli sayılmayan hakem kararları"na uygulanacaktır (Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Şanlı, 2013: s. 325 vd.; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 602 vd.; Ertekin, Karataş,

[27] 18 Temmuz 2015 tarihli son güncellemeye göre New York Sözleşmesine taraf ülke sayısı 143 olup, taraf devletlerin listesi, sözleşmeyi imza tarihleri, kabulü ve yürürlük tarihi ile çekince koydukları maddeler için de ayrıca bkz. (http://www.tahkim.net/konvansiyonlar/newyork-konvansiyonuna-taraf-olan-ulkeler-ve-cekinceleri-ingilizce, E. T. 30.7.2015).

1997. s. 524-526; Yeşilova, 2008 (a): s. 78-79; yerli ve yabancı hakem kararından ne anlaşılması gerektiği ve bunu tespite ilişkin kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kaplan, 2002: s. 63 vd.; Yeşilova, 2008 (b): s. 116 vd.; Sakmar, 1982: s. 29 vd.; Nomer, 1993: s. 296 vd.). Başka bir ifade ile Sözleşme, yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrasına uygulanır (bkz. Ünal, 1990: s. 58). Bir hakem kararının yerli veya yabancı olarak nitelendirmesi lex fori'ye göre belirlenecek olup, bu bakımdan kendisine tanıma ve tenfiz talebiyle başvurulan bir hâkimin, öncelikle kendi iç hukukunun bağlama kurallarına göre hakkında başvurulan kararın yerli veya yabancı olduğunu tespit etmesi gerekecektir. Zira ancak kararın yabancı olduğunun tespiti halinde tanıma ve tenfizi mümkün olacaktır (bkz. Ünal, 1990: s. 58; Kalpsüz, 1990: s. 40. Bir hakem kararının yabancı sayılması için öngörülen kriterler ve değerlendirmeler hakkında ayrıca bkz. Ünal, 1990, s. 60-61; Nomer, 1990 (a): s. 82 vd.; Ertekin, Karataş, 1997: s. 462 vd.; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 89-91). Ayrıca, sözleşmenin uygulanması için yalnız tenfiz ülkesinin sözleşmeye taraf olması yeterli olup, hakem kararının verildiği devletin de sözleşmeye taraf olması şart değildir (Nomer, 1990 (a): s. 82). Ancak sözleşmenin 1. maddesinin 3. fıkrasında, sözleşmeyi imzalayan devletlere, sözleşmenin uygulama alanını sadece taraf devletlerde verilen hakem kararları ile konu bakımından da sınırlayabilme olanağı verilmiştir. Bu çerçevede, taraf devletler karşılıklılık çekincesi koymak suretiyle, bu sözleşmeyi, ancak sözleşmeye taraf olmuş diğer bir devletin ülkesinde verilmiş hakem kararlarına uygulayabilecektir. (Şanlı, 2013: s. 326; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 123). 2014 itibari ile sözleşmeye taraf devlet sayısının 152 olduğu düşünülürse, sözleşmeye konulan bu çekincelerin sözleşmenin uygulama alanını önemli ölçüde daraltmayacağı söylenebilir (taraf devletlerin listesi için bkz. Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 602, dn. 474).. Türkiye de sözleşmeyi bu çekince ile imzalamıştır. Sözleşmenin söz konusu hükmü, akit devletlere sözleşmenin uygulama alanını hem coğrafi hem de konu itibariyle sınırlama imkânı tanımıştır. Bu hakkı kullanan Türkiye Cumhuriyeti devleti, sözleşmeyi sadece karşılık esasına göre taraf başka bir devletin ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında, ayrıca sözleşmeyi konu itibariyle de yalnızca sözleşme ve sözleşme dışı hukuki ilişkilerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari nitelikte sayılan uyuşmazlıklar bakımından uygulayacağını

beyan ederek, 08.05.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanun ile kabul etmiştir (bkz. Şanlı, 2013: s. 325-326; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 603-604).

Tahkim sözleşmesinin şekli geçerlilik şartları, New York Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında düzenlemektedir. Anılan maddenin 1. fıkrası gereğince tahkim sözleşmesi yapılabilmesi için, öncelikle uyuşmazlık tahkim yolu ile halledilmesi mümkün bir uyuşmazlık olmalıdır. Öte yandan taraflar 2. maddenin 1. fıkrasına göre, hem sözleşmeden doğan hem de sözleşmeden kaynaklanmayan meselelerin halli için tahkim sözleşmesi yapabileceklerdir. Bu hükümden hareketle, tarafların haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar için de tahkim sözleşmesi yapılabileceğini söyleyebiliriz. Ayrıca taraflar anılan hükme istinaden sadece doğmuş olan ihtilaflar için değil, ileride doğabilecek ihtilaflar için de tahkim sözleşmesi yapılabilecektir.

Aynı hükümde ifade edilen bir başka şart da, tahkim sözleşmesinin yazılı yapılmış olmasıdır (aynı yönde bkz. Balkar, 2004: s. 480). Bununla birlikte yazılı anlaşmadan ne anlaşılacağı ise sözleşmenin 2. maddesi 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm şöyledir: *"Yazılı anlaşma teriminden; karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır."*

New York Sözleşmesinde yazılı şekil şartı için kabul edilmiş durumlar sayılırken bunların sınırlı sayıda olmadığı ifade edilmiştir (Akıncı, 2001 (b): s. 431; Balkar, 2004: s. 480). Dolayısıyla, e-posta ile yazılmış bir tahkim sözleşmesi veya şartı New York Sözleşmesi uyarınca yazılı anlaşma olarak kabul edilmelidir (Akıncı, 2001(b): s. 431-432).

Tahkim anlaşmasının yazılı olması koşulu, hukukumuzda da aranmaktadır. Nitekim bu açıdan bakıldığında HUMK m. 517, HMK m. 412/2 ve MTK m. 4/2 de New York Sözleşmesiyle aynı prensipleri içermektedir (Kalpsüz, 2003: s. 1031-1032; Şanlı, 2013: s. 344).

1.2.5.2. 1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi

21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre'de yapılan Milletlerarası Ticari Hakemliğe Konusundaki Avrupa Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun çalışmaları sonucu milletlerarası ticari ilişkilerden doğan ihtilafların tahkim yolu ile çözümünü sağlamak amacıyla hazırlanmıştır (bkz. Şanlı, 1990, s. 3). Başka bir ifade ile 1958 New York Sözleşmesinin varlığı da dikkate alınarak, Avrupa ülkeleri arasında ticaretin gelişmesine yardımcı olmak, aralarındaki milletlerarası tahkimin teşkilatlanması ve işlemesine engel olabilecek güçlükleri ortadan kaldırmak amaçlanmıştır (bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 51; aynı yönde bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 547). Türkiye tarafından da 08.05.1991 tarih ve 3730 sayılı Kanun ile onaylanmıştır.[28]

1958 New York Sözleşmesi hakem kararlarının sadece tanınması ve tenfiz aşamalarını düzenlerken, 1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi tanıma ve tenfiz aşamasından daha önceki aşamayı, başka bir ifadeyle taraflar arasındaki tahkim sözleşmesine istinaden tahkimin başlaması ve yargılama sonucunda kararın verilip kesinleştiği ana kadar olan kısmı düzenlemektedir (Şanlı, 1990: s. 3; Ertekin, Karataş, 1997: s. 521; Kaplan, 2002: s. 70-71; aynı yönde bkz. Yeşilova, 2008 (a): s. 84-85). Böylece her iki sözleşmenin birbirini tamamladığını söylemek mümkündür (Ertekin, Karataş, 1997: s. 521). 1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi, 10 maddelik kısa içeriğinde, sözleşmenin uygulama alanını, tahkim sözleşmesinin geçerliliği için gereken şartları, tahkim sürecini, hakem heyetinin oluşturulmasını, hakem kararı ve verilen kararın iptal sebeplerini, hakem heyeti ile yerel yargı organları arasındaki ilişkiler gibi hususları düzenlemektedir (Şanlı, 1990: s. 3; aynı yönde bkz. Yılmaz, 1990: s. 16).

Bu içeriği dolayısıyla 1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi, 1958 New York Sözleşmesine nispeten tahkimi daha geniş bir alanda ele almıştır (Şanlı, 1990: s. 3; Akıncı, 2013: s. 43).

1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesi, tahkimi konu itibariyle "milletlerarası" karakterli "ticari ilişkiler" ile sınırlamıştır (Şanlı, 1990: s. 4; Kaplan,

[28] 23.09.1991 tarih ve 2000 sayılı Resmi Gazete'de s. 9 vd.'da yayımlanmıştır.

2002: s. 71). Anılan maddeye göre sözleşme hükümler, milletlerarası ticari ilişkilerden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların çözümü için akdolunan ve akdin yapıldığı sırada mutat meskenleri ve muamele merkezleri değişik akit ülkelerinde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki tahkim sözleşmelerine uygulanacaktır (Şanlı, 1990: s. 4-5; Kaplan, 2002: s. 71; Yılmaz,1990: s. 16). Avrupa Sözleşmesinin uygulanabilmesi için sübjektif ve objektif olmak üzere iki şartın gerçekleşmesi gereklidir. Sübjektif şart, tahkim sözleşmesi yapıldığı sırada tarafların mutat meskenlerinin değişik akit devletlerin ülkelerinde bulunmasıdır. Dolayısıyla her iki tarafın mutat meskenlerinin aynı devlette bulunması durumunda sözleşmesinin uygulanması söz konusu olamayacaktır. Öte yandan objektif şart ise, uyuşmazlığın milletlerarası ticari ilişkilerden kaynaklanmış olmasıdır. Bir başka ifadeyle ticari nitelikte olmayan işlerden doğan uyuşmazlıklarda bu Sözleşme uygulanamaz (bkz. Yılmaz, 1990: s. 16-17; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013; s. 24).

Ayrıca 1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi'ndeki milletlerarası ticari iş kavramını geniş yorumlamak gerekir. Örneğin, "bir bedel karşılığında mal ve hizmetlerin bir ülkeden diğer bir ülkeye taşınması işleri; milletlerarası satış işleri; lisans sözleşmeleri; milletlerarası turnelerin söz konusu olduğu sanat ile ilgili sözleşmeler; radyo/televizyon yayınları gibi işler Cenevre- Avrupa Sözleşmesinin uygulanabileceği işlerdir." (bkz. Yılmaz, 1990: s. 17).

1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesinin 1. maddesinin 2. fıkrası a bendi gereği, taraflar tahkim sözleşmesini esas sözleşmeden ayrı olarak yapabilecekleri gibi, esas sözleşmeye bir tahkim şartı koyarak da yapabilirler. Avrupa Sözleşmesine göre tahkim şartı veya sözleşmesi yazılı şekle tabidir. Buradaki yazılı şekilden maksat adi yazılı şekildir (Şanlı, 1990: s. 6; Yılmaz, 1997: s. 155-156; Ertekin, Karataş, 1997: s. 548; Kaplan, 2002: s. 72; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 53). Ancak istisnai olarak, kanunlarında yazılı şekil şartını aramayan devlete tabi taraflar arasındaki ilişkilerde, bunların kanunlarına uygun olarak yapılmış tahkim sözleşmeleri de geçerli sayılmıştır (Şanlı, 1990: s. 6; Yılmaz, 1990, s. 17; Ertekin, Karataş, 1997: s. 549; Kaplan, 2002: s. 72; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 25).

Sözleşmenin m. 1/ f. 2, b bendine göre ise uyuşmazlık belirli hadiseler için seçilmiş hakemler (ad hoc tahkim) tarafından çözümlenebileceği gibi daimi tahkim kuruluşları tarafından da çözümlenebilir.

1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi'nin "Hakemliğin Teşkili" başlıklı 4. maddesi doktrindeki bazı yazarlara göre en önemli ve can alıcı maddedir (Yılmaz, 1990: s. 19; Akıncı, 2013: s. 43). Şayet tarafların ad hoc tahkimi tercih ettiği hallerde hakem heyetinin oluşturulması hususunda bir açıklık bulunmuyorsa, mesele milli hukukların, milletlerarası ticaretin gereklerin ters düşebilecek hükümleri ile çözümlenmeye çalışılacak ve böylece uygulamada bir takım aksaklıkların doğmasına sebep olabilecektir. Bu bakımdan 1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi bu boşluğu doldurmakla, olası aksaklıkları giderecek ve milletlerarası ticari tahkimi bu bakımdan milli mahkemelere bağımlılıktan kurtaracaktır. Zira sözleşmenin 4. maddesi, davalının mutad meskeninin bulunduğu yer veya işlem yeri ticaret odası başkanının bulunduğu yeri esas alan bir yaklaşımdadır (bkz. Akıncı, 2013: s. 43, dn. 76. Ayrıca bkz. Şanlı, 1990: s. 7; Koral, 1965: s. 21-21). Zira hakem heyetinin oluşturulması meselesi, milletlerarası ticari tahkim için son derece önemlidir (bkz. Akıncı, 2013: s. 43, dn. 76). Tamamen taraf iradeleri ön plandadır. Öte yandan Türk iç tahkim hukukunda da taraflar istedikleri tahkim yolunu ve hakemleri seçebilirler. Ancak, bu konuda bir boşluk olması veya taraflar arasında anlaşmazlık çıkması durumunda, devlet mahkemeleri yetkili olur (örn; HMK m. 416). Bu açıdan bakıldığında 1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi'nin yaptığı düzenlemeler (m. 4) devlet mahkemelerini devre dışı bırakmıştır. Bu durum, Türk hukuku bakımından bir yenilik arz etmektedir (bkz. Şanlı, 1990: s. 8; Kaplan, 2002: s. 73).

1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi kapsamında, tahkim sözleşmesinin geçerli olmadığı iddiası ile mahkemeye başvuru yapılabilir. Bu başvuru taraflardan birinin ehliyetsizliği ile ilgiliyse, mahkeme, bu iddiayı ehliyetsiz olduğu ileri sürülen kişinin milli hukukuna göre karara bağlayacaktır. Şayet, tahkim sözleşmesinin varlığı veya geçerliliğine itiraz ehliyetten başka bir sebebe dayandırılmışsa; bu durumda mahkeme öncelikle tarafların tahkim sözleşmesini tabi kıldıkları kanun hükümlerine, bu konuda anlaşma yapılmamışsa, hakem kararının verileceği yer hukukuna, Söz konusu yer hukuku da tayin edilmemişse, davaya bakan mahkemenin kanunlar

ihtilafı gereğince yetkili olan kanun hükümlerine göre karar verecektir (Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 27).

1.2.5.3. 1965 ICSID (Washington) Sözleşmesi

Milletlerarası ticari ve ekonomik faaliyetlerin çoğunluğunu doğrudan yabancı yatırımlar ve bundan kaynaklı ilişkiler oluşturur. Devletler yabancı yatırımların ülkelerin kalkınması için ne kadar önemli olduğunu bilmekte ve ülkeye gelmesi için onun teşvik ve korunması amacıyla yasalar çıkarmaktadırlar. Zira bir girişimci, başka bir devletin ülkesinde yatırım yapmak için, kendisini, gerek ticari nitelikte gerekse başka sebeplerden kaynaklı bir takım risklere karşı emniyette hissetmelidir (Şanlı, 1996: s. 383). Yabancı sermayenin, gelişmekte olan ülkelerin dış ticaret ve tasarruf açığını azaltabilecek finans kaynağı olması yanında; yeni istihdam alanları yaratması, hazır bilgi ve teknoloji getirmesi, döviz kazandırıcı faaliyetleri ve milletlerarası entegrasyonları olumlu yönde etkilemesi, yeni pazar alanları oluşturması veya mevcut pazarı genişletmesi gibi birçok faydası vardır (bkz. Şanlı, 2013: s. 451-452).

İşte, devletlerin kendi ülkelerine gelecek yabancı sermayeye güven verme ve teminat gösterme gerekliliğinin bir sonucu olarak, uluslar arası hukukta yatırımın korunması ve ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda artan ihtiyacı karşılamak amacıyla, 1960'lı yıllarda, "Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası" (kısaca, Dünya Bankası) öncülüğünde iki anlaşma imzalanmıştır. Bunlar, kısaca MIGA olarak adlandırılan "Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (Multilateral Investment Guarantee Agency)" ve yine kısaca ICSID olarak adlandırılan "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkındaki Sözleşme (International Center for the Settlemen of Investment Disputes)" veya imzalandığı yer olması nedeniyle Washington Sözleşmesi veya Dünya Bankası Sözleşmesidir (Tiryakioğlu, 2003: s. 148; Şanlı, 2013: s. 452; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 634).

Türkiye tarafından 1988 yılında kabul edilen[29] MIGA, yabancı yatırımların ticari olmayan risklere karşı korunması amacını taşımaktadır. Bu amaca yönelik olarak da bir Garanti Fonu oluşturulmuş, böylece böylece gelişmekte olan ülkelere yabancı sermaye akışı teşvik edilmiştir (bkz. Şanlı, 2013: s. 452; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 634).

14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe giren ICSID ise, Türkiye'de 1989 yılında yürürlüğe girmiştir.[30] ICSID'ın temel hedefi, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tarafların istek ve çıkarlarında eşitliği sağlamaktır. Bunun için de sözleşme hükümleri doğrultusunda, sözleşmeye taraf devletlerin vatandaşları ile sözleşmeye taraf devletler arasındaki yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların "uzlaştırma" veya "tahkim yolu" ile çözümünü sağlamaktır (Üstündağ, 2000: s. 298-299; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 51; Erten, 1988: s. 208; Kaplan, 2002: s. 80; Öztürk, 1998: s. 362-363; Günuğur, 1999: s. 337 vd.; Kurt, 1990: s. 22-23; Altuntaş, 1988, s. 18). Bunun için de, merkezi Washington'da bulunan uluslar arası bir tahkim merkezi oluşturulmuştur (Akıncı, 2013: s. 44-45).

ICSID tahkimi, devletlerle diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarını çözmek üzere öngörülen özel bir tahkim yolu olup (bkz. Şanlı, 2009: s. 169), bu sistem bazı yönleri ile diğerlerinden ayrılmaktadır (Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 52). ICSID tahkimini diğerlerinden ayıran iki temel özellik bulunmaktadır. İlki, davacı yatırımcı ile davalı ev sahibi devlet arasında akdedilmiş bir tahkim anlaşması bulunmasa da, tahkime başvurmak mümkündür (Birsel, 2005: s. 12).

Bir uyuşmazlığın ICSID tahkimine göre çözümlenmesi için, sözleşmenin 25. maddesine göre belirli bazı şartların bulunması gerekir. Bunun için öncelikle, taraflar aralarında ICSID tahkimine gitme konusunda yazılı bir anlaşma yapılmış olmalı, söz konusu uyuşmazlık ICSID Sözleşmesine taraf ülke ile yine sözleşmeye taraf ülkenin vatandaşı arasında olmalı ve yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlık olmalıdır (Erten, 1998: s. 216; Şanlı, 2013: s. 455; Kurt, 1990: s. 25; Ekşi, 2005: s. 183;

[29] 06.12.1988 tarih ve 20011 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[30] Bu sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 27.05.1988 tarih ve 3460 sayılı Kanunla kabul edilmiş, anılan kanun 02.06.1988 tarih ve 19830 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Kaplan, 2002: s. 80-81). Maddede geçen yatırım uyuşmazlığının neleri kapsadığı açık değildir. Ancak sonraki yıllarda yapılan ikili anlaşmalar esas alındığında "yatırım uyuşmazlığı" kavramından nelerin anlaşılabileceğini, şu şekilde özetleyebiliriz: Bir devlet ile diğer bir devletin vatandaşları arasındaki yatırıma ilişkin sözleşmelerden (imtiyaz, istisna, lisans, management... v.s) kaynaklanan uyuşmazlıklar; anlaşma taraflarından birinin yabancı yatırımlarla ilgili görevli makamının ilgili yatırımcıya sağladığı bir yatırım izninin yorum ve uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar ve anlaşma ile verilen bu yatırımla ilgili herhangi bir hakkın ihlali iddiasından kaynaklanan uyuşmazlıklardır (bkz. Şanlı, 2013: s. 458; başka uyuşmazlık örnekleri için bkz. Ekşi, 2005: s. 184). Görüldüğü üzere ICSID tahkimine gitmek için taraflar arasında bir yazı anlaşma olmalı ve bu yazılı anlaşmada ICSID tahkimine gitme hususunda taraf iradeleri olmalıdır (bkz. Erten, 1998: s. 218; Kaplan, 2002: s. 81). Zira bu irade ICSID tahkim Merkezinin yargı yetkisinin temel taşını oluşturmaktadır (bkz. Yeşilırmak, 1999: s. 167; Erten, 1998: s. 218).

Dikkat edilirse burada da tahkim yargılamasının başlangıcı bir yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığına bağlıdır (Erten, 1988: s. 218; Kaplan, 2002: s. 81). Sözleşmenin anılan maddesinde belirtilen yazılı rıza şartı doğrudan doğruya sözleşmede, yatırım yapılan devletin milli yasalarında yahut herhangi bir anlaşmada gösterilebilir (Yeşilırmak, 1999: s. 168). Bununla birlikte, yabancı yatırımın teşviki ve korunması hususundaki mevzuatımızda ICSID Tahkim Merkezinin yargı yetkisinin kabul edildiğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır (Yeşilırmak, 1999: s. 168). Bu bakımdan, bu rızanın yatırım yapılacak Devlet tarafından tek taraflı bir icap olarak gösterilmesi halinde, yatırım yapan diğer bir devlet vatandaşı (veya şirketi) bu teklifi yazılı olarak kabul ederse, bu yazılı rıza yerine gelmiş olacaktır. İşte bu rıza Türkiye bakımından uygulamada çoğunlukla Türkiye'nin çeşitli devletler ile imzalamış olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarında ortaya konulmuştur (Yeşilırmak, 1999: s. 168; Şanlı, 2009: s. 169). Daha sonra o yatırım anlaşmasına taraf devletin vatandaşı (veya şirketi) tarafından Türkiye'de yatırım yapılması halinde, yatırımcının ICSID tahkimine gitme iradesini yazılı olarak göstermesi ile tahkim sözleşmesi yazılı kurulmuş olur. Bu halde aslında yatırımcı ile Türkiye devleti arasında doğrudan bir tahkim sözleşmesi yoktur. Ancak burada tahkim iradesi tarafların arasında mevcut

bir tahkim sözleşmesinden değil, ev sahibi devletin ICSID (Washington) sözleşmesine taraf olmasından doğmaktadır (akıncı, 013: s. 45; Kaplan, 2002: s. 81; Yeşilova, 2008 (a): s. 87-88).) ve tahkim rızası yatırım yapılan devletin yatırımcının tabiiyetinde olduğu devlet ile yaptığı ikili yatırım anlaşmasında baştan peşinen gösterilmektedir. ICSID tahkimi ihtiyari değil, mecburi bir tahkim yoludur. Çünkü taraflar yaptıkları tahkim anlaşmasında ICSID tahkimini seçmişlerse, artık tek taraflı irade beyanı ile bu tahkim yolundan vazgeçme hakları yoktur (bkz. Birsel, 2005: s. 13; Yeşilırmak, 1999: s. 167; Erten, 1998: s. 218).

İkinci önemli özellik ise, ICSID tahkimi neticesinde verilen hakem kararlarının milli mahkemelerden ayrı bir tenfiz kararı gerektirmeden icra edilebilmesidir (Akıncı, 2013: s. 45. Aynı yönde bkz. Yeşilova, 2008 (a): s. 88; Birsel, 2005: s. 14-15). ICSID Sözleşmesine taraf devletler, ICSID tahkim yargılaması neticesinde verine bir kararın kendi ülkelerinde tanınması ve tenfizi çekince göstermeyecek, örneğin; bir paranın ödenmesine ilişkin hakem kararlarını kendi ülkelerindeki bir mahkeme kararını uygular gibi tenfiz edeceklerdir (ICSID m. 54) (Birsel, 2005: s. 19). Ayrıca bunun için, kararın tenfiz edileceği ülke mahkemesinde tarafın tenfiz talebinde bulunmasına ihtiyaç duyulmadan, o ülkede mahkeme kararları nasıl icra ediliyor ise o usule uygun icra edilecektir (ICSID m. 54/3) (bkz. Erten, 1988: s. 222; Kurt, 1990: s. 29; Kaplan, 2002: s. 80-81).

ICSID hakem kararlarına karşı, tanıma ve tenfiz aşamasında kararın niteliği ve taraflar arasındaki esas ilişki ile ilgili itirazlar ileri sürülemeyecek ve hatta hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu iddiasına istinaden, tanıma ve tenfiz engellenemeyecektir (Bu konudaki olumlu ve olumsuz eleştiriler için bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 61; Nomer, 1982: s. 7; Öztekin, 1990: s. 148-149).

2. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda tahkim sözleşmesini tarif eden bir hüküm bulunmamaktaydı. HUMK'nun yerini alan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, "tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli" başlıklı 412. maddesinde 1. fıkrada tahkim sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Bu hükme göre; *"Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır."* 1086 sayılı HUMK'dan farkı olarak 6100 sayılı HMK'da, "tahkim anlaşması" yerine "tahkim sözleşmesi" kavramı kullanılmıştır. Bunun nedeni ise, HMK'daki yetki sözleşmesi, delil sözleşmesi kurumlarındaki sözleşme kavramını kullanmak suretiyle dil birliğinin sağlanması olarak ifade edilmektedir (bkz. Pekcanıtez, 2011: s. 68; Ekşi, 2013: s. 95).

HMK'dan daha önce tahkim sözleşmesinin tanımına yer veren 2001 tarihli 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasında, bu kavram söyle tanımlanmıştır: Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. "Bu tarifte yer alan "mevcut bir hukuki ilişkiden" ibaresi, aslına uygun olmayan ve yanlış anlamaya mahal verecek mahiyette bir kayıttır. Tahkim yolu ile çözülecek ihtilafın kendisinden doğduğu hukuki ilişkinin tahkim anlaşmasının yapıldığı sırada "mevcut" olması gerekmez; ileride doğması muhtemel veya mutasavver olması, tahkim anlaşması yapıldığı sırada, bilahare teşhisine imkân verecek şekilde belirlenmiş bulunması şartı ile kifayet eder." (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1029).

MTK'nın tahkim sözleşmesinin tanımına ilişkin hükmü, 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin II (1) maddesi dikkate alınarak yapılmıştır (Akıncı, 2013: s. 95; Erkan, 2013 (a): s. 40). Öte yandan HMK ve MTK'nın tahkim sözleşmesini tanımlayan hükümleri de birbirine paraleldir (Ekşi, 2013: s. 95; Karadaş, 2013: s. 42-43). Böylece zaman itibariyle en yakın tarihte yapılan HMK'nın tahkim sözleşmesinin tanımına ilişkin hükmü, 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin

tahkimi tanımlayan hükmüne yaklaşmıştır. New York Sözleşmesi'nin bu hükmünün UNCITRAL Model Kanun'un m.7/1 hükmüne aynen alındığı düşünülürse (Şanlı, 2013: s. 281; Atlıhan, 2010: s. 944), HMK ve MTK'nın tahkim sözleşmesinin tanımına ilişkin hükümlerinin sadece New York Sözleşmesi değil aynı zamanda UNCITRAL Model Kanun'un hükmü ile benzer olduğu görülecektir.

UNCITRAL Model Kanun'un benimsendiği Alman Tahkim Reformu Kanunu ile yenilenen ZPO'nun hükümlerinden 1029. maddenin ilk fıkrasında tahkim sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre *"tahkim anlaşması, sözleşme veya sözleşme dışı türde belli bir hukuki ilişki hakkında taraflar arasındaki mevcut veya ileride ortaya çıkacak uyuşmazlıklarının tamamı veya bazılarının bir hakem mahkemesince karar verilmeye tabi tutulduğu bir anlaşmadır."* ZPO'daki bu tanımın HMK ve MTK'nın tanımıyla örtüştüğü görülmekle birlikte, bu tanımda "belli bir hukuki ilişki" kavramı ile hukuki ilişkinin belirli olması daha açık bir şekilde ifade edilmiş, ayrıca hakem veya hakem heyeti yerine, hakem mahkemesi kavramı kullanılmıştır.

Bunlarla birlikte gerek HMK gerekse MTK'nın yukarıda aktarılan hükümlerinden önce tahkim sözleşmesi, doktrinde de çeşitli şekillerde tarif edilmiştir (Roma hukuku bakımından yapılan bir tanım için bkz. Yeğengil, 1974: s. 31; Söğüt, 2011: s. 106-107; Küçükgüngör, 1998: s. 138). Ancak Roma hukuku bakımından tahkim sözleşmesinde günümüz hukukundan farklı olarak, tahkim sözleşmesinin sorunlu bir unsuru olarak hakemin vereceği karara tarafların uymaması halinde birbirlerine bir miktar parayı ceza olarak vermek hususunda taahhütlerinin bulunması gerektiği belirtilmektedir (bkz Yeğengil, 1974: s. 31; Söğüt, 2011: s. 110 vd.; Küçükgüngör, 1998: s. 138-139).

Örneğin; Kuru, *"tahkim sözleşmesi ile taraflar, aralarındaki (medeni yargıya gire) bir uyuşmazlığın çözülmesi için tahkim yoluna, yani hakeme başvurmayı (gitmeyi) kararlaştırırlar."* demek suretiyle tahkim sözleşmesini tarif etmiştir (Kuru, 2001: s. 5937).

Bilge, tahkim sözleşmesini; *"... tarafların bir uyuşmazlığı mahkemede değil, seçecekleri özel kişiler vasıtasıyla çözümlemek hususundaki uyuşmaları..."* şeklinde

tanımlamıştır (Bilge, 1967: s. 644; Bilge, Önen, 1978: s. 744-745. Benzer bir tanım için ayrıca bkz. Balcı: 1999: s. 115).

Kalpsüz'e göre *"tahkim anlaşması, tarafların aralarında çıkmış veya çıkabilecek bir nizaın hallini bir veya birkaç kişiye bırakmak ve ihtilafın onlar tarafından halli için üzerlerine düşeni yapmak hususunda mutabık kalmalarını ifade eder."* (Kalpsüz, 2003: s. 1028; benzer bir tanım için bkz. Tan Dehmen, 2005-2006: s. 457).

Tekinalp, tahkim sözleşmesini *"tarafların doğmuş veya doğacak ihtilaflarının çözümünü kendi seçtikleri hakem diye adlandırılan özel kişilerin kararına bıraktıkları sözleşmeye hakem sözleşmesi denir."* şeklinde tarif etmiştir (Tekinalp, 1965: s. 15). Ancak bu tanımdaki hakem sözleşmesi tahkim sözleşmesi olarak anlaşılmalıdır. Zira yazara göre; "Hakem sözleşmesi, hakemlerle (veya hakemle) yapılan sözleşmeden, çok defa birincisi ikincisini de ihtiva ederse de, kati olarak ayrılmalıdır. Türk hukukunda, bu iki sözleşme için yerleşmiş deyimlerin varlığından bahsedilemez. "Tahkim mukavelesi", "hakem mukavelesi" kelimeleri bazen biri, bazen diğeri için kullanılmaktadır (bkz. Tekinalp, 1965: s. 15). Ancak Akıncı'ya göre tahkim sözleşmesi, uyuşmazlığın tarafları arasındaki anlaşmayı ifade ettiğinden, hakem sözleşmesinden farklı olup, hakem sözleşmesi taraflarla hakemler arasında hakemlik ücreti ve diğer koşullara ilişkin yapılan bir anlaşmayı ifade eder (bkz. Akıncı, 2013: s. 98).

Nomer/ Ekşi/ Öztekin Gelgel'e göre ise "*tahkim anlaşması, mevcut (compromis) veya ileride doğabilecek (clause compromissoire) hukuki ihtilafların çözümünü, hakem denen ve kendi seçtikleri kişi veya kişilerin kararına bırakan sözleşmeye denilmektedir.*" (bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 2).

Ekşi, MTK m. 4/ f.1 hükmüne bağlı kalarak tahkim sözleşmesini şöyle tanımlamıştır: *"Sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın tarafların aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının tahkim yoluyla çözümlenmesi konusunda yaptıkları anlaşma, tahkim sözleşmesidir."* (bkz. Ekşi, 2003: s. 307).

Dayınlarlı'ya göre, *"taraflar arasında üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerde mevcut uyuşmazlığın veya ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkların halli için yapılan bu yazılı mutabakata tahkim sözleşmesi denir."* (Dayınlarlı, 2004: s. 14).

Ertekin /Karataş ise tahkim sözleşmesini, *"tarafların kanunun yasaklamadığı konularda ortaya çıkan anlaşmazlıklarını çözmeleri için ihtilafı, seçecekleri özel kişilere götürmek üzere yaptıkları yazılı sözleşme veya asıl sözleşmelerine bu hususta koyacakları şarttır"* şeklinde tanımlamışlardır (Ertekin, Karataş, 1997: s. 43).

Taşkın'ın tanımına göre, *"tahkim sözleşmesi, esas bakımdan uyuşmazlığın tarafları arasında objektif tahkim ehliyetine uygun olarak uyuşmazlıkların hakem kararıyla sonuçlandırılması (çözülmesi) amacını taşıyan, milli ve milletlerarası nitelikteki sözleşmelerdir."* (Taşkın, 2005: 2005: s. 8; benzer bir tanım için bkz. Kurt, 2007: s. 230).

Bolayır'a göre, *"tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceği hususundaki taraf iradesini ortaya koyan bir anlaşmadır."* (Bolayır, 2009: s. 34).

Umar'ın tanımına göre *"tahkim sözleşmesi, çıkmış veya çıkabilecek bir uyuşmazlığın taraflarının bu uyuşmazlığı mahkemede değil de hakem veya hakemler aracılığıyla çözdürmek yükümlülüğünü üstlendikleri sözleşmedir."* (Umar, 2013: s. 1185).

Yeşilova, *"tahkim anlaşmasıyla taraflar, aralarındaki mevcut hayut belli bir hukuki ilişkiyle ilgili, ileride çıkması muhtemel hukuki ihtilafları, mahkemeler dışında, hakemler eliyle çözüme kavuşturmak konusunda anlaşırlar"* demektedir. (Yeşilova, 2009: s. 739).

Alman doktrininde ise Reichold, *"tahkim sözleşmesi ile taraflar arasındaki bir hukuki uyuşmazlık hakkında devlet mahkemeleri dışında bir hakem mahkemesinin karar vereceği belirlenir"* demektedir (Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1323, kn. 3).

Bunun yanında Grunsky/ Jacoby ise, *"tahkim anlaşması, bir hukuki uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini devlet mahkemelerinden alarak özel hakem mahkemelerine devretmektedir"* ifadeleriyle tahkim sözleşmesini tanımlamaktadır (Grunsky, Jacoby, 2014: s. 255, kn. 804).

Schilken ise tahkim sözleşmesinin bir hukuki uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisinin özel hakem mahkemesine devrini düzenlediği ve tahkim yargılamasına ilişkin içeriği bulunduğunu belirtmektedir (Schilken, 2014: s. 392-393, kn. 843).

Doktrindeki bu tanımlamalardaki anlatılmak istenen temel unsur; tarafların aralarındaki uyuşmazlığı mahkeme yerine özel kişi veya kişilere götürebilmeleri hususunda anlaşabilecekleridir (Karadaş, 2013: s. 44).

Kanunda tahkim sözleşmesinin tanımının yapılması, bu tanıma uymayan tahkim sözleşmelerinin geçersiz sayılacak olması nedeniyle önemlidir (Akıncı, 2013: s. 95). HMK m. 412/f. 1'de yapılan tahkim sözleşmesi tanımı, aynı kanunun 408. maddesinde yer alan "tahkime elverişlilik" kavramını kapsamadığı için yetersiz bulunmuş ve eksikliği giderecek şekilde bir tarifi daha yapılmıştır. Buna göre, tahkim sözleşmesi "Tarafların kanunun yasaklamadığı konularda ortaya çıkan anlaşmazlıklarını çözmeleri için ihtilafı, seçecekleri özel kişilere götürmek üzere yaptıkları yazılı sözleşme veya asıl sözleşmelerine bu hususta koyacakları şarttır" (bkz. Karadaş, 2013: s. 44-45).

Gerek HMK gerekse MTK'daki tanımlarda dikkati çeken bazı hususlar bulunmaktadır.

Öncelikle, HMK'daki tarifte belirtildiği üzere taraflar arasındaki uyuşmazlık "sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuku ilişkiden doğmuş …" olabilir. Buna karşılık MTK'da yer alan tanımda ise taraflar arasındaki uyuşmazlığa konu ilişkinin "sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın …" şeklinde biraz daha farklı bir şekilde ifade edildiği görülmektedir. Ancak temelde her iki kanun hükmünden anlaşılan şey, tahkime başvurmak için taraflar arasındaki uyuşmazlığın mutlaka sözleşmeden doğmasına gerek bulunmamasıdır (Ekşi, 2003: s. 307).

Dolayısıyla kanun hükümlerinde de ifade edildiği gibi sözleşmeden kaynaklanmayan veya sözleşme dışında bir hukuki ilişkinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için de tahkim sözleşmesi yapılabilecektir (Dündar, 2008: s. 27; Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Zimmermann, 2007: m. 1029, kn. 1).Taraflar arasında sözleşmeden doğmayan veya sözleşme dışı bir hukuku ilişkiden doğan uyuşmazlıklar, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık olabilecektir (haksız fiil örneği bakımından bkz. Zimmermann, 2007: m. 2019, kn. 1). Bu durumda taraflar, tahkim sözleşmesi yaparak, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesini kararlaştırabilirler (Akıncı, 2013: s. 95-96; Ekşi, 2013: s. 95; Yavuz, 2009: s. 136; Karadaş, 2013: s. 43; Arslan, Aydın, 2013: s. 125).

Bu bağlamda Akıncı, uygulama açısından özellikle marka ihlalleri veya haksız rekabet iddiaları gibi sözleşmeden kaynaklanmayan uyuşmazlıkların da tahkim yoluyla çözümlenmesine izin verilmesinin önemini belirtmiş, ancak burada önemli olanın, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmasının gerekliliğini ifade etmiştir (Akıncı, 2013: s. 96; Yavuz, 2009: s. 136. Tahkime elverişlilik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Huysal, 2010).

Gerek HMK gerekse MTK'da yapılan tanımda dikkati çeken bir başka husus, tahkim sözleşmesinin "… bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar…" için yapılabileceğidir. Bu nedenle, tahkim sözleşmesi yapıldığı sırada, taraflar arasında bir hukuki uyuşmazlık bulunmasa dahi bu sözleşmeyi yapılabilir. Alangoya, 2001: s. 131; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 598; Akıncı, 2013: s. 96; Yavuz, 2009: s. 136. Ancak bu husus, taraflar arasında önceden tahkim sözleşmesi yapılabileceği ile ilgili olup, tahkimde dava açılması için taraflar arasında mutlaka, daha sonradan doğmuş bir uyuşmazlık bulunmalıdır (bkz. Akıncı, 2013: s. 96, dn. 177).

Doktrinde bir görüşe göre, uyuşmazlığın ait olduğu hukuki sebebin henüz mevcut bulunmaması durumunda böyle bir sebebe ilişkin bir tahkim şartı geçerli olmayacaktır. Zira taraflar arasında hiçbir hukuki ilişki yokken çıkacak herhangi bir uyuşmazlığın hakem tarafından görüleceğine dair tahkim anlaşması yapılamayacaktır (bkz. Ansay, 1960: s. 408). Bu görüşe eleştiri getirenler ise, tahkim şartına konu olacak uyuşmazlığın ilişkin olduğu hukuki ilişki, taraflar arasında henüz kurulmamış

olsa da, böyle bir ilişkiden doğabilecek uyuşmazlığın tahkim şartına konu olmasına engel bulunmadığını, ancak bunun için hukuki ilişkinin somut şekilde tayin edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler (bkz. Yeğengil, 1974: s. 138; Üstündağ, 1962: s. 282). Başka bir ifade ile tahkim sözleşmesi, uyuşmazlık çıkmadan önce yapılabileceği gibi uyuşmazlık çıktıktan sonra da yapılabilir (Yeğengil, 1974: s. 115; Üstündağ, 2009: s. 937; Ekşi, 2013: s. 95; Arslan, Aydın, 2013: s. 125; Balcı, 1999: s. 115). *"Bu suretle tahkim akti, o tarihte henüz doğmuş veya doğmamış olmasına göre değişik isim alır. Genel kaide olarak, tahkim akti, taraflar arasında halen doğmuş olan bir veya birkaç ihtilafa taalluk ediyorsa o akte, tahkim anlaşması (Compromis) denir. Eğer akit, halen mevcut olmayan ve fakat ileride doğması muhtemel bulunan anlaşmazlıklara ilişkin ise, bu takdirde bir tahkim şartı (Clause Compromissoure) söz konusu oluyor demektir."* (bkz. Yeğengil, 1974: s. 115. Aynı yönde ifadeler için ayrıca bkz. Berkin, 1969: s. 228; Kalpsüz, 1996: s. 345; Balcı, 1999: s. 115; Sarısözen, 2005: s. 22). Hatta mahkemede dava açıldıktan sonra, yani yargılama sırasında dahi tarafların tahkime gitme hususunda anlaşmaları mümkündür (Ekşi, 2013: s. 95). Bu durumda, HMK m. 412/f. 5 hükmü gereği mahkeme, dava dosyasını ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderir. Aynı hüküm MTK m. 5'te de düzenlenmiştir.

Sözleşme dışı veya sözleşmeden kaynaklanmayan uyuşmazlıklarda tahkime başvurulabileceği yukarıda yer verilen kanun hükümlerinde açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme kurumlarının nitelikleri gereği, tahkim sözleşmesi ancak taraflar arasında bu hususlarda çıkacak bir uyuşmazlıktan sonra yapılabilecektir. Öte yandan uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra, tarafların bir araya gelmek suretiyle tahkim sözleşmesi yapmalarının, zayıf bir ihtimal olduğu da hatırdan çıkarılmamalıdır (Ekşi, 2013: s. 96).

Diğer yandan uygulamada tahkim, daha çok sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar da başvurulan bir yoldur. Nitekim taraflar asıl sözleşmeyi yaparken, daha sonra aralarında uyuşmazlık çıkması ihtimali düşüncesiyle, aralarında henüz bir uyuşmazlık bulunmadığı sırada asıl sözleşmeye tahkim şartı koymaları çok daha kolay olmaktadır (Ekşi, 2013: s. 96). Ancak, tarafların tahkim sözleşmesi yapılırken hangi hususlarda tahkime başvurabilecekleri önemlidir. Aksine taraflar hangi nedenle tahkime başvuracaklarını bilmeksizin "aramızdaki doğmuş ve doğacak tüm uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülecektir" şeklinde geleceğe dönük kayıt içeren bir

tahkim sözleşmesi yapamazlar (bkz. Karadaş, 2013: s. 43). Zira buradaki tahkim kaydı, her ne kadar gelecekte doğması muhtemel uyuşmazlıklara ilişkin olsa da, aleyhine başvurulacak uyuşmazlığın belirli olması gerektiği şartını ihtiva etmediğinden geçerli bir tahkim sözleşmesine vücut vermeyecektir.

Dikkat çeken üçüncü husus ise; HMK'da taraflar arasındaki "… uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının …" tahkime götürülebileceği hususunda tarafların tahkim sözleşmesi yapabileceklerinin hüküm altına alınmasıdır. MTK'da ise bu husus "… uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının …" şeklinde ifade edilmiştir. Her ne kadar iki kanunda kullanılan kelimeler bakımından fark var ise de, her iki ifade de aynı sonuca varmaktadır.

Böylece her iki kanun hükmüne göre, taraflar aralarındaki mevcut veya ileride doğacak belirli bir hukuki ilişkiye ait uyuşmazlıkların tamamını tahkime götürebilme hususunda anlaşabilecekleri gibi, bu uyuşmazlıklardan sadece bir kısmının tahkime götürülmesi hususunda da anlaşabilirler (Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Zimmermann, 2007: m. 1029, kn. 1). Dolayısıyla uyuşmazlıkların belirli bir bölümünü tahkime tabi kılma, kapsam dışında bıraktıkları hususlarda da devlet yargısına tabi olmasını arzu edebileceklerdir (Akıncı, 2013: s. 96; Kılıçoğlu, 2012: s. 1458-1459; Karadaş, 2013: s. 42). Bu bakımdan önemli olan uyuşmazlığı tereddüte yer vermeyecek şekilde sınırlamaktır (bkz. ve karş. Kılıçoğlu, 2012: s. 1459; Özbay, Korucu, 2016: s. 41).

Doktrinde Ekşi, tahkimde ve mahkemede çözümlenecek uyuşmazlıkların çerçevesinin tereddüt oluşturmayacak şekilde belirlendiği hallerde, tarafların kısmi tahkim anlaşması yapmalarına engel bir durum olmadığı hususundaki kanaatini ifade etmektedir. Ayrıca, tarafların bilhassa hukuki olmayan, tamamen hesaplama veya diğer teknik konulara ilişkin uyuşmazlıklar için tahkim yoluna, hukuki yorum ve değerlendirme gerektiren uyuşmazlıklar hakkında ise mahkemelere gidilmesini isteyebileceklerini belirtmektedir (Ekşi, 2013: s. 96).

Akıncı, uygulamada bazen tarafların, örneğin "fesihten kaynaklanan uyuşmazlıklar" hariç olmak üzere tahkim sözleşmesi yaptıklarını belirtmiş, ancak bu tür tahkim şartlarının, aynı dava içinde birden çok konuyu ilgilendiren uyuşmazlıklar

olabileceği için uyuşmazlıkların çözümünü güçleştirdiğini ifade etmiştir (Akıncı, 2013: s. 96). Örneğin, taraflar inşaat sözleşmesinin fesih edilmesi hususunda genel mahkemeden karar aldıktan sonra, mahrum kalınan karın tazmini için tahkim yoluna başvurma hususunda sözleşme yapabilirler. Böylece eser sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın kısmen tahkim yolu ile çözümlenmesi istenmiş olacaktır (bkz. Karadaş, 2013: s. 43-44). Adeta burada, sözleşmenin feshi hususunda genel mahkemede açılacak dava tahkim yargılaması için bir öncü dava niteliğinde olacaktır. Bu muhtemel olumsuz etkiye rağmen, tarafların aralarındaki sözleşmelerin bazılarından ya da bir sözleşmenin belirli bir bölümünden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi hususundaki kararlaştırdıkları tahkim şartları geçerlidir (Karş. Akıncı, 2013: s. 96).

3. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

3.1. Genel Olarak

Tahkim yargılamasının temelinde tarafların arasındaki bir tahkim sözleşmesinin bulunduğu daha önce ifade edilmişti.[31] Tahkim sözleşmesi ile taraflar hakem veya hakem kuruluna yargılama görevi vermekte ve bunlar da bu görevin gereği olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için bir alternatif yargılama faaliyeti yapmaktadırlar. O halde, tahkim sözleşmesinin bir sözleşmesel görünümü bir de yargısal fonksiyonu ortaya çıkmaktadır (Benzer bir ifade için bkz. Dayınlarlı, 2004: s. 18).

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitinin önemi, tahkim hukukundaki yasal düzenlemeler ve bu düzenlemelerin içerdiği hükümlerin uygulama alanının, tahkimin hukuki niteliğine göre değişken olmasında kendini göstermektedir (Taşkın, 2005: s. 15). Bazı yazarla, tahkim sözleşmesinin maddi hukuk veya usul hukuku sözleşmesi niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi hususundaki sorunu anlamsız bulmakta, ancak burada asıl önemli olanın, tahkim sözleşmesinin ortaya çıkan etki ve sonuçlarının yargılama usulünde dikkate alınıp alınması olduğunu belirtmektedirler (bkz. Taşkın, 2005: s. 19, dn. 14'deki yazarlar). Bilhassa içinde yabancılık unsuru bulunan (milletlerarası nitelikteki) sözleşmeler bakımından hangi hukukun uygulanacağı sorunu karşısında daha da anlamsızdır (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 338, kn. 786; Keser Berber, 2001: s. 124). Bununla birlikte, tahkime ilişkin gerek çok taraflı sözleşmeler gerekse iki taraflı sözleşme ve tahkime ilişkin mevzuat çoğalıp geliştikçe milletlerarası nitelikteki tahkim sorunları açısından tahkim sözleşmesinin niteliği önemini yitirmektedir (bkz. Şanlı, 1986: s. 41-42). Bu niteliğin önemi somut olarak özellikle de yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından ortaya çıkmaktadır (bkz. Sakmar, 1982: s. 28-29). Zira milletlerarası özel hukuk alanında sözleşme hangi kanuna tabi ise, onun hüküm ve sonuçları da aynı kanuna göre belirlenecektir (Kalpsüz, 1984: s. 46; Ertekin, Karataş, 1997: s. 31-32; Taşkın, 2005: s. 16).

Tahkim yargılaması bir hükümle sona erdiğine göre bir mahkeme kararı gibi usuli bir müessese mi; yoksa iki tarafın anlaşmasına dayandığı için özel hukuk

[31] Bkz. yukarı "Giriş" bölümü.

alanına giren bir faaliyet mi olduğunun tespit edilmesi kanunun boşluklarını doldurmaya yardım edecektir (Koral, 1951: s. 168; Sarısözen, 2005: s. 5).

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespit edilmesinde bir ülkenin sadece bir hukuk dalına, örneğin sadece borçlar hukukuna ya da sadece usul hukukuna bakarak tespit etmek yetersizdir. Zira tahkimin birçok hukuk alanında müşterek olan noktalarını tespit ederek, bu niteliği tespit etmek daha isabetli gözükmektedir (Koral, 1983: s. 78; Sarısözen, 2005: s. 5). Zira bir hukuki işlemin akdi karakteri dolayısıyla başka bir şeye ihtiyaç duyulmaksızın, sadece maddi hukuk karakterine sahip olduğunu söylemek doğru olmayacaktır (benzer bir ifade için bkz. Alangoya, 1973: s. 53).

Doktrinde Alangoya, bir sözleşmenin hukuki niteliğinin, tarafların o sözleşmeyi kurmak için ortaya koydukları irade beyanları ile yaratmak istedikleri esas hukuki sonucun ortaya çıkacağı hukuk alanına göre tespit edilebileceğini belirtmektedir. Zira yazar, usul kanunları tarafından düzenlenen yetki sözleşmesi, tahkim sözleşmesi, delil sözleşmesi gibi sözleşmelerin hukuki bir sonucun ortaya çıkmasına yönelik tarafların irade beyanlarının mutabakatını gerektirdiğini, dolayısıyla teknik anlamda bir sözleşme olduğunu ifade etmiş, borçlar hukukunun bu sözleşme tarifinden hareket ederek, bir sözleşmenin hangi hukuk alanına ait olduğunun tespit edilemeyeceğini de vurgulamıştır. Dolayısıyla, bir sözleşmenin istenen ana ve doğrudan etkisi usul hukuku alanında ortaya çıkıyorsa, yani sonuçları usuli nitelikte ise bu sözleşme bir usul hukuku sözleşmesi, başka bir ifade ile usuli sözleşmedir (bkz. Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 175). Buna karşılık, bir sözleşme ile ortaya çıkabilecek muhtemel yan etkiler hukuki niteliği etkilemez. Örneğin; taraflar arasında borcun ifa edileceği yere ilişkin sözleşmeye veya asıl sözleşmeye konulan bir hükme dayanarak, davacının HMK m. 10'a istinaden ifa yerindeki mahkemenin yetkisini kurması, o sözleşmenin maddi hukuk sözleşmesi karakterini değiştirmeyecektir (bkz. Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 175). Yazar, sözleşmelerin davadan önce veya davadan sonra yahut dava dışında ya da dava içinde akdedilmiş olmaları gibi zaman ve yer esasına dayanan ve bu bakımdan tesadüfi nitelikte bulunan kriterlerin varılacak sonuç bakımından bir rolünün söz konusu olamayacağı, tesir aynı kaldıkça hukuki mahiyetinde aynı

kalacağı kanaatindedir (bkz. Alangoya, 1973: s. 41; ayrıca bkz. aynı eser, dn. 16 ve 17'deki yazarlar)

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup (bkz. Berkin, 1969: s. 228; Zeiss, Schreiber, 2014: s. 338, kn. 786; Çelikel, Erdem, 2014: s. 685), bu hususta dört farklı görüş mevcuttur. Bunlar, maddi hukuk sözleşmesi, usul hukuku sözleşmesi, karma ve bağımsız (otonom) sözleşme görüşleridir (Erkan, 2013 (a): s. 42; Yavuz, 2009: s. 141; aynı yönde bkz. ve karş. Özbay, Korucu, 2016: s. 41-42). Bu teorilerden ilk üçü klasik hale gelmiş iken bağımsız (otonom) teori nisbeten yenidir (bkz. Şanlı, 1986: s. 42). Doktrinde Özel, burada görüş yerine teori kelimesini kullanmış ve sırası ile akdi, kazai, karma ve otonom teoriler şeklinde sıralamıştır (Özel, 2008: s. 32-35). Sarısözen ise, sözleşme, usul hukuku, karma ve sui generis görüş ifadelerini kullanmıştır (Sarısözen, 2005: s. 5 vd.). Ayrıca Dayınlarlı, bu teorileri tahkim sözleşmesinin, kazai, akdi, karma veya karışık ve bağımsız nitelikleri olarak ifade etmiştir (bkz. Dayınlarlı, 2004: s. 18-20; ayrıca tahkim sözleşmesinin niteliğinin tespitine etki eden kriterler, niteliği hakkındaki görüşler ve eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alangoya, 1973: s. 38-99. Öte yandan tahkim sözleşmesi değil "tahkimin hukuki niteliği" bakımından sözleşmeci görüş, yargısal görüş, karma görüş ve bağımsız görüşler ile bunların alt ayrım ve teorileri hakkında da ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Yeşilova, 2008 (b): s. 94-114). Şimdi kısaca bu görüşleri (teorileri) inceleyeceğiz.

3.2. Tahkim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Hakkındaki Görüşler

3.2.1. Maddi Hukuk Sözleşmesi Görüşü

Önen'e göre tahkim sözleşmesi tümüyle maddi hukuk (borçlar hukuku) alanına özgü bir sözleşmedir (Önen, 1979: s. 352). Maddi hukuk sözleşmesi savunucuları, tahkimin sözleşmesel niteliğine vurgu yapmakta (bkz. Çelikel, Erdem, 2014: s. 685) ve taraflar arasında bir sözleşme bulunmaksızın tahkim yargılamasının geçerli olmayacağını, zira tahkim yargılamasını yapacak hakemlerin yetkisinin dayanağı olan tahkim sözleşmesinin ise, tarafların serbest iradelerinin bir sonucu olarak yapıldığını ve bu nedenle taraf iradelerini yansıttığını öne sürmüşlerdir (bkz. Özel,

2008: s. 33, dn. 13'teki yazarlar; Erkan, 2013 (a): s. 42, dn. 21'deki yazar. Benzer bir açıklama için bkz. Şanlı, 1986: s. 44; Ertekin, Karataş, 1997: s. 32; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1066). İrade serbestisinin hüküm ve sonuçlarının uygulama alanı maddi hukuk ile sınırlı olmayıp, usul hukukunda da, sözleşme karakterine uygun geldiği ölçüde, açık veya zımni olarak kanunda izin verilen hallerde, bu serbesti uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla irade serbestisi sadece maddi hukukta değil usul hukukunda da geçerlidir. Ancak her iki alanda farklılık gösterebilir. Öte yandan irade serbestisi, tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitinde, maddi hukuk sözleşmesi veya usul hukuku sözleşmesi olduğu hususunda belirleyici bir kriter değildir (bkz. Alangoya, 1973: s. 40; Taşkın, 2005: s. 15; Sarısözen, 2005: s. 7).

Bu görüşe göre, usul hukuku alanında yer verilen sözleşmelerden biri olan tahkim sözleşmesinde, usul hukuku ilkelerine uygun düştüğü ölçüde, taraf iradelerine kurucu ve yenilik doğurucu etki tanındığından, tahkim sözleşmesinin ortaya çıkışı ve bundan doğan sorunlara da özel hukuka ilişkin sözleşme kurallarına tabi olacaktır (Yavuz, 2009: s. 142; Erkan, 2013 (a): s. 42; Sarısözen, 2005: s. 7). Dolayısıyla sözleşmenin kurucu unsurunun maddi hukuk karakteri taşıması, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu olan ilişkinin maddi hukukta etkisini göstermesi, tahkim sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmesi niteliğini göstermektedir (Taşkın, 2005: s. 15. Milletlerarası ticari tahkimde maddi hukuk sözleşmesi (akdi teori) ve sonuçları hakkında bkz. Şanlı, 1986: s. 44-46; Akıncı, 2013: s. 46-47).

İrade serbestisine sahip taraflar, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda karar verme hakkına sahip oldukları için, tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği taraflarca belirlenen bu hukuka göre tespit edilecektir (Erkan, 2013 (a): s. 42). Dolayısıyla tahkimin esas itibariyle sözleşmeye dayanması ve tarafların bu sözleşmenin kurulması için temsil yetkileri, ehliyet, sözleşmenin butlanı veya iptali gibi işlemlerin borçlar hukuku sınırları içinde kalmasını gerektirir. Tahkim sözleşmesi (tahkimname veya tahkim şartı), her ne kadar HUMK'da (şimdi HMK) yer alsa da, kuruluşu bakımından Borçlar Hukuku anlamında bir akit olduğundan, akitler için aranan genel şartların burada da bulunması ve aranması gereklidir. Bu bakımdan, Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddelerinin (şimdi Türk Borçlar Kanunu m. 26, 27) tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında da doğrudan göz

önünde tutulması gerekmektedir (bkz. Yargıtay 13. HD.'nin 25.04.1991 tarihli ve E. 1990/8778, K. 1991/4492 sayılı kararı için bkz. YKD, C. 17, S. 8, Ağustos 1991, s. 1223-1224).

Ayrıca hakem kararlarının bu sözleşmenin bir sonucu olarak ortaya çıkması nedeniyle, hakem kararının sözleşme niteliğinde olacak ve mahkeme kararı gibi olmadığından kesin hüküm teşkil etmeyeceği için tarafların bu kararı ortadan kaldırabilmeleri mümkündür. Hakem kararı bir sözleşme olarak kabul edildiğinde, bu karara karşı kanun yolları değil, sözleşmelerde olduğu gibi, hata, hile, tehdit gibi iradeyi sakatlayan sebeplere dayanılarak hakem kararının iptali istenebilecektir (Sarısözen, 2005: s. 7-8. Taşkın, 2005: s. 15-16). Tahkim sözleşmesi BK. m. 19 (şimdi TBK m. 26 ve 27) hükmüne göre, kanunun kesin olarak emrettiği hukuk kurallarına veya kanuna, ahlaka veya kamu düzenine yahut kişilik haklarına aykırı olmaz (bkz. Yargıtay 15. HD.'nin 07.11.1991 tarihli ve E. 1990/4163, K. 1991/5339 sayılı kararı için Ertekin, Karataş, 1997: s. 39, dn. 3; Yargıtay 15. HD.'nin 18.3.1985 tarihli ve E. 1985/3919, K. 1986/1044 sayılı kararı için YKD, C. 12, S. 7, Temmuz 1986, s. 1021-1022).

Bu görüşe göre, milletlerarası tahkime tabi bir uyuşmazlık neticesinde alınan hakem kararının sözleşme niteliğinde olması ve aleyhe hüküm verilen tarafın kararın icrasını rızasıyla yerine getirmemesi halinde, doğrudan ilamlı icraya başvurulamayıp kararın mahkeme vasıtasıyla icrasının sağlanması, tahkimin maddi hukuk sözleşmesi niteliğini gösterir (Taşkın, 2005: s. 16; Şanlı,1986: s. 45; Akıncı, 1994: s. 47; Özel, 2008: s. 33. Ayrıca bkz. Koral, 1983: s. 83 vd.; maddi hukuk sözleşmesi görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Koral, 1951: s. 90 vd.; Alangoya, 1973: s. 42 vd.; Yeğengil, 1974: s. 106 vd.; Kalpsüz, 1978: s. 603 vd.; Sakmar, 1982: s. 26-27). MTK'ya tabi bir uyuşmazlık neticesinde verilen hakem kararının icra edilebilmesi için MTK m. 15/ B) hükmüne göre, hakem kararına karşı iptal davası açılmış ise davanın reddi halinde, iptal davası süresi içinde açılmamış veya taraflar dava açmaktan feragat etmişler ise hükümde öngörülen incelemeleri yapması şartıyla, asliye hukuk mahkemesi hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belgeyi istemde bulunan tarafa vermelidir. Dolayısıyla MTK kapsamında verilen bir hakem kararının cebren icrası, ancak "icra edilebilirlik belgesi" olarak ifade edebileceğimiz

bir belgenin takip talebine dayanak olarak icra dairesine sunulmasına bağlı olacaktır (bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 49-50).

Buna karşılık, HMK'ya tabi bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının cebri icra yolu ile icra edilebilmesi, mahkeme tarafından MTK m. 15/ B) hükmünde anılan "icra edilebilirlik belgesi" olarak ifade edebileceğimiz nitelikte bir belgenin verilmesine şartına bağlı değildir. Zira bu hususta HMK'da bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine HMK m. 439/f. 4, c. 3'e göre, hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmayacağı hüküm altına alınmıştır.

3.2.2. Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü

Devletin egemenlik yetkisinden kaynaklı üç temel erki vardır. Bunlar; yasama, yürütme ve yargı erkleridir. Esasen devlet bu yargı yetkisini, bağımsız mahkemeler eliyle kullanmaktadır. Ancak modern hukuk sistemlerinde, alternatif bir yargılama yolu olarak tahkim müessesesi, devletlerin usul kanunlarında yerini almıştır. Bu durumda tahkim, devletin açıkça veya zımnen verdiği izin ile mümkündür (Şanlı, 1986: s. 42).

Bir uyuşmazlığa düşmüş tarafların devletin mahkemeleri yerine tahkime başvurmaları ise, çeşitli kanunlarda öngörülen mecburi tahkim halleri dışında, taraflar arasına geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığına bağlıdır.

İşte tarafların serbest iradeleri ile kurdukları tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği ise, usul hukuku görüşüne, başka bir ifade ile kazai (yargı) teoriye göre, usul sözleşmesidir. Zira sözleşmelerin ayrıntılı olarak incelenmesi halinde, sözleşme ve irade serbestisi kavramlarının sadece medeni hukuka özgü kavramlar olmadığı, bilakis bu kavramların, kamu hukukuna tabi sözleşmeler ile milletlerarası ve usul sözleşmeleri için de uygulama alanı bulduğu görülecektir. Bir hukuki işlem olan sözleşmelerin de niteliği bakımından doğurduğu sonuçla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu bakımdan, bir sözleşmenin usule ilişkin hükümleri ve ona ilişkin temel sonuçları, asıl etkilerini özel hukuk alanında gösteriyorsa, bu sözleşme bir özel hukuk sözleşmesi olacaktır (Taşkın, 2005: s. 17; aynı eser, s. 17, dn. 7'deki

yazarlar). Aksi halde etkilerini usul hukukunda doğuruyor ise usul sözleşmesi olmalıdır.

Tahkim sözleşmesinin niteliğinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu savunan Alangoya, bir sözleşmenin hangi hukuk alanına ait olduğunun, başka bir ifade ile hukuki niteliğinin tespitinde kriterin, sözleşmenin ana ve doğrudan etkisinin hangi hukuk alanında doğduğunun tespit edilmesi gerektiğini ifade ederek, tahkim sözleşmesinin birbirine bağlı iki temel etkisinin bulunduğunu belirtmiştir. Zira *"Tahkim sözleşmesinin asıl etkileri resmi yargının dışındadır. Sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde, tarafların serbest iradesine dayanan sözleşmenin etkilerini hangi hukuk alanında göstereceği önemli olmakla birlikte kesin olarak belirleyici bir esas değildir."* (bkz. Taşkın, 2005: s. 17). Bunlardan ilki, tarafların bu sözleşme ile aralarındaki hukuki uyuşmazlıkları tahkim yargısı içinde çözmeyi kabul ettikleri olumlu etkisi (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1049; Yeşilova, 2009: s. 739; Erkan, 2013 (a): s. 44); ikincisi ise bu sözleşme ile diğer yandan adliye mahkemelerine giden yolu kapatmış olacakları yönündeki olumsuz etkisidir (bkz. Alangoya, 1973: s. 81; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 598-599. Aynı yönde bkz. Erkan, 2013 (a): s. 44; Yeşilırmak, 2011 (a): s. 79; Yeşilova, 2008 (a): s. 236; Yeşilova, 2009: s. 739; Gottwald, 2005: s. 285, kn. 8. Etkiler hakkındaki benzer ifadeler için bkz. Erkan, 2013 (a): s. 44; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 2; Ekşi, 2010: s. 46; Yeşilırmak, 2011 (a): s. 9). Bu sebeplerle, tahkim sözleşmesi ile taraflar tahkim yargılamasının yapılması için üzerlerine düşeni birlikte yapmak hususunda da yükümlü hale gelirler (bkz. Gottwald, 2005: s. 285, kn. 8).

Tahkim sözleşmesi ile devletin mahkemelerine ait olan yargılama yetkisinin hakem mahkemelerine havale edilmesi gerekeceğinden, adli yargı yolunu kapatmayan bir tahkim sözleşmesi hükümsüzdür. Ayrıca, hakem mahkemesinin kararlarına karşı devlet mahkemelerine müracaat imkânı getiren veya devlet mahkemelerinin kararlarına karşı hakeme müracaat olanağı veren sözleşmeler de hükümsüzdür (bkz. Üstündağ, 2009: s. 936, dn. 46'daki yazarlar). Ancak bu olumsuz etki, mutlak değildir. Zira taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmasına ve bu sözleşme kapsamında bir uyuşmazlık doğmasına rağmen, taraflardan biri uyuşmazlık hususunda mahkemede dava açar ve davalı taraf da süresi içinde tahkim ilk itirazında (HMK m. 116/f.1, b bendi) bulunmaz ise, mahkeme

yargılama yapma imkânına kavuşmuş olacaktır (karş. HMK m. 117/f.1). (Aynı yönde bkz. Erkan, 2013 (a): s. 44; Kalpsüz, 2003: s. 1052; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 2; Doğan, 2013: s. 127).

Tahkim sözleşmesinin hem olumlu hem olumsuz bu iki etkisi de usul hukuku alanında ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak da, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu kabul etmek gerekecektir (bkz. Alangoya, 1973: s. 81; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 598-599. Aynı yönde bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1066; Kuru, 2015: s. 725; Kuru, 2001: s. 5937; Ertekin, Karataş, 1997: s. 43; Konuralp, 2011: s. 155; Deren Yıldırım, 2007: s. 48; Sarısözen, 2005: s. 8; Ulukapı, 2015: s. 519; Görgün, 2015: s. 478; Kalpsüz, 2001: s. 1042; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1066; Muşul, 2012: s. 632; Balcı, 1999: s. 119; Taşkın, 2001: s. 19; Atlıhan, 2010: s. 953; Özbay, Korucu, 2016: s. 43; Schilken, 2014: s. 393, kn. 843; Gottwald, 2005: s. 285, kn. 8). Tahkim sözleşmesi gibi yetki sözleşmesinin niteliği de doktrindeki tartışmalı olmakla birlikte, ağırlıklı görüş yetki sözleşmesinin hukuki niteliğinin de tahkim sözleşmesi gibi usul hukuku sözleşmesi olduğudur (bkz. Bolayır, 2009: s. 35).

Tekinalp ise, tahkimin usul kanunlarında düzenlenmiş olmasını, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğu hususunda bir hareket noktası olarak görmektedir (Tekinalp, 1965: s. 17 vd. aynı yönde bkz. Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 599; Ertekin, Karataş, 1997: s. 33; Helvacı, 2009: s. 182-183; Konuralp, 2011: s. 155; Özbay, Korucu, 2016: s. 43).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.02.2012 tarihli ve E. 2011/19-735, K. 2012/93 sayılı kararında,[32] *"... Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğine gelince; tahkim sözleşmesi ile, taraflar, aralarındaki (medeni yargıya giren) bir uyuşmazlığın çözülmesi için tahkim yoluna, yani hakeme başvurmayı (gitmeyi) kararlaştırırlar. Böylece muhakeme etme yetkisini elinde tutan devlet taraflara hakeme müracaat etmek imkânı tanımıştır. Öğretide, baskın olarak kabul edildiği üzere, tahkim sözleşmesi bu niteliği ile, bir usul hukuku sözleşmesidir; ancak, diğer sözleşmeler gibi, yapılması (inikadı), B.K. hükümlerine de tabidir (Baki Kuru, a.g.e., 6. Cilt, s. 5937; Saim Üstündağ, a.g.e., s. 935) ..."* ifadeleri de, Yargıtay'ın tahkim

[32] Karar metni için (bkz. http://www.kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2011-19-735.htm E.T. 20.07.2015)

sözleşmesinin niteliği hususunda doktrindeki çoğunluk görüşünü takip ettiğini göstermektedir (Ertekin, Karataş, 1997: s. 43-44). Yargıtay 13. HD.'nin 22.4.1993 tarih ve E. 1993/2051, K. 1993/3488 sayılı kararında geçen "… Tahkim sözleşmesi bir usul hukuku sözleşmesi olduğu halde, buna karşılık esas sözleşme, maddi hukuk aktidir…" ifadesi de Yargıtay'ın bu hususdaki tutumunu teyit etmektedir (karar için bkz. Ekşi, 2007: s. 393 vd.; aynı yönde Yargıtay 15. HD.'nin 10.3.1976 tarih ve 1617/1052 sayılı kararının ilgili kısmı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 33-34).

Usul hukuku görüşüne göre, usul kanunlarında düzenlenen tahkim sözleşmesi ile taraflar, aralarında mevcut veya ileride ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümünü, başka bir ifade ile mahkeme gibi yargılama yapılması için, hakemlere gitmeyi kararlaştırmışlardır. Tarafların serbest iradesi ile ortaya çıkan bu bağlanma, hakem heyetinin kurulması, davacının davasını bu heyette açması, davalının varsa karşı davasını aynı heyette açması, delillerin ikamesi ve toplanması, gerekir ise bilirkişiye başvurulması ve tanık dinlenilmesi, tarafların isticvabı, duruşmalar yapılması, hakem heyetinin yargılamayı bir karar ile sona erdirmesi ve karara karşı tarafların başvurusu gibi usul kanunlarında düzenlenen tüm bu yargılama usul ve aşamaları, tahkim yargılamasının temel taşı olan bu tahkim sözleşmenin usuli yani kazai nitelik taşıdığını göstermektedir (Dayınlarlı, 2004: s. 18; Sarısözen, 2005: s. 5-6. Benzer bir ifade için bkz. Sakmar, 1982: s. 27; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1065-1066; Öztürk, 2014: s. 105; Özbay, Korucu, 2016: s. 43-44).

Tahkim sözleşmesi, kurulması bakımından maddi hukuk (medeni ve borçlar hukuku) hükümlerine tabi olup, sözleşmenin kurulmasında tarafların sahip olması gereken şartlara, borçlar hukuku hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Ancak bu durum, tahkim sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmesi veya karışık (karma) nitelikli bir sözleşme olması için kesin bir kriter değildir (Taşkın, 2005: s. 17). Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin kurulmasının borçlar hukuku hükümlerine tabi olması, bu sözleşmenin niteliği itibariyle maddi hukuk sözleşmesi olduğu sonucuna varmak için yeterli değildir (Kuru, 2001: s. 5938; Kalpsüz, 1996: s. 353; Ertekin, Karataş, 1997: s. 44; Taşkın, 2005: s. 17; Erkan; 2013 (a), s. 42, dn. 23'teki yazar; Özbay, Korucu, 2016: s. 42; Çelikel, Erdem, 2014: s. 685. Aynı yönde Yargıtay TD.'nin 15.3.1958 tarih ve 724/1311 sayılı kararın ilgili kısmı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 34-35). Aynı şekilde, tahkim yargılaması sonucu verilecek

hakem kararının da sözleşme niteliğinde olduğu sonucuna varılmamalıdır (Kuru, 2001: s. 5938).

Maddi hukuka tabi bir sözleşme olarak kurulan tahkim sözleşmesinin olumlu etkisi dolayısıyla, adeta bir kamu hukuku tasarrufunun da ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bu düşüncenin sonucu ise, hakem kararlarının tıpkı mahkeme kararları gibi kabulü sonucunu doğurmasıdır (Nomer, 1965: s. 506; Tekinalp, 1965: s. 16; Üstündağ, 2009: s. 968; Sarısözen, 2005: s. 6). Zira taraflar, tahkim yargılaması sonucunda hakem veya hakem kurulunca verilecek karar veya kararları, tahkim sözleşmesi ile daha baştan kabul etmiş olduklarını beyan etmiş olurlar (Doğan, 2013: s. 127; Akıncı, 1996: s. 160; Erkan, 2013 (a): s. 44-45; Çelikel, Erdem, 2014: s. 681). Ancak bundan maksat, tarafların hakem kararına baştan razı oldukları ve bu karara karşı kanunun kendilerine tanıdığı kanun yolu başvurusundan feragat ettikleri değildir.

Doktrinde hakem kararlarının mahkemeye tevdi edilmesi (HUMK m. 532-şimdi HMK m. 436/f. 3) ve kesinleşmesinden itibaren[33] aynen mahkeme kararları gibi ilamlı icra yoluyla icra edileceği, bizi hakem kararlarının yargısal (kazai) kararlar olduğu sonucuna götürecektir (Kuru, 2001: s. 5938; Taşkın, 2005: s. 18; Sarısözen, 2005: s. 6; Şanlı, 1986: s. 43; Kaplan, 2002: s. 25; Çelikel, Erdem, 2014: s. 685; Zöller, Geimer, 2014: m. 1029, kn. 15). Hakemlerce verilen karar, sözleşme temeline dayanmasına rağmen, yine de mahkeme kararlarına eş ve aynı mahiyettedir (bkz. Üstündağ, 2009: s. 935; Kaplan, 2002: s. 24-25). Buna karşılık Koral, hakemliğin mahiyet itibariyle akdi olduğu, hakemliğin devlet ya da kamu yargısı yanında, ona eş değerde olmakla birlikte otonom ve özel mahiyette bir yargı kurumu olması dolayısıyla da hakem kararlarının mahkeme kararlarına benzetilemeyeceği görüşündedir (bkz. Koral, 1983: s. 93, 84 vd.). Öte yandan Önen ise hakemi bir yargı organ değil, kişiler arasındaki uyuşmazlıkları kanunun verdiği olanaklar çerçevesinde gidermek hususunda çaba gösteren bir uzlaştırıcı olarak gördüğünden, hakem

[33] HUMK'nun yürürlükte bulunduğu 01.10.2011 tarihine kadarki, HUMK m. 536 (*Hakemlerin verdiği karar temyiz müddeti geçince mahkeme reisi veya hâkim tarafından tasdik olunur. Tasdik keyfiyeti karar zirine ve zaptı mahsusuna yazılır. Hakem kararları ancak bu suretle kabili icradır.)* hükmüne istinaden hakem kararlarının icrası için kesinleşmesi gereğine işaret etmişlerdir. Ancak HUMK 536. maddesi anlamında bir düzenleme HMK'da mevcut bulunmadığından, artık hakem kararlarının icrası için kesinleşmesini bekleyeme ihtiyaç bulunmaz.

tarafından uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla yapılan tüm bu faaliyetler neticesinde verilecek çözümleyici kararı da yargısal bir karar olarak kabul etmemektedir (bkz Önen, 1979: s. 350). Öte yandan Kalpsüz, hakemler tarafından verilen kararın hakim hükmüne kıyaslanabileceği ve aynen mahkeme kararında olduğu gibi bu kararlar için de kanun yollarına başvurulabileceğini belirtmektedir (bkz. Kalpsüz, 1996: s. 353). Böylece hakem kararları da, tıpkı mahkeme kararları gibi kesin hüküm teşkil edecektir (Üstündağ, 2009: s. 935; Dayınlarlı, 2004: s. 19; Sarısözen, 2005: s. 6).

Bu görüşe göre, hakem kararlarının mahkeme kararlarına benzer şekilde yargısal nitelikte bir karar olduğunun kabulü (bkz. Zöller, Geimer, 2014: m. 1029, kn. 15), hem tahkim yargılaması ile ulaşılmak istenen amacın hem de HMK'daki tahkimle ilgili hükümlerin gereğidir. Zira hakemlerin bir yargılama faaliyeti icra etmeleri, bu faaliyet sonucunda bir karara varmaları, verdikleri bu kararın mahkemeye tevdiinden sonra tarafların rızası ile ortadan kaldırılamaması, kararın ancak kanun yollarıyla düzeltilebileceği ve hakem kararlarının da mahkeme kararları gibi kesin hüküm gücüne sahip olmaları, hakem kararlarının yargısal nitelik taşıdığını göstermektedir (Özbay, 2004: s. 69; Sarısözen, 2005: s. 6). Ancak taraflar, gerek mahkeme gerekse hakem kararlarını tamamen değiştirecek bir sözleşme yapabilirler. Bu konuda hiçbir engel bulunmamaktadır (bkz. Üstündağ, 2009: s. 936). Buna karşılık, hakemler önceden verdikleri kararı, sonradan değiştirerek yeni bir karar vermezler (bkz. Üstündağ, 2009: s. 937). Zira Yargıtay'a göre, hakem kararları kazai karar niteliği taşıdığından, böyle bir kararın hakemlerce sonradan değiştirilmesi ise söz konusu olamaz (bkz. Yargıtay 11. HD'nin 29.4.1974 tarihli 1523/1470 sayılı kararı, YKD, 1975/12, s. 48).

MTK kapsamına giren, yani yabancılık unsuru bulunan tahkim sözleşmeleri bakımından ise, tahkim sözleşmesinin taraf iradelerinin sonucu olarak taraflar için bağlayıcı olmasından daha önemli olan, tahkim yargılamasının yapıldığı ülke hukukunun bu sözleşmeye verdiği yetki ile tahkim sözleşmesinin bağlayıcı hale gelmesidir. Bu bakımdan tahkim sözleşmesi, asıl kaynağını taraf iradelerinde değil, tahkim yargılamasının yapılacağı ülkenin usul kanunlarından almaktadır. Bu nedenle, tahkim sözleşmesinin usule ilişkin bir sözleşme olduğu ileri sürülmektedir (Erkan, 2013 (a): s. 42-43). Bu itibarla, tahkim yargılaması da ancak tahkim yeri hukukuna göre belirlenecek ve başka bir hukukun uygulanması da söz konusu

olmayacaktır (Özel, 2008: s. 32; aynı eser s. 32, dn. 10'daki diğer yazarlar; Akıncı, 1994: s. 48; Erkan, 2013 (a): s. 42).

Usul hukuku sözleşmesi görüşü, başka bir ifade ile kazai teoriye göre, yabancılık unsuru taşıyan tahkim sözleşmeleri bakımından, devletin kendi ülkesinde uygulanacak tahkim usulünü düzenleme ve kontrol etme gücünü ön plana çıkarmakta ve tahkimin bütün aşamalarına yani tahkim sözleşmesinin geçerliliğine, hakemlerin belirlenmesi ve yetkilerinin sınırlarına, tahkim kararının icrasına bu hukuk egemen olmaktadır. Bu çerçevede tahkim usulü devletin hukuk düzeninin bir parçası haline gelmektedir (Özel, 2008: s. 32; aynı eser s. 32, dn. 6'daki yazar).

Yabancılık unsuru taşıyan tahkim sözleşmeleri bakımından kazai teorinin en önemli sonuçlarından birisi, hakem kararlarının icrasının mahkemeler aracılığı ile gerçekleştirilmesi, böylece yabancı hakem kararlarının tenfizi ile yabancı mahkeme kararlarının tenfizi eş değerde olmasıdır (Özel, 2008: s. 32; Akıncı, 1994: s. 48; Şanlı,1986: s. 43). Kazai teorinin bir başka sonucu ise, hakemlerin tahkimin esasına uygulanacak hukuku belirlemek için tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda olmaları ve bu durumda tahkim yeri hukukuna riayet edilmediği her halde hakem kararının iptal edilecek olmasıdır (Özel, 2008: s. 32-33; aynı yönde bkz. Erkan, 2013 (b): s. 543). Bu nedenle, tahkim sözleşmesinin maddi hukuk karakterini ön plana çıkararak usul hukuku karakterini arka planda bırakmak, milletlerarası ticaretin gereklerine daha uygun olacaktır ki; bu durum da taraflar, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku da belirleme yetkisine sahip olabileceklerdir (bkz. Erkan, 2013 (b): s. 543; Nomer, 2011: s. 524).

Alman hukukunda, tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından çok önceleri maddi hukuk sözleşmesi görüşü hâkimken, bu sözleşmesin hukuki niteliğinin artık usul hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir (bkz. Prütting, Gehrlein, Prütting, 2010; m. 1025, kn. 1; Rosenberg, Schwab, Gottwald, 2010: § 175, kn. 7; Zeiss, Schreiber, 2014: s. 338, kn. 786; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 255, kn. 804; Schilken, 2014: s. 393, kn. 843; Gottwald, 2005: s. 285, kn. 8). Keza Alman Yüksek Mahkemesi de bu görüştedir (bkz. BGHZ 99, s. 143 (147). Ancak, tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğini "tahkim sözleşmesi, usule ilişkin etkileri bulunan sözleşme niteliğinde özel hukuka ilişkin bir irade açıklamasıdır" şeklinde ifade eden

yazarlar da bulunmaktadır (bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1323, kn. 1). Önceleri usuli ilişkiler hakkındaki maddi hukuk sözleşmesi şeklinde ifade edildiği belirtilmektedir (bkz. Zöller, Geimer, 2014: m. 1029, kn. 16).

3.2.3. Karma Sözleşme Görüşü

Bu görüş, maddi hukuk ve usul hukuku sözleşmesi görüşlerinin, tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklamak hususunda tek başına yetersiz kaldığı düşüncesiyle hareket etmekte ve tahkimin hem sözleşme niteliğini ele alarak tahkim sözleşmesinin maddi hukuk karakterini ortaya koymakta, hem de tahkim prosedürüne uygulanacak hukukun oynadığı rolü esas almak suretiyle usul hukuku niteliğini kabul etmektedir. Böylece, tahkim sözleşmesinin her iki niteliğinin birbirinden ayrı olarak değerlendirilemeyeceği, her iki niteliğine birlikte sahip olması sebebiyle de, bu iki yapının tahkim sözleşmesinin karakterini birlikte oluşturduğu ifade edilmektedir. Bu bakımdan tahkim sözleşmesi, her iki niteliği bünyesinde taşıyan tek bir hukuki işlem olmaktadır (Alangoya, 1973: s. 48, dn. 53'deki yazarlar; Yeğengil, 1974: s. 113; Şanlı, 1986: s. 46; Kalpsüz, 1996: s. 354; Dayınlarlı, 2004: s. 20. Taşkın, 2005: s. 20; Yavuz, 2009: s. 143; Sarısözen, 2005: s. 8; Erkan, 2013 (a): s. 43; Özbay, Korucu, 2016: s. 42).

Bu görüşe göre, tahkim sözleşmesinin yapılması sırasında tarafların serbest iradeleri öncelikli olduğundan, bu bakımdan tahkim sözleşmesinin akdi yönü ağırlık basmakta, ancak bu durum mahkemelerin yetkilerini tamamen ortadan kaldırmamakta, uyuşmazlıklar sadece kanunun izin verdiği ölçüde hakemler eliyle çözümlenmektedir (Yavuz, 2009: s. 143-144; Erkan, 2013 (a): s. 43).

Öte yandan, hakemlerce yapılan yargılama sonucunda verilecek kararlara yüklenen anlam, mahkeme kararlarına yüklenen anlamdan farklı değildir. Buna göre, tahkim sözleşmesinin kurulması ve varlığı akdi niteliğe, tahkim usulüne bir usul hukukunun uygulanması ise kazai niteliğe işaret etmektedir (Sakmar, 1982: s. 23; Yavuz, 2009: s. 144; Erkan, 2013 (a): s. 43; Sarısözen, 2005: s. 8; Dayınlarlı, 2004: s. 20; Öztürk, 2014: s. 105. Karma görüş hakkında ayrıca bkz. Koral, 1979: s. 450,

dn. 57. Milletlerarası nitelik taşıyan tahkimde karma sözleşme görüşünün sonuçları hakkında bkz. Şanlı, 1986: s. 47; Akıncı, 1994: s. 50 vd.).

Sonuç olarak, karma sözleşme görüşüne göre, hakemlerin yetkisi tarafların irade serbestisine dayanarak yapılmış bir tahkim sözleşmesine tabi olsa da, tahkim prosedürüne uygulanacak hukuk usuli niteliktedir. Bu özellikler göz önüne alındığında tahkim sözleşmesinin karma nitelikte olduğu söylenebilir (Sakmar, 1982: s. 28; Erkan, 2013 (a): s. 43). Öte yandan, tahkim sözleşmesinin niteliği hususunda karma sözleşme görüşünü savunanların sayısının artmakta olduğu ileri sürülmektedir (bkz. Kaplan, 2002: s. 24).

3.2.4. Bağımsız (Otonom) Görüş

Bağımsız (otonom) görüş, milletlerarası tahkimde, tahkim sözleşmesinden ziyade bizatihi tahkimin hukuki niteliğinin tespiti hakkında ortaya çıkmış bir görüş olup, diğer görüşlerden farklı esaslardan hareket etmekte ve tahkimin hukuki niteliğini, onun kullanımı ve amacına bakılarak belirlenmesi gerektiği düşüncesiyle açıklamaktadır (Şanlı, 1986: s. 48 ve dn. 117'deki yazar). Bu bakımdan da tahkimin niteliği, salt akdi veya salt kazai nitelikte olmadığı gibi karma olarak nitelendirilemeyecektir (Özel, 2008: s. 33-34, dn. 18'deki yazar; Şanlı, 1986: s. 48).

Bu görüşe göre, tahkim kavramına milli hukuktakinden daha geniş bir çerçevede bakılmalı ve tahkimin hukuki niteliğini tayinde, tahkimin, milletlerarası ticari toplumun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla oluşturulduğu ve tahkim prosedürünün bizatihi kendisinin incelenmesi gerektiğinden hareket edilmelidir (Özel, 2008: s. 34; aynı eser, s. 34, dn. 19'daki yazar). Zira milletlerarası tahkimin özelliği ve hukuki yapısı gereği, milli tahkimden farklılıklar göstermesi, milletlerarası tahkimin hukuki niteliği, milli hukuktaki yerinin tespiti ile değil, bilakis tahkim sözleşmesine ve taraf iradelerinden bağımsız milletlerarası bir hukuki nitelik tanıma gereği ile ifade edilebilir (Taşkın, 2005: s. 21). Milletlerarası ticari tahkime bağımsız bir nitelik izafe edilmesinin öneminin büyüklüğü, milletlerarası ihtiyaçları karşılama imkânı sağlaması ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların

çözümüne sağlayacağı olanaklar göz önünde bulundurulduğunda, daha da anlaşılır bulunmaktadır (bkz. Taşkın, 2005: s. 21).

Bu görüş, milletlerarası tahkimin, milli ihtiyaçlardan ve milli hukuktan bağımsız olarak doğması, milli tahkimlerde öngörülen yasal düzenlemelerin bu tahkimin ihtiyaçlarına cevap verememesi nedenine dayanılarak savunulmaktadır (Şanlı, 1986: s. 49; Taşkın, 2005: s. 21). Öte yandan, milletlerarası ticari tahkimi bir vakıa olarak ele alan bağımsız (otonom) teori, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına göre milletlerarası tahkimin geliştiği ve gerek ulusal gerekse uluslar arası hukukun da bu gelişime paralel değişim gösterdiğini öne sürmektedir. Özellikle UNCITRAL'in tahkimle ilgili kuralları, ulusal hukukların liberalleşmesinde önemli bir fonksiyon göstermiştir (bkz. Özel, 2008: s. 34). Zira bağımsız (otonom) teoriye göre tahkim, milletlerarası özel hukuk bağlamında geliştirilen ideolojilerle hareket etmemekte, bilakis pozitif hukuk ya da ulusal hukuk sistemlerinin sınırlamaları dışında gelişme göstermektedir (Özel, 2008: s. 34). Bu nedenle otonom teori, karma teorinin ötesine geçerek a-nasyonel (non-national), ulus ötesi (transnational) ve bir yere bağlı bulunmayan (yersizleştirilmiş- delocalised) tahkim şekillerini öne sürmüş ve tahkim yeri hukukuna fazla değer atfetmemiştir (bkz. Özel, 2008: s. 34; ayrıca aynı eser, s. 34, dn. 20'deki yazar). Bu çerçevede, milletlerarası tahkimin amacı, fonksiyonu ve karşılaşılan ihtiyaçlar, milletlerarası tahkimin tahkim sözleşmesinden ve taraf iradelerinden bağımsız, milletlerarası bir nitelik kazandırılmasını gerekli kılmaktadır. Buna göre de, milletlerarası ticari tahkimin karakteri milletlerarası ise, hukuki niteliğinin de buna uygun olması gerekir (Şanlı, 1986: s. 49; Taşkın, 2005: s. 21).

Ayrıca, milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemelerde, milli tahkimden farklı temel kurallar dikkate alınarak, taraf işlemleri ve irade serbestisi hususunda milletlerarası kamu düzenine de uygunluk ölçüsünde, sınırlandırma yoluna gidilmesi gerekecektir (Taşkın, 2005: s. 21; Şanlı, 1986: s. 49; Akıncı, 1994: s. 50 vd.). Bu durumda da taraf iradelerine getirilen sınırların tespitinde milli hukuk esas alınmamalıdır (Taşkın, 2005: s. 21; Şanlı, 1986: s. 380).

Bağımsız teori, hakem kararlarının milli hukuklardan soyutlanmasını esas alarak, böylece tahkim yeri ile hakem kararı arasındaki bağın zayıflamasını ve bu yerdeki mahkemelerin rolünün azaltılmasını da sağlamaktadır (Akıncı, 1994: s. 52-

53; Özel, 2008: s. 34). Bu durumda tarafların irade serbestisi de ancak milletlerarası kamu düzeni ile sınırlandırılmakta, irade serbestisine tanınan bu özellik esasa uygulanacak hukuk açısından da geçerli olmaktadır. Bu bağlamda, taraflar esasa uygulanacak herhangi bir hukuk seçme hususunda serbestiye sahiptirler. Ancak tarafların böyle bir seçim yapmamış olması halinde hakemler, uyuşmazlığı uygun buldukları bir kanunlar ihtilafı kuralına göre çözebilirler yahut doğrudan milletlerarası ticaret hukukunun kurallarını esas alarak karara bağlayabilirler (Şanlı, 1986: s. 49-50; Özel, 2008: s. 34). Böylece yerel kamu düzeni ve müdahaleci kuralların etkisi gittikçe azalmakta, milletlerarası tahkim yargılamasında ulusal hukuklara nazaran bir liberalleşme ortaya çıkmaktadır (karş. Özel, 2008: s. 34).

Farklı bir teori olarak ortaya çıkan bağımsız (otonom) teori, milletlerarası ticari hayatın ihtiyaçları çerçevesinde gelişen tahkimi baz almıştır. Milletlerarası tahkimin ihtiyaç ve gelişimine paralel olarak pek çok devlet, UNCITRAL Model Kanunu'nu temel alarak ulusal kanunlar çıkarmış ve bu kanunlarda tahkim yeri bağlama noktası hakkındaki kurallar ile tahkim yargılamasını kendi ülkelerinin kurallarına bağlamışlar, ancak taraf iradelerine de büyük önem vermişlerdir. Bu çerçevede, taraf iradeleri ile başka bir ulusal hukuk ya da tahkim kurumunun kurallarını seçme imkânı ve esasa uygulanacak hukuk konusunda da istedikleri kanunlar ihtilafı kuralları ya da ulusal veya uluslar arası maddi kuralları belirleme yetkisi vermiştir. Bu yönüyle milletlerarası tahkim, otonom teori temelinde gelişme göstermiştir (Özel, 2008: s. 34-35). Öte yandan ulusal hukuk normlarıyla getirilen düzenleme karma teoriyi esas almıştır (bkz. Özel, 2008: s. 35).

3.2.5. Görüşümüz

Kişiler, aralarında doğmuş veya doğacak tahkime elverişli muhtelif uyuşmazlıkların çözümü maksadıyla, tahkim yolu ile alternatif bir yargılama yapılması için hakem veya hakem heyetine başvurmak hususunda, birbirine uygun iradelerini beyan edebilirler. Bu şekilde ortaya çıkan bir sözleşme, tarafların tahkime başvurma arzularını göstermektedir.

Bu sözleşmenin geçerliliği için, bütün sözleşmelerde olduğu gibi Medeni Hukukun ve Borçlar Hukukunun aradığı sözleşme yapabilme ehliyetine sahip olmak ilk şarttır. Bununla birlikte maddi hukukun sözleşmenin geçerliliği için aradığı diğer şartların yerine gelmesi de gerekir. Ancak taraflar arasında böyle bir sözleşme bulunması, tarafların sözleşmeye istinaden mahkemelerde yapılan yargılama faaliyetine alternatif, özel bir yargılama yapılmasını talep etme imkânını doğrudan vermez. Zira tarafların iradelerine tabi, mahkeme dışında bir yargılama yapılabilmesi için yargılama usul ve esaslarını düzenleyen usul kanunlarında veya milletlerarası nitelikte ise çoğunlukla devletlerin imzaladığı iki veya çok taraflı sözleşmelerde aranan, bir takım ilave şartların sağlanması ve bunun üzerine söz konusu kanunlarla veya anlaşmalarla yargılamaya izin verilmesi gerekir. Ayrıca bu alternatif yargılama faaliyeti neticesinde ortaya çıkacak çözümün, yani hakem kararının da mahkemelerce yapılan yargılama sonucunda verilen kararla aynı etkiyi sağladığının güvenceye alınması gerekecektir.

İşte tarafların serbest iradesi ile ortaya çıkan bu sözleşme üzerine, hakem heyetinin kurulması, davacının davasını bu heyette açması, davalının varsa karşı davasını aynı heyette açması, delillerin ikamesi ve toplanması, gerekir ise bilirkişiye başvurulması ve tanık dinlenilmesi, tarafların isticvabı, duruşmalar yapılması, hakem heyetinin yargılamayı bir karar ile sona erdirmesi ve karara karşı tarafların başvurusu gibi usul kanunlarında düzenlenen tüm bu yargılama usul ve aşamaları, tahkim yargılamasının temel taşı olan bu tahkim sözleşmenin varlığına ve bunun usule ilişkin mevzuat ile düzenlenmesine bağlanmıştır. Bu nedenle tahkim sözleşmesi her ne kadar kuruluşu bakımından maddi hukuk karakterli görülmesi nedeniyle, maddi hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde görüşler bulunsa da, bu düşüncenin doğru olmadığı kanaatindeyim. Zira tahkim sözleşmesinin sonuç doğurması usule ilişkin kanunlarda veya milletlerarası sözleşmelerde tarafların bu iradelerine bir sonuç bağlanmış olmasına bağlıdır. Dolayısıyla tahkim sözleşmesi asıl kaynağını usul hukukundan almaktadır. Bu nedenle sözleşmenin niteliğini, maddi hukukta değil usul hukukunda aramak gerektiği kanaatindeyim.

Bir başka husus, sözleşmenin niteliğini tespit etmek için dikkate alınması gereken doğru kriterin belirlenmesidir. Bu bakımdan, sözleşmenin kurulması ile doğan ana ve doğrudan etkilerini hangi hukuk alanında meydana geldiği doktrinde

çoğunluğun kabul ettiği ve esas aldığı önemli ve ciddi bir kriterdir. Tahkim sözleşmesinin mahkemeler yerine hakem veya hakemlere başvurma imkânı getirmesi hususundaki olumlu, diğer taraftan mahkemeye giden yolu kapatması bakımından ise olumsuz etkisi, bu sözleşmeye karakterini veren ana ve doğrudan etkileridir. Bu bağlamda, tahkim sözleşmesinin bu ana ve doğrudan etkileri de usul hukuku alanında doğmaktadır. Bu nedenle, tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin usul hukuku karakterli olduğunun kabulü gerekecektir.

Öte yandan, hakem kararlarının mahkeme kararı gibi kesin hüküm etkisinin ve icra kabiliyetinin bulunması, bu kararların da kazai nitelikte olduğunu, dolayısıyla bu hakem kararına ulaşmamıza sebep olan ana kaynağın, yani tahkim sözleşmesinin de usuli nitelikte olması gerektiğini bize göstermektedir.

4. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN YAPILIŞ TÜRLERİ

4.1. Genel Olarak

Tahkim sözleşmesinin yapılış türleri hususunda, Türk Hukukunda gerek milli gerekse milletlerarası nitelikteki mevzuatta çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

Mülga 1086 sayılı HUMK'u bu hususu, m. 516/ f. 1, 2. cümlesinde *"Tahkim hususi bir mukavele ile yapılabileceği gibi her hangi bir mukaveleye bundan tahaddüs etmesi muhtemel nizaın hakemler vasıtasıyla halline dair bir şart da dercolnabilir.*" hükmü ile düzenlemiştir.

HUMK'nun yerini alan 6100 sayılı HMK'da "Tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli başlıklı" 412. maddenin 2. fıkrasında, *"Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir."* şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme, hem UNCITRAL Model Kanunu hem de HUMK düzenlemeleri ile aynı içeriktedir (bkz. Budak, 2012: s. 40).

Öte yandan, MTK'nın aynı hususa ilişkin olarak düzenleme getiren 4. maddesinin 1. fıkrası son cümlesi ise, *"Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir."* ifadesiyle, HMK'nın kendisini takip ettiğini de göstermektedir.

Bunlarla birlikte, 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasında da, *"tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir."* denilmektedir. Anılan Kanun'un 2. maddesinde yapılan tanımdan, tahkim şartının konulacağı sözleşmenin "kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi" olduğu anlaşılmaktadır (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1029).

Sadece bu kanuni düzenlemeler değil, normlar hiyerarşisinde daha altlarda bulunan bir takım düzenlemelerde de benzer hükümler tesis edilmiştir. Örneğin, TOBB Tahkim Tüzüğü'nün 4. maddesinin 2. fıkrasında, *"Tahkim anlaşması, asıl*

sözleşmeye konan tahkim şartı ile veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir." hükmü yukarıdaki yer verilen kanun hükümleri ile aynı ifadeye yer vermiştir.[34] Yine benzer bir düzenleme, İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları m. 6/ f. 1, c. 2'de yer almıştır. Buna göre; *"Tahkim anlaşması, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı ("tahkim şartı") veya ayrı bir anlaşma ("tahkim sözleşmesi") şeklinde yapılabilir."*[35]

HMK m. 412/ f. 2 ve MTK m. 4/ f. 1, son cümle hükmüne benzer bir hüküm ZPO m. 1029/ f. 2'de yer almıştır. Söz konusu hükümde, tahkim "anlaşması"nın müstakil bir anlaşma şeklinde (tahkim "sözleşmesi") veya bir sözleşmenin içinde yer alan bir şart (tahkim şartı) olarak kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde, üst kavram olarak tahkim "anlaşması" kullanılmıştır (bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1323, kn. 2). Müstakil tahkim sözleşmesi için ise açıkça tahkim "sözleşmesi" kavramının kullanıldığı, bununla birlikte tahkim şartı bakımından ise hukukumuzdan farklı bir ifadenin olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, Alman hukukunda Tahkim Kanunu'nda bu terminolojiye sıkı bir şekilde riayet edilmektedir (bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1323, kn. 2, aynı yönde bkz. Zimmermann, 2007: m. 1029, kn. 1). Bununla birlikte "Schiedsvereinbarung" kavramı yerine uygulamada sıklıkla "Schiedsvertrag" kavramının kullanıldığı belirtilmektedir (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 255, kn. 804). Gerek müstakil tahkim sözleşmesi (Schiedsabrede) gerekse tahkim şartı (Schiedsklausel) ZPO'da tahkim hakkında yapılan değişiklik öncesinde de (01.01.1998 öncesi) kanunda m. 1027'de düzenlenmiş idi. Ancak tahkim şartı bugünkü düzenlemeden farklı idi. Zira tahkim şartı sadece tacirler arasındaki sözleşmeler bakımından caiz idi. Artık bu sınırlayıcı düzenleme geçerli değildir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1029, kn. 2).

Yukarıda verilen tüm bu hükümlerde açıkça görüldüğü üzere tahkim sözleşmesi, müstakil (ayrı) bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, asıl sözleşmeye

---

[34] TOBB Tahkim Tüzüğü'nün tam metni için bkz. http://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi /Sayfalar/TOBBTahkimiveTahkimSozlesmesi.html E.T. 21.07.2015. "*Bu Tüzüğün amacı; 18.05.2004 tarih ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun 56 ncı maddesinin (t) bendi uyarınca; TOBB Tahkim Divanı aracılığı ile gerek Türk firmalarının kendi aralarında, gerek Türk firmaları ile yabancı firmalar arasında, gerekse yabancı firmaların kendi aralarında iktisadi, ticari veya sınaî alanda çıkan anlaşmazlıklara tahkim yoluyla çözüm bulunmasını sağlamaktır"* (TOBB Tahkim Tüzüğü m. 1).

[35] İTO Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları için bkz. http://www.ito.org.tr/ITOTAM_TAHKIM_ KURALLARI.pdf E.T. 22.07.2015.

konulan bir şart şeklinde de yapılabilecektir (Bilge, Önen, 1978: s. 745; Önen, 1979: s. 352; Kuru, 2001: s. 5940-5941; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 782; Alangoya, 2001: s. 131; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 598; Yılmaz, 2012: s. 1675; Şanlı, 2013: s. 269; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 583; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1072; Akıncı, 2000: s. 109; Dayınlarlı, 2004: s. 15; Ekşi, 2003: s. 307; Ekşi, 2013: s. 98-99; Sarısözen, 2005: s. 21; Şit, 2005: s. 202; Budak, 2012: s. 38; Ertekin, Karataş, 1997: s. 48-49; Özbek, 1999: s. 109; Karslı, 2012: s. 913; Erkan, 2013 (b): s. 537; Yavuz, 2009: s. 145; Dündar, 2008: s. 27; Özel, 2008: s. 35; Akıncı, 2013: s. 98; Kalpsüz, 2003: s. 1030; Çelikel, Erdem, 2014: s. 681; Kalpsüz, 2010: s. 37; Tanrıver, 2000: s. 134; Helvacı, 2009: s. 184; Ulusoy, 2009: s. 203-204; Erdi, 2008: s. 547; Doğan, 2013: s. 127; Çelikel, Erdem, s. 670; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 18; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2013: s. 524-525; Atlıhan, 2010: s. 945; Balcı, 1999: s. 116; Önen, 1998: s. 297; Yılmaz, 1979: s. 421; Dutgut, 2005-2006: s. 116; Muşul, 2012: s. 651, 652; Şit, 2005; s. 202; Bolayır, 2009: s. 34; Kılıçoğlu, 2012: s. 1459; Atlıhan, 2010: s. 945; Öztürk, 2014: s. 116; Özbay, Korucu, 2016: s. 44; Schilken, 2014: s. 393, kn. 843; Gottwald, 2005: s. 285, kn. 7. 1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi bakımından aynı yönde ifadeler için bkz. Şanlı, 1990: s. 5). Ayrıca bunlara ilaveten asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek maksadıyla tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yapılmak suretiyle de yapılabilir (bkz. Tanrıbilir, Şit, 2002: s. 832). Tahkim sözleşmesinin bu şekilde yapılması, tarafların müstakil bir sözleşme veya aralarındaki asıl sözleşmeye yetki şartı koymak suretiyle yetki sözleşmesi yapmalarına benzemektedir (bkz. Bolayır, 2009: s. 34).

Sözleşme dışı uyuşmazlıklar ve uyuşmazlık çıktıktan sonra tarafların yaptıkları müstakil tahkim sözleşmeleri düşünülmezse, tahkim şartının tahkim sözleşmesi yapmak için daha çok tercih edildiği görülmektedir (Akıncı, 2013: s. 82; Erkan, 2013 (b): s. 537, dn. 10).

"Müstakil tahkim sözleşmesinin uygulaması azdır. Uygulamada daha çok tahkim şartına rastlanır." (bkz. Kuru, 2001: s. 5943; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 782. Aynı yönde bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1072; Yeşilova, 2008 (a): s. 237; Kılıçoğlu, 2012: s. 1459). Keza yetki sözleşmesinde olduğu gibi tahkim sözleşmesi de çoğunlukla tahkim şartı olarak ana sözleşmeye konulan bir madde

şeklinde düzenlenmektedir (bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1072; Öztürk, 2014: s. 116).

İster müstakil tahkim sözleşmesi şeklinde, isterse tahkim şartı şeklinde yapılmış olsun, bir tahkim sözleşmesinin geçerliliği için, öncelikle taraflar arasında maddi hukuka ilişkin bir asıl sözleşmenin bulunması zorunludur (Önen, 1979: s. 352; Sarısözen, 2005: s. 22). Ayrıca, gerek müstakil gerekse tahkim şartı şeklinde yapılan bir tahkim sözleşmesinin, usulüne uygun düzenlenmesi ve özellikle tahkim iradesini tam olarak yansıtmış olması, her ikisinin de geçerliliği ve hüküm ifade etmesi için öncelikle gereklidir (Yılmaz, 2012: s. 1676. Benzer ifadeler için bkz. Akıncı, 1996: s. 155-156; Akıncı, 2013 (b): s. 124; Erkan, 2013 (a): s. 45; Yeşilova, 2008 (a): s. 238). Bunun dışında tahkim sözleşmesinde mutlaka bulunması gerektiği düşünülen başka bir unsur söz konusu değildir (bkz. Akıncı, 2013: s. 84; Erkan, 2013 (a): s. 45). Başka bir yaklaşımla, her ne kadar müstakil tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında açıkça "hakem" veya "tahkim" gibi ifadelere yer verilmeden, tarafların aralarında mevcut veya doğacak bir uyuşmazlık hakkında mahkemelerin dışında kendi seçtikleri veya seçecekleri kişilere müracaat etme niyetlerinin (yani tahkim iradesinin) açık ve kesin olarak anlaşılması yeterlidir (Ertekin, Karataş, 1997: s. 51; Karadaş, 2013: s. 60-61. Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD.'nin 18.5.1981 tarih ve 1134/ 1163 sayılı kararının ilgili kısmı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 51, dn. 39).[36] Bununla birlikte tahkim sözleşmesinin hangi hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar için yapıldığının ve tahkim sözleşmesinin taraflarının da kim olduğunun belirlenebilmesi gerekmektedir (Erkan, 2013 (a): s. 45). Bu bakımdan, tahkim sözleşmesi şayet tahkim şartı yoluyla düzenlenmiş ise, tahkim şartının yer aldığı asıl sözleşmenin diğer bölümlerinden hukuki ilişkinin ve tahkim sözleşmesinin taraflarının tespit edilmesi mümkündür. Buna karşılık, tahkim sözleşmesinin müstakil bir sözleşme olarak yapılması halinde ise, sözleşme metninden, tahkim iradesi, tahkim yargılamasının hangi hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin olduğu ve tahkim yargılamasının taraflarının kimler olduğunu anlaşılabilir olmalıdır (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 45).

[36] Tahkim iradesinin açık ve kesin olması hakkındaki ayrıntılı bilgi ve Yargıtay kararları için bkz. aşağıya İkinci Bölüm, "7.2.3. (Karşılıklı) Açık ve Kesin Tahkim İradesinin Varlığı" başlığına.

Tahkim sözleşmesinin ne zaman yapılabileceği hususunda, hem HMK (m. 412/f. 5 hariç) hem de MTK'da açık, bağlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak tarafların tahkim sözleşmesini, devlet mahkemelerinde dava açıldıktan sonra dahi yapabilmeleri mümkündür. Zira HMK m. 412/f. 5 "*Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları hâlinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir."* şeklindeki hüküm ile bu husus kesin bir şekilde açıklığa kavuşturulmuştur (Bkz. Yılmaz, 2012: s. 1679). Öte yandan, burada asıl ele almak istediğimiz husus, gerek müstakil gerekse tahkim şartı şeklinde yapılan tahkim sözleşmelerinin, bir uyuşmazlık doğmadan önce mi yoksa sonra mı ya da her iki halde de yapılıp yapılamayacağıdır.

HMK ile MTK'nın yukarıda verilen hükümlerinde sadece, tahkim sözleşmesinin hem ayrı bir sözleşme hem de tahkim şartı şeklinde yapılabileceği düzenlenmiş, buna karşılık, her iki kanunun da neredeyse birbirinin aynı bu hükümlerinde tahkim sözleşmesinin ne zaman yapılacağına ilişkin bir hüküm tesis edilmiş değildir. Bununla birlikte, tahkim sözleşmesinin tanımlandığı HMK 412/f. 1 ve MTK m. 4/ f. 1'de ise, tahkim sözleşmesinin (MTK bakımından, anlaşmasının) tarafların aralarındaki bir hukuki ilişkiden "doğmuş veya doğabilecek" uyuşmazlıklar hakkında yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Dikkat edilirse bu hususdaki kanuni düzenlemelerde de, örneğin; "müstakil tahkim sözleşmesi uyuşmazlık doğduktan sonra yapılır veya tahkim şartı sadece uyuşmazlık doğmadan önce, asıl sözleşme ile beraber yapılmalıdır" şeklinde açıkça veya zımnen bu anlama gelecek nitelikte bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, mülga 1086 sayılı HUMK'u m. 516/ f. 1, 2. cümlesinde *"Tahkim hususi bir mukavele ile yapılabileceği gibi her hangi bir mukaveleye bundan tahaddüs etmesi muhtemel nizaın hakemler vasıtasıyla halline dair bir şart da dercolunabilir.*" hükmündeki ifadeden, tahkim şartının, ancak asıl sözleşmeden ileride doğması muhtemel ihtilafların çözümü için ve henüz bir ihtilaf doğmamışken konulabileceği sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla HUMK'na göre, tahkim şartı yoluyla tahkim sözleşmesi taraflar arasında henüz bir uyuşmazlık doğmadan yapılır, demek mümkündür. Öte yandan, HUMK'nun 516. maddesine karşılık gelen mehaz Neuchatel Usul Kanunu'nun 1971 yılında kaldırılan 471. maddesinin ve Tahkim Hakkında İsviçre Anlaşmasının 4. maddesinin Dayınlarlı tarafından yapılan çevirisinden açıkça anlaşıldığı üzere, tahkimname ile taraflar

mevcut olan bir uyuşmazlığı tahkime sunarken, tahkim şartı ise ancak belli bir hukuki ilişkiden doğabilecek gelecekteki uyuşmazlıklarla ilgili olabilir (bkz. Dayınlarlı, 2004: s. 15, dn. 31).

Dolayısıyla tahkime ilişkin mevcut düzenlemeler itibariyle, ne müstakil tahkim sözleşmesinin ne de tahkim şartının, sadece uyuşmazlık doğmadan evvel yapılır veya yapılamaz şeklinde kısıtlayıcı bir hükümle sınırlanmadığı kanaatindeyim (aynı yönde bkz. Tanrıbilir, Şit, 2002: s. 832; Erdi, 2008: s. 547). Bir çok hukuk sisteminde bu durumun aynı yönde olduğuna ilişkin olarak bkz. Şit, 2005: s. 203). Bu nedenle, teorik olarak her iki şekilde yapılan tahkim sözleşmesinin de, uyuşmazlıktan evvel ya da sonra ve yahut her iki halde de yapılmasını mümkün görebilmek gerekir (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1030).

Ancak ne var ki, doktrinde bazı yazarlar, müstakil tahkim sözleşmesini tanımlanırken taraflar arasında doğmuş (çıkmış) bir uyuşmazlık üzerine yapılan tahkim sözleşmesinden bahsetmektedirler (bkz. Kuru, 2001: s. 5940; Üstündağ, 2009: s. 938; Dayınlarlı, 2004: s. 23; Sarısözen, 2005: s. 22; Yeşilova, 2008 (a): s. 237; Muşul, 2012: s. 651; aynı yönde bkz. Şanlı, 1990: s. 5; Ertekin, Karataş, 1997: s. 51; Balcı, 1999: s. 116; Şit, 2005: s. 202; Çelikel, Erdem, 2014: s. 681. Hatta Çelikel/ Erdem, müstakil tahkim sözleşmesi değil sadece tahkim sözleşmesi tabirini kullanmaktadır). Buna karşılık bazıları ise, müstakil tahkim sözleşmesini sadece taraflar arasında uyuşmazlık doğduktan sonra değil, doğmadan evvel de yapılan bir sözleşme olarak tarif etmektedirler (Alangoya, s. Esaslar II, s. 131; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 598; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 782; Kalpsüz, 2003: s. 1030; Şit, 2005: s. 202). Öte yandan, tahkim şartı bakımından ise doktrinde çoğunluk, asıl sözleşmenin yapıldığı sırada, uyuşmazlık henüz doğmamışken şartın sözleşmeye konulduğu hususunda hemfikirdir (Bkz. Yeğengil, 1974: s. 138; Kuru, 2001: s. 5941; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 782; Üstündağ, 1962: s. 282; Şanlı, 1990: s. 5; Ertekin, Karataş, 1997: s. 51; Dayınlarlı, 2004: s. 21; Akıncı, 2013: s. 84; Sarısözen, 2005: s. 22; Muşul, 2012: s. 651; Çelikel, Erdem, 2014: s. 681. Aksi yönde bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1030; Yeşilova, 2008 (a): s. 237).

Tahkim sözleşmesinin yapılma zamanı ile ilgili olarak, kanaatimizce doğru olan, uygulamada çoğunlukla rastlanan şekli ile, taraflar arasında asıl sözleşme

yapılırken (ve henüz bir uyuşmazlık doğmamışken) bu sözleşmeye tahkim şartı konulmasıdır. Buna karşılık, taraflar arasında uyuşmazlık çıktıktan sonra tahkim sözleşmesi yapma niyeti ortaya çıkar ise bu durumda, müstakil tahkim sözleşmesi yapmak daha pratik ve doğru yoldur. Zira, zaten bir sözleşme aktedildikten sonra, teknik olarak başlangıçta var imiş gibi yeni bir hüküm ilavesi mümkün olmaz. Sözleşmenin değişikliğe tabi tutulması veya sözleşmeye yeni hükümler ilave edilmesi de, aksi belirtilmedikçe tecdit sayılmayıp, esasen yeni bir sözleşmedir.

4.2. Tahkimin Bağımsız Bir Sözleşme Olarak Kararlaştırılması (Müstakil Tahkim Sözleşmesi)

Müstakil tahkim sözleşmesinin konusu, sadece tahkimdir (Kuru, 2001: s. 5940; Yılmaz, 2012: s. 1676). Bu sözleşme dar anlamda tahkim sözleşmesi olarak adlandırıldığı gibi, buna "tahkimname" de denilmektedir (bkz. Kuru, 2001: s. 5940). Zira, HUMK'nun 530. maddesinin 2. fıkrasındaki "*Tahkimname, hakemlerin kararına raptolunur.*" hükmünden, ayrı (müstakil) bir sözleşme şeklinde yapılan tahkim sözleşmesinin "tahkimname" olarak adlandırıldığını anlamaktayız (bkz. Dayınlarlı, 2004: s. 23). Öyle ki, asıl sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, "aramızda bulunan … uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümünde mutabık kaldık, anlaştık." gibi ifadelerle, kısa ve asıl sözleşmeden ayrı bir metin hazırlayarak, altını imzalamak suretiyle müstakil bir tahkim sözleşmesi yapmış olurlar (Yılmaz, 2012: s. 1675).

Bununla birlikte, asıl sözleşmenin tarafları bu kadar kısa bir sözleşme metni ile yetinmeyip, kendileri için önemli gördükleri hususları ortaya koymak, tahkim yargılamasını kolaylaştırmak ve yargılama ile ilgili ileride doğması muhtemel ihtilafları azaltmak amacıyla daha detaylı bir tahkim sözleşmesi de düzenleyebilirler. Örneğin; tarafların hakeme nasıl başvuracaklarını, hakemlerin nasıl tespit edileceğini veya seçileceğini ya da hakem olarak kimleri seçtiklerini veya seçeceklerini, hakem ücretinin nasıl paylaşılacağını, hakemlerin yargılamayı nerede ve nasıl yapacaklarını, yargılamada gerek maddi gerekse usul hukuku alanında hangi hukukun uygulanacağını, delillerin neler olacağını, hakem kararının nasıl verileceğini,

kararların içeriğinin nasıl olabileceği gibi çok daha ayrıntılı düzenlenmiş bir müstakil tahkim sözleşmesi de yapabilirler (Yılmaz, 2012: s. 1675. Benzer içerikler için bkz. Akıncı, 2013: s. 84; Erkan,2013 (a): s. 45). Dolayısıyla taraflar sadece aralarındaki uyuşmazlığı tahkime götürmek hususunda değil, ayrıca bu uyuşmazlığın çözümünde kendi yargılama usul ve esaslarına ilişkin kurallarını da koyabilirler. Böyle bir durumda bu hükümler öncelikle uygulanacaktır, ancak eksiklik bulunan hususlarda ZPO'nun hükümleri geçerlidir (bkz. Gottwald, 2005: s. 288, kn. 33).

Örneğin; 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun'un tahkime yoluna ilişkin ilkeler başlıklı 4. maddesinde bir hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hüküm şöyledir: "Tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Tahkim sözleşmesi, sözleşmenin yürürlüğe konulmasındaki usule tabi olur.

Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde; tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekâlet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenir". Bu hüküm doktrinde Kalpsüz tarafından, Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünde, tahkim sözleşmesinin daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin anlaşılabilir olduğu, ancak anılan hükmün çok kötü kaleme alındığı, birbirini tekrar eden ifadelerin bulunduğu, hatalı ve mükerrer atıflarda bulunulduğu belirtilerek eleştirilmiştir (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1045-1046).

Söz konusu hükmün sonunda "… ve benzer konular ayrıntılı biçimde düzenlenir" şeklindeki ifadeden burada sayılanların sınırlı olmadığı tahkimle ilgili başla hususlarında düzenlenebileceğini çıkarmak mümkün iken, "düzenlenir" şeklindeki ifadenin ise emredici olarak kaleme alındığı görülmektedir. Salt bu

fıkradaki ifadeye bakılırsa, 4501 sayılı Kanun'a tabi bir tahkim sözleşmesinde, bu hükümde sayılan unsurların bulunması gerektiğinin ve bunların bulunmaması halinde geçersiz sayılması gerektiğinin kabulü gerekir. Ancak bu hükümde sayılan bazı hususların sözleşmede yer almaması halinde, sözleşmenin geçersiz sayılmasını kabul etmenin doğru olmadığı kanaatindeyim. Sözleşmenin bir tarafında imtiyaz veren devlet, diğer tarafında yatırımcı bir şirketin bulunduğu bu sözleşmede, taraflar tahkime gitme ve tahkim yeri, hakem seçimi, uygulanacak hukuk gibi tahkim yargılamanın yapılabilmesi için aranan tahkim hakkındaki temel hususlarda anlaşmışlar, ancak örneğin, hakem ücreti hakkında hüküm koymamış iseler, bu sebeple tahkim sözleşmesini geçersiz saymanın doğru olmadığı düşüncesindeyim.

Bu hususta Erkan, 4501 sayılı Kanun'un yukarıya aktarılan bu hükmünde sayılan unsurların, tahkim sözleşmesinin geçerliliği için bulunması zorunlu unsurlar olmadığını, burada sayılan unsurlardan bazılarının bulunmamasının tahkim şartının (sözleşmesinin) geçerliliğini etkilemeyeceğini, zira bunların örnek olarak sayılmış olduğunu ifade etmektedir (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 45-46, dn. 45).

Bununla birlikte, şayet anılan bu madde hükmünde sayılan veya buna benzer unsurlar, taraflardan biri veya her ikisi tarafından tahkim yargılamasına verilecek rıza için bir ön şart olarak talep edilmemiş ise, bu unsurların tahkim sözleşmesinde bulunmaması, tahkim sözleşmesinin geçerliliği için bir engel oluşturmamalıdır (Erkan, 2013 (a): s. 45-46).

Özellikle kurumsal tahkimde tahkime başvurmak isteyen taraflar için, aralarındaki asıl sözleşmeye koyabilecekleri veya ayrıca yapabilecekleri tavsiye olunan tahkim şartı ve müstakil tahkim sözleşmesi örnekleri, ilgili kurumlar tarafından çeşitli düzenlemelerle de verilmektedir. Örneğin, gerek Türk firmalarının kendi aralarında, gerek Türk firmaları ile yabancı firmalar arasında, gerekse yabancı firmaların kendi aralarında iktisadi, ticari veya sınaî alanda çıkan anlaşmazlıklara tahkim yoluyla çözüm bulunmasını TOBB Tahkim Divanı aracılığı ile sağlamak (TOBB Tahkim Tüzüğü m. 1) amacıyla, ticaret ve sanayi erbabının yapacakları sözleşmelere, tahkim şartı konulması veya bu konuda tahkim sözleşmesi yapılması, hakem seçimi ve sayısıyla ilgili bilgilerin de belirtilmesi ve anlaşmazlık ortaya çıktığı anda, TOBB Tahkim Divanı Başkanlığına başvurması yeterli olacaktır. Bu

maksatla, TOBB Tahkim Tüzüğü'ne ekli ayrıntılı bir müstakil tahkim sözleşmesi örneği de verilmiştir (Kalpsüz, 2003: s. 1046).[37]

Tahkim sözleşmesinin ayrı olarak düzenlendiği hallerde, şayet müstakil tahkim sözleşmesinin geçerliliği asıl sözleşmenin geçerliliği şartına tabi tutulmamış olursa, bu sözleşmenin gerek maddi gerekse şekli anlamda geçerliliği asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla ayrı bir sözleşme olarak yapılan tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği, asıl sözleşmeden bağımsızdır (Erkan, 2013 (b): s. 537; Doğan, 2013: s. 127; Kuru, 2015: s. 726; Yılmaz, 2013: s. 1723; Kılıçoğlu, 2014: s. 1459; Yeşilırmak, 2011 (a): s. 80; Ekşi, 2013 (a): s. 99; Özbay, Korucu, 2016: s. 46-47.). Tahkim usulünün kendine özgü yanları dolayısıyla, tahkime özgü yasal düzenlemeler her ne kadar bu sözleşmeleri bazı özel şartlara tabi kılsa da, tahkim sözleşmesi de nihayetin bir sözleşmedir ve tüm sözleşmeler gibi Borçlar Hukuku hükümlerine öncelikle tabidir. Bu nedenle, tahkim sözleşmesinin geçerli olması öncelikle, Borçlar Hukukunun sözleşmelerin geçerliliği için aradığı şartları da taşımasına bağlıdır (bkz. Nomer, 1990 (b), s. 130-131).[38]

4.3. Asıl Sözleşmeye Tahkime İlişkin Hüküm Konulması (Tahkim Şartı)

Taraflar, aralarında yaptıkları bir sözleşmeye (örneğin; satım, kira, eser yapım, taşıma, şirket vb.), bu sözleşmeden doğması muhtemel uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi için tahkime başvuracaklarına ilişkin bir hüküm (madde) koyarlarsa, sözleşmenin bu maddesi tahkim şartı olarak adlandırılır (Üstündağ, 2009: s. 937; Yılmaz, 2012: s. 1675; Erdi, 2008: s. 547). Örneğin; *"aramızdaki işbu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümü için taraflar, ancak tahkime başvurabilirler"* şeklindeki bir hüküm, tahkim şartı olarak adlandırılır. Buna aynı zamanda, tahkim klozu, tahkim kaydı gibi isimlerde verilmektedir (Yılmaz, 2012: s. 1675-1676). Hatta, uygulamada rastlandığı üzere, asıl sözleşmenin içinde yer alan ve sadece

[37] TOBB Tahkimi hakkında genel bilgi ve söz konusu Tüzük hükümleri ile TOBB Tahkim Divanı Statüsü ve ekinde yer alan müstakil tahkim sözleşmesi örneği için bkz. TOBB Tahkimi Kitabı, Ankara 2010, http://www.tobb.org.tr/ HukukMusavirligi/Sayfalar/AnaSayfa.php E.T. 21.07.2015.

[38] Bu husus, farklı isimlerle adlandırılmakla birlikte genel olarak, ayrılabilirlik prensibi veya tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı olarak ifade edilmekte olup, ayrıntılı olarak aşağıda "4.6. Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı: Ayrılabilirlik İlkesi" başlığı altında incelenecektir.

örneğin, "tahkim, İstanbul" şeklindeki bir ifade bile uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi için yeterli bir iradeyi yansıtmaktadır (bkz. Akıncı, 2013: s. 84; Erkan, 2013 (a): s. 45; Karadaş, 2013: s. 61)

Özellikle kurumsal tahkim merkezleri de kendi kurumları bünyesinde tahkim yargılaması yapılmasını temin edecek ve bu arada da taraflara kolaylık sağlayacak şekilde, tahkim şartı örnekleri vermektedirler. Örneğin; *"Bu sözleşmeden veya bu sözleşme ile ilgili olarak doğacak ihtilaflar, TOBB Tahkim Tüzüğü hükümleri uyarınca tahkim yoluyla çözülür."* şeklindeki bir tahkim şartı ile ticaret veya sanayi adamlarının arasında yapılan ticari sözleşmelerde bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için, TOBB tahkim merkezi bünyesinde tahkim yargılamasına imkân verilmektedir (Ayrıca TOBB tahkimi hakkında ayrıntılı bilgi için de bkz. Günuğur, 1999: s. 330-337). [39]

İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları çerçevesinde bir tahkim yargılaması için ise *"İşbu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilgili olan ya da bu sözleşmenin ihlali, feshi veya geçersizliğine ilişkin bulunan her türlü uyuşmazlık veya istem İstanbul Ticaret Odası Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözülecektir."*şeklinde bir tahkim şartı örnek olarak tavsiye edilmiştir.[40]

Bir başka tahkim şartı, milletlerarası nitelikteki sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklarda ICC tahkimine başvurmak isteyenler için, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarında tavsiye edilmiştir. Önerilen tahkim şartı şöyledir: *"İşbu sözleşmeden doğacak bütün anlaşmazlıklar Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü hükümlerine göre bu hükümler uyarınca tayin edilecek bir veya birden fazla hakem tarafından kesin olarak karara bağlanacaktır"* (Birsel, 1980: s. 103; Balcı, 1999: s. 345).

Ayrıca Londra Tahkim Divanının Milletlerarası Tahkim Kurallarında, tarafların sözleşmelerine koyabilecekleri tavsiye olunan tahkim şartı örneğine de yer verilmiştir. Şöyle ki; *"Bu sözleşme ile ilgili olarak taraflar arasında ortaya çıkacak*

[39] Söz konusu tahkim şartına ulaşmak için (bkz. http://www.tobb.org.tr /HukukMusavirligi/Sayfalar/ TOBB TahkimiveTahkim Sozlesmesi.html E.T. 21.07.2015).

[40] Bkz. http://www.ito.org.tr/ITOTAM_TAHKIM_KURALLARI.pdf, s. 22, E.T. 22.07.2015.

tüm ihtilaf veya anlaşmazlıklar, Londra Tahkim Divanının Milletlerarası Tahkim Kurallarına tabi olacak ve bu kurallar çerçevesinde çözümlenecektir." (Kalpsüz tarafından yapılan çeviri için bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1048).

Keza Türk tahkim uygulaması ve son dönemlerdeki tahkim hukuku alanında gerçekleşen yasal düzenlemelere de temel teşkil etmesi bakımından UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında tavsiye edilen benzer nitelikteki tahkim şartı örnekleri yer almaktadır.[41] UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın sonunda yer alan ve taraflara önerilen "model tahkim şartı"nın Bozkurt Yüksel tarafından yapılan tercümesi şöyledir: *"Sözleşmeler için örnek tahkim şartı: bu sözleşmeden doğan veya bu sözleşme ile ilgili veya bu sözleşmenin ihlaline, feshine veya geçersizliğine ilişkin herhangi bir uyuşmazlık, çekişme veya iddia UNCITRAL Tahkim Kuralları'na uygun olarak hallolunacaktır. Not. Tarafların şu hususları da tahkim şartına eklemeyi göz önüne almaları gerekir: (a) Atama makamı ... (kurumun veya kişinin adı)… olacaktır, (b) hakem sayışı ... (bir veya üç)…olacaktır, (c) tahkim yeri ... (şehir veya ülke)… olacaktır, (d) tahkim yargılamasında kullanılacak dil ... olacaktır."* (bkz. Bozkurt Yüksel, 2011: s. 143, dn. 24).

Tahkim şartı ile kurulan bir tahkim sözleşmesinde, asıl sözleşmenin konusu sadece tahkim olmayıp, tahkim (şartını düzenleyen hüküm), bu sözleşmedeki maddelerden sadece biridir. Ancak böyle olmakla birlikte, sözleşmedeki bu hüküm (tahkim şartı), başlı başına bir tahkim sözleşmesidir ve (müstakil) tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hükümlere tabidir (Kuru, 2001: s. 5941. Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 782).

Tahkim sözleşmesinin içeriğinde bulunması gereken temel hususun tahkim iradesinin açıkça ortaya konulmuş olduğunu biraz önce ifade etmiştik. Bu temel unsurun dışında mutlaka bulunması gereken başka bir unsur söz konusu değildir (Erkan, 2013 (a): s. 45). Bu bakımdan, tahkim şartının geçerliliği de, belirli bir hukuki ilişki hakkında olmasına ve bu ilişkiden gelecekte doğacak olan uyuşmazlıklara karşılık gelmesine bağlıdır. Bkz. Üstündağ, 2000: s. 937; Ertekin,

[41] 2010 yılında değişikliğe uğrayan UNCITRAL Tahkim Kurallarının son hali için bkz. www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf, E. T. 22.07.2015.

Karataş, 1997: s. 51-52). Ayrıca, milletlerarası tahkimde tahkim şartı ile oluşturulan bir tahkim sözleşmesinde tahkim yeri, tahkim yargılamasında kullanılacak dil, tahkim usulü ve uygulanacak hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuk, şayet kurumsal tahkim arzu ediliyorsa bu kurallar, tahkimin hangi ülkenin yargı yetkisine tabi tutulması, tahkim yargılaması sonucunda verilecek karara karşı temyiz veya iptal davası açılması ile kararın kolayca infazının sağlanması hususlarında gerekli hükümlerin konulması, milletlerarası tahkim uygulamasına uygun ve faydalı olacaktır (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1048). Buna karşılık, tarafların aralarında çıkması muhtemel tüm uyuşmazlıklar için tahkime başvuracakları yönündeki iradeleri, belirli bir uyuşmazlığa ilişkin olmaması nedeniyle hükümsüz olacaktır (Üstündağ, 2000: s. 937; Erkan, 2013 (a): s. 45. Benzer anlama gelecek ifadeler için bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1048; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 93).

Öte yandan, milletlerarası tahkimde tahkim şartı ile oluşturulan bir tahkim sözleşmesinde tahkim yeri, tahkim yargılamasında kullanılacak dil, tahkim usulü ve uygulanacak hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuk, şayet kurumsal tahkim arzu ediliyorsa bu kurallar, tahkimin hangi ülkenin yargı yetkisine tabi tutulması, tahkim yargılaması sonucunda verilecek karara karşı temyiz veya iptal davası açılması ile kararın kolayca infazının sağlanması hususlarında gerekli hükümlerin konulması, milletlerarası tahkim uygulamasına uygun ve faydalı olacaktır (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1048). Buna karşılık, tarafların aralarında çıkması muhtemel tüm uyuşmazlıklar için tahkime başvuracakları yönündeki iradeleri, belirli bir uyuşmazlığa ilişkin olmaması nedeniyle hükümsüz olacaktır (Üstündağ, 2009: s. 937; Erkan, 2013 (a): s. 45. Benzer anlama gelecek ifadeler için bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1048; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 93).

Öte yandan, taraflar tahkim şartı ile bağlı olmakla birlikte, tahkim şartının konulduğu asıl sözleşmenin uygulanmasından yahut yorumlanmasından henüz bir uyuşmazlık çıkmamış ise, tahkim şartı da bağlayıcı bir sonuç doğurmayacaktır (Koral, 1947: s. 18; Dayınlarlı, 2004: s. 21; Ertekin, Karataş, 1997: s. 52; Sarısözen, 2005: s. 23). Zira bu hali ile tahkim şartı adeta, taliki şarta bağlı bir sözleşme niteliğindedir. Bu niteliği dolayısıyla da tahkim şartının kapsamına giren bir uyuşmazlığının meydana gelmesi, henüz muhtemel bir olaydır ve bu ihtimal ileride

ortaya çıkmazsa tahkim şartı da bağlayıcı bir sonuç doğurmayacaktır. (bkz. Yeğengil, 1974: s. 119-120; Ertekin, Karataş, 1997: s. 52).

Asıl sözleşmenin geçerli olması, o sözleşmede yer alan tahkim şartının da geçerli olabileceği ihtimalini kuvvetlendirebilir, ancak bu durum, tahkim şartının da kesin olarak geçerli olduğunu göstermez. Zira tahkim şartının geçerli olması için, sadece genel olarak sözleşmelerin kurulması ve geçerliliği ile ilgili maddi hukuktaki kurallara değil, aynı zamanda özel olarak da tahkim sözleşmeleri ile ilgili usul hukuku düzenlemeleri veya uluslararası sözleşmelerde öngörülen hükümlere de uyulmuş olması gerekecektir (Bkz. Kuru, 2001: s. 5941; Koral, 1947: s. 38); Alangoya, 1973: s. 94; Sarısözen, 2005: s. 23). Keza tahkim şartı da, müstakil tahkim sözleşmesi gibi usul hukuku sözleşmesi iken, tahkim şartını içeren asıl sözleşme maddi hukuk sözleşmesidir (bkz. Kuru, 2001: s. 5941).

Öte yandan, tahkim şartı ile içinde yer aldığı asıl sözleşme arasında bazı sorunlar ortaya çıkması da söz konusu olabilmektedir. Muhtemel bu sorunlar, özellikle asıl sözleşmenin geçerliliği veya varlığının taraflar arasında ihtilaflı olması durumunda gün yüzüne çıkmaktadır. Zira, tahkim şartının, asıl sözleşmenin iptal edilebilir, kesin hükümsüz ve yokluğu iddiaları karşısında nasıl etkileneceği sorusu ile karşılaşılacaktır (Akıncı, 2013: s. 89; Erdi, 2008: s. 548; Erkan, 2013 (b): s. 538; Türk hukukunda sözleşmenin hükümsüzlük halleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2015: s. 331-345; Oğuzman, Öz, 2014: s. 178-189; Oğuzman, Barlas, 2014: s. 208 vd.; Reisoğlu, 2012: 2010: s. 139-143; Antalya, 2012. s. 93 vd.).

4.4. (Müstakil) Tahkim Sözleşmesi ve Tahkim Şartı Ayrımının Sonuçları

Bir tahkim sözleşmesinin müstakil bir sözleşme veya asıl sözleşmeye tahkim şartı konulmak suretiyle yapılması neticesinde, tarafların tahkim sözleşmesi ile aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yargılaması yoluyla çözmeleri hususundaki iradelerine bağlanan sonuç, başka bir ifadeyle tahkim sözleşmesinin etkisi aynı olmakla birlikte (aynı yönde bkz. Karadaş, 2013: s. 63-64), tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeden ayrı olarak yapılması ile asıl sözleşmeye bir şart olarak konulması

arasında bir takım farklı sonuçlar da doğmaktadır (genel olarak bu başlık içindeki değerlendirmeler için bkz. ve karş. Dayınlarlı, 2004: s. 24). Şöyle ki;

1- Tahkim şartı, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini düzenleyen asıl sözleşme içine konulan sadece bir maddedir ve asıl sözleşmenin yapılması ile tahkim sözleşmesi de yapılmış olur. Buna karşılık, müstakil tahkim sözleşmesi ise, asıl sözleşmeden tamamen ayrı bir sözleşmedir. Bu durumda, tahkim şartı olması halinde fiziksel olarak tek bir sözleşme, ancak müstakil tahkim sözleşmesiyle tahkim sözleşmesi yapılması halinde ise iki ayrı sözleşme vücuda gelmiş olmaktadır.

2- Tahkim sözleşmesinin uyuşmazlıktan önce mi yoksa sonra mı yapılabileceği sorusunun cevabı ise, tahkim sözleşmesinin tahkim şartı veya müstakil tahkim sözleşmesi şeklinde yapılmasına göre farklılık göstermektedir.[42] Zira doktrinde çoğunlukla kabul edildiği şekilde, tahkim şartı asıl sözleşme ile birlikte yapıldığına göre, daha hukuki ilişki yeni kurulmaktadır ve henüz bir uyuşmazlık doğmadan tahkim şartı da konulmuştur. Bu yanı dolayısıyla tahkim şartı, adeta geciktirici şarta bağlı bir sözleşmedir. Zira asıl sözleşmenin yapıldığı sırada, sözleşme kapsamındaki hukuki ilişkiden ileride herhangi bir uyuşmazlık doğup doğmayacağı bu aşamada henüz bilinmemektedir. Belki de taraflar arasında bu sözleşme dahilinde bir uyuşmazlık hiç çıkmayacaktır. Şayet uyuşmazlık çıkmazsa, tahkim şartına bağlanan tahkime başvurma imkânı da doğmayacaktır.

Öte yandan, çoğunlukla kabul edildiği gibi müstakil tahkim sözleşmesi ise, taraflar arasında mevcut bir sözleşme kapsamında, daha sonra ortaya çıkacak bir uyuşmazlık üzerine, o uyuşmazlığı tahkime götürmek maksadıyla yapılan bir sözleşmedir. Dolayısıyla müstakil tahkim sözleşmesi uyuşmazlık doğduktan sonra yapılır ve bu nedenle de uygulamada tahkim şartına göre çok daha az rastlanır.

3- Tahkim şartı konulmak suretiyle yapılan bir tahkim sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları, asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit etmiş olurlarsa, genel olarak tahkim şartı da asıl sözleşmenin tabi olduğu hukuka tabi olacaktır. Bununla birlikte taraflar, gerek asıl sözleşme gerekse tahkim şartının tabi olduğu

[42] Bu hususdaki ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için ayrıca yukarıya aynı üst başlık altında "4.1. Genel Olarak" alt başlığına bakınız.

hukuku belirtmemiş iseler, hem asıl sözleşme hem de tahkim şartının hangi hukuka tabi olduğunu tespit etmek için aynı hukuki kıstaslara (örneğin; tahkim yeri hukukuna, yabancılık unsuru olup olmadığına vb) bakmak gerekecektir.

Öte yandan, müstakil tahkim sözleşmesi olarak yapılan bir tahkim sözleşmesinde ise iki sözleşme birbirinden ayrı olduğu için taraflar, tahkim sözleşmesinin tabi olacağı hukuku asıl sözleşmeden bağımsız olarak tespit edebilirler.

4.5. Tahkim Sözleşmesi ile Asıl Sözleşmesinin Amacı, Fonksiyonu ve Hukuki Niteliği

Asıl sözleşme ile tahkim sözleşmesinin amaçları, fonksiyonları ve de hukuki nitelikleri farklıdır (Kalpsüz, 2003: s. 1041; Şanlı, 2013: s. 250; Atlıhan, 2010: s. 946; Erkan, 2013 (b): s. 542; Tanrıver, 2000: s. 135; Erdi, 2008: s. 553). Zira tahkim sözleşmesi bir usul hukuku sözleşmesi iken, buna karşılık asıl sözleşme maddi hukuk sözleşmesidir (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 788). Asıl sözleşme, taraflar arasındaki borç alacak ilişkisini düzenlemek amacıyla yapılan ve çoğunlukla borçlar hukuku, ancak daha geniş anlamda ise bir maddi hukuk, sözleşmesidir (Erdi, 2008: s. 553; Durgut, 2005-2006: s. 116). Bu bakımdan asıl sözleşme, taraflar arasındaki hak ve borçlar, sözleşmenin yerine getirilmesi ve sona ermesi gibi hususlara ilişkin hükümleri kapsamaktadır. Bununla birlikte asıl sözleşmeden beklenen fonksiyon ise, sözleşme kapsamındaki borç ilişkisinin türüne göre, bir hakkın başkasına devrine, bir işin yapılmasına veya yapılmamasına, bir şeyin saklanmasına veya verilmesine yahut bir borcun ifasına yöneliktir (Kalpsüz, 2003: s. 1041-1042; Erkan, 2013 (a): 85; aynı yazar, 2013 (b): s. 542).

Buna karşılık tahkim sözleşmesi ile ulaşılmak istenen amaç, asıl sözleşmenin tarafları arasındaki borç ilişkisinden veya hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yöneliktir. Bu amaca yönelik olarak tahkim sözleşmesine yüklenen fonksiyon ise, temel olarak uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümü için yargılama yapılarak sona erdirilmesini sağlamaktır (Kalpsüz, 2003: s. 1042; Erkan, 2013 (a):

85; aynı yazar, 2013 (b): s. 542). Bu bakımdan tahkim sözleşmesinin temelinde, olumlu ve olumsuz olmak üzere iki fonksiyon (veya etki) bulunmaktadır.[43]

Olumlu fonksiyonu sayesinde, tahkim sözleşmesine konu teşkil eden uyuşmazlıklar bakımından, özel bir yargılama olan tahkim yargılaması için yetki tesis edilmiş olacaktır (Erkan, 2013 (a): s. 44; Dayınlarlı, 2004: s. 40. Yeşilırmak, 2011 (a): s. 79). Hakemlere verilen bu yetkinin kaynağı, devlet mahkemelerininki gibi Anayasa m. 9'a istinaden mahkemelerin kuruluş ve görevleri hakkındaki kanunlardan değil, bilakis taraflar arasındaki bu sözleşme ve özünde taraf iradeleridir. Buna uygun olarak da hakemler, devlet mahkemeleri gibi Türk Milleti adına değil, aksine uyuşmazlık hakkında taraflar adına karar verirler. Bunun için de, bazen yürürlükteki maddi hukuku, bazen yabancı bir hukuku, bazen milletlerarası sözleşmeleri, bazen de milletlerarası hukukun genel prensiplerini, ticari teamül veya örf ve adet kurullarını hatta hakkaniyet ve nesafet kurallarını da (MTK m. 12/ C) uygularlar. Buna karşılık devlet mahkemeleri ise, esas itibariyle bulundukları devletin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorundadırlar (Kalpsüz, 2003: s. 1049). Dolayısıyla uygulanacak hukuk bakımından da taraf iradeleri ön planda olmaktadır.

Ayrıca tahkim sözleşmesi ile ortaya çıkan aslında sadece bir yetki tesisi değil, aynı zamanda bir işbirliği anlaşmasıdır. Zira tahkim sözleşmesi ile taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın hakem veya hakem heyeti önünde çözülmesi hususunda ayrı zamanda işbirliği anlaşması yapmış olurlar ki, bu işbirliği anlaşması beraberinde taraflara bir kısım yükümlülüklerde getirmiştir (Kalpsüz, 2003: s. 1049; Erkan, 2013 (a): s. 44; Dayınlarlı, 2004: s. 40; aynı yönde bkz. Gottwald, 2005: s. 286, kn. 16). Örneğin; tahkim yargılaması için hakem seçiminin taraflara ait olması halinde hakem veya hakemleri seçmek, hakem veya hakemlere ödenecek ücretin kararlaştırılması ve bunun paylaşılmak, tahkim yargılaması sırasında kendisinden istenen belge ve delilleri sunmak, bilgisine başvurulacağı zaman hakemlerin sorularına cevap vermek gibi yargılama ile ilgili bir takım iş ve işlemlerin yapılması olabilir (Dayınlarlı, 2004: s. 40; Sebük, 1965: s. 68). Bu yükümlülükler esasen tarafların tahkimi sürüncemede bırakmamaları, bir an evvel sonuçlanması için gerekeni yapmaları, tahkim

[43] Ayrıca ayrıntılı açıklamalar ve diğer yazarlar için bkz. "4.2. Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü" başlığı.

sözleşmesinin amacına aykırı tüm davranışlardan kaçınmalarına yöneliktir (Kalpsüz, 2003: s. 1049).

Tahkim sözleşmesinin olumlu fonksiyonu, diğer taraftan beraberinde olumsuz etkisini de doğurmaktadır. Zira taraflar bu sözleşme ile, aralarındaki uyuşmazlığı hakeme götürmekle, devletin yargılama yetkisini de bertaraf etmiş olacaklardır (Erkan, 2013 (a): s. 44; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 2; Çelikel, Erdem, 2014: s. 681). Ancak bu etki mutlak değildir, keza tahkim sözleşmesi mahkemelerin yetkisini kesin olarak ortadan kaldırmaz (Karş. Çelikel, Erdem, 2014: s. 681). Şayet taraflar arasında tahkim sözleşmesi bulunmasına rağmen, taraflardan biri gidip devletin mahkemelerinde dava açar ve tahkim sözleşmesinin diğer tarafı, mahkemede açılan bu davaya karşı tahkim ilk itirazında (HMK m. 116/b. 2 ve m. 413/f. 1; MTK m. 5/f. 1) bulunmaz ise, mahkeme davayı görmeye devam edecektir. MTK'nın anılan hükmü; *"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."* şeklinde düzenlenmiştir. Dikkat edilecek olursa, hükmün ilk cümlesinde doğrudan doğruya "tahkim itirazı" tabiri kullanılmış, ancak tahkim itirazının ilk itiraz olduğu açıkça zikredilmemiştir. Fıkranın ikinci cümlesinde ise, tahkim itirazının nasıl ileri sürüleceği ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünün, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbi olduğu ifade edilmiştir. Kanunda açıkça tahkim itirazının ilk itiraz olarak zikredilmemesi, tahkim itirazının ilk itiraz olup olmadığı hususunda doktrinde tartışma ve eleştirileri de beraberinde getirmiştir (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1052-1053. Bu hususta ki tartışma ve eleştiriler için ayrıca bkz. Üstündağ, 1997: s. 111 vd). Ancak HMK'nın yürürlüğünden sonra bu hükümdeki HUMK'na yapılan atfın HMK'nın ilgili hükümlerine yapıldığının kabulü gerecektir. Zira mahkemenin, taraflar arasında tahkim sözleşmesi olup olmadığı, sözleşme bulunsa bile tarafın tahkime gitmeden dava açtığını kendiliğinden inceleme ve bunu tespit etmesi halinde davayı usulden reddetme yetkisi bulunmaz (Kalpsüz, 2003: s. 1052; Akıncı, 2013: s. 96; Erkan, 2013 (a): s. 44; Dayınlarlı, 2004: s. 40. Aynı yönde bkz. Yargıtay 15.

HD.'nin 08.04.1985 tarihli ve E. 1984/4298, K. 1985/1176 sayılı kararı için bkz. YKD, C. 11, S. 10, Ekim 1985, s. 1511; Yargıtay 15. HD.'nin 18.04.1988 tarihli ve E. 1988/1470, K. 1988/1534 sayılı kararı için bkz. YKD, C. 15, S. 10, Ekim 1988, s. 1413).

Tahkim sözleşmesinin bu iki etkisine, tahkim yargılamasının sonucuna yönelik bir fonksiyonu veya etkisini de eklemek gerekir. Aslında bu fonksiyon, olumlu etkinin doğan bir sonucudur. Zira taraflar tahkim sözleşmesi ile aralarındaki uyuşmazlığı hakem veya hakem heyetine götürmekle, tahkim yargılaması sonucunda onlar tarafından verilecek karar veya kararları baştan kabul ettiklerini de ortaya koymuşturlar (Akıncı, 1996: s. 160; Doğan, 2013: s. 127; Erkan, 2013 (a): s. 44-45). Ancak bu, hakem veya hakem heyetince verilecek karara karşı taraflara tanınan iptal davası veya temyiz gibi kanun yollarına müracaat etmekten baştan feragat ettiklerini anlamına gelmez.

Asıl sözleşmenin, hukuki niteliği maddi hukuk sözleşmesi, çoğunlukla da borçlar hukuku sözleşmesi iken, tahkim sözleşmesinin hukuku niteliği tartışmalıdır. Ancak doktrinde çoğunluğun kabul ettiği ve Yargıtay'ın da benimsediği görüş, tahkim sözleşmesinin niteliğinin usul hukuku sözleşmesi olduğudur. Ayrıca, tahkim sözleşmesinin kuruluşu bakımından ise Borçlar Hukuku ve Medeni Hukuka da tabi olduğunun unutulmaması gerekir. Bu hususstaki tartışma ve değerlendirmeler daha önce ayrıntılı olarak ele alındığı için burada tekrar edilmeyecektir.

Ancak tahkim sözleşmesi ile asıl sözleşmenin hukuki niteliklerinin birbirinden farklı olması nedeniyle, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk ile asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun farklı olabileceğini ifade etmek yerinde olacaktır. Bundan çıkan sonuç, tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve şekline ilişkin uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabileceğidir (Erkan, 2013 (b): s. 543). Özellikle milletlerarası nitelikteki tahkim uyuşmazlıklarında taraflar, bu iki sözleşmenin tabi olacakları hukuku farklı devletlerin hukukuna bağlaya bilecekleri gibi aynı hukuka da tabi kılabileceklerdir (Erkan, 2013 (b): s. 543; Keser Berber, 2001: s. 125). Taraflar tahkim sözleşmesi için bir hukuk seçmişlerse, bu hukuk tahkim sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıklar için asıl etkin hukuk olacaktır.

Öte yandan taraflar hukuk seçiminde bulunmamışlarsa, bu durumda tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti ile asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde akit statüleri bakımından farklılıklar ortaya çıkabilecektir (bkz. Zöller, Geimer, 2014: m. 1029, kn. 17b). Örneğin tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde tahkim yeri bağlama noktası oluşturup, tahkim yeri hangi devletin ülkesinde ise o devletin hukukuna tabi olarak tahkim icra edilmesi söz konusu olabilir. Ayrıca, tahkim sözleşmesinin varlığı konusunda çıkması muhtemel uyuşmazlıklarda, yine tahkim yeri hukuku tahkim sözleşmesinin kurulması hususundaki tespite esas alınacak unsurları ortaya koyacaktır (Erkan, 2013 (b): s. 543-544). Tarafların sadece asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit ederek, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk hakkında bir tespitleri bulunmuyorsa, aksine bir anlaşma bulunmadıkça, çoğunlukla kabul edilen görüş, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim sözleşmesine de uygulanması yönündedir (Erkan, 2013 (b): s. 544; aynı eser, s. 544, dn. 50'deki yazarlar; Aynı sonuca yönelik bkz. Zöller, Geimer, 2014: sm. 1029, kn. 17b).

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, tahkim sözleşmesi ile asıl sözleşmenin amacı, fonksiyonları ve hukuki nitelikleri birbirinden farklıdır. Bu farklılıklar dolayısıyla tahkim sözleşmesi ister ayrı bir sözleşme isterse tahkim şartı şeklinde yapılmış olsun, asıl sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilmektedir (Kuru, 2001: s. 5941; Özel, 2008: s. 35; Kalpsüz, Anlaşma s. 1042; Erkan, 2013 (a): s. 85; Ekşi, 2013: s. 105; Dayınlarlı, 2004: s. 24; Yavuz, 2009: s. 146). Dolayısıyla asıl sözleşmenin geçerli olması, kural olarak asıl sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartının da geçerli olduğu sonucunu doğurmaz. Öte yandan asıl sözleşmenin geçersiz olması, kural olarak tahkim sözleşmesini (şartını) de geçersiz kılmaz. Bu durumlarda tahkim şartının geçerli veya geçersiz olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. İşte bu durum kısaca, ayrılabilirlik ilkesi olarak ifade edilmektedir.

4.6. Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı: Ayrılabilirlik İlkesi

4.6.1. Genel Olarak

Tahkim sözleşmenin, uygulamada en çok rastlandığı şekliyle asıl sözleşmeye konulan bir şart olarak akdedilebileceği veya daha az karşımıza çıktığı şekliyle müstakil bir sözleşme olarak da yapılabileceği yukarıda ifade edilmişti. Tahkim sözleşmesinin, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapıldığı hallerde, fiziki olarak birbirinden ayrı iki sözleşme metni mevcuttur ve tahkim sözleşmesi de kendi başına bir sözleşme olduğundan, her sözleşme gibi şekli ve maddi geçerliliği de kendi başına, dolayısıyla asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilecek (Erkan, 2013 (a): s. 82; Üstündağ, 2009: s. 946. Aynı yönde bkz. Yeşilova, 2008 (a): s. 239), kendiliğinden diğerinin akıbetine tabi olmayacaktır (Kalpsüz, 2003: s. 1042; aynı yönde bkz. Zöller, Geimer, 2014: m. 1029, kn. 1; Karslı, 2012: s. 913; Konuralp, 2011: s. 158; Erkan, 2013 (b): s. 537; Muşul, 2012: s. 658; Durgut, 2005-2006: s. 116; Özbay, Korucu, 2016: s. 46).

Bu hususta Alangoya, "Bir maddi hukuk mukavelesi olan esas mukavele ile tahkim mukavelesinin bu ayrı hukuki karakterleri bakımından varılacak olan sonuç tahkim mukavelesinin mukadderatının kaide olarak esas mukaveleninkine otomatik olarak tabi olmayacağıdır" ifadelerinde bulunmuştur (bkz. Alangoya, 1973: s. 93).

Kalpsüz ise, *"Asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden müstakil olması sonucunda ne aslı sözleşme, ne tahkim anlaşması kendiliğinden diğerinin akıbetine tabi olur. Yani bu sözleşmelerden birinin butlan ile malul olması, kaideten diğerini de geçersiz kılmaz; butlan sadece taalluk etmekte olduğu sözleşmeye inhisar eder. Buna göre bir tahkim anlaşmasına karşı asıl sözleşmenin batıl olduğu def'i ileri sürülemez."* demektedir (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1041-1042).

Hukukun genel ilkeleri gereğince bir sözleşmenin kesin olarak hükümsüz (batıl) olması halinde o sözleşme içinde yer alan bir şartın da kesin hükümsüz olmasını gerektirir. Zira TBK'nın m. 27/f. 1 (eski BK m. 20/ f. 1) maddesinde de bu husus yer almaktadır (bkz. Kurt, 2007: s. 229). Keza tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeye konulan bir şartla ortaya çıkması halinde, fiziki olarak tek bir sözleşme var gözükmekle birlikte, burada iki sözleşme bulunmaktadır (bkz. Esen, 2008 (a): s.

53). Bu durumda, asıl sözleşmenin varlığına ve geçerliliğine ilişkin itirazların tahkim şartına nasıl etki edeceği, yani tahkim şartını (sözleşmesini) da geçersiz kılıp kılmayacağı değerlendirilmesi gereken bir husustur (Akıncı, 2013 (b): s. 125; Erkan, 2013 (a): s. 82. Aynı yönde bkz. Yeşilova, 2008 (a): s. 240).

Tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrı olarak kendi varlığını devam ettirebileceğine ilişkin olan bu ilke, hukukumuzda tahkim şartının "istiklali", "bağımsızlığı" ve "ayrılabilirliği" kavramlarıyla ifade edilmektedir (Erdi, 2008: s. 548-549. Benzer yönde bkz. Şanlı, 2013: s. 271; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 585; Yeşilova, 2008 (a): s. 240; Akıncı, 2013 (b): s. 125). Bu ilke, Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde "autonomy", Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise "severability/ separability" kavramlarıyla ifade edilmektedir (bkz. Erdi, 2008: s. 548-549; Erkan, 2013 (b): s. 539; karş. Akıncı, 2013: s. 90). Bu ilke, asıl sözleşmeden doğacak veya asıl sözleşme ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yargılamasına başvurabilme imkânı veren tahkim şartının (sözleşmesinin), şekli ve maddi hukuk bakımından geçerliliğini asıl sözleşmeye bağlı saymayarak, ayrı değerlendirileceğini kabul eden bir yaklaşım ortaya koymaktadır (Kuru, 2001: s. 5941; Şanlı, 2013: s. 253; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 585; Emdi, 2008: s. 548; Erkan, 2013 (b): s. 539; Erdi, 2008: s. 539-540; Erkan, 2013 (a): s. 82; Yeşilova, 2008 (a): s. 241. Karş. Alangoya, 1973: s. 93-94). Bu bakımdan bu ilke, asıl sözleşmenin batıl olması halinde sözleşmenin içindeki bir şartın da batıl olması gerekir şeklindeki BK'nın genel prensibine istisna teşkil edebilir (bkz. Kurt, 2007: s. 229). Daha basit bir ifadeyle, ayrılabilirlik ilkesi, tahkim şartının geçerliliğinin asıl sözleşmeye bağlı olmaması yahut ondan ayrı olması ve kendi akit statüleri içinde çözümlenmesidir (Kalpsüz, 2003: s. 1042; Özel, 2008: s. 35; Nomer, 2011: s. 532; Şanlı, 2013: s. 271; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s.585; Erkan, 2013 (b): s. 539-540. Karş. Alangoya, 1973: s. 95; Atlıhan, 2010: s. 946; Yılmaz, 2012: s. 1679; Kurt, 2007: s. 236. Aynı yönde bkz. Yargıtay 19. HD.'nin 15.11.1995 tarihli ve E. 1995/9108, K. 1995/9685 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası). Zira bu, ayrılabilirlik ilkesinin doğal sonucu olup, buna göre, tahkim şartı geçersiz olsa bile asıl sözleşme geçerli olabilecek veya tam tersi asıl sözleşmenin geçersiz olması halinde, tahkim şartı hala daha geçerli kalabilecektir (Şanlı, 2013: s. 250; Esen, 2008 (a): s. 43; Erkan, 2013 (b): s. 541 Aynı yönde bkz. Tanrıver, 2000: s. 135; Karslı,

2012: s. 913; Konuralp, 2011: s. 158; Özbay, Korucu, 2016: s. 45; Zöller, Geimer, 2014: m. 1029, kn. 1). Dolayısıyla asıl sözleşmenin geçersizliği, o sözleşmede yer alan tahkim şartının da geçersiz olduğunu göstermeyecektir (bkz. Bkz. Koral, 1947: s. 1048; Kuru, 2001: s. 5942; aynı yazar, 2015: s. 726; Alangoya, 1973: s. 94; Sarısözen, 2005: s. 23; Akıncı, 2013 (b): s. 125; Karslı, 2012: s. 914-915; Yılmaz, 2013: s. 1722; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016: s. 768; Atlıhan, 2010: s. 946; Özbay, Korucu, 2016: s. 45; Tanrıver, 2000: s. 134-135; Kurt, 2007: s. 236).

Öte yandan, aksi belirtilmedikçe asıl sözleşmeden doğan hakkın veya hukuki ilişkinin devri halinde tahkim şartı da (/sözleşmesi de) devredilmiş olacağından, bu ilke, tahkim şartının tümüyle esas sözleşmeden ayrı ve bağımsız olduğu anlamına da gelmeyecektir (Özel, 2008: s. 36).

Yukarıda ayrı ayrı ele alındığı üzere, tahkim sözleşmesi ister müstakil yapılmış olsun isterse tahkim şartı şeklinde asıl sözleşmeye konulmuş bulunsun, her iki halde de asıl sözleşmeden bağımsızdır (karş. Üstündağ, 2009: s. 946; Balcı, 1999: s.119. Aynı yönde bkz. Ekşi, 2013 (a): s. 99; Yılmaz, 2013: s. 1723; Kılıçoğlu, 2012: s. 1459; Yeşilırmak, 2011 (a): s. 80; Özbay, Korucu, 2016: s. 45; Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 788). Nitekim bu sonuç, Yargıtay'ın bir kararında[44] şöyle ifade edilmiştir: *"... Tahkim sözleşmesi, bir 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 (sözleşmesinin) yazgısına bağlı değildir. Tahkim şartı esas sözleşmenin içinde sözleşmenin bir maddesi olarak da kararlaştırılabilir. Bu durum tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden ayrı ve müstakil olma kuralını etkilemez. Bu bakımdan esas sözleşme ile tahkim sözleşmesinin butlanla maluliyeti ayrı ayrı değerlendirmeye ve araştırmaya tabi olacağında kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır…"*

[44] Yargıtay 13. HD.'nin 22.04.1993 tarihli ve 2051/3488 sayılı kararının yukarıya aktarılan kısımları için bkz. Kuru, 2001: s. 5941-5942; Ertababak, 2009: s. 36.

Yargıtay'ın daha yeni tarihli bir başka kararında[45] ise *"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 ..."* şeklindeki ifadelerle, asıl sözleşme ile tahkim şartı (sözleşmesinin) bağımsızlığı bir kez daha vurgulanmıştır.

Bu ilkenin amacı, asıl sözleşmedeki geçersizliğin tahkim şartını geçersiz hale getirmesini ya da tahkim şartındaki geçersizliğin asıl sözleşmeyi etkilemesini engellemek ve böylelikle tahkim yargılaması için gerekli olan rızanın ayakta kalmasını sağlamaktır (Erkan, 2013 (a): s. 82. Aynı yönde bkz. Yeşilova, 2008 (a): s. 240). Zira bu ilke, tarafların tahkim yargılamasına başvurmak hususundaki ortak iradelerinin korunmasına yardımcı olduğu gibi, hakemlerin yargı yetkisinin de garantisi mahiyetindedir (bkz. Deren Yıldırım, 2004: s. 52, 53; Yeşilova, 2008 (a): s. 240). Örneğin, tahkimin yasaklandığı ya da mecburi tahkime tabi tutulan bir konuda yapılan tahkim sözleşmesinin (şartının), bu sebeple geçersiz olması, o şartın içinde bulunduğu asıl sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyeceği için bu bakımdan bir etki doğurmamış olacaktır (bkz. Yeğengil, 1974: s. 179).

Kural olarak asıl sözleşmedeki hukuka aykırılık, asıl sözleşmenin sona ermesi, feshedilmesi, süresinin sona ermesi veya askıya alınması hallerinde doğacak sonuçlardan tahkim şartı etkilenmeyecek ve varlığını devam ettireceği için, hakem veya hakem heyetinin uyuşmazlığı çözme yükümlülükleri de devam edecektir (Özel, 2008: s. 35; Erkan, 2013 (a): s. 82-83. Aynı yönde bkz. Yeşilova, 2008 (a): s. 240; Erdi, 2008: s. 553-554). Ancak, tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesi, her durumda asıl sözleşme ile tahkim şartının farklı kaderi paylaşacağı anlamına da gelmez. Örneğin; taraflardan birinin ehliyetsiz olması, sözleşmeye rızasının bulunmaması veya iradeyi sakatlayan sebeplerle asıl sözleşmenin geçersiz olması, tahkim sözleşmesini de geçersiz hale getirir (bkz. Özel, 2008: s. 35; aynı yönde ayrıca bkz. Yeğengil, 1974: s. 179; 2013: s. 105-106). Bu çerçevede, sadece asıl sözleşmenin geçersizliği iddiası

[45] Yargıtay 11. HD.'nin 23.03.2010 tarihli ve E. 2008/5901, K. 2010/3203 sayılı kararının ilgili kısmı için bkz. EKŞİ, 2013: s. 105.

değil, aynı zamanda asıl sözleşmeden doğan uyuşmazlık da, tahkim şartına istinaden oluşacak hakem veya hakem heyeti tarafından karara bağlanacaktır (Özel, 2008: s. 35. Daha dar bir ifade için bkz. Erkan, 2013 (b): s. 540. Aynı yönde bkz. Yılmaz, 2012: s. 1679; Yeşilova, 2008 (a): s. 241-242; Tanrıver, 2000: s. 135; Akıncı, 2013 (b): s. 125. Karş. Alangoya, 1973: s. 94).

Tahkim şartının asıl sözleşmenin bir parçası olduğu hususundan hareketle, tahkim şartının geçerliliğinin asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olması gerektiği şeklindeki bir görüşün, daha önceleri kabul görmekte olduğu, ancak artık bu anlayıştan vazgeçildiği ifade edilmektedir (Ertekin, Karataş, 1997: s. 52; Erkan, 2013 (b): s. 540). Bununla birlikte Kurt, bu görüşün yerinde olmadığını ve HUMK m. 519'da düzenlenen denetleme yetkisinin yerinde olduğunu, hem MTK hem de HMK'da HUMK'un bu hükmüne benzer bir değişiklik yapılması gerektiğini savunmaktadır (bkz. Kurt, 2007: s. 259).

Yargıtay, birçok eski tarihli kararında (bkz. Yargıtay 4. HD.'nin 25.03.1971 tarihli ve E. 1971/2152 ve K. 1971/2829 sayılı kararı için bkz. IKID, Y. 1975, S. 177, s. 3766; Yargıtay 13. HD.'nin 26.5.1976 tarihli ve E. 1976/7803, K. 1976/4297 sayılı kararı için bkz. ABD, Y. 1976, S. 5, s. 952), geçersiz bir asıl sözleşmede yer alan tahkim şartının geçersiz bir asıl sözleşmenin fer'ini teşkil etmesi nedeniyle, geçersiz sayılması gerektiğini ifade etmiştir (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1043). Kalpsüz, bu kararları şöyle eleştirmektedir: *"Tahkim anlaşmasının hususiyetinin hesaba katmayan, bir şeyin küllü için söz konusu olan bir bozukluğun, onun cüz'üne de sari olacağı gibi, sathi bir mülahazadan istidlal edildiği anlaşılan bu sonucu isabetli saymaya imkân yoktur. Tahkim anlaşmasının istiklali prensibinden haberdar olmaksızın ittihaz edildiği aşikar olan bu kararlarda taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisini düzenleyen asıl sözleşmenin tabi olduğu geçerlik şartı ile tahkim anlaşmasının geçerlik şartı birbirine karıştırılmıştır."* (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1043-1044).

Şayet bu görüşten vazgeçilmemiş olsaydı, asıl sözleşmeye konulmuş tahkim şartı da asıl sözleşmeye tabi olacak, onun kaderini paylaşacaktı. Nitekim asıl sözleşmenin geçersizliği tahkim şartını da geçersiz kılacak ve böylece hakem veya hakem heyetinin yargı yetkisi de geçerliliğini yitireceğinden, sözleşme kapsamında

doğan bir uyuşmazlığı çözecek yegâne merci devlet mahkemeleri olacaktı (Özel, 2008: s. 36; Erkan, 2013 (b): s. 540; Erkan, 2013 (a): s. 83; Akıncı, 2013: s. 89-90; Erdi, 2008: s. 548; Ertabak, 2009: s. 36; Yeşilova, 2008 (a): s. 240). Çünkü davalı tarafın sözleşme kapsamında doğacak uyuşmazlıklar için tahkime gidileceği hususunda asıl sözleşmenin yapıldığı sırada ortaya koyduğu iradesine sadık kalmak istememesi halinde, uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemesinin kapısını aralama imkânı verilmiş olacaktır. Bu durum ise tarafların başlangıçtaki iradelerine aykırı bir sonuç ortaya koyacaktır. İşte bu durum, tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı ya da ayrılabilirliği ilkesinin ortaya çıkışına sebebiyet vermiştir (Erkan, 2013 (a): s. 83).

Bu bağlamda, modern tahkim hukukunun köşe taşı olan tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı veya ayrılabilirliği ilkesi, milletlerarası bir kural olarak ortaya çıkmış ve hem ulusal tahkim düzenlemelerinde hem de milletlerarası tahkim merkezi kurallarında kendine yer bulmuştur (Erkan, 2013 (b): s. 539; Erkan, 2013 (a): s. 82. Aynı yönde karş. Özel, 2008: s. 37; Atlıhan, 2010: s. 946). Örneğin; WIPO Tahkim Kuralları m. 36, AAA Uluslararası Tahkim Kuralları m. 15/2, LCIA Tahkim Kuralları m. 23/1. Ayrıca İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (IPRG von Schweiz) 1987 m. 178/3, Alman Medeni Usul Hukuku Düzenlemesi (ZPO) m. 1032/f. 1. Ancak söz konusu ilke, pek çok mevzuatta açıkça yer almasına rağmen, milletlerarası sözleşmelerde bu derece açıkça belirtilmemiş, milletlerarası ticari tahkimin kurallarından biri olarak mütalaa edilmiştir (bkz. Özel, 2008: s. 37). Ayrıca UNCITRAL Model Kanunu m. 16'/f. 1'de hüküm altına alınan bu ilke, bu kanunu model alan devletlerin kanunlarında da yerini almış olup, ayrıca bu ilke UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 23/ f. 1'de de tekrarlanmıştır (Özel, 2008: s. 37; Erdi, 2008: s. 551).

Anılan ilke UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 23/ f. 1'de*; "Hakem mahkemesi, tahkim anlaşmasının varlığına veya geçerliliğine ilişkin herhangi bir itiraz dahil, 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."* şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan, MTO (ICC) Tahkim Kuralları m. 6/ f. 9 ise, *"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."* şeklinde bu ilkeyi düzenlemiştir.[46]

UNCITRAL Model Kanun'un yukarıda zikredilen çözümünü benimseyen ZPO'nun m. 1040/f. 1 hükmüne göre ise, "hakem mahkemesi kendi yetkisi ve bununla birlikte tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği hakkında karar verebilir (aynı yönde bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 256, kn.806). Bu bağlamda, sözleşmenin bir parçasını oluşturan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir anlaşma olarak ele alınır." (aynı yönde bkz. Özbay, 2003: s. 1062). Bu hükmün ilk cümlesinde Kompetenz- Kompetenz prensibi düzenlenmiş (aynı yönde bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 256, kn.806; Keser Berber, 2001: s. 126-127) iken, ikinci cümlesinde açıkça tahkim şartı (Schiedsklausel) kavramı kullanılmak suretiyle, bu şartın asıl sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız değerlendirilmesi gerektiği işaret edilmiştir.

4.6.2. Hukukumuzda Ayrılabilirlik İlkesi Hakkındaki Düzenlemeler

Hukukumuzda ise, bu ilke ilk defa 2001 tarihli MTK'nın m. 4/H/ f.14 hükmü ile kendine açıkça yer bulmuştur (Akıncı, 2013: s. 89-90; Özel, 2008: s. 37). Anılan fıkra, *"Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil 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"* şeklinde düzenlenmiştir.

[46] Bkz. http://icc.tobb.org.tr/docs/ICC_Tahkim_Kurallari_Kitapcik.pdf, s. 16, E.T. 01.8.2015.

Daha sonra ise 2011 yılında yürürlüğe giren HMK, önceki usul kanunumuz HUMK'dan farklı olarak bu ilkeye yer vermiştir. HMK'nın 422. maddesi 1. fıkrasında yer alan düzenleme, "tahkim anlaşması" yerine "tahkim sözleşmesi" tabirini kullanmanın dışında, MTK'nın m. 4/H/f. 1 hükmünün aynısıdır.

Söz konusu düzenlemeler henüz yokken, tahkim sözleşmesinin geçerliliği, bağımsızlığı tam olarak sağlanamıyor ve mahkemelerin tahkim yargılaması üzerindeki müdahalesi daha ciddi bir şekilde hissediliyordu. Zira 1086 sayılı Mülga HUMK'nun 519. maddesi de; *"bir nizaın hakemler vasıtasiyle halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemelerce seri usulü muhakeme ile hallolunur."* hükmüyle, bu müdahaleye açıkça imkân veriyordu (Erkan, 2013 (a): s. 83-84. Söz konusu müdahale ve sınırı hakkında ayrıntılı bilgi ve ilgili bazı yargı kararlarının değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Ertabak, s. 34 vd.).

Zira asıl sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, sözleşmedeki tahkim şartına istinaden hakeme başvuran davacıya karşı, davalı hakem heyetine başvuruyor, HUMK'nun 519. maddesi hükmünü kendisine dayanak yaparak, asıl sözleşmenin geçersiz olduğu ve bu nedenle taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi de bulunmadığı iddiasında bulunuyor ve bunun sonucu olarak da hakem heyetinin yetkisinin olmadığı beyanıyla tahkim prosedürünü durdurabiliyordu (Şanlı, 2009: s. 171; Erkan, 2013 (b): s. 541). Ancak bu durum karşısında davacı, tahkim yargılamasıyla uyuşmazlığın çözülmesini hala arzu ediyorsa, HUMK m. 519 hükmüne göre, mahkemeye başvurmak ve asıl sözleşmenin geçerli olduğunu tespit ettirmek için bir tespit davası açmak zorunda kalıyordu (Şanlı, 2009: s. 171; Esen, 2011: s. 376 vd.; Erkan, 2013 (b): s. 541; Erkan, 2013 (a): 84; Taşkın, 1997: s. 169. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD.'nin 26.05.1999 tarihli ve E. 1998/9679, K. 1999/4500 sayılı kararı). Şayet davacının talebi mahkemece kabul edilir ve temyize de gidilmesi halinde Yargıtay tarafından yerel mahkeme kararı onanırsa, o andan itibaren tahkim yargılamasına yeniden dönülmesi mümkün olabiliyordu (bkz. Şanlı, 2009: s. 171). Yargıtay HUMK'nun yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararında, *"Bir davanın hakemlerde, tahkim yolu ile görülüp görülmeyeceği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık çıkarsa bu uyuşmazlık hakemler tarafından değil mahkeme tarafından çözülür. Bu uyuşmazlıklardan bir de, tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğudur. Gerçekte de geçerli bir tahkim sözleşmesine*

dayanmayan bir tahkim yargılamasının geçerli olmayacağı çok açıktır. O sebeple yargılamanın temelini teşkil eden tahkim sözleşmesinin (veya şartının) geçerliliğine ait tüm iddiaların HUMK. md. 519 kapsamı içerisinde düşünülmesi gerekir." (bkz. Yavuz, 2009: s. 147'den naklen. Aynı yönde Yargıtay 13. HD.'nin 25.04.1991 tarihli ve E. 1990/8778, K. 1191/4492 sayılı kararı ile Yargıtay 13. HD.'nin 17.11.1994 tarihli ve E. 1994/9170, K. 1994/10152 sayılı kararı için de (bkz. Yavuz, 2009: s. 147'den naklen). Yahut davalı doğrudan mahkemeye başvurarak, asıl sözleşmenin geçersiz olduğunu tespit ettirmek için dava açıyordu (aynı yönde bkz. Taşkın, 1997: s. 169-170). Bu hususta yerel mahkemece verilen bir karar Yargıtay'da bozulmuştur. Yargıtay kararında, yerel mahkemede açılan davada davacı tarafından, davalı iş ortaklığının 23.9.2005 tarihli sözleşmeden doğan ihtilafın halli için tahkim süreci başlattığı ve bu konudaki ihtarın kendisine 29.12.2006 tarihinde tebliğ edildiği, oysa sözleşmedeki tahkim şartının açık olmadığı ve ihtilafın mahkemelerde çözümlenmesi gerektiği vurgulanarak tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu ileri sürülmüş ve tahkim davasının açılmamış sayılmasına karar verilmesi, bu taleplerin reddi halinde ise taraf hakemini seçmesi için kendisine süre verilmesi dava ve talep edildiği anlaşılmaktadır. Yerel mahkeme kararında ise, "yanlar arasında imzalanan tahkim şartının mevcut ise de tahkim şartının kesinlik arz etmediği, mahkemelerin yetkisinin de kabul edildiği gerekçesiyle tahkim şartının geçersiz olduğunun tespitine karar verilmiştir." Yargıtay kararında ise "… Yani milletlerarası tahkime giren bir konuda uyuşmazlığın tahkimde görülüp görülemeyeceği, tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığı konularında karar verme yetkisi hakemlere bırakılmıştır. Bu itirazın tahkim yargılamasında en geç ilk cevap dilekçesinde yapılması gerekmektedir. Bu itiraz öncelikle hakemlerce incelenerek hakemlerce yetkili olduklarına karar verilmesi halinde yargılamaya devam edilecektir. Uyuşmazlığın esasına karar verilip, iptal davası açıldığında bu sorun mahkemece iptal sebebi olarak takdir olunacaktır. Hakemler kendilerini görevli saymadıkları takdirde dava dilekçesini görevli olmamaları nedeniyle reddedeceklerdir. Şu hale göre mahkemenin önüne gelen ihtilafta, HUMK'un 519. maddesi uyarınca tahkim şartının geçerli olup olmadığının incelenmesi hususunda bu aşamada mahkemenin görevli olmadığı açıktır. Öyle olunca mahkemece bu gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken HUMK'un 519. maddesi uyarınca tahkim sözleşmesinin geçersizliğine karar verilmesi yerinde olmamıştır. İhtilafın hakemde 4686 sayılı Kanun hükümleri

doğrultusunda görülüp görülemeyeceği hakkındaki ihtilaf ileride, hakemlerce verilecek karara karşı iptal davası açıldığı takdirde mahkemece değerlendirilecek bir husustur. Uyuşmazlığın bu aşamasında mahkemenin tahkim şartını değerlendirmesi yerinde değildir. Temyiz itirazları bu nedenle yerinde olmakla karar bozulmalıdır." denilerek karar bozulmuştur (bkz. Yargıtay 15. HD.'nin 27.06.2007 tarihli ve E. 2007/2145, K. 2007/4389 sayılı kararı bkz. Ekşi, Nuray, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2009, s. 54 vd.). Bu külfet, zaman kaybına, fazladan masrafa sebebiyet veriyordu ki (Şanlı, 2009: s. 171), bunlar da tahkimden tarafın vazgeçmesi ve davalının mahkemeye gitme iradesine yönelme sonucunu doğuruyordu. İşte bu durum neticesinde, Türk hukukunda da tahkim şartının (sözleşmesinin) asıl sözleşmeden ayrılabilirliğinin kabulü bir zorunluluk olarak ortaya çıkmış oldu (aynı yönde bkz. Erkan, 2013 (a): s. 84). Ancak bu ilke aleyhine olan görüş ve eleştirilerin de son derece yerinde olduğunu da ifade etmeliyim (Eleştiri ve görüşler için bkz. Umar, 2006: s. 151 vd; Kurt, 2007: s. 239 vd.).

4.6.3. Sözleşmenin Yokluğu ve Hükümsüzlüğü Hallerinde Ayrılabilirlik İlkesi

4.6.3.1. Asıl Sözleşme ve/ veya Tahkim Şartının Hükümsüzlüğü

Malvarlığına ilişkin sözleşmelerdeki hükümsüzlük (geçersizlik) hallerinden biri sözleşmenin iptal edilebilirliği, diğeri ise sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü (butlanı) ayrımı esas alınarak, asıl sözleşme ile tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesi incelenecektir.

4.6.3.1.1. Asıl Sözleşme ve/ veya Tahkim Şartının İptal Edilebilirliği

Bazı geçersizlik sebeplerinin varlığı sözleşmeyi kendiliğinden kesin hükümsüz (batıl) hale getirmemekle birlikte, bu sözleşmenin hükümsüz kılınması geçersizlik sebebine karşı korunan tarafın iradesine bırakılmış olabilir. Şayet korunan taraf

sözleşmeyi iptal ettirmek isterse, ancak bu hakkını kullanması halinde, sonradan sözleşme kesin olarak hükümsüz hale gelir (Nomer, 2015: s. 63). Bir sözleşmenin iptal edilebilirlik yaptırımı ile hükümsüz kılınmasına sebep haller, irade fesadı halleri yani taraf beyanlarının yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle sakat olması (TBK m. 30 vd.) halleridir. Ayrıca aşırı yararlanma (gabin) hali (TBK m. 28) de bu hükümsüzlüğe tabidir (Nomer, 2015: s. 63).

6098 sayılı TBK'nın "IV. İrade bozukluğunun giderilmesi" başlıklı 39. maddesi 1. fıkrası *"Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır."* hükmündedir. Söz konusu hükümden anlaşıldığı üzere yanıltılan veya aldatılan bunu öğrendiğinden ya da korkutmanın ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa bildirdiği veya şayet bir şey vermiş ise o şeyi geri istediği takdirde, sözleşme ile bağlı olmayacaktır. Kanaatimizce, madde metninde geçen *"sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmezse"* ifadesinin aksi düşünüldüğünde, yanıltılan, aldatılan veya korkutulan tarafın da, sözleşme ile baştan itibaren bağlı sayılması gerekecektir.

Bu bakımdan doktrinde Eren'in de içinde bulunduğu ve çoğunluğun savunduğu "iptal teorisinin", bizimde katıldığımız üzere, TBK tarafından da kabul edildiği ifade edilmektedir (bkz. Eren, 2015: s. 410). Aksi halde, sözleşmenin baştan itibaren aslında geçersiz olduğu, ancak bir yıl sonunda her hangi bir bildirimde bulunulmazsa, geçerli hale geleceğini kabul etmek gerekecektir. Bu düşüncenin kabulü halinde, aradaki geçen bir yıllık sürede geçersiz bir sözleşmeye bir sonuç bağlanmaması, batıl bir sözleşme gibi bir hukuki sonuç doğurmaması, buna istinaden tarafların karşı taraftan borcun ifasını talep etmemeleri gerecektir (eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. Eren, 2015: s. 409-411). Kanaatimizce bu sonuca varmak doğru olmayacaktır

Bu bakımdan, şayet asıl sözleşmenin irade bozukluğu sebebiyle hükümsüz kılınması için TBK'nın öngördüğü bir yıllık süre içinde gerekli beyanda bulunulmaz veya verilen şey talep edilmez ise, sözleşme geçerli kalmaya devam edecektir.

Dolayısıyla asıl sözleşmenin içindeki tahkim şartının da (eğer tahkim şartının geçersiz sayılmasını gerektirecek başka sebepler bulunmuyor ise) geçerliliği devam edecektir (Erkan, 2013 (a): s. 87).

Bu hususta Kalpsüz, *"... tahkim şartını havi asıl sözleşme akdedilirken subjektif mahiyetteki bazı irade beyanını sakatlayan sebeplerin mevcut olması da mümkündür. Bu takdirde asıl sözleşmenin iptaline karar verilmiş olması halinde asıl sözleşme ile birlikte tahkim anlaşması da geçersiz olur*." demektedir (bkz. ve karş. Kalpsüz, 2003: s. 1044. Aynı yönde bkz. Özbay, Korucu, 2016: s. 46. karş. Alangoya, 1973: s. 96). Dolayısıyla sözleşmede, herhangi bir tarafının iradesini sakatlayan yanılma, aldatma veya korkutma hallerinden birinin mevcut olması ve asıl sözleşmenin TBK'nun öngördüğü şekilde iptal edilmesi halinde, içindeki tahkim şartı da geçersiz olacaktır.

Öte yandan Erkan, asıl sözleşmenin kurulduğu sıradaki iradeyi sakatlayan hallerin, tahkim şartının kuruluşu sırasında da taraflardan birinin iradesini sakatlaması sonucu tahkim şartının kurulması durumunda, asıl sözleşme ile benzer bir sonuca ulaşmanın mümkün olduğunu ifade etmektedir (Erkan, 2013 (a): s. 86). Ancak kanaatimizce, yazar bu ifadesinde, tahkim sözleşmesinin (şartının) asıl sözleşmeden ayrı olarak müzakere edilmiş ve yapılmış olduğu düşüncesinden hareket etmiş olmalıdır. Bu durumda, şayet tahkim şartı asıl sözleşmeden ayrı olarak yapılmış ise, irade fesadı hallerinin burada ayrıca aranması gerekir. Eğer irade fesadı halleri bu halde de mevcut ise, ayrı yapılan asıl sözleşmenin akıbeti tahkim sözleşmesi (şartı) için de geçerli olacaktır. Aksi halde tahkim sözleşmesini (şartını) geçerli kabul etmek gerekecektir (karş. Erkan, 2013 (a): s. 86). Dolayısıyla, tahkim sözleşmesinin (şartının) akıbeti, asıl sözleşmeye bağlı olmayacaktır. Aksine tahkim sözleşmesinin akıbeti, tahkim sözleşmesi üzerinde irade fesadı hallerinin bulunmasına bağlıdır.

Ayrılabilirlik ilkesi gereğince, asıl sözleşmenin kuruluşunda irade fesadı iddiası bulunsa bile, sözleşmede mevcut tahkim şartı, asıl sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle geçerliliğini koruyacak, bu bağlamda da, gerek asıl sözleşme gerekse tahkim şartının geçerliliği hususundaki ihtilafın değerlendirileceği merci hakem veya hakem heyeti olacaktır (bkz. Alangoya, 1973: s. 94. Erkan, 2013 (a): s.

87). Erkan bu durumu, asıl sözleşmenin geçersiz olduğu bütün durumlarda, tahkim şartının geçersiz olduğu iddiasının kabul edilmesi, tahkim şartının niteliğinin dikkate alınmaması ve bu durumun tahkim şartının ayrılabilirlik ilkesine aykırı olduğuyla ifade etmektedir (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 88).

Böyle bir durumda, hakem belirlenecek veya hakem heyeti oluşturulacak ve hakem/ hakem heyetince öncelikle, geçersiz olduğu iddia edilen tahkim şartının geçerli olup olmadığı incelenecek ve olumlu veya olumsuz bir karar verebilecektir (Keser Berber, 2001: s. 135). Sonra ise burada verilen karara göre hareket edilecektir. Şayet hakem/ hakem heyeti tahkim şartının geçerli olduğuna karar verir ise, bundan sonra asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığını ve sonrasında da o sözleşmeden doğan uyuşmazlığı çözebilecektir. Olumsuz bir karar verilmesi halinde ise, hakem/ hakem heyeti yetkisizlik kararı verecektir. Bu durumda da devlet mahkemelerine müracaat imkânı yeniden doğacaktır (Erkan, 2013 (a): s. 88). Ancak tahkim sözleşmesinin ve/veya asıl sözleşmenin geçersiz olduğu hususunda hakem/ hakem heyetince verilen karar, kendi yetkileri olmadığını tespit sonucunu doğursa da, bu hususta verdikleri kararın geçersiz olduğu sonucunu doğurmaz (karş. HMK m. 422/ f. 1, 3. Cümle) (Bkz. Akıncı, 2013: s. 90; Erkan, 2013 (a): s. 88). Zira bu durum, mahkemelerin yetkisizlik veya görevsizlik kararı vermesinden farklı bir husus değildir.

4.6.3.1.2. Asıl Sözleşme ve/ veya Tahkim Şartının Kesin Hükümsüzlüğü (Butlanı)

Kesin hükümsüz (batıl) sayacağımız hukuki işlemler, hukuki işlemin yapıldığı düşünülen andan itibaren kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurmayan ve geçerli hale gelmeyen işlemler olarak ifade edilebilir (karş. Reisoğlu, 2012: s. 140; Akıntürk, Ateş Karaman, 2012: s. 65). Dolayısıyla taraflar arasında bir borç ilişkisi doğuracak asıl sözleşmenin de, taraflarca baştan itibaren hukuki sonuç doğurduğu düşünülse de, aslında kesin hükümsüz olması ve geçerli hale gelememiş olması mümkündür. Kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olan bir sözleşmenin batıl olduğu, sadece taraflarca değil, üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Hatta

görülmekte olan bir davada bu ileri sürülmemiş olsa bile hakim, kesim hükümsüzlük bir def'i değil itiraz olduğu için, re'sen dikkate almak zorundadır. Ayrıca böyle bir sözleşme, ne belli bir sürenin geçmesi ne de edimlerin yerine getirilmiş olmasıyla da geçerli hale gelmez (bkz. Akıntürk, Ateş Karaman, 2012: s. 65).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "II. Kesin hükümsüzlük" başlıklı 27. maddesinin 1. fıkrası hükmünde hangi hallerde bir sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Bu hükme göre; *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."* Ancak kesin hükümsüzlük ya da butlan sebepleri sadece bu hükümde sayılan hallerle sınırlı da değildir. Zira gerek TMK'da düzenlenen sözleşme yapabilme ehliyetine (m. 15) sahip olmak, gerekse sözleşmeler için gerek TBK gerekse ilgili özel kanunu varsa orada aranan şekil şartlarını da taşıması gerekir. Buna göre söz konusu butlan sebepleri şöyle sayılabilir: sözleşme yapabilme ehliyetine sahip olmaması (fiil ehliyetinden yoksunluk (TMK m. 14); , sözleşmenin konusunun hukuka (kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına) aykırı olması (TBK m. 27/I); sözleşmenin ahlaka aykırı olması (TBK m. 27/I); sözleşmenin konusunun baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız olması (TBK m. 27/I); kanunun emrettiği bir geçerlilik şartı varsa, buna uyulmamış olması (TBK m. 12/II); sözleşmenin muvazaalı olması (TBK 19/I); tasarruf işlemlerinde, tasarrufta bulunanın tasarruf yetkisine sahip olmaması (karş. TMK m. 988; 1023) (karş. Nomer, 2015: s. 59). Öte yandan butlan kavramı ile ilgili olarak açıklanması gereken bir husus da kısmi butlandır. Şayet butlan sebebi sözleşmenin içinde yer alan hükümlerden sadece biri veya bir kısmına ilişkinse, bu durumda sadece o kısım geçersiz olur. Bu kısmi geçersizlik, kısmi butlan olarak ifade edilir. Buna karşılık geçersiz kısım olmasaydı sözleşmenin hiç yapılmayacak olduğu açıkça anlaşılırsa, o halde sözleşmenin tamamı geçersiz olacaktır (TBK m. 27/II) (bkz. Nomer, 2015: s. 36). Ancak daha kısa bir sıralama ile fiil ehliyetine sahip olmamak, sözleşmenin hukuka ve ahlaka aykırılığı ile imkânsızlığı ve şekil şartlarındaki eksiklikler ekseninde inceleme yapacağız.

Asıl sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu hallerde, asıl sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartının bu sözleşmenin bir fer'i olarak kabul gördüğü ve asıl sözleşme kesin olarak hükümsüz ise, doğal olarak fer'inin de ondan bağımsız olamayacağı ve

asıl sözleşmenin akıbetine tabi olması nedeniyle tahkim şartının da kesin hükümsüz olduğu görüşü savunulmuş (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 52) ve Yargıtay kararlarında da kendisine yer bulmuştur. Ancak bu görüş artık kabul görmemekte ve geçerliliğini yitirmiş bulunmaktadır (Erkan, 2013 (a): s. 88; Erkan, 2013 (b): s. 540. Aynı yönde bkz. Keser Berber, 2011: s. 125).

Bu hususta Kalpsüz, *"Prensip itibariyle asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasından birini geçersiz kılan bir sebebin mutlaka diğerini de sakatlaması gerekmez. Tahkim şartının asıl sözleşme içinde yer almış olması, ona asıl sözleşmenin fer'i olma vasfını izafe etmez; tahkim şartı müstakil bir sözleşme olarak kalmakta devam eder."* şeklindeki görüşüyle (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1044), tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsız olduğunu ortaya koyarak eleştiride bulunmuştur. Yazar ayrıca, *"... asıl sözleşmenin batıl olduğu bütün hallerde her türlü incelemeden vareste olarak asıl sözleşmeye tebaen tahkim anlaşmasının da geçersizliğini kabul etmek yanlıştır. Her uyuşmazlıkta asıl sözleşmenin butlanını gerektiren sebebin tahkim şartını, daha doğrusu anlaşmasını da sakatlayıp sakatlamayacağını veya ne dereceye kadar sakatladığını araştırmak ve tesbit etmek gerekir.*" ifadeleriyle de, tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsız olmasına bağlanan sonucu değerlendirmiştir (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1045. Aynı yönde ayrıca bkz. Özel, 2008: s. 36). Buna göre, asıl sözleşmenin butlanını (kesin hükümsüzlüğünü) gerektiren hallerin hiç sorgulamaksızın, asıl sözleşmenin içindeki tahkim şartını da batıl kılacağı düşüncesi doğru olmayıp, aksine asıl sözleşmenin butlanını gerektiren her bir sebebin aynı zamanda tahkim şartını da batıl kılıp kılmayacaklarının ayrıca değerlendirilmesine ihtiyaç vardır (Alangoya, 1973: s. 96. Aynı yönde bkz. Üstündağ, 2009: s. 946; Erkan, 2013 (a): s. 89).

Öte yandan aynı kesin hükümsüzlük (butlan) sebebinin, asıl sözleşme ile birlikte o sözleşmenin içindeki tahkim şartını da geçersiz kılması söz konusu olabilir (Üstündağ, 2009: s, 946; Kalpsüz, 2003: s. 1044). Örneğin; tam fiil ehliyetine sahip bulunmayan bir kimse tarafından akdedilen asıl sözleşme kesin hükümsüz olduğu gibi, aynı kişinin gerek müstakil gerekse tahkim şartı şeklinde yapacağı bir tahkim sözleşmesi de hükümsüzdür. (Üstündağ, 2009: s. 946; Erkan, 2013 (a): s. 89; Erdi, 2008: s. 555). Görüldüğü üzere, buradaki tahkim şartının hükümsüzlüğü, asıl sözleşme içinde yer alması sebebine dayanmaz, aksine tam fiil ehliyetine sahip

bulunmayan bir kişi tarafından imzalanmasından kaynaklanır. Çünkü tahkim sözleşmesi (şartı) yapabilmek için de tam fiil ehliyetine sahip bulunmak gerekir (karş. Kalpsüz, 2003: s. 1044).

Bir başka örnekte, geçerli bir vekâletname ile asil adına vekil tarafından yapılan bir sözleşmenin hükümleri arasında tahkim şartı da bulunuyor olursa, asıl sözleşme (geçersizliğe sebep başka nedenler yoksa) geçerli olacakken, asıl sözleşmenin içindeki tahkim şartı ise geçerli olmayabilir. Şayet, asilin vekiline verdiği vekâletnamede, tahkim sözleşmesi yapabileceğine ilişkin özel bir yetki hükmü bulunmuyorsa (6098 sayılı TBK m. 504/ f. 3[47]), vekil yetkisi bulunmayan bir hususta sözleşme yapmış olacaktır ki, bu durumda o tahkim sözleşmesinin (şartının) kesin olarak hükümsüzlüğü sonucuna varılacaktır (bkz. Balcı, 1999: s. 119-120; Esen, 2003: s. 392; Şanlı, 2013: s. 271). Yargıtay da bu durumu bir kararda; *"... bu durum altında X, ... A.Ş.'nin vermiş olduğu vekâletnameye göre ve şirketin vekili sıfatıyla ... günlü (asıl) sözleşmeyi imzalarken vekâletnamede mevcut yetkilerle donatıldığı için esas sözleşme maddi hukuk sözleşmesi olarak geçerlidir. Ne var ki anılan sözleşmenin 12. Maddesindeki tahkim koşulu yani bir usul hukuku sözleşmesi olan tahkim sözleşmesi vekil X'in vekâletnamesinde tahkim sözleşmesi imzalama yönünde özel yetkisi olmadığından hukukun geçersizdir. Vekâletnamede tahkim sözleşmesi yapabilmesi için müvekkil tarafından açık yetki verilmeden sözleşme yapılmış ise bu sözleşme HUMK'nun 63 ve BK'nun 388/3 maddesindeki buyurucu hükümlere aykırı olduğu için özel yetkinin eksikliği nedeni ile geçersiz sayılır (bkz. HUMK m. 63; BK m. 388/III). Bu yön kamu düzeni ile ilgilidir ve doğrudan gözetilir"* şeklinde ifade etmiştir (bkz. Yargıtay 13. HD.'nin 22.4.1993 tarihli ve 2051/3488 sayılı kararın aktarılan kısmı için bkz. Kuru, 2001: s. 5942). Aynı yönde bkz. Esen, 2003: s. 392). Yargıtay'ın bu kararına dayanak olan HUMK m. 63 ve BK m. 388/3 hükümlerin yerini sırasıyla; 2011 tarihinde çıkartılan HMK m. 74 ve TBK m. 504/3 almıştır. HMK m. 74 hükmü eski kanunun hükmüne göre oldukça geniştir. TBK'nun yeni hükmü ise, eskisinin iflas ve konkordato ile ilgili haller dışında aynısıdır. Ayrıca her iki Kanun'un ifadeleri günümüz Türkçe'siyle kaleme alınmıştır.

[47] *"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."*

Benzer bir durum asil adına vekâletnamede tahkim sözleşmesi yapma hususunda özel bir yetkisi bulunmayan avukat tarafından, içinde tahkim şartı bulunan bir asıl sözleşmenin yapılması halinde karşımıza çıkacaktır. Böylece asıl sözleşme geçerli olacakken, tahkim şartının (sözleşmesinin) geçersizliği söz konusu olabilecektir (Kuru, 2001: Cilt II, s. 1283; Nomer, 2011: s. 532; Esen, 2003: s. 392). Ancak burada bu geçersizliğin dayanağı, kanaatimizce, Erkan'ın değerlendirdiği (Erkan, 2013 (a): s. 89) "tahkim ve hakem sözleşmesi yapmak" için de avukatların özel yetkiye ihtiyaç duyduklarını da düzenleyen HMK'nın 74. maddesi[48] değildir. Zira bu hükmün, "*davaya vekâlette* özel yetki verilmesini gerektiren haller" şeklindeki maddenin kenar başlığı ile birlikte değerlendirilmesinden, bu hükümdeki özel yetki hallerinin, bir dava açılması veya dava sırasında avukatların ihtiyaç duyacakları ve davaya vekâletin kanuni kapsamı (HMK m. 73) dışında kalan bazı işlemler için öngörülmüş olduğu anlaşılacaktır. Dolayısıyla, müvekkili adına bir maddi hukuk sözleşmesi yapması için vekil tayin edilen avukat, bu sözleşmeyi "davaya vekâlet" kapsamında yapamaz. Çünkü gerek "davaya vekâletin" kanuni kapsamı[49] gerekse özel yetki verilmesi gereken haller, bir uyuşmazlık hakkında dava açmak veya müvekkili aleyhine açılan bir davada savunma yapmak ve her iki halde davayı takip etmek, yargılamayı yürütmek, karar almak gibi yargılamaya ilişkin iş ve işlemlerle ilgili olup, müvekkili adına bir maddi hukuk sözleşmesi yapmakla ilgili değildir. Dolayısıyla bu somut durumda, avukatın yapacağı veya yaptığı asıl sözleşme içindeki tahkim şartı için yine TBK'nun m. 504/f. 3 hükmüne dayanmak gerekecektir.

---

[48] *"Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez."*

[49] HMK m. 73: *"(1) Davaya vekâlet, kanunda özel yetki verilmesini gerektiren hususlar saklı kalmak üzere, hüküm kesinleşinceye kadar, vekilin davanın takibi için gereken bütün işlemleri yapmasına, hükmün yerine getirilmesine, yargılama giderlerinin tahsili ile buna ilişkin makbuz vermesine ve bu işlemlerin tamamının kendisine karşı da yapılabilmesine ilişkin yetkiyi kapsar.*

(2) Belirtilen bu yetkiyi kısıtlamaya yönelik bütün sınırlandırıcı işlemler, karşı taraf yönünden geçersizdir."

Temsil ile ilgili bir başka husus, temsilcinin asıl sözleşmeyi imzalaması için gerekli yetkiye sahip olmadığı halde, tahkim sözleşmesi için yetkisi bulunuyor ise, asıl sözleşme yetkisiz temsilci tarafından yapıldığı için geçersiz olacakken, tahkim sözleşmesinin pek tabi geçerli kalmasının mümkün olmasıdır (Erkan, 2013 (a): s. 89). Ancak böyle bir durumun hayatın olan akışına pek uygun olmadığı ve pek fazla örneğine de rastlanamayacağı kanaatindeyim.

Öte yandan, tahkimin konusunun hukuken geçerli işlemlerle ilgili olması gerekir. Örneğin; ahlaka, adaba, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olarak yapılan bir sözleşme, bu sebeplerle batıl olsa da, ayrılabilirlik ilkesi gereği bu sözleşmenin içindeki tahkim şartı bu geçersizlik hallerini taşıyorsa, bu takdirde tahkim sözleşmesi de caiz olmayacaktır (Kuru, 2001: s. 5946; Koral, 1947 (a): s. 34; Ertekin, Karataş, 1997: s. 52, 92; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1070; Sarısözen, 2005: s. 9). Aksi yönde bir görüşe göre, ahlak ve adaba veya kamu düzenine aykırı sözleşmelerde sözleşmeyi batıl kılan sebep, bu konularda tahkim anlaşması yapılmasına da cevaz vermez (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1044; aynı yazar, 1996: s. 362). Buna karşılık, asıl sözleşmenin konusu hukuka, ahlaka uygun olmakla birlikte, içindeki tahkim şartı ahlaka aykırı olabilir. Örneğin, bir tarafın diğer taraf (örneğin, işveren veya üreticinin, işçi veya tüketici) üzerinde, genellikle ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmak suretiyle, tahkim şartını kabul etmeğe zorlaması, aralarındaki tahkim sözleşmesinde kendi lehine olabilecek hükümleri karşı tarafa kabul ettirmesi veya karşı tarafa hakem seçme hakkının tanınmaması yahut hakemlerin çoğunluğunu kendisinin seçeceği şekilde hüküm konulması gibi hallerde, asıl sözleşme değil ama tahkim şartının ahlaka aykırılık teşkil etmesi söz konusu olacaktır. Bu şekildeki bir tahkim sözleşmesinin, TBK m. 27/f. 1 hükmü çerçevesinde hükümsüz olacağı ise kuşkusuzdur (Bkz. Alangoya, 1973: s. 86; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 603-604).

Yargıtay 9. HD.'nin 10.12.2007 tarihli ve E. 2007/20796, K. 2007/37365 sayılı kararında: *"Somut olayda davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve ise iadesine karar verilmesini istemiştir. Tahkim şartını içeren sözleşmenin ahlaka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmasında, özellikle işçilik*

haklarının ödenmesinin tahkim şartı içeren bu sözleşmenin imzalanması şartına bağlanmasında karşımıza çıkar. Mahkemece davacı tarafın tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı itirazı üzerinde durulmamış, bu konuda davacının delilleri toplanmamıştır. Belirtmek gerekir ki; geçersiz tahkim sözleşmesine dayanılarak görevsizlik kararı verilemez." demek suretiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur (kararın aktarılan kısmı için bkz. Yavuz, 2009: s. 148-149).

Yargıtay 20. HD.'nin 28.03.2002 tarihli ve E. 2002/1955, K. 2002/2791 sayılı kararında ise *" ... 2- Ahlaka aykırı sözleşmenin geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal, genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde davalı şirketin davacı firma üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya somut olayda olduğu gibi hakemi seçme olanağının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. Bu biçimde yapılan bir tahkim sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca batıl olacağı kuşkusuzdur..."* ifadeleri ile ahlaka aykırı sözleşmenin batıl olacağına vurgu yapılmıştır (karar için bkz. YKD, 2002/7, s. 1076; aynı yönde başka kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay HGK'nun 12.02.1992 tarihli ve E. 1991/13-606, K.1992/56 sayılı kararı için bkz. Erdemir, 1987: s. 1925; Yargıtay 13. HD.nin 25.04.1991 tarihli ve E. 1990/8778, K. 1991/4492 sayılı kararı için bkz. Ertabak, 2009: s. 41; YKD, 1991/8, s. 1223; Yargıtay 9. HD.'nin 17.9.2007 tarih ve E. 2007/28539, K. 2007/26478 sayılı kararının ilgili kısmı için Yavuz, 2009: s. 149).

Ayrıca tahkim sözleşmesinin konusu, ancak tahkime elverişli[50] hususlarda olabilir. Tahkim yargılamasına tabi olmayacağı kanun koyucu tarafından belirlenmiş hususta yapılan bir asıl sözleşme geçerli olurken, bu sözleşmenin içindeki tahkim şartı tahkime elverişli bir konu hakkında olmaması sebebiyle geçersiz olacaktır. Örneğin; tapuda kaydı bulunan taşınmazların veya paylarının devir ve tescil talebi hakkında taraflar arasında yapılacak bir sözleşmede, taraflar arasında bir ihtilaf çıkması halinde tahkime başvurulacağına ilişkin bir hüküm bulunması halinde, asıl sözleşme geçerli olacakken, tahkim sözleşmesi tahkime elverişli bir konuda yapılmadığından geçersiz olacaktır (karş. Sarısözen, 2005: s. 11-12).

[50] HMK m. 408'de tahkime elverişlilik düzenlenmiş olup, anılan madde: *"Taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir."* hükmündedir.

Sözleşmelerin geçerliliği için aranan şartlardan birisi de şekil bakımındandır. 6098 sayılı TBK'nun 12. maddesi sözleşmelerin şekline ilişkin genel bir kural getirmiştir. Buna göre; *"Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz."* TBK'nun öngörmüş olduğu bu şekil, geçerlilik, başka bir ifadeyle sıhhat şartı olarak düzenlenmiştir ve bu şarta uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizlik müeyyidesine (hukuki sonucuna) bağlanmıştır. Ancak bu geçersizliğin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır (ayrıca doktrindeki görüşler için de bkz. Eren, 2015: s. 289 vd.). Söz konusu hükme göre, sözleşmelerin geçerliliği için, gerek TBK'nın gerekse diğer kanunların öngördüğü özel bir şekil şartı söz konusu ise, bu şarta uymak gerekecektir. Şayet böyle bir hüküm bulunmuyor ise, her hangi bir şekil aranmamıştır (Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 273).

Öte yandan, şekil bakımından tahkim sözleşmesinin geçerli sayılabilmesi için ise, öncelikle tahkim hakkındaki mevzuat veya milletlerarası sözleşmelerde yer alan hükümlere riayet edilmesi gerekmektedir. Tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin olarak örneğin, HMK m. 412/f. 3, 1. cümlesi, MTK m. 4/f. 1, 1. cümle ile aynı olup, *"Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır."* hükmündedir. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için neler yapılması gerektiği ise, hükmün devamında yer almış olup, burada da adi yazılı şekil şartı haricinde özel ve ağır bir şekil şartı öngörülmemiştir (karş. Kalpsüz, 2003: s. 1044).

Örneğin, kanunun herhangi bir şekil şartı aramadığı bir menkul satışı için tarafların sözlü olarak iradelerini ortaya koymaları ve sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşmış olmaları, o satış sözleşmesinin geçerliliği için yeterlidir. Ayrıca taraflar, aynı satış sözleşmesinde, bu sözleşmeden doğması muhtemel uyuşmazlıklar hakkında tahkime başvuracaklarını da kararlaştırmış olabilirler. İşte bu durumda, asıl sözleşme her hangi bir şekil şartına tabi olmaması sebebiyle sözlü olarak kurulsa bile geçerli olurken, tahkim sözleşmesi için tahkim hakkındaki mevzuat yazılı şekil şartını öngördüğü ve bu şart da yerine getirilmediği için tahkim sözleşmesi geçersiz olacaktır (karş. Kalpsüz, 2003: s. 1044). Buna karşılık, kanun hükmü veya tarafların ortak iradesi ile, bir sözleşmenin düzenleme şeklinde noter senediyle yapılması şart kılınmasına rağmen, sadece adi yazılı suretle yapılması

halinde asıl sözleşme geçersiz olacaktır. Ancak bu sözleşmenin içindeki tahkim şartı geçerli olmalıdır. Zira tahkim şartı için kanunun öngördüğü şekil şartı yerine gelmiştir (Kalpsüz, 2003: s. 1044; Erdi, 2008: s. 555. Karşı görüşte bkz. Kuru, 2001: s. 5942; Alangoya, 1980: s. 127).

Ayrıca Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında da aksi görüşe uygun karar verildiği görülmektedir. *"Taraflar arasındaki uyuşmazlık arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Sözleşme adi yazılı nitelikte düzenlendiğinden geçersiz*dir. *Geçersiz sözleşmede bulunan tahkim koşulu geçersiz olup tarafları bağlamaz."* (Yargıtay 15. HD.'nin 03.10.1991 tarihli ve 1222/4527 sayılı kararın aktarılan kısmı için bkz. Kuru, 2001: s. 5943, dn. 12'den naklen).

Bir başka kararında Yargıtay, *"Taraflar arasındaki uyuşmazlık 12.9.1968 günlü taşınmaz alım satım sözleşmesinden doğmuş bulunmaktadır. Taşınmaz mal alım, satım sözleşmesinin tapu memuru önünde yapılması, vaadinin ise resmi biçimde düzenlenmesi gerekir. Yasanın öngördüğü bu biçim koşulu geçerliliğe ilişkin bulunduğundan dışarıda yapılan taşınmaz mal satımı veya vaadine ilişkin yazılı sözleşme geçerli değildir. Taraflar arasındaki tahkim koşulu ise bu geçerli olmayan sözleşmenin fer'ini teşkil ettiğinden tahkim koşulunun da geçerliliğinden söz edilemez. O halde bu nedenle geçerli bir tahkim sözleşme veya koşulu bulunmadığına göre geçerli olmayan koşula dayanan hakem, yetkisi olmayan bir konuda karar vermiş durumda olduğundan kararın, Usulün 533. maddesinin 3. bendi uyarınca bozulması gerekir."* demektedir (bkz. Yargıtay 4. HD.'nin 25.3.1971 tarihli ve 2152/2829 sayılı kararı için bkz. İKİD 1975/177, s. 3766).

Yargıtay benzer bir kararında *"taraflar arasında düzenlenen ve hakem şartı bulunan sözleşme haricen düzenlenmiş olup, tapuda kayıtlı taşınmazların haricen düzenlenen adi sözleşme ile satış vaadi geçersizdir. Geçersiz bir sözleşmedeki hakem (tahkim) şartı da geçersiz olacağından uyuşmazlığın hakemler vasıtasıyla çözümlenme olanağı yoktur..."* (bkz. Yargıtay 13. HD.'nin 26.5.1976 tarihli ve 7803/4297 sayılı kararı için bkz. ABD 1976/5, s. 952).

Ancak, gerek Kuru'nun görüşünün, gerekse Yargıtay'ın bu kararlarının, hem MTK, hem de HMK'dan, dolayısıyla tahkime ilişkin mevzuatımızdan önceki tarihlerde yayımlandığı gözden kaçırılmamalıdır.

Öte yandan, milletlerarası tahkim merkezi kurallarında ve yabancı devletlerin ulusal tahkim mevzuatlarında da açık bir şekilde asıl sözleşmenin geçersiz veya iptal edilebilir olması halinde tahkim şartının bundan etkilenmeyeceğini ve hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verebileceği düzenlenmiştir. Ancak burada ortaya çıkan başka bir sorun, iki ayrı sözleşme olmasından dolayı bunlara uygulanacak hukukun da farklı olabileceğidir (Erkan, 2013 (a): s. 90; Özel, 2009: s. 372). Örneğin, asıl sözleşmenin taraflarının tabi olduğu farklı devletlerin hukuklarındaki maddi hukuk kuralları, asıl sözleşmenin geçerliliği için uygulanabilir, buna karşılık tahkim sözleşmesi veya şartının geçerliliği için tahkim yeri hukuku veya kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kuralları uygulanabilir. Bu bakımdan uygulanan farklı hukuki düzenlemelerin, aynı sözleşmenin geçerliliği hakkında bizi farklı sonuçlara götürmesi olasıdır (Erkan, 2013 (a): s. 90. Ayrılabilirlik ilkesi ile ilgili, Milletlerarası hukuktaki uygulama örnekleri ve değerlendirmeler ile uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Erkan, 2013 (a): s. 90-91; aynı yazar, 2013 (b): s. 545 vd.; Özel, 2008: s. 36-37).

4.6.3.2. Asıl Sözleşme ve/ veya Tahkim Şartının Yokluğu

Yokluk hali, bir sözleşmenin varlık kazanmadığını, yani hukuk aleminde akdi bir ilişkinin kurulmadığını gösterir. 6098 sayılı TBK m. 1/ f. 1, *"Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur."* şeklindedir. Buna göre, bir sözleşmenin kurulması, tarafların içerik bakımından birbirine uygun iradelerini karşılıklı olarak açıklamalarıyla (beyan etmeleriyle) gerçekleşir (Nomer, 2015: s. 25). Ayrıca TBK m. 2'ye göre de, taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. Ancak ikinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa, bir uyuşmazlık çıkması halinde hâkim, işin özelliğine bakarak karar verecektir. Dolayısıyla tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamaları bulunmuyorsa, bir sözleşme de var

olmayacaktır. Zira borç sözleşmelerinde, kural olarak bir tek kurucu unsur vardır. O kurucu unsur tarafların iradelerinin birbirlerine uygunluğudur (Eren, 2015: s. 331-332; Oğuzman, Öz, 2014: s. 49; Antalya, 2012: s. 155; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 578, kn. 1). Bunun tek istisnası real sözleşmelerinde görülür (ayrıntılar için bkz. Eren, 2015: s. 332; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 578, kn. 1).

Buna göre, sözleşme kurma niyetiyle birbirlerine karşı iradelerini açıklayan tarafların bu iradeleri, birbirleriyle henüz örtüşmemiş ise, bir sözleşmenin varlığından da söz edilemeyecektir.[51] Nitekim varlığı iddia konusu olan bir sözleşmede, tahkime ilişkin bir şart da bulunuyorsa, sözleşmenin diğer hükümleri gibi tahkim şartı üzerinde tarafların birbirine uygun iradelerinin örtüşmediği düşünülebilirse de peşinen kabul kanaatimizce doğru değildir (Erdi, 2008: s. 555).

Erkan, bu durumu, tahkim şartına da rıza olmadığının karine olarak kabul edilebileceği şeklinde ifade etmektedir. Ayrıca yazar, çok nadir olmakla birlikte, asıl sözleşmenin kurulması için gerekli olan iradelerin örtüşmesi gerçekleşmese de tarafların tahkim şartı hususunda önceden anlaşmış olabileceklerini belirtmektedir (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 92; aynı yazar, 2013 (b): s. 547-548). Yazara göre, asıl sözleşmeyi kurma hususunda tarafların karşılıklı iradeleri örtüşmemiş ise, asıl sözleşmenin içerisinde bulunan hiçbir hükme bu arada tahkim şartına da taraflar razı olmamışlardır. Bu nedenle, bir tahkim şartını asıl sözleşmenin yokluğundan ayrı düşünmek kural olarak mümkün olmadığı için, olmayan bir hukuki ilişkinin ayrılabilirliğini kabul etmek de olağan dışıdır (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 93; aynı yazar, 2013 (b): s. 553).

Ancak, tahkime başvurulması halinde, davalı başvurunun kaynağı olan tahkim sözleşmesinin var olmadığı hususunda bir iddiada bulunursa, bu iddianın hakem/ hakem heyetince karara bağlanması gerekecektir (bkz. HMK m. 422/ f. 1, c. 1; MTK m. 7/H/ f. 1, c. 1) (Erdi, 2008: s. 556). Ancak bu karar verirken tahkim şartı sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir (bkz. HMK m. 422/ f. 1, c. 2; MTK m. 7/H/ f. 1, c. 2) (Budak, 2012: s. 48).

[51] Sözleşmenin varlığından söz edilemeyeceğinden, taraflar arasındaki bu ilişkinin, aslında "sözleşme" kavramıyla da ifade edilmemesi gerekir.

Ancak buna rağmen taraflardan biri tahkime başvurmak isterse, öncelikle kurumsal tahkim merkezlerine veya hakem/ hakem heyetine, başvuranın ilk görünüşe göre davalı ile arasında (yazılı) bir tahkim sözleşmesini de sunması gerekecektir. Şayet tahkime başvuran böyle bir tahkim sözleşmesinin var olduğunu ispatlayamıyor ise, kurumsal tahkim merkezi veya hakem/ hakem heyeti talebi daha baştan reddetmelidir. Bunun üzerine, tahkime başvuran, aleyhine başvurduğu taraf ile arasında bir tahkim sözleşmesi olduğunu hala iddia ediyorsa, artık devlet mahkemelerine başvurup bu iddiasının doğru olduğunu ortaya koymaktan başka bir seçeneğe sahip bulunmaz (Erkan, 2013 (a): s. 93-94; aynı yazar, 2013 (b): s. 553). Aynı durum, her ne kadar milletlerarası tahkim merkezi tahkim kurallarında çoğunlukla asıl sözleşmenin yokluğunda dahi tahkim şartının ayrılabilirliği düzenlenmiş olsa da, milletlerarası tahkim yargılamaları için de söz konusudur. Keza yargı kararlarında ve doktrinde aksi görüşler ortaya konulduğu belirtilmektedir (bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Erkan, 2013 (b): s. 548- 557).

5. TEK TARAFLI VEYA ASİMETRİK TAHKİM SÖZLEŞMELERİ

5.1. Genel Olarak

Mecburi tahkim halleri bir yana bırakılır ise, tahkimin tarafların sözleşme serbestisine dayanan iradi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasının temelinde, tarafların eşitliği bulunmaktadır. Bu bakımdan taraflar, yaptıkları veya yapacakları tahkim sözleşmesi ile bir hukuki ilişkiden doğan veya doğması olası uyuşmazlıkların kendi aralarında bir öncelik, ayrım veya üstünlük öngörmeksizin, tahkim yargılamasına götürmeyi isterler (Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 586; Erkan, 2013 (a): s. 70). Dolayısıyla tahkim sözleşmesi, tarafların eşit hak ve yükümlülükleri üzerine kurulu bir sözleşme olarak, tarafları için simetriktir (bkz. Ekşi, 2013: s. 83). Ancak, uygulamada bazen tek tarafa tahkim yargılamasına başvurma hakkı tanıyan tahkim sözleşmeleri yapılmak suretiyle (Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 586; Erkan, 2013 (a): s. 70), tarafların karşılıklı ve eşit haklara sahip olması da engellenmiş olmaktadır (Yakın bir ifade için bkz. ve karş. Ekşi, 2013: s. 83). İşte bu şekilde tek tarafa tahkim yargılamasına gitme hakkı tanıyan tahkim sözleşmesine, "asimetrik tahkim sözleşmesi" (Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 586) veya "tek taraflı tahkim sözleşmesi" (Esen, 2010: s. 145 vd.) adı verilmektedir (Erkan, 2013 (a): s. 70-71). Bunlara ilaveten doktrinde Ekşi, ayrıca "tek taraflı tahkim klozu"/ "asimetrik tahkim klozu" tabirlerini de kullanmaktadır (bkz. Ekşi, 2013: s. 83)

Taraflar arasındaki eşitliği bozacak bir tahkim sözleşmesi "asimetrik tahkim sözleşmesi" olarak tanımlanacağına (Ekşi, 2013: s. 83) göre, sadece tek tarafa tahkime başvurma hakkı tanıyan tahkim sözleşmeleri ile bu tabir sınırlı tutulmayacaktır. Zira asimetrik veya tek taraflı tahkim sözleşmesinin yapılış şekli sadece bundan ibaret değildir. Örneğin, taraflardan birine sadece bir tahkim merkezine başvurma hakkı tanınırken, diğerine sınırsız bir imkân verilmek suretiyle, isterse tahkim merkezine isterse de mahkemeye başvurma imkânı tanınması halinde de bu eşitlik bozulacağı için bu şekilde yapılan tahkim sözleşmesi de asimetriktir (Ekşi, 2013: s. 83). Bu şekilde ortaya çıkan tahkim sözleşmesi için doktrinde Erkan, hibrid/ karma tahkim sözleşmesi tabirini kullanmaktadır (Erkan, 2013 (a): s. 71).

Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerli olup olmadığı hususunda tek tip bir uygulama bulunmamaktadır (Ekşi, 2013: s. 83; Erkan, 2013 (a): s. 71). Bu tür tahkim sözleşmelerinin geçerliliğinin çeşitli ülkelerde tartışma konusu olduğu, önceleri mahkemelerin asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği hususunda olumsuz bir bakış açısı bulunurken, son yıllardaki kararlarda bu tutumun değiştiği ve artık asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerli olduğu yönünde değiştiği ifade edilmektedir (Erkan, 2013 (a): s. 71). Tek taraflı tahkim sözleşmelerinin geçerliliği hususundaki uyuşmazlıklar, bu sorunun tahkim sözleşmesinin içeriğine ve kendisine ilişkin olduğu gerekçesiyle, ayrılabilirlik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmemekteydi. Tek taraflı tahkim sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlık bulunması ve mahkemede dava açılması halinde mahkemeler, davayı tahkim heyetine çerçevesinde göndermeden esasına girip inceliyorlardı. Ancak, son zamanlarda mahkemelerin bu tür tahkim sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin yapılan itirazları da ayrılabilirlik prensibi kapsamında inceleyip, sözleşmenin geçerliliğine yönelik kararlar vermektedirler (bu değerlendirme için bkz. Erkan, 2013 (a): s. 71; İngiliz, Amerikan, Fransız, İtalyan ve Alman mahkemelerinin bu tutumları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Erkan, 2013 (a): s. 71-72).

Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliğinin tespiti ne kadar önemliyse, bunu tespit etmek de o kadar zordur. Burada söz konusu olan geçerlilik, tahkim sözleşmesinin şekli ile ilgili olmayıp, esasa ilişkindir (Ekşi, 2013: s. 90). Tahkim mevzuatlarında, genel itibariyle, tahkim sözleşmesinin şekli ayrıntılı olarak düzenlenmekle birlikte, hangi hallerde esastan geçersiz sayılabileceklerine ilişkin düzenlemelere rastlanmamaktadır. Bunun için de öncelikle asimetrik tahkim şartının (sözleşmesinin) geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti gerekmektedir. Bu bakımdan tahkim sözleşmesinin geçerliliği, tarafların anlaşmasına ya da tahkim sözleşmesine uygulanmak üzere seçtikleri hukuka yahut taraflar arasında anlaşma veya bir seçim bulunmuyor ise, tahkim yeri hukukuna tabî olacaktır (MTK m. 4/f. 3; 1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi m IV (2); 1958 New York Sözleşmesi m. V (1) (a) (Ekşi, 2013: s. 91).

Uygulamada tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine pek rastlanmadığı belirtilmektedir. Buna göre, tahkim sözleşmesinin esas yönünden geçerliliğine uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukuku olacaktır (Ekşi, 2013: s. 91).

Ancak burada ortaya çıkan bir başka sorun da, tahkim mevzuatlarında asimetrik tahkim sözleşmelerinin esas yönünden geçerliliği düzenlenmediğinden hangi yasal düzenleme esas alınarak ya da kıyasla uygulanarak tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığı değerlendirilecek olmasıdır. Bu sorunun cevabı ise ne HMK, ne MTK ne de 1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesinde bulunmaktadır (Ekşi, 2013: s. 91). Şayet tahkim sözleşmesinin taraflardan birinin ehliyetsizliği sebebine istinaden esas açısından geçersiz olduğu iddia edilirse, bu durumda ehliyet hususunda tarafların vatandaşı bulunduğu devletin medeni hukuku uygulanarak karara varılacaktır. Öte yandan taraflardan birinin hata, hile veya tehdit gibi iradeyi sakatlayan sebeplere dayanarak tahkim sözleşmesinin geçersizliğini öne sürmesi durumunda, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır (bkz. Ekşi, 2013: s. 91).

5.2. Türk Hukukunda Yer Almış ve Halen Yer Alan Asimetrik Tahkim

Hukukumuzda asimetrik tahkim sözleşmesinin iki örneği bulunmaktaydı. Bunlardan ilki, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma- Yardım Sözleşme'nin 6. maddesi 4. fıkrası çerçevesinde yapılan tahkim sözleşmeleriydi.[52] Diğeri ise halen

[52] Anılan sözleşme metnine, EKŞİ, 2013: s. 84, dn. 103'te verilen ve 07.06.2013 tarihinde erişimin yapıldığı belirtilen internet kaynağından ulaşılmaya çalışılmış, ancak erişim sağlanamamış, anılan kurumun resmi web sitesinde yapılan aramalar neticesinde Türk Kurtarma Sözleşmesi (TURKS 2015) olarak revize edilmiş (ve sadece Kurtarma sözleşmesi olarak adlandırılan) yeni bir sözleşmeye ulaşılmıştır (bkz. https://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/turks2015 _tr.pdf, E. T. 28.7.2015). Ekşi'nin eserindeki ilgili başlığa (s. 83-93), ve Esen'in, kısaca "Tahkim Şartının Geçerliliği" olarak adlandırdığımız çalışmasına sebep ve kaynak olan Sözleşme'nin 6. maddesinin 4. fıkrası hükmünün yerini, yeni Kurtarma Sözleşmesi'nin 7. maddesi 3. fıkrasının aldığı anlaşılmış, yeni Kurtarma Sözleşmesinin 2014'ten itibaren uygulanan bir sözleşme olup olmadığı ve tam olarak ne zaman uygulanmaya başlandığı da tespit edilememiştir.

Ancak bu yeni sözleşmenin m. 7/ f. 3; *"Taraflarca Sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen Kurtarma hizmetinden kaynaklanan Kurtarma alacağının veya 6. maddede belirtilen özel tazminat miktarının tayin, tespit ve tahsiline ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde taraflardan birinin talebi üzerine, İstanbul' da tahkim yolu ile hallolunur. Taraflarca; tayin, tespit ve tahsil için ayrı ayrı dava ikame edilemez. Kurtarma alacağının ya da özel tazminatın tayin, tespit ve tahsili dışındaki sair ihtilaflar, genel hükümlere göre İstanbul Mahkemelerinde hal ve fasl olunur*." hükmünün anılan eser ve çalışmada zikredilen Kurtarma (Yardım) Sözleşmesine istinaden ortaya çıkan asimetrik tahkim sözleşmesini ortadan kaldırdığı anlaşılmaktadır.

Buna rağmen, her iki yazarın çalışmalarındaki sözleşme metinlerine dayanarak, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma- Yardım Sözleşmesi'nin (iki sözleşmenin karışmaması için 2015 öncesi olarak zikredilecektir) m. 6/f. 4 hükmünden doğan tahkim şartına (sözleşmesine) istinaden asimetrik tahkim sözleşmesi ve bu sözleşme hakkında verilen Yargıtay kararı ve değerlendirmeler incelenecektir.

mevcut, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun[53] 30. maddesi 1. fıkrasına dayanılarak yapılan tahkim sözleşmesidir (Ekşi, 2013: s. 83-84).

5.2.1. Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü (2015 Öncesi) Kurtarma- Yardım Sözleşme'nin 6. Maddesine Göre Yapılan Asimetrik Tahkim Sözleşmesi

Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü (2015 Öncesi) Kurtarma- Yardım Sözleşme'nin 6. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenleme şöyledir: *"Taraflarca sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen kurtarma- yardım hizmetinden kaynaklanan kurtarma- yardım alacağının tayinine ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde kurtarıcının talebi üzerine İstanbul'da tahkim yolu ile hallolunur. Diğer ihtilaflar genel hükümlere göre İstanbul mahkemelerinde hal ve fasl olunur."*

Söz konusu hüküm ile ilgili bazı tespitlerde bulunmalıyız. Öncelikle, tahkime başvuru hakkı sadece kurtarma- yardım hizmeti veren Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'ne tanınmıştır. Başka bir husus, tahkime götürülebilecek uyuşmazlık konusu sadece "kurtarma- yardım alacağının tayini" ile sınırlanmış ve bunun dışındaki diğer uyuşmazlıklar için yetki şartı ile İstanbul Mahkemelerinin yetkili kılındığı düzenlenmiştir (Ekşi, 2013: s. 85).

Bu tespitler ile ilgili bazı hususların açıklığa kavuşturulması gerekir. Buna göre, Kurtarma- Yardım Sözleşmesi'nin m. 6/ f. 4 hükmünde tahkim sözleşmesi sonra da yetki sözleşmesi yapılması öngörülmüştür. Bu şekilde hem tahkim sözleşmesi hem de yetki sözleşmesi yapılacağına ilişkin hüküm dolayısıyla, tahkime ilişkin iradenin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olmadığı, bu nedenle de tahkim şartının geçersiz olduğu ve Yargıtay kararlarına da aykırı olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki, dikkat edilirse anılan hükümde, taraflar aynı uyuşmazlık hakkında hem yetki sözleşmesi hem de tahkim sözleşmesi yapmış olmamaktadırlar. Zira yetki sözleşmesine ilişkin fıkranın 2. cümlesinde "diğer

[53] 03.6.2007 tarihinde TBMM'de kabul edilerek, 14.6.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

ihtilaflar" denilmek suretiyle, tahkim ve yetki sözleşmelerinin konu itibariyle birbirinden ayrıldığını görmekteyiz. Başka bir ifade ile tahkim sözleşmesinin konusu sadece "kurtarma- yardım alacağının tayini" ya da tespit edilmesi iken, yetki sözleşmesinin konusu bu alacağın tayini dışındaki uyuşmazlıklardır. Dolayısıyla sözleşmelerin birbirinden farklı uyuşmazlıklara ilişkin olması nedeniyle her iki şartın da bu sebeple geçersiz olduğu söylenemez. Zira HMK m. 412/f. 1'de tahkim sözleşmesinin tanımında *"... uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır"* şeklindeki hükümde, tarafların arasındaki uyuşmazlığın tamamı için değil, isterlerse o uyuşmazlığın bazı kısımlarının tahkime götürülmesi için de sözleşme yapılabilmesi caiz görülmüştür. Nitekim her iki kanun hükmünün birlikte değerlendirilmesinden, taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın bir kısmı için tahkim sözleşmesi yapabileceklerine göre, aynı uyuşmazlıktan doğacak diğer kısımlar için tahkim sözleşmesi yapılmayabilir. Dolayısıyla tahkim sözleşmesi kapsamı dışında kalan hususlar için taraflar serbestçe karar verebileceklerine göre, yetki sözleşmesi yapmalarına da engel bir husus bulunmamaktadır (aynı yönde bkz. Ekşi, 2013: s. 85-86).

İkinci husus, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü (2015 öncesi) Kurtarma- Yardım Sözleşmesi'nin anılan hükmünde, tahkime başvuru hakkının sadece kurtarıcıya tanındığı, ancak karşı tarafın mahkemeye başvurmasına engel bir durumun olup olmadığının açıklığa kavuşturulması ve bu bakımdan da tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığının tespit edilmesidir (Ekşi, 2013: s. 86).

Doktrinde Esen, asimetrik tahkim sözleşmelerinin kural olarak geçerli olduğu, ancak taraflardan birinin diğerine göre ekonomik durumu itibariyle daha zayıf olduğu hallerde bu sözleşmelerin geçersiz sayılması gerektiği belirtmektedir (Esen, 2010: s. 154). Zira yazara göre, *"işçi yahut tüketici gibi zayıf taraflar söz konusu olmadıkça ve yargı yollarına başvurmaktan feragati teşkil etmedikçe, taraflardan yalnızca birine tahkime müracaat hakkı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmaları sözleşme serbestisi prensibi çerçevesinde değerlendirilmeli ve geçerli kabul edilmelidir. (...) Taraflardan yalnızca birine tahkime müracaat imkânı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmalarının tarafları arasında tüketici yahut işçi gibi zayıf akit tarafın bulunması halinde ise, asimetrik tahkim anlaşması güçlü akit tarafın zayıf*

akit tarafa dayatması olarak görülmeli ve geçersiz kabul edilmelidir." (bkz. Esen, 2010: s. 154).

Ancak bu görüş, Ekşi tarafından bazı yönleri ile eleştirilmiştir. Zira yazar, işçilerin veya tüketicilerin taraf oldukları tahkim sözleşmelerinde, sadece işçi veya tüketiciye tahkime başvurma hakkının tanınmış olması halinde, daima ekonomik yönden güçlü olan tarafın zayıf olan tarafa dayatması olarak görmemek gerektiğini; özellikle işçi sendikası veya kuruluşları ve tüketici dernekleri gibi kuruluşlar tarafından hazırlanan standart sözleşmelerde, daha çok işçi ya da tüketiciyi koruyan hükümlere yer verildiğini; tahkim veya mahkemeye başvurma bakımından tercih hakkının işçi veya tüketiciye verildiğini; bu nedenle de taraflarına bakılmaksızın asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerli olup olmadığını her somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek gerektiğini ifade etmektedir (Ekşi, 2013: s. 87). Temelde Ekşi'nin eleştirisine katılmakla birlikte, ülkemizin hayat pratiğini göz önüne aldığımızda, işçi ve tüketicinin sözleşmenin bir tarafı olduğu, karşısında ise çeşitli kurumsal firma veya kuruluşların bulunduğu hallerde, çoğunlukla işçi veya tüketicinin haklarını kullanmasının zorlaştırıldığı veya sınırlandığı ve çoğu standart sözleşmedeki genel işlem şartı niteliğindeki hükümlerde bu kişilerin gerçek iradelerini yansıtamadığı da unutulmamalıdır.

Ayrıca Esen, taraflardan sadece birine tahkime başvurma hakkının tanındığı bir asimetrik tahkim sözleşmesinde, karşı tarafın mahkemeye başvuru hakkının göz ardı edilemeyeceğini de ifade etmektedir (Esen, 2010: s. 155). Şayet Kurtarma- Yardım Sözleşmesinin m. 6/ f. 4 hükmünün, "kurtarıcı tahkime, donatan mahkemeye başvurabilir" şeklinde yorumlanması halinde, taraflardan biri tahkime giderken, aynı hususta diğer taraf da mahkemeye başvurabilecektir. Bu durumda ikinci davanın davalısı tarafından mahkemeye aynı hususta tahkime gidildiğine ilişkin itirazında da bulunulmaz ve mahkemece bu durum resen de tespit edilemezse, ikinci davanın derdest olması söz konusu olacaktır. Bu durumu doktrinde Ekşi, "paralel dava" kavramı ile ifade etmektedir (bkz. Ekşi, 2013: s. 86-87; bu tür davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, 2013: s. 15-51). Buradaki risk de, her iki dava neticesinde verilecek kararların birbirine zıt veya en azından farklı olması olasılığıdır (Ekşi, 2013: s. 87).

Kurtarma Yardım Sözleşmesinin 6. maddesi 4. fıkrasına ilişkin yapılan bir tahkim sözleşmesinin geçerliliği yargı kararlarına da konu olmuştur. M/T SC SARA adındaki bir geminin fırtınada sürüklenmesi üzerine Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nden kurtarma hizmeti talep edilmiş, gelen kurtarma ekipleri, verilecek hizmete ilişkin olarak tek sayfalık matbu bir sözleşmeyi geminin kaptanına imzalatmış ve sonrasında kurtarma hizmeti vermişlerdir. Geminin kurtarılmasından sonra kurtarıcı tarafından, kurtarma bedelinin tahsili amacıyla yerel mahkemede dava açılmış ve bunun için de öncelikle geminin seferden men edilmesi talep edilmiştir. Yerel mahkeme talebi kabul ederek, bahse konu hizmet bedelinin karşılığının teminat olarak yatırılması halinde geminin serbest kalacağına hükmetmiştir. Donatan tarafından teminat miktarı yatırılarak gemi serbest bıraktırılmış ve mahkemeden teminat miktarının indirilmesi ile hizmet bedelinin tespiti talep edilmiştir. Yerel mahkeme, donatan tarafından açılan dava hakkında, kurtarıcı tarafından yapılan tahkim itirazı üzerine, yukarıda aktarılan Kurtarma Yardım Sözleşmesinin m. 6/ f. 4 hükmüne göre yapılmış geçerli bir tahkim şartı (sözleşmesi) bulunduğu ve bu sözleşmede donatana dava açma imkânı verilmediği gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Bunun üzerine, donatan tarafından Yargıtay'da temyize başvurulmuştur (bkz. Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 586-587'den naklen. Ayrıca kararın değerlendirmesiyle ilgili olarak ayrıca bkz. Esen, 2010: s. 151-154).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15.2.2011 tarihli kararında, taraflar arasında imzalanan kurtarma yardım sözleşmesinin 6. maddesinde belirtilen tahkim şartının geçersiz olduğunu kabul ederek, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur (Yargıtay 11. HD.'nin 15.02.2011 tarihli ve E. 2009/3257, K. 2011/1675 sayılı kararının gerekçesine ilişkin olarak, şu kısmı önemlidir: *"... Somut uyuşmazlıkta ise kurtarma yardım ücretinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak sadece anılan hizmeti veren Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'ne tahkim yoluna başvurma hakkı tanınmıştır. Bu şartın geçerli sayılması, öncelikle kurtarma yardım hizmetinden yararlanan ilgililerin hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Zira taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana geldiği zaman, hizmet alan ilgililerin mahkemeye başvurması yolu, davalı kurumca tahkim itirazında bulunulmak suretiyle engellenecek, davalı kurumca süresinde tahkim yoluna başvurulmaması halinde ise hizmet alan ilgililerin başvurabileceği bir başka*

yasal yol kalmayacaktır. Nitekim somut uyuşmazlıkta da taraflar arasında bir muaraza meydana gelmiş, hizmet alanlarca açılan işbu davada davalı kurumun tahkim itirazı üzerine mahkemece dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü tarafından da tahkim yoluna başvurulmamıştır.

Ayrıca akit taraflardan sadece birisine tahkim yoluna başvurma hakkı tanıyan bu hükümden çıkan bir başka anlam da, kurtarma yardım alacağının tayinine ilişkin uyuşmazlıkta, sözleşmenin diğer tarafına mahkemeye başvurma hakkının tanınmış olduğudur. Yukarıda açıklandığı üzere aynı uyuşmazlık için hem tahkim hem de mahkemeye gitme yolunun kararlaştırılmış bulunması halinde tahkim şartı geçersiz olduğundan somut uyuşmazlıktaki tahkim şartı da bu nedenle de geçersizdir..." (bkz. Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 587-587; ayrıca Ekşi, 2013: s. 88-90). Yargıtay iki gerekçe ile, Kurtarma Yardım Sözleşmesinin 6. maddesi 4. fıkrası hükmünde yer alan asimetrik tahkim şartının geçersiz olduğuna karar vererek, yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Birinci gerekçe, tahkim şartı ile yetki şartının birlikte yapılması ve bunun da, geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı için Yargıtay'ın istikrarla aradığı tahkim iradesinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması şartını ihlal etmesi nedeniyle, Yargıtay'ın içtihatlarına aykırılık teşkil etmesidir.

İkinci gerekçe ise, taraflardan sadece birine tahkim yoluna başvurma hakkı verilmiş olmakla, sözleşmenin diğer tarafı için tahkime konu uyuşmazlık hakkında mahkemeye başvurma hakkının da ortadan kaldırılmış olmasıdır. Zira diğer taraf mahkemeye başvurduğu takdirde, tahkime başvurma hakkı tanınmış sözleşmenin diğer tarafı tahkim itirazında bulunmak suretiyle, mahkemedeki davanın görülmesine engel olabilecek, bunun üzerine kendisi tahkime de gitmez ise uyuşmazlığın çözülmesi için diğer tarafın başvurabileceği bir imkânı da kalmamış olacaktır. Dolayısıyla Kurtarma Yardım Sözleşmesindeki bu tahkim şartının geçerli sayılması, kurtarma hizmetinden yararlanan bakımından hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacaktır.

Yargıtay 11. HD.'nin birinci gerekçesine katılmak mümkün değildir. Zira Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nin yukarıda zikredilen hükmünde, tahkime başvurulacak konu "kurtarma yardım alacağının tayini" ile sınırlı tutulmuş, bunun dışındaki diğer ihtilaflar için İstanbul Mahkemelerinin yetkisi tesis edilmiştir. Bu bakımdan tahkim sözleşmesine konu uyuşmazlık, dolayısıyla tahkim sözleşmesinin kapsamı tereddüde yer verilmeyecek şekilde açıkça belirlenmiştir. Bu bakımdan Yargıtay'ın bu değerlendirmesi hatalı görülmektedir (Ekşi, 2013: s. 91-92).

Ancak, Yargıtay'ın ikinci gerekçesi bizce de yerindedir. Yüksek mahkeme, tahkim şartının geçerliliğini, hak arama hürriyeti açısından değerlendirerek, hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmadığını belirtmiş, fakat bu ilkeleri açıkça zikretmemiştir. Anılan daire, kurtarma yardım ücretinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak, sadece bu hizmeti veren Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'ne tahkim yoluna başvurma hakkının tanınmasını, hizmet alan ilgililerin hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayan bir durum olarak kabul etmiştir (Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2013: s. 572; Ekşi, 2013: s. 90; Erkan, 2013 (a): s. 73). Bilindiği üzere, Anayasamızın 36. maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Yargıtay'ın bozma kararına ve/veya doktrindeki yazarların değerlendirme veya eleştirilerine istinaden olup olmadığını tespit edemesek de, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün resmi web adresinden hem Türkçe hem de İngilizce olarak yayınlanan 2015 yılı Kurtarma Sözleşmesi'nde, tahkim şartına ilişkin m. 7/ f. 3 hükmünde asimetrik tahkim sözleşmesi hükmü doğuracak bir madde metni verilmediği görülmüştür. Zira söz konusu fıkra metninde, *"Taraflarca Sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen Kurtarma hizmetinden kaynaklanan Kurtarma alacağının veya 6. maddede belirtilen özel tazminat miktarının tayin, tespit ve tahsiline ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde taraflardan birinin talebi üzerine, İstanbul' da tahkim yolu ile hallolunur. Taraflarca; tayin, tespit ve tahsil için ayrı ayrı dava ikame edilemez. Kurtarma alacağının ya da özel tazminatın tayin, tespit ve tahsili dışındaki sair ihtilaflar, genel hükümlere göre İstanbul Mahkemelerinde hal ve fasl olunur*." hükmü ile, sözleşme kapsamına girecek alacak ve tazminat miktarlarının tespit ve tahsilinden kaynaklanacak

uyuşmazlıklar için, artık sadece "kurtarıcı" nın değil, "taraflardan birinin" talebi üzerine, İstanbul'da tahkime başvurulabileceği açıkça düzenlenmiştir. Böylelikle, 2015 öncesi Kurtarma- Yardım Sözleşmesinden kaynaklanan, tarafların tahkime başvurma hakkına ilişkin eşitsizlik ve hak arama özgürlüğüne getirilen sınırlama, artık yeni Kurtarma Sözleşmesinde giderilmiş olduğundan, bu sebeplerle sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasıyla ihtilaf konusu olamayacağı sonucuna da varılabilecektir.

5.2.2. Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesine Göre Yapılan Asimetrik Tahkim Sözleşmesi

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun "Sigortacılıkta tahkim" başlıklı 30. maddesinin 1. fıkrası; *"Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usûlünden faydalanabilir. (Ek cümle: 3/4/2013-6456/45 md.) İlgili mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalardan kaynaklanan bu fıkra kapsamındaki uyuşmazlıklar için ilgili kuruluş sigorta tahkim sistemine üye olmasa dahi hak sahipleri bu bölüm hükümlerine göre tahkim usulünden faydalanabilir..."* hükmündedir.

Tahkim sözleşmesi ile taraflar, kendileri için hazır ve her halde açık bulunan devlet mahkemelerinin yargısını bir yana bırakarak, özel bir yargılama faaliyeti olarak kendi yargı mercilerini ortaya çıkarmaktadır (aynı yönde bkz. Yeşilova Aras, Yeşilova, 2013: s. 299). "*Tahkimin, tahkim yargısının ve hakemlerin yargı yetkisinin kaynağı, tahkim anlaşmasıdır. Hakemlerin yargı yetkisinin gerek kişi gerek konu yönünden sınırı ve varsa lex arbitri karşısında tarafların getirmiş olduğu ayrıksı hükümler, hep tahkim anlaşmasıyla belirlenir veya tespit edilir"* (bkz. Yeşilova Aras, Yeşilova, 2013: s. 300).

Sigortacılık Kanunu kapsamında ortaya çıkacak bir kısım ihtilaflar için anılan kanunda da, tahkim yoluna başvurulabileceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Ancak Sigortacılık Kanunu yukarıda aktarılan hükmü ile, gerek HMK m. 412 gerekse MTK'nın m. 4 kapsamındaki bir tahkim sözleşmesinin nasıl yapılacağı ve şeklen geçerli olması için aranacak şartlara[54], yeni ve farklı bir metot getirmiştir (Yeşilova Aras, Yeşilova, 2013: s. 300). Söz konusu hükme göre, sigortacılıkta tahkim yoluna gitmek için, taraflar arasında, temel borç ilişkisini kuran sigorta sözleşmesinde herhangi bir tahkim şartının bulunması veya zaten nadir görülmekle birlikte, uyuşmazlığın çıkmasından sonra tarafların müstakil bir tahkim sözleşmesi yapmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Şayet sigorta şirketinin, sigorta tahkim sistemine üyeliği bulunmakta ise[55] sigorta şirketiyle uyuşmazlığa düşen sigorta ettirenin veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile güvence hesabından faydalanacak kişilerin, Türkiye Sigorta Birliği bünyesinde oluşturulan Sigorta Tahkim Komisyon'una başvurması, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü için yeterlidir (bkz. Budak, 2013: s. 56; Ekşi, 2013: s. 59; Can, 2009, s. 350; Konca Kurt, 2010, s. 1349; Yeşilova Aras, Yeşilova, 2013: s. 300; Ulusoy, 2009: s. 241-242).

Buradaki tahkim sözleşmesi ise uygulamada sıkça karşılaşılan şekliyle bir tahkim şartı üzerinden değil; onun yerine, uyuşmazlığın çıkmasından sonra ve ancak sigorta şirketinin önceden ilan etmiş olduğu aleni icabın[56] kabulüyle akdedilmektedir (Yeşilova Aras, Yeşilova, 2013: s. 300). Ancak burada tahkim sözleşmesinin akdedilmesi, ilgili sigorta şirketi (veya temsilcisi, acentesi) ile diğer tarafın fiziki olarak bir araya gelip, yazılı bir sözleşme imzalamaları şeklinde vuku bulmamakta, sigorta tahkim komisyonuna başvuru yapmakla kendiliğinden kurulduğu söylenebilir (Özdamar, 2013: s. 841; Ulusoy, 2009: s. 242; aynı yönde bkz Öztek, 2009: s. 222). Bu şekilde akdedilen tahkim sözleşmesinin bir tarafında, sigorta tahkim sistemine veya başka bir ifadeyle Sigorta Tahkim Komisyonuna üye olmak suretiyle bunu ilan ederek, dolaylı olarak uyuşmazlıkların bu komisyon nezdinde, ilgili mevzuatta

---

54 Tahkim sözleşmesinin şekli şartları aşağıda "İkinci Bölüm" içinde ele alınacaktır.

55 Bugün itibariyle toplam 54 sigorta şirketi, Sigorta Tahkim Komisyonuna üyedir. (üye şirket listesi ve üyelik başlangıç tarihleri için bkz. http://www.sigortatahkim.org/ web adresinde ana sayfadaki ana menü başlığında, üye kuruluşlar alt başlığından ulaşılabilir. E.T. 30.07.2015).

56 Anılan fıkranın "*Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır."* şeklindeki 2. cümlesi ile bu icabın yapıldığı hükme bağlanmıştır.

geçerli kurallara göre çözümünü kendisi için peşinen kabul eden sigorta şirketi; diğer tarafında ise söz konusu aleni icabı, uyuşmazlık çıkması halinde sonradan sigorta tahkim komisyonuna başvurması halinde, kendisi için kabul ettiğini ortaya koyan sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile güvence hesabından faydalanacak kişiler olacaktır. Sigorta şirketi bakımından, sigorta sistemine üye olmak tahkim konusundaki iradesinin beyanı olarak kabul edilmektedir (bkz. Ekşi, 2013: s. 61; benzer bir ifade için bkz. Yeşilova Aras, Yeşilova, 2013: s. 300-301; Ulusoy, 2009: s. 242; benzer bir uygulama, ICSID tahkimi için de geçerlidir (ayrıca bkz. Ali Yeşilırmak, 1999: s. 167-169).

Sigortacılık tahkiminin bu tek yanlı özelliği dolayısıyla, tahkim sözleşmesinin kurulması klasik tahkim sözleşmeleri karşısında farklı bir sonucu ortaya çıkarmaktadır. Buna göre hakemlerin yargı yetkisi, tarafları arasındaki sigorta sözleşmesinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlık ile değil, sadece davacı sigorta ettirenin veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile güvence hesabından faydalanacak kişilerin Tahkim Komisyonuna olan tahkim başvurusu ile sınırlı olacaktır. Bu tek yönlü başvuru sonucunda, davacının davaya konu vakıa ve istemi dışında, davalı sigorta şirketinin, aynı sözleşmeden kaynaklanmış olsa da, örneğin karşılık dava açması, (varsa) takas hakkını kullanması mümkün olmayacağı gibi davalı şirketin, karşı talepleri hakemlerin yargı yetkisine de dahil olmayacaktır (Öztek, 2009: s. 222-223; Yeşilova Aras, Yeşilova, 2013: s. 301; karş. Kabukçuoğlu Özer, 2012: s. 509).

Yukarıda açıklandığı üzere, Sigortacılık Kanunu m. 30 çerçevesinde, tahkim yoluna gidebilmek için, sigorta tahkim sistemine başvuru yapmak suretiyle sigorta şirketlerinin önceden peşinen verdikleri icabın tek başına bir rolü olmayıp, tahkim yargılamasının asıl başlangıcı hak sahipleri tarafından sigorta tahkim komisyonuna yapılacak başvuru olacaktır. Dolayısıyla, sigortacılık tahkiminde, asıl önemli olan irade hak sahibinin kabul yani tahkime başvurma iradesi olup, bu iradenin kullanılması sözleşmenin kurulmasını sağlayacaktır. Böylelikle tahkim yargılamasın başlaması ile tahkim sözleşmesinin akdedilmiş olması aynı anda, yani hak sahibinin komisyona başvuru anında olacaktır. Kanunun anılan hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere, başvuru yapacak kişiler hak sahipleri olarak belirtilmekle, zaten sigorta şirketlerine tahkime gitme imkânı da verilmemiştir. Bu bakımdan işte,

Sigortacılık Kanunu m. 30, tek tarafa tahkime başvurma, yani tahkim sözleşmesi kurma iradesi vermekte ve bu haliyle de asimetrik bir tahkim sözleşmesi kurulmasına sebep olmaktadır.

6. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN YORUMU

Kural olarak sözleşmeler, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin örtüşmesi sonucu meydana gelir. Ancak tarafların sözleşmenin kurulması için ortaya koydukları iradeleri yeteri kadar açık olarak ortaya konulamamış veya konulmamış olabilecektir. Zira tarafların sözleşmeyi yaparken kullandıkları ifade ve terimler, kendilerinin düşünemedikleri veya bilmedikleri farklı anlamlara gelebileceği gibi, tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kapalı, muğlak veya birkaç anlama gelebilecek şekillerde de kullanılmış olabilecektir (Yeğengil, 1974: s. 140-141; rtekin, Karataş, 1997: s. 96; Karadaş, 2013: s. 86).

Şayet, taraflar arasında sözleşmenin varlığı başta olmak üzere, sözleşmenin geçerli olup olmadığı ve sözleşmenin kapsamı hususunda aralarında bir takım ihtilaflar çıkar ve o ihtilaflı hususlara ilişkin sözleşme hükümlerinin ne anlama geldiği anlaşılamaz ise, gerek mahkemeler gerekse tahkim yargılamasını yapan hakem veya hakem heyetince, o sözleşme hükümlerine tarafların yükledikleri anlamların tespiti, daha doğru ifadeyle yorumlanmasına ihtiyaç duyulacaktır (Ertekin, Karataş, 1997: s. 96). Şayet bu hükümlerden bir sonuca ulaşılamayacak olur ise, belirsiz, çelişkili o hükümler geçersiz olabilecektir. Bu bakımdan, gerek müstakil gerekse tahkim şartı şeklinde yapılan tahkim sözleşmesi de, bir sözleşme olarak aynı akibete tabi olacaktır. Kural olarak hukukta yorum, herhangi bir hukuki hüküm veya düşüncenin ortaya konulması ve kurulmasında, bilerek veya bilmeyerek gizlenmiş bulunan yahut beyan ve ifadelerin karışıklığı, belirsizliği ve her yöne çekilebilir nitelikte olması nedeniyle anlaşılması zor gerçek amaçların araştırılması ve ortaya çıkarılması usulüdür (bkz. Yeğengil, 1974: s. 140).

Türk hukukunda sözleşmelerin yorumlanması sırasında nelere dikkat edilmesi gerektiği, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun[57] 19. maddesi 1. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Söz konusu hüküm; *"bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas*

[57] TBK, 11.01.2011 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

alınır." şeklindedir.[58] Buna göre, tarafların iradelerini yükledikleri ifade ve kavramların genel çerçevesinden çıkarılacak anlam, tarafların ortak amaçları göz önünde tutularak yorumlanmalıdır (Dayınlarlı, 2004: s. 37-38; Ertekin, Karataş, 1997: s. 97; Karadaş, 2013: s. 86).

Yargıtay 11. HD.'nin 07.7.1981 tarihli ve E. 1981/2726, K. 1981/3508 sayılı kararında, taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinde bulunan "ihtilaf halinde Paris Ticaret Odası tahkimine başvurulacağına" yönelik ifadenin, bu Odanın hakemlik işleri ile meşgul olmaması nedeniyle, davalı tarafın iddia ettiği üzere bundan kastın, "tarafların ortak iradesinin Paris'te bulunan Uluslararası Ticaret Odası olduğu" şeklinde yorumlamak gerektiğine, üyelerin çoğunluğu ile karar vermiştir (karar metni için bkz. Ertekin, Karataş, 1997, s. 97-98; ayrıca bkz. YKD, C. 7, S. 11, Kasım 1981, s. 1449 vd.).

Öte yandan iki üyenin karşı oy yazısında, *"... Tahkim sözleşmesinin (şartının) yorumunda B.K.nun 18. maddesine başvurulabileceği genellikle kabul edilmektedir (Rasih Yeğengil, 1974: a.g.e, sh. 141). Oysa olayda uyuşmazlık tahkim şartının yorumundan değil, hakem seçimi (Hakem mukavelesi) hususundan çıkmaktadır. Davacı, taraflarca seçilen hakemin (a) olduğunu iddia ederken, davalı (b) yi hakem seçtiklerini savunmaktadır. Hakem seçiminde, sözleşmelerin yorumunda olduğu gibi, geniş yoruma gitme olanağının mevcut olmadığının kabulü gerekir. Bu mahalde hem (a), hem de (b) mevcut ise sözleşmede hakem olarak (a)'nın açıkça gösterilmesi karşısında, B.K.nun 18. maddesine dayanılarak, (a) nın değil (b) nin hakem olarak seçilmiş sayılacağına karar verilemez. Örneğin, Yargıtay Başkanı'nın hakem olamadığı fakat Danıştay Başkanı'nın hakem olabildiği biran için kabul edilse, taraflar sözleşmede hakem olarak Yargıtay Başkanı'nı göstermiş olsalar, sonradan "Yargıtay Başkanı hakem olamıyormuş, o halde bizim kastımız Danıştay Başkanı olmalıdır" diyemezler. Olayda durum aynıdır. Paris'te hem Paris Ticaret (ve Sanayi) Odası, hem de "Uluslararası Ticaret Odası" mevcuttur. Taraflar tahkim şartı içerisinde hakem olarak "Paris Ticaret Odasını" açıkça göstermişlerdir. Burada*

[58] Anılan hüküm, 6098 sayılı Kanun'dan evvel yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin yorumuna ilişkin 18. maddesi 1. fıkrası şöyledir: *"Bir akdin şekil ve şartlarını tayininde, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmıyarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır."* Yeni hüküm eskisinin neredeyse aynısı olup, sadece günümüz Türkçesi'yle ifadesidir.

B.K.nun 18. Maddesindeki yorumu gerektiren bir durum yoktur. Seçilen hakem açıkça belirtilmiştir. Paris Ticaret Odası ise hakemlik yapamayacağını bildirmiştir. Bu durumda sözleşmede belli edilen hakem, hakemlik yapamayacağına göre tahkim şartı da düşmüştür. Ve uyuşmazlığın mahkemede halli gerekir. Paris Ticaret Odası hakemlik yapamıyormuş, o halde tarafların Paris'te bulunan Uluslararası Ticaret Odası yapabilir veya yapmalıdır, sonucuna yorum ile gidilemez.

Davalının Paris Ticaret Odasına başvurması ve oradan menfi cevap alması davalının lehine değil aleyhinedir. Çünkü anlaşılmaktadır ki, Paris Ticaret Odası hakemliği kabul etse idi hakem o olacak, uluslararası ticaret odasının hakemliğinden hiç bahsedilmeyecekti. Sözleşme ile seçilen hakemin hakemliği kabul etmemesi ise hakemin değişmesi değil, hakem şartının ortadan kalması şartını doğurur." gerekçeleriyle mahkeme kararının bozulması gerektiği kanaatiyle çoğunluk görüşüne karşı oldukları ifade edilmiştir.

Öte yandan sözleşmenin yapıldığı zamanki hal ve şartlar ise yardımcı unsur olarak değerlendirilmelidir (Yeğengil, 1974: s. 141). TBK'nun anılan hükmü tüm sözleşmelerin yorumlanmasında hüküm ifade etmekte olduğundan, bu hüküm, tahkim sözleşmelerinde yoruma ihtiyaç duyulması halinde de uygulanacaktır (Yeğengil, 1974: s. 140. Aynı yönde bkz. Özel, 2008: s. 86). *"Esasen tahkim sözleşmesi kuruluşu itibariyle bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olduğundan, Borçlar Hukuku sözleşmelerine özgü yorum ilkesinin bu sözleşmede de uygulanması doğaldır."* (bkz. Dayınlarlı, 2004: s. 38).

Ancak irade açıklamalarının iyi niyetle ve gerek sözleşmenin yapıldığı sırada gerekse sonrasındaki taraf davranışları dikkate alınarak yorumlanması gerekmektedir. Özellikle, tarafların aralarındaki uyuşmazlık için devletin mahkemeleri yerine tahkime gitmeleri hususunda yaptıkları bu anlaşmaların dar yorumlanarak, uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde görülmesini sağlamaya yönelik tutumlarının geride kaldığı, günümüz anlayışının tahkime bakışının farklılaşması nedeniyle tarafların tahkime gitme iradelerinin daha geniş bir yorumla ele alındığı ve tahkim sözleşmelerin geçerliliği yönünde hükümler verildiği ifade edilmektedir (bu düşünce için bkz. Özel, 2008: s. 86). Zira tahkim sözleşmesinin genel yargıya bir istisna getirmesi, sözleşmenin niteliğine ilişkin yorumda titiz davranılmasını haklı

çıkarmakla birlikte, tahkim usulünü tercih etmiş tarafların bu iradeleri ortaya çıktıktan sonra, artık tahkim sözleşmesinin kapsamını belirlerken genel yorum kurallarını uygulamayı haklı gösterecek bir sebep de bulunmamaktadır.(Yeğengil, 1974: s. 142). Belirli ilişkilerden doğacak uyuşmazlıklar hakkında düzenlenen bir tahkim şartı, buradaki bazı ilişkiler için özel olarak tayin edilmemiş ise, bu şartın konusuna o hukuki ilişkiden doğacak her çeşit uyuşmazlığın girdiği düşünülmelidir. Örneğin; bir şirket sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıkların çözümü için yetkili kılınan hakemler, şayet sözleşmede aksine açık bir hüküm bulunmuyorsa, şirketin fesih ve tasfiyesi ile ilgili uyuşmazlıkları çözebilmelidirler (bkz. Yeğengil, 1974: s. 142).

Milletlerarası nitelikteki tahkim sözleşmeleri için bu düşünce doğru kabul edilebilirken, milli nitelikteki tahkim sözleşmelerinde, özellikle tarafların sözleşmede kullandıkları tahkime gitme hususundaki iradelerini gösteren tabir ve ifadelerinin açık ve kesin olması gerektiği hususunun daha dar yorumlandığı anlaşılmaktadır. Şayet sözleşmede kullanılan tabir ve ifadeler, tarafların bir tahkim sözleşmesi yapmak hususundaki iradelerinin tayininde şüphe ve tereddütlere yer verecek nitelikte iseler, dar yorum sonucu olarak böyle bir sözleşmenin tahkim sözleşmesi olarak kabul etmemek gerekecektir (Yeğengil, 1974: s. 141). *"Taraflar arasındaki düzenlenen 21.12.1984 tarihli fesih protokolünde yer alan "inşaatın taahhüt altındaki kısmının bitimi İnşaat Yüksek Mühendisi Kemal Ayrancı'nın raporu ile kesinlik kazanacaktır ve inşaat 15.02.1985 tarihine kadar ikmal edilmezse, gene İnşaat Yüksek Mühendisi Kemal Ayrancı tarafından 1983 yılı rayici ile değerlendirilip o ayın ödemesinden tenzil edilecektir" hükmü bir tahkim şartı niteliğinde olmadığı halde, mahkemece bu hükme yanlış anlam verilerek uyuşmazlığın hakem marifetiyle çözümlenmesi gerektiğinin kabulü doğru görülmemiştir. Bu durumda işin esasına girilerek iddia ve savunma çerçevesinde kanıtlar toplanarak sonucuna göre hüküm verilmesi gerekir." (*Yargıtay 15. HD.'nin 17.02.1987 tarih ve 1683-565 sayılı kararı için bkz. Ertekin Karataş, 1997: s. 98 ve ayrıca bkz. Karadaş, 2013: s. 86, dn. 105'den naklen).

Öte yandan, milletlerarası nitelikteki tahkim sözleşmeleri bakımından ortaya çıkan diğer bir sorun, tahkim sözleşmesinin yorumunda hangi hukukun uygulanacağıdır. Bu sorunun cevabında iki yaklaşım kendini göstermektedir.

Bunlardan biri, tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk iken, diğeri otonom bir yaklaşımı ortaya koymaktadır (bkz. Özel, 2008: s. 87). Karşılaştırmalı hukukta, Fransız hukukunun herhangi bir ulusal hukuka atıf yapmadan doğrudan taraf iradelerinin milletlerarası ilkeler ışığında yorumunun tercih edildiği, ancak çoğunluğun tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun sözleşmenin yorumuna da uygulanacağını tercih ettiği belirtilmiştir (bkz. Özel, 2008: s. 89; Amerika, Avusturya, İngiltere, ile Avrupa'nın önde gelen hukuk sistemlerindeki yaklaşımlar için ayrıca bkz. Özel, 2008: s. 87-89). Hukukumuzda bu sorunun cevabını açıkça verebileceğimiz bir hüküm bulunmaması nedeniyle, sözleşmenin yorumumun vasıflandırılması ve buna göre uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin yorumu ehliyet veya şekil meselesi olmayıp, bilakis taraf iradelerinin varlığı, bu iradelerin örtüşüp örtüşmemesi ve sözleşmenin kapsamına giren hususlardaki yorum meselesi sözleşmenin geçerliliği ile ilgilidir. Bu bakımdan tahkim sözleşmesinin yorumu da, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre yapılmalıdır (Özel, 2008: s. 89).

İşte bu hususta, MTK'nın 4. maddesi 3. fıkrası ile bir düzenleme yapılmıştır. Anılan fıkra, *"Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir."* şeklindeki hükmü ile, tahkim sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti için taraf iradelerine öncelik vermiş, ancak tarafların bu iradeyi kullanmamaları durumunda, Türk hukukunun uygulanacağını belirtmiştir. Buradaki Türk hukukundan maksat ise, Türk maddi hukukudur (Özel, 2008: s. 89). Böylece öncelikle, TBK'nun m. 19/ f. 1'deki düzenleme bize yol gösterecektir. Ayrıca Yargıtay uygulamasında taraf iradelerinin yorumunda özellikle Medeni Kanun'un m. 2'deki dürüstlük kuralına da büyük önem atfedildiği ifade edilmektedir (Özel, 2008: s. 89; Şanlı, 2013: s. 304 vd.).

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU VE HÜKÜMLERİ

7. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ ŞARTLARI

7.1. Genel Olarak

Tahkim sözleşmesi niteliği itibariyle usul hukuku sözleşmesi olmakla birlikte, aynı zamanda borçlar hukukunun sözleşmelerle ilgili kurallarına göre kurulur. Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin yer aldığı milli mevzuat veya milletlerarası sözleşme veya tahkim merkezi kurallarında öngörülen bir kısım şartları taşıması halinde (geçerli) olarak kurulabilir ve buna istinaden bir tahkim yargılamasına gidilebilmesi, hatta verilen hakem kararının geçersiz (veya yok hükmünde) bir tahkim sözleşmesine dayanması sebebiyle iptal edilmemesi için; hem tahkime ilişkin mevzuattaki ek (özel) şartların varlığı hem de borçlar hukuku ve medeni hukuktaki şartların varlığı aranacaktır (karş. Kuru, 2001: s. 5944; Ertekin, Karataş, 1997: s. 58; Yavuz, 2009: 148-149).

Bu şartların neler olabileceği hususunda öncelikle HMK'nın m. 412/ f. 1 ve MTK m. 4/f. 1, c. 1 hükmü fikir verecektir. Örneğin; HMK'nın anılan hükmüne göre, *"Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır."* Söz konusu hüküm, MTK m. 4/f. 1, c. 1'de ise; *"Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır."* şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca, her iki kanunun aynı maddelerin devam eden fıkralarında "*Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır."* hükmü de yer almaktadır.

Söz konusu hükümler birlikte ele alındığında, tahkim sözleşmesinin kurulabilmesi için, öncelikle taraflar arasında bir hukuki ilişkinin varlığının gerektiği

anlaşılacaktır. Daha sonra bu hukuki ilişkiye dayanan (doğmuş veya doğması muhtemel) bir uyuşmazlık bulunmalı ve son olarak bu uyuşmazlığın tahkime götürülmesi hususunda tarafların bir irade ortaya koymaları gerekecektir. Ayrıca taraflar, bu iradelerini yazılı olarak göstermelidirler.

Bu şartlar, usul hukuku veya sadece tahkime ilişkin ulusal mevzuatımızdaki düzenlemelerden anlaşılan özel (ek) şartlardır. Öte yandan UNCITRAL Model Kanunu'nun m. 7/f. 1 hükmü, New York Sözleşmesinin m. 2/ f. 1 hükmü de zaten benzer düzenlemelere sahiptir. Bunların yanında tüm sözleşmeler gibi tahkim sözleşmelerinin kurulmasında aranacak bir kısım şartlar da vardır ki, temel olarak borçlar hukukundan ve medeni hukuktan kaynağını alan bu şartlar ise genel şartlar niteliğindedir.

Burada öncelikle, özel şartlar ayrıntılı olarak incelenecek, borçlar hukukundan ve medeni hukuktan kaynaklanan şartlar ise kısaca saymakla yetinilecektir.

7.2. Tahkim Mevzuatı Bakımından Aranan Şartlar

7.2.1. Taraflar Arasında (Mevcut) Bir Hukuki İlişkinin Varlığı

HMK m. 412/f. 1; *"tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı **bir hukuki ilişkiden** doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların ... yaptıkları anlaşmadır."* şeklinde hüküm getirirken, MTK m. 4/ f.1'de ise *"tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın **aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden** doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların ... yaptıkları anlaşmadır"* şeklinde düzenlenmiştir.

Her iki hükümden de anlaşıldığı üzere, tahkim sözleşmesi yapılabilmesi için öncelikle taraflar arasında, *"bir hukuki ilişkinin"* varlığına ihtiyaç bulunmakta, buna karşılık hakem/ hakem heyetince karar verilmesi istenen "*uyuşmazlığın"* tahkim sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olması şartı aranmamaktadır (Üstündağ, 2009: s. 937). Başka bir ifade ile, uyuşmazlık henüz doğmamış olsa bile, hukuki ilişkinin doğmuş olması gerekir (Erkan, 2013 (a): s. 48). Zira tahkim sözleşmesi sadece hukuk

dünyasında mevcut olan hukuki ilişkiler için yapılabilir (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 48). Bu hukuki ilişki ise sözleşme veya sözleşme dışı nitelikte olabilecektir. Burada önemli olan mevcut veya ileride doğacak olan taleplerin bu hukuki ilişkiden kaynaklı uyuşmazlıklara dayanmasıdır (bkz. Schilken, 2014: s. 393, kn. 845; Zimmermann, 2007, m. 1029, kn. 1). Bunun için, somut bir tahkim sözleşmesi ve buna bağlı olarak hakem mahkemesinin yetkisinin neye dayandığının anlaşılması bakımından bu hukuki ilişkinin nesnel olarak belirlenebilir olması gereklidir (Bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1324, kn. 5; aynı yönde bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 255, kn. 805; Gottwald, 2005: s. 285, kn. 12). Bu ilişkinin belirli olup olmadığı, tahkim sözleşmesinin yapıldığı sıradaki tarafların istekleri ve tarafların daha sonraki davranışları vasıtasıyla genel ilkelere dayanan yorumlarla tespit edilmeye çalışılabilir (bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1324, kn. 6). Bu bakımdan hukuki ilişkinin belirliliği her somut olaya göre ayrı değerlendirilecek ve tam alarak ismen zikredilmese de bu ilişkinin ne olduğunun anlaşılmasını sağlayacak ifadelerin bulunması yeterli olacaktır (bkz. Gottwald, 2005: s. 285, kn. 12).

Zaten tahkim sözleşmesi asıl sözleşmenin içinde bir tahkim şartı olarak, gelecekte doğması muhtemel uyuşmazlıkların hakemde çözülmesi için yapılmaktadır. Ancak, tahkim sözleşmesinin yapılmasını sadece tahkim şartı yoluna indirgemediğimizi ve bir uyuşmazlık doğduktan sonra tahkim sözleşmesi yapılması halinde, müstakil yapılmasının bekleneceğini de belirtmek isteriz.

Dolayısıyla, asıl sözleşme henüz yapılırken, yani taraflar arasında bir hukuki ilişki kurulurken, taraflar arasındaki somut bir uyuşmazlığa istinaden tahkim şartı konulması bu aşamada pek beklenemez (Erkan, 2013 (a): s. 48). Hatta belki gelecekte taraflar arasında hiçbir ihtilaf dahi doğmayabilir. Şayet taraflar arasındaki uyuşmazlığın mevcut olması şart kılınmış olsaydı, uyuşmazlık doğmadıkça tahkim sözleşmesi de yapılamayacak demekti. Oysaki yukarıda aktarılan kanun hükümlerinden de açıkça anlaşılacağı üzere, burada aranan taraflar arasında mevcut bir uyuşmazlığın varlığı değil, hukuki ilişkinin varlığıdır. Zira taraflar arasındaki uyuşmazlığın varlığı, tahkim sözleşmesi yapmak için değil, yapılmış bir tahkim sözleşmesine istinaden tahkim yargılamasını başlatabilmek için gereklidir (karş. Erkan, 2013 (a): s. 48). Çünkü taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmadan, ne devlet mahkemelerine gidilebilir, ne de tahkime başvurulabilir. Öte yandan taraflar

arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmuyorsa, uyuşmazlık çıkmasını beklemek de makul olmayacaktır. Dolayısıyla, geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedebilmek için, sadece taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığı aranacak, ancak bundan doğmuş veya ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkların belirtilmiş olması yeterli olacaktır (Şanlı, 2002: s. 774; Erkan, 2013 (a): s. 48). Nitekim bütün bunlardan çıkartılacak sonuç da, kanunlardaki bu düzenlemeyi destekler niteliktedir. MTK'nın m. 4/ f. 4'deki "*Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz."* hükmünde de, tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamayacağı da düzenlenmiştir. Bu hüküm, ilk bakışta mevcut olmayan bir ilişki hakkında tahkim şartı düzenlenebileceği izlenimini uyandırmaktaysa da, aslında söz konusu hüküm mevcut olmayan bir hukuki ilişki değil, henüz doğmamış bir uyuşmazlık hakkındadır (bkz. Akıncı, 2013: s. 109, dn. 197). Dolayısıyla, tahkim şartının henüz mevcut bulunmayan bir hukuki ilişki hakkında olduğu itirazında bulunulabilmesi mümkündür.

Bu bakımdan, MTK hükmünde geçen ***"mevcut"*** ibaresinin, taraflar arasında tahkim sözleşmesinin kurulduğu sıradaki hukuki ilişkinin var olması gerektiğini ifade etmek için daha açık olduğu belirtilmelidir. Ancak MTK'da geçen bu ibare doktrinde Kalpsüz tarafından, aslına uygun olmadığı ve yanlış anlamaya sebep olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Yazar, anılan hükmün mehazı yani kaynağını *"teşkil eden UNCITRAL Model Kanunu'nun 7. maddesinin (1). bendinde "in respect of a defined legal relationship" (tarif edilmiş bir hukuki ilişkiyle ilgili olarak) denmiştir"* ifadesiyle farklı olduğunu ortaya koymaktadır (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1029). Zira yazar, tahkim yolu ile çözülecek uyuşmazlığın kendisinden doğduğu hukuki ilişkinin anlaşmanın yapıldığı sırada mevcut olmasının gerekli olmadığını, gelecekte doğması muhtemel veya düşünülmüş (planlanmış) olması, tahkim sözleşmesinin yapıldığı sırada, sonradan teşhisine imkân verecek şekilde belirlenmiş bulunmasının yeterli olacağını ifade etmektedir (Kalpsüz, 2003: s. 1029). Yazara göre, örneğin; bu hususun tahkim sözleşmesinin *"Güney Afrika menşeli taş kömürünün Port Elisabeth'den Ereğli/Uzunkum iskelesine taşınması maksadı ile akdedilecek navlun mukavelesinden doğacak ihtilaflar"* gibi bir şartla kararlaştırılmış olması halinde söz

konusu olur ve hukuki ilişki henüz ortaya çıkmamış olsa bile, bu şekilde tahkim sözleşmesinin kararlaştırılması geçerlidir (bkz Kalpsüz, 2003: s. 1029).

MTK'dan önce de aynı hususta Yeğengil, benzer bir görüşü ortaya koymuştur. Yazar hukuki ilişki henüz kurulmamış olmakla birlikte, bu muhtemel ilişki önceden tayin edilebilirse, böyle bir ilişkiden doğabilecek uyuşmazlığın tahkim şartına konu olmasına bir engel bulunmadığını; ancak kurulacak hukuki ilişkinin konusunun müşahhas şekilde tayin edilmesi lazım geldiğini ifade etmektedir. Ayrıca yazar, muhtemel fakat muayyen olan bir uyuşmazlık hakkında tahkim şartının geçerli olmasının sebebinin, uyuşmazlığın önceden tayin edilmesinin mümkün olmasından ileri geldiğini, bundan dolayı da hukuki ilişkinin muhtemel fakat muayyen olması ondan doğması muhtemel uyuşmazlığın da muayyen olduğunu gösterir demektedir (bkz. Yeğengil, 1974: s. 138).

Ancak kanaatimizce bu görüş, MTK'nın anılan hükmündeki açık düzenleme karşısında bir temenniden ibarettir. Öte yandan yazarın *"aslına uygun olmama"* ifadesi, MTK'nın anılan hükmünün, UNCITRAL Model Kanunu'nun m. 7/ f. 1'in sadece bir tercümesi olarak değerlendirilmesinden kaynaklandığını düşündürmektedir. UNCITRAL Model Kanun, milletlerarası tahkime ilişkin hukuki düzenlemeler için devletlere model olmak üzere yapılmış bir çerçeve düzenleme olarak kabul edilir. Dolayısıyla bu Model Kanun'daki düzenlemeler, bu kanunu esas alarak mevzuat oluşturmak isteyen devletler için sadece bir örnek teşkil edecek olup, devletlerin tesis edeceği hükümlerin Model Kanunun hükümlerinin birebir tercüme edilmesi şartı bulunmaz. Ayrıca *"mevcut bir hukuki ilişki"* ibaresinin yanlış anlamadan ziyade, ileride bir maddi hukuk sözleşmesi kurmak isteyen tarafların, asıl sözleşme yapılmadan önce, henüz kurulmamış bir hukuki ilişki hakkında önceden tahkim sözleşmesi yapmasını sınırlandırması düşünülebilir. Ayrıca, aksi görüşün kabulü halinde, şayet asıl sözleşme yapıldığı zaman, asıl sözleşmede tahkim şartı bulunmuyorsa, bunun, tarafların tahkimden vazgeçtikleri şeklinde mi, yoksa asıl sözleşmeden daha önce zaten tahkime ilişkin bir şart olduğu için, o şart geçerlidir şeklinde mi anlaşılması gerekeceği ise tespit edilmesi gereken ayrı bir sorun olarak ortaya çıkacaktır.

Geçerli bir tahkim sözleşmesi için, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığı aranacak, ancak bundan doğmuş veya ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkların sadece belirtilmiş olması yeterli sayılacaktır. Ayrıca hukuki ilişkinin varlığından maksat ise, bu ilişkinin aynı zamanda belirli olmasıdır.

Bu hususta doktrinde Kuru, tarafların ancak belirli bir uyuşmazlıkla ilgili olarak tahkim sözleşmesi yapabileceğini ve tarafların tahkim sözleşmesini yaparken hangi hukuki ilişkiden doğmuş veya doğacak olan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğini bilmeleri halinde uyuşmazlığın belirli sayılacağını ifade etmektedir (Kuru, 2001: s. 4009).

Öte yandan Üstündağ ise, tahkim şartının geçerliliğinin, belirli bir hukuki ilişkiden çıkacak uyuşmazlıklara ilişkin olmasına bağlı olduğuna; ancak tarafların aralarında çıkacak bütün uyuşmazlıklar için tahkime gidileceği hususunda yapacakları sözleşmenin belli bir uyuşmazlığa ilişkin olmaması sebebiyle geçersiz olacağına vurgu yapmaktadır (Üstündağ, 2009: s. 937. Aynı yönde bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 51-52; Atlıhan, 2010: s. 954).

Örneğin; "bundan sonra aramızda yapacağımız tüm satım (kira, istisna vb.) sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözüme kavuşturulacaktır" şeklindeki bir tahkim şartı geçerli olmayacaktır (aynı yönde bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 787). Zira örnekteki "bundan sonra" tabirinden, taraflar arasında henüz mevcut olmayan bir (satım, kira, istisna vb.) sözleşme için tahkim şartı kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır (karş. Kalpsüz, 1996: s. 348; Akıncı, 2013: s. 109-110; Akıncı, 2005: s. 147; Dayınlarlı, 1996: s. 394; Dayınlarlı, 2004: s. 34).

Yargıtay 11. HD.'nin 23.01.1996 tarihli ve E. 1995/7718, K. 1996/186 sayılı kararında *"... 23.7.1992 tarihli sözleşmenin 18. maddesi; sadece bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için değil, taraflar arasında sulh yolu ile çözümlenmeyen tüm ihtilafların hakem mahkemesinde görüleceğini hükme bağlamıştır. Bu durumda mahkemece tarafların tüm ticari ilişkilerinin hakem mahkemesinde çözülmesi gerektiğinin kabulü ile davanın bu yönden tamamen reddine karar verilmesi gerekirken..."* şeklindeki ifadeliyle, taraflar arasındaki ticari ilişkiyi tahkim

sözleşmesinin geçerliliği ve kapsamı bakımından "belirli" olarak görmüştür (karar için bkz. Erdemir, s. 1925-1926).

Ancak bu kararın, gerek MTK gerekse daha yeni tarihli HMK'nın yukarıya aktarılan tahkim sözleşmesinin tanımına ilişkin yukarıda yer verilen ve "(mevcut) bir hukuki ilişki" şartının yer aldığı hükümlerinden önceki bir tarihte verildiği ve asıl sözleşmenin kapsamı dışında kalan ihtilafları da kapsayacak suretle geniş bir yoruma dayanarak verilen bu kararın yanlış olduğu kanaatindeyim. Bir başka geçersizlik ise, yapılacak tahkim sözleşmesinde (şartında) belirli veya birkaç hukuki ilişkiye atıf yapılmadan "bundan sonra aramızda çıkacak bütün uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenecektir" şeklindeki bir hüküm konulması halinde ortaya çıkacaktır ki, bu halde, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin hiç belirlenmediği anlaşılmaktadır (Kuru, 2001: 5954; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 783; Üstündağ, 2009: s. 937; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 602; Ertekin, Karataş, 1997: s. 64; Karslı, 2012: s. 911; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: 2008: s. 15; Yavuz, 2009: s. 160; Erkan, 2013 (a): s. 48; Dayınlarlı, 2004: s. 34; Ansay, 1960: s. 402; Bilge, Önen, 1978: s. 749; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1073; Tanrıver, 2000: s. 135; Nomer, 1965: s. 504; Özbay, Korucu, 2016: s. 9). Çünkü, belirlilik ilkesi esas alınmadan genel nitelikteki bir tahkim sözleşmesi, tahkimin niteliğine uygun olmadığından geçersiz olacaktır (bkz. Özbay, Korucu, 2016: s. 9). Keza "aramızdaki ticari ilişkiden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar hakemler yoluyla çözülecektir" şeklindeki hükümde, hukuki ilişki belli olmadığından tahkime sözleşmesi hükümsüz olacaktır (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 255, kn. 805).

Örneğin; Yargıtay 5. HD.'nin 23.01.1989 tarih ve E. 1988/9902, K. 1989/831 sayılı kararında; *"... Yönetim planına konulan tahkim koşulu, ileride çıkacak bütün çekişmeleri kapsamaktadır. Oysa tahkimin belli çekişmeleri kapsaması, başka bir anlatımla konusunun belli ve sınırlı olması gerekir. Dayanılan tahkim sözleşmesi bu koşulu taşımadığından hukuki bir sonuç doğurmaz..."* ifadeleriyle taraflar arasındaki hukuki ilişki ve uyuşmazlığın belirlenmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır (bkz. Yasa Dergisi, 1989/12, s. 1655-1656).

Tahkim yargılamasının devlet mahkemelerinde yapılan yargılama faaliyetine bir istisna teşkil etmesi ve özel bir yargılama faaliyeti olması nedeniyle, tahkim

yargılamasına gidecek tarafların hangi konulardaki uyuşmazlıkları hakeme götüreceklerini bilmeleri gerekir. Bu bakımdan taraflar, yaptıkları tahkim sözleşmesinde aralarında çıkacak tüm uyuşmazlıklar için tahkime gideceklerini kararlaştırırlarsa, bu tahkimi istisnai bir yol olmaktan çıkararak genel nitelikli bir yargılama faaliyeti haline getireceğinden sonuç doğurmayacaktır (Akıncı, s. 110; Yavuz, 2009: s. 160; Ertekin, Karataş, 1997: s. 63). Öte yandan, taraflar arasındaki hukuki ilişki belirlenmek kaydıyla, bu ilişkiden doğacak tüm ihtilafların tahkim sözleşmesine konu olması ise mümkündür (Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 602; karş. Bilge, 1965: s. 648; Dayınlarlı, 2004: s. 34).

Tahkim sözleşmesinin kurulması ve geçerliliği için, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin mevcut ve belirli olmasının öneminin yanında, uyuşmazlıklardan hangilerinin tahkim yolu ile çözümleneceğine ilişkin ifadelerin tahkim sözleşmesine açıkça konulması da ayrı bir öneme sahip olup, bu önem kendini, hem tahkim sözleşmesinin kapsamının belirlenmesi, hem de hakemlerin yetkilerinin sınırının tespiti açısından göstermektedir (Yeğengil, 1974: s. 139; Koral, 1947 (a): s. 40; Ertekin, Karataş, 1997: s. 65; Yener, 2015: s. 141-142). Şöyle ki, tahkim sözleşmesinde tahkime hangi konularda müracaat edileceğinin belirtilmesi, bu konular dışında çıkan uyuşmazlıklarda mahkemeye gidilmesi gerektiği sonucuna varmamızı sağlayacaktır. Bu bakımdan tahkim sözleşmesi, mevcut bir hukuki ilişkiye dayalı olarak yapılmış, ancak ayrıca tahkime gidilecek konular açısından bir belirleme (sınırlama) yapmamışlarsa; tarafların söz konusu hukuki ilişkiden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini amaçladıkları kabul edilecektir (Yeğengil, 1974: s. 142; Yener, 2015: YL- Tez, s. 142. Karş. Bilge, 1965: s. 648).

Örneğin; Yargıtay HGK'nun 12.1.1966 tarihli ve E. 1966/428, K. 1966/6 sayılı kararında "… *Taraflar arasında 27.2.1957 tarihinde yapılan kollektif ortaklık sözleşmesinin 11 inci maddesinde "İhtilaflar: Şerikler arasında şirket muamelatından doğabilecek bilcümle ihtilaflar hakem yoluyla halledilecektir." hükmü yer almıştır. Sözleşmenin yapıldığı tarihten önce, 1.1.1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 sayılı Türk Ticaret Yasasının kollektif ortaklıkla ilgili 153/242 nci maddelerinde sözleşmenin anılan hükmünü önleyici ve bu yönün aksini emredici anlama gelen bir hüküm bulunmamaktadır. Bazı hallerde tahkim yoluna*

gidilebileceği de öngörülmüştür. Örneğin: İdare işlerinin şümulüne ilişkin 165, temsile ilişkin 219 uncu maddelerde olduğu gibi 155 inci maddenin son fıkrasında "Ortaklar emredici hükümlere aykırı şirket mukavelesinde şirket mevzuunun hudutlarının açıkça gösterilmiş olması şarttır."denilmiş olmasından da ortakların emredici hükümlere aykırı olmayan kayıtları sözleşmeye koyabilecekleri anlaşılmaktadır. Görülüyor ki, ortaklar arasında ortaklık işlemlerinden doğabilecek bütün uyuşmazlıklarda hakeme başvurulmasını kapsayan sözleşme hükmü Türk Ticaret Yasasının kollektif ortaklıkla ilgili hükümlerine aykırı sayılamaz. Ancak sözleşmede kayıt bulunmadığı halde ortaklardan birisinin hakem atanması isteğinde bulunması veya emredici hükümlerin yer vermediği bir konuda hakeme gidilmek istenmesi durumlarında bu istekler göz önünde tutulamaz. Kaldı ki atanan hakemlerin, yapacakları işler, yasanın emredici hükümleriyle sınırlıdır ..." şeklindeki tespitleriyle tahkim sözleşmesinde hukuki ilişkinin tayini, ancak uyuşmazlıkların ayrıca belirlenmemiş olması halinde, kanunun izin verdiği her hususta tahkime başvurulacağını ve hakemlerin de aynı çerçevede karar verebileceği ifade edilmektedir (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 65, dn. 71; ayrıca bkz. ABD, 1966/2, s. 337).

Tahkim sözleşmesi, hukuki ilişki belirlenmek şartıyla, belli bir süre için yapılmış olması halinde de geçerli olarak kabul edilmektedir (Üstündağ, 2009: s. 938; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, s. 602). Örneğin; *"navlun sözleşmelerine "taraflardan birinin boşaltmanın tamamlanmasını izleyen 6 aylık süreden sonra ileri süreceği her türlü talep yahut tahkim hükümsüz addedilecektir."* (bkz. Üstündağ, 2009: s. 938; bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Üstündağ, 1995: s. 341 vd.).

Sonuç olarak, geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedebilmek için sadece hukuki uyuşmazlığın değil, hukuki uyuşmazlığın kaynağını oluşturacak hukuki ilişkinin varlığı (ve belirlenebilir olması) gerekmektedir (Tanrıver, 2000: s. 135; Erkan, 2013 (a): s. 48).

7.2.2. Taraflar Arasında (Belirli veya Belirlenebilir) Bir Uyuşmazlığın Olması

Haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin, bu iddianın tespiti ve ihlalin önlenmesi yahut tazmini için başvuracakları merci devletin yargı erkini eliyle kullandığı mahkemelerdir. Bu bakımdan, kişiler arasında doğmuş veya doğması muhtemel uyuşmazlıkların çözümü için kural olarak mahkemelere başvurulur. Ancak, devlete ait bu yargı yetkisinin kanunların izin verdiği konularda (tahkime elverişlilik halinde) tarafların anlaşmaları ile mahkeme yerine üçüncü kişi veya kişilerce kullanılması söz konusu olabilir. Bunun için taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığına ihtiyaç vardır (Karş. Akıncı, 2013: s. 111. Bu hususta ayrıca bkz. yukarıya "Giriş" başlığına). Tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartlarından birisi de, taraflar arasındaki uyuşmazlığın belirli (veya belirlenebilir) olması ve taraflar arasında doğan veya doğacak uyuşmazlığın bu ilişkiden kaynaklanmasıdır (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 787).

Ancak, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunması tahkime başvurmak için de yeterli değildir. Zira nasıl mahkemeye başvuracakken kişiler arasında (bir sözleşmede tarafları arasında) bir uyuşmazlık, çekişme veya ihtilaf bulunması gerekiyorsa; tahkime başvurmak için de, asıl sözleşmenin tarafları arasında bir uyuşmazlık bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla, şayet taraflar arasında yargılama konusu olacak bir uyuşmazlık bulunmuyorsa tahkimden de söz edilemeyecektir (karş. Akıncı, 2013: s. 111; Yener, 2015: s. 153). *"Onun için, çözümlenmesi taraflar için yarar sağlamayan veya müşterek bahis ve yarışma gibi mücerret nitelik taşıyan ihtilaflar tahkime konu olmaz."* (bkz. Yeğengil, 1974: s. 137; aynı yönde bkz. Akıncı, 2013: s. 111; Karadaş, 2013: s. 70).

Zira HMK'nın tahkim sözleşmesini tanımlayan m. 412/f. 1'de yer alan " ... *doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının ...."* ve MTK'nın m. 4/ f. 1'deki *"... doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının ..."* ifadeleri, taraflar arasında yapılacak tahkim sözleşmesinde, tahkim yoluyla çözümlenmesini arzu ettikleri uyuşmazlığın (tamamı veya bir kısmının) gösterilmesini şart koşmaktadır.

Şayet taraflar arasındaki uyuşmazlık (çelişme, ihtilaf), taraflar arasında daha evvelden mevcut bir hukuki ilişkinin yürütülmesinden doğmuş ve bu uyuşmazlık üzerine taraflar tahkim sözleşmesi yapmak istemişlerse (ki; bu halde çoğunlukla müstakil bir tahkim sözleşmesi yapılır), bu durumda taraflar arasında zaten hem bir hukuki ilişki mevcuttur, hem de somut bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Dolayısıyla bu şekilde yapılan bir (müstakil) tahkim sözleşmesinde, tahkim sözleşmesi kurulması için aranan hem hukuki ilişki hem de uyuşmazlığın mevcudiyeti (ve belirliliği) sağlanmış olacaktır. Öte yandan taraflar, mevcut uyuşmazlığın tamamını değil, sadece bir kısmını tahkime götürmek isteyebilirler (Akıncı, 2013: s. 111; Karslı, 2012: s. 911; Muşul, 2012: s. 652; Erkan, 2013 (a): s. 46-47; Kılıçoğlu, 2012: s. 1459). Bu durumda kalan kısım için dava açılabilecektir (bkz. Muşul, 2012: s. 652).

Ancak bu tür tahkim sözleşmeleri, özellikle uyuşmazlığın karmaşık olduğu hallerde, hele bir de uyuşmazlığın çözümü için ihtiyaç duyulan bazı hususlar tahkim sözleşmesinin kapsamı dışında kalmışsa, hakem heyetinin işini zorlaştırmakta ve çözümü de güçleştirmektedir (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 47). Bu durumda, hangi konuların çekişmeli olduğunu kendileri belirleyecekler ve bunun da tahkim sözleşmesine geçirilmesi bir zorluk doğurmayacaktır. Şayet taraflar birden çok konuda uyuşmazlık halindeyseler, bunlardan hangilerini tahkime götürmek istiyorlarsa sözleşmede muhakkak göstermeleri gerekir, aksi halde ayrıma gidilmeksizin uyuşmazlığın bir kısmı değil tamamının tahkime konu edilebileceği kabul edilir (karş. Akıncı, 2013: s. 111). Sonuç olarak, tahkim sözleşmesinin uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapıldığı hallerde, uyuşmazlığın tümü veya bir kısmının taraflarca tahkime götürüleceği hususundaki iradeleri, mevcut uyuşmazlığı ayrıca belirli kılacaktır. Zira tahkim sözleşmesi ancak belirli bir uyuşmazlık hakkında yapılır. Taraflar, hangi uyuşmazlıklar hakkında tahkim sözleşmesini imzaladıklarını bilmelidirler (Kuru, 2001: s. 5953; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 783. Karş. Karslı, 2012: s. 911; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1073).

Buna karşılık, taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi, hukuki ilişkinin başlatılacağı sırada asıl sözleşmeye konulan bir şartla yapılmışsa, yani taraflar arasında bir tahkim şartı mevcutsa (ki; tahkim şartı genellikle asıl sözleşmenin içinde daha uyuşmazlık doğmadan evvel yapılır, zira uyuşmazlık çıktıktan sonra tahkim şartının asıl sözleşmeye eklenmesi pek rastlanan bir durum değildir), henüz

uyuşmazlık doğmadan kaleme alınan bu şartta, henüz doğmamış bir uyuşmazlığın "belirlenmesi" ve sözleşme metnine aktarılması mümkün değildir. Bu nedenle, tarafların aralarındaki asıl sözleşmeye koyacakları tahkim şartında, (doğması muhtemel) uyuşmazlığın ilişkin bulunduğu hukuki ilişkiyi belirtmeleri, uyuşmazlığı "belirli" kılmanın yanında geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulması için de yeterli kabul edilmelidir (karş. Akıncı, 2013: s. 111; Yener, 2015: s. 154; Helvacı, 2009: s. 184; Bolayır, 2009: s. 36-37). Bu bakımdan örneğin; *"aramızdaki işbu satış (kira, taşıma vb.) sözleşmesi kapsamında, ileride doğması muhtemel tüm uyuşmazlıklar için tahkime gidilecektir."* şeklindeki bir şartta, hem hukuki ilişkinin varlığı hem de uyuşmazlığın belirlenebilir olduğu kabul edilerek geçerli bir tahkim sözleşmesi kurulmuş olacaktır (Kuru, 2001: s. 5953; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 783; Karslı, 2012: s. 911; Tanrıver, 2000: s. 136; Muşul, 2012: s. 632; aynı yönde bkz. Gottwald, 2005: s. 285, kn. 13). Örneğin; kollektif şirket ortakları arasında ortaklık işlemlerinden doğabilecek bütün uyuşmazlıklar için tahkime gidileceği hakkındaki, kollektif şirket sözleşmesine konulmuş olan tahkim şartı geçerlidir (bkz. Yargıtay HGK'nun 12.11.1966 tarihli ve 428-6 sayılı kararı için Batider 1967/IV/2, s. 341-342).

Yargıtay yakın tarihli bir kararında; *"Mahkemece taraflar arasında imzalanmış sözleşmenin "anlaşmazlıkların çözümü" başlığı bölümünde "taraflar arasındaki iş bu sözleşme ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek her türlü ihtilaf, anlaşmazlık ve ihlaller, mümkün olduğunca sulh yoluyla çözülmeye çalışılacaktır. Sulh yoluyla çözüm bulunmaması halinde söz konusu anlaşmazlıklar yürürlükteki tahkim kanunları uyarınca İsveç'te çözümlenecektir…" hükmü düzenlenmiş olup, sözleşmede yer alan tahkim şartının usule uygun ve geçerli bir tahkim şartı olduğu ve taraflar arasındaki dava konusu uyuşmazlığın tahkimde çözümleneceği gerekçesiyle…"* şeklindeki ifadeleriyle, "hukuki ilişkiye atıf yapmak şartıyla, sözleşme kapsamındaki tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi hususundaki tahkim sözleşmesinin geçerli olduğu yönündeki yerel mahkeme kararının" onanmasına karar vermiştir (Kuru, 2001: s. 5953; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 783; Karslı, 2012: s. 911).

Örneğin; kollektif şirket ortakları arasında ortaklık işlemlerinden doğabilecek bütün uyuşmazlıklar için tahkime gidileceği hakkındaki, kollektif şirket sözleşmesine

konulmuş olan tahkim şartı geçerlidir (bkz. Yargıtay HGK'nun 12.11.1966 tarihli ve 428-6 sayılı kararı için BATIDER 1967/IV/2, s. 341-342).

Netice itibariyle, taraflar arasında süreye bağlı olmasın veya belirli süre için de doğmuş yahut ileride doğacak her türlü uyuşmazlık bakımından tahkime gidileceği hususundaki bir tahkim sözleşmesi (şartı) geçerli sayılamayacaktır (Bkz. Yeğengil, 1973: s. 137; Önen, 1979: s. 352; Balcı, 1999: s. 117, 123; Tanrıver, 2000: s. Helvacı, 2009: s. 184; Bolayır, 2005: s. 37; Muşul, 2012: s. 632).

7.2.3. (Karşılıklı) Açık ve Kesin Tahkim İradesinin Varlığı

MTK'nın m. 4/f. 1 'de *"... uyuşmazlıkların ... tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır."* şeklinde ifade edilen hükmü, HMK m 412/f. 1 hükmünde ise "*... uyuşmazlıkların ... çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır."* ifadesi ile yer almıştır. Her iki hükümden de anlaşılacağı üzere, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkime, başka bir ifadeyle hakem yahut hakem heyetine götürmek istedikleri hususundaki iradelerini ortaya koymaları gerekecektir.

Şayet, devlet mahkemelerine giden yolu kapatma etkisine sahip bir tahkim sözleşmesi, bu hususdaki iradeyi açıkça göstermiyorsa, var olmayacaktır (Alangoya, 2001: s. 136; Alangoya, Yıldırım,Deren Yıldırım, s. 602; Tanrıver, 2000: s. 135). Zira uyuşmazlıkların tahkim yolu ile (hakem veya hakem heyeti önünde) çözülmesi hususundaki tarafların birbirine uygun karşılıklı irade açıklaması, tahkim sözleşmesinin temel kurucu unsurudur (Ertekin, Karataş, 1997: s. 65; Akıncı, 2013: s. 99; Yener, 2015: s. 143). Bu bakımdan, geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedebilmek için de, tarafların bu sözleşmeyi kurmak hususunda ortaya koydukları iradelerinin, yazılı olarak yaptıkları sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek şekilde, açık ve kesin bir biçimde gösterilmesi ya da sözleşmeden anlaşılması gereklidir (bkz. ve karş. Berkin, 1969: s. 232; Kuru, 2001: s. 5954-5955; Akıncı, 2013: s. 99-100; Akıncı, 1996: s. 155-156; Üstündağ, 2009: s. 939; Alangoya, 2001: s. 137; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, s. 602; Yavuz, 2009: s. 150. Aynı yönde bkz. Tanrıver, 2000: s. 135; Tan Dehmen, 2005-2006: s. 457; Ertabak, 2009: s. 47-48). Şayet

tarafların tahkime gitmek hususundaki bu iradeleri açık ve kesin değilse veya sözleşmeden bu husus anlaşılmıyorsa tahkim sözleşmesi geçersiz olacaktır (Akıncı, 1996: s. 156). İnşaat Sözleşmeleri, s. 156. Bu geçersizlik yabancı hakem kararının 1958 New York Sözleşmesine istinaden tenfizine engel olacağı gibi 1961 Avrupa Sözleşmesi uyarınca da hakem kararının iptaline sebep olacaktır (Akıncı, 1996: s. 156).

Tahkim sözleşmesinin geçerliliği için esaslı bir şart olan, açık ve kesin irade açıklamasının aranması, tahkim sözleşmesinin müstakil veya tahkim şartı şeklinde yapılması bakımından bir farklılık göstermez (bkz. Akıncı, 2013: s. 100; ayrıca bkz. ve karş. Yener, 2015: s. 143-144).

Bu bakımdan, önce kısaca tahkim iradesinin karşılıklı olmasına değinilecek, sonra bu iradenin açık ve kesin olması hususu ele alınacaktır.

7.2.3.1. Tahkim İradesinin Karşılıklı Olması

Devlet mahkemesine giden yolu kapatma etkisine sahip bu iradenin, tahkim sözleşmesinin her iki tarafınca ortaya konulması, başka bir ifadeyle karşılıklı olması zaten öncelikle aranacaktır. Bu bakımdan karşılıklılık unsuru, sadece tahkim sözleşmesine özgü bir şart değil, diğer iki tarafa borç yükleyen tüm sözleşmeler için de aranan genel bir şarttır. Örneğin; bir tacirin diğerine gönderdiği sipariş teyidinde yer alan tahkim sözleşmesi yapma teklifine karşı, diğer tarafın sessiz kalması halinde, tahkim sözleşmesi yapma teklifinin zımnen kabul edildiği iddia edilemeyecektir (bkz. Nomer, 1990: s. 5-6). Böyle bir durumda irade açık olmadığı gibi, sipariş teyidindeki tahkim sözleşmesi teklifinin karşılık bulduğunu da söylemek mümkün gözükmemektedir.

Taraf iradelerinin karşılıklı, açık ve kesin olması hususu, tahkim yargılamasında özellikle dava arkadaşlığı, davaların birleştirilmesi ve davaya müdahale gibi durumlarda ortaya çıkan ve davanın tarafı ya da taraflarında birden fazla kimsenin bulunduğu yargılamalar için "çok taraflı tahkim" şeklinde ifade edilen tahkim yargılamasında ayrıca dikkat edilmesi gereken bir hususdur. Özbek, bu

ifadenin tahkim yargılamasının tarafını oluşturan kişi sayısından hareket edilerek yapılmış olduğu; taraf içi çokluk olarak da adlandırılabileceğini ve bunun aslında usul hukukundaki subjektif dava birleşmesi, yani dava arkadaşlığından farkı bulunmadığını ifade etmektedir (bkz. Özbek, 1999: s. 98). Zira çok taraflı tahkimde de bütün ilgililerde tahkim iradesinin bulunması şarttır (Akıncı, 1996: s. 213; Özbek, s. 109. Aynı yönde bkz. Yener, 2015: s. 152). Zira iki taraflı tahkim anlaşmasına ilişkin taraf iradesinin varlığı, taraf ehliyeti, uyuşmazlığın tahkime elverişliliği gibi koşullar çok taraflı tahkimde de aranmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, s. 100 vd.). Doktrinde Akıncı, çok taraflı tahkime neden olabilecek hukuki ilişkilerle ilgili tahkim sözleşmelerinin uyuşmazlık doğmadan önce yapılmasını önermektedir (bkz. Akıncı, 1996: s. 215).

Bu bakımdan örneğin; sözleşmenin kapsamına giren bir hususta ortaya çıkan bir uyuşmazlık üzerine tahkime başvurulmak istenmesi halinde, şayet tahkime başvuracak veya aleyhine başvurulacak taraf bakımından mecburi dava arkadaşlığı bulunuyorsa, mecburi dava arkadaşlarının tahkime birlikte gitmesi veya aleyhlerine birlikte başvurulması gerekecektir. Her iki halde de, mecburi dava arkadaşlarının hepsinin birlikte tahkim sözleşmesinin bir tarafında yer alması ve hepsinin tahkim iradesini ortaya koymuş olması gereklidir. Yoksa sözleşmede adı yer alan mecburi dava arkadaşlarından sadece biri (diğerlerini de temsile yetkili olmadıkça) diğerleri adına tahkim iradesini ortaya koymuş sayılamaz. Dolayısıyla tarafların hepsinin tahkim sözleşmesinin tarafı olması ve uyuşmazlık çıktıktan sonra mecburi dava arkadaşlarının hepsinin birlikte tahkimde dava açması veya aleyhlerine açılması halinde uyuşmazlık tahkim yolu ile çözümlenebilir (karş. Postacıoğlu, 1975: s. 786; Akıncı, 1996: s. 203-204; Yener, 2015: s. 152).

Yargıtay 15. HD'nin 13.06.2006 tarihli ve E. 2006/2404, K. 2006/4411 sayılı kararında bu husus ifade edilmiştir. Buna göre, *"... Bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya dönüldüğünde; davada hem sözleşme kapsamındaki işler nedeniyle bedel talep edilmiş, teminat mektubuna vaki muarazanın giderilmesi, süre uzatımı verilmesi istenmiş, hem de sözleşme dışı işler yapıldığı, bu işlerin konsorsiyumun diğer ortağı olan davalının kusurlu hareketlerinden kaynaklandığı açıklanmıştır. Hal böyle olunca X.A.Ş. aleyhine açılan davada konsorsiyum ortaklarının yer alması ve davanın bu ortakların tamamının huzuruyla devam ettirilip karara bağlanması*

zorunludur. Davalı X.A.Ş. tahkim itirazında bulunmadığından hakkında açılan dava ile ilgili olarak mahkemenin görevi kesinleşmiştir. Bu durumda davanın bir bölümünün mahkemede ve bir kısmının tahkimde görülmesi yargılamanın hızlı bir şekilde yapılıp bitirilmesini engelleyeceği gibi, birbirine aykırı kararların verilmesine de neden olabilecektir. Bunun dışında işin Aliağa'da icra olunması, yapılması muhtemel keşfi de kolaylaştıracaktır, İngiltere'de yapılacak tahkim yargılamasında, davalı X.A.Ş.' den istenen alacak ile davalının kusuruna dayalı alacak taleplerinin ayrımı güçlenecektir. İç içe geçen alacak kalemlerinin kesin bir sonuca bağlanması için davanın mahkemede görülmesinde hem hukuki bir zorunluluk ve hem de yargılamanın kolaylaştırılması açısından gereklilik vardır. Zira Aliağa Mahkemesinde yapılacak yargılamada davalı (Y) nin yer alması hukuki bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır…" (kararın aktarılan kısmı için bkz. Akıncı, 2013: s. 99, dn. 182).

Öte yandan, mecburi dava arkadaşlığına benzer bir durum da ihtiyari dava arkadaşlığında ortaya çıkacaktır. Zira bir tahkim yargılamasında ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olabilmesi için de, tüm ihtiyari dava arkadaşlarının aynı tahkim sözleşmesinin tarafı olması yani hepsinin tahkime gitme hususundaki iradelerini ortaya koymaları gerekecektir (Akıncı, 1996: s. 216; Keser Berber, 1999: s. 220; Yener, 2015: s. 152-153). Ancak mecburi dava arkadaşlığından farklı olarak ihtiyari dava arkadaşlarından birisinin tahkim iradesi yoksa diğerlerinin tahkime gitmesine bir engel yoktur.

Bu hususta Akıncı, milletlerarası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebilmesi bakımından, iş sahibi ve müteahhit arasındaki asıl sözleşme ile müteahhit ile alt müteahhitler arasındaki alt sözleşmeler arasında bağlantı sağlanması gerektiğini ve bunun için de sözleşmeye "*alt müteahhitlerin üstlendikleri edimleri ifa ederken iş sahibi ile müteahhit arasındaki (asıl) sözleşmeye, genel ve özel şartlar ve diğer hükümlere uygun ve bağlantılı olarak hareket etmeleri gerektiği*" şeklinde genel nitelikte bir hüküm konulması doğru olacağını ifade etmektedir (bkz. Akıncı, 1996: s. 216).

7.2.3.2. Tahkim İradesinin Açık ve Kesin Olması

Tarafların tahkime gitme hususundaki iradelerinin birbirlerine yönelik olması tek başına yeterli olmayacak, aynı zamanda bu iradenin açık ve kesin olması da gerekecektir. Bunun için asıl sözleşme veya tahkime ilişkin sözleşmede, hakem, tahkim gibi kavramların kullanılması şart olmamakla birlikte, tahkim sözleşmesinden (şartından) bu iradenin kesin olarak anlaşılması gerekir (bkz. Üstündağ, 2009: s. 939).

Bu husus, Yargıtay HGK'nun 05.05.1965 tarihli ve T/776-198 sayılı kararında; *"Asıl olan, bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin mahkemelere ait olmasıdır. Bunun için, bir anlaşmanın veya bir akde konulmuş olan şartın, hakeme yollama anlaşması veya şartı sayılabilmesi (tahkim) veya (hakem) sözlerinin yazılmış olması aranmazsa da taraflar arasındaki uyuşmazlığın hem eylem, hem hukuk yönünden çözülmesinin anlaşmada öngörülen kişilere bırakılmak istendiğinin kesin olarak anlaşılması şarttır."* şeklinde ifade edilmiştir (karar için bkz. BATİDER, 1966/III/3, s. 611-613; ABD 1966/2, 329-331).

Başka bir ifadeyle, tahkim sözleşmesinde tarafların tahkim iradelerinin hiçbir karışıklığa yol açmayacak şekilde belirtilmesi gerekli ve yeterlidir. Yani bu iradeleri kesin olmalı ve hiçbir tereddüde yer bırakmamalıdır (Bkz. Ekşi, 2013 (a): s. 99; Yılmaz, 2013: s. 1721; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014; s. 782; Konuralp, 2011: s. 163; Tanrıver, 2000: s. 135; Özbay, Korucu, 2016: s. 47. Aynı yönde Yargıtay 11. HD.'nin 13.3.1998 tarih ve E. 1997/9447, K. 1998/1703 sayılı kararının ilgili kısmı için bkz. Yılmaz, 2013: s. 1721). Örneğin, tarafların asıl sözleşmenin içerisine koyacakları "tahkim, İstanbul" şeklindeki bir ifade, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi yolunda tahkim iradesinin yansıtılması açısından yeterlidir (Akıncı, 2013: s. 105). Bununla birlikte, tarafların tahkimle ilgili kendileri için önemli olduğunu düşündükleri hususları daha ayrıntılı olarak düzenlemeleri hiç kuskusuz faydalı olacaktır. Örneğin; tahkim yeri, isteniyorsa kurumsal bir tahkim merkezi veya hangi tahkim kurumunun kurallarının uygulanacağı, yargılama dili, hakem sayısı ve nasıl seçileceği, hangi devlet hukukunun uygulanacağı gibi konularında kararlaştırılması, usule ilişkin sonradan ortaya çıkması muhtemel problemleri azaltacağı gibi, tahkim usulünün de kolay ve hızlı işlemesine fayda sağlayabilir (bkz.

ve karş. Akıncı, 2013: s. 105). Ancak mevcut olmayan tahkim kurumlarının yetkilendirilmesi tahkim sözleşmesini geçersiz kılacaktır. Keza tahkim sözleşmesinde uyuşmazlık hakkında karar verecek hakem veya hakem heyeti (hakem mahkemesi) açıkça belli veya belirlenebilir değilse tahkim sözleşmesi geçerli olmayacaktır (Gottwald, 2005: s. 285, kn. 12).

Tahkim sözleşmesinin yapılması için tahkim iradesi konusunda hiçbir tereddüdün de olmaması gerekir. Örneğin; milletlerarası tahkim sözleşmeleri bakımından, yine uygulamada rastlandığı üzere "ICC yetkilidir" şeklinde asıl sözleşme içerisinde yer alan bir maddede, taraflar büyük ihtimalle uyuşmazlıklarının ICC tahkim yoluyla çözümlenmesini arzu ediyorlardır. Ancak MTO'nun tahkim dışında uzlaştırma ve bilirkişi servisleri bulunduğu da düşünülürse, tarafların ICC tahkimini kastettikleri, asıl sözleşmeye konulan bu hükümden açık ve kesin bir şekilde anlaşılmadığı için, tahkim şartının geçerli olmadığının kabulü daha doğrudur (Yener, 2015: s. 147-148). Ayrıca mevcut olmayan tahkim kurumlarının yetkilendirilmesi tahkim sözleşmesini geçersiz kılacaktır. Bununla beraber, tahkim kurumları hakkındaki kısaltmaların yanlış yazılması halinde ise yapılan kısaltma ile anılan bir başka tahkim merkezi var ise tarafların arzu ettiklerinden başka bir tahkim merkezinin kararlaştırıldığı düşünülebilir (bkz. Akıncı, 2013: s. 105). Ancak sözleşmenin tarafı iradesinin o yönde olmadığı, bu hususta bir hatanın olduğunu iddia edecek olursa, bunun tespiti halinde sözleşmenin hata sebebiyle geçersizliğine hükmedilecektir

Tarafların aralarındaki sözleşmeye koyacakları hükümde, aslında tahkim yoluna gitme iradeleri değil, hakem-bilirkişilik kurumunun ihdas edilmesi söz konusu iken, mahkemelerin bu hükme yanlış anlam vermeleri ve kendilerine yapılan başvuruları reddetmeleri söz konusu olabilmektedir. Örneğin bu hususta bir Yargıtay kararında şöyle denilmiştir: "…*Taraflar arasında düzenlenen 21.12.1984 tarihli fesih protokolünde yer alan "inşaatın taahhüt altındaki kısmının bitimi İnşaat Yüksek Mühendisi Kemal Ayrancı'nın raporu ile kesinlik kazanacaktır ve inşaat 15.2.1985 tarihine kadar ikmal edilmese gene inşaat Yüksek Mühendisi Kemal Ayrancı tarafından 1983 rayici ile değerlendirilip o ayın ödemesinden tenzil edilecektir" hükmü bir tahkim şartı niteliğinde olmadığı halde mahkemece hükme yanlış anlam verilerek uyuşmazlığın hakem marifetiyle çözümlenmesi gerektiğinin*

kabulü doğru görülmemiştir. Bu durumda işin esasına girilerek iddia ve savunma çerçevesinde kanıtlar toplanarak sonucuna göre hüküm verilmesi gerekir…". (Yargıtay 15. HD.'nin 17.02.1987 tarihli ve E. 1987/1638, K. 1987/ 565 sayılı kararı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 55). Belki aslında taraflar tahkime gitmeyi arzu etmiş olabilirler. Ancak taraflar arasındaki sözleşmede yer alan hüküm, başka bir kurum olan hakem- bilirkişilik kurumunu tesis etmeye yönelik bir sonuç doğurmuştur. Dolayısıyla, tahkime gitmek isteyen taraflar, bu hususdaki iradelerini de hiç bir tereddüt ve karışıklığa sebep olmadan ortaya koymalıdırlar.

Taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi veya şartını oraya çıkaran ifadelerin, açık ve kesin olarak kabul edilemeyeceği ve bu nedenle tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağı hususunda, Yargıtay tarafından verilen başka kararlar da bulunmaktadır. Yargıtay bu yönde verdiği kararlarda; öncelikle tahkimin istisnai bir çözüm yolu olarak kabul edildiğini dolayısıyla asıl olanın uyuşmazlıkların mahkemeler aracılığıyla çözümlenmesi olduğunu; şayet tahkim yolu ile çözümlenmesi isteniyorsa, tarafların bu iradelerini tahkim sözleşmesinde her türlü karışıklık ve duraksamalardan uzak bir şekilde düzenlemeleri gerektiğini, aksi halde tahkim sözleşmesinin geçerli olmayacağı ve uyuşmazlıkların çözümünde mahkemelerin görevli olacağını vurgulamıştır (bkz. Tanrıver, 2000: s. 135; Yener, 2015: YL- Tez, s. 144-145; tahkimin istisnai bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu hususunda ayrıca bkz. Şanlı, 2002: s. 774). Dolayısıyla tahkim devlet yargısına getirilmiş bir istisna olup, zorunlu tahkim halleri dışında taraf iradesine dayanmaktadır (bkz. Erten, 2005-2006: s. 196).

Yargıtay bu hususu bir kararında şöyle ifade etmiştir: "…*Dava, Paket-tur sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkin olup öncelikle halledilmesi gereken uyuşmazlık, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, kural, bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında taraflar bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerini, başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir…*" (Bkz. Yargıtay 13. HD.'nin 12.4.2006

tarihli ve E. 2006/521, K. 2006/ 5446 sayılı kararı için (bkz. YKD, 2006/7, s. 1099-1100).

Benzer bir kararında keza yüksek mahkeme; "… *Anılan sözleşmenin 5. sayfasında yazılı olduğu üzere taraflar "iş bu sözleşmeyle ilgili herhangi bir konuda ihtilaf çıktığında taraflar mahkemeden önce bir bilirkişi ve hakeme müracaat etmeyi kabul ederler" kuralı benimsenmiştir. Davanın hakemde görülmesi istisnai bir dava yoludur. Bu nedenle tahkim şartının kesin olması gerekir. Tarafların kabul ettiği ve yukarıda anılan hakem şartı kesin nitelikte değildir*…" demek suretiyle, tahkim şartının geçerliliği için tahkim iradesinin kesin olması gerektiğini ortaya koymuştur (Bkz. Yargıtay 15. HD.'nin 08.7.1992 tarihli ve E. 1992/3004, K. 1992/3710 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 66; aynı yönde başka kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD.'nin 08.7.1992 tarihli ve E. 1992/ 3004, K. 1992/ 3710 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 66); Yargıtay 15. HD.'nin 17.12.1984 tarihli ve E. 1984/2342, K. 1984/3966 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 69).

Bu bakımdan, uygulamada karşılaşılan çeşitli durumlar sıralanarak inceleme konusu yapılacaktır.

1- Uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorunlardan biri, tahkim sözleşmesine veya asıl sözleşmeye hem tahkime gidileceğine ilişkin hüküm konulurken, hem de belirli bir mahkemenin yetkili kılındığına ilişkin yetki şartına yer verilmiş olmasıdır.

Bu hususta doktrinde Alangoya, her iki yol bakımından seçimlik hak tanıyan tahkim sözleşmelerinin geçerli olduğunu ifade etmektedir (Alangoya, 1973: s. 20; Alangoya, 2001: s. 137; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, s. 603; bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Deren Yıldırım, 2004: s. 36; Ertabak, 2009: s. 49). Zira yazara göre, seçim hakkını baştan kullanan davacı, tahkim yolunu seçmekle başlangıçtaki bu belirsizliğin ortadan kalkmasını sağlamış olacak ve böylece daha baştan uyuşmazlığın tahkim yolu ile hükme bağlanmasını talep etmiş olacaktır. Benzer bir husus Bilge/ Önen tarafından ortaya konulmuştur. Yazarlara göre, tahkim sözleşmesinde uyuşmazlığı ya hakemler önünde veya mahkemede çözüleceği hususunda taraflara seçimlik bir hak tanınmış olursa, mutlaka hakeme başvurulması

gerektiği hususunda bir itirazda bulunulamayacaktır, zira taraflar hakeme veya mahkemeye başvurmak bakımından serbesttirler (bkz. Bilge, Önen, 1978: s. 750). Buna karşılık Akıncı, tahkim sözleşmesinde hem mahkemenin hem de hakemlerin yetkili kılınması durumunda, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi hususunda şüpheye yer bırakmayan bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceği ve bunun da tahkim şartını (sözleşmesini) geçersiz hale getireceği görüşündedir (Akıncı, 2000: s. 109; Akıncı, 1996: s. 156-157; aynı yönde görüş için bkz. Tan Dehmen, 2005-2006, s. 548).

Yargıtay içtihadı da Akıncı'nın görüşüyle aynı istikamettedir. Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında (Yargıtay 15. HD.'nin 13.4.2009 tarihli ve E. 2009/1438, K. 2009/2153 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. Akıncı, 2013: s. 100, dn. 184) "*… Ancak, tahkim iradesi hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafın hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır. Her ne kadar davaya esas sözleşmenin 15. maddesinde, uyuşmazlık halinde ihtilafın hakem kurulunda çözümlenmesi öngörülmüşse de, aynı maddenin sonunda, ihtilaflar halinde İstanbul Mahkemelerinin yetkili bulunduğu kabul edilmiştir. Bu durumda kesin bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceğinden ve kural olarak mahkemelerin ihtilafı çözmesi gerektiğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenip davanın sonuçlandırılması yerine, dava dilekçesinin görev yönünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur…*". şeklindeki ifadeleriyle, yıllardır istikrarla verdiği diğer kararlarında olduğu gibi, tarafların hem tahkim yoluna gitmeye ilişkin, hem yetki şartına ilişkin düzenlemelerde bulundukları tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağını karara bağlamıştır.

Yargıtay 11. HD.'si 13.4.2006 tarihli ve E. 2005/4053, K. 2006/4040 sayılı kararında; "*… Anılan sözleşmenin uyuşmazlıkların çözümüne ait bulunan 19. maddesinin ilk fıkrasında, sözleşmenin uygulanmasından doğan her türlü ihtilafta tahkime gidileceğinin kararlaştırılmış olmasına rağmen, madenin son fıkrasında sözleşmeyle ilgili uyuşmazlıkların hallinde İstanbul Mahkemeleri'nin yetkili olduğunun belirtilmesi karşısında yaratılan bu ikilem sebebiyle tarafların sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların halli hususunda ortaya koydukları tahkim iradesinin açıklık ve kesinlik unsurlarından yoksun olduğu anlaşılmıştır. Yargıtay'ın bu konuda yerleşik bulunan içtihatları uyarınca tahkim sözleşmesinin veya şartının*

geçerliliği bu hususstaki iradenin kesin bir biçimde ortaya konulmasına bağlı olup, tarafların hem tahkim şartı, hem de yetki şartı kararlaştırmaları halinde tahkim şartı geçersizdir…" ifadelerine yer vermiştir (kararın aktarılan kısmı için bkz. Yavuz, 2009: s. 150-151, dn. 35; Yargıtay'ın aynı yönde başka kararlar için bkz 13. HD.'nin 12.12.1996 tarihli ve E. 1995/10769, K. 1996/11189 sayılı kararı için (YKD, 1997/4, s. 546); HGK'nun 19.03.1997 tarihli ve E. 1996/923, K. 1997/207 sayılı kararı için (bkz. İKİD 1998/445, s. 13120); 15. HD.'nin 01.6.1989 tarihli ve E. 1989/1078, K. 1989/2604 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 54); 15. HD.'nin 18.6.2007 tarihli ve E. 2007/2680, K. 2007/4137 sayılı kararı için (bkz. Kazancı İçtihat Bankası); 15. HD.'nin 23.10.1986 tarihli ve E. 1985/4446, K. 1986/3473 sayılı kararı için (bkz. YKD, 1987/3, s. 449-450); 15. HD.'nin 09.4.1990 tarihli ve E. 1990/361, K. 1990/1677 tarihli kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 68); 15. HD.'nin 04.11.1986 tarihli ve E. 1986/19, K. 1986/3650 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 68; ve YKD 1987/4, s. 590); 15. HD.'nin 11.4.1996 tarihli ve E. 1996/1822, K. 1996/2105 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 69); 13. HD.'nin 07.11.1977 tarihli ve E. 1977/4360, K. 1977/4867 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 70-71); 15. HD.'nin 21.3.1989 tarihli ve E. 1989/2550, K. 1989/1381 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 71); 15. HD.'nin 17.12.1987 tarihli ve E. 1987/3643, K. 1987/4505 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 72); 15. HD.'nin 01.6.1989 tarihli ve E. 1988/1078, K. 1989/2604 sayılı kararın ilgili kısmı için (bkz. Kuru, 2001: s. 5958); 15. HD.'nin 26.02.1985 tarihli ve E. 1984/4288, K. 1985/652 sayılı kararı için (bkz. Yasa 1986/6, s. 851-852).

Zira Yargıtay, bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında, tahkim iradesinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmadığı ve tarafların uyuşmazlığın hakemde görülmesi hususundaki iradelerinin kararlı bulunmadığı gerekçelerine vurgu yapmaktadır (Ertabak, 2009: s. 49-50).

2- Bir başka durum ise, bazen taraflar arasındaki asıl sözleşmede, tahkim şartına yer verildikten sonra eğer tahkim yolundan sonuç alınmaz ise uyuşmazlığın mahkemece çözümleneceğine ilişkin kayıtlara da yer verilmesidir.

Yargıtay yakın tarihli bir kararında *"... Taraflar arasındaki sözleşmenin uyuşmazlıkların halli başlıklı 13. maddesinde, uyuşmazlık halinde, tarafların seçeceği hakemlerce çözümleneceği, hakem heyetinin çalışmalarından sonuç alınmaz ise Isparta Mahkeme ve İcra Dairelerinin yetkili olduğu kararlaştırılmıştır. Hakem yoluyla halledilemeyen uyuşmazlıkların mahkemece çözümleneceğine dair konulan kayıt hakem (tahkim) sözleşmesini hükümsüz bırakır. Zira bu hükümlerden, tarafların ihtilafın kesin olarak hakemde çözülmesini istemiş olduklarını çıkarmak mümkün değildir. Asıl olan bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin mahkemelere ait olmasıdır. O halde uyuşmazlığın esası incelenerek sonucuna uygun hükme varılması yerine yazılı gerekçeyle görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur...*" hükmü ile tahkim sözleşmesinde tahkim iradesinin kesin olmadığını tespit etmiş ve yerel mahkeme kararını bozmuştur (bkz. 15. HD.'nin 13.03.2007 tarihli ve E. 2007/769, K. 2007/1572 sayılı kararı için (bkz. Akıncı, 2013: s. 101, dn. 185).

Yargıtay bir başka kararında; "… *Gerçekten yanlar arasındaki sözleşmenin 13. maddesinde bu sözleşmeden doğacak ihtilaflara hakemde bakılacağı kabul edilmişse de aynı madde de ihtilafın bu şekilde çözümlenememesi halinde Kozaklı Mahkemelerinin görevli olacağı benimsenmiştir. Tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi ihtilafın kesin olarak hakemde görüleceğinin yazılı olmasına bağlıdır. Sözleşmedeki hakem şartı bu nitelikte olmayıp sonuçta mahkemeleri görevli kıldığından hakem şartının gerçekleştiğinden söz edilemez. Bu durumda mahkemece tahkim itirazının reddiyle işin esasına girilip sonucuna uygun hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir...*" (Yargıtay 15. HD.'nin 15.9.1995 tarihli ve E. 1994/722, K. 1994/4938 sayılı kararı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 66) hükmü ile daha önceden verdiği benzer kararlardaki gibi, sözleşmeye konan bu gibi kayıtların varlığı halinde tarafların uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi konusundaki iradelerinin kesin olmadığına ve bu sebeple tahkim sözleşmesinin geçersizliğine karar vermiştir. Akıncı'ya göre burada, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesine yönelik kesin ve açık bir taraf iradesinden bahsetmek mümkün değildir (bkz. Akıncı, 1996: s. 157).

Yargıtay'ın, "… *Taraflar arasındaki, İhracat Birliği Anlaşması'nın "Müteferrik Hükümler" başlığı altında "Anlaşmazlık vukuunda taraflar önce mali danışman*

Kemal Baral'ın hakemliğine müracaat edecekler ve hakemin yazılı bildirim ve kararı anlaşmazlığı çözemez ise yargıya gideceklerdir. Bu durumda yetkili mercii İstanbul Adli Mercileri olacaktır" denilmektedir. Tahkim sözleşmesi ile, taraflar, aralarındaki bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim yoluna başvurmayı (gitmeyi) kararlaştırırlar (HUMK.nun 516. md.). Taraflar, tahkim sözleşmesinin konusu olan uyuşmazlık hakkında dava açmak isterse, tahkim yoluna gitmek zorundadırlar, yani davayı genel mahkemelerde değil, hakemlerde açabilirler. Taraflar arasında kararlaştırılan, tahkim şartı, taraflara hakemden sonra mahkemeye gitme yetkisi vermekle, uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmemekle geçersiz bulunmaktadır..." şeklindeki ifadelerde bulunduğu bir başka kararı için bkz. 11. HD.'nin 31.3.2003 tarihli ve E. 2003/1050, K. 2003/3012 sayılı kararı için (bkz. YKD, 2003/11, s. 1706-1708). "*… Bu nedenle, olayımızda olduğu gibi ... (çözebilirler), bununla yetinmezlerse meselenin çözümünde mahkemenin yetkili olduğu veya bu yolla halledilemediği takdirde mahkemeye gidileceği yahut ... yer mahkemesinin yetkili olduğu doğrultusunda konulan kayıt tahkim şartını hükümsüz kılar...*" Yargıtay 15. HD.'nin 30.11.1981 tarihli ve E. 1981/2124, K. 1981/2413 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 55). Aynı yönde başka kararlar için bkz. Yargıtay 13. HD.'nin 21.5.1980 tarihli ve E. 1979/3055, K. 1980/3312 sayılı kararı için (bkz. Yasa 1981/3, s. 411-412). Yargıtay 15 HD.'nin 26.12.1978 tarihli ve E. 1978/2090, K. 1978/2486 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 69-70; ve Yasa 1979/7, s. 1080-1081); Yargıtay 15. HD.'nin 05.10.1981 tarihli ve E. 1981/1690, K. 1981/1910 sayılı kararı için (bkz. İKİD 1982/254, s. 882-883); Yargıtay TD.'nin 07.02.1966 tarihli ve E. 1965/1986, K. 1966/495 sayılı kararı için (bkz. BATİDER 1967/IV/2, s. 384); Yargıtay 15. HD.'nin 25.12.1978 tarihli ve E. 1978/2364, K. 1978/2479 sayılı kararı için (bkz. İKİD 1979/222, s. 6957-6958); Yargıtay TD.'nin 19.01.1971 tarihli ve E. 1970/1500, K. 1971/226 sayılı kararı için (bkz. RKD 1971/5, s. 162-163). Yargıtay 15. HD.'nin 02.03.1998 tarihli ve E. 1997/5217, K. 1998/738 sayılı kararı için (bkz. İBD 1998/3, s. 785); Yargıtay 11. HD.'nin 06.11.1997 tarihli ve 1997/7091, K. 1997/7880 sayılı kararı için (bkz. BATİDER 1997/XIX/2, s. 166-167).

Kanaatimizce de, bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesine ilişkin bir tahkim sözleşmesi (şartı) yapıldıktan sonra, uyuşmazlığın bu yolla çözülememesi

halinde mahkemeye gidileceğine ilişkin konulan hüküm, taraf iradelerinin açık ve kesin olmadığı gerekçesiyle tahkim sözleşmesini hükümsüz kılacaktır.

3- Bir başka durum, bazen tarafların tahkim şartına, aralarındaki uyuşmazlığı gidermek için tahkime gitmeden önce "mühendise müracaat" şeklinde bir şart koymaları halinde ortaya çıkmaktadır. Bu şekildeki bir şartın, özellikle (çok uluslu şirketler tarafından yapılan büyük çaplı inşaat işleri dolayısıyla) Dünya Bankası gibi milletlerarası kuruluşlardan alınan kredilerle ilgili sözleşmelere, FIDIC şartnamelerinin hükümlerine yer veriliyor olması nedeniyle, konulduğu görülmektedir. FIDIC, Türkçe tercümesi Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu'nu olarak yapılan Fransızca "Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils"un baş harflerinin birleştirilmesinden oluşan bir kelimedir. 1913 yılından beri faaliyet gösteren söz konusu federasyon, inşaat sözleşmeleri için standart sözleşme düzenlemeye 1957 yılında başlamış, bu standart sözleşmeler zaman içinde uygulamadaki gelişmelere uygun olarak çeşitli yıllarda yenilenmiş ve yayınlanmıştır. Ve artık günümüzde Milletlerarası inşaat sözleşmeleri bakımından en yaygın uygulama alanı olan standart kurallar, FIDIC Kurallarıdır (bkz. Akıncı, 1996: s. 11; FIDIC Kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. aynı eser, s. 32 vd.). Örneğin, bu şartnamede uyuşmazlıkların çözüm yoluyla ilgili 67. madde, taraflar arasındaki asıl ilişkiye düzenleyen sözleşmenin uygulanmasından veya yorumundan çıkan uyuşmazlıklarda tahkim davasını açmadan önce talep sahibi tarafından ihtilâfın mühendise götürülmesi ve mühendisin ihtilâfı çözemediği durumlarda tahkime gidilebileceği öngörülmektedir (Dayınlarlı, 2004: s. 21-22; Balcı, 1999: s. 118; Akıncı, 1996: s. 60).

Dayınlarlı bu hususta, haklı olarak, uyuşmazlıkların önce mühendise götürülmesi hususundaki kaydın, uyuşmazlıkların tahkim yargılamasından önce mühendisin süzgecinden geçirilerek, bazı uyuşmazlıkların dava konusu yapılmadan çözümlenmesini sağlamaya yönelik bir ön girişim olduğunu ifade etmektedir (Dayınlarlı, 2004: s. 22; Akıncı, 1996: s. 61). Dolayısıyla tahkim sözleşmesi veya asıl sözleşmedeki mühendise başvurulması kaydı, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceği iradesini ortadan kaldırmadığı ve tahkimden vazgeçildiği anlamına gelmediği gibi, tahkim sözleşmesini de geçersiz kılmamaktadır (Dayınlarlı, 2004: s. 22; Akıncı, 2013: s. 104; Yener, 2015: s. 150).

Yargıtay, doktrindeki görüşle aynı yönde kararlar vermiştir. Örneğin; Yargıtay bir kararında; "… *Taraflar arasındaki sözleşmenin 67. maddesinde açıkça bu sözleşmenin uygulanmasından doğacak her türlü uyuşmazlıkların hakemde çözüleceği kararlaştırılmıştır. Hakeme başvurmadan önce taraflardan birisinin sözleşmenin icrasından doğacak anlaşmazlıklar için önce mühendise başvurulacağına dair hüküm hakem şartının geçersiz kılmaz. Çünkü öncelikle taraflar veya bunlardan birisi mühendise başvursun veya vurmasın sonuçta uyuşmazlığın hakemde çözülmesi gerekir. Hakemden önce mühendise başvurulması prosedürü ve mühendisin vereceği karar bağlayıcı değildir. Bu nedenle sözleşmedeki bu hüküm hakem şartını geçersiz kılmayacağından ve dairemizin emsal kararları da bu yönde olduğundan mahkemenin hakem şartının geçersizliğine ilişkin kararın bozulması gerekmiştir ...*" ifadeleriyle, uyuşmazlığın mühendise başvurulsa da başvurulmasa da tahkim yoluyla çözümleneceğinden hareketle, tahkim sözleşmesinin geçersiz olmayacağına karar vermiştir (Yargıtay 15. HD.'nin 15.9.1994 tarihli ve E. 1994/1854, K. 1994/ 4946 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 55-56 ve 72). Aynı yönde başka kararlar için bkz. Yargıtay 15. HD.'nin 17.12.1987 tarihli ve E. 1987/3643, K. 1987/4505 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 72); Yargıtay 15. HD.'nin 15.6.1989 tarihli ve E. 1989/1023, K. 1989/2841 sayılı kararı için (bkz. YKD, C. 15, S. 9, s. 1299).

4- Bir başka husus, tarafların aralarındaki sözleşmeye tahkim şartı yanında, tahkim yoluna başvurulmadan önce müzakere, uzlaştırma ya da diğer bir uyuşmazlık çözme yoluna başvurulacağına ilişkin kayıt koymaları halinde ortaya çıkmakta ve taraflar bu yollara başvursun ya da başvurmasın, uyuşmazlık tahkim yolu ile çözüme kavuşturulacaktır (Tan Dehmen, s. 458; Yener, 2015: s. 149).

Dikkat edilirse, bu durum biraz önce ele aldığımız, önce "mühendise müracaat" şeklindeki ön şartlı tahkim hükümlerine benzer olup, aynı sonuca tabidir. Zira müzakere, uzlaştırma veya diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru (çoğunlukla) hem isteğe bağlıdır, hem de asıl önemlisi, tarafsız üçüncü kişinin verdiği karar veya çözümün tahkim ve devlet yargısından farklı olarak bağlayıcı olmaması nedeniyle, tarafların mahkemeye veya tahkime gitme imkânlarının hala mevcut olmasıdır. Dolayısıyla tahkim şartı da geçerli kalmaya devam eder (Özbek, s. 145; Tan Dehmen, s. 458; Yener, 2015: s. 149). Ancak doktrinde, zorunlu müzakere ya da

uzlaştırma şartlarının varlığı halinde, bu usullerin atlanmasının tahkim şartını geçersiz kılmayacağı, ancak tahkime başvuruyu engelleyeceği de savunulmaktadır (Tan Dehmen, s. 458). Bu durumda, müzakere ya da uzlaştırma yolu tüketilmediği için tahkim yoluna gidilip gidilemeyeceği konusu, Kompetenz- Kompetenz prensibi gereği hakem veya hakem heyeti tarafından açıklığa kavuşturulacaktır (bkz. Tan Dehmen, s. 458; Yener, 2015: s. 150).

5- Yargıtay elektrik iletim şirketi ile elektrik kullanıcısı arasındaki bir uyuşmazlıkla ilgili olarak yeni tarihli bir kararında; *"... Taraflar asındaki 26.07.2011 tarihli Sistem Kullanım Anlaşmasının Anlaşmazlıkların Çözümü başlıklı 14. maddesi; "X.AŞ ile kullanıcının bu anlaşmanın hükümleri üzerinde mutabakata varamamaları halinde, anlaşmazlığın çözümü konusunda kuruma yazılı olarak başvuruda bulunabilir. Anlaşmazlıklar kurum tarafından çözüme kavuşturulur. Anlaşmazlıklar hakkındaki Kurul Kararları bağlayıcıdır." biçiminde düzenlenmiştir. Tarafların aralarında çıkacak ihtilafların kural olarak mahkeme eliyle çözümlenmesi gerekir. Ancak taraflar imzaladıkları sözleşme ile ihtilafın hakemler eliyle çözülmesini kararlaştırabilecekleri gibi, asıl sözleşmeden ayrı olarak da hakem sözleşmesi yapabilirler. Tahkim iradesi, hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafın hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır. Sistem Kullanım Anlaşmasının 14. maddesinde ise "Tarafların anlaşmazlığın çözümü konusunda kuruma yazılı olarak başvuruda bulunabilir." ifadesi ile kesin bir tahkim iradesinden ve tahkim şartından söz edilemeyeceğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenerek varılacak uygun sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın usülden reddi doğru görülmemiştir…",* (Yargıtay 19. HD.'nin 29.5.2012 tarihli ve E. 2012/4065, K. 2012/9080 sayılı kararının aktarılan kısmı için (bkz. Akıncı, 2013: s. 102-103, dn. 189) şeklindeki hükmü ile taraflarca asıl sözleşmeye konulan, uyuşmazlığın kurum tarafından bağlayıcı olarak çözümleneceğine ilişkin ifadelerde, kesin bir tahkim iradesinden ve tahkim şartından söz edilemeyeceğinden, tahkim itirazının reddedilerek, uyuşmazlığın mahkeme kanalıyla çözülmesi gerektiğine karar verilmiştir (Akıncı, 2013: s. 103; Yener, 2015: s. 150).

Şayet Yargıtay böyle bir karar vermemiş olsaydı, X.AŞ ile (elektrik) kullanıcıları arasında (muhtemelen) standart sözleşmeler ile kurulan hukuki ilişki

kapsamındaki hizmet kullanımından kaynaklı uyuşmazlıklar halinde, uyuşmazlığın sözleşmenin bir tarafı olan kurumun kendisi tarafından bağlayıcı olarak çözüleceğine ilişkin sözleşme hükmü ile, kullanıcıların Anayasal hakkı olan savunma hakkı (m. 36) ve temel insan haklarından sayılan adil yargılanma hakkı (AİHS m. 6) ile hukuki dinlenilme hakkı (HMK m. 27) bertaraf edilmiş olacaktır ki; bunu kabul etmek mümkün değildir.

6- Bir başka durum da, tarafların asıl sözleşmede tahkim şartı başlığı altında "taraflardan her biri birer kişiyi seçer, onlar da üçüncü bir kişiyi seçer ve ondan sonra uyuşmazlık uzlaşma yoluyla çözülür" düzenlemesine yer verilmesine rağmen, bu ifadenin başlıktaki tahkim tabiri ile örtüşmemesi ve madde içeriğinde "uzlaşma" prosedüründen bahsedilmesidir. Böyle bir durumda, tarafların tahkim şartı olarak belirlediği hükmün, açık ve kesin bir tahkim iradesini yansıttığını söyleyemeyiz. Dolayısıyla buradaki hükmü, yani "tahkim şartının" geçerli olduğunu kabul etmek de mümkün olamayacaktır (Yener, 2015: s. 151).

7- Tarafların arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartında, tahkime müracaat etmek isteyen tarafın sözleşmede zikredilen birden fazla tahkim kurumlarından seçtiği birine müracaat edebilecekleri şeklindeki bir ifadenin, tahkim şartını geçersiz kılıp kılmayacağı hususu da Yargıtay kararıyla çözüme kavuşmuştur. Yargıtay bu hususta bir kararı *"taraflar arasındaki 08.02.1992 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde bu sözleşmeden veya bu sözleşme ile ilgili olarak doğabilecek anlaşmazlıkların taraflarca dostça çözümleneceği, bunun imkânsız olması halinde tarafların konuyu normal mahkemelere müracaat etmeden İsveç'teki Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumuna götürecekleri kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin anılan maddesine 11.9.1992 tarihinde yapılan ilave ile "Sözleşmeden doğan herhangi bir anlaşmazlık veya iddianın aynı zamanda Rusya'da Moskova Ticaret ve Sanayi Odasında Rus Malzeme Yasası ve kurallarına göre Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından çözümleneceği, tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu" hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi taraflar sözleşmenin 9. maddesine yapılan ilave ile Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumu yanında Moskova Sanayi ve Ticaret Odası nezdindeki Uluslararası Tahkim Mahkemesini de yetkili kılmıştır. Tarafların ortak iradesi uyuşmazlığın hakemde çözülmesi yönünde olduğundan ve bu şekilde tahkim heyetinin seçimine engel yasal bir düzenleme*

bulunmadığından, terditli hakem seçiminin geçersiz olduğuna ilişkin mahkeme gerekçesi isabetli değildir." Şeklindedir (Yargıtay 19. HD.'nin 08.7.1998 tarihli ve 206/101 sayılı kararının aktarılan kısmı için (bkz. Kuru, 2001: s. 5955; ayrıca aynı yönde bkz. Yargıtay HGK'nun 09.6.1999 tarihli ve 19/467-489 sayılı kararı için (bkz. YKD, 2002/2, s. 183-186). Yargıtay'ın da doğru olarak tespit ettiği gibi, taraflar arasında tahkime gitme hususundaki irade açıktır. Ancak, tahkime tabi bir uyuşmazlık çıkması halinde tarafların başvuracakları tahkim merkezinin birden fazla olması ve bunlar arasında bir seçim haklarının bulunması, bu tahkim iradesini sakatlamamakta, sadece iddia sahibine daha fazla bir hareket alanı sağlamaktadır. Asıl olan tahkim iradesinin açık ve kesin olması olduğuna göre, böyle bir tahkim şartında da bu sağlanmış olup, tahkim sözleşmesinin geçersizliğinden de söz edilemeyecektir.

7.2.4. Yazılı Şekil Şartı

7.2.4.1. Genel Olarak

Türk tahkim hukukunda, tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin ilk yasal düzenleme mülga 1086 sayılı HUMK'nun 517. maddesinde bulunmaktaydı. Anılan maddenin 1. fıkrasına göre, *"Tahkimin tahriri olması lazımdır."* Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunlu olup bu biçimde yapılmayan tahkim sözleşmesi geçerli olmayacaktır (bkz. Önen, 1979: s. 352). Ancak bu kısa hükümde, tahkim sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği hükme bağlanmış, ancak yazılılık şartının nasıl yerine getirileceğine ilişkin başka bir ifadeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu sözleşme bakımından da yazılılık şartının, diğer sözleşmelerin de tabi olduğu Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde tespiti gerekecektir.

Bundan sonra, Türkiye'nin her ikisini de 1991'de kabul ettiği 1958 New York Sözleşmesi'nde (m. 2/ f. 1 ve f. 2) ve 1961 Cenevre- Avrupa Sözleşmesi'nde (m. 1/ f. 2, a) bendi) tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin hükümler yer almaktadır. Son olarak 2001 tarihli 4686 sayılı MTK'da (m. 4/ f. 2) ve en yeni tarihli olarak (2011) ise HMK'da (m. 412/ f. 3) tahkim sözleşmesinin şekli düzenlenmiştir. Anılan bu uluslararası sözleşme ve ulusal mevzuat, tahkim iradesinin tereddütsüz olarak ortaya

konulmasını sağlamak için tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması genel kabul gören bir durum olup (Bkz. ve karş. Kalpsüz, 1989: s. 4; Balkar, 2004: s. 479; Ekşi, 2013 (a): s. 100; Erkan, 2013 (a): s. 49; Ulukapı, 2015: s. 519; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016: s. 766; Özbay, Korucu, 2016: s. 47) ayrıca bu düzenlemelerde genel olarak, yazılı şekil şartının gerçekleşmiş sayılacağı bazı kural dışı haller de yer almaktadır (Şit, 2005-2006: s. 411; karş. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 53). Alman hukuku bakımından da tahkime ilişkin bir anlaşmanın sözleşme olarak nitelenebilmesi için yazılı olarak belgelenmesi (m. 1031/ f. 5 hariç) yeterlidir. Bu yazının (anlaşmanın) tahkim dışındaki başka hususları içermesi yasak olmayıp, kapsamlı bir sözleşmenin herhangi bir yerinde tahkime ilişkin bir şartın bulunması, tahkim sözleşmesinin yazılı olması için yeterlidir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 1). Öte yandan örneğin; Hollanda hukukunda (Dutch Code of Civil Procedure-DCCP, m. 1021), tahkim sözleşmesinin aynı zamanda sözlü olarak da yapılabileceğinin öngörüldüğü ifade edilmektedir (bkz. Ekşi, 2013 (a): s. 99-100, dn. 8'deki yazarlar). Öte yandan, itiraz halinde tahkim sözleşmesinin ispatı için yazılı bir belgeye ihtiyaç duyulduğu da anlaşılmaktadır (bkz. Ekşi, 2013 (a): s. 100).

Öte yandan, birçok devletin hukukunda, tahkim sözleşmesinin şekli hususunda esas alınan UNCITRAL Model Kanunu'nda (m. 7/ f. 2) kabul edilen yazılı şekil şartı, bir yandan modern teknolojideki gelişmelere paralel esnek yöntemler getirerek tahkim sözleşmelerinin yapılmasını kolaylaştırmakta, diğer yandan da tahkim sözleşmesinin ispatını sağlamaktadır (Erkan, 2013 (a): s. 49-50; Şit, 2005-2006: s. 416). Esen, bir çalışmasında yer verdiği 33 devletten 26'sının hukuklarında, tahkim sözleşmenin şekli bakımından UNCITRAL Model Kanun'unun öngördüğü yazılı şekil kuralının aynısının yahut benzer bir düzenlemesinin yer aldığını tespit etmiştir (bkz. Esen, 2008: s. 109; çalışmada yer verilen devletler ve bu devletlerin milletlerarası nitelikteki tahkim sözleşmelerinin şekli bakımından yaptıkları yasal düzenlemeler için ayrıca bkz. aynı eser, s. 86-109). HMK ve MTK bakımından tahkim sözleşmesinin şekli hususundaki incelememizden önce, uluslararası sözleşmelerdeki hükümlere kısaca değinilecektir.

Yazılı şekil şartının gerçekleşmesi, "metin" ve "imza" temel unsurlarının varlığı ile sağlanır (bkz. Tuğ, 1994: s. 11, 54). Yazılı şekil şartının gerçekleştiğinden söz edebilmek için, doğal olarak öncelikle, beyan edilen iradeyi açıklayan yazılı bir

metnin varlığı aranacaktır (Altaş, 1998: s. 73; aynı yönde bkz. Şit, 2005-2006: s. 418; karş. Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 277, kn. 1). Şekil kuralı açısından önemli olan, metnin imzalanmasıdır ki, bu da yazılı şekil şartının ikinci unsurunu oluşturmaktadır (bkz. Altaş, 1998: s. 74; Şit, 2005-2006: s. 419; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 279, kn. 6).

7.2.4.2. 1958 New York Sözleşmesi Bakımından

Uluslararası ticari tahkim sözleşmelerinin şekli bakımından uygulamada en sık karşılaşılan ve ulusal hukuk düzenlemelerine nazaran hukuklar üstü bir uniform kural niteliği kazandığı iddia edilen düzenleme, 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin m. 2/ f. 1 ve 2 hükmüdür (Esen, 2008: s. 67). Aynı hususta daha eski düzenlemeler olan 1923 Genevre Protokolü ve 1927 Cenevre Konvansiyonun ise, tahkim sözleşmelerinin şekli bakımından özel bir düzenleme getirmeyip meselenin çözümünü milli hukuklara bırakmıştır (bkz. Esen, 2008: s. 67).

Söz konusu hüküm: *"1- Akit devletlerden her biri, tarafların, akte müstenid olan veya akti olmayan, muayyen bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir meseleye taalluk eden ihtilafların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişimlerini mutazammın yazılı anlaşmalarını muteber addeder.*

2- "Yazılı anlaşma" teriminden karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır." şeklinde düzenlenmiştir.

Maddenin ilk fıkrasındaki "… yazılı anlaşmalarını muteber addeder" ifadesinden anlaşılacağı üzere, tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği ifade edilmiş, 2. fıkrada ise yazılı anlaşma ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir (Esen, 2008: s. 67-68; Balkar, 2004: s. 479; Erkan, 2013 (a): s. 54; Akıncı, 2000: s. 109; Yener, 2015: s. 167-168). Bu hükümler çerçevesinde, New York Sözleşmesi kapsamındaki bir tahkim sözleşmesinin yazılı yapılmak zorunda

olduğu ve yazılılık şartının tarafların aralarında imzaladığı bir sözleşmeyle ya da taraflarca teati edilen mektup veya telgrafla da yerine getirilebileceği ifade edilmelidir (Balkar, 2004: s. 479; Akıncı, 1996: s. 158-159; Yener, 2015: s. 168).

Buna göre tahkim sözleşmesi, içinde tahkim şartı bulunan ve tarafların imzasını taşıyan bir asıl sözleşme veya yine taraflarca imza altına alınan müstakil bir tahkim sözleşmesi yoluyla yapılabilir. Öte yandan, içinde tahkim şartı bulunan bir mektup veya telgrafın taraflarca teati edilmesi halinde tahkim sözleşmesi yazılı olarak yapılmış sayılır. Ancak bu halde, içinde tahkim şartı bulunan mektubun veya telgrafın imzalanması gerekmemektedir. Doktrindeki görüş de bu yöndedir. Zira, maddenin yazılı anlaşma tabirine ilişkin 2. fıkrasındaki ifadelerden, karşılıklı teati edilen mektup veya telgrafın imza edilmesi gerektiğine ilişkin bir ibarenin olmadığı, sadece tahkime ilişkin şartın mündemiç bulunması şartının arandığı; buna karşılık içinde tahkim şartı bulunan asıl sözleşmenin veya müstakil tahkim sözleşmesinin ise imzalanmış olması gerektiği açıkça görülmektedir (Ekşi, 2010: s. 45; Kalpsüz, 2003: s. 1032; Özel, 2008: s. 62; Şanlı, 2013: s. 269; Deren Yıldırım, 2004: s. 38. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK'nun 15.4.1998 tarihli ve E. 1998/19-256, K. 1998/279 sayılı kararı için (bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

Burada değerlendirilmesi gereken bir başka husus da, New York Sözleşmesi'nde sayılan iletişim araçlarının (mektup ve telgraf), sınırlı olarak mı sayıldığı yoksa örnek mahiyetinde mi kabul edilmesi gerektiğidir. Bunların, sözleşmenin veya kanunların yapıldığı tarihteki iletişim teknolojisinin olanakları esas alınarak belirlendiği unutulmamalıdır (Şit, s. 411). Buna göre; New York Sözleşmesi'nin yapıldığı 1958 yılının iletişim teknolojisi bakımından değerlendirildiğinde, "yazılılık" kapsamına girecek haller olarak mektup ve telgraf teatisinin sayılması anlaşılabilecek bir durumdur (Yener, 2015: s. 169. Karş. Erkan, 2013 (a): s. 54).

Bu açıdan daha sonraki tarihlerde yapılan milletlerarası sözleşmeler ve özellikle UNCITRAL Model Kanunu başta olmak üzere bu yöndeki diğer çalışmalar incelendiğinde, doktrinde haklı olarak, New York Sözleşmesi'nin döneminin teknik imkânları göz önüne alınarak hazırlanması nedeniyle "yazılı anlaşma" ifadesinin kapsamında sadece mektup ve telgrafın belirtildiği ve buradaki ifadenin sınırlayıcı

olmadığı; teknolojik gelişmeler paralelinde iradenin beyan edilme biçimlerinin artması sonucunda, yazılı anlaşma ifadesinin kapsamına girecek iletişim araçlarının genişlemesinin mümkün olabileceği; dolayısıyla New York Sözleşmesi'nin bu hükmünün geniş yorumlanmasının doğru olacağı savunulmakta, ayrıca bu kapsamda, elektronik posta ile yapılan tahkim sözleşmelerinin yazılılık şartını gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir (Şanlı, 2002: s. 778, dn. 4; Şanlı, 2013: s. 300; Şanlı, 2002: s. 778, dn. 4; Akıncı, 2001 (b): s. 432; Balkar, 2004: s. 482; Ekşi, 2010: s. 157-158; Özel, 2008: s. 63; Şit, 2005: s. 204; Şit, 2005-2006; s. 411; Erkan, 2013 (a): s. 54; Özdemir Kocasakal, 2003: s. 223-224; Balkar, 2004: s. 480; Esen, 2008: s. 74). Ayrıca mahkemeler de, bu hükmü geniş yorumlamaktadırlar. Örneğin; Tracomin S.A. ile Sudan Oil Seeds Co. Ltd. arasındaki uyuşmazlık hakkında İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen 05.11.1985 tarihli kararda, tahkim sözleşmesinin teleks yolu ile kurulabileceği hükmüne varılmıştır (bkz. Deren Yıldırım, 2004: s.. 38-39).

7.2.4.3. 1961 Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi Bakımından

Türkiye'nin 1991 yılında onayladığı, 1961 Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi'nin "Sözleşmenin Tatbik Alanı" başlıklı I. maddesinin 2. fıkrası a) bendi; *"İşbu Sözleşmeye göre, "Hakemlik anlaşması"ndan maksat bir mukaveleye dercedilen hakem şartı veya taraflar arasında aktolunan hakem mukavelesidir; hakem şartının içinde bulunduğu mukavelenin veya hakem mukavelesinin taraflarca imzalanması, veya tarafların birbirine yolladığı mektup, telgraf yahut teleskriptör metninde mündemiç bulunması ve kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan memleketler arasındaki münasebetlerde bu kanunların müsaade ettiği şekiller dairesinde aktedilmiş olması lazımdır."* hükmündedir.[59]

Buna göre, tahkim şartı ve müstakil tahkim sözleşmesi yazılı şekle tabidir (Şanlı, 1990: s. 6; Akıncı, 1996: s. 159). Ancak, 1961 Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi'nin tahkim sözleşmesi ve şekli hakkındaki aktarılan hükmü, kendisinden

[59] Sözleşmenin diğer hükümleri için de ayrıca bkz. (http://www.resmigazete. gov.tr/main.aspx?home=http://ww.resmigazete.gov.tr/arsiv/21000.pdf&main=http://www. resmigazete. gov.tr/arsiv/21000.pdf E.T. 16.8.2015).

üç yıl önce yapılan New York Sözleşmesi'nin yukarıda yer verilen m. 2/ f. 1 ve 2 hükmüne göre daha geniş ve esnektir (Ekşi, 2013: s. 100). Zira Avrupa (Cenevre) Sözleşmesinin bu hükmü, New York Sözleşmesi'nin anılan hükmündeki düzenlemeye iki hususta farklı olup, bunlar Avrupa (Cenevre) Sözleşmesine daha fazla esneklik kazandırmıştır. İlk farklılık; Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi'nin anılan hükmüne göre tahkim sözleşmesinin, mektup ve telgrafın teati edilmesinin yanında, artık teleskriptör yolu ile teati edilen metinde bulunması halinde de yapılmış sayılacak olmasıdır. İkinci farklılık ve ilave ile gelen esnekleşme ise, kanunları tahkim sözleşmesinin şekli hususunda yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan devletler arasındaki ilişkilerde, tahkim sözleşmesinin bu kanunların izin verdiği şekiller kapsamında yapılmış olmasının geçerli sayılmasıdır (bkz. Şanlı, 1990: s. 6; Akıncı, 1996: s. 159; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 53). Bu husus, yazılı şekil şartına getirilmiş bir istisnadır (Ekşi, 2013: s. 100; Ekşi, 2010: s. 61-62; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 53.). Buna göre, Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi, tahkim sözleşmelerinin, yazılı şekilde yapılmasını şart koşmayan devletler bakımından, onların kanunlarına göre yapılmış olmasını (ki, bu bakımdan akla gelen sözlü olarak yapılan tahkim sözleşmeleridir) geçerli saymaktadır (Şanlı, 1990: s. 6; Yılmaz, 1990: s. 17; Ekşi, 2013: s. 100; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 53). Bu hususta Hollanda hukuku örnek olarak verilebilir (ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, HMK'da Tahkim, s. 99-100). Ayrıca, İngiliz Tahkim Kanunu'nda tahkim sözleşmesinin sözlü olarak yapılması halinde belli şartlar varsa, yazılılık şartının yerine getirildiğinin kabul edildiği belirtilmektedir (bkz. Şit, 2005: s. 206 ve dn. 738'deki yazar). İngiliz Tahkim Kanunu yazılı şekilden başka bir şekilde tarafların anlaşmasını, ki bu sözlü tahkim sözleşmesinden başka bir şey değildir, bu anlaşmanın yazılı bir metne atıf yapılması ile (m. 5/ f. 3); taraflardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından kaydedilmesi ile (m. 5/ f. 4); tahkimde veya mahkemede dava açılması halinde yazılı olmayan tahkim sözleşmesinin varlığının ileri sürülmesi ve karşı tarafın buna itiraz etmemesi ile (m. 5/ f. 5) yazılı sözleşme hükmünde kabul etmiştir (bkz. Şit, 2005: s. 205).

7.2.4.4. HMK ve MTK Bakımından

HMK m. 412/f. 3 hükmü; *"Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin 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 sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır."* şeklindedir.

MTK m. 4/f. 2 ise; *"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."* şeklindedir. Her iki maddeye göre kısaca, tahkim sözleşmesi (anlaşması) yazılı olarak yapılır (Şanlı, 2013: s. 269; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 583), ayrıca burada sayılan hallere uygun yapılır ise yazılı şekil şartı yerine gelmiş sayılır (Şanlı, 2013: s. 269; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 584) ve atıf yolu ile de kurulabilir (bkz. ve karş. Ekşi, 2003: s. 307).

HMK hükmü, kendisinden daha evvel yapılmış olan MTK hükmünün, tahkim "anlaşması" yerine, tahkim "sözleşmesi" ifadesinin kullanılması dışında aynısıdır. Zira yukarıda ifade edildiği üzere, 2011 tarihli HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri incelendiğinde, 2001 yılında yürürlüğe giren MTK'nın hükümlerinin önemsiz bazı farklarla birlikte neredeyse aynısı olduğu, bu bakımdan MTK'nın HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri için bir örnek teşkil ettiği, dolaylı olarak da MTK'nın dayanağı olan UNCITRAL Model Kanunu'nun her iki kanun için esas alınmış olduğu görülecektir (Dündar, 2008: s. 32. MTK bakımından bkz. Bozkurt Yüksel, 2011: s. 161).

Ancak her iki kanun için esas alınan metin, UNCITRAL Model Kanunu'nun 1985 tarihli metni olup, Kanun'un m. 7 (2) hükmünde, tahkim sözleşmesinin (anlaşmanın) yazılı şekilde yapılması gerektiği ifade edildikten sonra, yazılı şekilden ne anlaşılması gerektiği şöyle düzenlenmiştir (Özgür, 2008: s. 569; aynı yönde bkz. Dündar, 2008: s. 28-29): *"Anlaşmanın taraflarca imzalanan bir belgede veya taraflar arasında teati edilen mektuplarda, telekslerde, telgraflarda veya böyle bir anlaşmanın kaydını mümkün kılan diğer iletişim vasıtalarında yer alması veyahut dava ve cevap dilekçelerinin teatisi sırasında anlaşmanın varlığının bir tarafça ileri sürülüp, diğer tarafça inkar edilmemesi takdirinde yazılı şekil şartı yerine getirilmiş olur. Bir sözleşmede tahkim şartını ihtiva eden bir belgeye atıfta bulunulması halinde sözleşmenin yazılı olarak akdedilmesi ve atfın, bu şartı sözleşmenin bir cüz'ü haline getirecek şekilde yapılmış olması kaydı ile tahkim anlaşması yapılmış sayılır."* (Kanun hükmünün tercümesi için bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1032).

Söz konusu hüküm, tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gereğini öngören 1958 New York Sözleşmesi'nin ilgili hükmünü yakından takip etmekle birlikte, bu hükümden çok daha geniş ve esnektir (Esen, 2008: s. 84; Bozkurt Yüksel, 2011: s. 163). Zira New York Sözleşmesi'nin ilgili hükmünde yazılı şekil şartı ile sadece, taraflar arasında imzalanan bir belge ve teati edilen mektup veya telgraf yolu ile tahkim sözleşmesinin yapılması öngörülmüşken; Model Kanun'un bu hükmünde, bunlara ilaveten, teleks metinlerinin teatisi yanında başka iletişim araçlarının kayıtlarıyla ya da dava dilekçesi yoluyla zımnen tahkim sözleşmesi yapılabileceği, ayrıca tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılmasıyla da tahkim sözleşmesinin yazılı olarak kurulabileceği öngörülmüştür (bkz. ve karş. Bozkurt Yüksel, 2011: s. 163). Ancak ticari ilişkilerin hızlı gelişimi ve değişimi ile sayısındaki hızlı artış karşısında bu düzenleme de yetersiz kalmıştır (bkz. Özgür, 2008: s. 570).

Yazılı şekil şartının gerçekleşmesi için Model Kanun'da öngörülmüş bu kadar farklı hal olsa da, uygulamada bazı durumlarda tahkim sözleşmesinin yazılı olarak düzenlenmesinin mümkün olmadığı, ancak tarafların tahkim iradelerinin açık ve kesin olması halinde tahkim sözleşmelerinin geçerli kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu amaçla, Model Kanun'un tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin m. 7 hükmünün, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarıyla bağdaştırılması amacıyla yenilenmesi çalışmaları başlatılmıştır (Esen, 2008: s. 84-85). Ayrıca bu yenileme, uluslararası

alanda kabul edilen prensiplere yer verilmesi suretiyle Model Kanun hakkında, tek tip bir anlayışın oluşturulması amacını taşımakta; Model Kanun'un, 1958 New York Sözleşmesi'nin m. 2/ f. 2'deki yazılı şekil şartının üzerine inşa edilen, şekil kuralında yapılan değişiklik ile, uluslararası ticaret uygulamalarındaki yenilik ve teknolojik gelişmeler dikkate alınmaktadır (bkz. Esen, 2008: s. 85).

Bu çerçevede oluşturulan UNCITRAL Çalışma Grubu (Komisyonu), tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli konusunda iki farklı yaklaşımı yansıtan iki seçeneğe yer vermiş, bu alternatiflerin ilkinde tahkim anlaşmasının yazılılık kıstasları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş; ikinci alternatifte ise tahkim anlaşmasının şekline ilişkin herhangi bir husus belirtilmemiştir (Özgür, 2008: s. 572). Çalışma Grubu oturumlarında kendisine taraftar bulan bu seçenekler, 07 Temmuz 2006 tarihinde yenilenen UNCITRAL Model Kanunu'nun 7. maddesi kapsamında alternatifli olarak yer almıştır (Bozkurt Yüksel, 2011: s. 163; Özgür, 2008: s. 572, 577; Yener, 2015: s. 154, dn. 173).

Buna göre; UNCITRAL Model Kanunu'nun 7. maddesinde yer alan ve tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin düzenleme içeren ilk alternatif şöyle düzenlenmiştir:

"*2) Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması zorunludur.*

3) Bir tahkim anlaşmasının içeriği herhangi bir yazılı şekilde kaydedilmişse, tahkim anlaşması yazılsın veya yazılmasın veya sözleşme sözlü olarak veya başka vasıtayla akdedilmiş ise yazılı yapılmış sayılır.

4) Bir elektronik iletişim daha sonra incelenmesi mümkün olan bilgiyi içeriyorsa, tahkim anlaşması için şekil mecburiyetine uymuş sayılır; "elektronik iletişim" deyimi, verilerin gönderilmesi yolu ile tarafların yolladığı her iletişimi ifade eder; "verilerin gönderilmesi" deyimi ise, elektronik, manyetik veya optik veya benzeri yollarla özellikle, fakat sadece onunla sınırlı olmaksızın, bilgilendirilmiş verilerin değişimi (EDI), elektronik yollama, telgraf, teleks veya faksla oluşturulan, gönderilen, alınan veya saklanan veri değişimini ifade eder.

5) Ayrıca, dava ve savunma dilekçelerinde böyle bir tahkim anlaşmasının varlığı bir tarafça ileri sürülmüşse ve diğer tarafça onun varlığı inkar edilmezse, yazılı şekilde mevcut olur.

6) Bir tahkim şartını içeren bir sözleşme içindeki bir belgeye ilgide bulunma, yazılı tahkim anlaşması değerini taşır; yeter ki bu ilgide bulunma sözleşmenin bir parçasını oluştursun".

Söz konusu ilk seçeneğe göre; tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır. Ayrıca, içeriği herhangi bir şekilde kayda geçirilmiş bir tahkim sözleşmesi, sözlü olarak, zımni olarak veya diğer bir şekilde yapılmış olsa bile yazılı şekilde yapılmış kabul edilecektir. Bununla birlikte, içerdiği bilginin elektronik iletişim mekanizmaları yoluyla daha sonra da ulaşılabilir olması halinde tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılma zorunluluğu sağlanmış olacaktır. Son olarak davacı tarafından dava dilekçesinde tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesi halinde, davalı cevap dilekçesinde buna karşı bir itirazda bulunmazsa, yine şeklen bir tahkim sözleşmesinin kurulduğu kabul edilecektir (Esen, 2008: s. 85; Özgür, 2008: s. 575 vd.). Bu hükümde, Model Kanun'un 1985 tarihli ilk haline nazaran dikkat çeken husus, tahkim sözleşmesinin içeriğinin kayda geçirilmiş olması şartıyla, sözlü de olmak üzere herhangi bir şekilde yapılabileceği ve tarafların imzalarını veya taraflar arasında bir belge teatisini gerekli kılmamasıdır (Esen, 2008: s. 86). Zira bu hüküm, tahkim sözleşmesini ayakta tutmak için eskisine göre son derece esnek ve geleneksel iletişim yanında elektronik iletişim bakımından öngördüğü vasıtalarla da son derece geniştir.

Model Kanun'un revize edilen 7. maddesinde yer verilen ikinci alternatif ise, tahkim sözleşmesini şekli unsurlar bakımından herhangi bir açıklama getirmeden tanımlamaktadır (Esen, 2008: s. 86; Özgür, 2008: s. 572). Böylece tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği yönündeki düzenlemeye yer verilmemiştir (Özgür, 2008: s. 577-578).

Özetle; Model Kanun'un revize edilen 7. maddesi hükmünde yer alan ilk alternatifte tahkim sözleşmesine ilişkin iradenin nasıl beyan edildiğine önem verilmeden, sözleşmenin içeriğinin "herhangi bir şekilde kayıt altına alınmış olması"

şekil şartını yerine getirmek bakımından geçerli sayılmakta; ikinci alternatifte ise tahkim sözleşmesi herhangi bir şekle tabi tutulmamaktadır (Budak, 2012: s. 41).

Sonuç olarak, tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin gerek HMK, gerekse MTK'nın yukarıda verilen hükümlerinin, UNCITRAL Model Kanunu'nun 1985 tarihli ilk halindeki m. 7 hükmüne uygun, fakat 2006 yılında yenilenen şeklinden daha katı olduğu anlaşılmaktadır (Budak, 2012: s. 40). Budak, ayrıca bu hükmün hem eski BK m. 14, hem de Yeni BK m. 14'teki yazılı şekil şartından daha az şekilci, böylece daha yumuşak olduğunu da ifade etmektedir (bkz. Budak, 2012: s. 40).

Burada başka bir husus daha dikkat çekmektedir: MTK'nın 2001 yılında yapılması nedeniyle, kendisinden daha önce yapılmış ve o sırada halen yürürlükteki UNCITRAL Model Kanunu'nun 1985 tarihli metnini esas alması normaldir. Buna karşılık, UNCITRAL Model Kanunu 2006 yılında revize edilmiş olmasına rağmen, daha sonra yapılan ve 2011'de kabul edilen HMK için de, Model Kanun'un 2006 yılındaki revize edilmiş hali yerine MTK için esas alınmış 1985 tarihli metninin örnek alındığı görülmektedir. Bu hususu Budak, *"HMK'nın madde gerekçesinde bir açıklamaya yer verilmemekle birlikte, UNCITRAL Model Kanunu'nun revize edilen metni hazırlık çalışmaları sırasında "fazla ilerici" olarak değerlendirilmiş olmalıdır"* şeklinde ifade etmiştir (Budak, 2012: s. 41).

Öte yandan, UNCITRAL Model Kanunu'nun 2006 revizyonundan sonraki yeni 7. maddesinde öngörülen geniş ve esnek şekil şartları, hatta tahkim sözleşmesinin tamamen şekle tabi olmaktan çıkarılması çerçevesinde yapılmış bir tahkim sözleşmesine istinaden gerçekleşen bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının, tanınması ve tenfiz hususunda karar verilmemesi riski ile karşılaşılabilir. Zira yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi 1958 New York Sözleşmesi'ne göre, sadece yazılı şekle tabi tahkim sözleşmelerine dayanan tahkim yargılamaları neticesinde verilen hakem kararları bakımındandır. Bu hususta Budak haklı olarak, sadece milli tahkim bakımından değil, milletlerarası tahkim bakımından dahi tahkim sözleşmesinin şekle tabi olmaktan tamamen çıkarılmasının, New York Sözleşmesi'ne göre tanınması ve tenfizi mümkün olmayan hakem kararlarının ortaya çıkmasına sebep olabileceği ve bunun da tahkime olan güvenin arttırılması ve tahkim uygulamasının yaygınlaştırılmasını teşvike yönelik hukuk politikasının amacı ile

bağdaşmayacağını ifade etmektedir (Budak, 2012: s. 41). Budak, ayrıca bu hükmün hem eski BK'nun m. 14, hem de Yeni BK m. 14'teki yazılı şekil şartından daha az şekilci, böylece daha yumuşak olduğunu da ifade etmektedir (bkz. Budak, 2012: s. 41).

Alman hukukunda ise, ZPO'nun tahkim anlaşmasının şekli başlıklı 1031. maddesinde tahkim sözleşmesinin geçerli suretle yapılması için uyulması gerekli şekil, hem 1985 UNCITRAL Model Kanunu'nun 1985 tarihli ilk haline dolayısıyla hem de MTK ve HMK'nın yukarıda aktarılan hükümlerine göre daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu madde şöyle tercüme edilebilir: *"(1) Tahkim anlaşması ya taraflardan birisince imzalanmış bir belgede ya da taraflar arasında teati edilen mektup (yazı), faks, telgraf veya anlaşmanın yapıldığını ispatlayacak şekilde başka iletişim biçimlerinde yer almalıdır.*

(2) Şayet tahkim anlaşması taraflardan birisince diğerine veya üçüncü bir şahıs tarafından her iki tarafa gönderilen bir belgede yer alıyor ve bu belgenin içeriğine zamanında itiraz edilmemesi halinde, örf ve adete göre bu belgenin içeriği sözleşmenin içeriğine dahil olmuş kabul ediliyorsa, bu halde de birinci fıkrada öngörülen şekil gerçekleşmiş sayılır.

(3) Bir ve ikinci fıkradaki şekil şartlarına uygun bir sözleşmede tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yapması halinde, şayet bu atıf tahkim şartını asıl sözleşmenin bir unsuru haline getiriyorsa, bu halde bir tahkim anlaşması kurulmuş olur.[60]

(4) (Yürürlükten kaldırılmıştır.)

(5) Bir tüketicinin tarafı olduğu tahkim anlaşmaları (-nın geçerli olması için), tarafların kendi el yazısıyla imzaladıkları bir belgede bulunmalıdır. Birinci cümleye uygun yazılı şekil, Medeni Kanun'un 126a maddesine uygun olarak elektronik şekilde yapılması ile ikame edilebilir. Tahkim sözleşmesi olarak nitelendirilmeyen başka bir belge veya elektronik doküman içerisine tahkim şartı sonucu doğuracak bir hüküm derc edilemez. Bu, noter tarafından yapılacak belgelendirme bakımından geçerli değildir.

[60] Anılan 1 ve 2. fıkraların benzer bir tercümesi için bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1033; 3. fıkra için ise bkz. aynı eser, s. 1039.

(6) Tahkim yargılaması hakkında esasa cevap verilmesiyle şekil eksikliği giderilir."

Görüleceği üzere, ZPO'nun anılan hükmünde tahkim sözleşmesinin şekli bakımından, aşağıda ele alacağımız haller hem ayrı fıkralarda hem de HMK ve MTK'daki hükümlere göre daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Birinci fıkraya göre, tahkim sözleşmesi ya bir taraf(lar)ca imzalanmış bir yazı veya aralarında teati ettikleri bir başka yazı, faks çıktısı gibi belgede yer almalıdır. Ancak teati edilen bu belgelerde tahkim sözleşmesinin yapıldığının ispatı aranacaktır (Gottwald, 2005: s. 286, kn. 14). Müteakip iki ve üçüncü fıkralarda yazılı şekil şartının yerine gelmiş sayılacağı diğer haller düzenlenmiştir (bkz. Schilken, 2014: s. 393, kn. 846).

Ayrıca anılan maddenin beşinci fıkrasında, hukukumuzda düzenlenmemiş olan bir şekil şartı daha öngörülmüştür. Bu hüküm tüketiciler için getirilmiş bir koruma hükmüdür (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 5). Zira bu fıkranın ilk cümlesinde, tahkim sözleşmesinin bir tarafının tüketici olması halinde, o tahkim sözleşmesinin geçerli olması tarafların kendi el yazısıyla imzaladıkları bir belgede yer alması şartına bağlanmıştır (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 787; Schilken, 2014: s. 393, kn. 846; Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 5.). Bu bakımdan, içinde tahkim şartı bulunan genel işlem şartlarına yapılan atıf, tahkim sözleşmesinin kurulması için yeterli değildir. İki tarafın tahkim sözleşmesini aynı anda imzalaması zorunlu değildir. Ancak kişilerin kendi imzaları zorunlu olup, burada temsil geçersizdir. Öte yandan üçüncü bir şart ise, böyle bir sözleşmenin sadece tahkime ilişkin olmasının zorunluluğudur. Ancak bu sözleşmenin hakem sözleşmesi hakkındaki yükümlülükler, hakem mahkemesinin oluşturulması, tahkim yargılamasına ilişkin kuralları içermesi nasıl zorunlu değilse, aynı şekilde sözleşmenin özel bir belge (form) şeklinde düzenlenmesi de zorunlu değildir (tüm bu açıklamalar için bkz. Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 5). Fıkranın devam eden cümlelerinde ise bu şartın yerine sayılabilecek şekil şartlarına yer verilmiş ve istisnaları belirtilmiştir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 5). Bunun sebebi, noterin tahkim sözleşmesi yapılırken tüketiciyi bu hususta bilgilendirebileceği veya uyarabileceği düşüncesidir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 5).

Son fıkrada ise tahkim yargılamasında uyuşmazlığın esasına girilmesi ile şekil eksikliğinin giderilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır (bkz. Grunsky, Lacoby, 2014: s. 255, kn. 805; Schilken, 2014: s. 393, kn. 846; Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 6). Buradaki eksikliğin giderilmesi için tarafın bu yönde açık bir iradesinin bulunması aranmaz. Sadece uyuşmazlık hakkında işin esasına girilmesi yeterlidir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 6). Böylelikle bütün bu hükümlerde, Alman kanun koyucunun daha kazuistik bir şekilde düzenleme yaptığını görmekteyiz.

Şimdi burada, hem HMK hem de MTK'nın tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin hükmünde zorunlu tutulan yazılı şekil şartının nasıl yerine getirilmiş sayılacağı ayrı ayrı ele alınacaktır.

7.2.4.4.1. Tahkim Sözleşmesinin Taraflarca İmzalanmış Bir Belgede Yer Alması

Hem HMK hem de MTK'nın tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin hükmünde, sözleşmenin yazılı şekilde yapılacağı belirtildikten sonra, yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılacağı ilk hal, en klasik yöntem olan, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış "yazılı bir belgede" yer alması veya bu belgeye bağlanmasıdır (Akıncı, 2013: s. 116; Yener, 2015: s. 157). Yazılı bir belge" ifadesi bakımından Kalpsüz 2003 tarihli makalesinde, UNCITRAL Model Kanunu'nun 1985 tarihli metninde "taraflarca imzalanmış bir belge" denilmesine karşılık, 4686 sayılı MTK'nın m. 4/ f. 2 hükmünde "taraflarca imzalanmış yazılı bir belge"den bahsedildiğini, zaten "belge" kavramının "itimad edilen yazı" anlamına gelmesi nedeniyle, ayrıca "yazılı" belge şeklinde ifade etmenin gereksiz bir tekrardan başka bir şey olmadığını ve böyle bir hatanın kanunda yer almaması gerektiğini ifade etmektedir (bkz. Kalpsüz, Anlaşma, s. 1033). Öte yandan 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'nın 199. maddesine göre, *"Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir."* Buna göre, Kalpsüz'ün belge bakımından söylediği zamanında doğru olsa da, HMK

bakımdan belgenin artık yazarın ifade ettiğinin aksine sadece yazılı olanlarla sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır.

Hukukumuzda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yazılı şekil şartı tarif edilmiş olup, bu husus Kanun'un 14. maddesi 1. fıkrasında; *"Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur."* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmede borç altına giren şahsın imzasının bulunması mecburi ve yeterlidir. Dolayısıyla sözleşme şayet iki tarafa birden borç yüklüyorsa her iki tarafın da imzası bulunmalıdır (Tuğ, 1994: s. 12; İnal, 2005: s. 137). Ancak sözleşme metnini tarafların aynı anda imzalamaları ve imzaların aynı metin üzerine atılması da şart değildir. Bu nedenle tarafların her birinin beyanının ayrı metinlerde yer alması ve bu metnin beyanda bulunan bir tarafça imzalanarak diğer tarafa verilmesi kural olarak yeterlidir (bkz. İnal, 2005: s. 137). BK m. 14/f. 1 ile "tahkim sözleşmesi (anlaşması) yazılı şekilde yapılır" şeklindeki HMK m. 412/ f. 3, 1. cümle ve MTK m. 4/ f. 2, 1. cümle hükmü birlikte değerlendirildiğinde, yazılı olarak yapılması gereken tahkim sözleşmesinin de borç altına girenlerce imzalanmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, tahkim sözleşmelerinin her iki tarafa borç yüklemesi nedeniyle de, sözleşmede sözleşmenin her iki tarafının da imzasının bulunması gerekmektedir (Kuru, 2001: s. 5944; Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 1). Aksi halde Türk Hukuku açısından tahkim sözleşmesi geçersiz olacaktır (karş. Akıncı, 2013: s. 116-117). Tahkim sözleşmenin yapıldığı yer ve tarihin bulunması ise zorunlu değildir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 1).

Ancak Borçlar Kanunundaki bu hükme dayanmaya zaten ihtiyaç yoktur. Zira HMK m. 412/ f. 3, 2. cümle ve MTK m. 4/ f. 2, 2. cümlenin başında yer alan "… tahkim sözleşmesinin (anlaşmasının) **taraflarca** imzalanmış yazılı bir belgeye ..." şeklindeki ifadeden, yazılı bir belgeye geçirilmiş bir tahkim sözleşmesi için her iki tarafın imzasının şart kılındığı anlaşılmaktadır. Ancak bu hükmü, her iki tarafın imzasının aynı metin üzerinde bulunması veya aynı anda imzalanması zorunludur şeklinde de anlamamak gerekmektedir. Örneğin, taraflar sözleşme üzerinde mutabık kaldıktan sonra, bir taraf imzasını atıp diğer tarafa sözleşmenin bir örneğini teslim etmiş ise, kendisine teslim edilen sözleşmeyi imzalamayan taraf daha sonra tahkime başvuracak olursa, imza atan tarafın tahkim sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi

çelişkili davranmış olması nedeniyle dürüstlük kuralına uygun olmayacaktır. Ayrıca imzası bulunmayan tarafın, dava açmadan az evvel imzalamasına bir engel de yoktur.

Sonuç olarak, tahkim sözleşmesi asıl sözleşme içinde yer alan bir şart olarak veya asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapılmış ise, her iki halde de tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış olması gerekir (Erkan, 2013 (a): s. 57; Ulusoy, 2009: s. 204). Ayrıca tahkim sözleşmesinin sadece parafe edilmesi yeterli değildir (bkz. Kuru, 2001: s. 5944; Ulusoy, 2009: s. 204; Dayınlarlı, 2004: s. 30). Bu hususta HUMK döneminde verilmiş bir eski tarihli bir kararda Yargıtay; *"tahkimnamede imza yerine (paraf) bulunursa, Usulün 517. maddesindeki (şimdi HMK m. 412/ f. 3, c. 1 ve MTK m. 4/ f. 2, c. 1) tahririlik şartı tahakkuk etmemiş olur"* şeklinde tespitte bulunmuştur (bkz. Yargıtay TD.'nin 07.02.1949 tarihli ve E. 1948/4336, K. 1949/627 sayılı kararı, TYK 1949/1, s. 16). Yargıtay verdiği bir kararında *"... davalının dayandığı paket-tur sözleşmesinde davacıların veya yetkili temsilcisinin imzası bulunmadığına göre, geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz etmek olanaksızdır..."* ifadeleriyle, tahkim sözleşmesinin geçerliliği için taraf(lar)ın imzasının arandığını ortaya koymuştur (Yargıtay 13. HD.'nin 12.4.2006 tarihli ve E. 2006/521, K. 2006/5446 sayılı kararı için bkz. (Kazancı İçtihat Bankası); aynı yönde bir başka karar için bkz. Yargıtay 13. HD.'nin 25.9.2006 tarihli ve E. 2006/7789, K. 2006/12275 sayılı kararı için bkz. (Kazancı İçtihat Bankası).

Bu durumda, tahkim şartı içeren asıl sözleşmenin yazılı yapılması şart kılınmamış olsa da, geçerli bir tahkim sözleşmesinin (şartının) yazılı olarak yapılması ve her iki tarafın imzasının bulunmasının getirdiği zorunluluk, asıl sözleşmenin yazılı yapılması ve her iki tarafça imzalanması mecburiyetini de beraberinde getirmiş olacaktır. Öte yandan müstakil tahkim sözleşmesi yapılması halinde, asıl sözleşme yazılı olmasa veya imzalanmamış olsa da, müstakil tahkim sözleşmesinin yazılı olması ve imzalanması zorunlu olacaktır (Erkan, 2013 (a): s. 58).

Tahkim sözleşmesinin bir tarafında, ister iş ortaklığı isterse de konsorsiyum şeklinde oluşturulmuş olsun bir ortak girişimin bulunması halinde, ortak girişimi oluşturan ilgili gerçek veya tüzel kişilerin hepsinin tahkime gitme yönünde

iradelerinin, tahkim sözleşmesinde açık bir şekilde belirtilmesi ve bütün ortakların imzasının bulunması gerekmektedir (bkz. ve karş. Dayınlarlı, 2004: s. 27-28).

İçinde tahkim şartı yer alan bir asıl sözleşme henüz taslak halindeyken ve taraflarca imzalanmadan, (şayet hukuken başka bir engel bulunmuyorsa) ifa hareketleriyle kurulması halinde, sözleşme içinde yer alan tahkim şartının da ifa hareketleriyle kurulduğu söylenemez. Zira ayrılabilirlik ilkesi gereği tahkim sözleşmesinin (şartının) asıl sözleşmeden ayrı olarak kendi geçerliliğini ortaya koyması nedeniyle, tahkim sözleşmesi için yazılı şekil şartı aranmaya devam edecek ve bu şart için imza da gerekli bir unsur olacaktır. Bu nedenle, böyle bir durumda tahkim sözleşmesinin kurulduğunu söylemek mümkün değildir (Erkan, 2013 (a): s. 58. Karş. Esen, 2008: s. 113).

7.2.4.4.2. Tahkim Sözleşmesinin Taraflar Arasında Teati Edilen Mektup, Teleks, Faks Gibi Bir İletişim Aracıyla Gönderilmiş Olması

HMK m. 412/ f. 3 ve MTK m. 4/f. 2'de yer alan tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin olarak, yazılı şekil şartının yerine gelmiş sayılacağı kabul edilen ikinci durum, tahkim sözleşmesinin taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına gönderilmiş olmasıdır.

Dikkat edilirse, taraflar arasında tahkim sözleşmesini doğuracak metnin (şartın) burada sayılan iletişim araçlarından biriyle "teati" edilmesi gerekmekte olup, tek taraflı bir gönderim tahkim sözleşmesinin kurulması için yeterli olmayacaktır (Bkz. Ekşi, 2013: s. 102). Ayrıca anılan fıkranın, "… *taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks* ***gibi*** *bir iletişim aracına …"* hükmünde geçen "gibi" kelimesinden, henüz bilinmeyen ancak taraflar arasındaki metnin teati edilmesine imkan verebilecek gelecekte ortaya çıkması muhtemel iletişim araçları yoluyla da teatinin ve böylece yazılı şekil şartının sağlanacağı anlaşılmaktadır (aynı yönde bkz. ve karş. Akıncı, 2013: s. 117-118). Taraflar arasında yapılacak bu teatinin, aynı türden iletişim aracıyla da yapılması zorunlu değildir. Örneğin; satıcı, içinde tahkim şartı yer alan bir satış sözleşmesini mektup yoluyla göndermişken, alıcının

sözleşmeyi kabul ettiğine ilişkin bildirimini faks yolu ile yapması, tahkim sözleşmesinin teati edilen bir iletişim aracında yer alması bakımından yeterlidir.

Taraflar arasında teati edilen bir kısım iletişim araçları ile yapılan tahkim sözleşmesi hususunda, Yargıtay bir kararında, "… *Hakem kurulunu içeren teklife, davalının satıcı sıfatıyla cevap vererek akdi ilişki kurulmuş olmasına ve bu şekilde taraflar arasında yazılı biçimde tahkim sözleşmesinin oluştuğunun kabulü ... gerekmiştir ...*" ifadesinde bulunmuştur (11. HD.'nin 18.6.1991 tarihli ve E. 1990/2296, K. 1991/4166 sayılı kararı için bkz. Şanlı, 2002: s. 778-779, dn. 4; YKD 1991/11, s. 1670-167).

Benzer bir kararında, "… *Davacı tarafın teleksle hakemi tayin ve tespit etmesi üzerine davalı taraf yine aynı yolla tayin edilen bu hakemi kabul ettiğini cevaben bildirmiş ve hakem nezdindeki davayı da taraf temsilcileri takip ve imzalı dilekçeler vermiş olmalarına nazaran tahkimnamenin mevcut olmadığına ilişkin temyiz itirazı yerinde görülmemiştir ...* " şeklinde tespitte bulunmuştur (11. HD.'nin 02.10.1979 tarihli ve E. 1979/3855, K. 1979/4351 sayılı kararı için bkz. (YKD 1980/2, s. 245-246; BATİDER 1980/X/3, s. 864-865).

Yüksek mahkemenin başka bir kararında; *"Hakemini seçen davacı, karşı tarafa yazılı olarak kendi hakemini seçmesini bildirmiş ve o tarafça da yazılı olarak hakem tayin edilerek davacı tarafa tebliğ olunmuştur. Bu durumda hakem (tahkim) sözleşmesi tahakkuk etmiş sayılmak lazımdır ..."*şeklinde hüküm vermiştir (TD.'nin 08.6.1966 tarihli ve E. 1966/1287, K. 1966/1951 sayılı kararı için bkz. (ABD 1966/4, s. 772).

Burada ortaya çıkan bir diğer husus, tahkim sözleşmesinin taraflar arasında mektup, telgraf, teleks, faks gibi iletişim araçlarıyla teati edilmesi halinde, bu metinlerde taraf imzalarının aranıp aranmayacağıdır. Tahkim sözleşmesinin şekli hususundaki HMK m. 412/ f. 3, c. 2 ve MTK'nın m. 4/f. 2, c. 2 hükümlerinde, tahkim sözleşmesinin yazılı şekil şartının yerine gelmiş sayılacağı ilk ve en klasik durum olarak, yazılı bir belgeye geçirilmiş olması halinde, bu yazılı belgenin taraflarca *"imzalanmış"* alması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık anılan cümlelerde yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılacağı, tahkim sözleşmesinin taraflar

arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına (veya elektronik ortama) geçirilmiş olması halleri için ise imza unsurunun aranıp aranmadığı ise bu kadar açık anlaşılabilir değildir.

Bu hususta, bilhassa Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Uluslararası Sözleşmeler esas alınarak yapılan çalışmalarda, bizim katılmadığımız genel kabul gören görüş, tahkim sözleşmesinin taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına (veya elektronik ortama) geçirilmiş olması halleri için ise imza unsurunun aranmadığı yönündedir (bkz. Şanlı, 2013: s. 269; Deren Yıldırım, Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, s. 45; Ekşi, 2013: s. 102; Erkan, 2013 (a): s. 57; Özel, 2008: s. 64; Yener, 2015: s. 160). Hem HMK'nın hem de MTK'nın anılan hükümlerinde tahkim sözleşmesinin, önce taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye bağlanmasından bahsedilmiş, sonra, taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına geçirilmiş olmasından bahsedilmiştir. Doktrinde bu şekilde bir görüşün ortaya çıkmasında, anılan kanun hükümlerindeki cümlenin bu kısmında, imza kelimesinin hiç geçmemesi, bu iletişim yollarıyla gönderilen tahkim sözleşmesine ilişkin metinlerin, imza olmaksızın sadece bu yollarla gönderilmesinin yeterli olacağı kanaatini uyandırmış olmalıdır. Ancak açık olmayan bu hususla ilgili olarak Borçlar Kanununa bakmak gerekmektedir.

Özellikle doktrinde borçlar hukuku alanında çalışan yazarlarca, özelde tahkim sözleşmesi bakımından olmamakla birlikte, genel olarak sözleşmeler bakımından, hukukumuzda 6098 sayılı TBK m. 14/ f. 2'deki[61] açık hükümden de anlaşılacağı üzere mektup veya telgraf yolu ile yapılan sözleşmelerde, yazılı şeklin gerçekleşmesi için mektup ve telgrafın (postanede kalan aslının) imzalı olması gerektiği ifade edilmektedir (Eren, 2015: s. 275; Nomer, 2015: s. 102; Antalya, 2012: s. 331). TBK'nın m. 14/ f. 2'sine karşılık gelen eski BK'nın m. 13/ f. 2[62] hükmü, yeni teknolojik gelişmelerden önce ihdas edilmiş olması sebebiyle sadece mektup ve

[61] Anılan fıkra; *"Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer*." hükmündedir..

[62] Söz konusu hükme karşılık gelen mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun m. 13/ f. 2 ise, "*Hilafı kanunda yazılı olmadıkça imzalı bir mektup veya asli borcu üzerine alanlar tarafından imza edilmiş olan telgrafname tahriri şekil makamına kaim olur."* şeklinde ve yeni düzenlemeden daha dar bir hüküm içermekteydi.

telgrafa ilişkin ve zamanının Türkçesi ile kaleme alınmış, fakat aynı hükmü içermekteydi. Bu nedenle, aynı sonuç mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu bakımından da söz konusu idi (bkz. Altaş, 1998: s. 62-64; Şit, 2005-2006: s. 421; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 282, kn. 9). Dolayısıyla, gerek mektup gerekse telgraf teatisi, kanunun yazılı şekil için aradığı şartları taşıması, yani mektubun kendisinin telgrafta ise postaneye teslim edilen asılın imzalı bulunması halinde, yazılı şekle esas alınabilir olup, aksi halde yazılı şeklin gerçekleştiği kabul edilemeyecektir (bkz. Tuğ, 1994: s.63-64; Alman hukukuna aynı yönde bkz. Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 1).

Teleks ve faks bakımından, ise mülga 818 sayılı BK'nın m. 13/ f. 2 hükmünde açık bir düzenleme bulunmamaktaydı ve bu iletişim araçlarının özelliklerine göre değerlendirme yapılmaktaydı (Oğuzman, Öz, 2014: s. 148; Şit, 2005-2006: s. 421). Örneğin; faksta yazılı metin ve imzanın, faks çıktısı veya fotokopi şeklinde de olsa muhataba ulaştığı ve bu nedenle gönderen bakımından yazılı şeklin gerçekleştiği ileri sürülmüş, ancak, faks yoluyla gönderimlerde, metin ile imzanın montaj yoluyla birleştirilmesinin mümkün olması nedeniyle, şekle uygun bir irade beyanının bulunmadığının her zaman iddia edilebileceği de belirtilmiştir. Ayrıca teleks bakımından ise bu iletişim aracının imza atılmasına elverişli olmaması nedeniyle yazılı şeklin gerçekleşmesinin mümkün olamayacağı ifade edilmiştir (bkz. Eren, 2015: s. 275; Kocayususfpaşaoğlu, s. 298, kn. 33; Altaş, 1998: s. 63). Zira telgraftan farklı olarak teleks metni PTT'ye verilmeyip gönderenin elinde kalmaktadır. Bu durumda bir teleks mesajı alan tarafın, gönderenin elindeki nüshayı gönderenin imzalamış olup olmadığını bilmesi mümkün olmayacağı gibi, imzalı olsa bile ne zaman imzalandığını bilmesi de beklenemez. Bu bakımdan borç altına girenlerin imzasını taşımadıkları için teleks mesajlarının yazılı şekil şartını sağladığından bahsedilemez (bkz. Kocayususfpaşaoğlu, s. 298-299, kn. 33). Ayrıca Altaş, telefeks kullanımında metnin orijinalini gönderen kişide kaldığı için henüz açıklanmış bir irade beyanından söz edilemeyeceğini belirtmiştir (bkz. Altaş, 1998: s. 63). Nomer, faksla gönderilen imzalı metinlerin yazılı şekil koşulunu sağlayıp sağlamadıklarının tartışmaya açık olduğunu belirtmiştir (bkz. Nomer, 2015: s. 102). Bu hususta Kocayusufpaşaoğlu'na göre, faks yolu ile gelen mesaj (çıktı) aslında, bu yolla gönderilecek bir metnin fotokopisinin karşı tarafa ulaşması olup, bir fotokopi

cihazında çekilen fotokopinin elden veya mektup yolu ile karşı tarafa gönderilmesi halinde, gönderilene varan fotokopi metnin orijinal el yazısı ile imzayı içermemesi nedeniyle geçersiz sayıldığı doktrin ve Yargıtay'ca kabul edildiğine göre, faks yolu ile gönderilen metnin çıktısında imza bulunması halinde de aynı sonuç olacaktır. Bu nedenle faks yolu ile gönderilen metinlerin fotokopilerinde imza olsa da orijinal imza olmadığı için yazılı şekil şartının sağlanmadığı söylenecektir (Kocayususfpaşaoğlu, s. 299-300, kn. 34).

Buna karşılık, 6098 sayılı TBK'nın m. 14/ f. 2 hükmünde, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçlarıyla gönderilen metinlerin yazılı şekil yerine geçecekleri açıkça düzenlenmiştir. HMK ve MTK'nın yukarıda zikredilen hükümlerinde teleks kelimesi faks ile birlikte kullanılırken, TBK'nın bu hükmünde faks ismen zikredilirken, telekse yer verilmemiştir. Bunda ise teleksin günümüz teknolojisinde artık kullanılmamasının rolü açıktır.

Hükmün bu kısmı ile ilgili olarak Nomer, faks veya benzer iletişim araçlarıyla gönderilen metinler bakımından imza koşuluna yer verilmediğini, ayrıca teyit bakımından kanunda bir açıklık bulunmadığı, bu bakımdan her hangi bir şekil ve süre öngörülmediğini belirtmektedir (Nomer, 2015: 102). Keza Antalya da, faks yolu ile gelen çıktının (veya fotokopinin) üzerinde imza bulunsa da, orijinal (ıslak) imza olmadığı için metinde imza unsurunun eksik olacağını ve bu nedenle yazılı şekil şartının gerçekleşmeyeceğinin kabul edileceğini, bu nedenle de Kanun'un yazılı şekil şartının gerçekleşmesi için faksın gittiğinin teyit edilmesini aradığını belirterek, teyit edilmiş olması şartıyla faksta imzanın bulunmasının şart olmadığını ifade etmiştir (Antalya, 2012: s. 332-333). Ancak Nomer'in bu görüşüne katılmıyoruz. Zira faks ve benzer iletişim araçlarının fonksiyonu, mekanları birbirinden uzak olan tarafların birbirlerine çeşitli metinleri fiziksel olarak bir araya gelmeden mektup ve telgraftaki gibi insan aracılığı da olmaksızın daha kolay, kısa sürede ve az masrafla ulaşmasını sağlamaktır. Bir metnin bu şekilde gönderilmesi, o metnin altının imzalanmamasını gerektirmez. Bu nedenle nasıl ki mektupla gönderilen bir tahkim sözleşmesinin imzalı olması geçerliliği için aranan bir şart ise, aynı sözleşmenin faks yolu ile diğer tarafa gönderilmesinde de imzalı olması, tahkim sözleşmesinin geçerliliği için kanaatimizce aranmalıdır (Alman hukuku bakımından aynı yönde görüş için bkz.

Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 1). Zira imza faks cihazına atılmadığı için, teleksteki gibi teknik bir imkânsızlık da bulunmamaktadır.

Netice itibariyle, tahkim sözleşmesinin mektup, telgraf, faks ve benzeri iletişim araçlarıyla teati edilmesi halinde, teati edilen metinlerde gönderen tarafın imzasının bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca imzaların aynı metin altına atılmış olması da şart değildir. Sözleşmenin taraflarının her birinin kendi gönderdiği metni imza etmiş olması yeterli olacaktır (Aynı yönde bkz. Balcı, 1999: s. 121).

Özellikle kıymetli evraka konulan tahkim şartları bakımından ise, yazılılık şartı ve iletişim araçlarıyla teati edilmesi hususunda şunlar söylenebilir:

1- Şayet bir ticari senede tahkim şartı konulmuş ise bu şart, o senede derc edilmiş olan tahkim şartını görmüş ve buna razı olmuş olarak senedi tesellüm etmiş, kabul etmiş, ciro etmiş yahut aval vermek suretiyle senetteki tüm hak ve kısıtlamalarla birlikte o senedi imzalamak suretiyle iktisap etmiş olan kimseler için bağlayıcı olacaktır. Dolayısıyla poliçe, çek, bono, konişmento gibi kıymetli evraka konulmuş olan tahkim şartı, senedin kendisine karşı tahkim yoluna başvurulmak istenen tarafça düzenlenmiş ise yahut kabul edilmiş ya da ciro edilmiş veya aval verilmiş olması hallerinde geçerli olacaktır (Kalpsüz, 2003: s. 1034; Yener, 2015: s. 160). Yargıtay'a göre de *"... Nasıl ki tarafların, bonodan dolayı aralarında bir uyuşmazlık çıktığı takdirde, bu uyuşmazlığı çözmek için mahkemeye değil, hakeme gitmeyi kararlaştırmaları ve bonoya hakemlerin ad ve soyadlarını yazmaları mümkün ve bu tahkim kaydı, senedi ciro yolu ile alanları bağlar ise, kıymetli evrak olan konişmentoya da aynen bono gibi tahkim kaydını yazmaları mümkün ve yasaldır. Hamil bu şartı kabul etmiyorsa konişmentodaki tahkim kaydını çizerek ciro etmesi gerekir. Aksi halde bu tahkim şartı gönderileni bağlayacaktır."* (11. HD.'nin 13.3.1998 tarih ve E. 1997/9447, K. 1998/1703 sayılı kararı için bkz. Ekşi, 2007: s. 447-449).

2- Sözlü veya telefon görüşmesinde yapılan bir sözleşme veya beyanların teyid edilmesi için gönderilen ve içinde tahkim şartı bulunan bir teyid mektubuna, sekiz gün içinde itiraz edilmemesi halinde, mektubun daha önce yapılan sözleşme veya beyanlara uygun olduğunun kabul edilmiş sayılacağına ilişkin kurala istinaden,

başlangıçta geçerli olarak yapılmamış bir tahkim şartının da (sözleşmesinin de), teyid mektubuna süresinde itiraz edilmediği için geçerlilik kazanacağı kabul olunamaz. Zira tahkim sözleşmesi veya şartının yazılı olarak yapılması gerektiğinden, sözlü veya telefon görüşmesinde tahkimin kararlaştırılması geçerli değildir (Kalpsüz, 2003: s. 1034).

3- Daha önce taraflar arasında mevcut bulunan bir sözleşmenin ifası sırasında, bir mal veya hizmet satmış, imalat yapmış veya bir işi görmüş veyahut bir menfaat temin etmiş olan tarafın bunların karşılığında düzenlediği faturaya tahkim şartı koyması halinde, faturayı alan diğer tarafın sekiz gün içinde faturanın içeriğine ilişkin bir itirazda bulunmaması halinde, faturanın içeriğini kabul etmiş sayılacağı esasından hareketle, fatura içindeki tahkim kaydının da geçerli sayılması mümkün değildir. Zira tahkim kaydı bir faturanın içeriğine dahil olmadığı için faturayı alan kişiye bu hususta bir inceleme yapma mecburiyeti yüklenemeyeceği gibi, faturayı teslim alanın bunu imzalaması da söz konusu değildir (Kalpsüz, 2003: s. 1035).

4- Yazılı olarak yapılan bir çarter sözleşmesine konulacak bir tahkim şartı, kural olarak sadece çarter sözleşmesinin taraflarını bağlayacaktır. Ancak çarter sözleşmesinin tamamlanmasında ne imzası ne de iradesi bulunan emtianın gönderilen tarafı, bu sözleşmeyi dahi görmemektedir. Elinde sadece konişmento bulunan tarafın, şartlarını dahi bilmediği bir çarter partideki hükümlere ve dolayısıyla da tahkim şartına yönelik rızasının olduğunu kabul etmek mümkün değildir (Kalpsüz, 2003: s. 1035).

5- Konişmento bakımından ise, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun[63] konişmentonun içeriği hakkındaki m. 1229/ f. 1'de sayılan hususlardan birisi, k) bendinde yer verilen *"Taşıyan veya onu temsilen hareket eden kişinin imzasını"* dır. Bu hükme karşılık gelen, mülga 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun 1098. maddesinde ise konişmentoyu düzenleyen taşıyan, kaptan veya donatanın yetkili kıldığı herhangi bir kimsenin imzasının yer alması gerektiğine ilişkin bir hüküm mevcut değildi. Bununla birlikte 6102 sayılı TTK'nın m. 1228/ f. 5 metni ise *"Yükleten, istem üzerine, konişmentonun kendisi tarafından imzalanmış olan bir*

[63] 13.01.2011 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

kopyasını taşıyana vermek zorundadır." hükmündedir. Söz konusu hüküm, mülga 6762 sayılı eski TTK'nın 1097/f. 3 hükmünün neredeyse aynısıdır. Bu hükümler çerçevesinde değerlendirildiğinde, navlun sözleşmesi ile ilgililerden biri olan gerek yükletenin gerekse taşıyanın, imzasının bulunduğu bir konişmentoda şayet bir tahkim kaydına yer verişmiş ise, konişmento dolayısıyla da içindeki tahkim kaydı ile bağlı olmaları söz konusu olacaktır (Kalpsüz, 2003: s. 1036).

7.2.4.4.3. Tahkim Sözleşmesinin Elektronik Ortama Geçirilmiş Olması

HMK m. 412/ f. 3 ve MTK m. 4/f. 2'de düzenlenen tahkim sözleşmesinin yazılı şekil şartının yerine gelmiş sayılacağı kabul edilen üçüncü durum, tahkim sözleşmesinin elektronik ortama geçirilmiş olmasıdır. Elektronik ortam kavramı, elektronik iletişimin bir sonucu olarak ortaya çıkan ve bilginin bilgisayarlar tarafından işlenebilecek şekilde sayısal olarak ortaya çıkarıldığı, iletildiği ve kullanıldığı sanal bir ortam olarak tanımlanabilecektir (bkz. Falcıoğlu, 2004: s. 47. Aynı yönde bkz. Şit, 2005-2006: s. 423). Elektronik iletişim kavramı ise geniş ve dar anlamda ifade edilebilir. Bir üst kavram olarak "geniş anlamda elektronik iletişim" ile radyo, televizyon, teleks, faks, bilgisayar ve benzer teknolojik araçlar üzerinde kurulan iletişim; "dar anlamda elektronik iletişim" ile ise, bilgisayarlar aracılığıyla hazırlanması, iletilmesi ve ekranında görüntülenmesi suretiyle öncelikle internet olmak üzere sadece ağlar üzerinden kurulan iletişimi ifade bilgilerin veri mesajı şeklinde ifade edilmektedir (bkz. Falcıoğlu, 2004: s. 47. Aynı yönde bkz. Şit, 2005-2006: s. 422-423).

Dünyada son yirmi beş otuz yıllık süreçte, özellikle bilgisayar ve elektronik iletişim teknolojisinde meydana gelen hızlı değişim ve gelişim, sadece kişiler arasındaki iletişimi, bilgiye ulaşımı ve paylaşımını kolaylaştırmakla kalmamış, aynı zamanda özellikle internet ve elektronik posta yoluyla kişiler arasındaki ticari ilişkilerin ve faaliyetin artmasına, daha hızlı ve uzaklık farkı gözetilmeksizin kolaylıkla ticaret yapılır hale gelmesine çok ciddi katkı sağlamıştır. Öyle ki, artık internet ve elektronik posta, hem milli hem de milletlerarası ticari hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir (bkz. Akıncı, 2013: s. 118; Balkar, 2004: s. 463-464).

Böylelikle elektronik ticaret de son derece hızlı bir şekilde yaygınlaşmıştır (Özsunay, 2001: s. 123. Elektronik ticaret ve elektronik sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. İnal, 2005: s. 14 vd.; Özdemir Kocasakal, 2003: s. 6 vd; Özsunay, 2001: s. 121 vd.).

Bu bakımdan, gerek milli gerekse milletlerarası ticari hayatta elektronik ortamda artık sadece ticari yazışmaların ve siparişlerin değil, bu ticari ilişkiler çerçevesinde ortaya çıkan her türlü sözleşmelerin, bu arada tahkim sözleşmelerinin de yapıldığı görülmektedir (Akıncı, 2013: s. 118. Aynı yönde ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, s. 217 vd.). Hatta bu gelişmelerin internet üzerinden tahkim sözleşmesi yapılması ile sınırlı kalmadığı, kaynağında internet iletişimi bulunan uyuşmazlıkların yine internet ortamında tahkim yolu ile çözümünün de arandığı görülmektedir (bkz. Balkar, 2004: s. 464. Ayrıca internet ortamında (online) tahkim yargılaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, 2001 (b): s. 429-435; Balkar, 2004: s. 463-497). Bu gelişmeler karşısında HMK ve MTK'nın tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin yukarıda yer verilen hükmünde, taraflar arasında tahkim sözleşmesinin elektronik ortama aktarılması halinde de yazılı şekil şartının yerine gelmiş sayılacağına yer verilmiş olması kaçınılmaz olmuştu.

HMK m. 412/f. 3 ve MTK M. 4/f. 2 hükümleri, hemen hemen 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu m. 7/2'nin tekrarından ibaret olup, hükümler arasında dikkat çeken tek fark, HMK ve MTK'nın hükümlerinde, elektronik ortamdaki tahkim sözleşmesine ilişkin kaydın ulaşılabilir olmasının gerektiğine de yer verilmemiştir. Ancak bu durum aslında elektronik iletişim bakımından bilginin tekrar ulaşılabilir olmasını sağlayan özelliktir (bkz. Akıncı, 2013: s. 92; Şit, 2005-2006: s. 435; Erkan, 2013 (a): s. 57). Elektronik ortama geçirilmiş tahkim sözleşmesinin yazılılık niteliği, bilginin yeniden ulaşılabilir olmasına bağlı tutulduğundan HMK ve MTK'daki bu eksikliğin UNCITRAL Model Kanunu'nun düzenlemesi doğrultusunda yorum yoluyla giderilmesi gerekmektedir (Şit, 2005-2006: s. 435; Dündar, 2008: s. 32). Bu hususta görüşüne bizim de katıldığımız Ekşi, tahkim sözleşmesinin elektronik ortama geçirilmiş olmasının yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için yeterli kabul edildiğini, burada önemli olan hususun, elektronik ortamdaki bu kaydın ulaşılabilir olması ve tahkim iradesinin elektronik ortamda yer alan veride bulunması gerektiğini ifade ederek, böylece belge olmadan tahkim sözleşmesi olmaz ilkesinden

vazgeçilmiş olduğunu belirtmiştir (Ekşi, 2013: s. 102. Aynı yönde bkz. Özbay, Korucu, 2016: s. 48). Ekşi'nin bu ifadesindeki belge kavramının, sadece yazılı veya basılı bir metni işaret ettiği anlaşılmaktadır. Oysa HMK'ya göre belge, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata yarayan yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotograf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarıdır (HMK m. 199). Buna göre belge, sadece yazılı veya basılı bir metinle sınırlı olmayıp, elektronik veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarını da kapsayacağından, Ekşi'nin ifadesine katılmıyorum. Benzer bir hususta Balkar, web sitesi aracılığıyla kurulan hukuki ilişkilerde web sitesinin içinde tahkim şartı bulunan genel şartları içeren sayfanın kabul edilmesi maksadıyla ilgili butonun tıklanması sonucunda hem genel şartların hem de tahkim şartının kabul edildiğini belirterek, bu şartların elektronik ortamda kaydedilebilir ve bir kopyasının alınabilir olması halinde ise, tahkim şartının geçerliliği bakımından yazılı şekil şartının sağlandığını ifade etmektedir. Ancak yazar, şayet tahkim şartının web sitesinin atıf yaptığı bir başka belgede yer alması durumunda, bu belgenin ekranda mevcut ve okunabilir olması ve ilgilinin dikkatini çekecek şekilde tahkim şartının vurgulanması gerektiği görüşündedir (bkz. Balkar, 2004: s. 481).

Öte yandan, her iki kanun, tahkim sözleşmesinin kurulması için buna yönelik irade beyanının elektronik ortama geçirilmiş olmasını yeterli saymakta; herhangi bir (elektronik) imzanın arandığına işaret eden bir ifade ise taşımamaktadır. "Elektronik imza" kavramı, 15.01.2004 tarihinde TBMM'de kabul edilerek 23.01.2004 tarih ve 25355 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 23.6.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 3. maddesinin b) bendinde *"Elektronik imza: Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi"* ifade eder şeklinde tanımlanmış; takip eden maddede ise *"güvenli elektronik imza; a) Münhasıran imza sahibine bağlı olan, b) Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, c) Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, d) İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlayan, Elektronik imzadır."* şeklinde düzenlenmiştir

(Güvenli Elektronik imza hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Erturgut, 2004: s. 54-93; İnal, 2005: s. 139 vd.)

Ayrıca Kanun'un güvenli elektronik imzanın hukuki sonucu ve uygulama alanına ilişkin 5. maddesi hükmüne göre *"güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur.- Kanunlar tarafından resmi şekle veya özel bir merasime tabi tutulan hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile yapılamaz."* İlaveten, Kanun'un 22. maddesi "22.4.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir." düzenlemesi doğrultusunda; *"Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir"* hükmü BK'nın 14. maddesine ilave edilmişti. Ancak 818 sayılı Kanun'un yerini alan 2011 tarihli 6098 sayılı TBK'da m. 15/f. 1, c. 2 hükmü *"Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, güvenli elektronik imzanın el ile atılan imzaya hukukun eş değer olduğu kabul edilmektedir (İnal, 2005: s. 137, 144; Akıncı, 2013: s. 119; Şit, 2005-2006: s. 423; Antalya, 2012: s. 337). Esen'e göre elektronik imza, tahkim sözleşmeleri bakımından sadece bir ispat aracı olup, elektronik imza içermeyen bir elektronik posta yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları geçerlidir. Fakat elektronik posta mesajının kimden sadır olduğu hususunda bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa, bunun ispat hukuku çerçevesinde halledilmesi gerekecektir (bkz. Esen, s. 112).

Ayrıca güvenli elektronik imza ile imzalanmış bir tahkim sözleşmesinin karşı tarafa gönderilmesi halinde, bu imzanın, sözleşmede yer alan irade beyanına ilişkin doğabilecek uyuşmazlıklarda ispat kolaylığı sağlayacağı hiç şüphesizdir (karş. Yener, 2015: s. 161-162).

Her iki kanundaki düzenlemede, elektronik ortama geçirilmiş tahkim sözleşmelerinde imzanın aranıp aranmayacağındaki açık olmayan durum, tahkim sözleşmesinin taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks ve faks gibi diğer iletişim aracına geçirilmesi hususundaki tutum ile aynı doğrultudadır. Ancak tahkim sözleşmesinin mektup, telgraf, faks gibi iletişim araçlarıyla teati edilmesinde, mektubun kendisinin, telgrafta postanede kalan asılın, faksta ise faks cihazından

geçirilen metnin imzalı olması gerektiği yönündeki kanaatimiz, elektronik ortama aktarılan tahkim sözleşmeleri bakımından da geçerlidir.

Bu bakımdan, bilgisayar üzerinde hazırlanmış bir tahkim sözleşmesinin, elektronik imza ile imzalanmasından sonra dijital formata dönüştürülmek suretiyle telekomünikasyon ağı üzerinden sözleşmenin diğer tarafına bir veri olarak aktarılması ve diğer tarafça aynı sözleşmenin aynı şekilde elektronik imzalı olarak sözleşmenin diğer tarafına göndermesi ile tahkim sözleşmesi geçerli olarak kurulabilecektir. Ayrıca istenirse, elektronik ortamda yer alan tahkim sözleşmesinin kağıt üzerine aktarılmak suretiyle yazılı hale getirilmesi de mümkündür (Akıncı, 2001 (a): s. 108-109; Yener, 2015: s. 162). Bu sözleşmenin tarafları, ileride ortaya çıkacak bir uyuşmazlık halinde bu dijital veriyi kâğıda aktarmak suretiyle tahkime başvurabilecekler, bu verinin gerçek olmadığı gibi bir kısım itirazların söz konusu olması halinde de bu elektronik ortamdaki verilerin sonradan ulaşılabilirliği ile varlıklarını ispatlamak mümkün olabilecektir.

Elektronik ortamda yapılan (yapıldığı iddia edilen) tahkim sözleşmeleri bakımından karşımıza çıkabilecek en önemli sorun, aleyhine tahkim yoluna başvurulan tarafın, elektronik ortamda gönderilmiş olan tahkime ilişkin irade beyanının kendisine ait olmadığını iddia etmesi halinde, iradenin bu kişiye ait olup olmadığının belirlenmesi hususundaki ispat zorluğudur (Akıncı, 2013: s. 118; Yener, 2015: s. 161). Bu hususta Akıncı, böyle bir durumun telgraf, teleks, faks veya taraflarca imzalanmış bir belge açısından da söz konusu olabileceğini, günümüz teknolojisi bakımından telgrafta, faksta ve hatta mektupta bile sahtecilik yapmanın kolay olduğunu, şayet uygun kriptolarla yapılırsa, elektronik ortamda tahkim anlaşması yapılmasının faks veya mektuptan daha güvenli olabileceğini ifade etmektedir (bkz. Akıncı, 2013: s. 118, dn. 218; Akıncı, 2001 (b): s. 430-431).

Zira bir kişinin izni ve bilgisi dışında, onun adına elektronik posta adresi almak veya yine rızası olmadan onun elektronik posta adresine girip (hacking) adına tahkim sözleşmesi kurulması yolunda irade beyanında bulunmak günümüz teknolojisinde mümkündür (Akıncı, 2013: s. 118-119; Yener, 2015: s. 161). Ancak burada izinsiz olarak başkası adına, sadece tahkim sözleşmesi kurulması değil daha ziyade içinde

tahkim şartı bulunan (örneğin; satım, seyahat vb.) bir sözleşmenin yapılmasının söz konusu olacağı düşünülmektedir.

Tahkim bakımından milletlerarası sözleşmeler ve milli hukukumuzdaki pozitif düzenlemeler dışında, milletlerarası ticari ilişkilere ilişkin olarak elektronik iletişim yolu ile kurulacak her türlü sözleşme ve yazışmalarda, yazılılık şartının hangi hallerde yerine getirilmiş sayılacağına bazı düzenlemeler de mevcuttur. Bunlardan ilki; Elektronik Ticarete İlişkin UNCITRAL Model Kanunu'dur.[64] Kanunun m. 6/ f. (1) hükmüne göre; "*yazılı şekil şartının öngörüldüğü hallerde bu şart, eğer veri mesajında yer alan bilgi daha sonra başvurulduğunda tekrar kullanılmak üzere ulaşılabilir ise, veri mesajı yerine getirilmiş olur*". Buna göre, bir bilginin hukuken yazılı olmasının şart kılındığı hallerde, veri mesajındaki bilginin daha sonraki başvurular bakımından da erişilebilir olması halinde bu yazılılık şartı sağlanmış olacaktır (İnal, 2005: s. 29). Bu durumda, tahkim sözleşmesinin yazılı olması şart kılındığına göre, bu şartın yerine gelmesi için veri mesajlarında a bu sözleşmeye sonradan ulaşılabilir olması gerekecektir. Müteakip ikinci fıkrada ise, birinci fıkrada yer alan hükmün, ilk fıkrada öngörülen yazılı şekil şartının, bir yükümlülük olması veya hukuken bilginin yazılı şekilde olmamasına bağlanmış bir sonuca ilişkin olması halinde uygulanmasının öngörüldüğü ifade edilmektedir (Şit, 2005-2006: 2005-2006: s. 428; Yener, 2015: s. 162. Model Kanun'un yazılılık şartı hakkındaki ayrıntılı bilgi için de ayrıca bkz. Şit, 2005-2006: s. 428 vd.).

Diğer bir düzenleme ise, Türkiye'nin henüz taraf olmadığı, milletlerarası karakterli özel hukuk sözleşmelerinde elektronik iletişimin kullanılmasına ilişkin hükümler içeren, 23.11.2005 tarihli Milletlerarası Sözleşmelerde Elektronik İletişim Kullanılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'dir (Şit, 2005-2006: s. 432; sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüşlü, 2014: s. 332 vd.).[65]

Sözleşmenin m. 9/ f. 1 hükmü, sözleşmenin kurulması ve ispatını belli bir şekil şartına tabi tutmamış bu hususu iç hukuklara bırakmıştır (Gümüşlü, 2014: s. 449).

[64] Kanun modeli metnine ulaşmak için bkz. http://www.uncitral.org/pdf/english/ texts/electcom/05-89450_Ebook. pdf E. T. 09.09.2015. Ayrıca anılan kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnal, 2005: s. 27 vd.

[65] Sözleşmenin İngilizce olarak orijinal ismi "United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts" olup, sözleşme metnine ulaşmak için bkz. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf E.T. 09.09.2015.

Bundan sonraki fıkralarda ise elektronik sözleşmeleri belli şekil ve/ veya ispat şartlarına tabi kılan hukuklar bakımından, ilgili şartların nasıl yerine getirilmiş sayılacağına ilişkin hükümler getirilmiştir (Gümüşlü, 2014: s. 450).

Bu çerçevede 2. fıkrada, sözleşmenin tabi olduğu hukukun elektronik sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasının şart kılması halinde, gönderilen elektronik verinin daha sonraki başvurularda ulaşılabilir olmasıyla bu yazılı şekil şartının gerçekleşmiş sayılacağı düzenlenmiştir (Gümüşlü, 2014: s. 451).

Müteakip fıkrada ise, ikinci fıkradaki şekilde yazılı şeklin şart kılındığı hallerde, sözleşmenin ilgilisi tarafından imzalanmasının şart konulması durumunda imza koşulunun nasıl yerine getirileceği kullanılan metoda göre belirlenmiştir. Fıkranın a bendine göre şayet kullanılan metot, sözleşmenin tarafının kimliğini tanıtıyor veya elektronik veri hakkındaki iradesini gösteriyorsa, imza şartı yerine getirilmiş olacaktır. B fıkrasına göre ise şayet kullanılan metot, elektronik iletişimin amaçlarına uygun olarak meydana gelmiş veya iletişmiş yahut bu metotla, a bendinde belirtilen tarafın kimliğini tanıtma veya içerdiği veri hakkında tarafın iradesini gösterme fonksiyonlarını tek başına veya ileride ortaya çıkacak başka delillerle ispat edebilecek ise elektronik sözleşmede imza şartının yerine geldiği kabul edilmektedir (Gümüşlü, 2014: s. 451).

Son fıkra hükmüne göre ise sözleşmenin tabi olduğu hukuk, sözleşmenin yazılı veya imzalı olması dışında başka şartların varlığını arıyorsa, bu şartların yerine getirilmiş sayılabilmesi için ya elektronik verilerin değiştirilmeden saklanması için güvenli bir ortamın sağlanması ya da tarafların her talebinde bilgilerin kullanılabilir ve görüntülenebilir olması gerekir (Gümüşlü, 2014: s. 451).

Bu hükümde, hukuken yazılı şekil şartının arandığı veya yazılı şekil şartına aykırılık durumuna sonuçlar bağlandığı hallerde bu şartın, elektronik iletişimde yerine getirilmesi halinde geçerli kabul edilebilmesinin, ancak daha sonraki başvurularda bilginin ulaşılabilir olmasına bağlandığı düzenlenmiştir. Bu düzenleme en düşük düzeyde yazılı şekil şartına ilişkin olarak yapıldıktan sonra, maddenin üçüncü fıkrasında daha nitelikli yazılı şekil şartı olarak imzalı- yazılı şekil şartına ilişkin düzenleme yapılarak, bunun yerine getirilmiş sayılması için kişinin kimliği ve

irade beyanını ortaya koyacak güvenli bir yöntemin kullanılması aranmıştır. Dördüncü fıkrada ise, en yüksek düzeyli yazılı şekil şartı ile, elektronik ortama aktarılan orijinal biçimin muhafaza edilmesinin anlaşıldığı ifade edilmiştir. (Şit, 2005-2006: s. 433; Yener, 2015: s. 162-163). Böylelikle, elektronik belgeler ile fiziksel olarak kağıt üzerinde yer alan belgeler ile elektronik yollarla yapılan onaylar ve el yazısı ile atılan imzanın fonksiyonu bakımından aynı sonucu doğuruduğu, ayrıca düzenlenen yazılılık ve imza şartlarının, elektronik belgelere, diğer belgeler gibi güvenilirlik sağladığı görülecektir (Gümüşlü, 2014: s. 451).

"Bu çerçevede yazılı şekil şartının aslında kendisinden bağımsız olan imza ve orijinallik gibi kavramlarla birlikte değerlendirildiği belirtilerek, esasında yazılılık şartının şekil şartı hiyerarşisinin en düşük düzeyli elemanı olarak değerlendirilmesi gerektiği ve işlevlerinin de bu doğrultuda daha yüzeysel olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle verinin de yazılı (written form) şekilde olması gereğinin (ki başlangıç şartı olarak adlandırılabilir) "imzalı yazılılık", "imzalı orijinal" veya "resmi şekil gibi daha sıkı şartlar gerektiren şekil gerekleriyle karıştırılmaması gerekir" (bkz. Şit, 2005-2006: s. 433).

Yukarıda zikredilen Model Kanun ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde elektronik yolla yapılan iletişim bakımından yazılı şekilden maksadın elektronik gönderilen verilerin daha sonra da ulaşılabilir olması gerektiği ortaya konulmuştur. Ancak Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, bunu en düşük düzeyde yazılı şekil olarak ifade etmiş ve bununla da yetinmeyip, daha nitelikli yazılı şekil olarak ise imzalı yazılı şekil düzenlenmiştir. Bunun için de o veriyi gönderenin kimliği ve irade beyanını ortaya koyan güvenli bir metodun kullanılması öngörülmüştür. Elektronik Ticarete İlişkin UNCITRAL Model Kanun'un, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne göre daha esnek ve dar bir yazılı şekil şartı öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu farklılık UNCITRAL Model Kanunu'nun sadece elektronik ticarete ilişkin olması, buna karşılık Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin ise elektronik ticarete değil diğer Milletlerarası Sözleşmelere ilişkin olması bakımından da daha kapsamlı ve çeşitli nitelikte olabilecek sözleşmeler düşünüldüğünde makuldür.

Taraflar arasındaki uyuşmazlıklar için doğal yargı mercii olan mahkemelerin bir yana bırakılarak tahkime gidilmesi hususundaki ciddiyet düşünüldüğünde,

Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde geçen imzalı yazılı şeklin tahkim sözleşmesinin niteliğine daha uygun olduğunu, bu bakımdan elektronik ortama geçirilmiş tahkim sözleşmesinin güvenli elektronik imza ile imzalanmış olmasının daha doğru olacağı kanaatindeyim.

7.2.4.4.4. Dava Dilekçesinde Yazılı Bir Tahkim Sözleşmesinin Varlığının İddia Edilmesine Davalının Verdiği Cevap Dilekçesinde İtiraz Edilmemiş Olması

HMK m. 412/ f. 3 ve MTK m. 4./ f. 2'de düzenlenen tahkim sözleşmesinin yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayıldığı hallerden birisi de, dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olmasıdır.

Buna göre; taraflar arasındaki yazılı bir belgede, taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi iletişim araçlarında ya da elektronik ortamda, tarafların tahkime ilişkin irade beyanları bulunmasa da, dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığı iddia edilmiş ve iddiaya karşı davalı cevap dilekçesinde itirazda bulunmamışsa, yazılı şekle uygun bir tahkim sözleşmesi kurulmuş olacaktır (Yener, 2015: s. 163-164). Bu nedenle, davalının bu tutumunun Ekşi tarafından, tahkim sözleşmesine yönelik zımni irade beyanı olarak kabul edilmektedir (Ekşi, 2010: s. 60-61).

Dikkat edilirse, HMK ve MTK'nın anılan hükmünde, yazılı bir tahkim sözleşmesinin mevcut olduğuna ilişkin iddiaya karşı itirazın cevap dilekçesinde yapılması gerektiği düzenlenmiş, böylece itiraz hakkı cevap dilekçesi ile sınırlandırılmıştır.

Doktrinde, bizim de katıldığımız üzere, şayet bu sınırlama olmasaydı, dürüstlük kuralına aykırı uygulamalar görülebileceği ifade edilmektedir. Zira, davacının dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığını iddia ederek tahkim yoluna başvurması üzerine davalı, dava dilekçesinde bu iddiaya karşı herhangi bir itirazda bulunmaksızın, esasa ilişkin savunmalarda bulunmakla artık o

uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümüne muvafakat verdiğini ortaya koymuş olacağından; tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararının kendisi aleyhine olduğunu görmesi üzerine davalının, tahkim sözleşmesinin bulunmadığını iddia etmesine hukuken sonuç bağlanması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır (bkz. ve karş. Yeğengil, 1974: s. 132-134; Arslan, 1989: s. 62; Akıncı, 2013: s. 120. Aynı yönde bkz. Yener, 2015: s. 164). Bu bakımdan, kanunlarımızdaki bu düzenlemenin isabetli olduğu anlaşılmaktadır.

Buna karşılık, kendisi aleyhine tahkim yargılamasına başvurulan davalı, davacı ile aralarında bir tahkim sözleşmesi bulunmamasına (bulunmadığını düşünmesine) rağmen, cevap dilekçesinde önce tahkim sözleşmesinin olmadığına ilişkin itirazını ortaya koymuş, sonrasında ise esasa ilişkin savunmada bulunmuşsa, bu durum davalının tahkim yargılamasına rıza gösterdiği, dolayısıyla tahkim sözleşmesinin varlığını kabul ettiği anlamına gelmeyecektir. Zira tahkim sözleşmesinin bulunup bulunmadığı veya geçerli olup olmadığı hususu hukuken tartışmalı olabilir ve bu halde davalı her ne kadar tahkim sözleşmesinin bulunmadığı hususunda cevap dilekçesinde itirazda bulunsa da, esasa ilişkin savunma imkânlarını kaybetmemek için, savunmalarını yapabilir ki; bu, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmayacaktır (Akıncı, 2013: s. 121-122. Aynı yönde bkz. Yener, 2015: s. 164).

1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu'nda yer aldığı gibi, HMK m. 412/ f. 3 ve MTK m. 4./ f. 2'de düzenlenen "dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması" halinde tahkim sözleşmesinin yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılacağına ilişkin hüküm, 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nde bulunmamaktadır. Bundan dolayı, örneğin Türkiye'de yapılan bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının, Türkiye dışında tenfiz edilecek olması halinde, şayet tenfiz edilecek ülkede, UNCITRAL Model Kanun'daki bu düzenleme kabul edilmemiş ise, tenfiz ülkesi New York Sözleşmesi'ni uygulayarak bu sözleşme gereğince geçerli (yazılı) bir tahkim sözleşmesi olmadığı için hakem kararının tenfizine ilişkin talebi reddedilebilecektir (Akıncı, 2013: s. 120-121; Yener, 2015: s. 164-165).

7.2.4.4.5. Asıl Sözleşmenin Bir Parçası Haline Getirilmek Amacıyla Tahkim Şartı İçeren Bir Belgeye Yollama Yapılması

HMK m. 412/ f. 3 ve MTK m. 4/ f. 2'nin üçüncü ve son cümlesi; *"asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de (geçerli bir) tahkim sözleşmesi (anlaşması) yapılmış"* sayılacağını düzenlemiştir.

Herhangi bir belgenin taraflar arasındaki sözleşmenin eki veya bir parçası haline getirilmesi yöntemi olarak ifade edilen "incorporation", milletlerarası tahkim alanında da etkili olmuş; tahkim yargılamasına gitme hususunda tarafların iradelerini ortaya koydukları "müstakil tahkim sözleşmesi" veya asıl sözleşmeye konulan "tahkim şartı" yoluyla tahkim sözleşmesi yapılmasına yeni bir yöntem eklemiştir (ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, 1999-2000, s. 263-291). "Incorporation yoluyla yapılan tahkim sözleşmesi" olarak adlandırılan ve mülga 1086 sayılı HUMK'da yer almayan bu yöntem, Türk tahkim hukukunda ilk defa 4686 sayılı MTK m. 4/ f. 2, 3. cümlede[66] ifadesini bulmuştur (Ekşi, 2013: s. 102-103).

Taraflar, aralarındaki bir sözleşme kapsamında doğması muhtemel uyuşmazlıklar için tahkime gitmeyi arzu ediyor olmalarına rağmen, bu asıl sözleşmeye tahkim yargılamasına ilişkin doğrudan herhangi bir şart koymamış veya bir düzenleme yapmamış olabilirler. Ancak taraflar, asıl sözleşmenin bir parçası veya eki haline getirmek istedikleri ve içinde tahkime gidileceğine ilişkin hükümler bulunan tip (standart) sözleşmelere, model kurallara veya ikili veya çok tarafları uluslararası yatırım sözleşmelerine, aralarındaki asıl sözleşmeye koyacakları bir hüküm ile atıf yapmak suretiyle, HMK ve MTK hükümleri gereğince, geçerli bir tahkim sözleşmesi yapmış sayılacaklardır (Ekşi, 2010: s. 4; Erkan, 2013 (a): s. 58-59; Şanlı, 2013: s. 270). Başka bir ifade ile tarafların arasındaki asıl sözleşmeye tahkim şartı koymak yerine, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünü öngören belgelere atıf yapmaları yeterli sayılacaktır (Erkan, 2013 (a): s.58).

[66] *"Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır."*

Bunlar, tarafsız mesleki kuruluşlarca hazırlanan, içinde tahkim şartı bulunan genel sözleşme şartları, tek tip kurallar veya standart sözleşmeler, ihale şartları gibi yazılı belgelerdir. "Bir örnek kurallar" olarak da ifade edilen tek tip haline getirilmiş kurallar, sözleşme kuralı niteliğindeki belirlemeler olup, taraflar, bu kuralları aralarında yapacakları sözleşmelere ekleyebilecekleri gibi bunlara atıfta bulunmak suretiyle, asıl sözleşmenin bir parçası haline getirebilirler. Standart sözleşmeler ise, genel işlem şartları ile birlikte bulunan, önceden hazırlanmış olan ve sözleşmenin esaslı unsurlarını içerisinde barındıran; çoğunlukla belirli iş kolunda çalışanların aralarında geçerli örf, adet kuralları ile uygulamaların yazılı hale getirilmesi sonucu oluşturulan sözleşme metinleridir (ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. DURGUT, 2005-2006, s. 109). Örnek olarak, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından hazırlanan "INCOTERMS"ler, Müşavir Mühendisler Milletlerarası Federasyonu ile Bina ve Bayındırlık İşleri Milletlerarası Federasyonu tarafından hazırlanan "FIDIC Tip Sözleşmeleri", Baltic and International Maritime Conference tarafından hazırlanan "BALTIME" ve "GENCON" gibi çarter parti metinleri, GAFTA, merkezi Londra'da bulunan Rafine Şekier Birliği'nin genel şartları verilebilir (Kalpsüz, 2003: s. 1038). Milletlerarası ticari terimlerin her ülkede farklı yorumlanmasının milletlerarası satımlarda getirdiği karışıklığın önüne geçmek maksadıyla, milletlerarası ticari terimleri yorumlayarak alıcı ve satıcının sorumluluklarını belirleyen milletlerarası ticari klozlar meydana getirmek için Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tarafından ilki 1936 yılında oluşturulan INCOTERMS'ler, çeşitli değişiklik ve eklemelerle farklı yıllarda yeniden çıkarılmış, son olarak nakliye tekniklerinde değişiklik ve geleişmeler yanında elektronik verilerin iletimi ve değişimi bakımından ortaya çıkan gelişmeleri de kapsayan 1990 İncoterms adıyla yeniden düzenlenmiştir (bkz. Erdem, 1990: s. 65-66).

Türkiye gibi kanunlarında tahkim sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiğini düzenleyen devletler bakımından, incorporation yolu ile yapılan tahkim sözleşmeleriyle ilgili olarak değerlendirilmesi gereken bir husus, atıfta bulunulan belgenin atıf yapan taraflarca imzalanmaması nedeniyle, yazılı şekil şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorunudur.

Bu hususta Kalpsüz, atıfta bulunulan belgenin başka kimseler tarafından imzalanmış veya standart formüllerde yahut genel işlem şartlarında olduğu gibi hiç

kimse tarafından imzalanmamış olabileceği gerekçesiyle kanundaki yazılılık şartının gerçekleştiğini kabul etmenin zor olduğunu belirtmekle birlikte, bu yolla tahkimin kararlaştırılabileceğini ifade etmektedir (Kalpsüz, 2003: s. 1038). Alman hukukunda, içinde tahkim şartı bulunan genel işlem şartlarına atıf yapılmasıyla tahkim sözleşmesinin kurulabilecektir. Ancak genel işlem şartlarının, Medeni Kanun'un (BGB) 305 vd. maddelerindeki hükümlere göre geçerliliği için aranan şartları taşıyıp taşımadığı ayrıca incelenmelidir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 3).

HMK m. 412/ f. 3 ve MTK m. 4/ f. 2'nin ilk cümleleri, tahkim sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiğini hükme bağlarken, ikinci cümlede yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılacağı, yukarıda incelediğimiz dört hal sayılmıştır. Ancak bu haller arasında, incorporation yolu ile tahkim sözleşmesinin yapılması sayılmamış, bu yöntem takip eden üçüncü fıkrada ayrıca düzenlenmiştir. Dolayısıyla, kanunlarımızdaki bu sistematik, incorporation yolu ile tahkim sözleşmesi yapılmasının, yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılacağı hallerden birisi olarak düşünülmediği fikrini vermektedir. Buna rağmen, *"asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de (geçerli) bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır"* şeklindeki üçüncü cümle ile benimsenenin, doktrinde Ekşi'nin belirttiği üzere, tahkim şartı ve müstakil tahkim sözleşmesi şeklinde tahkim sözleşmesinin yapılması yöntemlerine ilave bir yöntem olarak kabul edilse de, pratikte sadece bir yöntem olarak değil, aynı zamanda yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılacağı hallerden biri olarak da kabulünün daha doğru olacağı kanaatindeyim.

Atıf yolu ile yapılan tahkim sözleşmelerinin geçerli sayılması için uluslararası sözleşmelere ve HMK ile MTK'ya göre, tahkim şartı içeren bir belgeye sadece yollama yapılması hüküm altına alınmış, ayrıca imzaya ihtiyaç duyulduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir (Erkan, 2013 (a): s. 59). Dolayısıyla, tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yapmak, aynı zamanda bu yolla bir tahkim sözleşmesinin şeklen geçerli olarak yapılmasını da temin etmiş olacaktır (bkz. Ekşi, 2003: s. 308).

Bu hususta doktrinde Kalpsüz, *"... Sözleşmede bir belgeye açıkça atıfta bulunmakla o belgenin münderecatını olduğu gibi sözleşmeye geçirmek arasında fark yoktur. Her iki halde de tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılması aynı ölçüde*

gerçekleşmiş olur." ifadeleriyle aynı yöndeki görüşünü bildirmişti (bkz. Kalpsüz, 2003: s. 1039; aynı yönde bkz. Yener, 2015: s. 167).

Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde, kural olarak yapılan bu atfın maddi karakterli hükümlere yönelik olduğu düşünülürse (bkz. Şanlı, 2002: s. 775) burada ele alınması gereken bir diğer husus, atıf yolu ile tahkim sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağı, asıl sözleşmenin tarafları için bağlayıcı olup olmayacağı, dolayısıyla aslında geçerli olup olamayacağı sorunudur.

Doktrinde Kuru, eski tarihli bir beyanında bir başka belgeye genel bir atfı içeren sözleşmelerle tahkim sözleşmesinin yapılamayacağını belirtmişti (Kuru, Tartışmalar, 1965: s. 448 vd.). Ancak Kuru'nun bu görüşünü, 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu'ndan daha önce beyan ettiğini ve dolayısıyla henüz ne uluslararası ne de milli hukukumuzda atıf yolu ile tahkim sözleşmesi kurulacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığını gözden kaçırmamak gerekir. Ancak daha yeni tarihli beyanlar, tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması ile tahkim sözleşmesinin yapılabileceği doğrultusundadır (Kalpsüz, 1996: s. 350; aynı yazar, Anlaşma, s. 1039; Özel, 2008: s. 64; Arslan, Aydın, 2013: s. 128).

Doktrinde Şanlı ise, bu konuda ikili bir ayrım yapılması gerektiğini belirterek, içeriğinde tahkim şartı bulunan genel şartlara, tarafların özel olarak tahkime gitme iradelerini belirtmeden yapacakları geniş kapsamlı atıfların, tarafların tahkim iradesini taşımadığı gerekçesiyle tahkim sözleşmesini kuramayacağını; buna karşılık "tahkim şartı da dahil … tarihli/ sayılı genel şartlar uygulanacaktır" şeklindeki tahkim iradesini içerecek benzeri atıflarla tahkim sözleşmesinin kurulabileceğini ifade etmektedir. Ancak yazar, tahkim şartı içeren genel şartlara yönelik "genel" nitelikteki atıfların, taraflar arasındaki ya da sektördeki mükerrer veya yeknesak uygulamalar nedeniyle tahkim şartını da kapsayabileceğini belirtmektedir (Şanlı, 2002: s. 774-775). Bir hukuki ilişkinin web sitesi aracılığıyla kurulması halinde, web sitesinin genel şartlarına ilişkin sayfasında tahkim şartı yer almakta ise, genel şartların kabul edilmesi amacıyla ilgili butonun tıklanması sonucunda, genel şartlarla birlikte bu şartlar kapsamında yer alan tahkim şartı da kabul edilmiş olacaktır. Ayrıca, bu şartların birer kopyasının kaydedilebilir ve çıktısının alınabilir olması

halinde de tahkim sözleşmesinin "yazılılık" şartı yerine getirilmiş sayılacaktır (bkz. ve karş. Balkar, 2004: s. 481 vd).

Milletlerarası bir ticari sözleşmeyi imzalayan tacirlerin, bu sözleşmede atıf yapılan bütün hususları inceleyerek içeriği hakkında bilgi sahibi olmaları ve bunlara rıza göstermeleri halinde sözleşmeyi imzalamaları asıl olduğu için, atıfta bulunulan belgede mevcut olan bütün kayıtların, bu arada da varsa tahkim kaydının da tarafları bağlayacağının kabulü gerekir (bkz. Kalpsüz, s. 1038-1039; aynı yönde bkz. ve karş. Ekşi, 2010: s. 37-38; aynı yazar, 2013: s. 103-104). Zira tacirlerin basiretli davranmaları, sadece milli değil aynı zamanda milletlerarası ticaret bakımından da aranmakta olup, bir sözleşmeyi imzalayan tacirin, o sözleşmede atıf yapılan belgenin içeriği hakkında bilgi sahibi olmaması gibi bir durumun hukuken korunmasını beklemek kanaatimce doğru olmayacaktır (Esen, s. 66; Yener, 2015: s. 167).

Yargıtay da yeni tarihli bir kararındaki, *"... davacı ile davalılar arasında yapılmış bulunan 07.09.2009 tarihli Çarter parti anlaşmasında Gencon 1994'e atıf yapılarak navlun sözleşmesinin düzenleneceğinin kararlaştırıldığı, her ne kadar taraflar arasında imzalanmış bir tahkim sözleşmesi kurulmamış ise de, 4686 SY 4/2 ve HMK'nın 412/3 maddelerindeki düzenlemeler ile Yargıtay uygulamalarına göre yazılı bir şekilde yapılması gereken tahkim sözleşmesinin, taraflarca imzalanan yzılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olmasının yazılı şekil şartı için yeterli olduğu, asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de tahkim sözleşmesinin yapılmış sayılacağı kabul edildiğinden, olayda da elektronik ortamda gerçekleşen 07.09.2009 tarihli sözleşme sırasında Deniz Taşımacılığı için dünyada en yaygın şekilde kullanılan standart yol çarter sözleşmesi olan Gencon 94 kurallarına yollamada bulunulmakla, Gencon 94'ün 19. maddesinde tahkim kaydının bulunduğu gözetildiğinde geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulmuş olduğu kabul edilerek... "* ifadeleriyle atıf yolu ile takim sözleşmesinin geçerli olarak kurulduğunu belirtmiştir (Yargıtay 11. HD.'nin 18.04.2013 tarihli ve E. 2012/6961, K. 2013/7612 tarihli kararı için (bkz. Ekşi, 2014, s. 319-321; aynı karar için ayrıca bkz. Ateş, 2014: s. 2396). Yargıtay bir başka kararında, taraflar arasında geçerli bir satım sözleşmesi kurulduğu ve bu sözleşme koşullarının taraflarca FOSFA kurallarına tabi tutulduğunu, FOSFA

kurallarında ise sözleşme kapsamında tarafların arasında doğacak uyuşmazlık hakkında tahkim yargılamasına gidileceğine ilişkin şart bulunması nedeniyle, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulduğuna karar vermiştir (Yargıtay 19. HD.'nin 08.5.1997 tarihli ve E. 1997/9619, K. 1997/4669 sayılı kararı için (bkz. YKD 1997/11, s. 1772 vd.).

7.2.4.4.6. Yazılı Tahkim Sözleşmesinin Niteliği

Hem ulusal tahkim hukukumuz hem de tahkime ilişkin uluslararası sözleşmelerde, tahkim sözleşmesinin "yazılı" olmasının şart kılındığı, ayrıca yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayıldığı hallerin neler olduğu önceki başlıklarda açıklanmıştır. Buradaki yazılı şekil, adi yazılı şekildir (Öztürk, 2014: s. 117; genel olarak şeklin türleri hakkında bkz. Altaş, 1998: s. 68 vd.; Tuğ, 1994: s. 32 vd.). Ancak buradaki yazılı şeklin, mülga 1086 sayılı HUMK m. 517/ f. 2 hükmü hariç, geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğuna ilişkin açık bir hüküm ise bulunmamaktadır (Erkan, 2013 (a): s. 50-52).

Mülga 1086 sayılı HUMK'da tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin olarak m. 517/f. 2 *"Yukarıdaki maddede gösterilen mukavele ve şart tahriren tesbit edilmedikçe keenlemyekundur."* hükmünden, tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması halinde "keenlemyekun" yani "hiç olmamış sayılması veya yok hükmünde" kabul edilmesi sonucu açıkça anlaşılmaktaydı. HUMK'nun bu açık hükmü ile tahkim sözleşmenin yazılı şekil şartının, sözleşmenin ispatına değil, ortaya çıkışı veya geçerliliğine yönelik olduğu anlaşılmaktaydı. HUMK'nun yürürlükte bulunduğu dönemde verilen Yargıtay kararları da kanunun açık hükmüne uygun olarak, tahkim sözleşmesinin yazılı olmasının bir geçerlilik şartı olduğuna yöneliktir (Yargıtay TD.'nin 07.02.1949 tarih ve E. 1948/4326, K. 1949/627 sayılı kararı için bkz. Karadaş, 2013; s. 60; Yargıtay 15. HD.'nin 27.6.1978 tarihli ve E. 1978/492, K. 1978/1402 tarihli kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 60). Yargıtay 15. HD.'nin 17.3.1994 tarihli E. 1994/2032, K. 1994/1554 sayılı kararında; tahkim sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği, aksi halde tahkim sözleşmesinin yok hükmünde olduğu ifade edilmiş; hakemlerin bu hususu re'sen nazara alması

gerektiği, şayet hakem kararının temyizi aşamasına gelinmiş ise bu halde de Yargıtay'ca re'sen dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir (karar metni için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 61). Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 15. HD.'nin 26.02.1981 tarihli ve E. 1981/2759, K. 1981/403 sayılı kararı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 62, dn. 63).

Her ne kadar çoğunlukla HUMK'un yürürlükte bulunduğu dönemlerde yazılmış eserlerde ifade edilmiş olsa da doktrinde hemen hemen bütün yazarlar, tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının geçerlilik şartı olduğunu kabul etmektedir (Berkin, 1969: s. 235; Kuru, 2001: s. 5945; Kuru, 2015: s. 726; Yeğengil, 1974: s. 124; Üstündağ, 2009: s. 938; Bilge, Önen, s. 746; Özbay, 2004; s. 172; Yavuz, 2009: s. 152; Deren Yıldırım, 2004: s. 50-51; Kalpsüz, 2003: s. 1040; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1072; Tanrıver, 2000: s. 137; Dündar, 2008: s. 28; Koral, 1947: s. 36; Postacıoğlu, 1975: s. 784; Üstündağ, s. 938; Ertekin, Karataş, 1997: s. 59; Kılıçoğlu, 2014: s. 1458; Ulukapı, 2015: s. 519; Konuralp, 2011: s. 158; Yeşilırmak, 2011: s. 78; Helvacı, 2009: s. 183; Bolayır, 2005: s. 36; Muşul, 2012: s. 652; Atlıhan, 2010: s. 949; Kılıçoğlu, 2012: s. 1459; Özbay, 2013: s. 514; Özbay, Korucu, 2016: s. 47). Buna karşılık, tahkim sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının geçerlik şartı değil ispat şartı olduğu yönündeki azınlık görüşü ise milletlerarası nitelikteki tahkim sözleşmeleri ekseninde uluslararası sözleşmeler başta olmak üzere UNCITRAL Model Kanunu (ve dolayısıyla bu kanunu esas alan MTK ve HMK) hükümleri esas alınarak ortaya konulmaya çalışılmıştır (Bu görüş ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şit, 2005-2006: s. 416 vd; Erkan, 2013 (a): s. 52 vd.).

Ancak, her ne kadar HMK ve MTK (ve bunların kaynağı olarak 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu) hükümleri ve de tahkim hakkındaki uluslararası sözleşmelerde, mülga 1086 sayılı HUMK m. 517/f. 2'deki gibi tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının geçerlilik şartı olduğu açıkça ortaya konulmamış olmasa da; HMK m. 412/ f. 3 ve MTK m. 4/ f. 2, son cümlelerinde : "*Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de (geçerli bir) tahkim sözleşmesi (anlaşması) yapılmış sayılır*" hükümde geçen, "*halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır*" ifadesinden, bundan önce sayılan hallere uygun olarak yapılan bir tahkim sözleşmesi nasıl geçerli

yapılmış sayılacaksa, atıf yolu ile yapılan tahkim sözleşmesinin de geçerli olarak yapılmış sayılacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla fıkraların ilk kısmında sayılan ve yazılı şekil şartına ilişkin hükmün, tahkim sözleşmesinin geçerliliği için arandığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu açıdan kanaatimizce, azınlık görüşünün aksine MTK ve HMK (ayrıca UNCITRAL Model Kanunu ile uluslararası sözleşmeler) kapsamındaki tahkim sözleşmelerinin şekline ilişkin şartlar ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır (bkz. Yener, 2015: s. 158-159).

Keza, TBK m. 12/f. 2 *"Kanunlarda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir."* şeklindedir. Dolayısıyla sözleşmeler için öngörülen şeklin geçerlilik şekli olması asıl, bunun ispat şekli olması istisna olacaksa, bu istisnanın açıkça düzenlenmesi gerekir. Oysa ne HMK ne de MTK'da, tahkim sözleşmesinin varlığının yazılı şekilde ispatının zorunlu olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu sözleşmeler için öngörülen şeklin geçerlilik şekli olduğu hususundaki kanuni karineyi boşa çıkaracak ve bu şeklin ispat şartı olduğuna gösterecek bir hüküm de bulunmamaktadır. Ayrıca, bir sözleşmenin geçerli olması için kanunların aradığı yazılı şekil şartının yerine getirilmesi, daha sonra o sözleşmenin yok veya geçersiz olduğu hususundaki bir iddia karşısında doğal olarak en kolay ispat aracı olacaktır. Bu bakımdan, buradaki geçerlilik şartı olan yazılı şekil şartının sağlayacağı ispat fonksiyonu ile ispat şartı olarak yazılı şekil şartının karıştırılmaması gerekir.

7.3. Maddi Hukuk Bakımından Aranan Şartlar

Tahkim sözleşmesi her ne kadar usul kanunlarında düzenlenmiş ve usule ilişkin bir sözleşme olsa da, her şeyden önce bir sözleşmedir ve tüm sözleşmelerde olduğu gibi maddi hukuk (medeni ve borçlar hukuku) bakımından sözleşmelerin kurulması için aranan şartlara da öncelikle tabidir (Bilge, önen, 1978: s. 745). Ancak bu şartlar, tahkim sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.

Öncelikle tahkim sözleşmesi yapacak tarafların (tam) fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Şayet tarafların kendisi sözleşmeyi yapmıyorsa, yasal veya iradi temsilcinin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel bir yetkiye sahip olması

gerekir, tarafların tahkime gitmek hususundaki iradeleri sakatlanmamış olmalıdır. Bu genel hususların sadece sayılması ile yetinilecek, daha fazla bilgi ve açıklamaya yer verilmeyecektir.

8. TAHKİMİN KONU BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI

8.1. Tahkime Elverişlilik

8.1.1 Genel Olarak

Tahkim yargılamasının yapılabilmesinin temel unsurlarından biri de taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkime elverişli olmasıdır (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 73; Bolayır, 2009: s. 37; Öztürk, 2014: s. 113. Karş. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1068; milletlerarası ticari tahkim başta olmak üzere, tahkime elverişlilik hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Huysal, 2010). Bu bağlamda tahkime elverişlilik, hangi uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebileceğini, dolayısıyla hangilerinin de tahkim yargılamasına tabi olmadığını belirleyen bir kavramdır (Özel, 2008: s. 38; Erkan, 2013 (a): s. 73; Huysal, 2010: s. 11-12). Bu bakımdan tahkime elverişlilik, tarafların aralarında doğmuş veya doğabilecek muhtemel uyuşmazlıkları mahkeme önüne değil tahkime götürmeleri hususundaki irade serbestilerinin sona erdiği ve hassas kamusal çıkarların başladığı sınırı belirtmektedir (Bkz. Huysal, 2010: s. 13; Karadaş, 2013: s. 75; Özbay, Korucu, 2016: s. 7). Zira gerek konu bakımından gerekse şekil bakımından getirilen bu sınırlamalar, sadece tarafların menfaatini değil aynı zamanda kamu düzenini de koruma amacını güder (bkz. ve karş. Bilge, Önen, 1978: s. 746). Şayet, tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim sözleşmesi yapılırsa, tahkim sözleşmesi geçerli kabul edilmeyeceği için (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 787) tahkim yargılaması yapılamayacaktır (Berkin, 1969: s. 233; Erkan, 2013 (a): s. 73-74; Atlıhan, 2010: s. 954; Yeşilova, 2008 (b): s. 140). Zira tahkime elverişlilik, tahkim sözleşmesinin geçerlilik koşulları bakımından en önde gelmektedir (Deren Yıldırım, 2007: s. 41; Özbay, Korucu, 2016: s. 7). Aslında aleyhine tahkime başvurulan taraf, tahkim sözleşmesi yapılan konunun veya uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle tahkim yargılamasında yetki itirazında bulunabilecektir. Böyle bir itirazın vaki olması halinde, tahkim sözleşmesinin tahkime elverişli olup olmadığı hususunun, kompetenz- kompetenz ilkesi gereği, hakem (heyeti) tarafından karara bağlanması esas olmakla birlikte, bazı durumlarda davalı tarafın devlet mahkemesine başvurmak suretiyle tahkim sözleşmesinin tahkime elverişli bulunmadığını ileri sürerek bir tespitte bulunması da talep edilmektedir (ayrıca bkz. Erkan, 2013 (a): s. 74). Bununla

birlikte, hakem kararının yabancı hakem kararı niteliğinde olması halinde, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı tenfiz davası aşamasında da ortaya çıkabilecektir. Böyle bir durumda, hakem kararı tenfiz edilemeyecektir (bkz. Huysal, 2010: s. 14). Zira yabancı hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olmaması, yani tahkime elverişli olmaması, tenfiz hakiminin kendiliğinden göz önüne alması gereken bir red sebebidir (New York Sözleşmesi m. V/2 (a); MÖHUK m. 62/ (1), c bendi) (bkz. ve karş. Şit, 2005: s. 216).

Ancak, tahkime elverişlilik konusu, sadece tahkim yolu ile çözümlenecek uyuşmazlığın konusu bakımından sınırlandırılmış değildir. Tarafların tahkime gitme hususunda ehliyetlerinin (ve/ veya temsil yetkilerinin) olup olmadığı da tahkime elverişlilik kapsamı içinde ele alınmaktadır (Huysal, 2010: s. 14; Özel, 2008: s. 38; Erkan, 2013 (a): s. 75). Zira her iki durumda da tahkimin geçersizliğine hükmedilecek olması nedeniyle üst başlık olarak tahkime elverişlilik kavramına dâhil edilmektedirler. Böylece tahkime elverişlilik üst başlığı altında kavram, konu bakımından objektif tahkime elverişlilik; taraf ehliyeti bakımından ise subjektif tahkime elverişlilik olarak adlandırılmaktadır (Özel, 2008: s. 38; Erkan, 2013 (a): s. 75; Yeşilova, 2008 (b): s. 140-141; Işık, 2014: s. 4).

Bununla birlikte, tahkime elverişlilik kavramı 1958 New York Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu'nda tahkim yolu ile çözümlenecek uyuşmazlıklar olarak tanımlanmış, MTK m. 1/ f. 4'de konu bakımından hangi uyuşmazlıkların MTK'ya tabi olduğu belirtilmiştir (Özel, 2008: s. 38). Bunlara ilaveten HMK'nın "tahkime elverişlilik" başlıklı m. 408'de ise sadece hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı ortaya konulmuştur. Aslında gerek milletlerarası sözleşmelerde gerekse ulusal mevzuatımızda tahkime elverişlilikten, temel olarak konu bakımından hangi uyuşmazlıkların tahkime tabi olduğunun anlaşıldığı ve tahkime elverişlilik kavramı ile öncelikle "objektif tahkime elverişliliğin" ifade edildiği anlaşılmaktadır (Yeşilova, 2008 (b): s. 140). Bu bakımdan, tahkime elverişlilik kavramını, bizde de uyandırdığı anlam itibariyle, konu bakımından yani objektif tahkime elverişlilik olarak daha ayrıntılı olarak ele almayı, buna karşılık subjektif tahkime elverişlilik kavramına bu başlıkta daha kısa değinip, daha sonra "tahkim sözleşmesinin tarafları" ve "taraf ehliyeti" başlıklarında incelemeyi uygun buluyoruz.

Tahkime elverişlilik kavramı ile bir uyuşmazlığın tahkim sözleşmesinin kapsamına dâhil olup olmadığı meselesi farklı şeylerdir. Bu hususta Huysal, Kara Avrupa'sı ve İngiliz hukuku bakımından bu tespitin yerinde olduğunu, oysa Amerikan hukuku bakımından tahkime elverişlilik kavramının, tahkim sözleşmesinin kapsamı ve geçerliliğini de içine alacak şekilde daha geniş kabul edildiğini belirtmektedir (bkz. Huysal, 2010, s. 12). Özel ise, Amerikan hukukunda hakem heyetinin yargı yetkisini de içine alan bir anlamın taşıdığını belirtmektedir (bkz. Özel, 2008: s. 38 ve dn. 41'deki yazarlar).

Bir uyuşmazlığın tahkim sözleşmesinin kapsamına dâhil olup olmadığı tarafların iradeleri ile ilgili bir husus iken; tahkime elverişlilik, hangi uyuşmazlıkların tahkim yargılamasına tabi olacağına, hangilerinin olamayacağına ilişkin kanuni bir sınırı ortaya koymaktadır (Erkan, 2013 (a): s. 74). Bu nedenle tahkime elverişli olan veya olmayan konular, uygulanacak hukuka, başka bir ifade ile milli hukuklara göre farklılık gösterebilmektedir (Özel, 2008: s. 39; Yeşilova, 2008 (b): s. 143). Zira devletler, hangi uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğunu belirlerken kamu düzeni ve milli menfaatler gibi kavramları kendilerine dayanak yaparlar (Huysal, 2010, s. 14-15; Erkan, 2013 (a): s. 74). Uyuşmazlığın konu bakımından (objektif) tahkime elverişliliğine sınırlama getiren nedenler; kamusal çıkarlar, özel olarak görevlendirilmiş bir kamusal karar organı ile yetki çatışması ve toplum içindeki zayıf kişilerin korunması şeklinde, temel olarak üç grup altında toplanabilir (bkz. Huysal, 2010: s. 14; Erkan, 2013 (a): s. 75). Bu nedenler, devletlerin politik, ekonomik ve sosyal tercihlerine ve özellikle tahkim kurumuna bakışına göre farklılaşabilmektedir (Özel, 2008: s. 39). Böylece tahkime elverişlilik konusunun sınırlarını da çizerler. Bu sınırlar, devletin zayıfı koruma, kamu düzeni gibi gerekçelerle tahkim yargılaması için oluşturduğu kırmızı çizgiler ile belirlenir. Bu çizgiler tarafların serbestçe sözleşme yapamayacakları, iradelerinin sona erdiği sınırları çizerken, bu sınırların ötesinde kalan konular ise devletin mahkemelerinin münhasır yetkisine giren uyuşmazlıkları gösterecektir (Erkan, 2013 (a): s. 74-75; Huysal, 2010: s. 13. Karş. Özel, 2008: s. 38).

Hukukumuz bakımından, 6098 sayılı TBK'nın "sözleşme özgürlüğü" başlıklı 26. maddesi *"Taraflar, bir sözleşmesinin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler."* hükmü ile, tarafların kanunda öngörülen sınırlar içinde

sözleşme özgürlüğüne sahip olduğunu ifade etmektedir. Müteakip 27. maddenin ilk fıkrasında ise, *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."* düzenlemesiyle, sözleşme özgürlüğünün hangi hallerde sınırlanacağı ortaya konulmuştur.

Aile hukukunda ve ayni haklar alanında sözleşme özgürlüğü borçlar hukuku alanında görülene kıyasla oldukça sınırlıdır. Özellikle ayni haklar alanında, taraflar ancak kanunda öngörülen tipler ve koşullara uygun olarak sözleşme özgürlüğüne sahiptirler. Bu bakımdan, ayni haklar ve özellikle taşınmaz mallar konusunda taraflar, ancak üzerinde serbestçe işlem yapabilecekleri konularda tahkim sözleşmesi yapabilirler. Bu konular dışındaki sözleşmeler geçersizdir (bkz. Dayınlarlı, 2004: s. 33. Karş. Postacıoğlu, s. 644-647; Alangoya, 1973: s. 84). Bu sınırlama hükümlerine özellikle, Medeni Kanun, Tapu Kanunu gibi yasal düzenlemelerde rastlanmaktadır. Tahkim sözleşmeleri bakımından sözleşme özgürlüğü ise, tahkime elverişlilik kavramı hakkındaki kanuni düzenlemelerle sınırlanmaktadır (Huysal, 2010: s. 12; Erkan, 2013 (a): s. 74). Bu hususdaki temel düzenleme, içerik olarak birbirinin aynısı olan HMK m. 408 ve MTK m. 1/ f. 4 hükümleridir.

8.1.2 Objektif Tahkime Elverişlilik

MTK m. 1/ f. 4, *"Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz."* hükmündedir. HMK'nın "Tahkime elverişlilik" başlıklı 408. maddesi ise *"Taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir."* hükmü ile MTK'yı takip etmektedir (aynı yönde bkz. Budak, 2012: s. 38; Özbay, 2013: s. 511). Ancak, MTK'nın hükmünde, HMK'dan faklı olarak, *"Türkiye'de"* bulunan taşınmaz mallar bakımından tahkime elverişli olmadığının düzenlenmiş bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır (aynı yönde bkz. Şit, 2005: s. 216). MTK'nın bu hükmü üzerine, yabancı bir ülkede bulunan taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime tabi olup

olmadığı tartışması ile karşılaşmaktayız (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 76; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 39). MTK'nın hükmü, tahkime elverişliliği taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan doğan uyuşmazlık bakımından sadece Türkiye'deki taşınmazlarla sınırladığı için, yabancı bir ülkedeki taşınmazlar bakımından tahkim yargılaması yapılabileceğini kabul etmek gerekecektir (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 76. Karş. Akıncı, 2013 (b): s. 124). Ancak, çoğu devletin taşınmaz mallar üzerinde kendi mahkemelerinin münhasır yetkisi söz konusu olduğundan, bu hususta bir tahkim yargılaması yapılabilse de, taşınmazın bulunduğu ülkede alınan hakem kararının diğer devletlerde tenfiz edilememe sorunu, büyük bir ihtimal olarak karşımızda durmaktadır (Karş. Erkan, 2013 (a): s. 76; aynı yönde daha dar bir ifade için bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 39). Hatta hakem kararının, taşınmazın bulunduğu ülkede dahi sonuç doğurması mümkün olmayabilecektir (bkz. Ekşi, 2003: s. 306). En azından ülkemiz için, bunlar ihtimal değil, birer vakadır. Söz konusu hükümlerin emredici olduğu ve bu konularda tahkim sözleşmesi yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir (Kılıçoğlu, 2012: s. 1522). Böylece bu hükümle, kanun koyucu tahkime elverişlilik hususunda bir sınırlama yapmıştır (Kılıçoğlu, 2012:, s. 1453; Özbay, Korucu, 2016: s. 7). Ancak Nomer/ Ekşi/ Öztekin Gelgel, bu emredici hükmü tahkimin önünü tıkayacak şekilde dar yorumlamamaktan taraftır (bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 17). Böylece Yargıtay'ın aynı yöndeki içtihadına uygun bir kanuni düzenleme yapılmıştır (bkz. Şit, 2005: s. 216. Aynı yönde Yargıtay 4. HD.'nin 09.11.1964 tarihli ve E. 1963/8868, K. 1964/5220 sayılı kararı için bkz. ABD, Y. 1965, C. 11, s. 1378; 15. HD.'nin 08.7.1992 tarih ve 3004/3710 sayılı kararı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 66; 15. HD.'nin 13.12.1990 tarihli ve 4306/5480 sayılı kararı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 80-81; 15. HD.'nin 08.11.1995 tarih ve 5406/6251 sayılı kararı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 81). Ancak bu hükümlerin varlığı, kişilerin tahkim sözleşmesi yapmasını engellenemeye yetmeyecek, sadece tahkim sözleşmesinin geçersiz olması sonucunu doğuracak ve tahkim yargılaması yapılmasını engelleyecektir.

HMK ve MTK'nın anılan hükümlerinden, tahkime elverişsizliğin iki başlık altında toplandığı anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, taraflar arasındaki uyuşmazlığın taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan; ikincisi ise, iki tarafın da iradesine tabi olmayan işlerden kaynaklanmasıdır (Erkan, 2013 (a): s. 76; Kılıçoğlu, 2012: s.

1453). Dolayısıyla bu hükümlerin mefhumu mualifinden çıkan anlam, taraflar arasındaki uyuşmazlığın taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklar dışındaki diğer haklara ilişkin olması veya tarafların iradelerine tabi bulunan işlerden kaynaklanması halinde, tarafların tahkime gidebilecekleridir (Karadaş, 2013: s. 75; Ertekin, Karataş, 1997: s. 75).

Bu hususta Yargıtay 15. HD.'si, 16.5.2011 tarihli E. 2010/826, K. 2011/2941 sayılı kararında *"... yanlar arasında imzalanan 03.09.2007 tarihli sözleşmenin 7. maddesinde sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların hakemde görüleceği hükmüne yer verilmiştir... dava İİK'nın 67. maddesinden kaynaklanan itirazın iptali niteliğinde olup, kamu düzeniyle alakalı değildir. Tarafların iradelerine tabi olmayan hususları da ihtiva etmediğinden ihtilafın tahkimde görülmesine yasal bir engel yoktur..."* tespitlerinde bulunmuştur (kararın aktarılan kısmı ve daha fazlası için bkz. Karadaş, 2013: s. 75, dn. 77).

Alman hukuku bakımından "tahkime elverişlilik" halleri ise ZPO'nun 1030. maddesinin birinci fıkrasında kural olarak doğrudan sayılmış, iki ve üçüncü fıkralarda ise bunun istisnalarına yer verilmiştir. İlk fıkraya göre, *"Malvarlığı haklarına ilişkin her talep tahkim sözleşmesinin konusu olabilir. Malvarlığı hakları dışındaki talepler hakkındaki bir tahkim sözleşmesi ise ancak, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde sulh olma yetkisine sahip olmaları halinde hukuki bir etkiye sahiptir."* Bu hükümde, hukukumuzdaki gibi mefhumu muhalifinden hareketle tahkime elverişlilik hallerine işaret edilmemiş, bilakis doğrudan tahkime elverişli uyuşmazlıklar belirtilmiştir. Buna göre, ister taşınır isterse taşınmaz olsun malvarlığına ilişkin her talep tahkime elverişlidir (aynı yönde bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 338 kn. 786; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 255, kn. 805; Schilken, 2014: s. 393, kn. 844; Gottwald, 2005: s. 285, kn. 9;). Dolayısıyla kural olarak malvarlığına ilişkin her türlü talep tahkime elverişlidir (bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1326, kn. 2; Zimmermann, 2007: m. 1030, kn. 1). Hatta tedbir ve iştirak nafakasına ilişkin talepler dahi tahkime elverişlidir (bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1326, kn. 2). Malvarlığına ilişkin olmayan, yani şahıs varlığına ilişkin olan bir talep ise, ancak o uyuşmazlık hakkında tarafların sulh olma yetkileri bulunması halinde tahkime elverişli kabul edilecektir (aynı yönde bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 338 kn. 786; Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1327, kn. 3; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 255, kn.

805; Schilken, 2014: s. 393, kn. 844; Gottwald, 2005: s. 285, kn. 9; Zimmermann, 2007: m. 1030, kn. 1). Sonuç olarak kısaca tarafların hakkında tahkime gidebilecekleri uyuşmazlıklar, malvarlığına ilişkin talepler ile üzerinde sulh yetkisine sahip oldukları hususlardır (Schilken, 2014: s. 3923, kn. 841). Örneğin; şeref ve haysiyete tecavüzeden kaynaklı uyuşmazlıklar, Basın Kanunu'na göre istenen karşı talepler, dernekten ihraç kararları hakkındaki uyuşmazlıklar (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1030, kn. 1). Bir başka husus, tahkime elverişli bir uyuşmazlık hakkında bir devlet mahkemesinin kesin yetkili olmasının o uyuşmazlığın tahkime elverişsiz sayılmasına yol açmayacağıdır (bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1326-1327, kn. 2).

Taşınmazlara ilişkin ayni haklar konusunda tahkim yargılaması yapılamaması, kanun koyucunun iradesinden kaynaklanan bir yasaktır (Umar, 2011: s. 1141). Bununla birlikte, iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için tahkime gidilemeyeceği hususundaki kanun koyucunun iradesinden kaynaklanan diğer bir yasak hükmü ise, doktrinde Umar tarafından; *"üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği hukuksal ilişkiler kapsamındaki bir uyuşmazlığı çözmek için veya bu çeşit ilişkiyi düzenleyecek bir kural getirmek için sözleşme yapılamayacağı, hukukun temel ilkelerinden çıkar ve aslında gereği yokken HUMK m. 518'de de ifade edilmişti. Aynı kural şimdi HMK m. 408 içinde yer alıyor."* ifadeleriyle eleştirilmiştir (Umar, s. 1141).

Mülga 1086 sayılı HUMK'nun 518. maddesi, *"yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez."* hükmündeydi. HUMK'nu bu hükmü, HMK m. 408 ve MTK m. 1/ f. 4 hükümlerinde düzenlenen tahkime elverişsizlik hallerinden sadece birini düzenlemesi bakımından daha dardır. Taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklarda tahkimin ne ölçüde caiz olacağının, HUMK'nın anılan hükmünde düzenlenmemiş olması nedeniyle, bazı duraksamaları beraberinde getirdiği belirtilmekteydi. Ancak şimdi HMK m. 408 ve MTK m. 1/ f. 4'de, taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkime gidilemeyeceği düzenlenmek suretiyle, konuya açıklık getirilmiştir (Postacıoğlu, s. 787. Aynı yönde Umar, 2011: s. 1143; Sarısözen, 2011: s. 378).

Öte yandan, HMK m. 408 ve MTK m. 1/ f. 4'deki düzenlemenin bir parçasını oluşturan, "iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar" ların tahkime tabi olmayacağı şeklinde daha güncel bir Türkçe ile kaleme alınmış HUMK'nun bu hükmünden, ne anlaşılması gerektiği ise kanaatimizce yeterince açık değildir.

Bu hususta doktrinde Kuru, *"Bundan maksat, tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu uyuşmazlıklardır. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı gidermek için (özellikle sulh yolu ile) serbestçe anlaşma yapabiliyorlar ve bu anlaşma mahkemenin kararına gerek olmaksızın geçerli ise, o uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi yapılabilir"* ifadeleriyle, tahkim sözleşmesinin yalnız tarafların arzularına tabi olan uyuşmazlıklar hakkında mümkün olacağını belirtmiştir (Kuru, 2001: s. 5945-5946; aynı yönde bkz. Bilge, 1978: s. 647; Ertekin, Karataş, 1997: s. 76; Şit, 2005: s. 217; Akıncı, 2000; s. 108; Ekşi, 2003: s. 306; Bolayır, 2009: s. 37). Ayrıca, tarafların dava konusu üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde, tahkimin caiz olmadığını belirterek; boşanma davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işlerinin hakemlerde görülemeyeceğini örnek olarak vermiştir (bkz. Kuru, 2001: s. 5951; aynı yönde bkz. Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 783).

Keza doktrinde Bilge, *"Tahkim ancak tarafların arzu ve iradelerine tabi olan meselelerde cereyan eder. Alman hukukunda da bu kavram, tarafların üzerinde sulh olabilecekleri konularda tahkim anlaşması yapabilecekleri şeklinde ifade olunmuştur. Şu halde, tarafların üzerinde kabul, sulh gibi işlemlerle tasarrufta bulunabilecekleri haklara ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim cereyan eder."* ifadeleriyle, bu hükümden ne anlaşılması gerektiğini belirtmiştir (Bilge, 1965: s. 647; Bilge, Önen, s. 747. Aynı yönde bkz. Öztürk, 2014: s. 110).

Dayınlarlı'ya göre ise, *"Taraflar ihtilafın konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkisine sahip iseler, bu konuda tahkime gidebilirler"* (Dayınlarlı, 2004: s. 35; aynı yönde bkz. Tanrıver, 2000: s. 133).

Karadaş ise, *"Bir akdin konusunun iki tarafın iradesine tabi olması, hiçbir kayıt ve şartla o konu üzerinde tarafların iradesine sınırlama getirilmemiş olunması*

demektir. Şayet taraflar, aralarındaki borç ilişkisine konu akit üzerinde serbestçe tasarruf yetkisini haiz ise örneğin; o hak sulh ve feragat işlemine konu teşkil edebiliyorsa, burada irade bağımsızlığı var sayılır ve akdin konusu olan uyuşmazlığın hallinde tahkim usulüne başvurmak mümkündür." şeklindeki ifadeleriyle, bu hususu açıklamıştır (Karadaş, 2013: s. 75).

Yılmaz tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri konuları, "*genellikle kamu düzeni ile ilgili olarak kabul edilen hususlar"* olarak ifade etmektedir (Yılmaz, 2013: s. 1715; Görgün, 2015: s. 493; Tanrıver, 2000: s. 134).

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, iki tarafın iradelerine tabi olan uyuşmazlıklardan anlaşılması gereken, temel olarak tarafların üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe anlaşabilecekleri uyuşmazlıklardır.

Tahkime elverişlilik hususunda, hukukumuzda kabul edilmiş olan uyuşmazlığın iki tarafın arzularına tabi olması ölçütü, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme yapma özgürlüğü zayıfladığı oranda ortadan kalkmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, tahkime elverişsizliğin emredici kurallar nedeniyle değil, sözleşmenin güçlü tarafının zayıf tarafın iradesini etkilemesi neticesinde kamu düzeninin sarsılması nedeniyle ortaya çıkıyor olmasıdır (Huysal, 2010: s. 128; Tanrıver, 2000: s. 134; Ekşi, 2003: s. 306). Bu nedenledir ki, Yargıtay da çeşitli kararlarında tahkime elverişliliği uyuşmazlık konusunun kamu düzenine aykırı olmaması şeklinde ifade etmiştir (bkz. Şit, 2005: s. 217; Yargıtay kararları için bkz. aynı eser s. 217, dn. 777). Örneğin, tüketiciler, işçiler ve kiracıların korunması bakımından (bazı uyuşmazlıklarla ilgili olarak) tahkim yargılaması yapılamamaktadır. HMK'nın 17. maddesinde yetki sözleşmeleri düzenlenmiş olup, bu hükme göre, tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılacak yetki sözleşmeleri geçerlidir. Şayet yetki sözleşmesinin bir tarafında tüketici bulunuyorsa bu sözleşme hükümsüzdür. HMK'da m. 17 hükmüne benzer bir sınırlamaya tahkim sözleşmeleri bakımından yer verilmemiştir. Öte yandan yetki sözleşmelerinin geçerlilik şartları başlıklı HMK'nın 18. maddesi, yetki sözleşmesi bakımından HUMK'nun 518. maddesine benzer bir hüküm getirmiştir. Anılan maddeye göre, *"Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz."* Bu bakımdan yetki sözleşmeleri ile tahkim sözleşmeleri benzemektedir

(bkz. ve karş. Bolayır, 2009: s. 37). HMK m. 17 ile ilgili olarak görüşüne bizim de katıldığımız Budak, yetki sözleşmeleriyle tam bir paralellik kurarak, tacir veya kamu tüzel kişileri tarafından yapılmamış tahkim sözleşmelerinin de yetki sözleşmeleri gibi hükümsüz sayılmasının doğru olmayacağı, ancak kanunun amacı düşünülürse, HMK'nın yetki sözleşmeleri hakkındaki anılan hükmünün tüketicilerin taraf olduğu tahkim sözleşmeleri bakımından da öncelikle uygulanması ve tacir olmayan tüketicilerin tarafı bulunduğu tahkim sözleşmesinin hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündedir (bkz. Budak, 2012: s. 39).

Alman hukukunda ZPO m. 1030'un ikinci fıkrasında kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından bir istisna öngörülmüştür. Anılan fıkraya göre "*Ülke içinde bulunan (Almanya'daki) konutlara (barınacak yerlere) ilişkin kira ilişkisinin mevcudiyetine ilişkin uyuşmazlıklar hakkındaki bir tahkim sözleşmesi hükümsüzdür. Bu hüküm, kira sözleşmesinin (Alman) Medeni Kanun'unun 549. maddesi 2. fıkrasının 1-3. bentlerinde belirtilen türdeki bir konuta (barınacak yere) ilişkin olması halinde geçerli değildir."* Bu hükme göre, BGB m. 549/ f. 2, 1-3. bentlere dayalı olarak yapılan kira sözleşmeleri hariç olmak üzere, Almanya'da bulunan konutlara ilişkin kira sözleşmesinin varlığına ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tahkim sözleşmesi hükümsüzdür (bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1327, kn. 4; aynı yönde bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 786; Schilken, 2014: s. 393, kn. 844). Bu hüküm ile sosyal bakımdan zayıf kabul edilen kiracının devlet mahkemelerine başvurabilme hakkının kaldırılması engellenmek istenmektedir (bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1327, kn. 4). Kira sözleşmesinin varlığına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından söz konusu olacak davalar ise kira sözleşmesinin bulunmaması yahut kira sözleşmesinin sona ermesinin geçersiz olduğu ve özellikle fesih bildirimine yönelik tespit davaları olacaktır (bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1327, kn. 4; Zimmermann, 2007: m. 1030, kn. 3). Öte yandan, kira sözleşmesinden kaynaklanan diğer talepler bakımından ise tahkim sözleşmesi geçerli olacaktır (Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1327, kn. 4). Bunlar sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanan maddi tazminat talepleri, kira artışından kaynaklı talepler, keza bilirkişilere tespit ettirilen kira bedeli üzerinde anlaşılamamasından kaynaklı uyuşmazlıklar olabilir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1030, kn. 3).

Öte yandan, tahkime konu bakımından sınırlama sadece usul kanunları ile değil maddi hukuka ilişkin kanunlarla da getirilmesi mümkündür (Bkz. Yeğengil, 1974: s. 151; Ekşi, 2013: s. 78). ZPO'nun 1030 / f. 3 hükmüne göre; ZPO'nun tahkime ilişkin kitabının dışında, aleyhine tahkime gidilemeyecek veya belli şartlar altında gidilebilecek uyuşmazlıklar hakkındaki hükümler de caridir. Bu istisna hükmüne göre, özel kanunlarda tahkime elverişlilik hakkında hükümler getirilmesi mümkündür. Hukukumuz bakımdan tahkime elverişlilik konusu sadece HMK ve MTK'da değil, Borçlar Kanunu'nda ve Ticaret Kanunu'nda da yer almıştır. Örneğin; TBK'nın 262. maddesi; "*Yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz.*" hükmü ile yerleşim yeri Türkiye olan alıcıyı koruma amacıyla, taksitli satış sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını düzenlemiştir (Erkan, 2013 (a): s. 76-77. Aynı yönde bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 17). Keza tahkime elverişliliği sınırlandıran bir başka hüküm, yeni TTK'nın 1271/ f. 2 hükmü uyarınca deniz yolu ile taşıma sözleşmelerinde tazminat istemi doğmadan evvel tahkim sözleşmesi yapılamamasına ilişkindir. Söz konusu hükme göre, tazminat talebi henüz doğmadan önce yapılacak yetki ve tahkim sözleşmeleri geçerli olmayacaktır. Buna göre, yolcunun ölümü veya yaralanması sonucunu doğuran olaylardan veya bagajın yok olması veya zarara uğramasından önce yapılmış bulunan sözleşmelerde yer alan tahkim şartı geçerli kabul edilmeyecektir. Bu durumda, deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından tahkim sözleşmesinin, tazminata sebep olayın gerçekleşmesinden sonra yapılması gerekecektir (bkz. Ekşi, HMK'da Tahkim, s. 80).

Alman hukuku bakımından da tahkime elverişlilik hususunda ilgili kanunların getireceği istisna ve sınırlamalar söz konusu olabilir. Örneğin; velinin küçük adına 3000 euroyu aşmayacak maddi uyuşmazlıklar bakımından tahkim sözleşmesi yapabilmek için Aile Mahkemesinden izin alması gerektiğine ilişkin BGB m. 1822/ 12. bent; önemli miktardaki hukuki uyuşmazlıklar hakkında tahkim sözleşmesi yapabilmek için iflas idaresinin alacaklılar kurulunun rızasını almasını içeren (Alman) İflas Kanunu m. 160, 3. benti; kımetli evrak hizmelerinden kaynaklanan gelecekteki hukuki uyuşmazlıklar için iki tarafında tacir veya özel veya kamu hukuki

tüzel kişisi olması gerektiğine ilişkin Kıymetli Evrak Ticaret Kanunu (WpHG) m. 37h hükmü bu hususstadır (bkz. Thomas, Putzo, Reichold, 2015: s. 1327, kn. 5; başka örnekler için de bkz. Zimmermann, 2007: m. 1030, kn. 3).

Özel hukuk bakımından tahkime elverişli olmayan hususlar genel olarak, aile hukuku uyuşmazlıkları, iş hukuku uyuşmazlıkları, tüketici uyuşmazlıkları, kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, iflas hukukundan kaynaklanan bazı uyuşmazlıklar, vakıf ve dernek kuruluşları hakkındaki uyuşmazlıklar, taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar, rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklar olarak sayılabilirr (Erkan, 2013 (a): s. 77; Huysal, 2010: s. 15-16; Yeşilırmak, 2011 (a): s. 85; Roma hukuku bakımından benzer hususlar için bkz. Küçükgüngör, 1998: s. 141). Ancak bu hususlara ilişkin uyuşmazlıklardan elbette tahkime elverişli olanlar da bulunmaktadır.

Tahkime elverişli olan ve olmayan uyuşmazlıklar hakkında, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında biraz daha ayrıntılı olarak örnekler vereceğiz.

1- Taraflar arasındaki uyuşmazlık bir taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkin ise bu uyuşmazlık, tahkime elverişli değildir (Kuru, 2001: s. 5946; Kuru, 2015: s. 727; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 783; Karslı, 2012: s. 907; Yılmaz, 2012: s. 753; Kılıç, 2012: s. 2968; Tanrıver, 2000: s. 134; Yılmaz, 2013: s. 1716). Bu hususta Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim anlaşması yapılamaz demektedirler (bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1068; aynı yönde bkz. Ekşi, 2013 (a): s. 76; Öztürk, 2014: s. 111). HMK m. 408 ve MTK m. 1/ f.4'deki hükmün mefhumu muhalifinden anlaşıldığı üzere, taşınmaz üzerindeki kişisel haklara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından tahkime başvurulabilecektir (Yılmaz, 2013: s. 1716; Görgün, 2015: s. 476; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016: s. 766; Gençcan, 2013:, s. 1352; EKŞİ; 2013 (a): s. 76; Özbay, Korucu, 2016: s. 8). Örneğin; taşınmazın satımından kaynaklanan alacağın hakkına ilişkin bir uyuşmazlık bakımından tahkime gidilebilir (Bkz. Ekşi, 2013 (a): s. 76; Özbay, Korucu, 2016: s. 8-9). Aslında bir taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkin uyuşmazlık hakkında da olsa, tarafların tahkim sözleşmesi yapmasını engelleyecek bir mekanizma bulunmamaktadır. Ancak tarafların böyle bir uyuşmazlık hakkında yapacakları tahkim sözleşmesi geçersiz olacaktır (karş. Umar, 2014: s. 1141). Buna

rağmen, taraflar tahkime başvurmuş ve her nasılsa bir karar almışlarsa, bu karara istinaden tapu kayıtlarında bir değişiklik yapılması ise söz konusu olamayacaktır. Zira tapu kayıtlarındaki değişiklik, tarafların rızası veya mahkeme kararı ile mümkündür. Roma hukuku bakımından sınır ihtilafları da dahil olmak üzere zilyetliğe ilişkin taşınmaz mallar hakkındaki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu belirtilmektedir (bkz. Söğüt, 2011: s. 99-100).

Yargıtay, HMK ve MTK'daki taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime tabi olmayacağına ilişkin hükmün açıkça düzenlenmemiş bulunduğu, HUMK'nun yürürlükte olduğu dönemde verdiği birçok kararında, mülkiyet değişikliğini içeren taşınmazın aynına ilişkin davalar hakkında tahkim yargılamasının yapılamayacağına karar vermekteydi (Bkz. örneğin: Kuru, 2001: s. 5947, dn. 24'te sayılan kararlar; Yargıtay 15. HD.'nin 13.12.1990 tarih ve 4306/ 5480 sayılı kararı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 80-81; Yargıtay 15. HD.'nin 08.11.1995 tarih ve E. 5406, K. 6251 sayılı kararı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 81; 15. HD.'nin 27.01.1988 tarih ve E. 1987/4346, K. 1988/224 sayılı kararı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 95). Yargıtay 15. HD.'nin 10.10.2011 tarih ve E. 2011/4411, K. 2011/5792 sayılı kararına göre *"...davada öncelikle talep tapu iptali ve tescil istemidir. Tapu iptal ve tescil davalarında hakemlerin karar vermesi mümkün olmayıp bu husus kamu düzenine dair olduğundan görevi gereği mahkemeler, hakemler ve temyiz aşamasında Yargıtay'ca dahi kendiliğinden göz önünde tutulur… bu sebeple sözleşmenin 7. Maddesindeki tahkim şartı tapu iptal ve tescil istemli bu davada uygulanamayacağı, hakem kurulunca açılan davanın genel mahkemede görülmesi gerekçesiyle görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken bu husus üzerinde durulmadan işin esası hakkında karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur."* (kararın aktarılan kısmı için bkz. Akıncı, 2013: s. 264-265). Bu ve benzer Yargıtay kararları doğrultusunda Karadaş, böyle bir uyuşmazlığın çözümü sonucunda tapuda mülkiyetin nakli gerekecekse, bu uyuşmazlık tahkime elverişli olmadığını; zira taşınmaz üzerindeki mülkiyetin tapuda bir başkasına intikalinin ancak malikin rızası veya mahkeme kararı ile mümkün olacağından, hakem heyetinin bu hususta yargılama yaparak karar vermesinin söz konusu olamayacağını belirtmektedir (bkz. Karadaş, 2013: s. 80).

Ancak Kuru, taşınmaz davalarında, tarafların dava konusu üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe tasarruf edebileceklerini, dolayısıyla bu tür davaların tarafların arzusuna tabi olan konulardan olduğunu, bu nedenle taşınmaz davaları hakkında da tahkim sözleşmesi yapılabileceği düşüncesiyle Yargıtay'ın bu görüşüne katılmadığını belirtmektedir (Kuru, 2001: s. 5947. Aynı görüşte bkz. Üstündağ, 2009: s. 142; Alangoya, 1973: s. 84; Ansay, s. 408.) Ayrıca yazar, taşınmaz davalarında kamu düzenine ilişkin olan hususun, davanın mahkemede açılması halinde, davanın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülmesine ilişkin olduğunu (HUMK m. 13), bunun da tahkim ile ilgisi bulunmadığını ifade etmektedir. (Kuru, 2001: s. 5947). Benzer bir görüşte olan Yeşilırmak, taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkının tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri yani sulh olabilecekleri hususlardan olduğunu ve bu nedenle tahkime elverişli olduğunu belirterek, mülkiyet odaklı çağı geçmiş zihniyetin terk edilmesi ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkından kaynaklı uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünün mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir (bkz. Yeşilırmak, Tahkim, s. 128).

Kuru'nun görüşlerini ortaya koyduğu ve son baskısı 2001 tarihli olan eserinin, "taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar"ın tahkime tabi olmadığı yahut elverişli olmadığının açık bir kanun hükmü ile ilk defa düzenlendiği MTK ve sonrasında HMK'dan önce yayınlanmış olduğunu ifade etmek gerekir. Zira bu kanunlardan sonraki eserinde yazar, HMK m. 408 ve MTK m. 1/ f. 4'e atfen, taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını belirtmekle yetiniyor ve bir eleştiri de getirmiyor (Kuru: 2015: s. 727). Öte yandan, "taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar"ın tahkime elverişli olmadığı açıkça kanunda yerini almış olduğundan, Yargıtay'ın görüşünün dayanağının da bu hüküm olacağı şüphesizdir.

Yargıtay'ın, özelde ayni haklar olmak üzere sözleşme özgürlüğü ve bu bakımdan tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkında görüşünü ortaya koyarak, somut olaydaki taşınmaz malların aynen taksimi hususundaki ortaklar arasında yapılan tahkim sözleşmesinin geçersizliğini tespit ettiği eski tarihli bir kararı, yukarıdaki açıklama ve tartışmaları özetler mahiyettedir. Şöyle ki; *"Gayrimenkulün tahsisine*

ilişkin 10.6.1963 günlü karar bir hakem kararıdır. Usulün 518. maddesi hükmünce bir uyuşmazlığın yanları özgürce sözleşemeyecekleri alanda tahkim sözleşmesi yapamazlar, yaparlarsa bu hukukça geçerli olmaz. Yasanın buyurucu kurallarından ayrılacak herhangi bir sözleşme bu buyurucu kurallara aykırılığı derecesinde geçersizdir (Örneğin boşanmaya ilişkin tahkim sözleşme ve kararlarında olduğu gibi). Çünkü bu gibi kararların sözü edilen kurallara aykırılığı yönünden Yargıtay'ca denetimi sınırlı olarak kabul edildiğinden, bu gibi konularda hakeme gidilmesi olanaksızdır ve uygulamada hakemlerin yürürlükteki hukuk düzenine uygun biçimde karar vermeleri sistemi benimsenmemektedir; yanların tahkim sözleşmesinde bu esası kararlaştırdıkları da belirmemektedir. Borçlar Hukuku alanını aksine aile hukukunda ve ayni haklar alanında sözleşme özgürlüğü daha sınırlıdır. Özellikle ayni haklar alanında yanlar ancak yasanın öngördüğü tipler ve koşullar içinde özgürce sözleşme yapabilirler. Öğretide tartışmalı olmakla beraber (Bakınız: Postacıoğlu, 1970 sh. 644-647; Kuru, 1968, sh. 732-734; Aydın Aybay, Taksim, 1966 sh.52-54; Alangoya, Tahkimin Niteliği, 1973, sh. 84; Hafta sh. 73-76); ayni haklar ve özellikle taşınmaz mallar konusunda ancak yanların üzerinde özgürce işlem yapabilecekleri konularda tahkim sözleşmesi yapabileceklerinin kabulü gerekir. Bunların dışındaki sözleşmeler geçersizdir. Bu nedenle;

a - Yanların tahkim sözleşmesini Borçlar Yasasının 213. maddesinin öngördüğü geçerlik biçimine uygun olarak düzenledikleri anlaşılamamaktadır.

b - 6785 sayılı Yasanın 37. Maddesinin b bendi ifraz ve taksimlerin o yer için düzenlenmiş imar planlarına aykırı olamayacağını buyurmakta ve parsellerin imar planına uygun düşmediği durumlarda bu konudaki kararların yerine getirilmesi olanağı bulunmamaktadır (bu konuda bakınız: Danıştay 6. Dairesinin 23.11.1963 gün ve 2963/390 sayılı kararı ve Artukmaç, Türk İmar Hukuku, 1969, sh. 359; HGK Kur. 12.7.1967 gün ve K. 330, E. 966/1-213 A. B. Der. 1967-6, sh. 951).

c - Taksim ve ifraz konusunda bekletici sorunlar çözümlenmedikçe taşınmaz üzerindeki hak sahiplerine gerekli ihbar yapılmadıkça sonuca gidilemez (Mülkiyet uyuşmazlıkları, tapu kaydının düzeltilmesi - tapu ve yerdeki alan ölçüsü farkları, sınır yanlışları - şufa, satış vaadi ve benzerleri ve 27.1.1954 gün ve 1/22 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gerekleri).

ç - Usulün 561 ve 562. maddesinin görevi kesin biçimde buyurmuş olması.

d - Medeni Yasanın 628. maddesinin 2. fıkrası tahkimi taşınmazın değerine önemli bir eksiltme yaratmaması koşuluna bağlamıştır. Yanlar birleşerek bu koşulun gerçekleşmediği biçimde taksimi (sulh yoluyla) sağlayabilirse de maliklerin rızalarının birleşmediği durumlarda hakem kararıyla bir tarafa bu zararlı sonucu benimsetme kuralın amacına aykırı olur.

e - Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması bu yolda olduğu gibi bu konuda görevli 6. Hukuk Dairesinin 13.2.1964 gün ve 6808 Esas 703 Karar sayılı kararı da bu yoldadır.

O halde taşınmaz malların aynen taksimi yolunda paydaşlar arasında yapılan tahkim sözleşmesi geçersizdir. Geçersiz sözleşmeye göre seçilen hakemlerin verdikleri karar, Medeni Yasanın 633. maddesi hükmünce yanların tapuda buna dayanarak feragˇ vermesinden önce müstakil mülkiyeti ihdas etmeyeceğinden davacı paydaş K.T. ne hakem kararı ne de buna dayanarak gönderdiği ihtar ile öteki paydaş N.O.ya karşı bir hak sağlamış olmaz." (Yargıtay 4. HD.'nin 14.5.1974 tarihli ve E. 1974/2094, K. 2496 sayılı kararın aktarılan kısmı için (bkz. Kuru, 2001: s. 5948-5949; kararın tamamı için ise bkz. YKD 1975/6, s. 64 vd.).

Yargıtay başka bir kararında ise; *"Görüldüğü üzere, taraflar arasındaki ayni hakla ilgili davanın çözümü sonunda tapuda mülkiyetin geçirimi öngörülmektedir. Gayrimenkul mülkiyeti ancak sahibinin rızası veya mahkeme ilamı ile tapuda intikal eder. Bu husus kamu düzeni ile ilgilidir. Hakem kararı tarafları bağlayıcı bir kesin hüküm sonucunu doğurmakta ise de, tapuda mülkiyetin intikalini sağlayıcı bir mahkeme kararı değildir. H.U.M.M 518. maddesine göre "Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez". Bu hükmü ile Yasa, kamu düzenini ilgilendiren konularda hakemlerce karar verilemeyeceğini amirdir. Bu nedenle tapuda mülkiyet geçirimi de içeren davanın mahkemede çözümlenmesi gerektiği halde görevsiz hakem heyetince bakılması usul ve yasaya aykırıdır."* şeklinde karar vermiştir (15. HD.'nin 13.12.1990 tarih ve E. 1990/4306, K. 1990/5480 sayılı kararının aktarılan kısmı için (bkz. Karadaş, 2013: s. 80, dn. 89).

Yargıtay yeni bir kararında ise; *"Davada, satış vaadi sözleşmesi uyarınca taşınmaz mal mülkiyeti geçirimi istenmektedir. Her ne kadar genel satış şartnamesinin -M- maddesinde "satmayı vaad eden firma ile satış vaadi muhatabı arasında doğacak ihtilaflar hakem usulü ile halledilecektir" hükmüne yer verilmiş ise de, Türk Medeni Kanunun 706 ve 1017, Tapu Kanunun 26 ve 27. maddeleri ile 5519 sayılı Kanun hükümlerine göre, tapu kayıtlarında yapılacak intikaller tarafından tapu memuru huzurundaki takrirleri ya da mahkeme kararları ile mümkündür. Anılan bu hükümler kamu düzeni ile ilgili olup, bu konudaki tahkim şartı geçersizdir…"* ifadeleriyle, davalı vekilinin temyiz itirazlarını yerinde görmemiştir (14. HD.'nin 07.10.2003 tarihli ve E. 2003/6387, K. 2003/6387 sayılı kararın aktarılan kısmı için (bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1069, dn. 3).

Aynı yönde verilen bir kararda Yargıtay; *"... sözleşmenin bu hükmü ile birlikte tamamı dikkate alındığında davacıların satın alıp inşaat yapacakları taşınmazdaki bağımsız bölümlerin 1/2'sinin alım hakkının davalıya tanınması amaçlanmıştır… Mahkeme olarak kabulü mümkün olmayan hakem kararıyla tapuda taşınmaz mal payının devri sağlanamaz. Bu nedenledir ki, tapuda pay devrini gerektiren sözleşmelerde tahkim usulü cereyan etmeyeceğinden, sözleşmeye konulan tahkim şartı da geçersizdir"* ifadesinde bulunmuştur (15. HD.'nin 04.12.2007 tarihli ve E. 2007/5475, K. 2007/7754 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. Karadaş, 2013: s. 80, dn. 88).

Yargıtay benzer bir kararında, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ve tapu kaydının iptali ile ilgili bir uyuşmazlık hakkında tahkimin cereyanının olanaksız olduğunu, bu nedenle tahkim şartının geçerli sonuç doğurmayacağını ifade etmiştir. "Somut olayda, yanlar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi yanında yükleniciye devri yapılan tapu kaydının iptal ve tescili de istenmiştir. Burada tarafların uyuşmazlıkları ayni hakka da ilişkin olduğundan ve taşınmazın tapuda mülkiyet nakli ancak rızaen veya mahkeme ilamı olabileceğinden, kanunun kamu yararı amacı ile getirdiği kurala aykırı olan bu konuda tahkim yargılaması cereyanı olanaksızdır. Bu yüzden, yanlar arasındaki uyuşmazlık konusuna ilişkin tahkim şartı geçerli sonuç doğurmaz…" (15. HD.'nin 23.9.2002 tarihli ve E. 2002/4321, K. 2002/4067 sayılı kararı için (bkz. YKD 2003/6, s. 929 vd.).

Doktrinde Kuru, Yargıtay 4. HD.'nin 14.5.1974 tarihli kararında belirttiği üzere tarafların taksim (ve ortaklığın giderilmesi) davasını sulh yolu ile sonuçlandırabileceklerine göre, taksim davası hakkındaki tahkim sözleşmesinin geçerli sayılması gerektiği kanısında olduğunu; kararda belirtilen İmar Kanununun kamu düzenine ilişkin hükümlerine hakemlerin de uymak zorunda olduklarını, şayet buna uymamışlarsa, hakem kararının bu nedenle (Yargıtay tarafından) bozulabileceğini ortaya koymuştur (bkz. Kuru, 2001: s. 5950. Aynı yönde verdiği bir karar Yargıtay; *"Tahkime ait hükümler HUMK'nun 516-536. maddelerinde düzenlenmiştir. Taraflar arasında doğacak ve adli yargının görev alanına giren her çeşit uyuşmazlıkların çözülmesinde genel kural olarak mahkemeler görevlidirler. Ancak bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın kamu düzenine ilişkin olmayan konularda anlaşarak bu uyuşmazlığın giderilmesini mahkemeler yerine özel kişilere de bırakmaları mümkündür. Usul Hukukumuzda bir davanın hakemler marifetiyle bakılması ve sonuçlandırılması hali özel bir yargı yoludur. Kanunların açık ve zımni olarak cevaz verdiği durumlarda tahkim yolu açıktır. Taraflar aralarındaki uyuşmazlığın hakem eliyle çözülmesi hususunda irade muhtariyetine sahiptirler. (Taraflar arasındaki) 7.8.1972 günlü inşaat taahhüt mukavelesi hükümleri dairesinde bir taşınmaz mal payının geri verilmesi ve bu maksat altında tapu sicilinde lüzumlu olan düzeltme işlemlerinin yaptırılması tarafların serbestçe gerçekleştirebilecekleri muamelelerdendir. Bu biçim tasarruflar tarafların arzularına tabi olan mesailden sayılmalıdır. Uyuşmazlığın hakemler eliyle karara bağlanmasında kanuna aykırı bir yön yoktur. Kamu düzeni ile ilgili değildir."* ifadelerinde bulunmuştur (15. HD.'nin 31.5.1979 tarih ve 1195/1330 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. Kuru, 2001: s. 5948).

MTK ve HMK'nın yukarıdaki hükümlerinde "taşınmazlar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların" tahkime elverişli olmadığı hususundaki açık düzenleme karşısında, artık taşınmazlar hakkındaki ayni haklara ilişkin tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri hususlarda yapacakları tahkim sözleşmesinin sonuç doğurmasını, başka bir ifadeyle tahkime elverişli olduğunu kabul etmek kanaatimce mümkün değildir. Zira artık, taşınmazlar üzerindeki ayni haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime tabi olup olmadığının tespiti için, tarafların iradelerine tabi olup olmadığının veya kamu

düzenine ilişkin olup olmadığının bir önemi de bulunmamaktadır. Kanun koyucunun, bu uyuşmazlıklara ilişkin iradesi, bunların tahkime elverişli olmadığı yönünde tecelli etmiştir. Böylece, taşınmazlar üzerindeki ayni haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarından hangilerinin tarafların iradelerine tabi olduğu, hangilerinin olmadığı veya hangilerinin kamu düzenine ilişkin olduğu, hangilerinin olmadığı şeklinde, her bir somut olayda tespit yapmanın güçlüğü ve bundan kaynaklanması muhtemel sorunlar da ortadan kalkmış olacaktır.

2- Arsa karşılığı kat yapımı sözleşmesinden doğan tescile zorlama talebi dışındaki malvarlığına ilişkin taleplerle ilgili uyuşmazlıklar bakımından tahkime gidilebilir. Yargıtay'ın bu hususta verdiği bir karara[67] göre, "… Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin 13/2. maddesi, "taraflar arasında bu sözleşmeden doğan ihtilafların halli için taraflar tahkim usulünü kabul etmişlerdir. Bu yazılı tahkim şartını ifade eder. Taraflar arasında çıkacak ihtilafların hallinde; taraflar kendi hakemlerini seçerler ve seçilen bu hakem üçüncü hakemi seçer ve bu hakem heyeti ihtilafı çözer. Bu konuda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır" hükmünü içermektedir. Sözleşmenin bu hükmünde kararlaştırılan hakem şartı iki tarafın arzularına tabi olan hususlara ilişkin olarak kesin niteliğindedir." (Bkz. Ekşi, 2013: s. 81)

Buna karşılık Yargıtay'ın başka bir kararında[68] *"... somut olayda, yanlar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi yanında yükleniciye devri yapılan tapu kaydının iptal ve tescili de istenmiştir. Burada tarafların uyuşmazlıkları aynı hakka da ilişkin olduğundan ve taşınmazın tapuda mülkiyet nakli ancak rızaen veya mahkeme ilamı ile olabileceğinden, kanunun kamu yararı amacı ile getirdiği kurala aykırı olan bu konuda tahkim yargılamasının cereyanı olanaksızdır. Bu yüzden, yanlar arasındaki uyuşmazlık konusuna ilişkin tahkim şartı geçerli sonuç doğurmaz. Mahkemece, tüm bu yönler gözetilerek uyuşmazlığın esasının incelenmesi yerine yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi doğru olmadığından bozulmalıdır."* ifadeleriyle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ile birlikte yükleniciye devri

[67] 15. HD.'nin 11.12.2009 tarih ve 4321/4067 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. EKŞİ, 2013: s. 81.

[68] 15. HD.'nin 23.9.2002 tarih ve E. 2002/4321, K. 2008/4067 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. EKŞİ, 2013: s. 81; ayrıca kararın tamamı için bkz. YKD, 2003/6, s. 929.

yapılan taşınmaz hakkındaki tescilin iptalinin talep edildiği bir uyuşmazlık hakkında tahkim şartına istinaden tahkime başvurulamayacağına karar verilmiştir.

3- (Örneğin satış sözleşmesinden doğan) Alacak davaları ile menkul mal davaları hakkında tahkim yargılaması yapılabilir (Kuru, 2001: s. 5946-5947; Kuru, 2015: s. 727; Karslı, 2012: s. 907; Kılıç, 2012: s. 2968; Yılmaz, 2012: s. 753; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s.1068; Dayınlarlı, 2004: s. 35; Roma hukuku bakımından aynı yönde bkz. Söğüt, 2011: s. 100-103). Keza eser sözleşmesi ile ilgili de tahkim sözleşmesi yapılabilir (bkz. Öztürk, 2014: s. 111).

Zira bu hususlardaki uyuşmazlıkları taraflar sulh (ve kabul) yolu ile serbestçe tasarruf ederek çözebilirler. Bu bakımdan, *iki tarafın iradelerine tabi olan işlerden kaynaklanan* bu tür uyuşmazlıklar hakkında yapılacak tahkim sözleşmeleri geçerli olarak sonuç doğuracaktır.

Yargıtay aynı yönde verdiği bir kararında; *"dava, ... liranın tahsili istemine ilişkindir. Davadaki uyuşmazlığı satış akdinden doğduğuna ve tarafların arzularına tabi olmayan mesailden bulunmadığına göre, HUMK'nun 516, 517, 518. maddeleri hükümleri gereğince sözleşmedeki (tahkim şartı) geçerlidir."* ifadesinde bulunmuştur (11. HD.'nin 28.12.1978 tarih ve E. 1978/5258, K. 1978/5916 sayılı kararın aktarılan kısmı için (bkz. Kuru, 2001: s. 5946; kararın tamamı için ise bkz. BATİDER 1979/X/1, s. 228-232).

Başka bir kararında yine Yargıtay, *"Mukavele ve ihtilaf konusu, satış akdi ile ilgilidir ve iki tarafın arzusuna tabi olmayan mesaile ilişkin değildir... Taraflar arasındaki mukavelenin ve dava konusunun kamu düzenine aykırı bir yönü bulunmadığından, bundan doğan uyuşmazlığın tarafların kararlaştırdıkları hakem önünde görülüp karara bağlanması gerekir."* şeklindeki ifadeleriyle, satış sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların iki tarafın iradelerine tabi işlerden kaynaklandığını ortaya koymuştur (HGK'nun 20.6.1973 tarihli ve T/147-529 sayılı kararının aktarılan kısmı için (bkz. Kuru, 2001: s. 5946; kararın tamamı için ise bkz. İKİD 1973/154, s. 2321-2324).

4- Yaş düzeltilmesi, boşanma davaları, evliliğin feshi, soy bağına ilişkin hususlar gibi, aile ve kişiler hukukuna ilişkin konularda tahkim yargılaması

yapılamaz (Bkz. Önen, 1979: s. 351; Dayınlarlı, 2004: s. 35; Kuru, 2015: s. 727; Ertekin, Karataş, 1997: s. 76; Tanrıver, 2000: s. 134; Karslı, 2012: s. 907; Deren Yıldırım, 2004: s. 53; Yeşilırmak, Tahkim, s. 85; Yılmaz, 2013: s. 1715; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 599; Özbay, 2013: s. 511; Özbay, Korucu, 2016: s. 10; Şit, 2005: s. 217; sadece boşanma davaları ile ilgili ifade için bkz. Berkin, 1969: s. 233-234; Kuru, 2001: s. 5951; Kuru, 2015: s. 727; Öztürk, 2014: s.110-111; soy bağına ilişkin ifade için ise bkz. ve karş. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1070). Zira bu konular kamu düzenine ilişkin olup, tahkime elverişli değildir (Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1070; Uyumaz, 2015: s. 141, dn. 546; Korucu, Uyumaz, 2014: s. 1325; Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Zimmermann, 2007: m. 1030, kn. 2). Bu hususlardaki uyuşmazlıklarda, tarafların serbestçe tasarruf yetkileri bulunmaz (Kuru, 2001: s. 5951; Dayınlarlı, 2004: s. 35). Alman hukukunda da evlilik ve evlat edinmeye ilişkin işlerin tahkime elverişli olmadığı hususunda bkz. Gottwald, 2005: s. 285, kn. 10; keza boşanma ve soybağına ilişkin işler bakımından da bkz. Zimmermann, 2007: m. 1030, kn. 2.

5- Manevi tazminat davaları bakımından tahkime gidilebileceği, Yargıtay'ın bir kararında şöyle ifade edilmiştir: *"HUMK.nun 518. maddesi gereğince yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez. Davacı maddi ve manevi tazminat talep etmiştir. - Usulün 519. maddesi gereğince nizaın hakem marifetiyle halli gerekeceğine dair mahkeme kararı kesinleşmiş ve taraflar arasındaki uyuşmazlık hakem önünde görülerek manevi tazminata da hüküm olunmuştur. Esasen akdi sorunluluğun sonucu olarak cezai şart gibi manevi tazminat dahi mukavele edilebilir. Bir manevi tazminat davasında davanın kabulü hâkimi bağlar. Bu itibarla manevi tazminat konusu tahkim şartının kapsamına girer..."* (TD'nin 22.3.1973 tarih ve 610/1210 sayılı kararının aktarılan kısmı için (bkz. Kuru, 2001: s. 5946; Ertekin, Karataş, 1997: s. 89; kararın tamamı için bkz. BATİDER 1973/VII/2, s. 505-506).

Manevi tazminat davaları için tahkim sözleşmesi yapılabileceği (tahkim yargılaması yapılabileceği) doktrinde de kabul edilmektedir (Yeğengil, 1974: s. 172; Kuru, 2001: s. 5946). Ancak Karadaş, TBK m. 58'de öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, manevi tazminatın hüküm altına alınabileceği ve bir manevi tazminat davasında davalının kabulünün hâkimi bağlayacağını, ancak tazminat

miktarının takdirinin, kanunda öngörülen sınırlar dâhilinde hâkime ait olduğunu (TMK m. 4) belirterek; kanunların takdir hakkını hâkime bıraktığı bu gibi özel durumlarda hakemlerin bu hakkı kullanmaya yetkili olmadıklarını ifade etmiş ve bu gerekçelerle de manevi tazminat davasında tahkim usulünün cereyan edemeyeceği görüşünü ortaya koymuştur (Bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 89; Karadaş, 2013: s. 81-82).

Başka bir görüş, manevi tazminat davalarında davalının davayı kabul etmesi hâkimi bağlamadığı için manevi tazminat davalarının taraf iradelerine tabi olmadığı gibi bir sonucuna ulaşılabilecek olsa da, bunun bu tür uyuşmazlıkların tahkime götürülmesine bir engel olmaması gerektiği yönündedir (Özbay, Korucu: 2016, s. 11; Özbay, 2004: s. 181).

Manevi tazminat talepleri hakkında tarafların sulh olmalarına bir engel bulunmadığına göre, kanaatimizce bu hususta tahkime gitmelerine de bir engel bulunmamaktadır.

6- Tahkim çekişmeli yargıya tabi uyuşmazlıklar hakkında geçerli olup, çekişmesiz yargıya tabi işler hakkında ilgililer tahkim yolu ile çözümü kararlaştırsalar dahi, bir sonuç doğurmaz (Önen, 1979: s. 351; Kuru, 2001: s. 5951; Tanrıver, 2000: s. 134; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1070; Öztürk, 2014: s. 113).

7- Tahliye ve kira bedelinin tespiti davaları bakımından, Yargıtay tahkim yoluna başvurulamayacağı görüşündedir (Kuru, 2001: s. 5952, dn. 46 ve 48'de zikredilen kararlar. Aynı yönde bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 89; Özel, 2008: s. 49; Özdemir Kocasakal, 2001: s. 186). Bununla birlikte kira bedelinin ödenmemesi hususunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından ise tahkim sözleşmesi yapılabilir (Ekşi, HMK'da Tahkim, s. 82).

Doktrinde Kuru, kira bedelinin tespiti davalarında tarafların dava konusunu teşkil eden kira bedelinin tespiti üzerinde serbestçe tasarruf edebileceklerini belirterek, bu hususta tahkim yoluna başvurulabilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Kuru, 2001: s. 5952; Berkin, 1969: s. 234; Özbay, Korucu, 2016: s. 11).

Bununla birlikte, tahliye davaları bakımından ise Kuru, bir ayrım yapmaktadır. Yazara göre, şayet tahkim şartı, kira sözleşmesi yapılırken ilk kira sözleşmesine konulmuş ise, tıpkı tahliye taahhüdü gibi, geçersiz sayılmalıdır (Kuru, 2001: s. 5951. Aynı yönde görüş için bkz. Berkin, 1969: s. 234; Postacıoğlu, 1975: s 787; Umar, 2014: s. 1187). Buna karşılık, tahkim şartı, kira sözleşmesinin uzatılmasına ilişkin sonraki sözleşmeye konulmuş veya ilk kira sözleşmesinin yapılmasından sonraki bir tarihte tahliye bakımından tahkime gidileceğine ilişkin müstakil bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılmışsa, tahkim şartı veya sözleşmesi geçerli olmalıdır. Zira sonradan verilen tahliye taahhüdü nasıl ki kiracının arzusuna bağlı ise, sonradan verilen tahkim şartı veya yapılan tahkim sözleşmesi de tarafların arzusuna tabidir (Kuru, 2001: s. 5951-5952; aynı yönde görüş için bkz. Berkin, 1969: s. 234; Postacıoğlu, 1975: s 787; Umar, 2014: s. 1187).

Yargıtay'ın hem tahliye hem de kira bedelinin tespitine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluna götürülemeyeceği yönündeki kararlarına karşılık, Kuru'nun görüşünün daha isabetli olduğu kanaatiyle bu görüşe katılıyorum.

8- Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesinin mümkün olmadığı hususunda gerek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu gerekse 5. HD.'nin kararları bulunmakta olup, buna göre yönetim planındaki tahkim şartı geçersizdi. HGK'nun 03.7.1974 tarihli ve E. 1972/5-1540, K. 1974/810 sayılı kararında; *"... 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 33. maddesi hükmünün buyurucu hüküm niteliği taşımasına ve bu nedenle de olayda usulün 518. maddesi hükmünce tahkim koşulunun geçerli sayılamayacağına göre mahkemece Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır."* şeklinde kanaatte bulunmuştur (bkz. YKD 1975/7, s. 8-9). 5. HD.'nin 22.5.1972 tarih ve 1971/3513, K. 1972/5195 sayılı kararı için (bkz. RKD 1973/2-3, s. 103-105); 5. HD.'nin 21.6.1973 tarihli ve 1973/12788, K. 1973/12378 sayılı kararı için (bkz. İBD 1973/7-8, s. 845-846); 5. HD.'nin 23.2.1981 tarihli ve E. 1980/313, K. 1981/1641 sayılı kararı için (bkz. İKİD 1981/248, s. 491).

Buna karşılık Yargıtay 4. HD'nin, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda, kat malikleri arasında çıkacak uyuşmazlıklar bakımından hakeme başvurmayı engelleyecek bir

hüküm bulunmadığı yönünde kararı bulunmaktadır (4. HD.'nin 10.4.1967 tarih ve E. 1967/2760, K. 1967/3075 sayılı kararı için (bkz. ABD 4. HD/2, s. 258-259). Doktrinde Kuru, kat malikleri arasında çıkan uyuşmazlıkların "yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesail"den olmadığı gerekçesiyle, Yargıtay 4. HD'nin görüşünü daha doğru bulduğunu ifade etmektedir (Kuru, 2001: s. 5953; bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Belen, 2000: s. 221 vd.).

Öte yandan doktrinde bazı yazarlar ise Kat Mülkiyeti Kanunu m. 33/ f. 1 hükmüne göre bu kanun kapsamına giren uyuşmazlıkların Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevi olduğunu belirterek, bu hükmün emredici ve kesin olduğundan bahisle, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 33. maddesine tabi uyuşmazlıklar bakımından tahkime gidilmesinin mümkün olmadığı görüşünü ortaya koymuştur (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 86-87; Özbay, Korucu, 2016: s. 11).

Ancak, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun muhtelif maddelerinde[69], kat maliklerinden birinin diğeri aleyhine veya yönetim kurulu kararlarına karşı "dava hakkı", "dava açması" ve "icra takibi" yapabileceği ifadelerinin kullanıldığı, ayrıca bu ifadelerin geçtiği maddelerde genel olarak "sulh hâkiminden", "hâkim kararından" bahsedildiği görülmektedir. Bu hükümlerden m. 25/ f. 1'de kat malikinin müstakil bölüm üzerindeki mülkiyet hakkının devri; m. 35/ f. 1, i) bendinde kanuni ipotek hakkının kat mülkiyeti kütüğüne tescili; m. 52/ son fıkrada tapu işlemleri ile ilgili tapu idaresi kararlarına karşı dava açılabileceği öngörülmüştür. Bu uyuşmazlık veya dava konusu işler, "taşınmazın aynına ilişkin haklardan" kaynaklıdır. Ayrıca m. 33/ f. 1'de kat malikleri kurulunda alınan kararların iptali; m. 38/ f. 2'de diğer kurul kararlarının iptalinde ise tarafların üzerinde serbestçe sulh olamayacağı hususlar dikkat çekmektedir. Bu bakımdan bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Kat Mülkiyeti Kanunu çerçevesinde doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kanaatiyle de ikinci görüşü daha isabetli bulmaktayız.

Öte yandan belki tesadüfen bir araya gelmiş, hatta çoğu kez birbirini dahi tanımayan kat maliklerinin, Kat Mülkiyeti Kanununun uygulanması bakımından

[69] Kat Mülkiyeti Kanunu m. 7/ f. 2; m. 17/ f. 1; m. 20/ f. 2; m. 25/ f. 2, vd.; m. 33/ f. 1; m. 35/ f. 1, i) bendi; m. 38/ f. 1; m. 52/ son fıkra; geçici madde 2.

ortaya çıkan veya çıkması muhtemel uyuşmazlıklar için daha önceden veya uyuşmazlık çıkması halinde yazılı bir tahkim sözleşmesi yapmalarının da beklenmediği, ayrıca çeşitli vesilelerle kat maliklerinin değiştikleri de düşünülürse, aralarındaki bu nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından sulh mahkemesine başvurmak tahkime gitmekten kanaatimizce daha kolay bir yoldur.

9- İş uyuşmazlıkları bakımından ise Yargıtay verdiği eski tarihli kararlarında, bunların mahkemeler dışında ayrı bir mercide çözümlenmesinin işçi ve işverenin arzularına tabi olmayan hallerden olduğunu ve İş Kanunu'na tabi bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar hakkındaki tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağını belirtmiştir (Örneğin; Yargıtay 4. HD.'nin 21.5.1959 tarihli ve 3889/3965 sayılı kararı için (bkz. AD 1961/6, s. 611-612); 9. HD.'nin 14.9.1964 tarihli ve 4983/5429 sayılı kararı için (bkz. ABD 1965/1, s. 89-90). Aynı görüşte bkz. Alangoya, 1973: s. 83-84; Yeğengil, 1974: s. 175; Üstündağ, 2009: s. 943). Böylece Yargıtay, kuvvetli olan işverene karşı daha zayıf olan işçiyi korumak ve ekonomik olarak daha güçsüz bulunan işçiyi sahip olduğu iş mahkemesi tabii hâkiminden mahrum etmemek isteğindedir (Kuru, 2001: s. 5951; aynı yönde bkz. Özel, 2008: s. 49). Ancak, içinde tahkim şartı bulunan iş sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık üzerine, işçi tarafından tahkime başvurulması durumunda tahkime elverişsizlikten bahsetmek haklı kabul edilemeyecektir. Zira böyle bir durumda, işçinin sözleşmeden doğan haklarının tahkimde daha iyi korunacağı düşüncesiyle hareket ettiğini kabul etmek gerekecektir (bkz. Özel, 2008: s. 49; Akıncı, 2013: s. 205-206).

Doktrinde Kuru, Yargıtay'ın bu görüşünün olması gereken hukuk bakımından yerinde olduğunu; ancak, iş davalarında tarafların sulh ve kabul yolu ile dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri nedeniyle, bu davaların iki tarafın arzusuna tabi konulara ilişkin olduğu gerekçesini ortaya koyarak, iş davaları hakkında yapılan tahkim sözleşmelerinin geçerli olduğu kanısıyla, yürürlükteki mevzuat bakımından Yargıtay'ın bu görüşüne katılamadığını ifade etmektedir (Kuru, 2001: s. 5951).

Ancak, doktrinde Akıncı ise, içinde tahkim şartı bulunan iş sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık üzerine, işçi tarafından tahkime başvurulması durumunda, işçinin sözleşmeden doğan haklarının tahkimde daha iyi korunacağı

düşüncesiyle hareket ettiğini kabul etmenin gerekeceği ve artık tahkime elverişsizlikten bahsetmenin haklı görülemeyeceğini belirtmektedir (Akıncı, 2013: s. 205-206; aynı yönde bkz. Özel, 2008: s. 49).

Yayımı tarihinde yürürlüğe giren (m. 121), 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun[70] "fesih bildirimine itiraz ve usulü" başlıklı 20. maddesinin 1. fıkrası[71] 2. cümlesi, bu hükümdeki sayılan hal ile sınırlı olmak üzere, uyuşmazlığın işçi tarafından hakeme götürülebileceğini hüküm altına almış idi. 4857 sayılı Kanun'un muhtelif hükümlerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru neticesinde, yüksek mahkeme verdiği kararında; m. 20/ f. 1, 2. cümlede geçen *"Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya*" ifadelerini iptal ederken, cümlenin "*taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür"* şeklindeki devamına ilişkin iptal talebini ise reddetmiştir. Anayasa Mahkemesinin 19.10.2005 tarih ve E. 2003/66, K. 2005/72 sayılı kararı için (bkz. 24.11.2007 tarih ve 26710 tarihli Resmi Gazete). Söz konusu kararın konumuz ile ilgili kısmı şöyledir: *"20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesi uyarınca, toplu iş sözleşmesine özel hakeme gitme hükmü konulmuşsa, bu hüküm normatif niteliktedir ve sendika üyesi olan işçiyi bağlar. Çünkü, 20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinde emredici nitelikte bir ifadeyle, "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa ... özel hakeme götürülür" denilmektedir. - Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunmak ve adil yargılanmak hakkına sahiptir. - İptali istenilen kuralın,"Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya" bölümüyle, toplu iş sözleşmesinin bu konudaki hükümlerine yasa hükmü gibi bağlayıcılık kazandırılmaktadır. - Özel hakem kararları ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesinde yer alan ve esas yönünden denetime olanak vermeyen nedenlerle temyiz edilebiliyor ise de, iptali istenilen kuralda yargı önünde davacı olarak esas yönünden iddiada bulunulmasına olanak verilmemiş olması hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır. - Bu nedenle kuralın "Toplu iş sözleşmesinde hüküm*

[70] 22.5.2003 tarihinde TBMM'de kabul edilerek, 10.6.2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[71] Anılan fıkra şöyledir: *"İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür."*

varsa veya" bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır, iptali gerekir." denilmek suretiyle, sonuç bölümünde; "*4- 20. maddesinin; - a- Birinci fıkrasının son tümcesinin "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE, - b- Birinci fıkrasının son tümcesinin "...taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Şevket APALAK ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA,"* karar verilmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile; toplu iş sözleşmesi yoluyla yapılan tahkim sözleşmesi geçersiz sayılmış; buna karşılık, işçi ile işveren arasında yapılacak olan bireysel iş sözleşmesi kapsamındaki tahkim sözleşmesi (kaydı) veya uyuşmazlıktan sonra yapılan tahkim sözleşmesi geçerli kabul edilmiştir. Ancak, tahkim sözleşmesinin, fıkranın ilk cümlesindeki konu ile yani iş sözleşmesi feshedilen işçinin *"fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası"* ile sınırlı olduğunu gözden kaçırmamak gerekir.

Bu hususta Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, 20. madde kapsamında sadece feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı konularında hakeme başvurulabileceğine hükmetmiştir. 9. HD.'nin 22.03.2004 tarihli ve E. 2004/5846, K. 2004/5621 sayılı kararında; *"... Yukarıda açıklandığı üzere iş hukuku ve yargılama mevzuatında 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 ve akabinde 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı Kanunlar ile feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşa geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları dışında, kalan diğer iş uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceğine dair bir kural bulunmamaktadır. İş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümleneceği 5521 sayılı Kanun'un 1. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.11.1964 gün ve 1964/251 Esas. 1964/506 Karar sayılı kararı bu doğrultudadır. HUMK.'nun 533. maddesinin 4. bendi uyarınca "hakemler yetkileri dâhilinde olmayan meseleye karar veremezler". Aksi halde bu bozma nedenidir. Somut olayda hakem kurulu feshin geçersizliği ve sonucu olan istekler dışında yıllık ücretli izin alacağı ile sözleşmeden doğan ücret alacağına da karar vermiştir. Belirtilen bu düzenlemeler karşısında, hakem kurulunun ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verme yetkileri bulunmamaktadır.*

Anılan istekler bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gerekir. Hakem kurulunca izin ve ücret alacağına karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur." Kararın aktarılan kısmı için (bkz. Huysal, 2010: s. 131, dn. 444).

İşçiyi koruma maksatlı olarak iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığı yönündeki yerleşmiş kararları ile Yargıtay'a ve bu yöndeki doktrindeki görüşlere katılmakla birlikte, Kuru'nun eleştirisinin de yerinde olduğu görmezden gelinemez. Zira HMK ve MTK'nın tahkime elverişlilik hakkındaki hükmünün lafzı dikkate alındığında, iş uyuşmazlıklarının tarafların serbest iradelerine tabi oluşu bu hususta tahkim sözleşmesi yapılabileceği hususunda bir engel olmadığı sonucunu vermektedir. Dolayısıyla HMK ve MTK'nın ilgili hükmünde düzenleme getirmek suretiyle, Yargıtay uygulamasına açıkça mevzuat hükümlerinde yer vermek gerektiği kanaatindeyiz.

10- Milletlerarası ticari tahkim alanına girmeyen tüketici uyuşmazlıklarının, tahkime elverişli olup olmadığı milli tahkim bakımından başka bir değerlendirme konusudur (Milletlerarası nitelik taşıyan tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği hususunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Balkar, 2004: s. 486-492). Tüketici uyuşmazlıklarının bir tarafında, genellikle ekonomik olarak güçlü üretici ve satıcılar, diğer tarafında ise genellikle zayıf durumda bulunan tüketiciler yer almaktadır. Bu uyuşmazlıkların ihtiyari tahkime götürülmesi halinde de, zayıf tarafın korunması amacının gerçekleştirilemeyeceği gösterilmektedir. Bu bakımdan, hukukumuzda bu uyuşmazlıkların ihtiyari tahkim yoluyla çözülemeyeceği kabul edilmiş ve bu konu özel olarak düzenlenmiştir (Huysal, 2010: s. 129. Bkz. ve karş. Özel, 2008: s. 48; Balkar, 2004: s. 488).

Öncelikle, 1995 yılında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kabul edilerek, zorunlu bir tahkim uygulaması getirilmiş ve bunun için Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kurulmuştur.[72] Ancak 2013 yılında 4077 sayılı Kanun'un yerini, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun almıştır. [73] Gerek

[72] Bkz. 4077 sayılı Kanun, 23.2.1995 tarih ve 22221 sayılı Resmi Gazete'de, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Yönetmeliği ise 01.8.2003 tarih ve 25186 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[73] 07.11.2013 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 6502 sayılı Kanun'un 86. maddesi; *"23/2/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer mevzuatta Tüketicinin Korunması*

4077 sayılı Kanun (m. 22), gerekse 6502 sayılı Kanun'da (m. 66) oluşturulması düzenlenmiş bulunan tüketici hakem heyetlerine belirli bir bedelin alındaki uyuşmazlıklar için tüketicilerin, münhasıran başvuruları zorunlu tutulmuştur (4077 sayılı Kanun m. 22/ f. 5; 6502 sayılı Kanun m. 68/f. 1).[74] Söz konusu hükümde belirtilen parasal sınırı aşan her türlü tüketici uyuşmazlığı ise Kanun hükmü (4077 sayılı Kanun m. 23/ f. 1; 6502 sayılı Kanun m. 73/1) gereğince, tüketici mahkemelerinde görülecektir (Huysal, 2010: s. 129-130).

Dolayısıyla, tüketici uyuşmazlıkları bakımından Kanun'da öngörülen sınırlara kadar Tüketici Hakem Heyeti'nin zorunlu hakemlik yaptığı, bu parasal sınırları aşan miktarlardaki uyuşmazlıklar bakımından ise mahkemelerin görevli olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığı söylenmelidir.

11- Tahkime elverişlilik bakımından en çok sınırlama getirilen konulardan biri de fikri haklardır (Huysal, 2010: s. 146). Hukukumuzda iki taraf arasında hukuki sonuç doğuracak fikri haklarla ilgili uyuşmazlıklar için tahkime gidilebileceği, ancak tahkim sözleşmesine taraf olmayan üçüncü kişilere karşı tahkime başvurmanın mümkün olmadığı kabul edilmektedir (Akıncı, 2013: s. 207). Marka, patent, endüstriyel tasarım, faydalı model, coğrafi işaretler ve telif haklarına tecavüz ile ilgili uyuşmazlıklarda, fikri ve sınai haklar hukuk ve ceza mahkemeleri gibi özel mahkemelerin varlığı tahkim üzerinde etki doğurmaz. Zira bu haklara tecavüzlerden kaynaklı uyuşmazlıklar, zarar gören fikri hakkın sahibinin vazgeçebileceği, dolayısıyla serbestçe tasarrufta bulunacağı meselelerdendir (Özel, 2008: s. 46)

12- Bir icra takibi neticesinde doğan uyuşmazlıklar bakımından kural olarak tahkim caiz değildir. Bu bakımdan ödeme emrine itiraz halinde itirazın kaldırılması talebi, hacizli bir mal hakkında istihkak iddiası veya sıra cetveline itiraz hakkında karar verilmesi için hakeme başvurulamazken, İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiş

Hakkında Kanuna yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır." hükmü ile 4077 sayılı Kanun'un yerini aldığını göstermektedir.

[74] 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 68. maddesinin 1. fıkrası bu hususta; *"Değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz."* hükmünü getirmiştir.

olmakla birlikte maddi hukuk niteliği taşıyan menfi tespit, istirdat ve itirazın iptali davaları için tahkim yoluna başvurulması mümkündür (bkz. ve karş. Üstündağ, 1978: s. 945-946; Deren Yıldırım, 2004: s. 53; Sarısözen, 2005: s. 12; Yılmaz, 2015: s. 545; Özbay, Korucu, 2016: s. 10. Özellikle itirazın iptali davasının tahkime elverişliliği hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Yılmaz, 2015: s. 539 vd.).

Doktrinde Yeşilırmak, taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, bu sözleşmenin kapsamına dahil olan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak genel haciz yolu ile takibe gidilmesi durumunda, tahkim itirazı ile bu uyuşmazlığın nihai olarak ve hakemde görülmesini sağlayacak bir yasal düzenlemenin varlığına ihtiyaç bulunduğunu belirtmektedir. Yazar, yapılacak böyle bir düzenlemenin tarafların tahkime gitme hususundaki irade serbestilerine anlam kazandıracağını ve tahkim kurumunun niteliği ve amacına uygun bir şekilde kullanılmasını sağlayacağını ifade etmektedir. Ayrıca, böyle bir düzenlemenin yokluğunda tahkim sözleşmesine rağmen alacaklının genel haciz yolu ile takibe başvurabileceği, ödeme emrine itiraz olması halinde ise alacaklının itirazın icra mahkemesinde kaldırılması talebinde bulunması veya genel mahkemede itirazın iptali davası açması halinde, borçlunun tahkim itirazı üzerine mahkemelerin itirazın kaldırılması veya iptal davasını usuli bir hüküm ile reddetmesi ve itirazın iptalinin hakemde görülmesi gerektiğini belirtmektedir (bkz. Yeşilırmak, 2011 (b): s. 224-225;).

13- Hukukumuzda iflas davalarının tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir (Önen, 1979: s. 351; Kuru, 2001: s. 5951; Tanrıver, 2000: s. 134; Akıncı, 2013: s. 206; Şit, 2005: s. 217). Yargıtay da bu yönde kararlar vermiştir. Yargıtay İİD'nin 13.2.1969 tarih ve 1332/1729 sayılı kararında *"Tahkim şartı, kamu düzeni ile ilgili olmayan anlaşmazlıklar için geçerlidir. Kamu düzeni ile alakalı iflas davaları bu şartın dışındadır."* ifadeleriyle, iflas davalarının tahkime konu olamayacağını ortaya koymuştur (söz konusu karar için bkz. İBD 1970/1-2, s. 101).

Bu hususta rol oynayan önemli faktörler, öncelikle iflas kararının üçüncü kişiye etkisi, daha sonra ise iflasın açılmasının asliye ticaret mahkemesinin münhasır görevine tabi olmasıdır (İİK m. 154/f. 3) (Huysal, 2010: s. 145).

Doktrinde Huysal, iflas davası dışındaki iflasa ilişkin uyuşmazlıklar için genel bir tahkim engeli bulunduğundan bahsetmenin zor olduğunu belirterek, İİK m. 206'da[75] iflas idaresine alacaklılarla sınırlı olarak tahkim sözleşmesi yapma yetkisinin verildiğini örnek olarak vermiş, iflasın açılmasının tek başına tahkim yolunu kapatmadığını ve yapılan tahkim sözleşmelerinin artık iflas masasını bağlayacağını, görülmekte olan tahkim yargılamaları bakımından da taraf sıfatının iflas masasına geçtiğini ifade etmektedir (Huysal, 2010: s. 145-146).

Ayrıca Ansay ise, iflasın açılması ve iflas usulü içerisinde yer alan sıra cetveline itiraz gibi bazı davalar dışında, tahkim sözleşmesi yapıldıktan sonra iflas eden bir kişi için borçtan kurtulma davası ve istirdat davası gibi davalarında, iflas idaresince tahkime devam edileceğini belirtmektedir (Ansay, 1960: s. 340. Aynı yönde bkz. Huysal, 2010: s. 146).

Dolayısıyla, İİK'da mahkemelerin münhasır görevli kılındığı iflas davası ile sıra cetveline itiraz davası dışında, iflas tasfiyesi sırasında konusu alacağın varlığı ve miktarı olan hususlarda ortaya çıkan uyuşmazlıklar için tahkime gidilmesinde bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz.

14- Tahkime elverişlilik ile ilgili bir başka husus, taraflar arasında tahkim sözleşmesinin bulunsa da, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi için dolandırıcılık, evrakta sahtecilik, tahrifat gibi suç teşkil eden fiillerin incelenmesi gerekiyorsa, davanın hakemde değil, mahkemede görülmesi gerekecektir. Dolayısıyla, bu durumlarda tahkim sözleşmesi bir sonuç doğurmayacaktır (Bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 90-81; Karadaş, 2013: s. 81).

Bu hususta Yargıtay bir kararında; *"Bu sözleşme hükümleri, sözleşmenin tarafları arasında ancak bu sözleşme hudutları dâhilinde kalan normal hukuki münasebet ve anlaşmazlıkların hallinde nazara alınabilir. Dolandırıcılık, tahrifat v.s. gibi yollarla bir tarafın diğer taraf aleyhine menfaat temin etmesi sözleşme çerçevesi içinde mütalaa edilemez, davalı şirketin veya organının yaptığı tahrifat iddiası sabit olduğu takdirde bu durum Türk Ceza Kanununun 345 ve 346. maddeleri gereğince*

[75] *"İdare, "iki milyar" liraya kadar olan alacaklardan doğrudan doğruya daha ziyade alacaklardan alacaklılar toplanmasının vereceği yetkiyle sulh olabilir ve tahkim yapabilir."*

suç teşkil eder ve sorumlu olur. İşlenen bir suçun aleyhine işlediği kimseye karşı Medeni Hukuk bakımından bir haksız fiil teşkil ettiği şüphe götürmez ve bin netice haksız fiil sebebiyle uğranılan zararın tazmini istenebilir. Olayda sureti iddiaya göre bu durum vardır. Davacı sadece sözleşme hükümlerine dayanmış tahrifattan da bahsederek bütün mevzuata istinat etmiştir. İddia bir suça ve binnetice bir haksız fiile dayandığı cihetle artık sözleşme hükümlerinin tatbikine mahal ve imkân yoktur. Çünkü anlaşmazlık sözleşmeden veya sözleşme hükümlerinin ihlalinden çıkmış değildir. Bu itibarla sözleşme hukuki çerçevesi içindeki hukuki münasebet ve anlaşmazlıklara tatbiki gereken tahkim şartının olaya uygulanması mümkün değildir. Ve mahkemenin davaya bakması gerekir." tespitinde bulunmuştur (TD.'nin 14.5.1970 tarih ve 2772/2030 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 87-88; ayrıca bkz. Karadaş, 2013: s. 81, dn. 91).

15- Anonim ortaklıklar bakımından tahkim, henüz şirketin kuruluşu aşamasında ana sözleşmeye tahkim şartı konulması veya daha sonradan ana sözleşmede yapılacak bir değişiklik ile buraya tahkim kaydının getirilmesi ile mümkün olabilir. Ancak bu, ortaklık ile ortaklar arasındaki her türlü uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğu anlamına da gelmez (Helvacı, 2009: s. 201-202).

Bu hususta bazı yazarlar, anonim ortaklığın iradesini yansıtan genel kurul kararının iptalinin tahkime elverişli olmadığı görüşündedir (Kuru, 2015: s. 727; Helvacı, 2009: s. 201-202; Ulukapı, 2014: s. 518. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD.'nin 05.12.2012 tarih ve 13485/19915 sayılı kararı (YKD, 2013/4, s. 782 vd.). Helvacı'ya göre, genel kurul kararının iptal edilmesi halinde, karara ister katılmış olsun ister katılmamış bütün pay sahiplerinin bundan etkileneceğinden, bu husus kamu düzenine ilişkin olup, bu durumda genel kurul kararlarının iptali için TTK m. 381 (şimdi TTK m. 445) ve devamında düzenlenen iptal davası öngörülmüşken, tahkim yolu ile genel kurul kararlarının iptalinin istenebilecek olması, kanun koyucunun diğer pay sahiplerini ve üçüncü kişileri koruma mantığı ile bağdaşmayacağından, genel kurul kararlarının iptaline ilişkin talepler tahkime elverişli değildir (Helvacı, 2009: s. 202). Kanaatimizce de genel kurul kararlarının iptali diğer ortakları ve hatta üçüncü şahısları da etkileyeceğinden, buna ilişkin taleplerin kanun koyucunun öngördüğü üzere iptal davası yoluyla mahkemece giderilmesi gerekir. Bu nedenle bu talepler tahkime elverişli değildir.

8.1.3. Subjektif Tahkime Elverişlilik

Subjektif tahkime elverişlilik, bir gerçek veya tüzel kişinin tahkim sözleşmesi veya yargılamasının tarafı olup olamayacağı hususuyla ilgilidir (Huysal, 2010: s. 18). Başka bir ifade ile subjektif tahkime elverişlilik, tahkim yargılamasına taraf olma ehliyetidir. Dolayısıyla genel bir hukuk kuralı olarak, sözleşmeye taraf olabilmek için her gerçek veya tüzel kişinin gerekli ehliyete sahip olması gerekmektedir (Huysal, 2010: s. 18; Erkan, 2013 (a): s. 81). Ayrıca bir başka genel kural, yabancı unsurlu ilişkilerde, tarafların ehliyetinin onların milli hukuklarına göre tespit edileceğidir (Huysal, 2010: s. 18; Erkan, 2013 (a): s. 81).

Tahkim sözleşmesi yapabilme ehliyeti esasında çözümü basit bir konu olarak gözükmekle birlikte, özellikle devlet ve devlete bağlı kuruluşlar ile çok uluslu hatta neredeyse uluslarüstü hale gelen şirketlerin tahkim sözleşmesinin bir tarafını oluşturması hallerinde, tahkimde ehliyet ve temsil konusunu karmaşık hale gelmiştir (Huysal, 2010: s. 18. Karş. Erkan, 2013 (a): s. 81). Devletin veya devlet organının tahkim sözleşmesi yapması kendi iç hukukuna göre bazen hiç bazen de belirli sınırlar içinde mümkün olabilmektedir. Ancak, günümüzde bir tarafını devlet veya onların organlarının oluşturduğu tahkim sözleşmelerinde ortaya çıkan subjektif tahkime elverişlilik sorunu, bir ehliyet sorunu olarak değerlendirilip kanunlar ihtilafı kurallarıyla çözüm bulmak yerine, milletlerarası hukuka ait bazı prensiplerden yararlanılarak çözülmeye çalışılmıştır (Yeşilova, 2008 (a): s. 321; Erkan, 2013 (a): s. 81). 1961 Cenevre Sözleşmesi m. 2/ f. 1 *"... haklarında tatbiki gereken kanun tarafından "amme hukuku tüzel kişileri" olarak vasıflandırılan tüzel kişiler muteber surette hakemlik anlaşmaları aktetmek yetkisini haizdir."* hükmü ile, devlet veya devlet organları bakımından bu duruma açıklık getirmiştir.

Milletlerarası düzenlemelerde subjektif tahkime elverişlilik konusu düzenlenmiş olup, bu hususta 1958 New York Sözleşmesi m. II (3) ve m. V (2) (a), 1961 Cenevre Sözleşmesi m. II. 1 ve IX. 1 (a), 1985 UNCITRAL Model Kanun m. 8 (1) ve 36 (1) (a) hükümlerinde temel olarak, taraflardan birinin ehliyetsiz olması halinde tahkim sözleşmesinin iptal edileceği hüküm altına alınmıştır (Huysal, 2010: s. 18-19).

Hukukumuz bakımından ise, 1999 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri[76] ve uyum yasaları ile kamu tüzel kişilerinin tahkim sözleşmesi yapmasının önünde bir engel kalmamıştır (Şanlı, 2013: s. 241; Erkan, 2013 (a): s. 81). Aslında, 1999'dan daha önceleri, 1988 yılında yürürlüğe konulan ICSID Sözleşmesi ve 1991 yılında yürürlüğe konulan 1961 Cenevre ve 1958 New York Sözleşmeleri ile kamu tüzel kişilerinin tahkim sözleşmesinin tarafı olmasının önünde bir engel kalmadığı ileri sürülebilir (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 81-82). Bununla birlikte MTK ve sonrasında HMK bakımından subjektif tahkime elverişlilik, tahkim sözleşmesinin taraflarından birisinin ehliyetsiz bulunması halinde, hakem kararının iptal edileceğinin hüküm altına alınmasıyla ortaya konulmuştur (MTK m. 15/ f. 1, a bendi; HMK m. 439/ f. 2, a bendi).

8.2. Kamu Düzeni Kavramı

Gerek HMK m. 408 (HUMK m. 518) gerekse MTK m. 1/ f. 4 hükümlerinde uyuşmazlığın tahkime elverişliliğinin, o uyuşmazlığa konu hak üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilmeleri şartına bağlandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi için kabul edilmiş serbest tasarruf ölçütünden ne anlaşılması gerektiği ve kamu düzeni ile tahkime elverişlilik arasındaki ilişkinin de ortaya konulması gerekmektedir (Huysal, 2010: s. 197). Zira doktrinde ve içtihatlarda genel olarak kabul edildiği üzere, kamu düzeni ile ilgili konular, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususlar olduğundan, bu hususlarda tahkim sözleşmesi yapılmasının mümkün olmaması, kamu düzeninin hukukumuzda önemli bir tahkim engeli olarak ortaya çıkmasına sebep olmaktadır (Huysal, 2010: s. 199). Ayrıca sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan tarafın korunması düşüncesiyle de bazı konuların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir (bkz. Balkar, 2004: s. 488).

[76] 14.8.1999 tarih ve 23786 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile, Anayasanın 47, 125 ve 155. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Anılan Kanun'un 2. maddesi ile Anayasa'nın 125. maddesine bir hüküm eklenmiş ve bu hükümde kamu hizmeti ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kkaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi kabul edilmiştir (bkz. Şanlı, 2013: s. 255; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 575-576; Çelikel, Erdem, 2014: s. 694).

Tarafların uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf edebilme ölçütü, hukukumuzda usul hukuku ve maddi hukuk alanında anlam bulmaktadır (Huysal, 2010: s. 197). Bu ölçüt, usul hukuku sistemimizde bir uyuşmazlığın tarafların iradeleri ile sona erdirilebileceği taraf usul işlemleri olan sulh, kabul ve feragat gibi işlemlerde bulunabilmeyi ifade eden bir kavram (Kuru, 2001: s. 5951; Alangoya, 1973: s. 83; Yeğengil, 1974: s. 154; Ansay, 1960: s. 339; ayrıca, usul hukukumuz açısından tahkime elverişlilik bakımından getirilen bir başka kıstas da, hakeme sadece hukuk mahkemelerinin görevine giren alanlarda başvurulabileceğidir (bkz. Üstündağ,1968: s. 73; aynı yönde bkz. Huysal, 2010: s. 197); maddi hukuk bakımından ise davaya konu hak üzerinde tarafların tasarruf yetkisine sahip olabilmeleri olarak karşımıza çıkmaktadır (Huysal, 2010: s. 197). Bu bakımdan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tazminat talepleri ve mülkiyete ilişkin talepler kural olarak tahkime konu olabilecek, ancak maddi hukukun taraflara uyuşmazlık konusu üzerinde tasarruf yetkisi vermediği haller tahkime elverişsiz olacak ve bu uyuşmazlıklar hakkında yapılmış bulunan tahkim sözleşmeleri geçersiz kabul edilecektir (bkz. Huysal, 2010: s. 197). Ancak maddi hukukta serbestçe tasarruf edilebilecek haklar bir liste halinde sayılmadığından, bunlar ilgili hükmün amaç ve içeriğinin incelenmesi sonucunda ortaya çıkartılabilecektir (Huysal, 2010: s. 199).

Öte yandan, kamu düzeninin ne olduğunun bir tanımla ortaya konulması zordur (bkz. Antalya, 2012: s. 278; Demir Gökyayla, 2001: s. 24). Bir yandan kamu düzeni kavramının, bir ülkede zamanla değişikliğe uğrayabilmesi ve ülkelerin kamu düzeni anlayışının o ülkenin sosyal, siyasal, ekonomik ve ahlaki anlayışına göre de değişiklik göstermesi; diğer yandan bu kavramın etkisini sadece bir hukuk alanında değil, düzenlemesi yapılmış hemen her hukuk alanında göstermesi bu zorluğun başlıca sebebidir (Şanlı, 1986: s. 380; Ertekin, Karataş, 1997: s. 89-90; Karadaş, 2013: s. 82; aynı yönde bkz. Demir Gökyayla, 2001: s. 24). Zira herhangi bir kanunun, tarafları birbirine karşı koruyan hükmü yanında, üçüncü kişileri de korumaya yönelik maddeleri kamu düzeninin korunması amacı taşıyabilir (Karadaş, 2013: s. 82).

Anayasa Mahkemesi bir kararında kamu düzeninin, toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devlet ve devlet teşkilatının korunması amacına yönelik her

şeyi, başka bir ifadeyle toplumun her alandaki düzeninin temelini oluşturan kuralları kapsadığını belirtmiştir.[77] Dayınlarlı tarafından yapılan tanıma göre kamu düzeni, *"bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertlerin aralarındaki münasebetlerde huzuru ve ahlak kaidelerine uygunluğunu temine yarayan müessese ve kaidelerin bütünüdür."* (Dayınlarlı, 2011: s. 8, 9; Kılıçoğlu, 2012: s. 1522). Başka bir tanımla kamu düzeni, toplum çıkarının korunması amacıyla ortaya çıkan düzenin bütünü olarak ifade edilebilir (bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 85; Huysal, 2010: s. 199; Demir Gökyayla, 2001: s. 26. Benzer tanımlar için ayrıca bkz. Demir Gökyayla, 2001: s. 25, dn. 7-12'deki yazarlar; Ertekin, Karataş, 1997: s. 90; Eren, 2015: s. 320; Antalya, 2012: s. 278. Von Tuhr, kamu düzeni kavramını, korunması ve uyulması halinde toplumun büyük yararı olduğu kabul edilen kurallar olarak tanımlamaktadır (bkz. Andreas von TUHR, 1938: s. 244).

Yargıtay HGK'nun 28.11.1978 tarihli ve E. 1978/609, K. 1978/959 sayılı kararında kamu düzeni kavramı, *"benzer yönler olmakla beraber her ülkenin, o ülkenin kendisine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel bir anlam taşır"* şeklinde yorumlanmış (karar için bkz. Karahasan, 2003: s. 273), bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi ise *"... ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir"* şeklinde ifade edilmiştir (bkz. Yargıtay HGK'nun 12.12.1990 tarihli ve E. 3-527, K. 627 sayılı kararı için bkz. YKD 1991/3, s. 326 vd.).

Kamu düzeninin tanımlanmasındaki güçlük, sadece bununla sınırlı kalmamakta, mevzuatımızdaki hangi hükmün kamu düzeni amacını taşıdığının tespitinde de yaşanmaktadır (aynı yönde bkz. Demir Gökyayla, 2001: s. 27). Öyle ki, bir hükmün kamu düzenine ilişkin olup olmadığı o hükmün yer aldığı hukuk dalından ve amacından, maddenin yazılış şeklinden anlaşılması mümkün olabilse de, günümüzde kamu düzeni ile ilgili olduğu kabul edilen birçok hükmün bu ilişkisi ancak yorum yolu ile ortaya çıkarılabilmiştir (Karadaş, 2013: s. 83). Tarafların, kamu

[77] AYM'nin 28.01.1964 tarih ve E. 1963/128, K. 1964/8 sayılı kararı kararı 17.4.1964 tarih ve 11685 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

düzenine aykırı olarak yapacakları sözleşmelerin kesin hükümsüz sayılması (TBK m. 27/1), hangi hükümlerin kamu düzenine aykırı olduğunun tespiti bakımından işin ciddiyetini de ortaya koymaktadır.

Bu bakımdan, HMK ve MTK'nın tahkime elverişlilik hakkındaki hükümlerine bakıldığında, kamu düzeninin, bir tahkime elverişlilik engeli olarak mevzuatımızda öngörülmediği, ancak hakem kararlarının iptal sebepleri arasında yer aldığı (HMK m. 439/f. 2, ğ bendi; MTK m. 15/A), 2, b bendi) anlaşılmaktadır. Aslında kamu düzenini ilgilendiren konularda tahkim sözleşmesinin caiz görülmemesi bir Yargıtay uygulamasıdır. Zira yüksek mahkeme verdiği birçok kararında, bir sözleşmenin taraflarının, ancak kamu düzenini ilgilendirmeyen konularda tahkim sözleşmesi yapabileceğini ortaya koymak suretiyle, bu kavramı bir tahkime elverişlilik engeli haline getirmiş olmaktadır (Huysal, 2010: s. 202-203). Örneğin; Yargıtay İBGK'nun 23.10.1972 tarih ve E. 1972/2, K. 1972/12 sayılı kararında *"Gerçek veya tüzel kişiler, kamu düzeni ile ilgili olmayan uyuşmazlıklarının hakem eliyle çözülmesi için tahkim anlaşması yapabilirler."* hükmü ile görüşünü ortaya koymuştur (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtay İBGK'nun daha yakın tarihli bir kararında *"... Bilindiği üzere gerçek veya tüzel kişilerin, kamu düzenine ilişkin olmayan ve fakat doğmuş veya doğacak olan hukuki uyuşmazlıkların çözümünü, hakem veya hakemlere bıraktıkları sözleşmeye, hakem veya tahkim sözleşmesi adı verilir*." ifadeleriyle kamu düzeni ile ilgili olmayan uyuşmazlıkların tahkime elverişli görüldüğü yaklaşımını ortaya koymuştur (28.01.1994 tarihli ve E. 1993/4, K. 1994/1 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtay 11. HD.'nin bir kararında ise *"Kural olarak, hukuki uyuşmazlıkların çözüm yeri, mahkemelerdir. Ancak, bir sözleşmenin tarafları, kamu düzenini ilgilendirmeyen ve arzularına bağlı olan konularda, aralarında çıkacak uyuşmazlıkların halli için tahkim yolunu seçebilirler."* denilmek suretiyle daha önceki içtihatlar tekrarlanmıştır (bkz. 12.4.2005 tarihli ve E. 2004/6686, K. 2005/3600 sayılı karar için Kazancı İçtihat Bankası; aynı yönde bir başka karar için bkz. Yargıtay 3. HD.'nin 25.9.2008 tarihli ve E. 2008/3492, K. 2008/11120 sayılı kararı için (bkz. Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtay 4. HD.'nin 05.11.1966 tarih ve 9110/ 9554 Sayılı kararının ilgili kısmı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 92-93); Yargıtay 11. HD.'nin 24.2.1981 tarih ve 471/ 834 sayılı

kararının ilgili kısmı için (bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 94; ayrıca kararın tamamı için bkz. YKD, 1981/7, s.859-861).

Buna karşılık doktrinde, kamu düzeninin ihlal edilebileceği gerekçesiyle tahkime elverişlilik alanının daraltılmaması gerektiği yönündeki yaklaşım savunulmaktadır (Huysal, 2010: s. 203). Örneğin Bilge, tahkim yargılamasında olduğu gibi, maddi hukukun kamu düzeni veya ahlak ve adabı ilgilendiren emredici hükümlerinin özel bir sözleşme ile ortadan kaldırılamayacağını, bu tür hükümlerin hakemler bakımından da bağlayıcı olduğunu ifade ederek, bu kurallara aykırı olarak verilecek hakem kararlarının iptale tabi olacağını belirtmektedir (Bilge, 1965: s. 107).

Bu hususta Okay, kamu düzenine ilişkin emredici kuralları ihlal etmiş bir hakem kararının iptal edilmesi imkânı söz konusu iken, daha baştan tahkim sözleşmesi yapılmasını yasaklamanın doğru olmadığını ifade etmektedir (Okay, 1965: s. 439).

Kuru ise, örneğin, TTK m. 1116'daki gibi kamu düzeninden emredici hükümlerin içeriğinin "tarafların arzusuna tabi olmayan mesail" şeklinde anlaşılmaya müsait olmadığını, HUMK'nun ilgili hükmü ile (m. 518; şimdi HMK m. 408) kastedilenin boşanma davaları gibi taraf iradelerinin tek başına yeterli bulunmadığı davalara ilişkin olduğunu ortaya koymuştur (Kuru, 1965: s. 449).

Şanlı ise, 1958 New York Sözleşmesi'nin tanıma ve tenfiz taleplerinin reddine ilişkin V (2) maddesinde, kamu düzeni ve tahkime elverişlilik hususlarının birbirinden ayrı düzenlendiğine işaret ederek, bu bakımdan bunların değerlendirilmesinin de birbirinden ayrı yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır (Şanlı, 2013: s. 347).

Diğer yandan, milletlerarası uyuşmazlıklarda kullanılan kamu düzeni ile milli hukukta kullanılan kamu düzeni kavramlarının birbirinden oldukça farklı olduğu, milletlerarası kamu düzeni kavramının milli hukuktaki kamu düzeni kavramına oranla çok daha dar yorumlanması ve daha dar bir uygulama alanının bulunduğu da doktrinde açıkça ortaya konulmaktadır (Akıncı, 2013: s. 208; Şanlı,1986: s. 409; Özel, 2008: s. 175; Birsel, 2005: s. 6).

Şayet kanun koyucu, tahkime elverişlilik hususunda kamu düzenini bir ölçüt olarak getirmek isteseydi, HMK ve MTK'nın tahkime elverişlilik hakkındaki hükümlerinde açıkça, kamu düzenine aykırı olan hususlarda tarafların tahkim sözleşmesi yapamayacaklarını da düzenlemeye dâhil etmesi gerekirdi. Buna karşılık, kamu düzenine aykırılığın bir tahkim engeli olmaktan ziyade, hakem kararlarının iptal sebebi olarak HMK ve MTK'nın ilgili hükümlerinde yerini almasının kanun koyucunun bu hususta iradesini yansıttığı kanaatindeyim. Buna rağmen, kanunda düzenlenmediği kanaatini taşıdığımız kamu düzeni gibi bir ölçütün Yargıtay tarafından kabul edildiğinin de gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

Bu nedenle, mevzuatımızda bu hususta açıkça bir düzenleme yapılması, bunun için ya tahkime elverişli olmayan hususların bir liste halinde sayılması ya da kamu düzenine aykırılığın tahkime elverişlilik ölçütleri arasına sokulması daha doğru bir çözüm alabilecektir.

9. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

9.1. Genel Olarak

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 1/ f. 1 *"Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur."* hükmündeki, *"tarafların"* ifadesiyle, bir sözleşmenin kurulması için birden fazla (karşılıklı ve birbirine uygun) irade açıklamasının bulunması gerektiğini ortaya koymaktadır. O halde, bir sözleşmeden söz edilebilmesi için en az iki irade beyanının, dolayısıyla (istisnalar dışında; örneğin, ortaklık (şirket) kurmaya yönelik sözleşmeler ile mirasçıların arasındaki miras paylaşma sözleşmeleri bu niteliktedir (bkz. Nomer, 2015: s. 31) en az iki kişinin varlığı gerekecektir (Karadaş, 2013: s. 47). Zira sözleşme, iki veya daha çok sayıda şahsın belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarından oluşan bir hukuki muamele olarak tanımlanabilir (bkz. Eren, 2015: s. 227; benzer tanımlar için ayrıca bkz. Nomer, 2012: s. 21). Tahkim sözleşmesi de, daha evvel ifade edildiği üzere borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğundan, en az iki kişinin yapabileceği bir sözleşmedir (Dayınlarlı, 2004: s. 26; Karadaş, 2013: s. 47; aynı yönde bkz. Balcı, 1999: s. 122). Bu bakımdan, gerek HMK'nın tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli başlıklı 412. maddesinin 1. fıkrasındaki *"Tahkim sözleşmesi, tarafların,… yaptıkları anlaşmadır."* hükmü; gerekse MTK m. 4/f. 1'deki "*Tahkim anlaşması, tarafların,…. yaptıkları anlaşmadır"* hükmü, *"tarafların"* ifadeleri ile TBK'nın m. 1/f. 1 (eski 818 sayılı BK'nın m. 1) hükmünü tekrar ederek, tahkim sözleşmesinin kurulması için birden fazla kişinin bulunması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Tahkim sözleşmesinin tarafı olmak için müstakil tahkim sözleşmesi veya tahkim şartını içeren asıl sözleşmede taraf olarak zikredilmek şarttır (Esen, 2008 (a): s. 8). Zira tahkim sözleşmesinin bağlayıcılığı yalnızca taraflar arasında söz konusu olduğundan, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına tabi tutulması söz konusu değildir (Ertekin, Karataş, 1997: s. 98; Şanlı, 2002: s. 776; Esen, 2008 (a): s. 11; Atlıhan, 2010: s. 974; Çelikel, Erdem, 2014: s. 681; Gottwald, 2005: s. 286, kn. 17). Keza davanın ihbarı ile de üçüncü şahıs tahkim sözleşmesine tabi kılınamaz (Gottwald, 2005: s. 286, kn. 18). Bu bakımdan, müşterek borçlu, kefil gibi üçüncü kişiler tahkim sözleşmesinden etkilenmezken, tahkim

sözleşmesinin tarafı olan kişilerin külli ve cüzi halefleri ise bu sözleşme ile bağlı kalacaklardır (Bkz. Karslı, 2012: s. 916; Yılmaz, 2013: s. 1722; Görgün, 2015: s. 479; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1074; Özbay, Korucu, 2016: s. 49, 104; Bkz Gottwald, 2005: s. 286, kn. 18). Ayrıca iflas idaresi ve vasiyeti tenfiz memurunun da tahkim sözleşmesi ile bağlı kalacağı kabul edilmektedir (bkz. Bilge, 1978: s. 649-659; Ertekin, Karataş, 1997: s. 101-102. Charter party sözleşmeleri ve konişmentodaki tahkim şartlarının geçerliliği ve bu şartların gönderileni bağlayıp bağlamayacağı hususundaki tartışma ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. Şanlı, 2002: s. 775 vd.). Bu nedenle tahkim sözleşmesinin taraflarının tespiti önem arz etmektedir.

Sözleşmede taraf ifadesiyle anlatılmak istenen ise, o sözleşmeye katılan ve sözleşmenin sonuçlarından etkilenen veya ondan yararlanan gerçek ve tüzel kişilerdir. Dolayısıyla, tahkim sözleşmesinin tarafları, bu sözleşmeyi yapan ve bu sözleşmenin sonuçlarından etkilenen gerçek ve /veya tüzel kişilerdir (Dayınlarlı, 2004: s. 26; Balcı, 1999: s. 122). Başka bir ifade ile, tahkim sözleşmesi bakımından taraf, aralarında bir hak üzerinde uyuşmazlık bulunan veya ileride doğması ihtimali olan ve bu uyuşmazlığın çözümünü hakem adı verilen kişilere götürmeleri mümkün olan, sözleşme yapma ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişi ya da kişilerdir (Karadaş, 2013: s. 47). Buna göre, tahkim sözleşmesinin tarafı olabilmek için gerçek veya tüzel kişiliğin haiz olması, başka bir ifade ile hak ehliyetine sahip olunması gerekecektir (bkz. Balcı, 1999: s. 122; Antalya, 2012: s. 155). İlaveten, tahkim sözleşmesinin geçerli suretle yapılabilmesi için taraflarının sözleşme yapma ehliyetine (fiil veya işlem ehliyetine) de sahip olmaları gerekir (Dayınlarlı, 2004: s. 26; Karadaş, 2013: s. 48; Balcı, 1999: s. 122. Yener, 2015: s. 75; Antalya, 2012: s. 155; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, 2015: s. 40; Roma hukuku bakımından aynı yönde bkz. Söğüt, 2011: s. 79-80). Sözleşme ehliyeti için tarafın mümeyyiz ve reşit olması, hacir altına alınmamış bulunması gerekmekte olup (Antalya, 2012: s. 155; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, 2015: s. 51), şayet taraflardan biri veya her ikisi sözleşme ehliyetine sahip değillerse, sözleşme geçersiz yani batıl olacaktır (bkz. Eren, 2015: s. 334). Böylece, sulh olma ve tasarrufta bulunma ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler tahkim sözleşmesi yapabilirler (Dayınlarlı, 2004: s. 26; Balcı, 1999: s. 122). Bununla birlikte, şayet iradi veya kanuni bir temsilci tarafından

tahkim sözleşmesi yapılacak ise temsilcinin bu sözleşmeyi yapabilme yetkisine sahip olması gereklidir (Işık, 2014: s. 8).

Buna göre, gerçek kişiler bakımından; tam fiil ehliyetine sahip kişiler, yani ayırt etme gücüne sahip ve ergin olup da kısıtlanmamış olanlar (TMK[78] m. 10), tahkim sözleşmesini tek başlarına yapabilecekleri (karş. TMK m. 9) gibi iradi temsilcileri vasıtasıyla da sözleşmenin tarafı olabilirler (Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, 2015: s. 88). Bir sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisi ise velayet hakkını kullanan veli veya vesayet hakkını kullanan vasidir (bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, 2015: s. 89. Tahkim sözleşmesinin veli ve vasinin tarafından yapılması hakkında aşağıya D. başlığına bakınız). Ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar ile küçükler, yani sınırlı ehliyetsizler ise yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyeceklerinden (TMK m. 16/f. 1, c. 1), tahkim sözleşmesinin de ancak onların rızası veya vasıtasıyla tarafı olabilirler (Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, 2015: s. 88; Roma hukuku bakımından aynı yönde bkz. Söğüt, 2011: s. 83). Bir sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisi ise, velayet hakkını kullanan veli veya vesayet hakkını kullanan vasidir (Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, 2015: s. 88). Bununla birlikte; ayırt etme gücünden yoksun kişiler ise tam ehliyetsiz olup, bunlar adına hukuki işlemleri ancak yasal temsilcileri, yani veli veya vasisi yapabileceğinden, tahkim sözleşmesini de yasal temsilciler yapabilir (Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, 2015: s. 88).

Tahkim sözleşmelerinin taraflarının sadece gerçek kişiler olmadığını, tüzel kişilerin de olabileceğini hemen yukarıda ifade etmiştik. 4721 sayılı TMK'nın 48. maddesine göre, "*Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler."* Tüzel kişilerin fiil ehliyetine ilişkin müteakip 49. maddede ise *"Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar"* hükmü getirilmiştir. Buna göre tüzel kişilerin fiil ehliyetini kazanması "zorunlu organların" teşkiline bağlanmıştır. Bununla birlikte m. 50/ f. 1 ve 2'ye göre ise *"Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. - Organlar, hukukî işlemleri ve diğer*

[78] 22.11.2001 tarihinde TBMM'de kabul edilerek 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, m. 1029 hükmü gereğince 01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar." Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, tüzel kişinin organının davranışının tüzel kişiye izafe edilebilmesi, organ sıfatına bağlanmış ve bu sıfat sona erinceye (bkz. m. 52-54) kadar organın kullanabileceği bir yetkiye dayanmaktadır (Işık, 2014: s. 7-8). Bu yetki her ne kadar, dış ilişkiler açısından temsil yetkisi olarak ifade edilse de, iradi temsil yetkisiyle karıştırılmamalıdır (Işık, 2014: s. 9; Yener, 2015: s. 79). Organların tüzel kişi adına hukuki işlem yapmasının borçlar hukuku anlamında bir temsil yetkisi olmasa da iradi temsile ilişkin hükümlerin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, organın tüzel kişi için yaptığı işlemlerde kıyasen uygulanacaktır (bkz. Dural, Öğüz, 2014: 2014: s. 238). Zira tüzel kişinin organı, davranışlarıyla tüzel kişinin iradesini açığa vururken, yaptığı hukuki işlem ve diğer fiilleriyle doğrudan tüzel kişiyi borç altına sokar; buna karşılık temsilci temsil olunan kişinin iradesini açıklayan bir aracı değildir (Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, 2015: s. 272; Aynı yönde bkz. Yener, 2015: s. 79).

Bu bakımdan, tüzel kişinin yetkili organlarınca yapılan hukuki işlem ve diğer tüm fiiller bizzat tüzel kişi tarafından yapılmış kabul edileceğinden, tüzel kişi adına işlem yapmaya yetkili organları oluşturan kişiler, temsilci sıfatıyla değil asil sıfatıyla işlem yaparlar (Erdem, 2014; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, 2015: s. 272). Bunun için de tüzel kişinin organı olmaları yeterli olup, ne genel ne de özel bir yetkiye ihtiyaç duymazlar. Ancak, tüzel kişinin hukuki işlemlerini kendi organları yoluyla değil de, üçüncü kişiler aracılığıyla yapmak istemesi halinde, bu kişiye göre adi vekâlet veya avukatla temsil yahut ticari temsilcilik gibi ilişkiler söz konusu olacak ve bunlar hakkında bundan sonraki başlıklarda ayrıntısıyla inceleyeceğimiz temsil yetkileri söz konusu olacak, hatta bazı hallerde temsilci veya vekilin özel yetkilere ihtiyacı olabilecektir (Bkz. ve Karş. Erdem, 2014; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, 2015: s. 273). Dolayısıyla, bir tüzel kişiliği üçüncü kişilere karşı temsile yetkili organ tarafından yapılan tahkim sözleşmeleri de, tüzel kişinin tahkim iradesini yansıtacaktır ve tüzel kişilik bu sözleşme ile bağlı olacaktır. Tüzel kişiliği temsile yetkili organlar, bu sözleşmeyi yaparken temsilci olarak değil, bizzat asil sıfatıyla işlem yaptıkları için özel olarak yetkilendirilmiş olmaya da ihtiyaç duymazlar (Erdem, 2014; Işık, 2014: s. 9; Yener, 2015: s. 80).

Ancak bu bakımdan, TMK'nın 55. maddesindeki *"Kamu tüzel kişileri ile ticaret şirketleri hakkındaki kanun hükümleri saklıdır."* şeklindeki istisna getiren hükmünün de dikkate alınması gerektiği unutulmamalı; bu tüzel kişilerin organları tarafından yapılacak tahkim sözleşmeleri bakımından, sadece organın özel bir yetkiye ihtiyaç duyup duymadığının değil, ayrıca bu organların temsil yetkilerinin de sınırlandırılmış olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Şirketin sözleşmesinde yazılı olan işletme konusu çerçevesinde haklardan yararlanılabileceği ve borçlanılabileceğine ilişkin ultra vires olarak adlandırılan eski TTK m. 137'de yer alan ilke, yeni TTK'ya alınmamıştır. Bu bakımdan anonim şirketler gibi limited şirketler bakımından da temsile yetkili olanların üçüncü kişiler ile işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar (yeni TTK m. 371/ f. 2, m. 629/ f. 1) (bkz. Bahtiyar, 2014: s. 409. Aynı yönde bkz. Pulaşlı, 2016: s. 456) Örneğin; TTK şirketlerin ehliyetini değil , ancak şirketleri temsile yetkili olanların bu yetkisinin kapsamını ticari işletme konusu ile sınırlandırmıştır (bkz. Yener, 2015: s. 80). Bu bakımdan, TTK m. 125/ f. 2, "*Ticaret şirketleri, Türk Medenî Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu hususstaki kanuni istisnalar saklıdır.*" hükmü ile, ultra vires öğretisi terk edilmiş, ticaret şirketlerin fiil ehliyeti bakımından daralmaya son verilmiştir. Buna göre Ticaret şirketlerin de MK m. 48'e tabi olacaklar, ancak yaş, cinsiyet hısımlık gibi insana (gerçek kişilere) özgü nitelikler bakımından doğal olarak ayrı tutulacaklardır. (bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, 2014: s. 91, kn. 125). Ayrıca tüzel kişilerin fiil ehliyetine ilişkin MK'nın m. 49 ve 50 hükümleri ticaret şirketleri bakımından da süphesiz uygulanacaktır. Ancak öncelikle elbette TTK'daki hükümler uygulanacaktır (Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, 2014: s. 91, kn. 126). Öte yandan TTK, şirketleri temsile yetkili olanların bu yetkilerinin işletme konusuna giren işlerle sınırlı olduğuna ilişkin, örneğin, m. 371/f.2; m. 233/f. 1 gibi, hükümler de ihdas etmiştir. Bu durumda Işık, ultra vires ilkesi, Eski Türk Ticaret Kanunu'nda şirketlerin hak ehliyetini düzenleyen bir ilke iken yeni Türk Ticaret Kanunu'nda ise şirket yöneticilerinin yetkisini düzenleyen bir ilke olarak ifade etmiş ve bu yetkinin işletme konusu ile sınırlı olduğunu belirtmiştir (Işık, 2014: s. 27).

Öte yandan, kamu tüzel kişileri ve şirketler dışındaki özel hukuk tüzel kişilerinden derneklerde yönetim yetkisi yönetim kuruluna (TMK m. 85)[79]; vakıflarda ise yönetim organına (TMK m. 109)[80] verilmiştir (Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, 2015: s. 332, 380; Dural, Öğüz, 2014: s. 331). Bu organların tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel bir yetki öngörülmüş olmayıp, yapılan bu sözleşmeler bizzat tüzel kişi tarafından yapılmış kabul edilir ve tüzel kişiliği bağlar (aynı yönde bkz. Yener, 2015: s. 81-82).

Yukarıda izah edildiği üzere, tahkim sözleşmesi, sözleşmenin tarafını teşkil edecek gerçek veya tüzel kişilerin bizzat kendileri tarafından yapılabileceği gibi, yasal veya iradi temsilci veya vekilleri aracılığıyla da yapılabilecektir (Dayınlarlı, 2004: s. 26-27; Balcı, 1999: s. 122). Ancak tahkim sözleşmesi yapılmadan önce, bu sözleşmeyi kimin imzalayacağının, şayet sözleşmeyi tarafın bizzat kendisi imzalamıyor ise, temsilci veya vekilinin bu hususta özel bir yetkiye ihtiyaç duyup duymadıkları, özel bir yetki verilmesi gerekiyor ise bu kişilerin bu yetkiye sahip olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Çünkü, tahkim yargılaması veya hakem kararlarının iptali yahut yabancı hakem kararının ise ayrıca tenfizi sırasında, temsilci veya vekil tarafından yapılan tahkim sözleşmelerinin geçersiz olduğu iddialarıyla karşılaşmak kuvvetli bir olasılık olarak karşımızda durmaktadır (Şanlı, 2013: s. 346; Ekşi, 2013: s. 106; aynı yönde bkz. Erdem, 2014: E.T. 25.8.2015).

Ayrıntısıyla aşağıda inceleyeceğimiz üzere, hukukumuzda, vekil ya da temsilci vasıtasıyla yapılacak tahkim sözleşmeleri bakımından, bunların bu hususta esas olarak özel bir yetkiye ihtiyaç duydukları, çeşitli özel hukuk düzenlemelerinde hüküm altına alınmıştır. Bu hususta Esen, örneğin, ülkemizle birlikte Avusturya, İsviçre ve Hong Kong hukukunda da temsilciye özel yetki verilmesinin arandığını ifade etmektedir (bkz. Esen, 2008 (a): s. 94).

---

[79] Anılan 85. madde şöyledir: "*Yönetim kurulu, derneğin yürütme ve temsil organıdır; bu görevini kanuna ve dernek tüzüğüne uygun olarak yerine getirir. - Temsil görevi, yönetim kurulunca, üyelerden birine veya bir üçüncü kişiye verilebilir*."

[80] Bu maddeye göre: "*Vakfın bir yönetim organının bulunması zorunludur. Vakfeden, vakıf senedinde gerekli gördüğü başka organları da gösterebilir.*"

9.2. Tahkim Sözleşmesinin Avukat Tarafından Yapılması

Davaya vekâletin, başka bir ifade ile dava vekâletnamesinin kapsamı, vekilin yani avukatın hangi iş ve işlemleri yapmak için yetkili olduğunu göstermektedir. Davaya vekâletin kanuni kapsamı ise HMK m. 73'de düzenlenmiş olup, söz konusu maddenin birinci fıkrasında, "*Davaya vekâlet, kanunda özel yetki verilmesini gerektiren hususlar saklı kalmak üzere, hüküm kesinleşinceye kadar, vekilin davanın takibi için gereken bütün işlemleri yapmasına, hükmün yerine getirilmesine, yargılama giderlerinin tahsili ile buna ilişkin makbuz vermesine ve bu işlemlerin tamamının kendisine karşı da yapılabilmesine ilişkin yetkiyi kapsar."* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre vekil, normal (özel veya genel) bir dava vekâletnamesi ile şayet kendisinin vekil tayin edildiği vekâletnamede ayrıca sayılmamış olsa bile, kanunda sayılan davaya vekâletin kanuni kapsamına dâhil olan, hemen yukarıya aktarılan kanun hükmünde yer alan, bu işlemleri yapabilir (Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 237).

Buna karşılık bir vekilin, kanundan dolayı yetkili olduğu bu işlemler dışından bir başka işlem yapabilmesi, kendisine verilen dava vekâletnamesinde bu hususta özel bir yetkinin bulunmasına bağlı olup, bu hususların önemli bir kısmı HMK'nın *davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren hâller* başlıklı 74. maddesinde sayılmıştır. Söz konusu madde şöyledir; *"Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez."* (Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 237, 238).

Bu maddede, açıkça yetki verilmemiş olması halinde vekilin yani avukatın, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, bir

gerçek veya tüzel kişi tarafından, ister genel isterse özel dava vekâletnamesi ile bir avukat vekil tayin edilmiş olsun, bu avukatın müvekkili adına tahkim (ve hakem) sözleşmesi yapabilmesi, müvekkili tarafından kendisine verilen vekâletnamede bu hususta özel olarak yetkili kılınmış bulunmasına bağlıdır (Işık, 2014: s. 17-18). Bu nedenle, vekâletnamesinde tahkim sözleşmesi yapabileceği hususunda özel olarak yetkili kılınmadığı sürece bir avukat, müvekkili adına tahkim sözleşmesini yapamaz (bkz. Berkin, 1969: s. 235; Bilge, Önen, s. 746; Ertekin, Karataş, 1997: s. 420; Ekşi, 2013: s. 109; Kalpsüz, 1996: s. 357; Dayınlarlı, 2004: s. 27; Ertabak, 2009: s. 43; Erdem, 2014; Muşul, 2012: s. 632; Esen, 2003: s. 392; Işık 2014: s. 18). Hazine avukatları bakımından ise Maliye Bakanlığından özel yetki alınmış olması aranacaktır (bkz. Karadaş, 2013: s. 53). Yargıtay HGK'nun 22.02.2012 tarih ve E. 2011/11-742, K. 2012/82 sayılı kararına göre: "… *Ayrıca, hangi hallerde vekile özel yetki verileceği, BK.nun 388/3. maddesiyle HUMK. 63. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gerekir. Aksi halde müvekkili adına yapılan tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir.*" (bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD.'nin 17.03.1994 tarihli ve E. 1994/2032, K. 1994/1554 sayılı kararı (AKINCI, 2013, s. 278, dn. 505); Yargıtay 19. HD.'nin 21.05.2007 tarihli ve E. 2007/380, K. 2007/5114 sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).Yargıtay bir kararında bu durumu şöyle ortaya koymuştur: *"... hazine vekilinin işi hakem yoluyla hallettirebilmesi için Maliye Bakanlığından yetki belgesi alması gerekir. Hazine vekilinin özel yetki almadan kendiliğinden bu yola başvurması mümkün olamaz. Mahkemece, hazine vekilinden bu belge istenilmeden işin hakem yoluyla halli cihetine gidilmesi isabetsizdir."* Bkz. 7. HD.'nin 14.4.1970 tarihli ve 2091/2296 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. (Karadaş, 2013: s. 53-54, dn. 37). Bunlara rağmen tahkim sözleşmesi yapılır ise, sözleşme geçersiz olacaktır (bkz. Kuru, 2001: s. 1283; Gürdoğan, 1976: s. 152-153; Ekşi, 2013: s. 110; Esen, 2003: s. 392; Işık, 2014: s. 18; aynı yönde Yargıtay 4. HD.'nin 13.9.1965 tarih ve 1965/6614, K. 1965/4089 sayılı kararı için bkz. Erdemir, 1986: s. 271). Zira bu sonuca artık, HMK m. 439/ f. 2, a bendi ile MTK m. 15/ A), 1, a) bendinden ulaşmak da mümkündür. Ancak temsil olunan özel yetkisi bulunmayan temsilcinin yaptığı tahkim sözleşmesine icazet verirse, o tahkim sözleşmesi ile bağlı hale gelecektir (aynı yönde bkz. Akıncı, 2013: s. 353; Özel, 2008: s. 76; Işık, 2014: s. 18).

Bu hususta, doktrinde görüşüne bizim de katıldığımız Gürdoğan'a göre, *"tahkim için vekilin özel mezuniyeti haiz olması gerektiği hakkındaki hüküm kamu düzeninden olduğu cihetle gerek hakemce gerek mahkemece re'sen nazara alınmak gerekir"* (Gürdoğan, 1976: s. 153; aynı yönde görüş için bkz. Kuru, 2001: s. 1283).

9.3. Tahkim Sözleşmesinin Adi Vekil Tarafından Yapılması

Hukukumuzda, avukatlar dışında tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gereken diğer bir kişi, vekil denildiği zaman aslında ilk akla gelen ve genellikle noter tarafından düzenlenen bir vekâletname ile vekil olarak tayin edilen gerçek kişi, başka bir ifadeyle adi vekildir (Ekşi, 2013: s. 109).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun *vekâletin kapsamı* başlıklı 504. maddesi *"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." hükmündedir.[81]

Maddenin üçüncü fıkrasında, vekilin özel olarak yetkili kılınmadıkça, hakeme başvuramayacağının hüküm altına alındığı görülmektedir (bkz. ve karş. Dayınlarlı, 2004: s. 27; Egemen, 2006: s. 1929). Burada açıkça adi vekilin özel olarak

[81] Anılan maddeye karşılık gelen mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 388 maddesi ise şöyleydi: "*Vekâlet akdinin şümulü mukavele ile sarahaten tesbit edilmemiş ise, taalluk eylediği işin mahiyetine göre tayin edilir. - Vekâlet, vekilin takabbül eylediği işin yapılması için icabeden hukuki tasarrufları ifa salahiyetini şamildir. - Hususi bir salahiyeti haiz olmadıkça vekil, dava ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, hibe edemez, bir gayrimenkulü temlik veya bir hak ile takyit edemez."* Eski kanun ile yeni kanunun birbirine karşılık gelen hükümleri arasındaki, yeni kanunun dilinin günümüz Türkçe'sine daha uygun olması dışında, tek fark, yeni düzenlemenin üçüncü fıkrasında kefil olunamayacağının ilave edilmiş olmasıdır.

yetkilendirilmediği sürece vekâlet görevini üstlendiği kişi adına hakeme başvurulamayacağı düzenlenmiş olup, tahkim sözleşmesi yapıp yapamayacağı hususu ise aynı derecede açık değildir (Egemen, 2006: s. 1937). Bununla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrasında, vekâletin, vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılmasını da kapsadığı hükme bağlanmıştır. İkinci fıkradaki bu hükme dayanarak, üçüncü fıkrada geçen "hakeme başvuramaz" ifadesinin, adi vekilin "tahkim sözleşmesi yapıp yapamayacağını kapsayıp kapsamadığı"na bakmak gerekecektir. BK'nın m. 388/ f. 3 hükmünde geçen "tahkim edemez" ifadesinin, doktrindeki bazı yazarlar ve Yargıtay kararlarında "tahkim sözleşmesi yapamaz", bazı yazarlarcaysa "hakeme başvuramaz" şeklinde yorumlandığı da ifade edilmektedir (bkz. Egemen, s. 1936-1937, dn. 18-20; ayrıca bkz. Işık, 2014: s. 15, dn. 57).

Bu hususta doktrinde Tanrıver, tahkime başvurunun, tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi yapmak, hakemlerin uygulayacakları maddi ve/ veya usul hukuku kurallarını belirlemenin yanında tahkim sözleşmesi üzerinde tasarruf etmeyle birlikte tahkim yerini ve dilini belirlemek gibi yetkileri de kapsadığı görüşündedir (Tanrıver, 2000: s. 133). Vekile özel yetki verilmesi gereken iş "hakeme başvurmak", başka bir ifade ile tahkim yargılamasına gitmek olup, bu bağlamda kanaatimizce bu işin görülmesi için yargılama öncesi, sırası ve sonrasında yapılması gereken iş ve işlemler bu kavrama dahildir. Buna göre, bu kavram kanaatimce, tahkim yargılamasının esasını teşkil eden tahkim sözleşmesinin yapılması başta olmak üzere, taraflar arasında uyuşmazlık çıktıktan sonra tahkim başvurusu için dava dilekçesi hazırlanması, yargılamanın bir kurumsal tahkim merkezinde yapılması öngörülmüş ise burada davanın açılması yahut tarafın kendi hakemini seçmesi, yargılama için hazır bulunması, gerekli belge veya bilgileri hakem/ hakemlere vermesi, karar verilmesi halinde karara karşı kanun yoluna başvuru gibi yargılama sırası ve sonrasındaki iş ve işlemleri de kapsamaktadır (Tahkime başvuramaz ifadesinin tahkim sözleşmesi yapmayı kapsamadığına ilişkin olarak aksi yönde bkz. Egemen, 2006: s. 1937). Bu nedenle, "hakeme başvuramaz" ifadesinin, “tahkim sözleşmesi yapamaz” ifadesini de kapsadığı kanaatindeyim.

Netice itibariyle, kanaatimizce zorunlu tahkim halleri hariç, tahkime başvurabilmek için öncesinde tahkim sözleşmesi yapılmış olması gerekeceğinden,

adi vekilin kendisini vekil tayin eden kişi adına tahkim sözleşmesi yapabilmesi için, vekâletnamesinde özel yetki bulunması gerekmektedir (bkz. Dayınlarlı, 2004: s. 27; Ertekin, Karataş, 1997: s. 420; Erdem, 2014: E.T. 25.8.2015; Balcı, 1999: s. 122; Aydoğdu, Kahveci, 2014: s. 776-777; Esen, 2003: s. 392; Ertabak, 2009: s. 43). Bunun için vekaletnamede "hakeme (tahkime) başvurmak" hususunda özel yetki verilmesi yeterli olacağı gibi, bu yetkinin sadece "tahkim sözleşmesi" yapmak hususunda olması da yeterlidir.

Bu hususta Yavuz/ Acar/ Özen, *"(a) Davaya vekâlet ile dava açmak, sulh olmak, karşı taraflar tahkim, hakem ile hakem sözleşmesi yapmak, tahkim süresinin uzatılmasına muvafakat etmek, ... konusunda, mevzuatımızda yer alan özel düzenlemeler çerçevesinde özel yetki arandığı görülmektedir (BK. M. 504/ f. son, HMK. m. 74)."* ifadesinde bulunmaktadır (bkz. Yavuz, Acar, Özen, 2014: s. 1146). Ancak özel yetki aranan haller, işin niteliği gereği doğrudan temsille ilgili olan vekalette uygulanırken, dolaylı temsilde vekilin tam hak sahibi olması sebebiyle, muhtemel sınırlamalar sadece iç ilişki bakımından aranacaktır (bkz. Aydoğdu, Kahveci, 2014: s. 777).

Yargıtay tarafından mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında verilen bir kararda, *"BK'nun 388/3. maddesi "Hususi bir salahiyeti haiz olmadıkça vekil, dava ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez" düzenlemesini getirmiştir. Bu durumda mahkemece tahkim şartını içeren sözleşmeyi imzalayan dava dışı S.D'nin tahkim sözleşmesi yapmaya yetkili bulunmadığı hakkında davalı itirazı incelenmeden yazılı gerekçe ile karar verilmesi doğru görülmemiştir."* ifadeleriyle, tahkim sözleşmesini imzalayanın bu hususta özel olarak yetkili bulunması gerektiğine işaret edilerek, bunun mahkemece incelenmemiş bulunmasının hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir (19. HD.'nin 21.5.2007 tarih ve E. 2007/380, K. 2007/5114 sayılı kararın aktarılan kısmı için bkz. Karadaş, 2013: s. 50, dn. 30; kararın daha geniş metni için ayrıca bkz. Ekşi, 2009 (a): s. 47-48).

Yargıtay başka bir kararında haklı olarak, vekâletnamede, vekile tahkim sözleşmesi yapma yetkisinin yerilmiş olması halinde, bu yetkinin sadece tahkim sözleşmesi yapmakla sınırlı tutulamayacağını, bu yetki kapsamında vekilin aynı zamanda hakem seçiminde de bulunabileceğini ve bunun için ayrıca bir yetki

verilmesi gerekmediğine karar vermiştir (Karadaş, 2013: s. 53; aynı yönde görüş için bkz. Dayınlarlı, 2004: s. 27).

Yargıtay TD.'nin 17.12.1963 tarihli ve E. 1963/4735, K. 1963/4727 sayılı kararında *"... mukabil davacı müteveffa N.C.'nin mirasçıları İ.H.E ve Y.C. tarafından verilmiş olan 4.8.1959 ve 1.Şubat.1963 tarihli vekâletnamelerde tahkime salahiyet verilmiş bulunması itibariyle vekile verilen bu salahiyet hakem seçme salahiyetini de tazammun etmesine göre bu hususlara ilişkin temyiz itirazları yerinde olmadığı gibi…"* hükmünde bulunmuştur (Kararın aktarılan kısmı için bkz. Karadaş, 2013: s. 53, dn. 36; aynı karar için ayrıca bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 46-47).

9.4. Tahkim Sözleşmesinin Veli, Vasi veya Kayyım Tarafından Yapılması

4721 sayılı TMK'nın 335 vd. maddelerinde velayet kurumu düzenlenmiştir. Kanun'un 335. maddesine göre; *"Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz. - Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar."* Ancak velayetin ana veya babadan birine verilmesi de söz konusu olabilir (TMK m. 336; m. 337)[82].

Çocuğun temsil edilmesi hakkında TMK m. 342'deki düzenleme ise şöyledir: *"Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. - İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler. - Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de uygulanır."* Buna göre, ana ve/ veya baba, veli sıfatıyla, velayetleri altındaki çocuklarını üçüncü kişilere karşı temsile yetkili olup, bu yetki kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlere tabi olacaktır. Ancak bu hükümlerden, vesayet makamının iznine bağlı olanlar hariçtir.

[82] TMK'nın anılan maddeleri şöyledir: *"Madde 336- Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. - Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir. - Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir."*

"Madde 337- Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir. - Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir."

Bu bakımdan, veli, velayeti altındaki küçüğü temsil ederken vesayet makamının iznine bağlı hususlar ile sınırlanmamıştır. Dolayısıyla vasiye göre daha sınırsız bir yetkiye sahiptir.

Vasinin görevleri ile ilgili bazı işleri yerine getirilirken, vesayet makamından izin alması gerektiği, TMK m. 462'de ondört bend halinde sayılmıştır. Bu haller arasında sekizinci bentte, *"Acele hâllerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması,"* düzenlenmiştir. Bu bende zikredilen tahkim (sözleşmesi) yapma hususu TMK m. 342/ f. 3 hükmüne istinaden hariç tutulmuş olduğundan, velinin temsil ettiği çocukları adına tahkim sözleşmesi yapması için, vesayet makamından izin almasına gerek bulunmamaktadır (Bkz. ve karş. Dayınlarlı, 2004: s. 26; Yener, 2015: s. 76; Balcı, 1999: s. 122; eski MK döneminde aynı yönde görüş için bkz. Berkin, 1969: s. 236; Bilge, Önen, 1978: s. 746).

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 404 ile 408 hükümleri arasında sayılan vesayeti gerektiren hallerden birinin bulunması durumunda küçük veya kısıtlı için, vesayet makamı tarafından bu görevi yapabilecek yetenekte bir ergin vasi[83] olarak atanır (TMK m. 413). Vasinin görevleri ve temsil yetkisi, TMK 438 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. Vasinin bu görevleri ile ilgili bazı işleri yerine getirilirken, vesayet makamından izin alması gerektiği, TMK m. 462'de ondört bend halinde sayılmıştır. Bu haller arasında sekizinci bentte, *"Acele hâllerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması,"* düzenlenmiştir. Buna göre vasinin, küçük veya kısıtlı adına tahkim yapabilmesi, daha dar olarak ise tahkim sözleşmesi yapabilmesi ancak vesayet makamının izni ile mümkün olabilir (aynı yönde bkz. Bilge, Önen, 1978: s. 746; Dayınlarlı, 2004: s. 26; Ertekin, Karataş, 1997: s. 420; Ekşi, 2013: s. 107; Yener, 2015: s. 76; Balcı, 1999: s. 122).

Aynı düzenleme mülga Medeni Kanun'da da bulunmaktaydı.[84] Bu hususta Yeğengil, vasinin tahkim sözleşmesi yetkisinin, mutlak surette, vasinin temsil iradesi

---

[83] TMK m. 403/f. 1'e göre *"Vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür."*

[84] Zira 1926 tarihli 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'nin 405. maddesinde, bu maddede sayılan hususlarda vasinin, sulh mahkemesinden izin alması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Anılan

dışında bırakıldığı ve mahkemeden izin alması koşuluna bağlandığını ifade ederek, vasinin ancak sulh hukuk mahkemesinden izin almak koşuluyla tahkim sözleşmesi yapabileceğini ifade etmiştir (Yeğengil, 1974: s. 191; aynı yönde bkz. Berkin, 1969: s. 235; Ekşi, 2013: s. 108).

Bununla birlikte, *yasak işlemler* başlıklı TMK m. 449'da *"Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır."* hükmü getirilmiş olup, bu maddede yer alan işlemlerin sadece kendisi değil, bunlarla ilgili olarak tahkim sözleşmesi yapılması de söz konusu olamayacaktır (bkz. Ekşi, 2013: s. 107-108).

Öte yandan, TMK m. 403/f. 2'de, *"kayyım, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atanır."* hükmü ile, vasi yanında bir diğer yasal temsilci olarak atanacak kişiyi göstermiştir. TMK m. 459'a göre *"Belli bir iş için görevlendirilmiş olan kayyım, vesayet makamının talimatına aynen uymak zorundadır.*" Bunun yanında müteakip 460. maddeye göre ise *"Kayyım bir malvarlığının yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilmiş ise, yalnız o malvarlığının yönetim ve korunması için gerekli olan işleri yapabilir.*

Kayyımın, bunun dışındaki işleri yapabilmesi, temsil olunanın vereceği özel yetkiye, temsil olunan bu yetkiyi verecek durumda değilse vesayet makamının iznine bağlıdır."

Söz konusu hükümlere göre kayyım, şayet belirli bir iş için görevlendirilmiş ve bu iş tahkim sözleşmesi yapmayı da kapsıyor ise, vesayet makamının talimatı kapsamında görev yapacağından tahkim sözleşmesi yapması hususunda da daha baştan izinli olacaktır. Bununla birlikte, malvarlığının yönetimi ve gözetimi için görevlendirilen bir kayyım, yalnız o malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli olan işleri yapabilecek, bunun dışında kalan işler için, temsil olunanın vereceği özel yetkiye veya vesayet makamının vereceği izne ihtiyaç duyacaktır. Kanaatimizce tahkim sözleşmesi yapmak, malvarlığının yönetimi ve korunması için

maddenin 8. bendi; *"Vasi tarafından heman yapılması lazım gelen muvakkat tedbirler müstesna olmak üzere husumet, sulh, tahkim ve konkordato akdi* " hükmü ile, yeni Türk Medeni Kanunu'nun yukarıya aktarılan m. 462/8. bendinden daha açık bir şekilde, tahkim yapmaktan değil tahkim sözleşmesi yapmak için, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinden izin alınması gerektiğini ortaya koymuştur.

gerekli olan işler kapsamına girmeyeceğinden, kayyımın tahkim sözleşmesi yapabilmesi, temsil olunanın vereceği özel yetkiye veya vesayet makamının iznine bağlı olacaktır (Ekşi, 2013: s. 108; Yener, 2015: s. 76-77). Dolayısıyla, kayyımın tahkim sözleşmesi yapma hususunda özel yetkisi bulunmuyor ise, bu sözleşmeyi yapamayacaktır (Ekşi, 2013: s. 108).

Bu hususta Yeğengil, kayyımın, ancak sulh hukuk mahkemesinin ve temsil ettiği kişinin izni ile tasarrufta bulunabileceğini ifade ederek, bunun dışında sadece malvarlığının korunması ve yönetilmesi ile yükümlü olduğundan bahisle, tahkim sözleşmesi yapma yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir, Yeğengil, 1974: s. 191).

9.5. Tahkim Sözleşmesinin Ticari Temsilci Tarafından Yapılması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 547. maddesine (mülga 818 sayılı BK m. 449) göre, ticari işletme sahibi tarafından, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak bir kişi yetkili kılınabilir ki; böyle bir durumda bu kişiye ticari temsilci adı verilir (benzer tanımlar için bkz. Kırca, 1996: s. 33; Arkan, 2015: s. 172; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 677, kn. 1408; Poroy, Yasaman, 2015: s. 244; Bahtiyar, 2015: s. 183; Esen, 2003: s. 393; Işık, 2014: s. 43). *"Bu tanımdan anlaşılacağı gibi "ticari temsilci, ticari işletmeyi şu veya bu şekilde temsile yetkili, alelâde bir temsilci değildir; onun çok daha ileri bir durumu vardır, geniş ve sınırlandırılmaz yetkilerle donatılmıştır; işletmenin bir idarecisi (yöneticisi) vasfını taşımakta ve işletmeyi temsilen imza koyabilmektedir; bu yetkileri ve durumu nedeniyledir ki, (ticari mümessil) adını almaktadır; ticari temsilci sanki işletmenin sahibi imiş gibi, işletme konusuna giren bütün işlemleri yapabilme yetki ve gücüne sahiptir". Böylesine geniş ve sınırlandırılmaz yetkili "ticari temsilcilik" İsviçre hukukuna dahi Alman hukukundan gelmiş bir müessesedir."* (bkz. Arslanlı, 1960: s. 166-167; aynı yönde bkz. Feyzioğlu, 1978: s. 411; Şener, 2015: s. 8). Arslanlı'nın bu ifadesini esas alan doktrinde Yavuz/ Acar/ Özen, ticari temsilcinin işletme sahibi adına ticari işletmeyi yönetim ve temsil

yetkisinin neredeyse, işletme sahibine eş değer olduğunu ortaya koymaktadır (bkz. Yavuz, Acar, Özen, 2012: s. 610).

Bu nedenle, ticari temsilci işletme sahibinin diğer bir kendisi yani alter egosu olarak nitelendirilmektedir. Aslında yapamayacaklarının sayısı, yapabileceklerinden daha azdır (Bkz. Poroy, Yasaman, 2015: s. 244). Bu bakımdan basit bir temsilciden çok ileride olup, geniş ve (istisnalar dışında) sınırlandırılamaz yetkilerle donatılmış olması ile de diğer temsilcilerden ayrılır (bkz. Poroy, Yasaman, 2015: s. 244, dn. 5; Şener, 2015: s. 8). Ancak Şener, doktrinde çoğu yazar ve Yargıtay'ın bazı kararlarında (bkz. ŞENER, s. 134, dn. 278-280) ticari temsilciyi işletme sahibinin alter egosu olarak kabul eden görüşün bugün eskimiş ve çok eleştirilen bir görüş olduğunu ve ticari temsilciyi tacirin alter egosu olarak ifade etmenin yanlış olduğunu belirtmektedir (bkz. Şener, 2015: s. 134-136).

Yeni TBK'nın bu hükmü, eski BK'nın ticari temsilciyi tanımlayan m. 449/f. 1 hükmündeki "… müessesenin imzasını kullanarak bilvekale imza vazetmek üzere… kendisine mezuniyet verilen kimse" şeklindeki yanıltıcı ifadeyi de düzeltmiştir (bkz. Arkan, 2015: s. 172). Zira ticari temsilcinin "müessesenin imzasını" kullanması mümkün olmayıp, ancak işletme sahibini temsilen hareket ettiğini gösteren bir ibareye kullanmak suretiyle, kendi imzasını atabilir (bkz. Feyzioğlu, 1979: s. 425-426; Arkan, 2015: s. 172). Bu nedenle, ticari temsilci işletme sahibinin diğer bir kendisi yani alter egosu olarak nitelendirilmektedir (bkz. Poroy, Yasaman, 2015: s. 244).

Ticari temsilcinin temsil yetkisinin neleri kapsadığı ise takip eden 548. maddede şöyle düzenlenmiştir: "*Ticari temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılır.*

Ticari temsilci, açıkça yetkili kılınmadıkça, taşınmazları devredemez veya bir hak ile sınırlandıramaz." [85]

[85] Bu madde, mülga 818 sayılı BK'nın 450. maddesinin sadece daha güncel bir Türkçe ile ifadesidir.

Söz konusu hükümden, ticari temsilcinin, açıkça yetkili kılınmadıkça işletmeye dâhil taşınmazların devri ve bir hak ile sınırlandırılması dışında, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve işletmenin amacına giren her türlü (olağan-olağanüstü) işlemi yapmaya yetkili olduğu anlaşılmaktadır (bkz. Feyzioğlu, 1978: s. 415; Kırca, 1996: s. 106-107; Işık, 2014: s. 43; Şener, 2015: s. 133; Esen, 2003: s. 393). Bizim de aynı kanaati taşıdığımız doktrinde bazı yazarlar, maddede geçen "işletmenin amacına giren" ifadesini, kazanç sağlama amacına ulaşmak için işletmenin konusunu oluşturan ve yönetilmesi yahut işletilmesine yönelik, kanun tarafından temsil yetkisinin kapsamı dışında bırakılanlar hariç olmak üzere, her türlü hukuki iş ve işlemin, muamelenin yapılabilmesi şeklinde anlaşılması gerektiği ifade etmektedirler (Bkz. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 682, kn. 1424). Bu hükümde, özel yetkiye ihtiyaç duyulan hususun, işletmeye dahil taşınmazların devri veya bir hak tesisine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır (Arkan, 2015: s. 178; Esen, 2003: s. 393-394). Bu devir yasağı, aynı zamanda taahhüt işlemleri içinde geçerlidir (bkz. Arkan, 2015: s. 178). Bu nedenle ticari temsilci özel olarak yetkisi olmadıkça taşınmaz satış vaadinde bulunmaz, üçüncü kişiler lehine irtifak hakkı, taşınmaz yükü ve rehin tesis edemez (Arkan, 2015: s. 178). Bunlarla birlikte, ticari temsilcilik işletmenin varlığı halinde söz konusu olacağından, ticari temsilcinin işletmenin ortadan kalkması, tasfiye olmasına yol açabilecek işlemleri yapması da söz konusu olamayacaktır. Örneğin; özel olarak yetkili kılınmadıkça işletmeyi devretmesi, tacirin iflasını talep etmesi, konkordato istemesi, yeni ortak olması, tüzel kişi tacirin türünün değiştirilmesi, mevcut ortağın ortaklıktan çıkarılması gibi şirketin feshini de talep edemez (bkz. Feyzioğlu, 1978: s. 415; Arkan, 2015: s. 177-178. Aynı yönde bkz. Yavuz, Acar, Özen, 2012: s. 611). Bununla birlikte taşınmaz alım satımı ile uğraşan bir işletmeye atanan temsilcinin ise taşınmazlar üzerinde bu işlemleri yapabilmesi için kendisine özel yetki verilmiş olmasına ihtiyaç bulunmamalıdır (Bkz. Domaniç, 2011: s. 324; Arkan, 2015: s. 178).

Tahkim sözleşmesi yapmak, şayet işletme sahibi adına "işletmenin amacına giren her türlü işlemler" den sayılırsa, bunun için ticari temsilcinin özel olarak yetkili kılınmasına ihtiyaç bulunmayacak; bir işletme sahibi tarafından bir kişinin ticari temsilci olarak yetkili kılınması halinde doğrudan, bu ticari temsilci (TBK m.

549'daki[86] sınırlamalar dışında) doğrudan tahkim sözleşmesi yapmaya da yetkili olacaktır. Bu hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, ticari işletme sahibi tarafından ticari temsilcinin temsil yetkisi, sadece şube işleri ya da birlikte temsil bakımından olmak üzere iki hususta sınırlandırılabilir (aynı yönde bkz. Arkan, 2015: s. 178-179; Poroy, Yasaman, 2015: s. 245).

Buna göre, gerek ticari temsilcinin tanımına ilişkin 547. madde gerekse yetkisinin kapsamına ilişkin 548. maddedeki düzenlemelerden hareketle, ticari temsilcinin yetkisinin kapsamı şöyle belirlenebilecektir: Öncelikle bu yetki, ticari işletmenin yönetimine ilişkin olup, yönetim dışında kalan konular temsil yetkisinin kapsamı dışındadır (bkz. Feyzioğlu, 1978: s. 415; Kırca, 1996: s. 107; Yavuz, Acar, Özen, 2012: s. 611). İkincisi, ticari temsilcinin yapacağı işlemler, işletmenin amacına giren konulara ilişkin olmalıdır (Feyzioğlu, 1978: s. 415; Kırca, 1996: s. 106). Dolayısıyla ticari temsilci, yönetim kavramı içinde kalmak ve işletmenin amacına uygun olmak koşuluyla işletmenin sadece alışılmış işlemlerini değil, aynı zamanda olağan dışı işlemlerini de yapabilecektir (Kırca, 1996: s. 106; Yavuz, Acar, Özen, 2012: s. 611; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 683, kn. 1425; Arkan, 2015: s. 175-176; Işık, 2014: s. 43). Feyzioğlu, kredili satış yapmak, ödeme iskontoları yapmak, vergi beyannamelerini düzenlemek ve vermek, satım sözleşmesinin ifası olarak ayıplı malları teslim almak gibi işlemlerin olağanüstü işlemlere örnek olarak sayılabileceğini ifade etmiştir (bkz. Feyzioğlu, 1978: s. 415; aynı yönde örnekler için bkz. Yavuz, Acar, Özen, 2014: s. 1287; Kırca, 1996: s. 107). Ancak, bunların olağanüstü işlemlerden değil, olağan işlemlerden sayılmasının, ülkemizdeki ticari hayatın gerçekleriyle daha çok örtüştüğü kanaatindeyim. Ancak, ticari temsilcinin yetkilerinin, TBK m. 548/son fıkra ile m. 549 çerçevesinde sınırlandırılabileceğini de unutmamak gerekecektir. Dolayısıyla şimdi burada tespit edilmesi gereken ise hangi işlerin olağan veya olağanüstü işlerden olduğudur.

[86] Mülga 818 sayılı BK'nın 451. maddesinin sadece daha güncel bir Türkçe ile kaleme alınmış hali olan, temsil yetkisinin sınırlandırılması başlıklı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun anılan maddesi şöyledir: *"Temsil yetkisi, bir şubenin işleriyle sınırlandırılabilir. - Temsil yetkisi, birden çok kişinin birlikte imza atmaları koşuluyla da sınırlandırılabilir. Bu durumda, diğerlerinin katılımı olmaksızın temsilcilerden birinin imza atmış olması, işletme sahibini bağlamaz. - Temsil yetkisine ilişkin yukarıdaki sınırlamalar, ticaret siciline tescil edilmedikçe, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm doğurmaz. - Temsil yetkisine ilişkin diğer sınırlamalar, tescil edilmiş olsalar bile, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez."*

Bu hususta doktrinde Feyzioğlu, ticari temsilcinin, (eski) BK m. 388/ f. 3 hükmünde alelade vekil için aranan özel yetkiye ihtiyaç duymaksızın hakemlik sözleşmesi imzalayabileceği görüşündedir (Feyzioğlu, 1978: s. 416).

Arkan ise ticari temsilcinin işletmede çalışacak işçiler ile hizmet sözleşmeleri yapabileceği ve bu sözleşmeleri feshedebileceğini, hammadde satın alabileceğini, üretilen malların satımı için satım sözleşmesi yapabileceğini, alacaklardan feragat edip, satış politikasını değiştirebileceğini, gerek kiracı gerekse kiraya veren sıfatıyla hareket ederek kira sözleşmesi yapabileceğini ve gerekirse tapuya şerh verebileceğini, ticari işletmenin faaliyetleri için gerekli ise taşınmaz satın alabileceğini, şube açıp işletme merkezini değiştirebileceğini, ticari vekil atayabileceğini, tacir adına bono, çek, poliçe düzenleyebileceğini, kredi alabileceğini, kefil olabileceğini kabul etmenin gerektiğini ifade etmektedir (Bkz. Arkan, 2015: s. 177. Aynı yönde örnekler için ayrıca bkz. Bahtiyar, 2015: s. 185. Ticari mümessilin başka bir kişinin borcu için, tacir adına kefalet verebileceğine ilişkin ayrıca bkz. Kırca, 1996: s. 107, 112-113; Birsel, 1963: s. 3. Daha fazla sayıda iş ve işlemlere ilişkin örnekler ve aynı yönde ifadeler için bkz. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 683-684, kn. 1425-1428. Ancak bu yazarlar, kiralama bakımından özel yetkiye ihtiyaç duyulan durumlar bakımından ayrıca bkz. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 683, kn. 1425). Bununla birlikte yazar son olarak, ticari temsilcinin avukat olmadığı halde, işletme ile ilgili davalar bakımından işletme sahibini mahkemede temsil ederek işletme sahibi adına dava açabileceğini, açılmış davalarda işletme sahibini savunabileceğini kabul edildiğini (karş. Av. K. M. 35/ f. 1) belirterek (ayrıca bkz. Kırca, 1996; s. 110; Domaniç, 2011: s. 323-324; Arslanlı, 1960: s. 169; Karayalçın, 1968: s. 490; Kırca, 1996: s. 110; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 685, kn. 1429; ayrıca aynı yönde Yargıtay HGK'nun 15.01.1964 tarih ve E. 1963/600, K. 1964/55 sayılı kararı ve Yargıtay 11. HD.'nin 01.03.1979 tarih ve 335/990 sayılı kararı için bkz. (Kırca, 1996: s. 110, dn. 28).), bu çerçevede ticari temsilciyi sulh, tahkim ve davadan feragata da yetkili saymak gerektiğini de zikretmektedir (Arkan, 2015: s. 177). Hatta bunlara ilaveten ibra, konkordatoyu kabul ve red, yemin verme ve yemini etme işlemlerine de yetkilidir (bkz. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 685, kn. 1429; Işık, 2014: s. 44).

Bu hususu doktrinde Erdem, şu ifadelerle adeta özetlemiştir: *"Ticari temsilci, işletme sahibinin alter ego'su olarak da nitelendirilir. Temsilcinin yapabileceği işlemlerdense, yapamayacağı işlemlerin belirtilmesi uygun olur. Nitekim temsil yetkisi sadece bir şubenin işleriyle veya birlikte temsil kuralı ile sınırlandırılabilir. Bu nedenle, ticari temsilcinin yetkisinin tahkim sözleşmesi yapmayı da kapsadığı kabul edilir."* (bkz. Erdem, 2014: E.T. 25.8.2015; alter ego adlandırması bakımından ayrıca bkz. Bahtiyar, 2015: s. 183).

Bunanla beraber Ekşi, "TBK'nın 548-549. maddeleri, tahkim sözleşmesi yapmanın, ticari temsilcinin yetkisinin kapsamına *girdiği izlenimini vermektedir"* şeklinde kanaatini ortaya koyarken (Ekşi, 2013: s. 114), Yavuz/ Acar/ Özen ise, *"Hatta ticari temsilcinin, BK. m. 504 f. son'da belirli dava açmak, tahkim sözleşmesi yapmak gibi muameleleri de özel yetki gerekmeksizin yapabilmesi imkânının bulunduğu kabul edilmektedir."* görüşündedir (Yavuz, Acar, Özen, 2014: s. 1287; aynı yönde bkz. Karayalçın, 1968: s. 490).

6098 sayılı TBK'nın ticari temsilciyi düzenleyen 547 vd. maddelerine karşılık gelen mülga 818 sayılı BK'nın ticari mümessil hakkındaki 449 vd. maddeleri hakkında Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında ise, *"Her ne kadar HUMK 63. maddesinde (BK 388/II aynı yönde) özel yetki verilmedikçe vekilin sulha, hakeme gitmeye, davayı kabule, davadan feragate, ibraya, yemin tevcihine dava konusunu tahsile yetkili olmadığı gösterilmişse de, bu madde avukatlara ilişkin olduğundan, ticari mümessiller bu kapsamın dışında kalır ve BK 449 vd. daki özel hükümlere tabi olur. Dolayısıyla ticari mümessil işletmenin gayesine dahil hususlarda aktif ve pasif yetkisine haiz olduğu gibi, tahkime, sulha, davayı kabule, davadan feragate, temyiz başvurusunda bulunmaya, hakem tayinine, yemin tevcihine ve reddine ve yemine muhatap olmaya da yetkilidir."* tespitleriyle, ticari temsilcilerin kendisini temsil ettirenin özel yetki vermesine gerek olmaksızın, tahkime gidebileceğine işaret edilmiştir (bkz. 19. HD.'nin 25.10.2010 tarih ve E. 2010/8903, K. 2010/11932 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. Karadaş, 2013: s. 54, dn. 40).

Bu bakımdan, doktrin ve yargı kararları doğrultusunda kanaatimizce de, ticari temsilcinin işletme sahibi adına, dava açması, sulh olması, hakeme başvurması ticari temsilciye özel yetki verilmesini gerektirmeyen işlemlerindendir. Bu nedenle ticari

temsilci özel yetkiye ihtiyaç duymaksızın tacir adına tahkim sözleşmesi yapabilir (aynı yönde bkz. Kırca, 1996: s. 111; Şener, 2015: s. 195; Esen, 2003: s. 394; Egemen, 2006: s. 1930; Işık, s. 45). Ancak bunun istisnası, ticari temsilcinin temsil yetkisinin şubenin işleri veya birlikte imza kuralı ile sınırlandırılabilecek olmasıdır (bkz. TBK m. 549) (Işık, 2014: s. 45).

9.6. Tahkim Sözleşmesinin Ticari Vekil Tarafından Yapılması

6098 sayılı TBK'nın 551. maddesine göre *"Ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir."* (benzer bir tanım için bkz. Poroy, Yasaman, 2015: s. 245; Esen, 2003: s. 394). "Dikkat olunursa, BK. md. 453 deki bu tanım dar ve teknik anlamdaki ticari vekalet müessesesini amaçlamaktadır. Oysa geniş anlamda ticari vekalet, ticari ilişkiler için verilen her türlü temsil yetkisini, özellikle bir ticari işletme sahibinin verdiği temsil yetkisini ifade eder. BK. md. 453 anlamında ticari vekil ya işletmenin tüm yönetimi ve işler için yetkili kılınmıştır; ya da belirli sayıda ve nitelikteki işlemleri yapmağa mezun kılınmıştır. Bunlardan ilkine genel ticari vekil, ikincisine sınırlı yetkili ya da özel yetkili ticari vekil adı verilebilir." (bkz. Feyzioğlu, 1978: s. 428; yeni TBK m. 451 bakımından aynı yönde bkz. Yavuz, Acar, Özen, 2014: s. 1290). Söz konusu hükümden, ticari vekilin, ticari temsilcilikten daha dar bir temsil yetkisini haiz olduğunu anlamaktayız (aynı yönde bkz. Feyzioğlu, 1978: s. 429; Arkan, 2015: s. 176; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 693, kn. 1455; Bahtiyar, 2015: s. 187; Işık, 2014: s. 46). Bu nedenle, ticari mümessilin yapamayacağı işlerin ticari vekil tarafından yapılması da söz konusu olamayacaktır (Bahtiyar, 2015: s. 188).

Ayrıca söz konusu tanımdan ayrıca, ticari vekile işletmenin tüm işleri ya da belirli bazı işlerinin yapılması bakımından temsil yetkisi verilebileceğini, şayet tüm işlere yetkili kılınmış ise genel ticari vekilden, bazı işlerin görülmesi için yetkili kılınmış ise sınırlı (özel) yetkili ticari vekilden söz edilir (Arkan, 2015: s. 176; Işık, 2014: s. 47). Örneğin, bir fabrikanın müdürü genel yetkili ticari vekil iken, aynı

fabrikanın satın alma işlerine bakan yetkilisi sınırlı (özel) yetkili ticari vekil sayılacaktır (Arkan, 2015: s. 176; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 693, kn. 1456). Özel ticari vekile örnek olarak ayrıca bir otelin resepsiyon görevlisi, bir fabrikanın satın alma yetkilisi, bir mağazanın satış personeli, tezgahtarı ve kasiyeri de verilebilir (bkz. Bahtiyar, 2015: s. 187).

Ticari vekilin temsil yetkisinin kapsamı ise, aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra, *"Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar. Ancak, ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez."* hükmündedir.

Bu düzenlemede, önce ticari vekilin yetkisinin *işletmenin alışılmış bütün işlemlerini* kapsadığı şeklinde soyut bir hüküm getirilmiş; sonrasında ticari vekilin ödünç para veya benzerleri almak, kambiyo taahhüdünde bulunmak, dava akmak ve açıkmış davayı takip etmek bakımından ise açıkça yetkili kılınmasını aramıştır (aynı yönde ifadeler için bzk. Feyzioğlu, 1978: s. 432; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 694, kn. 1456; Bahtiyar, 2015: s. 188; Poroy, Yasaman, 2015: s. 245). Görüleceği üzere, fıkranın ikinci cümlesinde, ticari vekilin yapabilmesi için özel olarak yetkili olması gereken işlemler arasında tahkim sözleşmesi yapmak (veya tahkime başvurmak) hususu düzenlenmemiştir. Bu nedenle, tahkim sözleşmesi yapmanın işletmenin alışılmış işlemlerinden sayılıp sayılmadığına göre, bu hususta ticari vekilin yetkili olup olmadığını veya özel bir yetkiye ihtiyaç duyup duyulmadığını tespit etmek mümkün olacaktır.

Bir ticari işletmenin alışılmış (olağan) işlerini tespit etmek için, işletmenin niteliği, iş hacmi, yapılması gereken işlemlerin türü ve değerleri ile bulunulan çevredeki geçerli ticari görüşler gibi etkenler dikkate alınarak, somut işin o işletme için devamlı olarak yapılan bir iş olup olmadığı tespit edilmelidir (Feyzioğlu, 1978: s. 433; Arkan, 2015: s. 185; Bahtiyar, 2015: s. 187; Poroy, Yasaman, 2015: s. 246). Bu bakımdan örneğin bir fabrika müdürü için, işçilerle hizmet sözleşmesi yapmak veya bunları feshetmek, hammadde siparişi vermek, bedelini ödemek, üretilen ürünler için satış sözleşmesi yapmak gibi işler olağan işlerden sayılırken (bkz. Bahtiyar, 2015: s. 187), işletmenin ticari politikasını değiştirmek, satış politikasını

değiştirmek, üretim araçlarını yenilemek hususunda sözleşmeler yapmak ise olağanüstü işlerden sayılabilir (Feyzioğlu, 1978: s. 433; Arkan, 2015: s. 185). Ancak bu örneklere bakılırsa tahkim sözleşmesi yapmanın olağan işlerden sayılması mümkün gözükmemektedir. Bu bakımdan doktrinde bu hususta ki görüşlere bakmak faydalı olacaktır.

TBK m. 551 hükmü, aynen mülga 818 sayılı Kanun'un 453. maddesinde[87] de yer almaktaydı. Anılan mülga kanunun yürürlükte olduğu dönemde doktrinde Yeğengil, tahkim sözleşmesinin, işin gerektirdiği normal işlemlerden olmadığını, bu sebeple de ticari vekilin, özel yetkisi olmadıkça tahkim sözleşmesi yapamayacağını ifade etmiştir (Yeğengil, 1974: s. 193; aynı görüşte bkz. Ekşi, 2013: s. 114). Ayrıca Esen, ticari vekilin, kendisine açık olarak yetki verilmeksizin "muhakemede bulunamaması" kavramına tahkim sözleşmesi yapmasının da gireceği görüşündedir (bkz. Esen, 2003: s. 394).

Kanaatimizce, örneğin, üretim yapmak, ürün veya hizmet satmak ve bedellerini tahsil etmek, sipariş vermek veya almak gibi bir işlemler, bir işletmenin alışılmış işlemleri arasında sayılabilecekken (aynı yönde bkz. Yavuz, Acar, Özen, 2015: s. 1291; Domaniç, 2011, s. 329-330; Karayalçın, 1968: s. 494-495), dava açmak veya açılmış davaya devam etmek, tahkime sözleşmesi yapmak ise olağan üstü işlemlerdendir. Ayrıca kanun koyucunun TBK'nın m. 551/ f. 2, 2. cümlesindeki *"Ancak, ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ... dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez."* hükmü ile ticari vekilin, dava açmak ve açılmış davayı takip etmek hususunda dahi özel yetkiye ihtiyacı olduğunu ayrıca düzenlemiş olması karşısında, mahkemeye değil istisnai yol olan tahkime gitmek hususunda ise bu yetkiye ihtiyacı olacağı öncelikle kabul olunmalıdır. Bu nedenle, tahkim sözleşmesi yapabilmesi için ticari vekilin, işletme sahibi tarafından özel olarak yetkilendirilmiş bulunması gerektiği kanaatindeyim (aynı yönde görüş için bkz. Erdem, E.T. 25.8.2015; Egemen, 2006: s. 1930; Işık, 2014: s. 48).

---

[87] Söz konusu hüküm şöyleydi: *"Ticari vekil, ticari mümessil sıfatını haiz olmaksızın bir ticarethane veya fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından müessesenin bütün işleri veya muayyen bazı muameleleri için temsile memur edilen kimsedir. - Bu salahiyet, müessesenin mutad olan muamelelerinin cümlesine şamildir. Şu kadar ki ticari vekil kendisine sarih mezuniyet verilmedikçe istikraz edemez ve kambiyo taahhütlerinde ve muhakeme ve murafaada bulunamaz."*

9.7. Tahkim Sözleşmesinin Pazarlamacı Tarafından Yapılması

Bir tacirin, ticari temsilci ve ticari vekil yanında diğer bir bağımlı yardımcısı da pazarlamacıdır. TBK'nın 448. maddesinde pazarlamacılık sözleşmesi düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre: *"Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."* Bu tanımdan, acentelerde olduğu gibi, aracılık yapan pazarlamacı ve sözleşme yapan pazarlamacı olmak üzere iki tür pazarlamacı olduğu anlaşılır (bkz. Poroy, Yasaman, 2015: s. 248). Anılan hükme göre pazarlamacı, sürekli olarak bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı bir anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, kendisine ödenecek ücret karşılığında taahhüt eden kişidir (bkz. Arkan, 2015: s 187; benzer bir tanım için bkz. Feyzioğlu, 1978: s. 436; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 699, kn. 1465; Bahtiyar, 2015: s. 189; Işık, 2014: s. 48). Buradaki hesabı kelimesinin adına şeklinde anlaşılması gerekir (bkz. Arkan, 2015: s. 187, dn. 1; benzer bir eleştiri için de bkz. Bahtiyar, 2015: s. 189).

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere pazarlamacı, işletmenin faaliyetlerinin, başka bir ifade ile ürün ve hizmetlerinin işletmenin dışındaki yerlere yayılması için sabit bir büro veya şube yerine kendisinden yararlanılan bağımlı bir tacir yardımcısıdır (bkz. Arkan, 2015: s. 188).

Pazarlamacının yükümlülüklerinin neler olduğu ise TBK'nın 450. maddesinde düzenlenmiş olup, bu hükme göre pazarlamacı, ticari işletme dışında işletmenin mal ve hizmetlerini müşterilere pazarlamak, siparişleri almak ve yeni müşteriler edinmek suretiyle aracılık faaliyeti yürütecektir (Işık, 2014: s. 48). Pazarlamacının bu faaliyetleri yaparken hangi yetkiyle hareket ettiği ise TBK'nın 452. maddesinden anlaşılmaktadır. Söz konusu maddeye göre: *"Aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir.*

Pazarlamacı, işlem yapmaya yetkili kılınmışsa yetkisi, bu işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri kapsar; özel yetki verilmedikçe müşterilerden tahsilat yapamaz ve ödeme günlerini değiştiremez."

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere pazarlamacının adına hareket ettiği taciri temsilen faaliyeti asıl olarak mal ve hizmet satımı hususunda aracılık faaliyeti olup, bu faaliyet sırasında işin niteliğinden kaynaklanan olağan hukuki işlem ve fiilleri yapmaya da yetkilidir (bkz. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 707, kn. 1488; Bahtiyar, 2015: s. 191). Sözleşme yapma yetkisinin verilmesi ise yazılı anlaşmanın varlığına dayanan istisnai bir durumdur (Poroy, Yasaman, 2015: s. 248). Ancak özel yetki verilmedikçe tahsilat yapamaz ve ödeme tarihlerini ise değiştiremez (bkz. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 708, kn. 1490; Poroy, Yasaman, 2015: s. 248; Bahtiyar, 2015: s. 191) ve olağan üstü işlemleri de yapamaz. İşin niteliğinden kaynaklanan olağan hukuki işlemler kapsamına, sözleşmenin kurulması için hazırlık ve pazarlık işlemleri ile ödeme şeklinin belirlenmesi, sözleşmenin kurulmasından sonra ise sözleşmenin ifası için hazırlık, taşıma, faturalandırma ve teslim işlemleri sayılabilirken; olağan üstü işlemler kapsamında ise, yapılan işlemler ilgili olarak ihtar, ihbar ve protesto çekilmesi gibi hakkı koruyucu beyanlarda bulunma veya bunları almaya yönelik işlemler sayılabilir (bkz. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 707, kn. 1489). Bu örnekler de düşünüldüğünde, pazarlamacının adına hareket ettiği taciri bağlayacak bir tahkim sözleşmesi yapması ise kanaatimizce bu olağan işlerden kabul edilemeyecektir. Bu nedenle kendisine özel olarak yetki verilmedikçe pazarlamacının, tacir adına tahkim sözleşmesi yapması söz konusu değildir (aynı görüşte bkz. Işık, 2014: s. 49).

9.8. Tahkim Sözleşmesinin Simsar (Tellal) Tarafından Yapılması

TBK'nın 520. maddesinde simsarlık sözleşmesinin tanımı ve şekli düzenlenmiştir. Anılan maddenin bir ve ikinci fıkraları; *"Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya*

kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.

Simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanır." şeklindedir. İkinci fıkraya göre, simsarlık sözleşmesinde de kural olarak vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacak olması dolayısıyla, TBK m. 502-514 hükümlerinin burada da esas alınması gerekecektir (bkz. Bahtiyar, 2015: s. 207; Poroy, Yasaman, 2015: s. 299). Bu nedenle simsarlığın, vekâletin bir alt çeşidi olduğu kabul edilmektedir (bkz. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 707, kn. 1489). Ancak fıkradaki "kural olarak" ifadesi nedeniyle, vekâlet sözleşmesinin, simsarlık sözleşmesinin niteliğine uygun gelen hükümlerinin uygulanması bunun dışındakilerin ise uygulanmaması gerekecektir.

Yukarıya aktarılan birinci fıkrasındaki sözleşme tanımından anlaşıldığı üzere, simsar, ücreti karşılığında, iş sahibi için bir sözleşme kurulması için imkân hazırlayan veya sözleşme kurulmasına aracılık eden bağımsız bir tacir yardımcısıdır (benzer bir tanım için bkz. Arkan, 2015: s. 192; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 724, kn. 1539; Bahtiyar, 2015: s. 208; Poroy, Yasaman, 2015: s. 299). Ancak konumu itibariyle simsarın kendisine ait bir ticari işletmesinin bulunması ve işini o şekilde yürütmesi halinde simsar ayrıca tacir sıfatını da haiz olabilir (bkz. Arkan, 2015: s. 192-193; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 723, 726, kn. 1538, 1545). Ayrıca, kural olarak simsarın, sözleşme ile kendisine yetki verilmediği sürece iş sahibini temsil yetkisi de yoktur (bkz. ve karş. Yavuz, Acar, Özen, 2014: s. 1275; Işık, 2014: s. 53). Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, simsarın görevi, bir sözleşmenin kurulması için zemin hazırlamak veya buna aracılık etmekle sınırlıdır olduğundan, kendisi sözleşme yapmamaktadır. Zira sözleşme kurulması hususunda uzlaşı sağlandığı zaman, o sözleşmeyi imzalayacak simsar değil, simsarın adına aracılık ettiği taraf veya taraflardır. Dolayısıyla simsarın aracılık ettiği bir sözleşmede yer alan tahkim şartı da, sözleşmenin bizatihi taraflarınca yapılmış olmaktadır. Bu nedenle, simsarın tahkim sözleşmesi yapma yetkisi bulunmamaktadır (bkz. Ekşi, 2013: s. 115; Işık, 2014: s. 53). Ancak Erdem'e göre, *"komisyoncu ve simsarlar vekâlet hükümlerine tabidir (TBK m. 520/2 ve m. 532/2). Dolayısıyla tahkim sözleşmesi yapabilmeleri için özel olarak yetkilendirilmeleri gerekir."* (bu görüş için bkz. Erdem, 2014: E.T. 25.8.2015).

9.9. Tahkim Sözleşmesinin Acenta Tarafından Yapılması

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 102. maddesinin ilk fıkrasında acentenin tanımı yapılmıştır. Buna göre, *"Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir."* Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, bağımsız tacir yardımcısı olan acente, bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık eden veya bu sözleşmeleri o tacir adına belirli bir komisyon karşılığında yapan ve aslında kendi nam ve hesabına çalışan kişidir (aynı yönde bkz. Arkan, 2015: s. 201, 203; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 771-772, kn. 1672; Işık, 2014: s. 49; Esen, 2003: s. 394; Bahtiyar, 2015: s. 193; Poroy, Yasaman, 2015: s. 252). Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, aracı acente ve sözleşme yapma yetkisini haiz acente şeklinde iki tür acentelik faaliyeti kabul edilmiştir (Bahtiyar, 2015: s. 193; Poroy, Yasaman, 2015: s. 254; Işık, 2014: s. 50; Esen, 2003: s. 394).

Bununla birlikte, 6102 sayılı Kanunun sözleşme yapma yetkisi başlıklı 107. maddesinde, *"(1) Özel ve yazılı bir yetki almadan acente, müvekkili adına sözleşme yapmaya yetkili değildir.*

(2) Acentelere müvekkilleri adına sözleşme yapma yetkisi veren belgelerin, acente tarafından tescil ve ilan ettirilmesi zorunludur." hükümleri düzenlenmiştir .Bu hüküm, mülga 6762 sayılı TTK'nın 121. maddesinin sadece daha güncel bir Türkçe ile ifadesidir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, bir acentenin müvekkili adına sözleşme yapması ancak müvekkilin bu hususta kendisine vereceği özel ve yazılı bir yetki ile mümkün olup, bu yazılı yetkinin acente tarafından tescil ve ilanı da zorunludur (bkz. Arkan, 2015: s. 203; Bahtiyar, 2015: s. 200; Poroy, Yasaman, 2015: s. 254; Işık, 2014: s. 50).

Tahkim sözleşmesi de bir sözleşme olduğuna göre, acentenin aracılık ettiği ticari işletme (tacir) adına tahkim sözleşmesi yapıp yapamayacağının m. 107 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, bir acentenin aracılık ettiği

ticari işletme adına tahkim sözleşmesi yapabilmesi için, ticari işletme (tacir) tarafından kendisine verilmiş özel ve yazılı bir yetkinin bulunması gerekmektedir (bkz. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 787, kn. 1711; Ekşi, 2013 (a): s. 115; Esen, 2003: s. 394; Yener, 2015: s. 82; Erdem, 2014: E.T. 25.8.2015; Işık, 2014: s. 50-51).

Bu hususta Yargıtay HGK'nun bir kararında, "*Yine TTK.nun 121. maddesi hükmü uyarınca hususi ve yazılı bir muvafakat olmadan acente müvekkili namına mukavele akdine salahiyetli değildir. Ayrıca, hangi hallerde vekile özel yetki verileceği, BK.nun 388/3. maddesiyle HUMK. 63. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gerekir. Aksi halde müvekkili adına yapılan tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir."* ifadeleriyle acentenin temsil ettiği kişi adına tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetkiye ihtiyaç duyulduğunu tesbit etmiştir (22.02.2012 tarih ve E. 2011/11-742, K. 2012/82 sayılı kararı için (bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Ayrıca aynı ifadelerin yer aldığı Yargıtay 11. HD.'nin 23.3.2010 tarih ve E. 2008/5901, K. 2010/3203 sayılı kararının yukarıya aktarılan kısmı için bkz. Ekşi, 2013: s. 116).

9.10. Tahkim Sözleşmesinin Komisyoncu Tarafından Yapılması

Buradaki komisyoncudan maksat öncelikle, 6098 sayılı TBK'nın 532. maddesinde tanımlanan alım veya satım komisyonculuğu kapsamındaki komisyoncudur (Poroy, Yasaman, 2015: s. 293). Bununla birlikte diğer işlere ilişkin komisyonculuk ise, alım satım komisyonculuğuna ilişkin hükümlere göndermede bulunulmak suretiyle düzenlenmiş (bkz. TBK m. 546/f. 2); komisyonculuğun bir türü olan taşıma işleri komisyonculuğu hakkında da Karayolları Taşıma Kanunu ve TTK'da özel hükümler de (m. 917-930) yer almış; borsa komisyonculuğu ise 5174 sayılı Kanun'da (m. 47) düzenlenmiştir (bkz. Arkan, 2015: s. 232-233; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 740-741, kn. 1584-1585; Poroy, Yasaman, 2015: s. 292-293; Işık, 2014: s. 52). Ayrıca adı komisyoncu olmakla birlikte, gerçekte komisyoncu olmayan gümrük komisyoncuları için Gümrük

Kanunu'nda hüküm bulunmaktadır (bkz. Bahtiyar, 2015: s. 211; Poroy Yasaman, 2015: s. 293).

Anılan maddenin birinci fıkrasına göre, *"alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırların alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir."* Buna göre, alım satım komisyoncusu ise, bu sözleşme kapsamında, kendi adına ancak vekâlet veren hesabına kıymetli evrak ve taşınır mal alım veya satımını üstlenen ve bunun karşılığında ücret alan kişidir (Arkan, 2015: s. 232; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 742, kn. 1587; Bahtiyar, 2015: s. 211). Komisyoncu kendi adına, vekâlet verenin hesabına işlem yaptığı için, komisyoncu ile ona vekâlet veren arasında dolaylı temsil ilişkisi söz konusudur (bkz. Kaya, 2013, s. 11; Arkan, 2015: s. 232; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 742, kn. 1588; Bahtiyar, 2015: s. 211; Poroy, Yasaman, 2015: s. 294; Işık, 2014: s. 52). Dolayısıyla komisyoncu da bağımsız tacir yardımcıdır (Arkan, 2015: s. 232; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, 2015: s. 743, kn. 1590; Bahtiyar, 2015: s. 212).

Alım veya satım komisyoncusunun, yetkisinin kapsamı hususunda TBK'nin gerek 532 gerekse devamı maddelerinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, maddenin ikinci fıkrasında *"Bu bölümdeki hükümler saklı kalmak üzere, komisyon sözleşmelerine vekâlet hükümleri uygulanır."* denilmek suretiyle, TBK'nın vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerine (m. 502-514) genel bir atıf yapılmıştır. Bu nedenle, adi vekilin yetkisinin kapsamı bakımından tabi olduğu TBK m. 504 hükmünün, alım veya satım komisyoncusu için de uygulanması gerekecektir (Poroy, Yasaman, 2015: s. 293).

Bu bakımdan, alım veya satım komisyoncusu, TBK m. 504/ f. 4 hükmüne göre, kendisini tayin eden kişi tarafından özel olarak yetkilendirilmesi halinde, vekâlet veren hesabına satın aldığı veya sattığı kıymetli evrak veya taşınır mallarla ilgili tahkim sözleşmesi yapabilecektir (bkz. Ekşi, 2013: s. 115; Yener, 2015: s. 82; aynı yönde bkz. ve karş. Erdem, 2014: E.T. 25.8.2015; aksi gönde görüş için bkz. Işık, 2014: s. 53).

Yargıtay TD.'nin 05.7.1963 tarih ve 1308/2960 sayılı kararında *"Taraflar arasındaki alım satım akdine dair olan borsa beyannamesini davalı namına imza etmiştir. Beyannamede ihtilafın tahkim yolu ile çözümlenmesi tarafların ajanlarınca kabul olunmuştur. - Ajanın temsil ettiği firma tarafından tahkim akdi yapma hususunda ajana sarih salahiyet verilmiş olmadıkça borsa beyannamesindeki tahkim şartı müvekkili ilzam etmez*" ifadeleriyle, bu husus ortaya konulmaktadır (kararın aktarılan kısmı için bkz. Karadaş, 2013: s. 54, dn. 38). Şayet, alım veya satım komisyoncusu, kendisini vekil tayin eden kişi tarafından özel olarak yetkilendirilmemiş ise sadece kıymetli evrak veya taşınır mal alım veya satımını yapabilecek (bkz. Bahtiyar, 2015: s. 212; Poroy, Yasaman, 2015: s. 294-295), ancak bunlarla ilgili olarak ortaya çıkacak çeşitli uyuşmazlıklar bakımından tahkim sözleşmesi imzalayamayacaktır.

9.11. Tahkim Sözleşmesinin Kaptan Tarafından Yapılması

6102 sayılı TTK'nın sözleşme yapma yetkisi başlıklı 1300. maddesine göre *"(1) Kaptan, aracın kurtarılması için malik adına kurtarma sözleşmesi yapmaya yetkilidir. Bu yetkinin kapsamına, yetkili mahkemeyi veya tahkimi kararlaştırmak da girer.*

(2) Aracın maliki ve kaptanı, araçta bulunan şeylerin malikleri adına kurtarma sözleşmesi yapmaya yetkilidir. Bu yetkinin kapsamına, yetkili mahkemeyi veya tahkimi kararlaştırmak da girer."

Maddenin birinci fıkrasında, kaptanın, aracın[88] kurtarılması[89] için aracın sahibi adına, kurtarma sözleşmesi yapmaya yetkili olduğu, bu yetkinin kapsamına yetki ve

[88] 6102 sayılı TTK'nın m. 1298/ f. 2, ilk yarım cümlede *"Su aracı" teriminin kapsamına, her türlü gemi ve seyrüsefere elverişli yapı girer;" şeklinde tanımlanmıştır.*

[89] 6102 sayılı TTK'nın m. 1298/ f. 1'de "Seyrüsefere elverişli sularda tehlikeye uğramış bulunan su aracı veya diğer eşyanın kurtarılması için yapılan her fiil veya hareket, kurtarma faaliyeti oluşturur …" şeklinde ifade edilmiş, aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise bu faaliyetin kapsamında girmeyecek hususlar sayılmıştır. Bu hükme göre; "*Kurtarma faaliyeti" terimine: a) Su aracının malikinin veya kaptanının yahut araçta bulunmayan ve bulunmuş olmayan eşyanın malikinin açık ve makul olarak karşı koymasına rağmen yürütülen faaliyetler, b) Tehlike altında bulunan araçta çalıştırılan kişiler tarafından yürütülen faaliyetler, c) Tehlike doğmadan önce kurulmuş bir sözleşmenin ifası amacıyla yapılan veya yapılması gereken hizmetler, girmez."*

tahkim sözleşmesi yapmanın da dâhil olduğu ifade edilmiştir. İkinci fıkrada ise, kaptanın araçta bulunan eşyanın[90] kurtarılması için de kurtarma sözleşmesi yapabileceği ve aynı şekilde bu sözleşmenin kapsamına da, yetki ve tahkim sözleşmesinin gireceği ifade edilmektedir (Ekşi, 2013: s. 116).

TTK'nın yukarıya aktarılan maddesinde, kaptanın gerek su aracının gerekse içindeki eşyaların kurtarılması için yapacağı kurtarma sözleşmelerinde, sözleşmede bulunan yetkili mahkemeye ilişkin yetki şartı ile tahkim şartlarını imza etmek için özel bir yetki ile donatılmış olması gerektiği hüküm altına alınmamıştır. Dolayısıyla bu yetki, bir kişinin bir su aracının kaptanı olması halinde kanundan kaynaklı bir yetkisidir.

Bununla birlikte kaptanın, bağlama limanı dışında yapacağı navlun sözleşmelerine tahkim şartı koyabileceği kabul edilmektedir (bkz. Postacıoğlu, 1975: s. 784-785; Berkin, 1969: s. 236; Bilge, Önen, 1978: s. 746). Buna karşılık, şayet kaptan navlun sözleşmesini yetkisi dışında yapmış ise donatanın ancak bu sözleşmeye icazet vermesi halinde tahkim şartı da muteber olur (bkz. Postacıoğlu, 1975: s. 784-785).

9.12. Tahkim Sözleşmesinin Adi Ortaklığı ve İş Ortaklığını Temsile Yetkili Olanlar Tarafından Yapılması

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 620. maddesine göre: *"Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.*

Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşımıyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır." BK'nın bu hükmünden

[90] 6102 sayılı TTK'nın m. 1298/ f. 2, ikinci yarım cümlede *"eşya" terimi ise, kıyıya sürekli ve iradi olarak sabitlenmiş olmayan her türlü şey ile hak kazanılmış olmayan navlun alacağını ifade eder."* şeklinde tanımlanmıştır. Üçüncü fıkrada ise *"Eşya" terimine; a) Deniz yataklarındaki mineral kaynakların keşfi, çıkartılması veya işlenmesi amacıyla kullanıldıkları sürece sabit veya yüzer platformlar ile açık deniz sondaj birimleri, b) Deniz yatağında bulunan prehistorik, arkeolojik veya tarihi değeri olan kültür eserleri, girmez."* hükmü ile bu terimden ayrılması gereken hususlar sayılmıştır.

anlaşılan tanım, doktrinde bütün şirket türleri bakımından da geçerli bir tanım olarak kabul edilmektedir (Bahtiyar, 2014: s. 13). Bu hükme karşılık gelen 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu m. 520'de, "adi ortaklık sözleşmesi" yerine "şirket" tabiri kullanılmaktaydı (Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 39, kn.70; Pulaşlı, 2016: s. 11).

Anılan maddenin birinci fıkrasına göre, birden fazla kişinin gerek emeklerini gerekse mallarını ortak bir amaca ulaşmak maksadıyla birleştirmeleri hususunda yaptıkları sözleşme, adi ortaklığı oluşturmaktadır (benzer tanımlar için bkz. Yavuz, Acar, Özen, 2014: s. 1473, ayrıca s. 1474, dn. 80-81'deki yazarlar; Dayınlarlı, 2004: s. 27-28; Bahtiyar, 2014: s. 13). Bununla birlikte doktrinde Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu'nun adi ortaklığın unsur ve özelliklerini yansıtacak şekildeki çok daha geniş bir tanımı ise şöyledir: "Adi ortaklık, kişisel öğelere göre şekillenmiş, ortaklık haklarının ve yapısının sermayeye dayalı değil, ortaklarlın kişiliklerine bağlı tarzda biçimlendiği; sorumlu olduğu; her türlü iktisadi ve gayri iktisadi konu için herhangi bir şekle bağlı olmaksızın kurulabilen veya oluşabilen; bir ticari işletmeyi işletmesi şart olmayan; tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaklıktır." (Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 40, kn. 70b). Birinci fıkrada iki veya daha fazla "kişinin" bu ortaklığı kurabileceği düzenlenmiş, ancak bu "kişilerin" gerçek kişi olması gerektiği şeklinde bir sınırlama getirilmemiştir. Buna karşılık doktrinde Dayınlarlı, Borçlar Kanun'unda adi şirketin gerçek kişiler için düşünüldüğünü, iş ortaklığında (konsorsiyum) ise, ortaklardan en az birinin tüzel kişi olması gerektiğini belirtmektedir (bkz. Dayınlarlı, 2004: s. 28; iş ortaklığı (konsorsiyum) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, 2007: s. 180-196; ayrıca özellikle inşaat sektörü bakımından ise bkz. Kaplan, 1994).

Adi ortaklığın temsili hususunda ise TBK'nın 637. maddesine göre: *"Kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur.*

Ortaklardan biri, ortaklık veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişi ile işlem yaparsa, diğer ortaklar ancak temsile ilişkin hükümler uyarınca, bu kişinin alacaklısı veya borçlusu olurlar.

Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip

yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır."

Anılan üçüncü fıkra hükmüne göre, şayet ortaklardan birine adi ortaklığı yönetme görevi[91] verilmiş ise, bu ortak, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil yetkisine sahip kabul edilecektir. Zira bu fıkradaki işlem güvenliğini korumak maksadıyla konulan, "kendisine yönetim hakkı tanınan ortağın, ortaklığı yani tüm ortakları temsil yetkisinin bulunduğu yönündeki karine", iyi niyetli üçüncü kişilere karşı mutlaktır (bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 69, kn. 90c). Yönetici ortağın kanunun var sayılan bu temsil yetkinin kaldırılması da kararlaştırılabilir (bkz. Bahtiyar, 2014: s. 37). Dolayısıyla, yönetici ortağın adi ortaklığı temsilen tahkim sözleşmesini de yapması mümkündür. Temsil yetkisine sahip yönetici ortağın, yapacağı tahkim sözleşmesinin "önemli tasarruf işlemi" olarak kabul edilmesi halinde, tüm ortakların bu hususta, yönetici ortağa yetki vermesi gerekecektir. Ancak kanaatimizce, adi ortaklığı temsile yetkili yönetici ortağın, yönetim görevi sırasında imzalayacağı bir tahkim sözleşmesinin, önemli tasarruf işlemi olarak kabul edilemeyeceğidir.

Buna karşılık, kendisine yönetim görevi verilmemiş bir ortak, ortaklık veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişi ile işlem yaparsa, diğer ortaklar ancak temsile ilişkin hükümler uyarınca, bu kişinin alacaklısı veya borçlusu olurlar (Esen, 2008 (a): s. 98). Dolayısıyla, kendisine yönetim yetkisi verilmeyen ortağın, ortaklığı temsil yetkisi var sayılamayacağından, bu ortağın yapacağı tahkim sözleşmesinin tüm ortaklığı bağlayıcı hale gelmesi, ancak diğer ortakların bu hususta kabullerine bağlı olacaktır.

---

[91] Adi ortaklığın yönetimi hakkında ise TBK m. 625'e göre: "Yönetim, sözleşme veya kararla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça, bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir.

Ortaklık, ortakların tümü veya birkaçı tarafından yönetilmekte ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem yapabilir; ancak ortaklığı yönetmeye yetkili olan her ortak, tamamlanmasından önce işleme itiraz etmek suretiyle, bu işlemin yapılmasını engelleyebilir.

Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gereklidir. Ancak, gecikmesinde sakınca olan hâllerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir."

Öte yandan, özellikle inşaat sözleşmelerinde, bilhassa müteahhit tarafın iş ortaklığı (konsorsiyum) şeklinde sözleşmenin tarafı olması halinde, şayet, konsorsiyumun tarafları aralarındaki asıl sözleşmede kendi tüzel kişiliklerini muhafaza etmişlerse, tahkim sözleşmesinin konsorsiyum ortaklarının tamamı hakkında hüküm doğurması için, tamamının imza aranır (aynı sonuca yönelik bkz. Akıncı, 1996: s. 205, dn. 567). Buna karşılık, konsorsiyum ortaklarından biri veya birkaçına veya dışarıdan bir gerçek veya tüzel kişiye konsorsiyumu temsil yetkisi verilmiş ise, bu temsilcinin konsorsiyum adına tahkim sözleşmesi yapması mümkün olacaktır (Dayınlarlı, 2004: s. 28; Balcı, 1999: s. 123; aynı yönde Yargıtay 13. HD.'nin 02.10.1995 tarih ve E. 1995/7761, K. 1995/8331 sayılı kararı için bkz. (YKD, C. 22, S. 1, Ocak 1996, s. 58 vd.; ayrıca Dayınlarlı, 2004: s. 238-243). Aynı sonuç, iş sahibinin iş ortaklığı halinde oluşması halinde de söz konusu olacaktır (Dayınlarlı, 2004: s. 28).

9.13. Tahkim Sözleşmesinin TTK Bakımından Şirketi Temsile Yetkili Olanlar Tarafından Yapılması

9.13.1. Anonim Şirketi Temsile Yetkili Kimseler Tarafından Yapılması

6102 sayılı TTK'nın 365. maddesine göre *"Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Kanundaki istisnai hükümler saklıdır."* Anonim şirketin bu temsil yetkisinin nasıl kullanılacağı ise 370. maddede düzenlenmiş olup, söz konusu madde şöyledir: "*Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir.*

Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır." Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere; bir anonim şirket, yönetim kurulu adındaki organ tarafından, esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa, çifte imza kullanılmakla suretiyle doğrudan; şayet yönetim kurulu tarafından bu yetki, bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilmiş ise bunların vasıtasıyla

temsil edilir (Anonim şirketin temsil yetkisi ve bu yetkinin devri hakkında ayrıca bkz. Pulaşlı, 2016: s. 457 vd.; Işık, 2014: s. 32 vd.).

Bu temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları, TTK'nın takip eden 371. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre: *"Temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler."* Bu hükümde, bir anonim şirketi temsile yetkili olan kişilerin, yani gerek yönetim kurulu gerekse yönetim kurulunun yetkisini devrettiği murahhas üye veya üyeler ile üçüncü kişilerin, şirketin amacı ve işletmenin konusuna giren her türlü iş ve hukuki işlemleri şirket adına yapmaya yetkili oldukları belirtilmişken; bu yetkilerini kullanabilmek bakımından her hangi bir özel bir yetkiye ihtiyaç duyup duymadıkları ise düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, bir anonim şirketi temsile yetkili olanlar, şirketin amacı ve işletmenin konusuna dâhil olan iş ve hukuki işlemler dâhilinde olmak üzere her hangi bir özel yetkiye ihtiyaç duymaksızın, şirketi temsile yetkilidirler (Ekşi, 2013: s. 113; Yener, 2015: s. 81; aynı yönde görüş için bkz. Erdem, 2014: E.T. 25.8.2015; Işık, 2014: s. 32). Temsil yetkisine sahip olanlar, bu yetkisini ortaklık adına ve onun ünvanı altında imza atmak suretiyle kullanacaktır ve bu nedenle de bu kişiler göreve başlarken imza sirkülerini noterde onaylatıp, sicile tevdi etmeleri gerekecektir (Pulaşlı, 2016: s. 457; Bahtiyar, 2014: s. 211).

Ancak, aynı maddenin 3. fıkrasında "*Temsil yetkisinin sınırlandırılması, iyiniyet sahibi üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez; ancak, temsil yetkisinin sadece merkezin veya bir şubenin işlerine özgülendiğine veya birlikte kullanılmasına ilişkin tescil ve ilan edilen sınırlamalar geçerlidir."* şeklindeki hüküm, anonim şirketi temsile yetkili olanların sahip olduğu bu temsil yetkininin, sadece merkezin veya bir şubenin işleri veyahut temsilin birlikte kullanılması bakımlarından sınırlandırılabileceğini ve bunun da tescil ve ilan edilmesi şartına bağlandığını ortaya koymaktadır.

Bütün bunlara göre, bir anonim şirketin başta yönetim kurulu olmak üzere, şayet bu yönetim yetkisi murahhas müdür, murahhas üye ve ticari temsilciye devredilmişse bu kişilerce de, (ayrıca bir sınırlama getirilmemişse) şirket adına tahkim sözleşmesi yapabilmesi için herhangi bir özel yetkiye ihtiyaçları bulunmadığı

kanaatindeyim (aynı yönde bkz. Işık, 2014: s. 32). Bununla birlikte, şirket adına tahkim sözleşmesi yapması için yönetim kurulunca adi vekil atanması halinde ise adi vekilin yetkisinin kapsamı ve özel yetkiye ihtiyaç duyulan hususlar bakımından BK m. 504 hükmüne tabi olması nedeniyle, yukarıda adi vekilin tahkim sözleşmesi yapması için söylenenler burası için de geçerlidir. Dolayısıyla anonim şirket adına tahkim sözleşmesi yapabilmek için adi vekilin özel yetkiye ihtiyacı olduğu kuşkusuzdur

9.13.2. Limitet Şirketi Temsile Yetkili Olanlar Tarafından Yapılması

6102 sayılı TTK'nın limitet şirketlerin yönetim temsiline ilişkin 623. maddesi; "*(1) Şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. En azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir.*

(2) Şirketin müdürlerinden biri bir tüzel kişi olduğu takdirde, bu kişi bu görevi tüzel kişi adına yerine getirecek bir gerçek kişiyi belirler.

(3) Müdürler, kanunla veya şirket sözleşmesi ile genel kurula bırakılmamış bulunan yönetime ilişkin tüm konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidirler." hükmündedir.

Buna göre, limitet şirketin yönetimi ve temsili, şirket müdürüne ait olup, bu kişi şirketin bir veya daha fazla ya da tüm ortakları olabileceği gibi, dışarıdan atanan üçüncü bir kişi de olabilecektir (bkz. Bahtiyar, 2014: s. 403; Işık, 2014: s. 38).[92]

[92] Müdürlerin birden fazla olması halinde, bunlardan birinin müdürler kurulu başkanı olarak atanacak ve bunların nasıl karar alıp yönetim ve temsil yetkisini kullanacakları ise müteakip 624. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu madde şöyledir; *"(1) Şirketin birden fazla müdürünün bulunması hâlinde, bunlardan biri, şirketin ortağı olup olmadığına bakılmaksızın, genel kurul tarafından müdürler kurulu başkanı olarak atanır. - (2) Başkan olan müdür veya tek müdürün bulunması hâlinde bu kişi, genel kurulun toplantıya çağrılması ve genel kurul toplantılarının yürütülmesi konularında olduğu gibi, genel kurul başka yönde bir karar almadığı ya da şirket sözleşmesinde farklı bir düzenleme öngörülmediği takdirde, tüm açıklamaları ve ilanları yapmaya da yetkilidir. - (3) Birden fazla müdürün varlığı hâlinde, bunlar çoğunlukla karar alırlar. Eşitlik hâlinde başkanın oyu üstün sayılır. Şirket sözleşmesi, müdürlerin karar almaları konusunda değişik bir düzenleme öngörebilir."*

Ayrıca, bu müdür veya müdürler, TTK veya şirket sözleşmesinin genel kurula bırakmadığı yönetime ilişkin tüm konularda karar alabileceği gibi bu kararları da yerine getirebileceklerdir.

Buna karşılık, TTK'nın 629. maddesinin ilk fıkrasındaki, *"Müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamına, yetkinin sınırlandırılmasına, imzaya yetkili olanların belirlenmesine, imza şekli ile bunların tescil ve ilanına bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümleri kıyas yolu ile uygulanır."* hükmü ile de, şirketin yönetim ve temsil yetkisini uhdesinde bulunduran şirket müdür/ müdürlerinin temsil yetkisinin sınırlanması ile imzaya yetkili olanların belirlenmesi ve imzanın şekli ile tescil ve ilanı hakkında, TTK'nın anonim şirketlerin yönetim ve temsiline ilişkin hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanacağı düzenlenmiştir (Pulaşlı, 2016: s. 825).

Bu atıf hükmü dolayısıyla, limitet şirketin müdür veya müdürlerinin temsil yetkisi ve sınırlandırılması hususunda, yukarıya aktarılmış bulunan TTK m. 371/ f. 1 ve 3 hükümleri uygulama alanı bulacaktır (aynı yönde bkz. Bahtiyar, 2014: s. 409). TTK'nın 371/f. 1 hümüne göre, limitet şirket müdür/ müdürleri de, anonim şirketi temsile yetkili olanlar gibi tahkim sözleşmesi yapmak için özel bir yetkiye ihtiyaç duymadan şirketi temsilen hareket edebileceklerdir (Ekşi, 2013: s. 113; Işık, 2014: s. 38; Yener, 2015: s. 81; aynı yönde görüş için bkz. Erdem, 2014: E.T. 25.8.2015). Üçüncü fıkra hükmüne göre ise bu yetkileri, şirketin merkez veya şubelerine hasredilmiş veya birden fazla müdür varsa, bunlardan en az ikisinin imzası şartına bağlanmış olabilecektir (Pulaşlı, 2016: s. 825). Bu bakımdan bir sınırlandırma bulunup bulunmadığının dikkate alınması gerekecektir.

Bununla birlikte, TTK'nın 631. maddesinin ilk fıkrasına[93] göre, şayet limitet şirket müdür/ müdürleri dışında, genel kurul kararı ile ticari mümessil (temsilci) veya ticari vekil atanmış bulunur ise, bunların yetkileri genel kurul tarafından sınırlandırılabilir. Şayet böyle bir temsilci veya temsilciler atanmış olursa, bunların şirketi temsilen tahkim sözleşmesi yapmaya yetkili olup olmadıkları veya tahkim

[93] Anılan fıkra, *"Şirket sözleşmesinde başka şekilde düzenlenmediği takdirde, ticari mümessiller ve ticari vekiller ancak genel kurul kararı ile atanabilirler; yetkileri genel kurul tarafından sınırlandırılabilir."* hükmündedir.

sözleşmesi yapma yasağı bulunup bulunmadığı hususunda, genel kurulun sınırlandırması olup olmadığının gözetilmesi de gerekir (bkz. Ekşi, 2013: s. 113).

9.13.3. Kollektif Şirketi Temsile Yetkili Kimseler Tarafından Yapılması

6102 sayılı TTK, anonim ve limitet şirketlerde yönetim ve temsil yetkisinin kime ait olduğu hususunda tek bir madde ile (TTK m. 363; m. 623) düzenleme yapmış ve müteakip maddelerinde temsil yetkisinin kapsamı ve sınırlandırması hususlarında hüküm (TTK m. 371; m. 631) koymuştur. Buna karşılık, 6102 sayılı TTK'nın kollektif şirketin yönetim ve temsili hususları ayrı ayrı düzenlenmiştir.

TTK'nın 218. maddesinin birinci fıkrasına göre; *"Ortaklardan her biri, ayrı ayrı şirketi yönetme hakkını ve görevini haizdir. Ancak, şirket sözleşmesiyle veya ortakların çoğunluğunun kararıyla yönetim işleri ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebilir."*

Ayrıca, yönetimin kapsamı ise Kanun'un 223. maddesinde *"Şirketin yönetimi kapsamındaki hususlar, şirketin amacını ve konusunu elde etmek için yapılması gereken olağan işlem ve işler ile sınırlıdır. Şirketi yönetenler, şirket menfaatine uygun gördükleri işlerde, olağan işlem ve işlerle sınırlı olmak şartıyla, sulh, feragat ve kabul ile tahkime de yetkilidirler. Şu kadar ki, bağışta bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnetmek veya ticari işletme rehni kurmak gibi olağan iş ve işlemler dışında kalan hususlarda ortakların oybirliği şarttır."* şeklinde düzenlenmiştir.

Buna göre, bir kollektif şirketi yönetim hakkını haiz ortak veya ortaklar, şirketin amacı ve konusu ile sınırlı olmak üzere olağan işlem ve işleri yapabilirler. Dolayısıyla yönetim hakkı ancak şirketin olağan işleri ile sınırlıdır (bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, 2014: s. 208-209, kn. 255). Olağan işlerden maksat şirketin amacına ulaşması için yapılması gereken günlük ve devamlı mahiyetteki işlerdir. Örneğin; ortaklığın defterlerinin tutulması, yazışmalar yapılması, yıl sonu

envanterinin çıkarılarak bilançonun hazırlanması gibi işlemler yanında, ortaklığa işi alınması, ücretlerinin ve sigorta primi gibi ödemelerinin yapılması, vergi vb. yükümlülüklerin yerine getirilmesi, satış ve tahsilat işlemeleri gibi işlemelerdir (bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, 2014: s. 208-209, kn. 255). Ayrıca bu yönetenler, şirketin menfaatine uygun gördükleri, ancak olağan işlem ve işlerle sınırlı olmak kaydıyla, sulh olabilir, feragat ve kabulde bulunabilirler yahut tahkime de başvurabileceklerdir. Bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, 2014: s. 209, kn. 255). Hatta sulh, kabul ve feragata da yetkili olduklarından dava açılmasına da yetkili olacaklar ve burada yemin de teklif edebileceklerdir (bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, 2014: s. 209, kn. 255). Tahkime başvurmak öncesinde tahkim sözleşmesi de yapmayı kapsamaktadır. Bununla birlikte, tüm bu işlem ve işlerle ilgili olarak şirketin yönetim hakkını haiz ortak veya ortakların özel bir yetkiye ihtiyacı bulunduğu da hükme bağlanmamıştır. Dolayısıyla, kollektif şirketi yöneten ortak veya ortaklar, şirket adına olağan işlerle sınırlı olmak üzere, kendilerine şirket genel kurulu tarafından özel bir yetki verilmiş bulunmasa dahi, tahkim sözleşmesi yapabilir ve tahkime gidebilirler (Ekşi, 2013: s. 111; Yener, 2015: s. 8; Işık, 2014: s. 40).

Öte yandan kollektif şirketin yöneticileri, olağanüstü işlemeler bakımından yönetim hakkına sahip değildir (Bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, 2014: s. 208, kn. 254). Örneğin; bağışta bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnetmek veya ticari işletme rehni kurmak gibi olağan üstü işlemler hususlarda ortakların oybirliği arandığından, bu hususlar ile ilgili ortaya çıkabilecek tahkim sözleşmeleri bakımından da, kollektif şirketin tüm ortaklarının birlikte hareket etmesi gerekecek veya ortaklardan sadece bir kaçı yönetim yetkisine sahip ise, bunlara tüm ortakları temsilen özel bir yetki verilmesi gerekecektir. Ancak bu türden işler, burada sayılanlarla da sınırlı değildir. Örneğin konkordato talep etmek, aciz sebebine dayanarak ortaklığın iflasını istemek de bunlara ilave edilebilir (bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, 2014: s. 208, kn. 254).

Öte yandan, TTK'nın temsilin kapsamına ilişkin 233. maddesi ise; *"(1) Şirketi temsile yetkili olan kimse, şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukuki*

işlemleri şirket adına yapmak ve şirketin unvanını kullanmak yetkisine sahiptir. Bu yetkiyi sınırlayan her şart, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

(2) Ancak, şirket sözleşmesinin tescil ve ilanı gerekli hükümlerine göre şirketin bağlanabilmesi için birlikte imza şart kılınmışsa, bu şart, üçüncü kişilere karşı da geçerlidir." hükmündedir. Ancak bu hükümde geçen şirketi temsile yetkili kişilerin, şirketi yönetmeye hakkı bulunan m. 218/f. 1 kapsamında sayılan ortak veya ortaklar haricinde, yönetim yetkisi haricinde şirketi temsil yetkisi bulunan daha başka kişileri işaret ettiği anlaşılmaktadır (bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 216, kn. 275). Bu bakımdan TTK m. 218/f. 2[94] hükmünden yola çıkarak, yönetici ortak veya ortakların dışında kollektif şirketi temsil yetkisi bulunan ticari mümessil (temsilci) veya ticari vekilin, şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukuki işlemleri şirket adına yapmak ve şirketin unvanını kullanmak yetkisine sahip olmaları sebebiyle, bu işlerle sınırlı olarak tahkim sözleşmesi yapmak için özel bir yetkiye ihtiyaç duymadıkları sonucuna varmak gerekecektir (aynı yönde bkz. Işık, 2014: s. 40-41).

Bunlar haricinde, tasfiye memurları[95] bakımından bir düzenleme daha bulunmaktadır. TTK'nın m. 280/ f. 2 *"Tasfiye memurları şirket için yararlı gördükleri takdirde, olağan işlem ve işlerle sınırlı olmak koşuluyla, sulhe, feragata, kabule, tahkime ve özellikle hakem seçmeye de yetkilidirler; gereklilik hâlinde yeni işlemler de yapabilirler."* hükmüne istinaden, tasfiye memurlarının şirket yararına gördükleri olağan iş ve işlemler bakımından, özel bir yetkileri bulunmaksızın, tahkim sözleşmesi yapabilecekleri anlaşılmaktadır (bkz. Ekşi, 2013: s. 112).

9.13.4. Komandit Şirketi Temsile Yetkili Kimseler Tarafından Yapılması

TTK m. 317'de[96] önce bir atıf hükmü getirilmiş, sonra komandit şirketin temsili ile ilgili TTK m. 318'de ise; *"(1) Komandit şirketler, kural olarak, komandite*

---

[94] Söz konusu fıkra şöyledir: *"Ticari mümessillere ve diğer ticari vekillere ilişkin hükümler saklıdır."*

[95] TTK m. 272: "(1) Kollektif şirketin tasfiyesi, iflas dışındaki sona erme hâllerinde tasfiye memurlarına aittir."

[96] Anılan madde; *"Şirket ve ortakların üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde, bu Bölümdeki özel hükümler saklı kalmak şartıyla, kollektif şirkete ilişkin 232 ilâ 242 nci maddeler uygulanır."* hükmündedir.

ortaklar tarafından temsil edilir. Kollektif şirketin temsil yetkisinin kapsamı ve sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri komandit şirkete de uygulanır.

(2) Komanditer ortaklar, ortak sıfatıyla şirketi temsile yetkili olamazlar. Ancak, şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmamak şartıyla, komanditer ortak ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tacir memuru olarak atanabilir." hükmü düzenlenmiştir. Bu hükme göre, kural olarak komandite ortaklar şirketi temsil yetkisine sahiptirler (Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, 2014: s. 266, kn. 404; Bahtiyar, 2014: s. 96; Pulaşlı, 2016: s. 226).

Ancak bu temsil yetkisinin sınırları bu hükümde açık değildir. İlk fıkranın ikinci cümlesinden hareketle, kollektif şirketin temsil yetkisinin kapsamı ve sınırlandırılmasına ilişkin olarak TTK m.233'e bakmak gerekecektir. Bir önceki başlıkta aktarılan TTK m. 233'e göre, şirketi temsile yetkili olan kişiler, şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukuki işlemi şirket adına yapmak ve şirketin unvanını kullanmak yetkisine sahiptirler. Bu bakımdan, komandit şirketi temsile yetkili olan komandite ortakların, olağan- olağanüstü iş ayrımı yapılmaksızın şirketin işletme konusuna giren her türlü iş bakımından özel bir yetkiye de ihtiyaç duymaksızın şirket adına tahkim sözleşmesi de yapabilirler (aynı yönde bkz. Işık, 2014: s. 41).

Ancak, komanditer ortaklar, şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça ticari mümessil (temsilci), ticari vekil veya seyyar tacir memuru olarak atanabilirler (Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, 2014: s. 266, kn. 405; Bahtiyar, 2014: s. 96-97; Pulaşlı, 2016: s. 226; Işık, 2014: s. 41. Şayet komanditer ortak veya ortaklardan bu sıfatlarla atananlar bulunur ise, onların şirketi temsilen tahkim sözleşmesi yapabilmeleri ise, m. 317'deki atıf hükmüne istinaden, TTK m. 233 hükmüne tabi olacaktır. Buna göre, bu komanditer ortaklar, şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukuki işlemleri şirket adına yapmak ve şirketin unvanını kullanmak yetkisine sahip olacaklardır. Bu işler kapsamında şayet tahkim sözleşmesi yapmaları gerekecek ise, bunun için de özel bir yetkiye ihtiyaç duymayacaklardır.

9.13.5. Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketi Temsile Yetkili Kimseler Tarafından Yapılması

TTK'nın 565. maddesi *"(1) Komanditelerin birbirleriyle, komanditerlerin tümüyle ve üçüncü kişilerle hukuki ilişkileri, özellikle şirketin yönetimine ve temsiline ilişkin görev ve yetkileri, şirketten ayrılmaları, komandit şirketlerdeki hükümlere tabidir.*

(2) Birinci fıkrada gösterilen hususların dışında, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça anonim şirket hükümleri uygulanır." hükmündedir. Bu atıf hükmünde açıkça görüleceği üzere, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin komandite ortaklarının birbirleriyle, komanditer ortaklarının ise tüm ortaklarla ve üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkileri, özellikle şirketin yönetimi ve temsiline ilişkin görev ve yetkileri yanında şirketten ayrılmaları, komandit şirketler hakkındaki ilgili hükümlere tabi olacaktır.

Bununla birlikte, TTK'nın 565. maddesinin yollama yaptığı komandit şirketler hakkındaki hükümlerde ise, yukarıda izah edildiği üzere, TTK'nın m. 308 ve m. 317'de benzer atıflarla, kollektif şirkete ilişkin hükümlere yollama yapılmaktadır. Dolayısıyla, sermayesi paylara bölünmüş bir komandit şirkette, şirketi yönetim ve temsil yetkisine sahip komandite ortakların şirket adına tahkim sözleşmesi yapabilmesi, TTK m. 223 hükmüne göre, ancak şirketin amacı ve konusu ile sınırlı olmak şartıyla, olağan işlem ve işlerle bakımından mümkün olabilecektir (Ekşi, 2013: s. 112). Bunun için bu ortakların, özel bir yetkiye ihtiyacı da bulunmaz.

10. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Tahkim sözleşmesinin birbirine bağlı iki temel etkisinin bulunduğu; bunlardan ilkinin, tarafların bu sözleşme ile aralarındaki hukuki uyuşmazlıkları tahkim yargısı içinde çözmeyi kabul ettikleri hususunda olumlu, ikincisinin ise bu sözleşme ile diğer yandan adliye mahkemelerine giden yolu kapatmış olacakları yönünde olumsuz olduğu yukarıda ifade edilmişti (Alangoya, 1973: s. 81; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 598-599; aynı yönde bkz. Erkan, 2013 (a): s. 44; Yeşilırmak, 2011 (a): s. 79; Akıncı, 2013: s. 122).[97] Bu etkiler, tarafların tahkim sözleşmesi ile bağlı olması (Akıncı, 2000: s. 109) ve davanın mahkemede görülememesi şeklinde de ifade edilebilir (Ertekin, Karataş, 1997: s. 98).

Kural olarak her sözleşmede olduğu gibi, geçerli bir tahkim sözleşmesi de etkilerini ancak sözleşmeye taraf olanlar bakımından göstereceğinden, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına tabi tutulması söz konusu değildir (Kuru, 2001: s. 5982; Ertekin, Karataş, 1997: s. 98; Esen, 2008: s. 11; Gottwald, 2005: s. 286, kn. 17). Bu bakımdan tahkim sözleşmesi, müşterek borçlu, kefil gibi üçüncü kişilere etki etmezken (Bkz. Kuru, 2001: s.; Ertekin, Karataş, 1997: s. 101), sözleşmenin tarafı olan kişilerin külli ve cüzi halefleri ise bu sözleşme ile bağlı olacaklardır (Bkz. Karslı, 2012: s. 916; Yılmaz, 2013: s. 1722; Görgün, 2015: s. 479; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1074; Özbay, Korucu, 2016: s. 49, 104). Hatta iflas idaresi ve vasiyeti tenfiz memurunun da tahkim sözleşmesi ile bağlı olduğu kabul edilmektedir (bkz. Bilge, 1978: s. 649-650; Ertekin, Karataş, 1997: s. 101-102). Tahkim sözleşmesinin üçüncü kişilere etkisi çalışmada ele alınmayacaktır. Tahkim sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmili ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Esen, 2008: s. 12 vd.; Erkan, 2013 (a): s. 59 vd.).

Yargıtay da verdiği kararlarında, tahkim şartının sözleşmenin tarafı olmayan davalıya teşmil edilemeyeceğini, zira uyuşmazlıkların mahkemede görülmesinin asıl olduğunu, tahkimin ise istisnai nitelikte bir yargılama olduğunu ve bu nedenle ancak sözleşmenin taraflarını bağladığını, aksi düşüncenin Anayasa'nın 9. maddesinde teminat altına alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağına ait kurala ve tabii hâkimde yargılama hakkına aykırı düşeceği

[97] Ayrıca bkz. yukarıya Birinci Bölüm, "3.2.2. Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü" başlığına.

yönünde kararlar vermiştir (bkz. Yargıtay 19. HD'nin 24.10.2002 tarihli ve E. 2002/7495, K. 2002/6932 sayılı kararı için bkz. Yavuz, 2009: s. 137). Yargıtay 19. HD.'nin 11.03.2004 tarihli ve E. 2003/2654, K. 2004/2603 sayılı kararı için bkz. Yavuz, 2009: s. 138 ve aynı karar için bkz. Yılmaz, 2013: s. 1722-1723; aynı karar için ayrıca bkz. Ekşi, 2007, s. 452-453; Yargıtay 15. HD.'nin 09.4.2013 tarih ve E. 2012/1574, K. 2013/2442 sayılı kararı için de bkz. Gençcan, 2012: s. 1356-1357. Ancak özellikle navlun sözleşmeleri ve konismentodaki tahkim şartlarının sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişileri bağlayıp bağlamadıkları hususları ile ilgili olarak Yargıtay kararları için ayrıca bkz. EKŞİ, Mahkeme Kararları, s. 445-454; aynı yönde karar Yargıtay 11. HD. 04.10.2002 tarih ve E. 2002/189, K. 2002/9234 sayılı kararı için bkz. Yılmaz, 2013: s. 1724).

Bir uyuşmazlık hakkında taraflar arasındaki mevcut tahkim sözleşmesi, taraflara hakeme başvurma hakkı tanıyıp buna mecbur kılsa da (Yeğengil, 1974: s. 295; Ertekin, Karataş, 1997: s. 98-99; aynı yönde bkz. Günuğur, 1999: s. 324), bir uyuşmazlık doğması halinde davacının bu sözleşmeye rağmen mahkemeye başvurmasını engelleyen bir kanun hükmü de bulunmamaktadır (Berkin, 1969: s. 234; Ertekin, Karataş, 1997: s. 102; Egemen, 2006: s. 1931). Bu hususu da içeren Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında "umumun intizamına taalluku bulunmayan ve mukaveleden doğmuş olan bir hakkı kullanıp kullanmamakta sahibinin muhtar olmasına ve dava edilenin mütekabil dava açmak ve davayı defeden iddialarda bulunmak suretiyle tahkim mukavelesinden doğma hakkını kullanmış ve bu hakka müsteniden bir müdafaada da bulunmamış olduğu anlaşılmasına ve *tahkim mukavelesine rağmen tarafların mahkemeye müracaatlarını meneden bir kanun hükmü mevcut olmadığı* gibi kullanılmamak suretiyle ıskat edilmiş olan bu hakkın hasmın muvafakatı olmadıkça sonradan ileriye sürülmesi hukuken caiz olmamasına göre dava edilenin tahkim mukavelesine müstenit itirazının reddedilmesi iktiza ederken, bu cihetler düşünülmeyerek yazılı olduğu üzere mütalaa beyanıyla tetkiki hakemlere ait olduğundan bahisle, davanın reddine karar verilmiş olması yolsuz ve temyizen serd olunan itirazlar bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün hukuk usulü muhakemeleri kanunun 528 inci maddesi gereğince bozulmasına" karar verilmiştir (bkz. Yargıtay TD.'nin 13.4.1943 tarihli ve 1604/746 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 102, dn. 141; Karadaş, 2013: s.

92, dn. 116). Bu nedenle, davacı dilerse mahkemede yine dava açabilir (Ertekin, Karataş, 1997: s. 102; Karadaş, 2013: s. 92; Egemen, 2006: s. 1930-1931).

Bu sözleşme ile taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümü hususunda sadece sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük altına girmişlerdir (aynı yönde bkz. Yeğengil, 1974: s. 295; Ertekin, Karataş, 1997: s. 99; Dayınlarlı, 2004: s. 41). Dolayısıyla, davacının tahkim yerine mahkemede dava açması halinde, sadece sözleşmesel yükümlülüğünü ihlal etmesi söz konusu olacaktır (bkz. Yeşilova, 2008 (a): s. 509). Bu hususta Öztürk'ün, "taraflar bu uyuşmazlığın çözümü için mahkemelere başvurmazlar" ifadesi kanaatimizce haklı değildir 2hf (bkz. Öztürk, 2014: s. 119).

Ancak bu durumda davalı davanın mahkemede görülmesini istemezse, uyuşmazlık hakkında davacı ile aralarında tahkim sözleşmesi bulunduğu ve dava konusu uyuşmazlığın tahkimde görülmesi gerektiği hususunda mahkemede itirazda bulunarak davanın reddini talep etmelidir (bkz. Kuru, 2001: s. 5968; Kuru, 2015: s. 727; Dayınlarlı, 2004: s. 41; Akıncı, 2013: s. 122; Özel, 2008: s. 80; Karadaş, 2013: s. 92-93; aynı yönde bkz. Pekcanıtez, 2015: s. 22; Şanlı, 2013: s. 271; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 585; Erten, 2005-2006: s. 204; Akıncı, 2000: s. 110; Özbay, Korucu, 2016: s. 49-50; Ulukapı, 2014: s. 521; Gottwald, 2005: s. 286, kn. 19). Zira, tahkim sözleşmesinin olumsuz etkisine bağlı olarak, tahkim sözleşmesine konu olabilecek bir uyuşmazlık hakkında açılacak bir davanın engellenmesi bakımından bir itiraz hakkı da tesis edilmiştir (bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 2; Nomer, 2015: s. 530; Esen, 2011: s. 355, aynı yönde bkz. Akıncı, 1996: s. 160; Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 789; Schilken, 2014: s. 393, kn. 847). İşte bu itiraz, tahkim itirazı olarak adlandırılmaktadır. Bu ise tahkim sözleşmesinin en önemli fonksiyonudur (bkz. Gottwald, 2005: s. 286, kn. 19).

Öte yandan, geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen sözleşmeye tabi bir uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra davacının mahkemede dava açması ve davalının da tahkim itirazında bulunmaması halinde, taraflar uyuşmazlığın mahkemede çözümlenmesini sağlayabilecekleri gibi, açıkça tahkim sözleşmesinden sonra anlaşmak suretiyle de, uyuşmazlığın mahkemede çözülmesini mümkün hale getirebilirler (bkz. Berkin, 1969: s. 234; Pekcanıtez, 2015: s.23: aynı yönde bkz.

Dayınlarlı, 2004: s. 64). Geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen, tarafların uyuşmazlığın tahkim yerine mahkemede görülmesi hususunda anlaşmaları halinde, bu anlaşmanın sadece söz konusu uyuşmazlık bakımından mı, yoksa taraflar arasındaki tahkim sözleşmesine dâhil bundan sonra doğması muhtemel diğer uyuşmazlıklar bakımından da mı geçerli olup olmayacağı sorunu ile karşılaşılacaktır.

Doktrinde Pekcanıtez'e göre, *"bu konu dürüstlük kuralı esas alınarak ele alınmalı ve bir tarafın kendisi bakımından uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurmasından sonra, aleyhine aynı uyuşmazlık hakkında mahkemede açılan davada tahkim itirazında bulunması, dürüstlük kuralına aykırı olduğundan, itiraz reddedilmelidir."* Ayrıca yazar, Yargıtay'ın, bu yöndeki kararlarından örnekler göstererek geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen mahkemede açılan davada tahkim itirazında bulunulmaması halinde, bunun sadece o uyuşmazlık bakımından değerlendirmemesi gerektiği, zira artık aynı sözleşmeye dayanılarak daha sonra açılacak olan davada tahkim itirazının ileri sürülemeyeceği kanaatindedir (bkz. Pekcanıtez, 2015: s. 23).

Yargıtay'a göre "…. Görüldüğü üzere, davacı tarafından açılan davada "tahkim itirazında" bulunan arsa sahipleri, kendi davalarında sözleşmedeki tahkim koşulunu dikkate almadan genel mahkemede davalarını açmışlardır. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin taraflarının davalarını hakem yerine mahkemelerde açmış olmaları durumunda; tahkim sözleşmesinin veya şartının uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir. Çünkü T.M.K.nun 2. maddesi gereğince herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Yukarıda açıklandığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını ortadan kaldırmışlardır. Açıklanan bu sebeplerle davalılarca yapılan tahkim itirazı kabul edilemez. Mahkemece, uyuşmazlığın esasına girilerek çözüme bağlanmalıdır." (bkz. Yargıtay 15. HD'nin 04.10.2010 tarih ve 4423/4960 sayılı kararının aktarılan kısmı ile aynı yönde Yargıtay 15. HD'nin 11.12.2009 tarih ve 5065/6721 sayılı kararı için bkz. Pekcanıtez, 2015: s. 23-24).

Buna karşılık Yeşilova'ya göre, "süresi içinde ileri sürülmeyen tahkim itirazıyla tarafın sadece davaya da konu edilen uyuşmazlık bakımından tahkim anlaşmasına dayanma hakkından feragat ettiği kabul edilir." (bkz. Yeşilova, 2008 (a): s. 510, dn. 237; aynı yönde bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 109).

Kanaatimizce, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen, bir tarafın mahkemede açtığı davada tahkim itirazında bulunulmayarak uyuşmazlığın burada görülmesine rıza gösteren diğer tarafın, daha sonra aynı tahkim sözleşmesine tabi bir uyuşmazlık hakkında aleyhine açılan davada tahkim itirazında bulunması, dürüstlük kuralına uygun olmayıp itirazın bu nedenle reddedilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, bir uyuşmazlık hususunda taraflar arasında (geçerli) bir tahkim sözleşmesine istinaden hakem/ hakem heyeti önünde dava açılmış yahut mahkemede dava açılmış ancak mahkeme tahkim itirazını haklı bularak talebi kabul etmiş ise, hakem/ hakem heyetinin yargılama yaparak, uyuşmazlık hakkında karar vermesi söz konusu olabilecek ve böylece, hakem/ hakem heyetinin yapacağı tahkim yargılaması sonucunda bir hakem kararının verilmesi gerekecektir.

Bu bakımdan, bu başlık altında önce tahkim itirazı, daha sonra kısaca hakem kararı incelenecektir.

10.1. Tahkim İtirazı

Tahkim itirazı, MTK m. 5 ve HMK m. 413'de düzenlenmiştir. MTK'nın mahkemede tahkim itirazı ve anlaşması başlıklı 5. maddesi *"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.*

Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir." şeklindedir. UNCITRAL Model Kanunu'nun 8. maddesi MTK'nın bu hükmüne esas

alınmıştır (bkz. Akıncı, 2013: s. 122-123; aynı yönde Karslı, 2012: s. 915–916; keza aynı yönde bkz. 1958 New York Sözleşmesi m. II/ 3; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI/ 1/ 3).

HMK'nın tahkim itirazı başlıklı 413. maddesine göre ise, *"(1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder.* (2) Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir."

MTK ve HMK'nın tahkim itirazına ilişkin yukarıda aktarılan maddelerine karşılık gelen bir hüküm Alman hukukunda ZPO'nun "tahkim sözleşmesi ve mahkeme önünde dava" başlıklı 1032. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddeye göre, *"(1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, davalının uyuşmazlığın esası hakkındaki sözlü yargılamanın başlamasından önce buna itiraz etmesi halinde, mahkeme tahkim sözleşmesinin yokluğu, etkisizliği veya uygulanamayacağını tespit etmedikçe, davayı usulden reddetmelidir. (2) Hakem mahkemesinin oluşturulmasına kadar tahkim yargılamasının caiz olup olmadığının tespiti için mahkemeye başvurulabilir. (3) Bir ve ikinci fıkra anlamında bir davanın derdest olması halinde, tahkim yargılaması buna rağmen başlatılabilir, devam ettirilebilir ve bir hakem kararı verilebilir."* Bu hüküm tahkim itirazını HMK ve MTK'nın anılan hükümlerine göre biraz daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.

Birinci fıkrada HMK ve MTK'dan farklı olarak ilk itiraz gibi bir müesseseye atıf yapılmamış, doğrudan bu itirazın ne zamana kadar yapılabileceği düzenlenmiştir. Anılan fıkrada tahkim itirazında bulunma süresi HMK ve MTK'dan farklı olarak cevap dilekçesinin verilmesine bağlanmamış, bilakis sözlü yargılamanın başlamasından öncesine kadar itiraz edilebileceği hüküm altına alınmıştır (Gottwald, 2005: s. 287, kn. 22). Dolayısıyla hukukumuzdakinin aksine tahkim itirazının en geç cevap dilekçesi ile ileri sürülmesi zorunlu değildir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1032, kn. 1). İtiraz üzerine tahkim sözleşmesinin hangi bakımdan inceleneceği ve inceleme neticesinde verilecek karar bakımından ise HMK'nın hükmü ile benzerlik

bulunmaktadır. Dolayısıyla bu hükme göre, aleyhine mahkemede dava açılan bir davalı, davacı ile aralarında bir tahkim sözleşmesi bulunması halinde davanın mahkemede görülemeyeceği hususunda itiraz edebilir ve bu dava, ancak mahkemece taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunması şartı ile usulden reddedilir (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 256, kn. 807). Şayet davalı tahkim sözleşmesine dayanmamışsa, mahkeme yetkili kalacağı için dava hakkında karar vermelidir. Zira hukuki uyuşmazlığın talep olmaksızın mahkemeden hakem mahkemesine veya tam tersine hakem mahkemesinden devlet mahkemesine aktarılması mümkün değildir (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 256, kn. 807; Zimmermann, 2007: m. 1032, kn. 3.).

ZPO'nun anılan hükmünün ikinci fıkrası ise ne HMK ne de MTK'da karşılık bulmamaktadır. Bu hükümde, tahkim yargılamasının caiz olup olmadığının tespiti için mahkemede bir dava açılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Buradaki tespit talebi aleyhine dava açılan yani davalı tarafından ve tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu veya fesih edildiği yahut uyuşmazlığı kapsamadığı gibi iddialarla menfi tespit davası şeklinde açılabilir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1032, kn. 2). Ancak bu davanın açılması hakem mahkemesinin oluşumuna kadar mümkün olabilecektir. Bu surenin geçirilmesinden sonra ise hakem mahkemesinin yetkisinin bulunmadığı, ancak m. 1040/ f. 2 hükmüne dayanarak talepte bulunulması halinde, hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar vermesi suretiyle söz konusu olabilir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1032, kn. 2).

ZPO'nun m. 1032/ f. 3 hükmü, HMK'nın anılan hükmünün ikinci fıkrasına karşılık gelmekle birlikte, tahkim yargılamasına devam edilmesini daha ayrıntılı bir şekilde ifade etmiştir. Buna göre, tahkim yargılamasına devam etmek veya itiraz edilmesinin tahkim yargılamasına engel olmamasından maksadın, bir tahkim yargılaması başlatılması, o yargılamanın yürütülmesi ve nihayetinde hakem kararı verilmesi şeklinde anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Ancak burada amaca uygun olan, tahkim itirazı hakkında devlet mahkemesince karar verilinceye kadar hakem mahkemesinin yargılamayı ertelemesidir (b kz. Zimmermann, 2007: m. 1032, kn. 1).

MTK'nın söz konusu hükmünün ilk cümlesinde, "tahkim itirazı" kavramı kullanılmış, ancak bu itirazın, o dönemde yürürlükte bulunan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabi olduğu belirtilmiş, HUMK'da ise ilk itirazlar arasında tahkim itirazı sayılmamıştı (karş. HUMK m. 187) (bkz. Bolayır, 2009: s. 37). Buna rağmen, MTK'ya tabi tahkimler bakımından tahkim itirazı HUMK'un ilk itirazlara ilişkin hükümlerine (bkz. HUMK m. 188 vd) tabi iken (Esen, 2011: s. 355), HUMK'a tabi tahkimler bakımından bu itiraz bir ilk itiraz değil, hâkim fikre göre bir def'i niteliğindeydi (bkz. Postacıoğlu, s. 648; Bilge, Önen, 1978: s. 751; Önen, 1979: s. 352; Kuru, 2001: s. 5968-5969, 5973-5976. Aynı yönde bkz. Bolayır, 2005: s. 38).

Uygulamada ise Yargıtay bir kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir; "… tahkim şartı ne göreve ilişkin bir dava şartı, ne bir ilk itiraz, ne de usul hukuku yönünden teknik anlamda bir itiraz ile ilgili olmayıp, buna dayanılması bir savunma (def'i) nedenidir. Savunma nedenleri de, kural olarak esasa cevap süresi içinde bildirilmelidir." Bkz. 11. HD.'nin 04.10.2004 tarih ve 189/9234 sayılı kararı (YKD, 2005/3, s. 212-214). Yargıtay başka bir kararında "… ancak, tahkim itirazı, teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp savunma vasıtası olduğundan davacının muvafakatı ile sonradan da ileri sürülebilir. Bu muvafakat açık olabileceği gibi zımni de olabilir…" ifadelerine yer vermiştir (bkz.11. HD.'nin 16.01.2012 tarih ve E. 2011/15015, K. 2012/178 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. Akıncı, 2013: s. 125, dn. 229). Aynı yönde bkz. Yargıtay 19. HD.'nin 19.4.2000 tarih ve E. 2000/2591, K. 2000/2974 sayılı kararın ilgili kısmı için bkz. Dayınlarlı, 2004: s. 65, dn. 174; Yargıtay 4. HD.'nin 07.12.1967 tarih ve 10716/ 987 sayılı kararının ilgili kısmı için (Ertekin Karataş, 1997: s. 105-106, dn.149; Yargıtay 4. HD.'nin 06.4.1972 tarih ve 956/ 3075 sayılı kararının ilgili kısmı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 106; Yargıtay TD.'nin 03.4.1970 tarih ve 116/1394 sayılı kararının ilgili kısmı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 106-107, dn. 150).

Son olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, HUMK'na tabi bir yargılama neticesinde verdiği bir kararında, tahkim itirazının def'i olarak kabulü nedeniyle, bu niteliğine uygun olarak itirazın ne zaman, nasıl yapılması, mahkemenin vereceği kararın niteliği de dâhil olmak üzere ıslah yolu ile ileri sürülüp sürülemeyeceğine karar vermiştir. Söz konusu karara göre, "Taraflar tahkim sözleşmesinin konusu olan

uyuşmazlık hakkında dava açmak isterlerse, tahkim yoluna başvurmak zorunda olup; genel mahkemelerde dava açamazlar. - Ne var ki, davacı tahkim sözleşmesine rağmen davasını genel mahkemede açarsa, mahkeme; tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözeterek görevsizlik kararı veremez. - Mahkemenin tahkim sözleşmesini gözetebilmesi ve davayı bu sebeple reddedebilmesi için, davalının "davanın tahkim yolu ile (hakemlerde) görülmesi gerektiğini" bildirir şekilde, bir tahkim itirazında bulunması ve bu tahkim itirazını da esasa cevap süresi içinde ileri sürmesi gerekir. - Bu hali ile tahkim itirazı ilk itirazlara benzemekte ise de, teknik anlamda bir ilk itiraz değildir; esasa dair bir savunma vasıtasıdır. - İlk itirazlar, karşı taraf (davalı) muvafakat etse bile, esasa cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülemez. - Buna karşılık, esasa cevap süresi geçirildikten sonra davalı tarafça tahkim itirazında bulunulabilir. Bu halde, davacı, süresinden sonra yapılan tahkim itirazına karşı savunmanın genişletildiğini ve buna muvafakat etmediğini bildirmezse (savunmanın genişletilmesine itiraz etmezse), savunmanın genişletilmesine zımnen muvafakat etmiş olur ve mahkeme böyle bir durumda tahkim itirazını inceler. - Davalının esasa cevap süresi geçtikten sonra tahkim itirazında bulunması üzerine, davacı, bunun savunmanın genişletilmesi olduğunu ve buna muvafakati olmadığını bildirirse (savunmayı genişletmeye itiraz ederse), mahkeme, tahkim itirazını reddeder ve davayı esastan inceleyip karara bağlar. - Buna karşılık davacının savunmayı genişletmeye itiraz etmesi üzerine, davalı, cevap dilekçesini ıslah ederek, tahkim itirazının mahkemece incelenmesini sağlayabilir (Baki Kuru, C. IV, s. 4268, C. VI, s. 5968- 5977; Postacıoğlu, a.g.e., s. 792). - Yukarıda da ayrıntısı ile açıklandığı üzere, tahkim itirazı usûl hukuku kurumu olup, cevap dilekçesinin ıslahı suretiyle ileri sürülmesiyle birlikte tamamlanmış bir usûl işlemidir. Tahkim itirazı, işlem tarihinde yürürlükte bulunan 1086 Sayılı H.U.M.K.'nda sınırlı olarak sayılan ilk itirazlar arasında sayılmamıştır. - Bu nedenle, niteliği gereği kural olarak cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir ise de, bu husus unutulmuşsa, sonraki aşamada davacının muvafakati ile ileri sürülmesi olanaklıdır. - Şayet, davacının itirazı ile karşılaşılmış ise, bir usûl hukuku kurumu olan tahkim itirazı, ilk itirazlardan olmamakla, cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla da ileri sürülebilir.- Davalı da cevap dilekçesini ıslah ederek tahkim itirazını ileri sürdüğüne göre, mahkemece, kural olarak ıslah yoluyla tahkim itirazının yapılabileceğinin kabulü yerindedir.” (HGK'nun 22.2.2012 tarih ve 19-735/93 sayılı kararının aktarılan kısmı için (bkz. Pekcanıtez, 2015: s. 25-26).

Alangoya, tahkim sözleşmesinin mevcut olduğu hususundaki usule ilişkin savunmanın hangi kategoriye girdiğini tespit etmek için bu savunmanın kanun (kamu) düzenini ilgilendirip ilgilendirmediğine bakmak gerektiğini ifade ederek, tahkim sözleşmesine ilişkin bu savunmanın kamu düzenini ilgilendirir nitelikte olmadığını tespit etmiş ve bu durumda HUMK'nın 187/f. 8 hükmünün bir istisnasının kabulünün söz konusu olmayacağı, dolayısıyla kanunun düzenlemesine uygun olarak bir ilk itiraz teşkil edeceğini belirtmiştir. Yazar ayrıca, tahkim sözleşmesinin en tipik etkisinin usule ilişkin olduğu ve buna karşılık gelen usule ilişkin savunmanın bir ilk itiraz olması gerektiğini kabul etmektedir (bkz. Alangoya, 1974: s. 77, 80; aynı yönde görüş için ayrıca bkz. Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 250-251, 605; Üstündağ, 2009: s. 952; Ertekin, Karataş, 1997: s. 105).

Ancak bu durum, HUMK'un yerini alan 2011 tarihli HMK'da değiştirilmiş ve m. 413/ f. 1, 1. cümle'de "tahkim ilk itirazı" kavramı kullanılmış, HMK'nın 116. maddesinin b) bendinde de *"uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı"* ilk itirazlar arasında sayılmıştır. Böylece, artık her iki kanun bakımından da tahkim itirazı, bir ilk itirazdır (bkz. Karslı, 2012: s. 915; Özbay, Korucu, 2016: s. 103; Yılmaz, 2013: s. 39; aynı yönde bkz. Yeşilırmak, s. 208, 210; Şanlı, 2013: s. 271-272; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 585). İlk itirazlar, davanın başında ileri sürülmesi halinde dikkate alınan ve davanın esasına girmeye engel teşkil eden usule ilişkin itirazlara denilmektedir. Ayrıca dava engelleri olarak da ifade edilirler (bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 541; aynı yönde bkz. Karslı, 2012: s. 467; Öztürk, 2014: s. 29; Tanrıver, 2016: s. 625). Diğer ilk itiraz halleri, anılan maddenin a) bendinde *"Kesin yetki kuralının bulunmadığı hallerde yetki itirazı"* ve c) bendinde "iş bölümü itirazı" olarak belirtilmişti. Ancak c) bendinde sayılan ilk itiraz hali, 30.6.2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 26.06.2012 tarih ve 6335 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 6102 sayılı (yeni) TTK'nın 5. maddesinin 3. fıkrasında yapılan değişiklik sonucunda zımnen yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle, artık iki ilk itiraz hali bulunmaktadır. Bu hususta Yargıtay yakın tarihli bir kararında *"... özellikle tahkim itirazının HMK 'nın 116/1-b ve 413/1 maddelerine göre ilk itirazlardan olup, mahkemenin görevi ile ilgili olmamasına rağmen mahkemece tahkim itirazının görev ve böylece kamu düzenine ilişkin olduğu şeklindeki gerekçesi doğru olmamış ise de bu hususun sonuca etkili olmamasına*

göre, davacılar vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir." ifadeleriyle tahkim itirazının ilk itiraz olduğunu belirtmiş ve yerel mahkeme kararını onamıştır (bkz. 23. HD.'nin 08.07.2013 tarih ve E. 2013/3136, K. 2013/4728 sayılı kararı için bkz. Ateş, 2014: s. 2406-2407).

Şayet davalı, tahkim ilk itirazında bulunmazsa, mahkemenin tahkim sözleşmesini kendiliğinden dikkate alarak, davanın reddine karar vermesi mümkün olmayıp, davayı esastan inceleyip karara bağlaması gerekir (bkz. Kuru, 2015: s. 727, dn. 8; Kuru, 2001: s. 5969; Dayınlarlı, 2004: s. 64; Akıncı, 2013: s. 124; aynı yönde bkz. Karslı, 2012: s. 907; Ertekin, Karataş, 1997: s. 109; Karadaş, 2013: s. 92; Öztürk, 2014: s. 121; Özbay, Korucu, 2016: s. 103; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 256, kn. 807. Yargıtay 4. HD.'nin 06.4.1972 tarih ve 956/3075 sayılı kararı (bkz. RKD, 1973/2-3, s. 87-89; İKİD 1975/177, s. 3764-3765); Yargıtay 11. HD.'nin 04.02.1986 tarih ve 6788/409 sayılı kararı (bkz. YKD, 1986/6, s. 823-825); Yargıtay 15. HD.'nin 08.4.1985 tarih ve E. 1984/4298, K. 1985/1176 sayılı kararı (bkz. YKD, C. 11, S. 10, Ekim 1985, s. 1511-1512); Yargıtay 19. HD.'nin 20.3.1998 tarih ve 980/2139 sayılı kararı (bkz. Yavuz, 2000: s. 972). Zira tahkim yolu bir görev sorunu olarak kabul edilmediğinden, davacının mahkemede dava açması halinde hakimin tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözeterek görevsizlik kararı vermesi mümkün olmayacaktır (bkz. Bilge, Önen, 1978: s. 750; Ertekin, Karataş, 1997: s. 108; Karadaş, 2013; s. 92; Yılmaz, 2013: s. 1725; Konuralp, 2011: s. 163; Özbay, Korucu, 2016: s. 50). Aynı yönde Yargıtay 15. HD.'nin 28.9.2010 tarih ve E. 2010/4198, K. 2010/4827 sayılı kararına göre, "… mahkemeye açılan bir davada eğer sözleşmede tahkim şartı varsa veya ayrı bir tahkim sözleşmesinin varlığı ileri sürülüyor ise davalı tarafından ilk itiraz olarak davaya hakemde bakılması gerektiği ileri sürülmelidir. Tahkim itirazında bulunulması halinde mahkemenin kendiliğinden tahkim itirazını gözetip görevsizlik karırı vermesi mümkün değildir…" (bkz. Karadaş, 2013: s. 93; Yargıtay HGK'nun 22.02.2012 tarih ve E. 2011/19-735, K. 2011/93 sayılı kararı (bkz. Gençcan, 2013: s. 1356-1357. Aynı yönde Yargıtay 15. HD.'nin 18.4.1988 tarih ve 1470/ 1534 sayılı kararının ilgili kısmı için bkz. (Ertekin, Karataş, 1997: s. 108-109).

Öte yandan, davalı usulüne uygun olarak tahkim ilk itirazında bulunursa, mahkeme bu itirazın yerinde olup olmadığını incelemelidir (bkz. Kuru, Arslan,

Yılmaz, 2014: s. 783; Kılıçoğlu, 2012: s. 1462; Öztürk, 2014: s. 121). Bu inceleme sonucunda, mahkeme tahkim itirazını reddederse, davayı yine kendisi görmeye devam edecektir (aynı yönde bkz. Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 784; Özel, 2008: s. 80; Özbay, Korucu, 2016: s. 50; Öztürk, 2014: s. 121). Davalı bu red kararına karşı, nihai karar olmadığı için, ancak esas hükümle birlikte temyize gidebilir (bkz. Kuru, 2001: Ders Kitabı, s. 728. Aynı yönde ayrıca bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016: s. 767; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1075; Ulukapı, 2015: s. 521; Görgün, 2015: s. 470-471; Karadaş, 2013: s. 95; Yılmaz, 2013: s. 1733; Konuralp, 2011: s. 164; Öztürk, 2014: s. 121; Özbay, Korucu, 2016: s. 50). Ancak mahkeme tahkim itirazını kabul ederse, *davayı usulden reddedeceği* için (HMK m. 413/ f. 1, c. 2; MTK m. 5/ f. 1, c. 3), mahkemenin artık o davayı esastan görüp, karar vermesi mümkün olmayacaktır (bkz. Akıncı, 2013: s. 126, 127; Şanlı, 2013: s. 232; Özel, 2008: s. 80).

Usulden red bakımından şunlar söylenebilir: HMK'nın zaman bakımından uygulanmasından önce, hâkim fikre ve uygulamaya göre, tahkim itirazının bir ilk itiraz olarak değil, bir savunma vasıtası (tahkim def'i) olarak kabul edildiği zamanda, tahkim itirazı üzerine nasıl karar verileceği hususunda HUMK m. 519: "Bir nizaın hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece, basit usulü muhakeme ile hallolunur." hükmüne dayanılarak karar verilmekteydi. Ancak bu hükümde, açıkça ne yönde bir karar verileceği düzenlenmediğinden, Yargıtay'ın eski tarihli kararlarından bazılarında tahkim itirazı üzerine; uyuşmazlığın çözümünün hakeme ait olduğu (veya hakemde görülmesi gerektiği) gerekçesiyle "dava dilekçesinin reddine" karar verilmekte (o dönemde, aynı yönde görüş için bkz. Kuru, 2001: s. 5971, 5977); bazı kararlarında ise teknik olarak görevsizlik olmamakla birlikte "görevsizlik" kararı verilmekteydi (bkz. Yeşilova, 2008 (a): s. 515; aynı yönde bkz. Pekcanıtez, 2015: s. 33).

Dava dilekçesinin reddi hakkındaki Yargıtay kararlarından örnekler için bkz. 11. HD.'nin 12.12.1988 tarih ve 593/752 sayılı kararı (Manisa BD, 1989/28, s. 25-26); 19. HD.'nin 30.3.2007 tarih ve 10027/3197 sayılı kararı (bkz. Kazancı İçtihat Bankası). Görevsizlik kararı verilmesi hakkında ise, Yargıtay 15. HD.'nin 18.4.1988 tarih ve 1470/1534 sayılı kararı için (bkz. YKD, 1988/10, s. 1412-1413).

Bu hususta doktrinde Pekcanıtez, tahkim itirazının kabulü halinde gerek *dava dilekçesinin reddine* karar verilmesini gerekse *görevsizlik* kararı verilmesini doğru bulmadığını belirtmektedir. Zira yazar, dava dilekçesinin reddi kararının, davanın başında dava dilekçesinde yer alması gereken zorunlu unsurların (bkz. HMK m. 119) bulunmaması halinde söz konusu olabileceğini, oysa tahkim itirazında bu kararın verilmesinin dilekçedeki bir eksikliğe dayanmadığını ifade etmektedir (bkz. Pekcanıtez, 2015: s. 33). Bununla birlikte görevsizlik kararı bakımından ise yazar, tahkim itirazının dava şartı olmaması nedeniyle, bir dava şartı olan görevle ilgilendirilmemesi gerektiğini, görev kavramının aynı yargı kolu içinde yer alan mahkemeler arasındaki ilişkiyi ifade etmek için kullanıldığını, buna karşılık tahkimin, yargının dışında bir uyuşmazlık çözüm biçimi olması ve herhangi bir yargı koluna da dâhil bulunmaması nedeniyle, tahkim ilk itirazı üzerine verilecek kararı, yargı kolu veya görevle ilgilendirerek görevsizlik kararı verilmesini isabetli bulmadığını ifade etmektedir (bkz. Pekcanıtez, 2015: s. 33; aynı yönde görüş için bkz. Yeşilova, 2008 (a): s. 517).

Yargıtay yakın tarihli bir kararında, "… mahkemece, taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin konusunu oluşturan uyuşmazlığın çözümünde tahkim şartının geçerli olduğu ve davalı tarafın bu konuda yapmış olduğu itirazının yerinde olduğu gerekçesiyle, HMK 413. maddesi uyarınca mahkemenin görevsizliği nedeni ile davanın usulden reddine karar verilmiş, mahkeme kararı davacı vekili tarafından temyiz olunmuştur. 1) dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. ..." ifadeleriyle tahkim itirazı üzerine davanın usulden reddine karar verilmesine işaret etmiştir (bkz. 19. HD.'nin 04.10.2012 tarih ve E. 2012/12182, K. 2012/14335 sayılı kararı için bkz. Ateş, 2014: s. 2404).

Mahkemenin tahkim itirazı üzerine yapacağı inceleme önem arz etmektedir. Mahkeme, burada öncelikle tahkim itirazının usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığını inceleyecek, şayet usulüne uygun ise sonra taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında bir tahkim sözleşmesi bulunup bulunmadığını, yani tahkim

sözleşmesinin varlığını ve sonrasında bu sözleşmenin geçerli olup olmadığını tespit etmesi gerekecektir (aynı yönde bkz. Özel, 2008: s. 80).[98]

MTK'nın yukarıya aktarılan m. 5/ f. 1, c. 2 hükmünde, tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesinin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbi olduğu ifade edilmektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, mahkemenin HUMK'un (artık HMK'nın) ilk itirazlara ilişkin hükümlerini uygulayacağı husus, tahkim itirazının ileri sürülmesine ilişkin usule uyulup uyulmadığı ve tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığı olacaktır (tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin incelemenin mahkemece yapılacağına ilişkin bkz. Akıncı, 2013: s. 128). Buna karşılık Akıncı, mahkemenin tahkim sözleşmesinin varlığını tespit ettikten sonra, davaya bakmayı reddetmesi ve tahkim şartının geçerli olup olmadığının hakemlerin karar vermesi gerektiği şeklinde bir yaklaşım bulunduğunu da ifade etmektedir (bkz. Akıncı, 2013: s. 127-128). Kanaatimizce, bu yaklaşım, usul ekonomisi ile bağdaşmadığı gibi, MTK m. 5/ f. 1, c. 2 ve HMK m. 413/ f. 1, c. 2 hükmüne de aykırıdır.

HMK m. 413/ f. 1, c. 2'de ise, tahkim ilk itirazında bulunulması üzerine mahkemenin, tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise tahkim itirazını kabul edeceği ve davayı usulden reddedeceği düzenlenmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, mahkemenin, tahkim itirazını kabul edip etmemesi, tahkim sözleşmesini hükümsüz (geçersiz), tesirsiz veya uygulanması imkânsız olup olmadığının tespitine bağlıdır.

Yargıtay, mahkemenin tahkim itirazı üzerine yapması gereken inceleme hakkında verdiği bir kararında şöyle demektedir: " Mahkemece davacı tarafın tahkim şartını içeren sözleşmesinin geçerli olu olmadığı itirazı üzerinde durulmamış, bu konuda davacının delilleri toplanmamıştır. Belirtmek gerekir ki, geçersiz tahkim sözleşmesine dayanılarak görevsizlik kararı verilemez. Bu nedenle, davacı tarafın bu iddiası üzerinde durulmalı, bu konuda kanıtlar toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenmeden,

[98] Bu hususta ayrıca bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, "14.1. Tahkim Sözleşmesinin Geçersizliğinin Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi" başlığına.

görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır." (bkz. 9. HD.'nin 22.01.2007 tarihli ve E. 2006/25759, K. 2007/109 sayılı kararının aktarılan kısmı için Akıncı, 2013: s. 128-129, dn. 234).

Dolayısıyla, tahkim ilk itirazının esasına yönelik mahkemenin yapacağı inceleme bu üç hususla sınırlanmış olmaktadır. Bu durumun nedenini Pekcanıtez, HMK'da (bkz. m. 422) hakemlerin kendi yetkilerini belirleyebileceğinin kabul edilmesine dayandırarak, bu hususta gerek UNCITRAL Model Kanunu gerekse uluslararası hukuktaki hükümleri benimsemiş olan HMK'nın hükümlerin uluslararası alandaki gelişmelere ve yorumlara uygun biçimde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca yazar, ülkemizde tahkimin gelişmesi ve uluslararası alandaki gelişmelere ve uygulamalara uygun olabilmesi için, bu hükümlerin mümkün olduğu kadar dar yorumlanması gerektiğini de belirtmektedir (bkz. Pekcanıtez, 2015: s. 34; aynı yönde ayrıca bkz. Sarıöz Büyükalp, 2014: s. 2056-2057).

Şayet mahkeme, yapacağı incelemeler neticesinde geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığını tespit ederse, davayı usulden reddedecektir (bkz. Şanlı, 2013: s. 272; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2014: s. 585). Mahkemenin usulden ret (tahkim ilk itirazının kabulü) kararı kesinleştikten sonra davacının hakemde dava açması ve bu yargılama neticesinde verilecek hakem kararına karşı tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu iddiası ile iptal davası açılması halinde, tahkim ilk itirazının kabulüne ilişkin kararın kesin hüküm etkisi nedeniyle iptal davası reddedilmelidir (bkz. Akıncı, 2013: s. 129).

10.1.1. Tahkim İlk İtirazının İleri Sürülmesi ve Bu İtirazın Usule İlişkin İncelenmesi

Tahkim itirazı da bir ilk itiraz olduğuna göre, bunun ileri sürülmesi ve incelenmesi HMK'nın ilk itirazlara ilişkin 117. maddesine tabi olacaktır. İlk itirazların ileri sürülmesi ve incelenmesi HMK m. 117'de şöyle düzenlenmiştir: *"(1) İlk itirazların hepsi cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır; aksi hâlde dinlenemez. (2) İlk itirazlar, dava şartlarından sonra incelenir. (3) İlk itirazlar, ön sorunlar gibi incelenir ve karara bağlanır."*

Birinci fıkraya istinaden, tahkim itirazının, en geç cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekecektir (bkz. Üstündağ, 2010; s. 451; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 783-784; Pencanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1075; Muşul, 2013: s. 653; Yılmaz, 2013: s. 1725; Görgün, 2014: s. 497; Tanrıver, 2016: s. 625; Özbay, Korucu, s. 50). Tahkim itirazının cevap dilekçesi ile ve süresinde verilmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay 19. HD.'nin 08.11.2012 tarih ve E. 2012/9532, K. 2012/16283 sayılı kararında "*... Somut olayda dava dilekçesinin davalı yana 25.01.2012 Çarşamba günü tebliğ edildiği, iki haftalık cevap verme süresinin 08.02.2012 Çarşamba günü mesai saatinde son bulduğu halde, davalı vekili tarafından süresinden sonra 09.02.2012 Perşembe günü verilen cevap dilekçesi ile tahkim itirazında bulunulduğu gözden kaçırılarak tahkim ilk itirazının kabulüne karar verilmesi isabetsiz olduğundan kararın bozulması gerekmiştir.*" ifadeleriyle bozma kararı verilmiştir (bkz. Gençcan, 2013; s. 1360; ayrıca bkz. Ateş, 2014: s. 2404-2405). Yazılı yargılama usulünün uygulandığı davalar bakımından cevap süresi HMK m. 127/ f. 1, c. 1'e göre, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Basit yargılama usulüne tabi davalar bakımından ise bu süre, HMK m. 317/ f. 2, c.1'e göre yine dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Ancak bu cevap sürelerine, yazılı yargılama usulüne tabi davalar bakımından HMK m. 127/ f. 1, c. 2 hükmüne göre bir ayı, basit yargılama usulüne tabi davalar bakımından ise HMK m. 317/ f. 2, c. 2 hükmüne göre iki haftayı geçmemek üzere ek süre verilmesi mümkündür. Dolayısıyla davalı, dava dilekçesinin tebliği üzerine iki haftalık (asıl) cevap süresinde cevap dilekçesi verememiş ve kendisine ek süre verilmiş ise, bu ek süre içinde vereceği cevap dilekçesinde de, tahkim ilk itirazında bulunabilir (bkz. Kuru, 2015: s. 494).

Bununla birlikte, davalı elinde olmayan sebeplerle süresi içinde cevap dilekçesi verememişse, eski hale getirme hükümlerinden (HMK m. 95-101) yararlanarak, eski hale getirme talebinin mahkemece kabulü halinde, davalı cevabı ile birlikte tahkim ilk itirazını ileri sürebilir. Aksi halde davalının bu itirazı dinlenemez (Tanrıver, 2016. S. 626). Bu bakımdan, bu süre hak düşürücü süredir (Kuru, 2015: s. 494; Gottwald, 2005: s. 287, kn. 22). İşte, ilk itirazları, def'iden ayıran en önemli fark da, bu sürenin hak düşürücü niteliğinden kaynaklanmaktadır (bkz. Pekcanıtez, 2015: s. 28). Bu nedenle, davalı cevap dilekçesinde ileri sürmediği ilk itirazları, bu arada tahkim

itirazını da, ikinci cevap dilekçesinde ileri süremez (Kuru, 2015: s. 495; ikinci cevap dilekçesi ise sadece yazılı yargılama usulünde söz konusu olup (bkz. HMK m. 136), basit yargılama usulünde cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi bulunmaz (bkz. HMK m. 317/ f. 3).

Ayrıca tahkim itirazının bu niteliği dolayısıyla, süresi içinde ileri sürülmemiş ise, karşı tarafın muvafakati ve ıslah dâhil daha sonra ileri sürülemez (bkz. Kuru, 2015: s. 495; Yılmaz, 2012: s. 1681; Tanrıver, 2016: s. 626; Yeşilova, 2009: s. 800; Pekcanıtez, 2015: s. 28). Bununla, tahkim ilk itirazının olabildiğince çabuk ve davanın başında ileri sürülmesi istenmekte ve böylece gereksiz yere zaman kaybedilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Zira, HUMK döneminde tahkim itirazının bir ilk itiraz olarak kabul edilmemesi bilakis def'i olarak kabulü nedeniyle, diğer ilk itirazlar gibi davanın başında esasa girişilmezden önce (bkz. HUMK m. 185) ileri sürülmemesi halinde, tahkikatın sonuna yaklaşıldığı bir aşamada dahi, ıslah veya karşı tarafın (davacının) muvafakatiyle ileri sürülebiliyor, hatta bu imkânların kötü niyetle kullanması mümkün olabiliyordu. Öyle ki; davalı, süresi içinde tahkim itirazında bulunmayıp, tahkikatın sonuna doğru davanın aleyhine sonuçlanabileceği kanaatine erişince, ıslah yolu ile tahkim itirazını ileri sürebilmekte veya iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı başlamış olmasına rağmen, davalının duruşma sırasında tahkim itirazında bulunması ve davacının buna karşı hemen itiraz etmemesi halinde, savunmanın genişletilmesi söz konusu olabilmekteydi. Bunun üzerine, mahkeme tahkim ilk itirazını incelemek ve taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi varsa tahkim şartı nedeniyle davanın usûlden reddine karar vermek zorunda kalıyor ve böylece yargılamanın o aşamasına kadar mahkeme ve karşı taraf boş yere meşgul ediliyor, emek ve zaman kaybı ile masraflara sebebiyet veriliyordu. Buna rağmen, tahkim itirazının ıslah suretiyle kötü niyetle ileri sürülmesine genellikle engel olunamıyordu. Bu kötü niyetli girişimler veya gecikmelerin önlenmesi amacıyla, HMK'da tahkim itirazı ilk itiraz olarak sayılmış ve ilk itiraz süresi içinde ileri sürülmemesi halinde davanın ileri aşamalarında ileri sürülemeyeceği kabul edilmiştir (bkz. Pekcanıtez, 2015: s. 29). Bununla birlikte davalı, cevap süresini doldurmadan cevap dilekçesi vermiş, ancak cevap süresinin kalan kısmında tahkim ilk itirazı ileri sürmek istemişse, bu da artık mümkün değildir

(bkz. HMK m. 131). (Kuru, 2015: s. 495; Pekcanıtez, 2015: s. 28; Tanrıver, 2016: s. 626).

İkinci fıkraya göre, ilk itirazlar, dolayısıyla tahkim ilk itirazı da dava şartlarından sonra incelenecektir (bkz. Tanrıver, 2016: s. 626). Şayet mahkeme, dava şartlarından (bkz. HMK m. 114) birinin bulunmadığını tespit ederse, (varsa) ilk itirazları incelemeden dava şartı hakkında gerekli kararı verecektir. Çünkü, dava şartlarından önce gereksiz yere ilk itirazların incelenmesinin bir anlamı yoktur (Kuru, 2015: s. 495; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 543; Konuralp, 2011: s. 165; Pekcanıtez, 2015: s. 30-31; Özbay, Korucu, 2016: s. 50-51). İlk itirazların dava şartlarından sonra inceleneceği, anılan fıkrada açıkça hükme bağlanmıştır. Buna karşılık, cevap dilekçesinde ilk itirazların birlikte ileri sürülmesi halinde, hangisinin önce incelenmesi gerektiği ise kanunda düzenlenmemiştir. Ancak, bu hususta öncelik sırasının tespiti bakımından, ilk itirazlardan birinin incelenmesi ve kabulü halinde diğerinin incelenmesine gerek kalmaması esas alınmaktadır. Buna göre, mahkemenin önce yetki itirazını inceleyerek bir karar vermesi gerekir. Şayet, yetki itirazı yerinde ise mahkeme, yetkisizlik kararı vererek o davadan el çekeceği için, tahkim itirazı hakkında bir karar veremez. Bu hususta karar vermek, artık yetkili mahkemeye ait olmalıdır (bkz. Kuru, 2001: s. 5978; Kuru, 2015: s. 495; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 543; Pekcanıtez, 2015: s. 31).

Keza, Yargıtay eski bir kararında: “Davalı vekilleri, yasal süresinde verdikleri cevap dilekçesinde, hem tahkim hem de yetki itirazında bulunmuşlardır. Uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi gerektiği yolundaki itiraz, mahkemenin görevine yönelik bulunmakla beraber görevle ilgili genel prensiplerden farklılık arz eder. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarına göre, tahkime ilişkin itirazın davalı yanca cevap süresi içinde ileri sürülmesi gerekmekte olup, mahkemenin tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözeterek görevsizlik kararı vermesi olanaklı değildir. Tahkim itirazı bu yönüyle ilk itirazlara benzemekte ise de teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp sözleşmeye dayalı bir def'i niteliğindedir. Bu durumda, önce yetki itirazının incelenmesi, yetki itirazı yerinde görüldüğü takdirde dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verilmesi gerekir. Zira tahkim itirazını incelemek yetkili mahkemeye aittir. Mahkemece bu yönlerden yanılgıya düşülerek öncelikle tahkim itirazının kabulü ile yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi isabetli

görülmemiştir.” ifadeleriyle isabetli olarak tahkim itirazının yetki itirazından sonra inceleneceğine karar vermiştir (bkz. 19. HD.'nin 19.4.2000 tarih ve 2591/2974 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. Kuru, 2001: s. 5979; ayrıca kararın tamamı için bkz. YKD, 2000/11, s. 1735-1736). Aynı yönde başka kararlar için bkz. Yargıtay 15. HD.'nin 25.12.1978 tarih ve 2364/2479 sayılı kararı (İKİD 1979/222, s. 6957-6958); Yargıtay 11. HD.'nin 23.6.1986 tarih ve 3375/3794 sayılı kararının ilgili kısmı için (bkz. Kuru, 2001: s. 5979). Buna karşılık mahkeme, yetki itirazını reddediyorsa tahkim itirazı hakkında karar vermelidir.

Üçüncü fıkraya göre ise, ilk itirazların, bu bakımdan tahkim itirazının da ön sorunlar (bkz. HMK m. 163-164) gibi incelenip karara bağlanması gerekmektedir (bkz. Tanrıver, 2016: s. 626). HMK m. 137/ f. 1, c. 2 hükmüne göre, mahkeme, tahkim ilk itirazını, kendinden önce inceleyeceği dava şartlarıyla birlikte ön inceleme aşamasında incelemek zorundadır. Mahkeme, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında yapacağı ön incelemede, kararını kural olarak dosya üzerinden vermekle birlikte, ihtiyaç duyarsa, tarafları bu hususta ön inceleme duruşmasında (m. 140) dinleyebilir (m. 138) (benzer açıklamalar için bkz. Kuru, 2015: s. 495; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 543).

Mahkeme, tahkim itirazı üzerine yapacağı ön inceleme neticesinde, şayet tahkim itirazının, gerek süresinde yapılmaması gerekse tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olması nedenleriyle, yerinde olmadığı (haksız olduğu) kanaatine varırsa, ilk itirazın reddine karar verecek ve bu kararını, ön sorunlar hakkındaki diğer kararlar gibi taraflara tefhim veya tebliğ edecektir (m. 164/ f. 3). Tahkim itirazının reddi kararı, nihai karar olmayıp bir ara karar olduğundan, tek başına değil, ancak esas hükümle beraber temyiz edilebilir (Tanrıver, 2016: s. 626). Mahkeme, davadan el çekmediği için ön inceleme aramasında yapılması gerekenleri yaparak, yargılamaya devam edecektir. Buna karşılık, şayet mahkeme, tahkim itirazını kabul ederse, davayı usulden reddeder ve böylece davadan el çeker (Tanrıver, 2016: s. 626). Şayet davacı, bir yargılamanın yapılmasını ve uyuşmazlık hakkında karar verilmesini arzu ediyorsa, bu durumda görevsizlik kararı üzerine yapılacak işlemleri yaparak (bkz. HMK m. 20) süresi içinde tahkime müracaat ile, mahkemeye başvurduğu anda davanın açılması ile meydana gelen sonuçları da korumuş olacaktır. Buna karşılık, süresinde tahkime

başvurmazsa, davanın mahkemede açılması ile meydana gelen sonuçlar da ortadan kalkacaktır (bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1075). Bu karar bir nihai karar olduğundan, tek başına temyizi de mümkündür (Kuru, 2015: s. 495; aynı yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Pekcanıtez, 2015: s. 33-34).

10.1.2. Tahkim İlk İtirazında Esasa İlişkin İncelemenin Kapsamı ve Kararın Etkileri

Mahkeme, tahkim itirazının süresinde yapıldığını anladıktan sonra tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkansız olup olmadığı hususunda bir inceleme yapmalıdır. Mahkeme, şayet tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkansız olduğunu tespit ederse, yine tahkim itirazının reddine karar vererek yargılamaya kendisi devam etmeli; buna karşılık, tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız değil ise tahkim itirazını kabul etmeli ve davanın usulden reddine karar vermelidir (bkz. HMK m. 413/ f. 1, c. 2 ve MTK m. 5; ZPO m. 1032/ f. 1) (Alman hukuku bakımından da aynı yönde bkz. Schilken, 2014: s. 393, kn. 847). Dolayısıyla tahkim itirazı üzerine mahkeme, itirazın usulüne uygun bulunmasından sonra, Kanun'da sayılan sadece bu üç sebeple sınırlı bir inceleme yaparak kararını vermelidir (Pekcanıtez, 2015: s. 35).

Bu sebeplerden ilki, tahkim sözleşmesinin "*hükümsüz"* (geçersiz) olmasıdır. Tahkim sözleşmesinin hükümsüz olması hem usul hukukuna hem de maddi hukuka ilişkin sebeplerden kaynaklı olabilir (Pekcanıtez, 2015: s. 35). Zira, geçerli bir tahkim sözleşmesinin yapılabilmesi için tahkim mevzuatı ve sözleşmeleri bakımından aranan kuruluş şartlarının varlığı ve geçerliliği[99] yanında, diğer sözleşmeler bakımından aranan hükümsüzlük hallerinin[100] de bulunmaması gerekmektedir. İşte tahkim itirazı üzerine mahkeme, tahkim sözleşmesinin hükümsüz olup olmadığını hem usul hukuku hem de maddi hukuk bakımından inceleyerek bir tespitte bulunmalıdır.

[99] Bunun için bkz. İkinci Bölüm, I. Tahkim Sözleşmesinin Kuruluş Şartları ve II. Tahkim Sözleşmesinin Konu Bakımından Sınırlandırılması başlıklarına.

[100] Bunun için bkz. Üçüncü Bölüm, II. Tahkim Sözleşmesinin Yokluğu ve III. Tahkim Sözleşmesinin Hükümsüzlük (Geçersizlik) Halleri başlıklarına.

Tahkim ilk itirazının reddi için aranan ikinci sebep, sözleşmenin "*etkisiz"* olmasıdır. Bu durum, tahkim sözleşmesinin taraflarının, tahkim sözleşmesinden dönmüş olmalarına rağmen, mahkemeye başvurmaları yahut tahkim sözleşmesinde kararlaştırılan süre sona ermiş olmasına rağmen taraflarca sürenin uzatılması hususunda talepte bulunulmamış olması halinde söz konusu olabilir (Pekcanıtez, 2015: s. 40; Sarıöz Büyükalp, s. 2044). Ayrıca, tahkime konu uyuşmazlık hakkında başka bir yargılama sonunda bir kesin hüküm elde edilmişse, bu uyuşmazlık bakımından artık tahkim sözleşmesinin etkisinin devam ettiğinden de bahsedilemez (Pekcanıtez, 2015: s. 41). Bununla birlikte, geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen davacının tahkime başvurup bunu yürütebilecek parasının bulunmaması hali, tahkim sözleşmesinin geçersizliğine neden olmayacağı için, böyle bir sebebe dayanan tahkim itirazının reddedilmesi gerekmektedir (bkz. Pekcanıtez, 2015: s. 41). Ancak, sözleşmenin diğer tarafı, ekonomik olarak daha düşkün konumdaki karşı tarafın, tahkim masraflarının yüksek olduğu (özellikle uluslararası kurumsal tahkim merkezlerinde) tahkime başvurup bunu yürütemeyeceğini düşünerek tahkime sözleşmesi yapmış ise, bu ahlaka aykırılık sebebiyle tahkim sözleşmesinin hükümsüzlüğüne sebep olabilir.

Tahkim sözleşmesinin "*icrasının mümkün olmaması"* tahkim itirazının kabul edilmesi için sayılan üçüncü sebeptir. Örneğin; tarafların tahkim sözleşmesinde ismen kararlaştırdıkları hakem veya hakemlerin ölmesi yahut bu görevi yerine getirememesi ya da getiremeyecek olması hallerinde, artık tahkim sözleşmesinin icrası mümkün olmayacaktır (bkz. Berkin, 1969: s. 237). Keza, tahkim yeri olarak kararlaştırılan yerde tahkimin icra edilemeyecek olması da bu bakımdan, tahkim itirazının reddini gerektirir (Pekcanıtez, 2015: s. 41; Sarıöz Büyükalp, s. 2045 vd.). Ancak taraflar isterlerse yeni hakemlerin tayini ile yeni bir tahkim sözleşmesi yapabilirler (Berkin, 1969: s. 237).

Netice olarak, tahkim itirazını inceleyecek mahkeme, öncelikle tahkim itirazının süresinde (usulüne uygun olarak) yapıldığını tespit ettikten sonra, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, etkisiz ve icrasının (uygulanmasının) imkânsız olup olmadığını incelemeli ve bunlardan birinin varlığını tespit ederse, tahkim itirazının reddine; bu sebeplerden birinin tespit edilememesi halinde ise tahkim itirazının kabulü ile davanın usulden reddine karar vermelidir.

Mahkemenin vereceği tahkim itirazının reddi kararından sonra mahkeme yargılamaya devam edeceğinden, hakemlerde dava açılamaz. Zira bu kararla hakemler de bağlı sayılmalıdır. Dolayısıyla mahkemenin, hükümsüz, tesirsiz veya icrasını imkânsız saydığı bir tahkim sözleşmesini hakemlerin geçerli sayarak, tahkim yargılamasına başlamaları kabul edilemez .

Buna karşılık, mahkemenin tahkim ilk itirazını kabul ederek açılan davayı usulden reddetmesi halinde, hakemler mahkemenin bu kararı ile bağlı olmayıp, yetkileri olup olmadığını kendileri ayrıca inceleyip karar verebilirler (bkz. HMK m. 422; MTK m. 7/ H). Zira, mahkemenin sınırlı inceleme yetkisi karşısında hakemlerin çok daha geniş inceleme yetkisine sahip bulunmaları bunu sağlamaktadır. Bu durumda, hakemler kendi yetkileri hakkında yapacakları inceleme sonucunda, mahkemenin kararının aksine, kendilerinin de yetkilerinin bulunmadığına karar verebileceklerdir. Ancak, bu durumda olumsuz yetki uyuşmazlığına benzer bir uyuşmazlık ortaya çıkmayacaktır. Zira hakemlerin yetkisiz oldukları yönündeki kararı her halükarda devlet mahkemeleri için bağlayıcı olup, mahkemeler adalet dağıtmaktan kaçınamayacakları için uyuşmazlığı tekrardan ele alıp incelemek durumunda olacaklardır.

10.2. Hakem Kararı ve Kesin Hüküm Etkisi

Bir uyuşmazlık doğması ve uyuşmazlığın tarafları arasında bir tahkim sözleşmesi bulunması halinde, bu uyuşmazlığın tahkime götürülmesi hususundaki tahkim sözleşmesinin olumlu etkisine istinaden, davacının uyuşmazlığı hakem/ hakem heyetine müracaatla çözülmesini talep etmesi ve hakemlerin de tıpkı hakimler gibi uyuşmazlığı inceleyip tarafları bağlayacak şekilde halletmeleri beklenir (aynı yönde bkz. Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 624; Erten, 2005-2006: s. 205). Zira tahkim yargılaması da, kural olarak amacına ulaşması, yani uyuşmazlık hakkında bir karara varılması ile sona erecektir (bkz. HMK m. 435/ f. 2) (Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1073; Roma hukuku bakımından aynı yönde bkz. Söğüt, 2011: s. 156). Ancak, tarafların tahkime gitmeden önce veya tahkime başvurmalarından sonra anlaşmak suretiyle tahkim sözleşmesinden dönmeleri

mümkündür. Ayrıca, süreli bir tahkim sözleşmesinde, sürenin bitmesi ile de tahkim sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi de mümkündür (bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1073). İşte bu hallerde, tahkim sözleşmesinin etkisi de sona ermiş olacaktır. Ancak bunun için, öncelikle hakem/ hakem heyeti önünde bir dava açılması ve sonrasında uyuşmazlığın esası hakkında yargılama yapılacak aşamaya geçilmesi gereklidir.

Taraflar arasında bir uyuşmazlık doğması halinde, tahkim sözleşmesine istinaden davacı, doğrudan hakem/ hakem heyetine müracaatla davasını açabileceği gibi, davasını mahkemede açması durumunda davalının tahkim ilk itirazında bulunması ve bu itirazın kabulü üzerine davanın usulden reddi kararından sonra, hakem/ hakem heyetine başvurmuş olabilir. Bu şekilde tahkimde dava açılmış olması, davanın mutlak olarak burada görülebileceği ve uyuşmazlık hakkında karar verileceği anlamına gelmez. Zira tahkim sözleşmesi kapsamına giren bir uyuşmazlık hakkında mahkemede dava açılması halinde davalının, tahkim ilk itirazını ileri sürmek ve haklı olduğunun anlaşılması halinde davanın usulden reddini sağlamak (HMK. m. 413; MTK m. 5) suretiyle davanın tahkimde görülmesini sağlaması nasıl mümkünse, tam tersine aleyhine tahkime başvurulan tarafın (davalının), bu uyuşmazlık hakkında hakem/ hakem heyetinin yetkili olmadığı şeklinde itiraz etmesi ve bu hususta haklı çıkması durumunda, uyuşmazlığın mahkemede görülmesini sağlaması da mümkündür. Dolayısıyla, bir davanın tahkimde görülebilmesi için, öncelikle hakem/ hakem heyetinin yetkisiz olduğu hususunda davalının bir itirazı bulunmamalı veya böyle bir itiraz var ise, bu itirazın[101] reddi gerekmektedir. Bu durumda, hakem veya hakem heyeti yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasını sürdürerek davayı karara bağlamalıdır (bkz. HMK m. 422/ f. 5, 2. yarım cümle; MTK m. 7/H, f. 5, 2. yarım cümle). Buna karşılık, hakem veya hakem heyetinin yetkisiz olduğuna ilişkin itirazının incelenmesi neticesinde, hakem veya hakem heyeti itirazı haklı bulursa, davanın yetkisizlik nedeniyle reddine karar vererek davadan el çekecek ve davanın görülmesi (daha evvel tahkim itirazının kabulü kararı vermiş olsa da) mahkemenin görevinde olacaktır. Ancak doktrinde

[101] Bu itiraz, her iki kanunda "hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz" şeklinde ifade edilmiş olup, bu hususstaki hüküm her iki kanunda da neredeyse birbirinin aynısıdır (bkz. MTK m. 7/H ve HMK m. 422). Bu itiraz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıya Üçüncü Bölüm, IV, 2. Tahkim Sözleşmesinin Geçersizliğinin Hakem/ Hakem Heyeti Önünde İleri Sürülmesi, başlığına.

Budak, bu durumda mahkemelerin yetkisizliği ve görevsiz olmaları halinde uygulanacak olan HMK'nın m. 20 hükmünün kıyas yolu ile uygulanması gerektiği düşüncesindedir (bkz. Budak, 2012: s. 49). Hakem veya hakem heyetinin yetkisizlik itirazının reddi kararı bir nihai karar olmayıp, ara kararı olduğundan, bu karara karşı tek başına iptal davası açılamaz. Ancak, hakemin yargılamanın sonunda esas hakkında karar vermesi üzerine iptal davasına konu olabilir. Öte yandan, hakem/ hakem kurulu yetkisiz olduğuna karar verirse, yetki itirazının kabulü ile davanın yetkisizlik nedeniyle reddine karar vererek davadan el çekeceği için, bu karar üzerine davacının iptal davası açması mümkündür (HMK m. 439/ f. 2, ç) bendi) (bkz. Kuru, 2015: s. 729).

Şayet, hakem veya hakem heyeti önünde uyuşmazlığın esasına ilişkin bir yargılama başlamış ise, nasıl ki mahkemeler bir yargılamayı uyuşmazlığın esası hakkındaki nihai kararla, yani hükümle sona erdiriyorsa, hakem veya hakem heyetince de kural olarak o uyuşmazlığın çözümüne yönelik bir nihai kararla, başka bir ifade ile bir hüküm verilmesi ile sona erdirilmesi amaçlanır (aynı yönde bkz. Berkin, 1969: s. 230; Akıncı, 2013: s. 230; Zeiss, Schreiber, 2014: s. 341, kn. 793; Schilken, 2014: s. 392, kn. 841 ve s. 395, kn. 852; Gottwald, 2005: s. 291, kn. 51). Bununla birlikte, hakem yargılamasının nihai bir karar yerine, bazen taraflara veya yargılamaya bağlı sebeplerle sona erdirilmesi de söz konusu olabilmektedir (Ekşi, 2013: s. 187; Konuralp, 2011: s. 169; Özbay, Korucu, 2016: s. 168). Bu hususta, tahkim yargılamasının sona ermesi başlıklı HMK'nın 435. maddesine göre: *"(1) Tahkim yargılaması, nihai hakem kararının verilmesi veya aşağıdaki hâllerden birinin gerçekleşmesi ile sona erer:*

a) Davalının itirazı üzerine hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukuki yararı bulunduğunu kabul etmesi hâli hariç, davacı davasını geri alırsa.

b) Taraflar, yargılamanın sona erdirilmesi konusunda anlaşırlarsa.

c) Hakem veya hakem kurulu, başka bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini gereksiz veya imkânsız bulursa.

ç) 427 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talep mahkemece reddedilirse.

d) Taraflarca kararın oybirliğiyle verilmesinin öngörülmesine rağmen, hakem kurulu oybirliğiyle karar veremezse.

e) 442 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca yargılama giderleri için avans yatırılmazsa.

(2) 437 nci madde hükmü saklı kalmak üzere, hakem veya hakem kurulunun yetkisi, yargılamanın sona ermesiyle ortadan kalkar."

Milletlerarası tahkime ilişkin aynı içeriğe sahip hüküm, MTK m. 13/B 'de düzenlenmiştir. Ancak HMK'nın anılan hükmünün birinci fıkrasında nihai hakem kararı dışında tahkim yargılamasını sona erdiren haller a-e bendlerinde 6 adet sayılmış iken, MTK'nın m. 13/B hükmünde bu haller bir tane daha fazladır. HMK'da yer verilmeyen bu sebep, MTK'nın anılan maddesinin altıncı bendinde "11 inci maddenin (b) fıkrasının ikinci paragrafı uyarınca, tahkim yargılamasına devam edilemezse." şeklinde yer almaktadır. MTK m. 11/ B fıkrası iki paragraftan oluşmaktadır. Atıf yapılan ikinci paragraf olmakla birlikte, tahkim yargılamasının hangi sebeple sona erebileceğinin daha iyi anlaşılması için, burada birinci paragrafla birlikte yer vermeyi uygun buluyoruz. Buna göre; "Tahkim yargılamasının taraflarından birisinin taraf olma niteliğini kaybetmesi hâlinde, hakem veya hakem kurulunca tahkim yargılaması ertelenerek, tahkim yargılamasının devamı amacıyla ilgililere bildirimde bulunulur. Bu durumda tahkim süresi işlemez.

Altı ay içinde bildirim yapılmaz veya bildirimde bulunulanlar tahkim yargılamasına devam edeceklerini açıkça diğer tarafa ya da hakem veya hakem kuruluna bildirmezlerse, tahkim yargılaması sona erer." Söz konusu madde sayılan, nihai hakem kararı dışındaki tahkim yargılamasını sona erdiren hallerle ilgili ayrıntılı bilgi için (bkz. Akıncı, 2013: s. 231-236). Aynı yönde bir hüküm Alman hukukunda ZPO'nun "tahkim yargılamasının sona ermesi" başlıklı 1056. maddesinde düzenlenmiştir. Birinci fıkradaki hükme göre de tahkim yargılaması nihai hakem kararı yahut ikinci fıkraya göre hakem mahkemesinin vereceği bir karar ile sona

erecektir. Ancak burada asıl beklenen tahkim yargılamasının bir nihai hakem kararı ile sona ermesidir (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 341, kn. 793).

HMK'nın anılan hükmüne göre, hakem yargılaması ya *nihai hakem kararı* ile ya da uyuşmazlığın esası hakkındaki yargılamaya veya tarafların iradelerine tabi birinci fıkra hükmünde sayılan bazı hallerle sona erecek ve bununla hakem veya hakem heyetinin yetkisi de ortadan kalkacaktır. Ancak yargılamayı sona erdiren hallerden birinin gerçekleşmesine rağmen, hakem veya hakem heyetinin yargı yetkisinin devam etmesinin tek istisnası, anılan maddenin ikinci fıkrasındaki HMK'nın 437. maddesine[102] yapılan atıf hükmünde ifadesini bulmaktadır. HMK'nın 437. maddesine göre, söz konusu istisna, hakem kararında bulunan hesap, yazı ve benzeri maddi hataların düzeltilmesi ile karara ilişkin belirli bir konunun veya kararın bir bölümünün açıklanmasına ilişkin talepler üzerine yapılacak düzeltme ve açıklamalar yanında yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilinceye kadar hükümde öngörülen sürelerdir (benzer ifadeler için bkz. Kuru, 2015: s. 738-739 ve dn. 24).

Tüm bu sebepler yanında, tahkim yargılamasını sona erdiren bir diğer hal, tarafların sulh olmalarıdır (bkz. Kuru, 2015: s. 740; Ekşi, 2003: s. 310; Ekşi, 2013 (a): s. 187; Özbay, 2013: s. 535; Konuralp, 2011: s. 202; Sarısözen, 2011: s. 380;

[102] Anılan madde şöyledir: "(1) Evvelce daha farklı bir süre öngörülmemişse, taraflardan her biri, hakem kararının kendisine bildirilmesinden itibaren iki hafta içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, hakem veya hakem kuruluna başvurarak;
a) Hakem kararında bulunan hesap, yazı ve benzeri maddi hataların düzeltilmesini,
b) Karara ilişkin belirli bir konunun veya kararın bir bölümünün tavzihini,
isteyebilir.
(2) Karşı tarafın görüşünü alan hakem veya hakem kurulu, bu talebi haklı bulursa, talep tarihinden itibaren bir ay içinde kararındaki maddi hatayı düzeltir veya kararın tavzihini yapar. İcap ederse, bu süre hakem veya hakem kurulunca uzatılabilir.
(3) Hakem veya hakem kurulu, karardaki maddi hataları karar tarihini izleyen iki hafta içinde kendiliğinden de düzeltebilir.
(4) Taraflardan her biri, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren bir ay içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu, talebi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararını bir ay içinde verir. İcap ederse, bu süre hakem veya hakem kurulunca en fazla bir ay uzatılabilir.
(5) Düzeltme, tavzih ve tamamlama kararları, taraflara bildirilir ve hakem kararının bir parçasını oluşturur." Söz konusu maddenin MTK'daki karşılığı m. 14/B'de yer almaktadır. MTK'daki hükümde, HMK'daki anılan maddenin bir, iki ve üçüncü fıkralarında geçen sürelerin otuz, dördüncü fıkradaki sürenin ise altmış gün olması dışında, bir farklılık bulunmamaktadır. Alman hukukunda bu maddeye karşılık gelen hüküm ZPO m. 1058'de yer almaktadır.

Muşul, 2012: s. 665; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 28; Özbay, Korucu, 2016: s. 169; bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Akıncı, 2013: s. 236-237). HMK m. 434 ve MTK m. 12/D hükümlerinin ilk cümlesine göre; *"Tahkim yargılaması sırasında taraflar uyuşmazlık konusunda sulh olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilir."* Aynı hüküm ZPO'nun sulh başlıklı 1053. maddesinin birinci fıkrası ilk cümlesinde "*Vergleichen sich die Parteien während des schiedsrichterlichen Verfahrens über die Streitigkeit, so beendet das Schiedsgericht das Verfahren."* şeklinde yer almaktadır. Kısaca, taraflar tahkim yargılamasında sulha karar verebilirler. Ancak bunun için bu maddeye göre şeklen aranan şartları taşıması gerekmektedir (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 257, kn. 812; Zimmermann, 2007: m. 1053, kn. 2).

HMK ve MTK'nın anılan hükümlerin ikinci cümlelerinde, sulh üzerine verilecek kararla ilgili farklı hükümler konulmuştur. Bu durum, HMK'da " Tarafların talebi, ahlâka veya kamu düzenine aykırı değilse ya da tahkime elverişli olan bir konuya ilişkin ise sulh, hakem kararı olarak tespit edilir." şeklinde hükme bağlanmışken; MTK'da "Tarafların istemini uygun bulan hakem veya hakem kurulunca sulh, hakem kararı olarak tespit edilir." şeklinde düzenlenmiştir. ZPO m. 1053/ f. 1, 2. cümlede ise HMK'dan farklı olarak, tarafların talebinin sulh olarak tespit edilmesi için sadece kamu düzenine aykırı olmaması şartı aranmıştır (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1053, kn. 2). Buna göre, tarafların bu hükümlere uygun olarak gerçekleşen sulh talebi mahkemece nihai hakem kararı olarak tespit edilmek suretiyle tahkim yargılaması sona erdirilecektir (aynı yönde bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1084; Kuru, 2015: s. 740; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 513; Sarısözen, 2005: s. 75; Ekşi, 2013 (a): s. 187; Karadaş, 2013: s. 186; Özbay, 2013: s. 535; Konuralp, 2011: s. 201; Akıncı, 2013: s. 236-237; Özbay, Korucu, 2016: s. 169; Zeiss, Schreiber, 2014: s. 342, kn. 793; Schilken, 2014: s. 392, kn. 841 ve s. 395, kn. 852). Böylece sulh yolu ile hakem kararını içerik olarak tespit edilmekte, ancak aslında yargılama sulh ile değil nihai hakem kararı ile sona ermektedir (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 258, kn. 812).

Bu halde, hakem kararında sulh olmanın dışında, sulhun gerekçesinin yer alması ise beklenmez (Balcı, 1999: s. 214). Ayrıca Alman hukukunda sulh yolu ile ortaya çıkan bir hakem kararının diğer hakem kararları ile aynı etkiye sahip olduğu

açıkça düzenlenmiştir (bkz. ZPO m. 1053/ f. 2, c. 2) (Zeiss, Schreiber, 2014: s. 342, kn. 793; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 258, kn. 812; Zimmermann, 2007: m. 1053, kn. 2). Bu bakımdan sulh sonucu ortaya çıkan hakem kararı da diğer hakem kararları gibi ZPO m. 1060/ f. 1'e göre icra edilebilir olup olmadığı hususunda mahkemenin incelemesine tabidir. Şayet alacaklı borçluyu sulhun yapıldığı sırada hile ile kandırmak suretiyle bu sulhun yapılmasını sağlamışsa, sulhe dayalı hakem kararı için icra edilebilirlik kararı verilemez (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 258, kn. 812). Bu bakımdan kararın kamu düzenine aykırılığı yanında, konusunun sulhe elverişli olmaması ve emredici hukuk kuralların aykırı olup olmadığı da değerlendirilecektir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1053, kn. 2). Hukukumuzda böyle bir düzenleme olmasa da aynı sonucun hukukumuz bakımından da geçerli olduğuna da şüphe bulunmamaktadır.

Amacı nihai hakem kararına ulaşmak olan tahkim yargılaması neticesinde hakem veya hakem kurulunun nasıl karar vereceği ise HMK m. 433 ve MTK m. 13/A hükmünde düzenlenmiştir. HMK m. 433'e göre; *"(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem kurulu oy çokluğuyla da karar verebilir.*

(2) Taraflar veya hakem kurulunun diğer üyeleri yetki vermişlerse, hakem kurulu başkanı, yargılama usulü ile ilgili belirli konularda tek başına karar verebilir.

(3) Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir." Söz konusu maddesinin ilk iki fıkrası, MTK m. 13/A hükmü ile aynıdır. Ancak üçüncü fıkra, MTK'da yer almamaktadır.

Bu hükme karşılık gelen bir hüküm Alman hukukunda ZPO m. 1052'de düzenlenmiştir. ZPO'nun bu maddesinin 1 ve 3. fıkraları HMK'nın yukarıya aktarılan maddesinin 1 ve 2. fıkraları ile aynı doğrultudadır. ZPO m. 1052/ f. 1'de, tahkim sözleşmesinin taraflarının aksini kararlaştırmamış olmaları halinde, tahkim yargılamasının birden fazla hakem tarafından yapıldığı bir yargılamada hakem mahkemesinin her kararının mahkeme üyelerinin çoğunluğu ile alınabilecektir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1052, kn. 2). Anılan madde f. 3'de ise, taraflar veya hakem mahkemesinin diğer üyeleri yetki vermişlerse, hakem kurulu başkanı, yargılama

usulü ile ilgili belirli konularda tek başına karar verebileceği düzenlenmiştir (bkz. Gottwald, 2005: s. 291, kn. 53). Bu hususlar yargılamanın iç işleyişine ilişkin olan yargılama dilinin seçimi, yargılamanın sözlü veya yazılı olarak yapılması hususundaki seçim, tanık ve/ veya bilirkişinin dinlenmesi için davetine karar verilmesi, duruşma günü tayini ve ertelenmesi gibi hususlardır. Bunların dışında, yazı veya belgelerin taraflara tebliği, tanıkların dinlenmesine ilişkin sıranın tespiti, ZPO m. 273/ f. 2 anlamında duruşma ve çeşitli işlerin yapılması için gün tayinine ilişkin hazırlık ve belgi ve belge temini gibi işlemler için ise hakem mahkemesi başkanının yetkiye ihtiyacı bulunmaz (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1052, kn. 1). Hakem heyeti başkanına verilecek bu yetki genel olarak veya her bir somut duruma göre açıkça ifade edilebileceği gibi sessiz kalmak suretiyle de verilmiş sayılır (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1052, kn. 1).

Buna karşılık ikinci fıkradaki düzenleme HMK'da yer almamaktadır. Söz konusu fıkraya göre: *"Bir hakem (hakem kararının verileceği) oylamaya katılmayı reddederse, tarafların aksini kararlaştırmamış olmaları halinde diğer hakemler, o hakem olmaksızın karar verebilirler. Oylamaya katılmayı reddeden hakem olmaksızın nihai hakem kararının oylanacağı hususu önceden taraflara bildirilmelidir. Diğer bazı kararlar bakımından ise taraflar, oylamaya katılmaktan vazgeçildiğinden sonradan haberdar edilebilirler."*

HMK'nın söz konusu maddesinin ilk fıkrasına göre, tahkim sözleşmesinin taraflarınca aksine bir anlaşma yapılmadıkça, hakem kurulu oy çokluğuyla da karar verebilir (Ekşi, 2003: s. 310; HUMK dönemi bakımından da aynı yönde bkz. Bilge, Önen, 1978: s. 764). Şayet taraflar tahkim yargılamasını tek hakemin yapacağını kararlaştırmışlarsa, doğal olarak oy birliği veya çokluğu söz konusu edilemeyeceği gibi uyuşmazlığın müzakeresinden de söz edilemez (Ertekin, Karataş, 1997: s. 263-264; Karadaş, 2013: s. 204). Buna karşılık, taraflarca birden fazla kişinin hakem seçilmesi veya yargılamanın kurul halinde yürütüldüğü bir tahkim merkezi tarafından yapılması kararlaştırılmış ise, hakem heyetinin oy çokluğu ile mi yoksa oy birliği ile mi karar vermesi gerektiği sorunu ile karşılaşılabilir. Bu tür tahkim merkezleri çeşitli alanlarda olmakla birlikte bilhassa uluslararası alanlar başta olmak üzere, keza ulusal nitelikteki ekonomi, ticaret, sanayi birlikleri gibi kurumlar tarafından tüzük veya benzeri düzenlemeler ile sürekli mahiyette görev yapmak üzere yargılama usul ve

esasları daha baştan belli edilmiş özel tahkim mahkemelerdir. Bu mahkemelerin göreve gelmeleri aslında tahkim sözleşmesine dayanmaz, bilakis o birlik veya kurumun o tahkim mahkemesine görev vermesine dayanır. Başka bir ifade ile bazı şahıslar aralarında tahkim sözleşmesi yaptıkları için o tahkim mahkemeleri kurulmuş olmaz. O mahkemeler yargılama için sürekli hazır ve baştan kuralları belli olarak hareket ederler. Ancak taraflar isterse tahkim sözleşmesi ile devlet mahkemesine gitmeyip o kurumsal tahkim merkezine gitme iradelerini gösterebilirler. Bu durumda tarafların o tahkim merkezine başvurmayı kabul etmeleri halinde hakem sayısı ve yargılama usulü merkezin kurallarına bağlı olacaktır. Ancak bu tür tahkim mahkemeleri için de ZPO m. 1025 vd. maddeleri niteliğine uygun düştüğü sürece uygulanacaktır (ZPO m. 1066) (bkz. Schilken, 2014: s. 394, kn. 849).

Ancak anılan fıkra hükmünden anlaşılacağı üzere, taraflar tahkim sözleşmesinde oy birliği ile karar alınmasını şart koşmadıkça, hakem heyetinin oy çokluğu ile karar vermesi asıldır. Dolayısıyla hakemlerin çoğunluğunun kabul etmediği bir karar doğmamış yani yok hükmünde olacaktır. Hukukumuzda gerek MTK gerekse HMK'dan önceki dönemde, hakem sayısının tek olması gerektiği şeklinde bir hüküm bulunmadığından çift sayıda hakem seçilmesi ve böyle bir halde yapılan hakem yargılaması neticesinde oy eşitliği bulunması durumunda ortaya bir karar çıkmamış olacaktı (bkz. BALCI, s. 214). Aynı husus Alman hukukunda hala geçerlidir. ZPO m. 1034/ f. 1'e istinaden çift sayıda kişinin hakem olarak seçilmesi mümkün olduğundan, tarafların iki kişiyi hakem seçmeleri halinde hakem kararının çıkması için oybirliği gerekecek, dört veya daha fazla çift sayıda hakem seçilmesi hallerinde ise hakemlerin çoğunun aynı kararı vermesi gerekecektir. Şayet hakemlerin yarısı aynı kararı verirse bir karar çıkmamış olacaktır (aynı sonuçta bkz. Zimmermann, 2007: m. 1052, kn. 2). Ancak kanaatimce çift sayıda hakem seçmek pek fazla rastlanacak bir husus değildir. Buna rağmen, HMK ve MTK'nın hakemin birden fazla olması halinde tek sayı şartı getirmesi, kanaatimce ZPO'nun hükmüne göre daha doğru bir çözüm olmuştur

Bununla birlikte taraflar tahkim sözleşmesinde, oy birliği dışında hakem kararının 2/3, 3/4 gibi nitelikli çoğunlukla verilmesini dahi kararlaştırabilirler (Balcı, 1999: s. 214). Dolayısıyla, tarafların hakem heyetinin salt veya nitelikli çoğunlukla karar almalarını kararlaştırmaları halinde, bu sayıya oluşmayan kararlar yok

hükmünde olacaktır. Bu nedenle öncelikle çoğunluk şartının sağlanması için gerekli sayının tespiti gerekecektir. Bundan sonra da çoğunluğu sağladığı düşünülen kararların hepsinin tereddütsüz aynı doğrultuda olduğunun anlaşılmasına ihtiyaç vardır.

Bu hususta Yargıtay yakın tarihli bir kararında *"... HUMK'nın 531. Maddesinde "Hakemlerin ekseriyetle ittihaz ettikleri karar muteberdir" hükmü getirilmiştir. Buna göre kararın oyçokluğu ile verilmesi geçerlilik koşuludur. İnceleme konusu kararda başhakem asıl davanın kısmen kabulü- karşı davanın reddi, hakem Av. N Y Asıl davanın kabulü- karşı davanın reddi, hakem Prof. Dr. M D asıl davanın reddi- karşı davanın kabulü düşüncesinde olup, bu şekilde oy kullanmışlar ve muhalefet şerhlerini yazmışlardır. Karşı davanın reddinde oyçokluğu sağlanmış gibi görünmekte ise de, kararın bütünlüğü dikkate alındığında oyçokluğu sağlanamamıştır.*

Bu durumda verilen hakem kararı oyçokluğu sağlanmaksızın oluşturulduğu ve bu haliyle HUMK'nın 531. maddesi hükmü gereğince yok hükmünde bulunduğundan kanuna uygun karar verilmesini teminen diğer yönleri incelenmeksizin bozulması uygun bulunmuştur." ifadeleriyle hakem kararının bozulmasına karar vermiştir (bkz. 15. HD.'nin 23.5.2013 tarih ve E. 2013/160, K. 2013/3346 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. Ateş, 2014: s. 2400-2401).

Hakem sayısı hakkında HMK m. 415 ve MTK m. 7/A hükümleri birbirinin aynısı olup; söz konusu hükme göre; *"Taraflar, hakemin sayısını belirlemekte serbesttir. Ancak, bu sayı tek olmalıdır.*

Hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa üç hakem seçilir." Bu durum hükümet gerekçesinde de şöyle belirtilmiştir: "Taraflara hakemlerini belirleme serbestisi, bu sayının tek olması kaydıyla, tanınmıştır. Bu serbesti kullanılmaz ise her bir tarafa kendi hakemini seçme hakkı tanınmış ve üçüncü hakem atanacağı belirtilmiştir." Dolayısıyla taraflar ancak tek sayıda hakem belirleme hakkına sahiptir. Hakemlerin nasıl seçileceği ise birbirinin neredeyse aynısı olan HMK m. 416 ve MTK m. 7/B hükmünde düzenlenmiştir (bkz. Balcı, 1999: s. 214). ZPO m. 1034/ f. 1'de, tarafların hakemin sayısını kararlaştırabileceği, ancak böyle bir

anlaşma yapmamışlarsa, hakem sayısının üç olduğu düzenlenmiştir (aynı yöndeki ifadeler için bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 340, kn. 789; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 257, kn. 809; Schilken, 2014: s. 394, kn. 849; Gottwald, 2005: s. 287, kn. 24). Bu hüküm MTK ve HMK'nın hükmünden bir farkla ayrılır. Zira HMK ve MTK'nın anılan hükümlerinden farklı olarak burada, birden fazla kişinin hakem olarak seçilmesi halinde bu sayının tek olması gerektiğine yer verilmemiştir. Dolayısıyla taraflar isterlerse iki kişiyi dahi hakem seçebilirler. Böyle bir seçim yapmaları halinde, hakem heyetinin karar verebilmesi için doğal olarak oy birliği gerekecektir. Bununla birlikte 4 veya daha fazla çift sayıda hakem seçilmesi hallerinde ise oy çokluğu aranabilecektir. Ancak kanaatimce çift sayıda hakem seçmek pek fazla rastlanacak bir husus değildir. HMK ve MTK'nın hakemin birden fazla olması halinde tek sayı şartı getirmesi, kanaatimce ZPO'nun hükmüne göre daha doğru bir çözüm olmuştur.

Buna karşılık, milletlerarası tahkim sözleşmeleri bakımından MTK'dan milli tahkim bakımından ise HMK'dan önceki dönemde yukarıdaki gibi, hakemin sayısının tek olması gerektiği şeklinde bir hüküm bulunmadığından çift sayıda hakem seçilmesi dahi mümkündü. Böyle bir halde yapılan hakem yargılaması neticesinde oy eşitliği bulunması halinde ortaya bir karar çıkmamış olacaktır (bkz. Balcı, 1999: s. 214).

Öte yandan taraflar, hakem heyetinin oy birliği ile karar vermesini kararlaştırmışlar ise, bu takdirde, hakem heyetinin karar vermesi için oy birliği şarttır (Bilge, Önen, 1978: s. 764; Balcı, 1999: s. 214). Buna rağmen, hakem heyetince oy birliğiyle karar verilmezse, tahkim yargılaması bir nihai hakem kararına varılamadan sona erecektir (bkz. HMK m. 435/ f. 1, d) bendi; MTK m. 13/B, ilk paragrafı, 5. bend) (Aynı yönde bkz. Kuru, 2015: s. 737; Akıncı, 2013, s. 228). HMK m. 435/ f. 1, d) bendi ve MTK m. 13/B, ilk paragrafı, 5. bendinden, tahkim sözleşmesinin taraflarının, hakemlerin uyuşmazlık hakkında kararlarını oy birliği ile almaları hususunda düzenleme yapabilecekleri anlaşılmaktadır (bkz. Konuralp, 2011: s. 207; Kuru, 2015: s. 737; Özbay, Korucu, 2016: s. 171). Hakem heyetinin oy çokluğu ile karar verebilecek olması, gerek yargılama sırasındaki gerekse kararın alındığı toplantının hakemlerinin çoğunluğunun katılımıyla gerçekleşeceği anlamına gelmez. Bu nedenle, hakem heyetinin oy çokluğu ile karar alacağı hallerde de, hakemlerin

toplantıları hep birlikte yapmaları ve karar aldıkları toplantıda da tamamının yer alması gereklidir. Bu husus ise yargılama aşamasını gösteren tutanaklardan anlaşılabilecektir (bkz. Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 625; Ertekin, Karataş, 1997: s. 264; Karadaş, 2013, s. 2004). Aksi halde alınan hakem kararı geçerli değildir (bkz. Kuru, 2015: s. 737, dn. 17; Kuru, 2001: s. 6079; Ertekin, Karataş, 1997: s. 265-266; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 625; Konuralp, 2011: s. 207; Balcı, 1999: s. 214; Özbay, Korucu, 2016: s. 169-170).

Örneğin, tahkim sözleşmesinin taraflarınca aksi kararlaştırılmadıkça, üç kişiden oluşan bir hakem heyetinde üçüncü hakem toplantı ve müzakerelere katılmadığı halde diğer iki hakemin bir araya gelerek üçte iki oy çokluğu ile karar alması durumunda, HMK ve MTK'nın anılan hükümleri bakımından oy çokluğu şartını sağlamadığından, bu karar bir hakem kararı sayılamayacak ve yokluk ifade edecektir (bkz. Karadaş, 2013: s. 111; Özbay, Korucu, 2016: s. 170).

Bu durumu, Yargıtay HMK ve MTK'dan önceki dönemde HUMK m. 531 "Hakemlerin ekseriyetle ittihaz ettikleri karar muteberdir." hükmüne dayanarak verdiği bir bozma kararında şöyle ifade etmişti: "…Davacı hakemi F.Ö. ise 27.08.1982 tarihli yazı ile nihai karar alınmak üzere toplanılması istenilen tarihte vazifeli olarak şehir dışına gideceğini bildirmiş ve bu toplantıya katılmamıştır. Bu hali ile nihai ve kesin kararın her üç hakemin de iştiraki ile yapılan toplantı ve müzakere sonucunda verilmediği anlaşılmaktadır. HUMK'nun 531. maddesi gereğince hakemler ekseriyetle karar verebilir iseler de bu ekseriyet hakem heyetinin tam olarak teşekkülü üzerine meydana gelen ekseriyet olup, yoksa üç hakemden ikisinin birleşmesi ve üçüncü hakemin yokluğu ile noksan heyetle verilen kararın ekseriyetle verilmiş bir karar sayılması hukuken ve kanunen mümkün değildir. Bu durumda ortada hukuken geçerli bir hakem kurulu kararı mevcut olmayıp, yokluk ifade eden böyle bir karar bozulmalıdır." (15. HD.'nin 08.03.1983 tarih ve E. 1982/2518, K. 1983/485 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. Karadaş, 2013: s. 111, dn. 27). Keza Yargıtay'ın eski bir başka kararına göre "… Öyle ise, hakemler tahkim sözleşmesinde belirtildiği gibi ilk toplantıdan itibaren tarafların iddia ve savunmalarını usulen tespit, uyuşmazlığın çözümüne yarayan delilleri toplama, işi müzakere edip karara bağlama süresince birlikte toplanıp konuyu inceleyerek neticelendirmeye mecburdurlar. Her ne sebep ve suretle olursa olsun hakemlerden

birinin müzakere ve nihai karara katılmamış olması halinde iki hakem sözbirliği ile sonuca ulaşmış olsalar bile tarafları bağlayıcı, hukuken geçerli ve icraen lazım gelen bir hakem kararının varlığından söz edilemez. Olayda, üçüncü hakem S.O.'ın 19.11.1975 çarşamba günü saat 16.15 de yapılan son oturuma katılmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda, diğer iki hakemin üçüncü hakem yokluğunda verdikleri kararın, usulen teşekkül etmiş hukuken var sayılan bir hakem kurulunun eseri bulunmadığı aşikârdır. Onun için yukarıda açıklanan kanuni bir değer taşımayan ve yokluk ifade eden böyle bir karar bozulmalıdır." (Bkz. 15. HD.'nin 01.4.1976 tarih ve E. 168, K. 1528 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 266; Karadaş, 2013: s. 204-205, dn. 63. Aynı yönde Yargıtay 15. HD.'nin 27.11.1990 tarih ve 2769/ 5089 sayılı kararının ilgili kısmı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 266-267).

Ancak şayet karar alınacak toplantıya tüm hakemler usulüne uygun olarak çağrılmış ve müzakerelere katılmasına olanak verilmişse, azınlıkta kalan hakem/ hakemlerin kabul edilebilir bir mazeret olmaksızın karar müzakerelerine katılmamaları halinde alınan kararın yok hükmünde olacağını söylemek de kanaatimce doğru olmayacaktır (aynı yönde görüş için bkz. Postacıoğlu, 1975: s. 796; Umar, 2014: s. 1232). Zira azınlıkta kalan hakem/ hakemlerin, kararın yok hükmünde sayılması için müzakereye katılmaması ihtimali göz ardı edilemez. Dürüstlük kuralına göre, Türk hukukunda varılacak sonuç da aynı olmakla birlikte, tereddütleri ortadan kaldırmak için kanaatimce ZPO m. 1052/ f. 2'nin düzenlemesine benzer bir düzenlemenin kanunumuzda da yer alması gereklidir. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, geçerli bir mazereti olmaksızın hakemlerin kararın verileceği oylamaya katılmamaları halinde diğer üyelerin alacakları hakem kararı (şayet diğer şartları da taşıyorsa) geçerli kabul edilmelidir. Böylelikle oylamaya katılmaktan vazgeçen hakemin karar çıkmasını engellemesinin önüne geçilmiş olacaktır.

Hakem kararının şekli ve içeriğinde nelerin bulunması gerektiği HMK m. 436/f. 1 ve MTK m. 14/A/ f. 1'de birbirine benzer hükümlerle düzenlenmiştir. Her iki hükümde hakem kararının yazılı olması gerektiği açıkça belirtilmemişse de kararda bulunması gereken hususlardan kararın yazılı olarak verilmesi gerektiği aşikardır. Alman hukukunda bu durum ZPO'nun "hakem kararının şekli ve içeriği" başlıklı

1054. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasının ilk yarım cümlesinde "hakem kararları yazılı verilmelidir" ifadesiyle hakem kararının yazılı olması gerektiği doğrudan belirtilmiştir. Dolayısıyla hakem kararı bu hükümde öngörülen yazılı şekle tabidir (bkz. Schilken, 2014: s. 395, kn. 852). Kararda bulunması gereken hususlardan bir tanesi de hakemlerin imzasıdır.

Ancak, hakem kurulu üyelerinin tamamının toplantıya katılmasına rağmen toplantı sonucunda alınan kararı çoğunluğun imzalaması yeterli olup, bu imzalarla birlikte karara eklenmiş ise karara muhalefet eden azınlığın (varsa) karşı oy yazısının hakem kararında bulunması gereklidir (bkz. HMK m. 436/ f. 1, f. bendi; MTK m. 14/A, b.4) (Bkz. Kalpsüz, 1965: s. 152; Dayınlarlı, 2004: s. 90; Konuralp, 2011: s. 207; Karadaş, 2013: s. 205; Kuru, 2015: s. 737; Özbay, Korucu, 2016: s. 170). Bununla birlikte, hakemlerin tamamının toplantı ve müzakereleri birlikte yapmış olmaları ancak bir hakemin o sırada kararı imzalamamış bulunması durumunda, o hakemin sonradan kararı imzalayacak olması kararın geçerliliğini etkilemez (Bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 264; Karadaş, 2013: s. 204.).

HUMK dönemindeki bir uyuşmazlıkla ilgili olarak Yargıtay bir kararında, hakemin müzakerelere katılmakla birlikte çoğunlukla alınan kararı imzalamaması halinde hakem kararının geçersiz olduğuna yönündeki iddiayı kanuni dayanaktan yoksun bulmuştu (Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 625. Anılan 02.10.1975 tarih ve E. 1975/2842, K. 1975/5417 sayılı karar için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 264). Ancak ne var ki, hakemlerin birlikte müzakere yaptıkları anlaşılamazsa, hakem kararı da tartışmalı bir hal alacaktır (Ertekin, Karataş, 1997: s. 264). Aynı sonuç, müzakereye katılan ve bu müzakere neticesinde çoğunlukla karar verildiğinin anlaşılması üzerine, bu karar lehinde oy vermeyen hâkimin kararı imzalamadan istifa etmesi halinde de söz konusu olacaktır (bkz. Balcı, 1999: s. 215-215. Bu yönde 05.10.1954 tarih ve 5058 sayılı karar için bkz. Yeğengil, 1974: s. 420) Ancak yine HUMK döneminde azınlıkta kalan hakem/ hakemlerin kararı imzalamaması durumunda, kararın şeklen yok olduğu ve bu nedenle mahkemece tasdik de edilmeyeceği savunulmaktaydı (bkz. İMREGÜN, 1965: s. 169).

Alman hukukunda ZPO m. 1054/ f. 1, 1. cümlede hakem kararının yazılı olması gerektiği ifadesiyle birlikte ayrıca hakem kararının hakem veya hakemler

tarafından imzalanması gerektiği de hükme alınmıştır. Buradaki ifadeden kural olarak hakemlerin tamamının imzasının aranacağı anlaşılmaktadır (aynı yönde bkz. Zimmermann, 2007: m. 1054, kn. 7). Fıkranın ikinci cümlesinde ise bu imza hususu "birden fazla hakemle yapılan bir tahkim yargılamasında, bulunmayan imzaların sebeplerinin bildirilmesi şartıyla hakem mahkemesi üyelerinin çoğunluğunun imzası yeterlidir." şeklindeki hükümle biraz daha açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, kurul halinde yapılacak ve çoğunluğun kararı ile sonuca varılacak bir hakem yargılaması bakımından, hakem kararında hakem heyetinin çoğunluğunun imzası yeterlidir. Örneğin, ölüm, hastalık veya hakemin kararın verileceği müzakereye katılmaktan vazgeçmesi hallerinde bu durumun hakem kararına şerh düşülmesi ve hakem heyeti başkanınca yeniden imzalanması gerekir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1054, kn. 7).

Bir başka husus, ikinci fıkraya göre kural olarak hakem kararında kararın gerekçesinin bulunmasının zorunlu olmasıdır (bkz. Schilken, 2014: s. 395, kn. 852). Ancak taraflar kararda gerekçeye yer verilmesinin zorunlu olmadığını kararlaştırmışlar veya m. 1053 anlamında sulhe dayalı olarak hakem kararı verilmiş ise bu durumlar istisnadır (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1054, kn. 5).

Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre ise, taraflarca veya hakem kurulunun diğer üyelerinin yetki vermeleri halinde, hakem kurulu başkanının yargılama usulüne ilişkin belirli hususlarla ilgili olarak tek başına karar vermeleri ise mümkündür (Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1084). Böylece, yargılamanın hızlanması ve daha kolay bir şekilde yürütülmesi sağlanacak olup, bu durum usul ekonomisi ilkesine de uygun olacaktır. (bkz. Özbay, Korucu, 2016: s. 171). Hangi hususlarda başkanın tek başına karar alabileceği ise hakem kurulunca yapılan yetkilendirmede açıkça belirlenmiş olmalıdır. Buna karşılık, başkanın yetkilendirilmediği bir hususta tek başına karar olması halinde, hakem heyetinin çoğunluğu bu kararı onaylamakla benimsemiş olacağından, karar da geçerli olacaktır (bkz. Umar, 2011: s. 1232; Özbay, Korucu, 2016: s. 171).

Müteakip üçüncü fıkrada ise, hakem veya hakem kurulunun, ancak sözleşmenin taraflarınca açıkça yetkili kılınmış bulunmaları şartıyla, hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre yahut dostane çözüm yoluyla karar verebileceği hükme bağlanmıştır. Bundan maksat, hakem veya hakem kurulunun pozitif hukukta uyuşmazlığa uygulanacak bir hüküm bulunmasına rağmen bunu uygulamayıp hakkaniyete ve nasafet kurallarına göre çözmeleridir (bkz. Özbay, Korucu, 2016: s. 171). Başka bir ifade ile taraflar hakemleri hak ve nasafet kurallarına göre karar verebilecekleri hususunda açıkça yetkilendirmemişlerse, hakemlerin uyuşmazlığı çözmek için kanaatimizce maddi hukuk kuralları ile bağlı olarak karar vermeleri gerekecektir. Dolayısıyla bu hükme göre asıl olan, hakemlerin maddi hukuk kurallarına göre uyuşmazlık hakkında karar vermeleri olup, hak ve nasafete göre karar vermeleri ise istisnadır (Hakemlerin maddi hukuk kuralları ile bağlı olup olmadıkları hususundaki görüşler hakkında ayrıca bkz. Özbay, Korucu, 2016: s. 171-173; Sarısözen, 2005: s. 47-49, 50). Buna göre aksi kararlaştırılmadıkça hakem mahkemesi maddi hukuk kurallarına uygun olarak karar vermekle yükümlüdür. Ancak taraflar tahkim sözleşmesi ile yargılamanın içeriği ve hakem mahkemesinin maddi hukuk hükümleri ile bağlı olup olmayacağını kararlaştırmaları mümkündür. Böyle bir anlaşma yapsalar dahi hukukun temel ilkelerine ve kamu düzenine aykırılık hallerinde yargılama ve karar alınması ise caiz değildir (bkz. ve karş. Schilken, 2014: s. 395, kn. 852).

HMK m. 435/ f. 1 ve MTK m. 13/ B'e göre, hakem yargılaması ya *nihai hakem kararı* ile ya da uyuşmazlığın esası hakkındaki yargılamaya veya tarafların iradelerine tabi birinci fıkra hükmünde sayılan bazı hallerle sona erecektir. Aynı yönde bir hüküm Alman hukukunda ZPO'nun 1056. maddesinde düzenlenmiştir. Tahkim yargılamasının nihai hakem kararı dışında sona ereceği haller bakımından maddenin ikinci fıkrasının, HMK 435 ve MTK'nın 13/ B maddesinde sayılan hallere benzer hükümler getirdiği görülmektedir. HMK'nın bu hükmünde altı bent halinde sayılan hallerin taraflar arasındaki uyuşmazlığın esası hakkında bir karara varmak olmadığı, bilakis yargılamayı sona erdiren usule veya taraf iradelerine tabi haller olduğu görülecektir. O halde tahkim yargılamasının amacı asıl olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığı esastan çözüme kavuşturan bir karara varmak olacaktır (Aynı yönde bkz. Ertekin, Karataş, 1997; s. 259; Sarısözen, 2005: s. 88; Özbay, Korucu,

2016: s. 175; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 257, kn. 812). Zira hakem/ hakem heyeti de bir hâkim gibi iddia ve savunmaları tespit edip kanıtları topladıktan sonra hüküm vermekle yükümlü olduğu için, tahkikat sonunda bilirkişi raporu yahut bir mütalaa mahiyetinde kanaat bildirmekle yetinemeyip, yargılamayı mutlaka bir nihai kararla sonuca bağlamalıdır (Bkz. Sarısözen, 2005: s. 88; Ertekin, Karataş, 1997: s. 259; Özbay, Korucu, 2016: s. 175). Bununla birlikte hakem/ hakem heyetinin, aksi kararlaştırılmadıkça kısmi karar vermesi mümkün olup (bkz. HMK m. 436/ f. 2; MTK m. 14, A), 2. paragraf.), bu ihtiyaç özellikle hakem/ hakem heyetinin yetki, sorumluluk, tazminat miktarı gibi konularda doğabilir (bkz. Özbay, Korucu, 2016: s. 176). Buradaki kısmi karardan maksat ise davacının talebinin kısmen kabulü kısmen reddi olmayıp, davacının birden fazla talebinin bulunduğu hallerde bazı talepler hakkında karar verilmesi uzun süren araştırma ve incelemeleri gerektirecekse, incelemesi tamamlanan taleplerin hükme bağlanmasını geciktirmemektir (bkz. Umar, 2014: s. 1238; Özbay, Korucu, 2016: s. 176, dn. 722).

HMK m. 435/ f. 1 ve MTK m. 13/ B hükümlerinde belirtildiği üzere bu karar, nihai hakem kararı olarak ifade edilmiştir. Ayrıca her iki kanunun söz konusu hükmü ile müteakip maddelerinin hem başlığı hem de içeriğinde "hakem kararı" kavramı kullanılmış, ancak "hakem hükmü" veya "hüküm" şeklinde ifade edilmemiştir. Oysa ki HUMK'un 529. maddesinin ilk cümlesinde "Hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında *hükmü* vermeye mecburdur." düzenlemesi ile hakemlerin yargılama neticesinde verecekleri nihai hakem kararını ifade etmek üzere hüküm kavramı kullanılmıştı.

Buna karşılık HMK m. 294/ f. 1 hükmüne göre ise: "Mahkeme, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla davayı sona erdirir. *Yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar, hükümdür."* İkinci cümleden anlaşıldığı üzere, mahkemenin bir uyuşmazlık hakkında yaptığı yargılama neticesinde uyuşmazlığın esası hakkında vardığı nihai karar, hüküm olarak ifade edilecektir (bkz. Tanrıver, 2016: s. 984). Keza, müteakip maddelerin gerek başlığı gerekse içeriğinde "hüküm" kavramı kullanılmıştır. Böylece kanun koyucu, mahkemenin yaptığı yargılama sonucunda verdiği esasa ilişkin nihai kararı "hüküm" olarak ifade ederken, tahkim yargılaması neticesinde hakemlerin verdiği esasa ilişkin nihai kararları ise "nihai hakem kararı" şeklinde ifade etmeyi tercih etmiştir. Bu bakımdan Alman hukukunda

da ZPO m. 1056/ f. 1'de "nihai hakem kararı" kavramı kullanılmıştır. Bu husus doktrinde Özbay, Korucu tarafından eleştirilmiştir. Zira yazarlar, hakem/ hakem heyetinin davanın aydınlanması, tahkikatın tamamlanması ve sonuca varılması maksadıyla tahkikat sırasında tanık dinlemek, tanıklıktan kaçanların dinlenmesi için mahkemeye başvurmak, bilirkişi incelemesi yaptırmak gibi birçok hususta karar verdiğini ve bunların ara karar olduğunu belirterek, hakem/ hakem heyetinin yargılama sonucunda ulaşılacağı uyuşmazlığın esası hakkındaki nihai kararın ara kararlardan ayrılması bakımından, mahkemelerde yapılan yargılamada olduğu üzere, "hüküm" olarak nitelendirilmesinin gerektiğini ifade etmektedirler. (bkz. Özbay, Korucu, 2016: s. 175. Aynı yönde bkz. Balcı, 1999: s. 213; Sarısözen, 2005: s. 87-88; Ertekin, Karataş, 1997: s. 259). Ancak, kanun koyucunun belki mahkeme ve hakemlerin nihai kararlarının karışmaması için kavramları bu şekilde kullanmayı uygun bulması, nihai hakem kararının, bir hükmün kuvvet ve niteliğinde olmadığı sonucuna bizi götürmemelidir. Bilakis, nihai hakem kararları da kesinleşmesi ile tıpkı mahkeme kararları gibi tarafları bağlayıcı ve maddi anlamda kesin hüküm niteliği ve gücüne sahiptirler (Bkz. Kuru, 2015: s. 739; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 632. Aynı yönde bkz. Balcı, 1999: s. 240; Yeşilova, 2009: s. 809; Roma hukuku bakımından hakem kararının kesin olduğu yönünde bkz. Yeğengil, 1974: s. 34;Söğüt, 2011: s. 157). ZPO'nun hakem kararlarının etkileri başlıklı 1055. maddesinde, hakem kararının taraflar arasında mahkeme hükümlerinin kesin hüküm etkisine sahip olduğu açıkça düzenlenmiştir. Böylece nihai hakem kararı da maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecektir (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 341, kn. 793; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 257, kn. 812; Gottwald, 2005: s. 291, kn. 51; Zimmermann, 2007: m. 1055, kn. 1). Bu bakımdan nihai hakem kararı bir tespit hükmünde, eda veya inşai nitelikte olabileceği gibi talebin reddine ilişkin de olabilir (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 341, kn. 793; Schilken, 2014: s. 395, kn. 853).

Hakem kararlarının kesin hüküm oluşturması, hakem kararlarının yargısal niteliğinin doğal sonucudur. Zira hakem kararları da ancak mahkeme kararları gibi kanun yollarına başvurulmak suretiyle düzeltilebilecektir (bkz. Özbay, 2003: s. 282; Özbay, 2004: s. 343; Sarısözen, 2005: s. 94; Özbay, Korucu, 2016: s. 179). Bir nihai hakem kararı, öncelikle karar aleyhine süresi (bkz. HMK m. 439/ f. 4) içinde iptal davası açılmaması halinde kesinleşecektir. Öte yandan iptal davasının açılması

durumunda, şayet mahkeme iptal davasını reddeder ve bu karara karşı süresi içinde temyize başvurulmaz veya temyiz edilir de Yargıtay'ca onanırsa, hakem kararı yine kesinleşir. Bununla birlikte, nihai hakem kararına karşı açılan iptal davasının kabulü halinde, bu karar temyiz edilmezse veya HMK m. 439/f. 2, b, ç, d, e ve f bentlerindeki hallerin bulunması sebebiyle kabulü halinde, tarafların aksini kararlaştırmamışsa hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilir. Hatta isterlerse eski hakemleri yeniden tayin edebilirler. Bunun üzerine yeni bir hakem yargılaması yapılır ve verilen karara karşı iptal davası açılmaz ise karar kesinleşmiş olacaktır (bkz. Kuru, 2015: s. 739, 741-742; HUMK döneminde bir hakem kararının kesinleşmesi ile ilgili olarak bkz. Özbay, 2003: s. 291-293). Kesin hüküm, mahkemelerin esasa ilişkin nihai kararlarına karşı olağan kanun yollarının tüketilmesiyle bu kararların kanuni bir gerçeklik kazanarak uyuşmazlığın kesin bir biçimde çözümlenmesi ve bundan sonra hiçbir şekilde yeniden uyuşmazlık konusu yapılamamasıdır (bkz. Özbay, 2003: s. 281; Özbay, Korucu, 2016: s. 177). Böylece toplumda düzen ve istikrarın sağlanması, kişiler arasındaki uyuşmazlıklara son verilerek bozulan barış ve güvenin yeniden kurulması, yargı organlarının aynı uyuşmazlıklarla defalarca uğraşmaması sağlanmış olacaktır (bkz. Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 762; Kuru, Ders 2015: s. 739; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1083; Karslı, 2012: s. 931; Görgün, 2015: s. 498; Sarısözen, 2005: s. 93; Özbay, 2003: s. 281; Özbay, Korucu, 2016: s. 177-178).

Zira hakem yargılamasının da amacı, kişiler arasındaki uyuşmazlıkların bir daha ortaya çıkmayacak şekilde, kesin bir biçimde çözüme kavuşturulması olduğuna göre (Bkz. Kuru, 2015: s. 574; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 632), mahkemelerin bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş hükmünün, diğer bir dava bakımından maddi anlamda kesin hüküm oluşturması için HMK m. 303/ f. 1'de yer alan kesin hükmün şartları, nihai hakem kararları bakımından da geçerlidir (Bkz. Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 632. Şekli anlamda kesinleşme hakkında bkz. Kuru, 2015: s. 575-576).

Dolayısıyla, nihai hakem kararıyla sona ermiş bir hakem yargılaması üzerine, aleyhine karar verilen tarafın, aynı uyuşmazlık hakkında mahkemede dava açması üzerine diğer taraf, uyuşmazlığın daha önceden kesin hükme bağlanmış olduğu iddiasıyla, HMK m. 114/ f. 1, i) bendine istinaden, davanın dava şartı yokluğundan

reddini mahkemeden talep edebilir veya mahkemece bu şartın mevcut olup olmadığı davanın her aşamasında kendiliğinden araştırılabilir (bkz. HMK m. 115). Başka bir ifadeyle, bir hakem kararının verilip kesinleşmesi üzerine, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder (Bkz. Koral, 1947: s. 60; Alangoya, 1974: s. 26; Üstündağ, 1998: s. 915; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2015: s. 792; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1064; Sarısözen, 2005: s. 94; Görgün, 2015: s. 498; Öztürk, 2014: s. 103; Özbay, Korucu, 2016: s. 178). Yani kararın tarafları arasında doğan kesin hüküm etkisine istinaden, tarafları, sebebi ve konusu aynı olan başka bir dava açılamayacağı gibi yeni bir tahkim yargılaması da yapılamayacaktır Bkz. Bilge, 1965: s. 99; Yeşilırmak, 2011: s. 116; Özbay, 2003: s. 297-298; Özbay, Korucu, 2016: s. 174). Ayrıca kesinleşmiş bir nihai hakem kararı, aynı taraflar arasında aynı konuda ve aynı sebeple açılan yeni bir davada kesin delil teşkil edecektir (Kuru, Arslan, Yılmaz, 2015: s. 792; Özbay, Korucu, 2016: s. 178). Yargıtay 1. HD.'nin 16.01.2002 tarih ve E. 2001/13877, K. 2002/228 sayılı kararına göre. "… taraflar arasında görülen 1977/131-164 sayılı hakem dosyasında, dava konusu taşınmazın tam toprak niteliğinde yerleşim alanı olarak kabul edildiği ve mülkiyetinin Belediyeye aidiyetinin tespitine karar verildiği anlaşılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, hakem kararlarının da HUMK 237. maddesi uyarınca maddi anlamda kesin hüküm oluşturacağı ve tarafları bağlayacağı kuşkusuzdur… hal böyle olunca da davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, anılan hakem kararı göz ardı edilmek suretiyle yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir…" (kararın aktarılan kısmı için bkz. Sarısözen, 2005: s. 94, dn. 429; ayrıca bkz. YKD, 2002/3, s. 171).

HMK'nın 439 ve MTK'nın 15/A maddesinin birinci fıkralarının ilk cümlesine göre, hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilecektir. İptal davasının başarılı olması halinde, iptal kararı nihai hakem kararını geriye etkili geçersiz kılacaktır (Schilken, 2014: s. 395, kn. 854). Benzer bir hüküm Alman hukukunda ZPO'nun itiraz başvurusu başlıklı m. 1059'da yer almaktadır. Buna göre, aleyhine hakem kararı verilen taraf OLG (Eyalet Yüksek Mahkemesi) önünde (bkz. ZPO m. 1062, / f. , 4. bende göre) nihai hakem kararının iptali için talepte bulunabilir (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 258, kn. 814; Zimmermann, 2007: m. 1059, kn. 1). İptal sebepleri maddenin ikinci fıkrasında sayılmıştır. Kanun, iptal sebeplerini iki grup altında toplamıştır. Bunlardan ilki iptal talebinde bulunan tarafın ileri süreceği

sebepler, diğeri mahkemece resen dikkate alınacak sebeplerdir (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 342, kn. 794; Zimmermann, 2007: m. 1059, kn. 6). Kısaca, taraflardan her biri nihai hakem kararına karşı yetkili devlet mahkemesinde m. 1059/ f. 2'nin şartlarına tabi olarak iptal talebinde bulunabilir (bkz. Schilken, 2014: s. 395, kn. 854). İptal sebeplerinin bu şekilde sayılması HMK m. 439/f. 2'dekinden farklı olarak MTK'nın m. 15/A, f. 2 hükmündeki iptal sebeplerine ilişkin sistematik ile aynıdır. Dolayısıyla hem MTK ve UNCITRAL Model Kanunu hem de Alman Hukukunda hakem kararlarının iptal sebepleri ikiye ayrılmışken, HMK'da bütün iptal sebepleri sadece sıralanmış ve mahkemece hangisi tespit edilirse edilsin hakem kararının iptal edileceği belirtilmiştir (bkz. Budak, 2012: s. 55).

HMK'nın 439. maddesinin dördüncü fıkrasının ilk cümlesinde iptal davasının bir ay içinde açılabileceği; üçüncü cümlesinde ise, hakem kararına karşı iptal davası açılmasının kararın icrasını durdurmayacağı düzenlenmiştir. Buna karşılık MTK'nın m. 15/A, f. 4'de ise iptal davası açma süresi otuz gün olarak belirtilmiş, ancak asıl önemli fark kendini, fıkranın üçüncü ve son cümlesinde iptal davası açılması halinde kararın icrasının kendiliğinden duracağı hükmüyle göstermiştir (aynı yönde bkz. Budak, 2012: s. 57). Alman hukukunda bu süre ZPO m. 1059/ f. 3'de düzenlenmiştir. Bu fıkranın ilk cümlesine göre, tarafların aksini kararlaştırmamış olmaları halinde, bu süre nihai hakem kararının alınmasından itibaren 3 aydır (aynı yönde bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 342, kn. 794; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 258, kn. 814; Gottwald, 2005: s. 293, kn. 65; Zimmermann, 2007: m. 1059, kn. 3).

HMK m. 439/ f. 6'da ise iptali davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği, ancak bu başvurunun da kararın icrasını durdurmayacağı hükme bağlanmıştır (bkz. Budak, 2012: s. 57). MTK'nın 15/A/ f. 7 hükmünde iptal davası hakkında verilen kararlara karşı HUMK (şimdi HMK olarak anlamak gerekecektir) hükümlerine göre temyize başvurulabileceği düzenlenmiş, ancak bu başvurunun kararın icrasını durdurup durdurmayacağı ise hükmedilmemiştir. Ancak, iptal davasının açılması halinde hakem kararının icrasının kendiliğinden duracağına ilişkin 4. fıkradaki hükmün, kanaatimce buraya da sirayet etmesi gerekecektir. Bu hükümler, istinafa tabi mahkeme kararları (bkz. HMK m. 341) bakımından, istinafa başvurulması halinde bu başvurunun kararın icrasını durdurmayacağı (bkz. HMK 350) ile temyize tabi kararlar (bkz. HMK m. 361) bakımından, temyize başvurulması

halinde, temyizin kararın icrasını durdurmayacağı (bkz. HMK m. 367) hükmü ile aynı doğrultudadır (Bkz. ve karş. Konuralp, 2011: s. 218; Özbay, Korucu, 2016: s. 178). Ancak, HMK m. 439/ f. 4, c. 4 "ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir." hükmüne istinaden teminat karşılığında hakem kararının icrası durdurulabilir (bkz. Özbay, Korucu, 2016: s. 178, dn. 731, s. 215). Ancak bunun için mahkemenin söz konusu iptal iddiasını ciddi bulması gereklidir (bkz. Konuralp, 2011: s. 215; Özbay, Korucu, 2016: s. 215). Öte yandan, MTK'ya tabi tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararları aleyhine iptal davası açılması kararın icrasını kendiliğinden durduracaktır (MTK m. 15, A), 4. paragraf, 3. cümle). Bu hüküm, aleyhine hakem kararı verilen tarafı koruyan bir hükümdür (bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 31).

Netice itibariyle tahkim yargılaması neticesinde verilen nihai hakem kararları da tıpkı mahkemelerin hükmü gibi icra kabiliyetine sahip olup, taraflar için bağlayıcıdır (Balcı, 1999: s. 240; Kuru, Arslan, Yılmaz, 2015: s. 793; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1086; Karslı, 2012: s. 940; Görgün, 2015: s. 498; Konuralp, 2011: s. 215; Yılmaz, 2013: s. 1766; Muşul, 2012: s. 669; Öztürk, 2014: s. 103; Özbay, Korucu, 2016: s. 178, 215. Mahkeme kararları bakımından istisnalar için ayrıca bkz. HMK m, 350/ f. 1, c. 2, 3 ile f. 2 ve m. 367/ f. 1, c. 2, 3 ve f. 2). Muşul, kanun koyucunun bu hükümlerle tahkime başvurulmasını teşvil amacı taşıdığı görüşündedir (bkz. Muşul, 2012: s. 669). Zira HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, mahkeme kararlarından (bkz. HUMK m. 443) farklı olarak hakem kararlarının icra edilebilmesi kesinleşmesi şartına bağlıydı (HUMK m. 536). HMK'da bu farkın kaldırılmış olması, kanaatimizce de Muşul'un görüşünün haklılığını göstermektedir.

Bu durumda, aleyhine hakem kararı verilen (hakem kararıyla mahkum edilen) tarafın kendi rızası ile kararın gereğini yerine getirmesi mümkündür. Buna karşılık hakem kararında mahkum olan tarafın kararın gereğini yapmaması halinde ise diğer tarafın o hakem kararını cebri icra yolu ile icra ettirmesi mecburiyeti doğmaktadır. Hakem mahkemesinin hiçbir şartla cebir yetkisi bulunmadığına göre hakem kararının cebren icrası ancak devletin yetkili organları tarafından yerine getirilebilir (Grunsky, Jacoby, 2014: s. 258, kn. 813). Ancak HMK'ya tabi hakem kararları bakımından

bunun için herhangi bir makamın tasdikine ihtiyaç bulunmadığı gibi nihai hakem kararları hakkında mahkemelerden icra edilebilirlik belgesi alınması ile kararlara kesinleşme şerhi verilmesini öngören bir düzenleme de bulunmamaktadır (bkz. Budak, 2012: s. 57; Özbay, Korucu, 2016: s. 178).

Oysa HUMK m. 536'da, nihai hakem kararının temyiz süresinin geçmesinden sonra mahkeme başkanı veya hâkimi tarafından tasdik edileceği, karar defterinde bunun için gerekli kayıtların yazılacağı, yani şerh düşüleceği ve böylece hakem kararının icra kabiliyetini haiz olacağı düzenlenmişti. Bu hususta doktrinde Postacıoğlu, mahkemenin tasdikini, şayet hakem kararına karşı temyiz süresi geçmiş veya temyiz edilmiş olmakla birlikte temyiz talebi reddedilmiş ise bunları tespit etmek olarak belgelendirme mahiyetinde görmektedir. Bununla birlikte yazar, hakem kararı temyiz edilmemiş ise mahkemenin tasdik kararının kamu düzeni veya ahlak ve adaba aykırılık incelemesini içerdiği ve bunlara aykırılık tespit edilirse tasdikten kaçınılması gerektiği hususunun bazı yazarlarca da kabul edildiğine vurgu yaparak, temyiz edilmemiş hakem kararları bakımından kamu düzenine aykırılığın aşikar olduğu hallerde mahkemenin inceleme yetkisinin bulunması gerektiği görüşündedir (Postacıoğlu, 1975: s. 809; aynı yönde bkz. Karayalçın, 1998: s. 48).

Alangoya da, HUMK 536 hükmü çerçevesinde, hâkime verilen tasdik görevinin sadece bir formalite olmadığını, tasdiki talep edilen hakem kararının geçerli bir karar olup olmadığının incelenmesi ve yargısal nitelikteki bu inceleme sonucunda tasdik talebi hakkında karar verilmesi gerektiği görüşünü bir Yargıtay kararına atıfla ortaya koymuştur (alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 635 vd dn. 82). Şayet nihai hakem kararı temyize götürülmüş ise temyiz mahkemesinin denetiminden geçmiş olacak, temyize götürülmemiş ise HUMK m. 536 çerçevesinde en azından mahkemenin yapacağı tasdik incelemesinde kararın usule, şekle ve kamu düzenine uygunluğu bakımından incelenmesi sağlanmış olacaktı. Böylece mahkemenin her halde hakem kararını denetlemesi imkânı getirilmişti.

Alman hukukunda hakem kararlarının icra edilebilirliği hakkında ZPO'nun "hakem kararlarının tanınması ve tenfizi (icra edilebilirliği) şartları" başlıklı kısmında m. 1060 ve 1061'de iki hüküm yer almaktadır. Alman hukukunda hem yerli hem de yabancı (milletlerarası) nitelikteki tahkim için iki ayrı kanunda

düzenleme olmadığından, bunlardan ilki yerli hakem kararlarının icra edilebilirliğine, ikincisi ise yabancı hakem kararlarına ilişkindir.

1060. maddeye göre "(1) Hakem kararın icra edilebileceği hakkında karar verilirse, (hakem kararı) cebren icra edilir. (2) 1059/ f. 2'de belirtilen iptal sebeplerinden birinin bulunması halinde, hakem kararının icra edilebilirliği hakkındaki talep hakem kararının iptaline bağlı olarak reddedilmelidir. İcra edilebilirlik talebine ilişkin dilekçenin tebliğ edildiği sırada kendisine dayanılan iptal dilekçesinin kesin hükümle reddedilmesi halinde, iptal sebepleri dikkate alınamaz. Davalı hakem kararının iptaline ilişkin talepte bulunmaksızın m. 1059/f. 3'de belirlenen süre geçerse, 1059. maddenin 2. fıkrası 1 numaralı bendine dayanan iptal sebepleri ayrıca dikkate alınamaz."

Yabancı hakem kararlarının hem tanınması hem de tenfizi hakkındaki 1061 maddeye göre ise "(1) yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 10.6.1958 Tarihli (uluslararası) Sözleşmeye tabidir. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfiz hakkındaki devletlerarası diğer sözleşmelerde yer alan hükümler saklıdır. (2) Mahkemenin (yabancı) hakem kararının Almanya'da tanınmasının mümkün olmadığını tespit etmesi halinde, tenfiz kararı reddedilmelidir. (3) Hakem kararının tenfizine karar verilmesinden sonra, hakem kararının Almanya dışında iptal edilmesi halinde, tenfiz kararının iptali için başvurulabilir." Bu hüküm yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin özel bir düzenlemedir (bkz. Schilken, 2014: s. 396, kn. 856).

Hakem kararlarının rızaen yerine getirilmemesi halinde, dikkat edilirse ister yerli isterse yabancı hakem kararı olsun her iki hükümde de, bu hakem kararlarının icra edilebilmesi, ancak mahkemeden icra edilebilir olduğuna ilişkin karar verilmesi mecburiyetine bağlanmıştır. (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1060, kn. 1). Bunun için aranan şartlar ise, hakem kararının yerli veya yabancı olmasından kaynaklanan farklılıklar dolayısıyla değişiklik göstermektedir. Ancak öncelikle buna uygun bir talebin bulunması mecburi olup, bu talep hakkında ZPO m. 1062/ f. 1 ve b. 4'e göre yetkili eyalet yüksek mahkemesi (Oberlandesgericht= OLG) tarafından yapılacak yargılama neticesinde bir karar verilecektir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1060, kn.

3). Bu yargılamada mahkeme, 1059. maddenin 2. fıkrasındaki iptal sebeplerinden birinin bulunup bulunmadığını resen inceleyecektir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1060, kn. 5). Şayet iptal sebeplerinden biri mevcut ise icra edilebilirlik talebi reddedilecek ve aynı zamanda nihai hakem kararı da iptal edilecektir. Aksi durumda nihai hakem kararının icra edilebilirliğine karar verilir. Bu kararlara karşı m. 1065/ f. 1, c. 1'e göre itiraz edilebilir (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 343, kn. 795; Schilken, 2014: s. 396, kn. 856; aynı yönde fakat daha kısa açıklamalar için bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 258, kn. 813). Netice olarak, yerli hakem kararlarının icra edilebilirliği hakkındaki hükümde mahkemenin yapacağı incelemenin usulen bir inceleme olmadığı, hakem kararlarının iptali sebeplerinin bu incelemede esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Ancak OLG'nın icra edilebilirlik talebi üzerine yapacağı bu incelemede, hakem kararının maddi hukuk bakımından doğru olup olmadığı hususunda, ZPO m. 1059/ f. 2, 2. bende anılan kamu düzeni aykırılık dışında bir denetim yetkisi de bulunmamaktadır (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 258, kn. 813; Gottwald, 2005: s. 293, kn. 63). Öte yandan, hakem kararının icra edilebilirliğinden önceki safhada iptal davası veya temyiz aşamalarında bu 1059. maddesindeki sebeplerden kesin bir hüküm ile reddedilenler var ise, onlar hakkında bu aşamada artık bir inceleme yapılmaz (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1060, kn. 5). Tüm bu açıklamalar ışığında, ZPO'nun yerli hakem kararlarının icra edilebilirliğine ilişkin m. 1060 hükmünün mülga HUMK m. 536'daki düzenlemeden daha açık ve kapsamlı bir hüküm konulduğu anlaşılmaktadır.

Bu durum, milletlerarası nitelikteki hakem kararları bakımından, MTK m. 15/ B hükmüyle muhafaza edilmiştir. Söz konusu hüküm, *"İptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra asliye hukuk mahkemesi, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belgeyi istemde bulunan tarafa verir. Bu belgenin verilmesi harca tâbi değildir. Hakem kararının icraya konulması hâlinde Harçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*

İptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi sırasında (A) fıkrasının 2 nci bendinin (a) ve (b) alt bent hükümleri mahkemece re'sen dikkate alınır. Bu hâlde mahkemece aksine karar verilmedikçe, inceleme dosya üzerinden yapılır." şeklindedir.

Söz konusu hükmün ilk fıkrasında, MTK'ya tabi olarak yapılan bir tahkim yargılaması neticesinde verilen nihai hakem kararı üzerine iptal davası açılması ve bu davanın reddedilmesinden sonra kararın kesinleşmesi halinde, şayet bir taraf (ki bu kişi muhtemelen lehine karar verilen taraf olacaktır) mahkemeden hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belgenin talepte bulunan tarafa verileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkraya göre ise iptal davası açma süresinin geçirilmiş olması veya bu davayı açmaktan feragat edilmesi sebebiyle hakem kararının kesinleşmesi halinde m. 15/B, 2. a ve b alt bentlerinde hakem kararlarının iptal sebepleri olarak sayılan mahkemenin resen dikkate alacağı hususları incelemek suretiyle icra edilebilirlik belgesi vereceği düzenlenmiştir. Mahkemenin bu hükme göre kendiliğinden inceleyeceği hususlar ise verilen hakem kararının Türk hukukuna göre tahkime elverişli bir uyuşmazlık hakkında olup olmadığı ve kamu düzenine uygun olup olmadığı olacaktır (bkz. Ekşi, 2003: s. 320; Karayalçın, 1998: s. 48). Dolayısıyla, Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmayan ve kamu düzenine aykırı olan hususlarda verilen bir hakem kararı tasdik edilemeyeceğinden icra kabiliyeti de olmayacaktır (bkz. Ekşi, 2003: s. 320).

Doktrinde "icra edilebilirlik" belgesinin açıklayıcı mahiyette olduğu ifade edilmektedir (Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 50; Nomer, s. 559; Bilge, Önen, 1978: s. 770-771). Ancak kanaatimce sadece açıklayıcı mahiyette bir belge olduğu eksik bir ifadedir. Şayet bir hakem kararı üzerine aleyhine mahkûmiyet kararı verilen taraf kararın gereğini kendiliğinden yani icra organlarının zorlamasına gerek olmaksızın yerine getirirse, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belge alınmasına ihtiyaç olmayacaktır. Buna karşılık nihai hakem kararının gereğinin kendiliğinden yerine getirilmemesi halinde lehine karar verilen tarafın icra organlarına başvurması halinde, icra organları hakem kararı üzerine doğrudan bir icra takibi başlatmayacak ve icra edilebilir olduğuna ilişkin mahkemenin bir belgesini arayacaksa, bu durumda kanaatimce icra edilebilirlik belgesi sadece açıklayıcı bir belge olmayacak, aksine hakem kararı icra edilebilirlik belgesi düzenlenince icra kabiliyeti kazanacaktır.

Milletlerarası nitelikteki hakem kararları bakımından getirilen bu düzenlemenin, HMK'ya alınmaması milli hakem kararlarının mutlak olarak tahkime elverişli uyuşmazlıklar hakkında ve kamu düzenine uygun olacağı inancından

kaynaklanmış olabilir. Ancak her nasılsa, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında hakem yargılaması yapılmış ve verilen hakem kararına karşı da iptal davası açılmamış ise böyle bir kararın icra edilebilir görülmesi, kanaatimce tahkimin manası ile bağdaşmayacaktır. Ayrıca, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu taşınmazın mülkiyetinin el değiştirmesi hususunda verilen bir hakem kararının iptalinin istenmemesi halinde, lehine tescil kararı verilmiş olan tarafın tapu idaresine tescil talebiyle başvurması halinde idarenin bu kararın gereğini yerine getirmesi ve tapu kayıtlarını hakem kararına göre düzenlemesi sonucunu kabul etmek gerekecektir ki, böyle bir talebi tapu idaresinin yerine getirmeyeceği de herkesçe malumdur.

Doktrinde Budak, HMK'ya göre verilen hakem kararları için de MTK m. 15/B HMK m. 302/ f. 4 hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanmak suretiyle, mahkemeden icra edilebilirlik belgesi ile kesinleşme şerhinin talep edilmesinin mümkün olduğu görüşündedir (bkz. Budak, 2012: s. 42). Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında kanaatimizce HMK'ya göre verilen hakem kararları bakımından da mahkemeden icra edilebilirlik belgesi ile kesinleşme şerhinin aranması gerektiği hususunda MTK'nın anılan hükmünden daha açık ve kesin bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

11. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ BAKIMINDAN USUL HUKUKU VE ÖZEL HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Taraflar arasında belirli bir uyuşmazlığın hakemde görülmesi hususunda geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunması halinde, bu sözleşmenin birbirine bağlı olumlu ve olumsuz olmak üzere iki temel etki gösterdiği yukarıda belirtilmişti.[103] İlk etki, tarafların bu sözleşme ile aralarındaki hukuki uyuşmazlıkları tahkim yargısı içinde çözmeyi kabul ettikleri hususunda olumlu iken; ikincisi tarafların aralarındaki uyuşmazlıklar bakımından adliye mahkemelerine giden yolu kapatmaları hususundaki olumsuz etkidir. Bununla birlikte, tahkim sözleşmesinin bu iki etkisine, tahkim yargılamasının sonucuna yönelik bir fonksiyonu da eklemek gerekir. Aslında bu fonksiyon, olumlu etkinin doğal bir sonucudur. Zira taraflar tahkim sözleşmesi ile aralarındaki uyuşmazlığı hakem/ hakem heyetine götürmekle, tahkim yargılaması sonucunda hakem/ hakem heyetince verilecek karar veya kararları baştan kabul ettiklerini de ortaya koymuşlardır.

Ancak bu etkilerin ortaya çıkması, tarafları bağlayıcı bir tahkim sözleşmesine, başka bir ifade ile tahkim sözleşmesinin geçerliliğine bağlıdır. Ancak, geçerli bir tahkim sözleşmesi için öncelikle bir sözleşmenin varlığı aranacaktır. Zira kurulmamış (yok) bir sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliği zaten söz konusu olmayacaktır (Eren, 2015: s. 331; Antalya, 2012: s. 94; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 578, kn. 1). Başka bir ifade ile bir sözleşmenin geçerliliği yahut geçersizliği, ancak bir sözleşmenin kurulmasından sonra söz konusu olabilecektir (bkz. Eren, 2015: s. 331; Antalya, 2012: s. 94).

"Tahkim sözleşmesinin hükümsüzlüğü" ifadesi, HMK'da m. 422/ f. 1 ve m. 413/ f. 1 de geçmektedir. MTK m. 7/ (H), 1. fıkrasının aynısı olan, HMK'nın *Hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi* başlıklı 422 maddesinin birinci

[103] Bkz. Birinci Bölüm, 3.2. başlığına.

fıkrasına göre; *"Hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin 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, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz."* Bu hükümdeki son cümleye göre, hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi halinde bu kararın ayrılabilirlik ilkesi dolayısıyla tahkim sözleşmesinin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmayacağı düzenlenmiştir. Fıkranın birinci cümlesinde ise, hakem veya hakem kurulunun tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar yanında kendi yetkisi hakkında (Kompetenz- Kompetenz) karar verebileceği düzenlenmiştir. İki cümlenin birlikte değerlendirilmesi ile tahkim sözleşmesinin hükümsüzlüğünün, sözleşmenin mevcut olmaması ve geçersiz olmasını ifade etmek için kullanıldığı sonucuna varmaktayız.

Hakemin kendi yetkisi konusunda karar vermesi ile tahkim şartının esas sözleşmeden ayrı kabul edilmesi başka bir ifade ile tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı, tahkim kurumunun başarıya ulaşması için kabul edilmiş ilkelerdir. Zira buradaki amaç, tahkim şartının geçersizliğinin ileri sürülerek tahkim yargılamasını ortadan kaldırılmasının engellenmesidir (bkz. Özbay, 2013: s. 525; aynı yönde bkz. Esen, 2011: s. 359). Ayrıca bu yetkinin devlet mahkemelerini de bağlayacak surette kesin olarak hüküm verebilme yetkisi şeklinde anlaşılmaması gerekir. Buna karşılık hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri kararlar, mahkemeleri ikna edici olabileceği gibi mahkemelerin bu konudaki kararlarını etkileyebilecek hatta davayı kaybeden tarafın hakem kararını rızasıyla yerine getirmesi veya uzlaşmayı kabul etmesini temin bakımından da yardımcı olabilir (bkz. Esen, 2011: s. 359).

Zaten, öteden beri, hukuki işlemlerin daha dar olarak ise sözleşmelerin hükümsüzlüğü çeşitli fikirlerin ortaya çıktığı tartışmalı bir konu olmuştur. Hükümsüzlük halleri Türk Borçlar Kanunu'nda münhasır bir başlık altında düzenlenmemiş, aksine Kanun'un çeşitli hükümlerinde bu hallere yer verilmiştir (TBK m. 12, 17, 27, 28, 30, 36, 36, 39 ve 46; eski BK m. 11, 16, 20, 21, 23, 28, 29, 31 ve 38) (bkz. Oğuzman, Öz, 2015: s. 178; Oğuzman, Barlas, s. 208, kn. 733).

Hükümsüzlük kavramı doktrinde Oğuzman/ Öz tarafından, geniş ve dar anlamı ile şöyle ifade edilmiştir: Geniş anlamda hükümsüzlük, sözleşmelerdeki eksiklik ve sakatlıkları ve sözleşmelerin sonradan etkisizleştiği hallerin tümünü kapsar; buna karşılık dar anlamda hükümsüzlük ise, sözleşmenin geçersiz olduğu halleri ifade edecektir. Yazarlar hükümsüzlüğü geniş anlamı ile kullanarak, yokluk, kesin hükümsüzlük (butlan), iptal edilebilirlik, noksanlık ve sürekli sözleşmelerde geçersizlik şeklinde bir ayrıma gitmektedir (ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 178-189; Oğuzman, Barlas, s. 208, kn. 734-735).

Buna karşılık, doktrinde bazı yazarların hükümsüzlük kavramını, dar anlamıyla, yani yokluk kavramı dışındaki geçersizlik hallerini ifade etmek için kullandıkları görülmektedir. Örneğin: Eren, öncelikle yokluk ve geçersizlik (hükümsüzlük) ayrımını yaptıktan sonra, geçersizliği (hükümsüzlüğü) ise butlan, eksiklik ve iptal edilebilirlik olarak ayrıma tabi tutmaktadır (ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Eren, 2015: s. 331-344; aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 578 vd.); Reisoğlu ise, daha sade bir ayrımla hükümsüzlüğü butlan ve iptal edilebilirlikle ifade etmiştir (ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Reisoğlu, 2012: s. 139-143); ayrıca Nomer, öncelikle yokluk ve geçersizlik ayrımını yaptıktan sonra, geçersizlik hallerini butlan hali ve iptal edilebilirlik olarak ikiye ayırmış, ayrıca 6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanunu'nda butlan yerine "kesin hükümsüzlük", batıl yerine "kesin hükümsüz" tabirlerinin kullanıldığını belirtmiştir (bkz. Nomer, 2015: s. 57). Antalya'nın ayrımına göre ise, yokluk, kesin geçersizlik, düzelebilir geçersizlik ve esnek geçersizlik (işlem tamamlanıncaya kadar askıda geçersizlik) halleri sayılabilir (Antalya, 2012: s. 94).

Yargıtay 13. HD.'nin 24.4.1991 tarih ve E. 1993/8778, K. 4492 sayılı kararında bu hususta "… tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir akit olduğu için, akitler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenlerden BK'nun 19 ve 20. maddeleri tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında doğrudan göz önünde tutulacaktır…" ifadesi ile aynı yaklaşımı ortaya koymuştur (kararın aktarılan kısmı için bkz. Ertabak, 2009: s. 41).

Bizi aynı sonuca, HMK'nın *Tahkim itirazı* başlıklı 413. maddesinin 1. fıkrası da götürmektedir. *" Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder."* Fıkranın ikinci cümlesinde, tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği değil, sadece hükümsüzlüğü ifadesi kullanılmıştır.

Tahkim sözleşmesi etkilerini usul hukuku alanında göstermekle birlikte, kurulması bakımından maddi hukuk hükümlerine tabi olması dolayısıyla, tarafları bağlayıcı bir tahkim sözleşmesinden söz edebilmek için, borçlar hukukunun tüm sözleşmeler için aranan geçerlilik şartlarının tahkim sözleşmesi bakımından da bulunması gerekmektedir (Karadaş, 2013: s. 88). Ancak, bu şartlar tahkim sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır (bkz. Alangoya, 1973: s. 87).

Tahkim sözleşmesinin geçerlilik koşullarındaki eksikliklerin etkileri bakımından, doktrinde Eren'in ayrımını esas alarak inceleme yapmayı tercih edeceğiz. Buna göre, önce sözleşmenin yokluğu ve geçersizliği (hükümsüzlüğü) olarak bir ana ayrıma gittikten sonra, geçersizlik (hükümsüzlük) halleri için, kesin hükümsüzlük (butlan), iptal edilebilirlik ve eksiklik alt ayrımlarıyla inceleme yapacağız. Doktrinde bazı yazarlar, "kesin hükümsüzlük" kavramı için sadece "butlan" değil, "mutlak butlan" kavramını kullanmaktadırlar (bkz. Akıntürk, Ateş Karaman, 2012: s. 65).

12. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN YOKLUĞU

Bir sözleşmenin yokluğunda, sözleşmenin kurucu unsurunun (veya kanunen kurucu unsur olarak kabul edilen diğer olguların) bulunmaması ve bu nedenle sözleşmenin kurulmasına engel olunması söz konusu olup, böylece sözleşmenin baştan itibaren zaten hiç meydana gelmediğinin yani "yok" olduğunun kabulü gerekmektedir (bkz. Eren, 2015: s. 331; Oğuzman, Öz, 2014: s. 179; Oğuzman, Barlas, s. 210, kn. 742, 744; Nomer, 2015: s. 53; Antalya, 2012: s. 94; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 578, kn. 1; Işık, 2014: s. 10). Başka bir ifadeyle, yok olan bir sözleşme hukuk düzeni içerisinde hiç doğmamıştır (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 85). Dolayısıyla yokluk, bir sözleşmeyi var eden asıl nitelikleriyle ilgilidir (bkz. Eren, 2015: s. 331; Erkan, 2013 (a): s. 85).

Bir sözleşmenin kurucu unsuru ise, sözleşmenin taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığıdır (bkz. Eren, 2015: s. 331; Reisoğlu, 2012: s. 48; Oğuzman, Barlas, s. 210, kn. 743; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 578-579, kn. 2). Ancak bu kurucu unsurlardan önce sözleşmenin varlığı için öncelikle sözleşmenin tarafı olarak görünenlerin hak ehliyetinin olması gerekir. Yoksa işlemin "yok" olması kaçınılmazdır (bkz. Işık, 2014: s. 10). Dolayısıyla sözleşmenin kurucu unsurları, öneri (icap) ve kabul beyanlarıdır (bkz. Nomer, 2015: s. 53). Eğer, tarafların irade beyanları karşılıklı değilse yahut karşılıklı olmakla birlikte bir birine uygun değilse, amaçlanan sözleşme kurulmuş olmayacaktır (bkz. Eren, 2015: s. 331-332; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 579, kn. 2). Bir sözleşmenin kurulmamış olması, başka bir deyişle yokluğu, bu hususta bir dava açmaya gerek olmaksızın, her zaman ve ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir. Bununla birlikte, bir uyuşmazlık halinde, taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile, hâkim, sözleşmenin yokluğunu kendiliğinden dikkate almalıdır. Ayrıca, yoklukla sakat bir sözleşmenin belli bir makamın izni yahut icazeti ile ya da belli bir sürenin geçmesi ile geçerli hale gelmesi de söz konusu değildir (bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 179; Oğuzman, Barlas, s. 212, kn. 749). Ayrıca bu beyanların, sözleşme için gerekli esaslı unsurları da içermesi gerekmektedir. Şayet bir sözleşme kurulmamış yani yok ise tarafları için bir bağlayıcılığı da yoktur (Antalya, 2012: s. 94). Örneğin; bir satım sözleşmesi için gerekli esaslı unsurlar, satım konusu mal ve malın bedelidir.

Tahkim sözleşmesi bakımından, sözleşmenin kurucu unsurları ise, tarafların devlet mahkemeleri yerine tahkim yargılamasına gitmek hususundaki karşılıklı ve birbirine uygun iradeleridir. Bununla birlikte bu iradelerinin, tahkim sözleşmesinin esaslı unsurları olan taraflar arasındaki (mevcut) bir hukuki ilişkinin varlığı ve (belirlenebilir) bir uyuşmazlığı göstermesi de gerekmektedir (bkz. HMK m. 412/ f. 1; MTK m. 4/ f. 1). Bu bakımdan, şayet tarafların tahkime gitme hususundaki iradeleri karşılıklı değil yahut birbirine uygun bulunmuyor ise bir tahkim sözleşmesinin kurulduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

13. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİK (HÜKÜMSÜZLÜK) HALLERİ

Bu hallerde, aslında bir sözleşmenin kurulduğu, ancak çeşitli sebeplerle geçersiz olduğu anlaşılır (Eren, 2015: s. 331; Erkan, 2013 (a): s. 85). Buna göre, geçersizlik hallerinde, bir sözleşme kurulmuş olmakla birlikte, hukuk düzeninin tarafların bu sözleşme ile amaçladıkları hukuki sonucun doğmasını engellediği ifade edilebilir. Dolayısıyla, tarafların bir sözleşme kurmakla istedikleri hukuki hüküm ve sonuçların meydana gelmediği bütün hallere, geçersizlik (hükümsüzlük) adı verilir (Eren, 2015: s. 332). Bu sebepler, bir sözleşmenin geçerli olarak doğması için bulunması gereken, gerek Borçlar Kanunu gerekse, o sözleşmenin öngörüldüğü özel bir kanun var ise orada, "ehliyet", "konu", "irade ile beyan arasındaki ilişki" ve "şekil" bakımından aranan şartlardır (Reisoğlu, 2012: s. 139).

Şayet sözleşme, hem Borçlar Kanunu hem de varsa ilgili kanunda o sözleşme için öngörülmüş bulunan geçerlilik şartlarını taşımıyorsa, o sözleşmenin geçerli olmadığı sonucuna varılacaktır (bkz. Reisoğlu, 2012: s. 139; Nomer, 2015: s. 56-57; Erkan, 2013 (a): s. 86). Dolayısıyla hükümsüzlüğün, sözleşmenin geçerlilik unsurlarıyla ilgili olduğu söylenmelidir (karş. Eren, 2012: s. 331; Erkan, 2013 (a): s. 85). Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için; tarafların tam fiil ehliyetine sahip olması (TMK m. 15); sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması (TBK m. 27/ f. 1); sözleşmenin konusunun baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız bulunmaması (TBK m. 27/ f. 1); kanunun emrettiği bir geçerlik şartı var ise buna uyulmuş bulunması (TBK m. 12/II); sözleşmenin muvazaalı bulunmaması (TBK m. 19/ f. 1); tarafların irade beyanlarının yanılma (hata), aldatma (hile) veya korkutma (tehdit) sebebiyle sakat bulunmaması (TBK m. 30 vd); tarafların edimleri bakımından aşırı yararlanma (gabin) halinin bulunmaması (TBK m. 28) gerekmektedir (Nomer, 2015: s. 57; aynı yönde bkz. Eren, 2015: s. 331). Ayrıca, tasarruf işlemlerinde, tasarrufta bulunanın tasarruf ettiği hak üzerinde bu yetkiye sahip olması gerekir (bkz. Nomer, 2015: s. 57). Ancak bu geçerlilik şartı, tahkim sözleşmesi bakımından aranmaz. Ancak, sözleşmenin muvazaalı olarak yapılması ve aşırı yararlanma (gabin) halinin tahkim sözleşmesinin niteliğine uygun bulunmaması nedeniyle uygulanması söz konusu değildir.

Geçersizlik yaptırımına tabi sözleşmeler, bu geçersizlik hallerinin ağırlığına göre çeşitli çeşitlere ayrılmaktadır (Eren, 2015: s. 332). Yukarıda da ifade edildiği üzere doktrinde farklı ayrımlar bulunmakla birlikte, başlıca geçersizlik türlerini kesin hükümsüzlük (mutlak butlan), iptal edilebilirlik ve eksiklik başlıkları ile inceleyeceğiz.

13.1. Tahkim Sözleşmesinin Kesin Hükümsüzlüğü (Mutlak Butlan)

Bu halde, kurucu unsurları bulunan bir sözleşmenin, Kanun'da öngörülen geçerlilik şartlarını taşımaması nedeniyle kesin olarak hükümsüz, yani geçersiz veya butlanla sakat bulunması ifade edilir (Oğuzman, Öz, 2014: s. 179; Oğuzman, Barlas, s. 212, kn. 750; Antalya, 2012: s. 100). Başka bir ifade ile kesin hükümsüz (batıl) sayacağımız hukuki işlemler, bu işlemin yapıldığı düşünülen andan itibaren kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurmayan ve geçerli hale gelmeyen işlemlerdir (Reisoğlu, 2012: s. 140; Akıntürk, Ateş Karaman, 2012: s. 65). Dolayısıyla bir sözleşmenin batıl olması, baştan itibaren o sözleşmenin kesin olarak geçersiz olduğu anlamına gelmektedir (Nomer, 2015: s. 57-58; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 581, kn. 10). Kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olan bir sözleşmenin batıl olduğu, sadece taraflarca değil, üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Hatta görülmekte olan bir davada bu ileri sürülmemiş olsa bile hâkim, kesin hükümsüzlük bir def'i değil itiraz olduğu için, re'sen dikkate almak zorundadır. Ayrıca böyle bir sözleşme, ne belli bir sürenin geçmesi ne de edimlerin yerine getirilmiş olmasıyla da geçerli hale gelmez. Ancak sözleşmenin geçerli şekilde yeniden yapılması gerekir (bkz. Akıntürk, Ateş Karaman, 2012: s. 65. Aynı yönde bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 180-181; Oğuzman, Barlas, s. 215, kn. 753; Nomer, 2015: s. 58). Ayrıca bir işlemi kesin hükümsüz kılmak için dava açmaya veya bir beyanda bulunmaya gerek bulunmaz. Zaten işlem kendiliğinden hükümsüzdür. Bu nedenle de şayet açılmış bir davada bir işlemin kesin hükümsüz olduğu tespit edilmiş ise, hiç kimsenin bu durumu ileri sürüp sürmediğine bakılmaksızın hakim işlemin kesin hükümsüz olduğunu re'sen dikkate almalıdır. Ayrıca belli bir sürenin geçmesi veya hükümsüzlüğe sebep sakatlığın düzeltilmesi ile o geçersiz işlem geçerli hale

gelmeyip, ancak işlemin geçerli bir şekilde yeniden yapılması gerekir (bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 180-181; Oğuzman, Barlas, s. 215, kn. 753).

Türk Borçlar Kanunu'nun "II. Kesin hükümsüzlük" başlıklı 27. maddesinin 1. fıkrası hükmünde hangi hallerde bir sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Bu hükme göre; *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."* Ancak kesin hükümsüzlük ya da butlan sebepleri sadece bu hükümde sayılan hallerle sınırlı da değildir (Antalya, 2012: s. 100). Zira geçerli bir sözleşme için tarafların gerek TMK'da (m. 15) gerekse özel kanunlarda düzenlenen sözleşme yapabilme ehliyetine veya yetkisine sahip olması, sözleşmenin ise hem TBK hem de ilgili özel kanunu varsa orada aranan şekil şartlarını taşıması gerekir. Buna göre söz konusu butlan sebepleri şöyle sayılabilir: Tarafların sözleşme yapabilme ehliyetine sahip bulunmaması (TMK m. 15); sözleşmenin konusunun hukuka (kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına) aykırı olması (TBK m. 27/I); sözleşmenin ahlaka aykırı olması (TBK m. 27/I); sözleşmenin konusunun baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız olması (TBK m. 27/I); kanunun emrettiği bir geçerlilik şartı varsa, buna uyulmamış olması (TBK m. 12/II; HMK m. 412/ f. 3; MTK m. 4/ f. 2); sözleşmenin muvazaalı bulunmasıdır (TBK 19/I). (Nomer, 2015: s. 59). Öte yandan butlan kavramı ile ilgili olarak açıklanması gereken bir husus da kısmi butlandır. Şayet butlan sebebi sözleşmenin içinde yer alan hükümlerden sadece biri veya bir kısmına ilişkinse, bu durumda sadece o kısım geçersiz olur. Bu kısmi geçersizlik, kısmi butlan olarak ifade edilir. Buna karşılık geçersiz kısım olmasaydı sözleşmenin hiç yapılmayacak olduğu açıkça anlaşılırsa, o halde sözleşmenin tamamı geçersiz olacaktır (TBK m. 27/II) (bkz. Nomer, 2015: s. 59).

Ancak az yukarıda da ifade edildiği üzere, bu kesin hükümsüzlük sebeplerinden sözleşmenin muvazaalı olması hususu, tahkim sözleşmesinin niteliğine uygun bulunmadığından, tahkim sözleşmesi için bir butlan sebebi oluşturmayacaktır. Zira bir sözleşmede muvazaa, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması yahut görünüşteki sözleşmeden farklı bir sözleşmenin hükümlerini doğurması amacıyla anlaşmalarıdır ki bununla taraflar, aslında üçüncü şahısları aldatmak istemektedirler. (bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 130; aynı yönde bkz. Oğuzman, Barlas, 2014: s. 213-214, kn. 751; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop,

1993, s. 407; Reisoğlu, 2012: s. 87; Kılıçoğlu, 2007: s. 116). Şayet taraflar aralarında her hangi bir gizli sözleşme yapmamışlar ise mutlak muvazaa halinden söz edilir (bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993: 409-410; Reisoğlu, 2012: s. 88). Bununla birlikte, taraflar, görünürdeki sözleşme ile gerçek iradelerine uygun başka bir sözleşmeyi gizlemişlerse, nisbi muvazaa vardır (bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 410; Reisoğlu, 2012: s. 88; Kılıçoğlu, 2012: s. 117).

13.1.1. Tahkim Sözleşmesini Yapan Taraf(lar)ın Sözleşme Yapabilme Ehliyetine Sahip Bulunmaması (TMK m. 15)

Tahkim sözleşmesinin tarafları, bu sözleşmeyi yapan ve bu sözleşmenin sonuçlarından etkilenen gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir (Dayınlarlı, 2004: s. 26). Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin tarafı olabilmek için gerçek veya tüzel kişiliğin haiz olması, başka bir ifade ile hak ehliyetine sahip olunması gerekecektir. Bununla birlikte, tahkim sözleşmesinin geçerli suretle yapılabilmesi için bu gerçek veya tüzel kişilerin sözleşme yapma ehliyetine (fiil veya işlem ehliyetine) de sahip olmaları gerekir (bkz. Dayınlarlı, 2004: s. 26; Karadaş, 2013: s. 48. Yener, 2015: s. 75). (Tam) fiil ehliyetine sahip olmak için, ayırt etme gücüne sahip olmak, küçük ve kısıtlı bulunmamak gerekmektedir (bkz. TMK m. 14). Şayet taraflardan biri veya her ikisi sözleşme ehliyetine sahip değilse, sözleşme geçersiz, başka bir ifade ile kesin hükümsüz veya batıl olacaktır (karş. TMK m. 15) (bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 69; Eren, 2015: s. 333-334; Antalya, 2012: s. 101; Işık, 2014: s. 10).

Buna göre, gerçek kişiler bakımından; tam fiil ehliyetine (TMK m. 10) sahip olanlar, tahkim sözleşmesini tek başlarına yapabileceklerdir (karş. TMK m. 9). Yahut isterlerse, iradi temsilcileri vasıtasıyla da sözleşmenin tarafı olabilirler. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar ile küçükler, yani sınırlı ehliyetsizler ise yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyeceklerinden (TMK m. 16/f. 1, c. 1), tahkim sözleşmesinin de ancak onların rızası veya vasıtasıyla tarafı olabilirler. Bununla birlikte; ayırt etme gücünden yoksun kişiler ise tam ehliyetsiz olup, bunlar adına hukuki işlemleri ancak yasal temsilcileri, yani veli veya vasisi

yapabileceğinden, tahkim sözleşmesini de bu temsilciler yaparlar. Bunun için bu yasal temsilcilerin de sözleşme yapma ehliyetine sahip olmaları, yani tam fiil ehliyetlerinin bulunması, tahkim sözleşmesinin geçerliliği için gereklidir.

TMK m. 49 gereğince bir tüzel kişi, kanuna veya kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip bulunması halinde, başka bir ifade ile "zorunlu organların" oluşturulması ile fiil ehliyetini, dolayısıyla sözleşme yapma ehliyetini kazanacaktır. Ayrıca TMK m. 50/ f. 1 ve 2'ye göre tüzel kişinin organı, davranışlarıyla tüzel kişinin iradesini açığa vururken, yaptığı hukuki işlem ve diğer fiilleriyle doğrudan tüzel kişiyi borç altına sokacaktır (bkz. ve karş. Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, 2015: s. 332; Yener, 2015: s. 79). Zira tüzel kişi adına işlem yapmaya yetkili organları oluşturan kişiler, özel bir yetkiye ihtiyaç duymaksızın, temsilci sıfatıyla değil asil sıfatıyla işlem yaparlar (Erdem, 2014: E.T. 25.8.2015; Yener, 2015: s. 80). Bununla birlikte, tüzel kişi adına tahkim sözleşmesi yapacak bu kişilerin, sözleşme yapma ehliyetine sahip olmaları, tahkim sözleşmesinin geçerliliği için aranacaktır.

Tahkim sözleşmesi, sözleşmenin tarafını teşkil edecek gerçek veya tüzel kişilerin bizzat kendileri tarafından yapılabileceği gibi, yasal veya iradi temsilci veya vekilleri aracılığıyla da yapılabilecektir (Dayınlarlı, 2004: s. 26-27). Her kim bu sözleşmeyi yapacak ise sözleşme yapma ehliyetine (fiil ehliyetine) de sahip olması gerekmektedir. Zira taraflardan en azından birinin fiil ehliyetinin bulunmamasına rağmen, tahkim sözleşmesi yapmaları halinde sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır (aynı yönde bkz. Üstündağ, 2009: s. 946; Kalpsüz, 2003: s. 1044; Erkan, 2013 (a): s. 89). Başka bir ifadeyle, böyle bir tahkim sözleşmesi baştan itibaren geçersiz olup, sonradan bunun giderilmesi ve sözleşmenin geçerli hale getirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak geçerli suretle yeniden bir sözleşme yapılması söz konusu olabilir (aynı yönde bkz. Işık, 2014: s. 10).

13.1.2. Tahkim Sözleşmesinin Hukuka Aykırı Olması (TBK m. 27/I)

TBK'nın m. 27/ f. 1 hükmüne göre, bir sözleşme hukuka yani kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olması halinde, kesin olarak hükümsüzdür. Şayet tahkim sözleşmesi de hukuka aykırı ise aynı

hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Dolayısıyla, tahkim sözleşmesi de kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı bulunması halinde kesin hükümsüz olacaktır.

HMK m. 408 ve MTK m. 1/ f. 4'de, taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli bulunmadığı düzenlenmiştir. MTK'nın hükmünde, HMK'dan faklı olarak, *"Türkiye'de"* bulunan taşınmaz mallar bakımından tahkime elverişli olmadığı düzenlenmiştir. MTK'nın bu hükmü üzerine, yabancı bir ülkede bulunan taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime tabi olup olmadığı tartışması ile karşılaşmaktayız (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 76; karş. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 39). Hukukumuzda tahkime elverişlilik konusu sadece HMK ve MTK'da değil, özel kanunlarda da düzenlenmiştir. TBK'nın 262. maddesi; "*Yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz."* hükmü ile yerleşim yeri Türkiye olan alıcıyı koruma amacıyla, taksitli satış sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı hükme bağlamıştır (bkz. Erkan, 2013 (a): s. 76-77; aynı yönde bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 17).

Bu bakımdan, tahkime gidilemeyecek uyuşmazlıklar hakkında kanunlardaki bu hükümlerin emredici olduğu ve bu konularda tahkim sözleşmesi yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir (Kılıçoğlu, 2012: s. 1522). Ancak bazı yazarlar, bu emredici hükmün tahkimin önünü tıkayacak kadar dar yorumlanmaması gerektiğini ifade etmektedir (bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 17). Zira tahkim sözleşmesinin konusu, ancak tahkime elverişli hususlarda olabilir. Buna rağmen, kişilerin tahkim sözleşmesi yapması halinde, sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine aykırı olması nedeniyle kesin olarak hükümsüzlüğü, geçersizliği söz konusu olacaktır (Sarısözen, 2005: s. 11-12). Alman hukukunda BGB m. 134'e göre, kanundan başka bir şey anlaşılmadığı sürece, bir hukuku işlem kanunun emredici hükümlerine aykırı ise kesin hükümsüzdür. Buna göre bir tahkim sözleşmesi de kanunun emredici hükümlerine aykırı ise doğrudan kesin olarak hükümsüzdür (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 787).

Tahkim sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğüne ilişkin bir başka husus, tahkim sözleşmesinin kamu düzenine aykırı olmasıdır. Buradaki kamu düzenine aykırılık, sözleşmenin bizatihi kendisinin kamu düzenine aykırı olmasıdır. Tahkim sözleşmesi bakımından bu kesin hükümsüzlük sebebine örnek bulmak kolay değildir. Zira bir tahkim sözleşmesi ile ulaşılmak istenen amaç, bir uyuşmazlık hakkında mahkeme yerine hakeme gitmek hususunda anlaşmak ise bunun görünüşte kamu düzenine aykırılık teşkil eden bir yanı bulunmamaktadır. Ancak, taraflar tahkim sözleşmesi ile mahkemeye giden yolu kapattıktan sonra, örneğin uyuşmazlık konusu müddeabihin değerinin, bilhassa kurumsal tahkim merkezlerine başvurunun öngörülmüş olması hallerinde, tahkim masraflarından daha az olması veya neredeyse aynı miktarda olması tarafın tahkime de başvurmasını gereksiz veya anlamsız hale getireceğinden, kanaatimizce böyle bir tahkim sözleşmesi, hak arama özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayacağından kamu düzenine aykırı kabul edilmelidir. Dolayısıyla tahkim sözleşmesi ile taraflardan birinin hukuki korunma hakları aşırı derecede sınırlanmış ise tahkim sözleşmesi geçersiz sayılmalıdır (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 787).

Bir başka kamu düzenine aykırılık hali, tahkim sözleşmesinde hakem seçme hakkının tahkim sözleşmesinin taraflarından sadece birine tanınmış olması halinde karşımıza çıkacaktır. Bu hususu da içeren Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09.6.1999 tarih ve E. 1999/19-468, K. 1999/489 sayılı kararında bilhassa Yargıtay 19. HD.'nin 08.7.1998 tarih ve 1998/ 3599-4770 sayılı bozma kararında gösterilen sebeplerle, bozma kararına uyulması gerekirken yerel mahkemenin direnme kararı vermesinin usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle direnme kararının bozulmasına karar verilmiştir (Bkz. YKD, 2000/2, s. 183-186; ayrıca bkz. Nomer, 1999-2000: s. 555-558). Anılan Hukuk Genel Kurulu Kararında, Yargıtay 19. HD.'nin kararında geçen şu ifadelere yer verilmiştir: *"... tahkim sözleşmesine veya bir sözleşmede yer alan tahkim şartında taraflardan sadece birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması halinde taraflardan biri lehine yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı geçerli değildir. Oysa somut olayda hakemleri seçme hakkı iddia edene, yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böyle bir tahkim şartı ile davacı satıcı firma yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmiştir. Bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün*

kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez." Tahkim sözleşmesi ile hakem seçimi hakkının sadece taraflardan birine tanınması nedeniyle tahkim sözleşmesinin kamu düzenine aykırı ve bu nedenle de geçersiz olması, kanaatimizce hak arama ve adil yargılanma ilkelerine aykırılık temeline dayanmaktadır. Bu hususta Nomer haklı olarak, hakem mahkemesinin hiçbir ön şarta bağlı olmaksızın sözleşmenin sadece bir tarafınca tayin edilmesinin, tarafsız yargılama kavramı ile bağdaşmayacağını, bu yöndeki bir düzenlemeye karşı kamu düzenine aykırılık iddiasının haklı olduğunu, zira taraflardan sadece birinin seçtiği hakem /hakem heyetinden meydana gelen bir hakem mahkemesinin, kuruluşunda tarafsızlık bulunmadığı için faaliyetlerinde de tarafsız bulunacağı hususundaki şüpheden kurtulamayacağını, diğer tarafın böyle bir hakem/ hakem heyetine yabancılık duyacağı ve güvensizlik göstermesinin anlaşılır olacağını, ayrıca bu şekilde oluşmuş bir hakem mahkemesini tarafsız bir hakem/ hakemlerden oluşan bir mahkeme gibi görmenin de gerçekleri görmezden gelmek anlamına geleceğini ifade etmektedir (bkz. Nomer, 1999-2000: s. 560; ayrıca ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. aynı makale, s. 565-573).

Öte yandan şayet tahkim sözleşmesindeki hakem seçimine ilişkin hüküm ile tahkime başvuran bir taraf yargılama bakımından üstün bir konuma getirilmemişse, bu hükmün kamu düzenine aykırılığı da kabul edilemeyecektir (Nomer, 1999-2000: s. 559). Örneğin, tahkim sözleşmesi ile taraflardan birine kendi hakemini seçme hakkı tanınmasına rağmen, o tarafın bu hakkını kullanmaması veya kullanmada gecikmesi halinde bu seçme hakkının diğer tarafa geçmesi halinde, tahkim sözleşmesini kamu düzenine aykırı görmek için yeterli kabul edilmeyebilir (Nomer, 1999-2000: s. 561-562).

Öte yandan, tahkim sözleşmesine konu uyuşmazlığın kamu düzenine aykırı olması ile hakem yargılaması sonucunda verilen kararın kamu düzenine aykırı olması ise ayrı hususlardır. Zira tahkim sözleşmesine konu uyuşmazlığı kamu düzenine aykırı olması bir Yargıtay uygulaması olarak karşımıza çıkmakta ve bu durum, mahkemenin birçok kararında[104], tarafların ancak kamu düzenini ilgilendirmeyen

[104] Bkz. Yargıtay İBGK'nun 23.10.1972 tarih ve E. 1972/2, K. 1972/12 sayılı kararı (bkz. Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay İBGK'nun 28.01.1994 tarihli ve E. 1993/4, K. 1994/1 sayılı kararı (bkz. Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD. 12.4.2005 tarihli ve E. 2004/6686, K. 2005/3600 sayılı kararı (bkz. Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 3. HD.'nin 25.9.2008 tarihli ve E. 2008/3492, K. 2008/11120 sayılı kararı (bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

konularda tahkim sözleşmesi yapabileceğini ortaya koymak suretiyle, bu kavramı bir tahkime elverişlilik engeli haline getirmiş olmasına dayanmaktadır (bkz. Huysal, 2008: s. 202-203). Ancak HMK m. 408 (HUMK m. 518) ve MTK m. 1/ f. 4 hükümlerinde uyuşmazlığın tahkime elverişliliğinin, o uyuşmazlığa konu hak üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilmeleri şartına bağlandığı, burada kamu düzenine aykırılığın sayılmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte doktrinde ve içtihatlarda genel olarak kabul edildiği üzere, kamu düzeni ile ilgili konular, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususlar olduğundan, bu hususlarda tahkim sözleşmesi yapılmasının mümkün olmaması, kamu düzeninin hukukumuzda önemli bir tahkim engeli olarak ortaya çıkmasına sebep olmaktadır (bkz. Huysal, 2008: s. 199). Yoksa bu durum Borçlar Kanunu'nun kesin hükümsüzlük hakkındaki m. 27/ f. 1 (eski BK m. 19/ f. 2) hükmüne dayanmamaktadır. Hakem yargılaması sonucunda verilen hükmün kamu düzenine aykırı olması ise 2001 yılından itibaren milletlerarası, 2011 yılından itibaren de milli nitelikteki tahkim sözleşmeleri bakımından, hakem kararlarının iptal sebepleri arasında yer almaktadır (HMK m. 439/f. 2, ğ bendi; MTK m. 15/A/ 2 fıkra/ 2. b bendi). Dolayısıyla bir hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini anlamak için, öncelikle hakem kararının varlığına ihtiyaç vardır. Ancak, Yargıtay'ın gerek MTK gerekse HMK'dan önceki dönemlerde dâhil olmak üzere verdiği kararlarında, kamu düzenine aykırılık niteliğinde hakem kararı verilebilecek uyuşmazlıkların daha baştan tahkim sözleşmesine konu edilmemesi ve geçersiz sayılmasına hükmedildiği görülmektedir.

TBK m 27/ f. 1 kapsamında yer alan başka bir kesin hükümsüzlük sebebi, sözleşmenin kişilik haklarına aykırı olmasıdır. *Kişilik hakkı, bir kimsenin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özgürlüğü, ismi, resmi, sosyal ve mesleki itibarı gibi para ile ölçülemeyen manevi varlıkları üzerindeki haklarının bütününe denir."* (bkz. Nomer, 2015: s. 78). Şayet kişilik haklarını koruyan bir hükme aykırılık söz konusu olursa, aynı zamanda emredici hukuk kurallarına da aykırılık ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte, emredici hukuk kurallarına aykırılık sonucunu doğurmasa bile, kişilik haklarına aykırı olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Nomer, 2015: s. 78). Ayrıca, kişilik haklarına aykırılık emredici hukuk kurallarına aykırılık

sonucunu doğuracağı gibi, çoğu zaman ahlâka aykırılık sonucunu da doğurabilir (Nomer, 2015: s. 79).

Ancak bir tahkim sözleşmesinin kişilik haklarına aykırı olmasına ilişki olarak, uygulamada bir karar ile de karşılaşılmamıştır. Kişilik haklarına aykırılık sonucu doğuracak bir asıl sözleşme söz konusu olabilirken, asıl sözleşmenin için yer alan tahkim sözleşmesinin kişilik haklarına aykırı olmayacağı kanaatindeyim. Bir uyuşmazlığın mahkeme veya hakeme götürülmesi arasındaki ne gibi bir fark kişilik haklarını zedeleyecektir. Ayrıca bu sözleşme ile taraflar arasında mevcut veya ileride doğması muhtemel uyuşmazlığın tahkime götürülmesi kararlaştırıldığından, böyle bir anlaşmanın tarafın ismini, şeref ve onurunu zedeleyici, aşağılayıcı veya küçük düşürücü bir fonksiyonu da yoktur. Bu nedenlerle kanaatimce kişilik haklarına aykırılığın tahkim sözleşmesinin niteliğine uygun düşmediğidir.

13.1.3. Tahkim Sözleşmesinin Ahlaka Aykırı Olması (TBK m. 27/I)

Bir sözleşmenin ahlaka aykırı olması halinde kesin hükümsüz (TBK m. 27/ f. 1) olması nedeniyle, tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması da aynı yaptırıma tabi olacaktır. Dolayısıyla bir tahkim sözleşmesi ahlaka aykırı ise kesin olarak hükümsüz, başka bir ifade ile batıldır (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 787). Ahlaka aykırılık, sözleşmenin taraflarının taahhüt ettiği edimler bakımından olabileceği gibi sözleşmenin amacının ahlaka aykırı olması şeklinde de karşımıza çıkabilir (bkz. Nomer, 2015: s. 78). Tahkim sözleşmesi bakımından ahlaka aykırılık, sözleşmesinin bir tarafının diğer taraf üzerinde genellikle ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmak suretiyle, onu sözleşme yapmaya mecbur bırakması veya bu üstünlük sebebiyle eşitliği kendi lehine bozacak şekilde sözleşmeye hükümler koyması şeklinde görülebilecektir. Örneğin; hakemlerin çoğunluğunun seçiminin taraflardan birine bırakılması halinde söz konusu olabilir (Bkz. Alangoya, 1973: s. 86; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, 2009: s. 603-604). Keza Alman hukuku bakımından sözleşmenin bir tarafının hakem tayini veya hakemin reddine ilişkin haklarının aşırı derecede sınırlandırıldığı hallerde de tahkim sözleşmesi geçersiz olacaktır (karş. ZPO m. 1034/ f. 2). Ancak bu fıkranın ikinci cümlesinde öngörülen

iki haftalık süre içinde hakem mahkemesinin oluşturulması için devlet mahkemesine başvurulmamış olması halinde, daha sonra bu sebeple hakem kararının iptali talep edilemez (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 255, kn. 805; Gottwald, 2005: s. 287, kn. 24).

Yargıtay bir kararında *" ... 2- Ahlaka aykırı sözleşmenin geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal, genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde davalı şirketin davacı firma üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya somut olayda olduğu gibi hakemi seçme olanağının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. Bu biçimde yapılan bir tahkim sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca batıl olacağı kuşkusuzdur..."* ifadeleri ile tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olmasının batıl olması sonucunu doğuracağını ortaya koymaktadır (20. HD.'nin 28.03.2002 tarihli ve E. 2002/1955, K. 2002/2791 sayılı kararı için bkz. YKD, 2002/7, s. 1076. Aynı yönde başka kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay HGK'nun 12.02.1992 tarihli ve E. 1991/13-606, K.1992/56 sayılı kararı için bkz. (Erdemir, 1986: s. 1925); Yargıtay 13. HD.nin 25.04.1991 tarihli ve E. 1990/8778, K. 1991/4492 sayılı kararı için bkz. (Ertekin, Karataş, 1997: s. 91-92; YKD, 1991/8, s. 1223); Yargıtay 9. HD.'nin 17.9.2007 tarih ve E. 2007/28539, K. 2007/26478 sayılı kararının ilgili kısmı için bkz. (Yavuz, 2009: s. 149); Yargıtay 9. HD.'nin 10.12.2007 tarihli ve E. 2007/20796, K. 2007/37365 sayılı kararının ilgili kısmı için bkz. (Yavuz, 2009: s. 148-149).

13.1.4. Tahkim Sözleşmesinin Konusunun Baştan İtibaren ve Objektif Olarak İmkânsız Olması (TBK m. 27/I)

Bir sözleşmenin konusunun baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız (objektif olarak imkânsız olması, sadece edimi borçlanan tarafından değil, herkes için imkânsız bulunmadı demektir bkz. Nomer, 2015: s. 80) bulunması o sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne olacaktır (TBK m. 27/ f. 1) (Nomer, 2015: s. 59; Antalya, 2012: s. 101). Şayet tahkim sözleşmesi baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız ise kesin hükümsüzdür. Örneğin; taraflar aralarındaki uyuşmazlığın tahkim

yolu ile çözümü için asıl sözleşmeye koydukları tahkim şartında, ismen bir veya daha fazla kişiyi hakem olarak göstermiş olmalarına rağmen tahkim sözleşmesi yapıldığı sırada bu hakem veya hakemlerin hayatta olmaması veya tıbben hakemlik icra edemeyecek bir durumda bulunması yahut bu görevi kabul etmemeleri halinde, tahkim sözleşmesi baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız hale gelmiş olacaktır (Ertekin, Karataş, 1997: s. 56; Ertabak, 2009: s. 82. Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD.'nin 08.11.1965 tarih ve 9444/ 5638 sayılı kararının ilgili kısmı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 56; TD.'nin 19.2.1960 tarih ve 27/ 564 sayılı kararının ilgili kısmı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 56-57) Benzer bir durum, tahkim sözleşmesinde hakem olarak tayin edilen bir kurumun, görevleri veya işleri arasında tahkim yargılaması yapmak bulunmuyorsa veya tarafların sözleşmede adını zikrettikleri öyle bir kurum bulunmuyorsa da söz konusu olacaktır (Ertekin, Karataş, 1997: s. 56; Ertabak, 2009: s. 82).

Yargıtay benzer bir hususta verdiği bir kararında *"Sözleşmenin tahkime ilişkin hükmünde, 3. hakemin İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı tarafından seçileceği yazılıdır. Bu hüküm, hâkime yasalarla belli edilen görevi dışında genel ve özel hiçbir görev verilemeyeceğine ilişkin Anayasa'nın 140. maddesine aykırıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 520. maddesi, tarafların hakem seçiminde anlaşamamaları halinde, hakemin mahkemece seçilebileceğini öngörmüştür. Oysa ki taraflar 3. hakem için anlaşmazlık içinde değildirler. Sözleşmede 3. hakemin seçim yöntemini tesbit etmişlerdir. Ancak bu yöntem ile 3. hakemin seçimi kanunen imkansız ve fiilen gerçekleşmesi mümkün olmadığına göre, artık bu sözleşmede yer alan tahkim şartının hükümsüz kaldığını kabul etmek zorunludur.*

Tahkim sözleşmesinden taraflar tahkim heyetini üç hakem olarak tesbit edip, hakem seçimine ilişkin iradelerini açıklamışlardır. 3. hakem için kabul edilen seçim yönteminin, taraf iradeleri dışında değiştirilemeyeceği ve bu yöntemle 3. hakemin seçilmesi de kanunen imkânsız bulunduğuna göre, tahkim heyetinin oluşturulması fiilen gerçekleşemez. O halde burada Borçlar Kanununun 20/2. maddesinin uygulanması da düşünülemez." şeklindeki ifadeleriyle taraflar arasındaki tahkim sözleşmesine göre, hakem seçiminin hukuken imkânsız olması ve fiilen gerçekleşmesinin mümkün olmaması nedeniyle tahkim şartının da hükümsüz olduğuna işaret etmiştir (15. HD.'nin 13.03.1985 tarihli ve E. 1984/2851, K.

1985/846 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. Ertekin, Karataş, 1997: s. 100-101).

13.1.5. Tahkim Sözleşmesinin Kanunun Emrettiği Şekilde Yapılmamış Bulunması (TBK m. 12/II; HMK m. 412/ f. 3; MTK m. 4/ f. 2)

Sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğüne sebep olan hallerden birisi de, sözleşmenin şekli geçerliliği ile ilgilidir. Yeni TBK'nun 12. maddesi sözleşmelerin şekline ilişkin genel bir kural getirmiştir. Buna göre; *"Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*

- Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz." Buna göre, bir sözleşmenin şeklen geçerliliği için, gerek TBK'nın gerekse diğer kanunların öngördüğü özel bir şekil şartı söz konusu ise, sözleşmenin bu şarta uygun olarak yapılması gerekecektir. Ancak kanunlarda şekil şartı öngörülmemiş ise tamamlayıcı kaynaklarla, örf adet hukuku veya hâkimin hukuk yaratması ile şekil zorunluluğu getirilemez. Öte yandan tarafların şekil zorunluluğu getirmesi ise mümkündür (TBK m. 17) (Antalya, 2012: 102). Bütün bu hallerde şayet sözleşme için öngörülmüş bir şekil şartı bulunmuyorsa, sözleşme her hangi bir şekle tabi olmayacaktır. TBK'nun öngörmüş olduğu bu şekil, geçerlilik, başka bir ifadeyle sıhhat şartı olarak düzenlenmiştir ve bu şarta uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizlik müeyyidesine (hukuki sonucuna) bağlanmıştır. Ancak bu geçersizliğin hukuki niteliği tartışmalıdır. Doktrindeki çoğunluğa göre bu hükümsüzlük kesin hükümsüzlüktür (mutlak butlandır) (bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 157-158; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993: s. 102; Nomer, 2015: s. 59). Öte yandan doktrindeki yeni bir görüş, şekle aykırılığa dayanan hükümsüzlüğün kesin hükümsüzlük olmayıp bilakis kendine özgü bir hükümsüzlük olduğu, hakim tarafından resen dikkate alınamayacağı ve hükümsüzlüğün sonradan düzeltilebileceği yönündedir (bkz. Kılıçoğlu, 2012: s. 85 vd.; Altaş, 1998: s. 143; ayrıca doktrindeki görüşler için bkz. Eren, 2015: s. 289 vd; Altaş, 1998: s. 89 vd.).

Şekil bakımından tahkim sözleşmesinin geçerli sayılabilmesi için, öncelikle tahkim hakkındaki mevzuat veya milletlerarası sözleşmelerde yer alan şekil hakkındaki hükümlere riayet edilmesi gerekmektedir. Zira bu düzenlemelerdeki şekil şartları ispat değil, geçerlilik şartıdır. Tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin olarak, HMK m. 412/f. 3, 1. cümlesi, MTK m. 4/f. 1, 1. cümle ile aynı olup, *"Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır."* hükmündedir. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılacağı haller ise hükmün devamında yer almış olup, burada da adi yazılı şekil şartı haricinde özel ve ağır bir şekil şartı öngörülmemiştir (karş. Kalpsüz, 2003: s. 1044).

Dolayısıyla, bir tahkim sözleşmesi mevzuatta öngörülen şekle uygun yapılması halinde geçerli olacaktır. Şayet bu şekle riayet edilmemiş ise tahkim sözleşmesi geçersizdir (aynı yönde bkz. Tanrıver, 2000: s. 137; Muşul, 2012: s. 632; Dündar, 2008: s. 31). Alman hukuku bakımından ise ZPO m. 1031'deki şekle uygun yapılmaması halinde bir tahkim sözleşmesi geçersiz olacaktır (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 787; Gottwald, 2005: s. 286, kn. 1; Zimmermann, 2007: m. 1031, kn. 1). Ancak şekil eksikliği bulunan bir tahkim sözleşmesine rağmen başlatılan bir tahkim yargılamasında, davalı tahkim sözleşmesinin geçersizliğini iddia etmemiş, bilakis hakem mahkemesi önünde uyuşmazlığın esası hakkında yargılamanın yapılması için girişimde bulunmuş ise şekil eksikliğinin giderildiği kabul olunmalıdır (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 339, kn. 787; Gottwald, 2005: s. 286, kn. 15).

13.2. Tahkim Sözleşmesinin İptal Edilebilirliği (Yanılma, Aldatma ve Korkutma Halleri)

Bir sözleşmenin geçersizlik (hükümsüzlük) müeyyidelerinden birisi de sözleşmenin iptal edilebilirliğidir. İptal edilebilir sözleşme, kesin hükümsüz (mutlak butlanla sakat) bir sözleşme gibi ortaya çıkmış bir sözleşme olmakla birlikte, bundan farklı olarak kurulduğu andan itibaren geçerli olan, hüküm ve sonuçlarını doğuran bir sözleşme olup, mutlak butlan ile sakat (batıl) bir sözleşme gibi kendiliğinden hükümsüz değildir. Ancak sözleşmenin hükümsüz kılınması, geçersizlik sebebine karşı korunan tarafın, bu yöndeki iradesini ortaya koymasına bağlıdır. Şayet korunan

taraf sözleşmeyi iptal ettirmek ister ve bu hakkını kanunun öngördüğü şekilde kullanırsa, sonradan sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılır. Dolayısıyla, sözleşme ancak iptal ile ortadan kaldırılabileceği için, iptal edilinceye kadar geçerlidir (Eren, 2015: s. 343).

Oğuzman/ Öz'e göre, bu tür hükümsüzlük hallerinde bir yandan sözleşmenin geçerliliğini etkileyen sakatlık giderilmek suretiyle sözleşme geçerli hale getirilebilir, diğer yandan da sakatlık nedeniyle sözleşmenin kesin olarak hükümsüz hale getirilmesi imkânı bulunmaktadır. Bunun için iptal hakkı tanınmıştır. İrade fesadı hallerinde, iptal hakkı sahibi sözleşme ile baştan itibaren bağlı olmayıp, kanunda öngörülen sürede iptal hakkını kullanmaz veya süre dolmadan iptal hakkından feragat ederse sözleşme geçerli hale gelir. İptal kabiliyetinin bu haline düzelebilir hükümsüzlük adı verilir. İptal kabiliyetinin diğer bir hali ise bozulabilir muteberliktir. Bu halde, muteberlik şartının eksikliğine rağmen sözleşme baştan beri hüküm doğurur. Ancak iptal hakkı sahibi bu hakkını kullanarak, sözleşmeyi geriye etkili olarak kesin olarak hükümsüz kılabilir. Aşırı yararlanma (gabin) hali için bu iptal edilebilirlik hali söz konusudur (bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 182-184; Oğuzman, Barlas, 2014: s. 220-221, kn. 762, 764, 765).

Bu görüşe benzer görüşte olan Nomer'e göre, gerek irade bozukluklarında gerekse aşırı yararlanma halinde, sözleşme baştan itibaren her iki taraf için hüküm doğurmaz. Sözleşmenin akibeti askıdadır. İradesi sakatlanan taraf, kanunun öngördüğü süre içinde karşı tarafa yönelteceği bir beyan ile sözleşmeyi iptal ederek (bağlı kalmayacağını bildirerek) baştan itibaren mevcut olan hükümsüzlüğü kesin hale getirebilir. Aksi halde sözleşmeye icazet vermiş sayılır ve böylece sözleşme baştan itibaren geçerli bir sözleşme haline gelir. Bu bakımdan iptal edilebilirliğin bu türü düzelebilir hükümsüzlük olarak ifade edilir. Buna karşılık aşırı yararlanma halinde ise zarara uğrayan tarafın kanunun öngördüğü süre içinde, duruma göre sözleşmeyle bağlı kalıp edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini isteyebileceği gibi sözleşmenin iptalini de talep edebilir. Bu haklardan birinin kullanılmaması halinde sözleşme mevcut hali ile onanmış sayılır ve mevcut hükümleri ile birlikte baştan itibaren geçerli hala gelir. Bu hal düzelebilir hükümsüzlük olarak ifade edilir (bkz. Nomer, 2015: s. 63-64). Bu halde sözleşme, iptal hakkı olanın irade açıklaması veya mahkeme kararı ile ortadan kaldırılabilir. Zira sözleşme, bozucu şarta bağlı

olarak geçerlidir (bkz. Eren, 2015: s. 343). Bir sözleşmenin iptal edilebilirlik yaptırımı ile hükümsüz kılınmasına sebep haller, irade fesadı halleri yani taraf beyanlarının yanılma (hata), aldatma (hile) veya korkutma (ikrah) sebebiyle sakat olması (TBK m. 30 vd.) halleridir. Ayrıca aşırı yararlanma (gabin) hali (TBK m. 28) de bu hükümsüzlüğe tabidir (bkz. Eren, 2015: s. 344; Oğuzman, Öz, 2014: s. 183; Oğuzman, Barlas, 2014: s. 221, kn. 763; Nomer, 2015: s. 63-64).

Ancak aşırı yararlanma (gabin) hali, tahkim sözleşmesinin niteliğine uygun olmadığından, bu hal tahkim sözleşmesinin iptali için bir sebep teşkil etmeyecektir. Zira tahkim sözleşmesinin her iki tarafının yüklendiği edim, aralarındaki uyuşmazlığı tahkime götürmektir ve bu yükümlülük her iki taraf için eşit bir yük getirmekte olup, sözleşmenin bir tarafının diğerinden aşırı derecede yararlanması söz konusu değildir.

6098 sayılı TBK'nın "IV. İrade bozukluğunun giderilmesi" başlıklı 39. maddesi 1. fıkrası *"Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır."* hükmündedir. Söz konusu hükümden anlaşıldığı üzere yanıltılan veya aldatılan bunu öğrendiği andan ya da korkutmanın ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa bildirdiği veya şayet bir şey vermiş ise o şeyi geri istediği takdirde, sözleşmeyi onamış sayılacaktır. Şayet, madde metninde geçen *"sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmezse"* ifadesinin aksinden anlaşılanın, kanaatimce, yanıltılan, aldatılan veya korkutulan tarafın, bu bir yıllık süre içinde sözleşme ile baştan itibaren bağlı sayılması gerektiğidir. Bu bakımdan doktrinde Eren'in de içinde bulunduğu ve çoğunluğun savunduğu "iptal teorisinin", bizimde katıldığımız üzere, TBK tarafından da kabul edildiği ifade edilmektedir (bkz. Eren, 2015: s. 410). Aksi halde, sözleşmenin baştan itibaren aslında geçersiz olduğu, ancak bir yılın sonunda her hangi bir bildirimde bulunulmazsa, geçerli hale geleceğini kabul etmek gerekecektir. Bu düşüncenin kabulü halinde, aradaki geçen bir yıllık sürede geçersiz bir sözleşmeye bir sonuç bağlanmaması, batıl bir sözleşme gibi bir hukuki sonuç doğurmaması, buna istinaden tarafların karşı taraftan borcun ifasını talep etmemeleri gerekecektir (eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. Eren, 2015: s. 409-411). Kanaatimizce bu sonuca varmak doğru olmayacaktır.

Uygulamada yanılma, aldatma ve korkutma sebeplerine dayanılarak tahkim sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülmektedir (Karadaş, 2013: s. 218-219; Özbay, Korucu, 2016: s. 228). Tahkim sözleşmesinin müstakil tahkim sözleşmesi şeklinde yapılması halinde, sözleşmenin yanılma, aldatma ve korkutma sebepleriyle iptali doğal olarak asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilecektir. Öte yandan burada asıl sorun, asıl sözleşmenin yanılma, aldatma ve korkutma sebepleriyle iptali talep edilirken tahkim şartının da buna bağlı olarak geçersiz olup olmayacağıdır. Şayet içinde tahkim şartı bulunan bir asıl sözleşmenin bir tarafının iradesi yanılma, aldatma veya korkutma hallerinden bir ile sakatlanmışsa, bu sözleşmedeki tahkim şartı da ayrılabilirlik ilkesine rağmen bu asıl sözleşmenin kaderini paylaşacak ve iptale tabi olacaktır (bkz. Budak, 2012: s. 42: Muşul, 2012: s. 633; Özbay, Korucu, 2016: s. 228). Zira bu sonuç, asıl sözleşmenin geçersizliğine karar verilmesinin tahkim şartını da etkilemesinden değil, iptal sebebinin hem asıl sözleşme hem de tahkim şartı için aynı anda ama ayrı ayrı gerçekleşmiş bulunmasından kaynaklanmaktadır (bkz. ve karş. Muşul, 2012: s. 633). Bu sakatlık tahkim yargılamasında hakem/ hakem heyetine bildirilebileceği gibi mahkemede iptal davası aşamasında da ileri sürülebilir (HMK m. 439/ f. 2, a bendi; MTK M. 15, A), a bendi). (Budak, 2012: s. 42: Özbay, Korucu, 2016: s. 228).

13.3. Tahkim Sözleşmesinin Eksikliği

Sözleşmelerdeki bir başka hükümsüzlük müeyyidesi, sözleşmenin eksikliğidir. Eksik sözleşmeler, kurucu unsurları bulunduğu için ortaya çıkmış olan bir sözleşmenin, kanunun öngördüğü bazı unsurların eksik bulunması nedeniyle hüküm ve sonuçlarını sözleşmenin kurulduğu anda yerine getirmemesidir (Eren, 2012: s. 300; Oğuzman, Öz, 2014: s. 184; Oğuzman, Barlas, 2014: s. 222, kn. 767; Antalya, 2012: s. 112; Işık, 2014: s. 10). Eksiklik bulunan hallerde sözleşmenin hüküm ifade etmesi ise askıdadır (Oğuzman, Öz, 2014: s. 184; Oğuzman, Barlas, 2014: s. 222, kn. 767; Işık, 2014: s. 11). Bu nedenle, eksik işlemlerin veya sözleşmelerin bu durumunu ifade etmek için askıda geçersizlik kavramı kullanılmaktadır (Eren, 2015: s. 333; Oğuzman, Öz, 2014: s. 184; Oğuzman, Barlas, 2014: s. 222, kn. 767; Antalya, 2012: s. 113; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 593, kn. 33). Dolayısıyla bu askıda geçersizlik

hali, eksik unsur (veya olayların) gerçekleşmesi ile sona erecek ve sözleşme hüküm ifade edecektir (Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 594, kn. 33; Işık, 2014: s. 11). Yahut bu unsur gerçekleşmezse, eksik sözleşme tamamlanamaz ve kesin olarak hükümsüz hale gelir (Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 593-594, kn. 33; Oğuzman, Öz, 2014: s. 184; Oğuzman, Barlas, 2014: s. 223, kn. 768; Antalya, 2012: s. 112-113; Işık, 2014: s. 11).

Sözleşmelerdeki en temel eksiklik halleri şunlardır: ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlarının yapmış oldukları borç sözleşmelerinin, yasal temsilcilerinin (veli veya vasi) rızasına kadar eksik olması (TMK m. 16/ f. 1, c. 1) ile yetkisiz bir temsilci tarafından yapılan sözleşmelerde temsil olunan tarafından verilecek icazete kadar sözleşmenin eksik olmasıdır (bkz. Eren, 2015: s. 333; Antalya, 2012: s. 113; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 594, kn. 33). Bu temel eksiklik halleri yanında, resmi bir makamın fiili ile tamamlanan sözleşmeler bakımından, ilgili resmi makamın fiili gerçekleşinceye kadar, o hukuki işlem veya sözleşme eksik olacak ve hüküm ifade etmeyecektir. Şayet resmi makamın fiilinin gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa, sözleşme kesin olarak hükümsüz olacaktır (bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 185; Oğuzman, Barlas, 2014: s. 224, kn. 771). Bununla birlikte, erteleyici şarta bağlı bir sözleşme bakımından şart gerçekleşinceye kadar sözleşme geçersizdir. Sözleşmenin hüküm ifade etmesi şartın gerçekleşmesine bağlıdır (bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 185; Oğuzman, Barlas, 2014: s. 224, kn. 772; Eren, 2015: s. 333). Şartın gerçekleşmesi imkânsız hale gelir ise sözleşme kesin olarak hükümsüz hal alır (bkz. Oğuzman, Öz, 2014: s. 185; Oğuzman, Barlas, 2014: s. 224, kn. 772). Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların yaptığı ve yasal temsilcileri iznine ihtiyaç duyulan sözleşmeler bakımından bu temsilciler, rıza gösterdikleri takdirde, sözleşme tamamlanır ve sonuçlarını baştan itibaren doğurur (TMK m. 451/ f. 1) (Eren, 2015: s. 333; Oğuzman, Öz, 2014: s. 184; Oğuzman, Barlas, 2014: s. 223, kn. 769). Yasal temsilcinin bu rızası, hukuki işlemin (sözleşmenin) yapılmasından önce izin; işlemin yapıldığı sırada sözleşmeye katılma; sonradan ise icazet şeklinde verilebilir. Ayrıca bazı işlemler bakımından ise vasinin muvafakati yeterli görülmemiş ve vesayet makamının izni aranmıştır (bkz. TMK m. 462, 463) (bkz. Nomer, 2015: s. 6). Yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşme bakımından ise, temsil olunan icazet verirse, eksiklik tamamlanacak ve sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını baştan itibaren

doğuracaktır (TBK m. 46/ f. 1) (Eren, 2015: s. 333 Nomer, 2015: s. 134; Oğuzman, Öz, 2014: s. 184; Oğuzman, Barlas, 2014: s. 223, kn. 770; Antalya, 2012: s. 113; Egemen, 2006: s. 1931). Bu icazetin (onamanın) verilmesi, yenilik doğuran bir işlem olup, karşı tarafa veya temsilciye varması gerekli tek taraflı bir irade açıklamasıyla gerçekleşeceği gibi, temsil olunanın kanaat verici davranışları da yeterli olacaktır (bkz. Nomer, 2015: s. 134; aynı sonuç bakımından bkz. Egemen, 2006: s. 1931).

İşte tahkim sözleşmesinin ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı tarafından yapılması ve bu sözleşmenin geçerli hale gelmesi için, yasal temsilcilerinin rızası aranacaktır. Bu rıza verilmez ise, tahkim sözleşmesi baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır. Bununla birlikte, küçük bakımından velisinin rızası yeterli iken, kısıtlı bakımından vasinin muvafakati tek başına yeterli değildir. Zira TMK m. 462/ 8. bende göre, acele hâllerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması için vesayet makamının iznine ihtiyaç bulunmaktadır. Buna göre ayırt etme gücüne sahip kısıtlının yapacağı tahkim sözleşmesinin hüküm ifade etmesi için, vasinin muvafakati tek başına yeterli olmayıp ayrıca vesayet makamının izni aranacaktır (Muşul, 2012: s. 632; Antalya, 2012: s. 113; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: s. 594, kn. 33).

Tahkim sözleşmesinin asil adına temsilcisi tarafından yapılması halinde, temsilcinin tahkim sözleşmesi yapabilmek hususunda temsil yetkisine[105] sahip bulunması gerekir. Şayet böyle bir yetkisi bulunmuyorsa, asil yetkisiz temsilcinin yaptığı tahkim sözleşmesine muvafakat verinceye kadar bu sözleşme kesin hükümsüz olacaktır. Bu bakımdan örneğin adi vekil veya avukatın bu özel yetkiye sahip olmadan tahkim sözleşmesi yapması halinde, temsil olunan buna icazet verirse, o tahkim sözleşmesi ile bağlı hale gelecektir (Özel, 2008: s. 76; Akıncı, 2013: s. 353; Işık, 2014: s. 18). Aynı yönde Yargıtay HGK'nun 19.10.2011 tarih ve E. 2011/12-549, K. 2011/644 sayılı kararına göre: "*(...) bu hüküm daha çok temsil edilen ile işlem yapan arasındaki ilişkide söz konusu olur ve örneğin kambiyo senedi şirket adına yetkili olmayan kişi tarafından düzenlendiğinde, şirket yetkilisinin bu işlemi kabul etmesi halinde 388. maddedeki koşullar artık aranmaz; bu şekilde işlem yapılıp, şirket yetkilisi tarafından buna ses çıkarılmamış, daha önce de bu tür*

[105] Bkz. yukarıya İkinci Bölüm, "9. Tahkim Sözleşmesinin Tarafları" başlığına.

işlemler yapılagelmiş ve teamül halini almışsa burada da zımni kabulün varlığı söz konusu olur ki, bu durumda da adına işlem yapılan şirketin sorumluluğunun kabulü gerekir" (bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

14. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİNİN (HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN) İLERİ SÜRÜLMESİ

Tahkim sözleşmesinin geçersizliği mahkeme önünde, hakem heyeti önünde, hakem yargılaması sonucu verilen hakem kararının mahkemece denetimi aşamasında, başka bir ifade ile iptal davası aşamasında, son olarak da hakem kararının yabancı hakem kararı olması halinde tanınması ve tenfizi aşamasında olmak üzere dört durum veya aşamada ileri sürülebilecektir (Özel, 2008: s. 79. Aynı yönde Yener, 2015: s. 91).

14.1. Tahkim Sözleşmesinin Geçersizliğinin Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi

Bir uyuşmazlığın tarafları arasında tahkim sözleşmesi bulunmasına rağmen, taraflardan birinin diğeri aleyhine mahkemede dava açması, ancak diğer tarafın da uyuşmazlığın tahkimde görülmesini arzu etmesi halinde, davalının davanın açıldığı mahkemede davacı ile aralarında tahkim sözleşmesi bulunduğu ve dava konusu uyuşmazlığın tahkimde görülmesi gerektiği hususunda ilk itirazda bulunarak, davanın reddini talep etmesi gerektiği yukarıda belirtilmişti.[106]

Şayet davalı, tahkim ilk itirazında bulunmazsa, mahkemenin tahkim sözleşmesini kendiliğinden dikkate alarak, dava dilekçesinin reddine karar vermesi mümkün olmayıp, mahkeme davayı esastan inceleyip karara bağlamalıdır (Kuru, 2015: s. 727, dn. 8; Akıncı, 2013: s. 124). Buna karşılık, davalı, usulüne uygun olarak tahkim ilk itirazında bulunursa, mahkeme bu itirazın yerinde olup olmadığını incelemelidir. Bu inceleme sonucunda, mahkeme tahkim itirazını reddederse, davayı yine kendisi görmeye devam edecektir (aynı yönde bkz. Özel, 2008: s. 80). Davalı bu red kararına karşı, nihai karar olmadığı için, ancak esas hükümle birlikte temyize gidebilir (bkz. Kuru, 2015: s. 728). Ancak mahkeme tahkim itirazını kabul ederse, davayı usulden reddedeceği için (HMK m. 413/ f. 1, c. 2; MTK m. 5/ f. 1, c. 3), mahkemenin artık o davayı esastan görüp, karar vermesi mümkün olmayacaktır (bkz.

[106] Bkz. Yukarıya II. Bölüm, IV., A. Tahkim İtirazı başlığına.

Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 784; Akıncı, 2013: s. 126, 127; Şanlı, 2013: s. 232; Özel, 2008: s. 80). Bundan sonra davacının, görevsizlik kararı üzerine yapılacak işlemleri düzenleyen HMK m. 20 hükmünü kıyasen uygulayarak, süresi içinde tahkim yoluna başvurması halinde, dava mahkemede açılmasıyla meydana gelen sonuçlar korunmuş olacaktır, aksi halde sonuçlar ortadan kalkacaktır (bkz. Kuru, Arslan, Yılmaz, 2014: s. 784; Öztürk, 2014: s. 121; Ertekin, Karataş, 1997: s. 110).

Mahkemenin tahkim itirazı üzerine yapacağı inceleme önem arz etmektedir. Mahkemenin burada, öncelikle taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında bir tahkim sözleşmesi bulunup bulunmadığını, yani tahkim sözleşmesinin varlığını ve sonrasında bu sözleşmenin geçerli olup olmadığını tespit etmesi gerekecektir (Özel, 2008: s. 80).

Nitekim, MTK'nın yukarıya aktarılan m. 5/ f. 1, c. 2 hükmünde, tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesinin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbi olduğu ifade edilmektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, mahkemenin HUMK'un ilk itirazlara ilişkin hükümlerini uygulayacağı husus, tahkim itirazının ileri sürülmesine ilişkin usule uyulup uyulmadığı ve tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığı olacaktır (tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin incelemenin mahkemece yapılacağına ilişkin bkz. (Akıncı, 2013: s. 128). Buna karşılık Akıncı, mahkemenin tahkim sözleşmesinin varlığını tespit ettikten sonra, davaya bakmayı reddetmesi ve tahkim şartının geçerli olup olmadığının hakemlerin karar vermesi gerektiği şeklinde bir yaklaşım bulunduğunu da ifade etmektedir (bkz. Akıncı, 2013: s. 127-128). Kanaatimizce, bu yaklaşım, usul ekonomisi ile bağdaşmadığı gibi, MTK m. 5/ f. 1, c. 2 ve HMK m. 413/ f. 1, c. 2 hükmüne de aykırıdır. HMK m. 413/ f. 1, c. 2'de ise, tahkim ilk itirazında bulunulması üzerine mahkemenin, tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise tahkim itirazını kabul edeceği ve davayı usulden reddedeceği düzenlenmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, mahkemenin, tahkim itirazını kabul edip etmemesi, tahkim sözleşmesini hükümsüz (geçersiz), tesirsiz veya uygulanması imkânsız olup olmadığının tespitine bağlıdır (aynı yönde ifadeler için bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2013: s. 1075; Öztürk, 2014: s. 121).

Yargıtay, mahkemenin tahkim itirazı üzerine yapması gereken inceleme hakkında verdiği bir kararında şöyle demektedir: "Mahkemece davacı tarafın tahkim şartını içeren sözleşmesinin geçerli olu olmadığı itirazı üzerinde durulmamış, bu konuda davacının delilleri toplanmamıştır. Belirtmek gerekir ki, geçersiz tahkim sözleşmesine dayanılarak görevsizlik kararı verilemez. Bu nedenle, davacı tarafın bu iddiası üzerinde durulmalı, bu konuda kanıtlar toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenmeden, görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır." (9. HD.'nin 22.01.2007 tarihli ve E. 2006/25759, K. 2007/109 sayılı kararının aktarılan kısmı için bkz. (Akıncı, 2013: s. 128-129, dn. 234).

Bu hususta, HMK'ya tabi tahkim bakımından tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçersizliği (hükümsüzlüğü), HMK ve maddi hukuk hükümlerine göre incelenecektir. Buna karşılık, MTK'ya tabi tahkim bakımından ise önce uygulanacak hukuku tespit etmek gerekecektir (bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özel, 2008: s. 80-83). MTK m. 4/ f. 3'e göre *"tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir."* Bu hüküm, UNCITRAL Model Kanunu'nun m. 34 (2) (a) (i) hükmü ile aynı yöndedir (bkz. Özel, 2008: s. 85). Buna göre, tahkim itirazını inceleyen mahkeme, tarafların tahkim sözleşmesine uygulanmak üzere seçtiği hukuk var ise bu hukuka göre, şayet böyle hukuk seçimi yapmamışlarsa Türk hukukuna göre tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığını inceleyecektir (Özel, 2008: s. 81). Bu nedenle, taraflar şayet sözleşmenin başında Türk hukukunu seçmişler veya bir seçim yapmadıkları için Türk hukukuna göre inceleme yapılacak olursa, tahkim sözleşmesinin geçersizliği MTK ve maddi hukuk hükümlerine göre incelenecektir.

Bununla birlikte, tahkim sözleşmesinin taraflarının ehliyetine uygulanacak hukuk bakımından ise MTK bir hüküm getirmemiştir (Akıncı, 2013: s. 275). Bu durumda yerel mahkeme, tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetine uygulanacak hukuku tespit etmek için Türk kanunlar ihtilafı hükümlerini esas alacaktır. Bu husus MÖHUK m. 9'da düzenlenmiş olup, buna göre hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabi olacaktır (Akıncı, 2013: s. 275).

Şayet mahkeme, yapacağı incelemeler neticesinde geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığını tespit ederse, davayı usulden reddedecektir. Mahkemenin usulden ret (tahkim ilk itirazının kabulü) kararı kesinleştikten sonra davacı, hakemde dava açarsa, yargılama neticesinde verilecek hakem kararına karşı, tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu iddiası ile iptal davası açmak da söz konusu olmayacaktır (aynı yönde bkz. Akıncı, 2013: s. 129).

14.2. Tahkim Sözleşmesinin Geçersizliğinin Hakem/ Hakem Heyeti Önünde İleri Sürülmesi

Tahkim sözleşmesi kapsamına giren bir uyuşmazlık hakkında mahkemede dava açılması halinde davalı, tahkim ilk itirazını ileri sürebileceği (HMK. m. 413; MTK m. 5) gibi, tam tersine aleyhine tahkime başvurulan tarafın (davalının), bu uyuşmazlık hakkında hakem/ hakem heyetinin yetkili olmadığı şeklinde itiraz edebileceği MTK'nın m. 7/H hükmü ile bu hükmün neredeyse aynısı olan HMK'nın 422. maddesinde düzenlenmiştir. Bu itiraz, her iki kanunda "hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz" şeklinde ifade edilmektedir (bkz. MTK m. 7/H/ f. 2; HMK m. 422/ f. 2) (bkz. Kuru, 2015: s. 729). Ancak buradaki "yetkisizlik itirazının" ve bu itirazın incelenmesi sonucunda verilen "yetkisizlik kararı"nın, HMK'nın mahkemelerin yetkisine ilişkin hükümlerindeki (bkz. m. 5 vd.), yer yönündeki yetki anlamında olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

HMK'nın "hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi" başlıklı 422. maddesi şu şekildedir: *"(1) Hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir.* Bu ifade, "Kompetenz- Kompetenz" olarak adlandırılan, tahkimin en önemli prensiplerinden birini belirtmektedir. Bu ilke, kısaca hakem/ hakem heyetinin bir uyuşmazlığı görme hususunda yetkili olup olmadıklarına kendilerinin karar verme yetkisini ifade eder. Tahkim şartının (sözleşmesinin) asıl sözleşmeden ayrılabilirliği hususundaki ilke, hakem/ hakem heyetinin yargılama yetkisi hususunda kendilerinin karar vermesine de yol açmıştır (bkz. Özel, 2008: s. 102; aynı yönde bkz. Erkan, 2013 (a): s. 94; Erdi, 2008: s 558). Bu ilke, ayrıca

hakemlerin kendi yetkileri hususunda karar vermesini tahkim kurumunun doğal bir sonucu olarak görmektedir (bkz. Özel, 2008: s. 102 ve dn. 338'deki yazarlar; Erdi, 2008: s. 558).

Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz. (2) Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç cevap dilekçesinde yapılır. Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmaz. (3) Hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz derhâl ileri sürülmelidir. (4) Hakem veya hakem kurulu, yukarıda belirtilen her iki hâlde de gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varırsa, süresinde ileri sürülmeyen itirazı kabul edebilir. *(5) Hakem veya hakem kurulu, yetkisizlik itirazını, ön sorun şeklinde inceler ve karara bağlar; yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasını sürdürür ve davayı karara bağlar.*"[107]

Bu hususta bir hüküm Alman hukukunda ZPO'nun "hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi" başlıklı üç fıkradan oluşan m. 1040'da yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre hakem mahkemesi kendi yetkisi ve bu bağlamda tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği hakkında da karar verebilir (bkz. ZIMMERMAN, m. 1040, kn. 1). Ayrıca taraflar, hakem mahkemesinin kendi yetkileri hakkında verecekleri kararın devlet mahkemelerini bağlayacağı şeklinde geçerli olacak bir anlaşma yapamazlar (bkz. ZIMMERMAN, m. 1040, kn. 1). Bu bakımdan bu hüküm kısaca Kompetenz- Kompetenz olarak ifade edilmektedir (Grunsky, Jacoby, 2014: s. 256, kn. 806). Fıkranın ikinci cümlesinde ise

[107] HMK'daki bu düzenlemenin esas alındığı MTK m. 7/ H) hükmü ise şöyledir: "Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil 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. - Hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz derhal ileri sürülmezse geçerli olmaz. - Hakem veya hakem kurulu, yukarıda belirtilen her iki hâlde de, gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varırsa, daha sonra ileri sürülen itirazı kabul edebilir. - Hakem veya hakem kurulu, yetkisizlik itirazını, ön sorun şeklinde inceler ve karara bağlar; yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasını sürdürür ve davayı karara bağlar."

tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığına hükmedilmiştir. Buna göre, asıl sözleşmenin geçersiz olması başka hiç bir şey aramaksızın tahkim şartının geçersiz olduğu sonucunu doğurmayacaktır. Bu nedenle, asıl sözleşmenin geçersizliğinden kaynaklanan talepler hakkında tahkim mahkemesi hala karar verebilecektir (bkz. ZIMMERMAN, m. 1040, kn. 1). İkinci fıkrada da bu yetkisizlik itirazının usulü belirlenmiştir.

Anılan maddenin son fıkrası HMK ve MTK'nın söz konusu maddelerindeki hüküm ile aynı sonuca yönelik fakat biraz daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Zira ZPO m. 1040/ f. 3'e göre: *"hakem mahkemesi kendisini yetkili görüyorsa, bu takdirde ikinci fıkraya göre yapılan itiraz hakkında kural olarak bir ara karar verir. Bu durumda taraflardan her biri kararın tebliğinden itibaren bir ay içerisinde mahkemeye başvurarak bu konuda bir kararı verilmesini talep edebilir. Mahkemeye başvurulmuş olması, tahkim yargılamasının devam etmesine ve karar verilmesine engel değildir."* Şayet hakem mahkemesi kendisinin tahkim yargılaması için yetkili olduğunu düşünüyorsa, bu konuda kural olarak ikinci fıkraya göre bir ara kararı verir ve bu ara karara karşı her iki taraf devlet mahkemesine başvurabilir (bkz. Zimmermann, 2007: m. 1040, kn. 3). ZPO m. 1062/ f. 1, 2. bende istinaden yetkili mahkeme, OLG yani Eyalet Yüksek Mahkemesidir.[108] Mahkemeye başvurabilme imkânı kesindir ve tahkim sözleşmesi ile kaldırılamaz. Hakem mahkemesi yetkili olmadığını düşünüyorsa, tahkim davası bir hakem kararı ile usulden reddedilir ve davacı bu karara karşı ZPO m. 1059'a istinaden iptal talebinde bulunabilir ve bu dava sadece ikinci fıkradaki anılan iptal sebeplerine dayanabilir (bkz. GRUNSKY/ JACOBY, s. 256, kn. 806; Zimmermann, 2007: m. 1040, kn. 3).

HMK ve MTK'nın anılan hükümlerinin ikinci fıkrasına göre, bir hakem veya hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi için öncelikle, aleyhine tahkimde dava açılan tarafın (davalının), en geç cevap dilekçesinde hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine itiraz etmesi gereklidir. Bununla birlikte, hakem/ hakem heyetinin yetkisini aşması yargılama sırasında ortaya çıkar ise bu itiraz derhal yapılmalıdır. Bununla birlikte, gerek yargılama sırasında ortaya çıkan gerekse cevap dilekçesi ile yapılması gereken yetkisizlik itirazının geç yapılması haklı bir sebebe

108

dayanıyorsa, sonradan ileri sürülen bu itirazı hakem/ hakem heyeti kabul edebilecektir (3 ve 4. fıkra). Ayrıca, tarafların, aslında davalının, hakem veya hakemlerini bizzat seçmesi veya hakem seçimine katılması, hakem/ hakem heyetinin yetkisine itiraz etme hakkını ortadan da kaldırmayacaktır (bkz. Kuru, 2015: s. 729). Her iki Kanunun, anılan maddelerinin son fıkrasında, hakem veya hakem kurulunun, yetkisizlik itirazını, ön sorun şeklinde inceleyerek karara bağlayacağı belirtilerek; hakem/ hakem heyetinin bu inceleme sonucunda yetkili olduğuna karar vermesi halinde, tahkim yargılamasını sürdüreceği ve davayı karara bağlayacağı hükme bağlanmıştır (HUMK bakımından aynı yöndeki ifadeler için bkz. Taşkın, 1997: s. 179). Zira yetki itirazının reddi kararı, nihai kararı olmadığı için, yalnız başına kanun yoluna götürülemez, yani iptal davasına konu olamaz. Bununla birlikte, hakem/ hakem heyetinin yargılama sonucunda vereceği esas hakkındaki karar üzerine iptal davası açılmasına imkân verir (HMK m. 439/f. 2, ç) bendi; MTK m. 15/A/1, d bendi) (bkz. Kuru, 2015: s. 729).

Buna karşılık, hakem/ hakem heyeti yetkisizlik itirazını kabul eder ise, davanın yetkisizlik nedeni ile reddine karar verecek ve davadan el çekecektir (bkz. Kuru, 2015: s. 729; HUMK bakımından aynı yöndeki ifadeler için bkz. Taşkın, 1997: s. 179). Bu durumda davacı, yetkisizlik kararının iptali için 1 ay içinde iptal davası açabileceği ve bunun sonucuna göre ya hakemde ya da mahkemede yargılamayı devam ettirebileceği gibi, bu sola başvurmadan davasını mahkemede açmayı da tercih edebilir (bkz. Kuru, 2015: s. 729).

Bu bakımından, yetkisizlik itirazının ve hakem/ hakem heyetinin incelemelerinin kapsamı ayrı bir öneme sahiptir. Hakem veya hakem heyetinin yetkisizliği ile ilk bakışta, hakem veya hakem heyetinin tahkim sözleşmesinin kapsamı dışında bir uyuşmazlığı görmeleri veya hakem/ hakem heyetinin tahkim sözleşmesinde tarafların kararlaştırdığı kişiler veya kişilerden olmaması gibi hususlar akla gelmektedir. Bununla birlikte, MTK ve HMK'nın yukarıya aktarılan söz konusu maddelerinin ilk fıkralarında "hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesinin (anlaşmasının) mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği düzenlenmekle, yetkisizlik itirazında aslında, sadece hakemlerin yetkilerine itiraz edilmeyeceği, aynı zamanda taraflar arasında tahkim sözleşmesinin varlığı ile geçerli olup olmadığına ilişkin itirazların da

ileri sürülebileceği, bu bakımdan hakem/ hakem heyetinin sadece kendi yetkileri hakkında değil tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği hususunda da karar verebileceği ortaya konulmuştur. Ancak, ihtiyari tahkim bakımından yargılama yetkilerini taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinden alan hakem/ hakem heyetinin, nasıl olurda bu sözleşmenin varlığı ve geçerliliği hususunda kendilerinin karar verebileceklerine verilecek bir cevap bulunmadığı, ifade edilmektedir. Bu düşüncenin kaynağında, tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği hususundaki iddianın mahkemece çözümlenmesi gerektiği fikri yatmaktadır (bkz. Özel, 2008: s. 102, dn. 338'deki yazarlar).

Dolayısıyla, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflardan biri (davacı) tahkim yolu ile uyuşmazlığın çözümü için dava açar ve davalı davacı ile arasında tahkim sözleşmesi bulunmadığı veya bu sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasında bulunursa, davanın açıldığı hakem/ hakem heyetinin, öncelikle davalının bu iddiası hakkında karar vermesi gerekecektir. Bunun için de tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği hakkında inceleme yapılmalıdır. Bu bakımdan, şayet HMK'ya tabi bir tahkim söz konusu ise, taraflar arasında tahkim sözleşmesinin bulunmadığı veya geçersizliği, HMK ve maddi hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Buna karşılık, MTK'ya tabi tahkimler bakımından ise önce tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmek gerekecektir (bu hususta uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili olarak ve Kompetenz- Kompetenz prensibi ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özel, 2008: s. 84-85; s. 102-109). MTK m. 4/ f. 3'e göre *"tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir."* Buna göre, yetkisizlik itirazını inceleyen hakem/ hakem heyeti, tarafların tahkim sözleşmesine uygulanmak üzere seçtiği bir hukuk var ise bu hukuka göre, şayet böyle bir hukuk seçimi bulunmuyorsa Türk hukukuna göre tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerli olup olmadığını inceleyecektir (bkz. Özel, 2008: s. 81; Esen, 2003; s. 382). Şayet taraflarca, sözleşmenin başında Türk hukuku seçilmiş ise yahut her hangi bir seçim yapılmadığı için Türk hukukuna göre inceleme yapılacak olursa, tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçersizliği MTK ve maddi hukuk hükümlerine göre incelenecektir. Bununla birlikte, sözleşmesinin taraflarının ehliyetine uygulanacak hukuk bakımından MTK bir hüküm bulunmaması nedeniyle MÖHUK'un kanunlar

ihtilafı kurallarına bakılacaktır. Bu bakımdan MÖHUK m. 9'da düzenlemeye göre, hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabi olacaktır (bkz. Akıncı, 2013: s. 275).

14.3. Tahkim Sözleşmesinin Geçersizliğinin İptal Davası Aşamasında İleri Sürülmesi

Yanlış olduğu iddia edilen kararların tekrar inceleme konusu yapılarak değiştirilmesini sağlamaya yönelik olarak, bir davanın taraflarına tanınan hukuki imkân, kanun yolları olarak ifade edilebilir (bkz. Kuru, 2015: s. 524; aynı yönde bkz. Akıncı, 2013: s. 243). Her hukuk sisteminde kabul edilen kanun yollarının amacı, mahkemelerin karar verdiği sırada yanlışlık yapma ihtimalleri bulunması nedeniyle, verilen kararların daha üst bir mahkeme tarafından kontrol edilmesini sağlamaktır. Bununla birlikte, bu yollara başvurmak sınırsız da değildir (bkz. Kuru, 2015: s. 524; Akıncı, 2013: s. 243-244). HMK'ya göre medeni usul hukukumuzda, mahkeme kararları bakımından, olağan kanun yolları istinaf ve temyiz (bkz. m. 341-373), olağan üstü kanun yolu ise yargılamanın yenilenmesidir (bkz. 374 vd).

Gerek HMK gerekse MTK hükümlerine tabi hakem kararlarına karşı başvurulacak tek kanun yolu iptal davasıdır (bkz. HMK m. 439/ f. 1, c. 1; MTK m. 15/A, f. 1, c. 1) (bkz. Akıncı, 2013: s. 244-245). Bununla birlikte, HMK hükümlerine tabi hakem kararlarına karşı iptal davası açılması halinde, iptal davası neticesinde verilen kararlara karşı ise iptal sebepleri ile sınırlı olmak üzere temyize başvurulabilir (HMK m. 439/ f. 6). Ayrıca niteliğine uygun düştüğü ölçüde, yargılamanın iadesinin tahkim bakımından uygulanması da söz konusudur (HMK m. 443) (bkz. Akıncı, 2013: s. 247-249). Alman hukuku bakımından ZPO'nun "kanun yolu" başlıklı 1065. maddesinin birinci fıkrasına istinaden, ZPO m. 1062/f. 1, 2 ve 4. bendlerdeki kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir. 4. bentte sayılan kararlardan biri de OLG tarafından görülen iptal davası neticesinde verilen iptal kararıdır. Bu durumda, OLG tarafından verilen iptal kararı Federal Yüksek Mahkemesi'nde (BGH) itiraz yolu ile bozulabilir (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 258, kn. 814; Gottwald, 2005: s. 294, kn. 68).

Hakem kararlarına karşı başvurulacak yolların kötüye kullanılması, özellikle milletlerarası ticari tahkim merkezi olan ülkelerde, hakem kararlarına karşı başvurulacak yolların azaltılması hususundaki eğilimi kuvvetlendirmekte olup (bkz. Akıncı, s. 122, dn. 10), aynı eğilim MTK'nın hazırlanmasında da dikkate alınmıştır (bkz. Akıncı, 2013: s. 249). Ayrıca HMK'daki iptal sebepleri ile MTK'dakiler hemen hemen aynıdır (Akıncı, 2013: s. 245). Bu durum Alman hukukunda açıkça hükme bağlanmıştır. ZPO m. 1059/ f. 3, c. 4'e göre şayet bir Alman mahkemesi tarafından nihai hakem kararının icra edilebilir olduğuna karar verilmiş ise artık hakem kararının iptali için talepte bulunulamaz (Gottwald, 2005: s. 293-294, kn. 65). Zira nihai hakem kararının icra edilebilir olup olmadığı yönündeki talep üzerine zaten m. 1059/ f. 2'deki iptal sebepleri inceleneceğinden, yeniden iptal davası yolu ile aynı sebeplere dayalı ikinci bir inceleme yapılması gereksiz olmaktadır (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 342, kn. 794; Grunsky, Jacoby, 2014: s. 258, kn. 814; Schilken, 2014: s. 395, kn. 854). Yabancı hakem kararlarının tenfiz aşamasında yapılacak denetiminden önce iptal davası yolu ile denetlenmesi hakkındaki görüşler için ayrıca (bkz. Ataman Figanmeşe, 2011: s. 34 vd.).

Bu sebepler HMK'da m. 439/ f. 2 ve MTK m. 15/A/ f. 2'de sıralanmıştır. Keza Alman hukukunda ZPO m. 1059/ f. 2'de iptal sebepleri benzer bir şekilde sayılmıştır. Bu bakımdan iptal sebeplerinin sınırlı sayıda olduğu söylenmelidir (bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 342, kn. 794). Dolayısıyla nihai hakem kararının denetimi bu hükümde kesin olarak sayılan iptal sebepleri ile sınırlı olacaktır (Schilken, 2014: s. 396, kn. 855). Dolayısıyla ancak bu fıkrada sayılan iptal sebeplerine dayanılabilir. Bu sebeplerden ise çoğunlukla tahkim sözleşmesinin geçersizliği, iddia ve savunma hakkının ileri sürülmesindeki eksiklikler, hakem mahkemesinin oluşturulmasındaki eksiklikler, yargılama hataları ve kamu düzenine aykırılık halleriyle karşılaşılmaktadır (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 258, kn. 814). Bu bakımdan şöyle ifade edilebilir; iptal davası ancak m. 1059'a uygun önemli yargılama aykırılıkları dolayısıyla talep edilebilir (bkz. Schilken, 2014: s. 392, kn. 841).

HMK'nın iptal davası başlıklı 439. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir: *"(1) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir.* İptal davası, tahkim yerindeki mahkemede açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür.

(2) a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu,

b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı,

c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediği,

ç) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği,

d) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı,

e) Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu Kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu,

f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği,

g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu,

tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir."[109] Dolayısıyla burada sayılan iptal sebeplerinden herhangi birine dayanılarak açılan bir iptal davasında, iptal talebi

[109] HMK'nın hükmüne karşılık gelen MTK m. 15/A/ f. 1 ve 2 ise 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 tâbi 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, e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını, f) Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu, g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini, İspat ederse veya, 2. Mahkemece; a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu, Tespit edilirse."*

başarıya ulaşırsa, davayı gören mahkeme bir karar ile hakem kararını iptal edebilecektir (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 258, kn. 814).

Ancak iki düzenleme arasındaki temel fark, MTK'da iptal sebepleri arasında sayılan bazı hususların davacı tarafından ileri sürülmese dahi hâkim tarafından re'sen dikkate alınacak olmasıdır. Bu sebepler uyuşmazlık konusunun Türk hukukuna göre tahkime elverişsiz olması ve kararın kamu düzenine aykırı olması olarak sınırlı sayıdadır. Oysa HMK'a tabi bir hakem kararının iptali için sayılan sebepler bu şekilde bir ayrıma tabi tutulmamış, aksine bunların iptal davasını gören mahkemece tespiti halinde hakem kararının iptal edilebileceği hüküm altına alınmış olup, böylece hâkim bu hükümde sayılan iptal sebeplerinden her birini re'sen dikkate alabilecektir (bkz. Akıncı, 2013: s. 246).

Bu hükümde dikkatimizi çeken bir başka husus, iptal davasını gören mahkemenin a bendi bakımından (MTK m. 15/ A, f. 2, 1. a, 2. a ve b bentleri; ZPO m. 1059/ f. 2, 1. a, 2. a ve b bentleri) maddi hukuka ilişkin bir inceleme yapacak olması, konumuzu ilgilendirmesi bakımından g ve ğ bendler (MTK m. 15/ A, f. 2, 2. a ve b bentleri; ZPO m. 1059/ f. 2, 2. a ve b bentleri) başta olmak üzere diğer bentlere istinaden ise usule ilişkin hükümlere yönelik bir inceleme olacak olmasıdır. Bu bakımdan iptal davasını gören mahkemenin nihai hakem kararı üzerindeki incelemesi maddi hukuk bakımından daha dar bir çerçevede kalacaktır (aynı yönde bkz. Zeiss, Schreiber, 2014: s. 342, kn. 794). Bununla birlikte iptal davası yoluyla hakem kararının maddi hukuk bakımdan doğru olup olmadığı başka bir ifade ile maddi hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı ise kontrol edilemez (bkz. Grunsky, Jacoby, 2014: s. 254, kn. 799; Schilken, 2014: s. 396, kn. 855).

Görüldüğü üzere, söz konusu maddenin ikinci fıkrasının a) bendinde; tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olması, hakem kararının iptal edilebileceği bir sebep olarak belirtilmiştir. MTK m. 15/A/ f. 2, 1-a) bendinde ise benzer bir hüküm ile tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunun başvuruda bulunan tarafça ispat edilmesi halinde, hakem kararının iptal edilebileceği düzenlenmiştir.

Gerek HMK gerekse MTK'ya tabi bir hakem kararının iptal sebepleri arasında, tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olması sayılmıştır. Ancak, bir sözleşmenin taraflarından birinin ehliyetsiz bulunması, zaten o sözleşmenin kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) ile sakat, batıl olmasına sebep bir geçersizlik (hükümsüzlük) haliyken, söz konusu bentlerde, "tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsizliği ya da tahkim sözleşmesinin geçersizliği" şeklindeki ifade ile ehliyetsizliği sözleşmenin geçersizliğinden ayrı olarak belirtmenin nedeni ise anlaşılamamıştır. Zira bu sebebin, "tahkim sözleşmesinin geçersiz olması" şeklinde ifade edilmesinin, tahkim sözleşmesinin taraflarından birisinin ehliyetsizliğinden kaynaklı geçersizliği de kapsayacağı için yeterli olacağı kanaatindeyim.

HMK hükümlerine tabi bir hakem kararının, tahkim sözleşmesinin geçersizliği iddiasıyla iptali talep edilirse, iptal davasını görmeye görevli ve yetkili mahkeme, hakem yargılamasının temeli olan böyle bir sözleşmenin geçerli olup olmadığını, gerek HMK gerekse maddi hukuk hükümleri bakımından yapacağı inceleme neticesinde karar verecektir. MTK hükümlerine tabi bir hakem kararına karşı, tahkim sözleşmesinin tarafının ehliyetsizliği ya da tahkim sözleşmesinin geçersizliği iddiası ile açılan iptal davasında, görevli ve yetkili mahkemenin, bu iddialar hususunda hangi devlet hukukunu göre inceleme yapacağı ise mahkemenin öncelikle tespit etmesi gereken bir sorundur (bkz. Akıncı, 2013: s. 275).

HMK m. 439/ f. 1, 2. cümlede, iptal davasının tahkim yerindeki mahkemede açılacağı düzenlenmiştir. Burada iptal davası için yetkili mahkeme bakımından “tahkim yeri”ne işaret edilmiştir. Dolayısıyla tahkim yargılamasının yapılarak kararın verildiği yer, tahkim yeri olacak ve o yerdeki mahkeme, iptal davası bakımından yetkili olacaktır. Buna karşılık, görevli mahkeme bakımından açık bir ibare olmayıp, sadece “mahkeme” ifadesine yer verilmiştir. Bu durumda “mahkeme”den ne anlaşılacağı ise HMK’nun “tahkimde görevli ve yetkili mahkeme” başlıklı 410. maddesine göre çözülecektir. Bu maddede, tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işler bakımından görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesi olarak belirtilmiştir. Ancak HMK’nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinde bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmediği ve HMK m. 410’a istinaden görevli mahkemenin hangi mahkeme olacağı hususunda

açık bir düzenleme de bulunmadığı için bir takım tartışmalar da başlamıştır (bkz. Taşpınar Ayvaz, 2015: s. 471-472; Özbay, Korucu, 2016: s. 14. Bu hususstaki görüşler için ayrıca bkz. Yılmaz, 2013: s. 1717; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2014: s. 74; Budak, 2012: s. 38, 43; Taşpınar Ayvaz, 2013: s. 212-213). Bu tartışmalar sadece HMK m. 410 ile sınırlı kalmamış "iptal davası"nda görevli mahkeme bakımından m. 439'a da doğal olarak sirayet etmiştir. Bu hususta doktrindeki bir görüş, bu konuda boşluk bulunsa da bunun TMK m. 1 uyarınca doldurulması gerektiğini ve görevli mahkemenin de asliye ticaret mahkemesi olduğunu savunmaktadır (bkz. Yılmaz, 2013: s. 1769). Bir başka görüşe göre, HMK geçici m. 3/ f. 3 ve MTK m. 15 dikkate alınarak bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu ifade edilmektedir (bkz. Budak, 2012: s. 55-56). Öte yandan başka bir görüşe göre HMK geçici m. 3/ f. 3 hükmünde eksiklik ve yetersizlik bulunsa da derhal uygulamanın kural olması nedeniyle, HMK'nın yeni getirdiği iptal davası müessesesinin de yeni tahkim sisteminin bütünlüğü içinde uygulanması gerektiği ifade edilerek, bu davaya bakacak bölge adliye mahkemesinin ilk derece sıfatı ile bu davaya bakacak olması nedeniyle, HMK m. 2 hükmünden hareketle asliye hukuk mahkemesinin görevli olması gerektiği savunulmuştur (bkz. Taşpınar Ayvaz, 2013: s. 214-215). Bunlardan farklı bir görüşe göre ise HMK geçici m. 3/ f. 1'e istinaden bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmeden iptal davası açılamayacağından, HUMK'nun temyize ilişkin hükümleri uygulanmaya devam edilecek, tahkim bakımından da HMK'nın iptal ve temyiz sebepleri değil HUMK'nun temyize ilişkin hükümleri uygulanmaya devam edecektir (bkz. Karslı, 2013: s. 939). Her iki sorun bakımından ortaya çıkan tüm bu tartışma ve görüşlerde, görevli mahkeme olarak genel itibariyle asliye hukuk mahkemesi ve asliye ticaret mahkemesinin öne çıktığı görülmüştür.

Tüm bu tartışmalar sürerken, 18.6.2014 tarihinde kabul edilerek 28.6.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve yayımı tarihinde (m. 104) yürürlüğe giren 6545 sayılı *Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*'un 45. maddesinin ilk paragrafı ile 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı *Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun* 5. maddesi ikinci fıkrasının değiştirildiği ve mülga üçüncü fıkranın yeniden düzenlenmiştir. Yeniden düzenlenen

üçüncü fıkranın 4. bendi ve devamındaki cümlelerde, tahkime ilişkin HMK ve MTK kapsamındaki dava ve işlerde görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olarak öngörüldüğü düzenlenmiştir. Bu görev kuralı da Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle yürürlüğe girmiştir (bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Taşpınar Ayvaz, 2015: s. 481; Özbay, 2015: s. 807 vd.). 6545 sayılı Kanun'la tahkime ilişkin hususlar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevlendirilmesiyle tahkimde görevli mahkeme hususundaki görüş ve tartışmaların da önemi kalmamıştır (bkz. ve karş. Özbay, 2015: s. 806). Öte yandan 20.7.2016 tarihi itibariyle de bölge adliye mahkemeleri göreve başlamıştır (bu hususta bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016: s. 87, dn. 4).

6545 sayılı Kanunun 45. maddesi ile 5235 sayılı Kanunun 5. maddesinde değişiklik yapılmış, bu maddenin tahkimle ilgili 4. bendi ve devamı cümlelerinde HMK, MTK hükümlerine atfen ilga düzenlemesi ise yapılmamıştır. Anılan kanunda, madde metninin kaleme alınışı bakımından eksik ve hatalarla birlikte HMK ve MTK'ya atfen bir ilga düzenlemesi bulunmasa ve bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmiş olsa da, tahkimle ilgili başvurulması gereken tüm hususlar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılmalıdır (aynı yönde Taşpınar Ayvaz, 2015: s. 480). Ayrıca kanaatimizce 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile tahkimde görevli mahkemeye ilişkin HMK MTK'nın anılan hükümleri zımnen mülga da olmuştur (bkz. ve karş. Özbay, Korucu, 2016: s. 15). Milletlerarası tahkim bakımından ise MTK m. 15/A), ilk fıkranın ikinci cümlesinde iptal davasının yetkili asliye hukuk mahkemesinde açılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümde iptal davasının açılacağı görevli mahkeme açıkça belirtilmiştir. MTK'nın yürürlüğe girdiği 2001 yılında henüz istinaf yargılaması öngörülmemiş olduğundan, bölge adliye mahkemesi de düşünülmemişti. Bir önceki dipnotta izah edildiği üzere, 6545 sayılı Kanunun 45. maddesi ile 5235 sayılı Kanunun 5. maddesinin yeniden düzenlenen üçüncü fıkrası 4 nolu bendi ve devamındaki cümlelere istinaden MTK kapsamındaki tahkime ilişkin dava ve işler bakımından da artık asliye ticaret mahkemesi görevli kılınmıştır. 28. 6.2014 tarihinden itibaren MTK kapsamındaki tahkime ilişkin dava ve işlerde iptal davası bakımından görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi değil, asliye ticaret mahkemesidir.

MTK m. 15/A/ f. 2, 1-a) bendinde iptal sebebi olarak tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsizliği ve tahkim sözleşmesinin geçersizliği ayrı olarak belirtilmiştir. Bu bakımdan bu bentte, tahkim sözleşmesinin geçerliliği hususunda, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre inceleme yapılacağı hükmünden hareketle çözüm aramak gerekeceği düzenlenmiştir. Tahkim sözleşmesinin taraflarının ehliyetine uygulanacak hukuk bakımından ise MTK bir hüküm bulunmamaktadır (Akıncı, 2013: s. 275). Bu durumda, iptal davasına bakan mahkeme, tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetine uygulanacak hukuku tespit etmek için Türk kanunlar ihtilafı hükümlerini esas alacaktır. Bu husus MÖHUK m. 9'da düzenlenmiş olup, buna göre hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabi olacaktır.

Öte yandan, MTK m. 4/ f. 3'e göre de *"tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli."* (bu hüküm, UNCITRAL Model Kanunu'nun m. 34 (2) (a) (i) hükmü ile aynı yöndedir (bkz. Özel, 2008: s. 85). olacağı için, iptal davasını gören Türk mahkemesi, tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığını, tarafların tahkim sözleşmesine uygulanmak üzere seçtiği bir hukuk bulunuyorsa bu hukuka göre, şayet böyle bir hukuk seçimi yapmamışlarsa Türk hukukuna göre, inceleyecektir (Özel, 2008: s. 85; Akıncı, 2013: s. 276). Bu durumda, taraflar şayet sözleşmenin başında Türk hukukunu seçmişler veya bir seçim yapmadıkları için Türk hukukuna göre inceleme yapılacak olursa, tahkim sözleşmesinin geçersizliği HMK ve maddi hukuk hükümlerine göre incelenecektir.

Şayet HMK'ya tabi bir hakem kararının iptali davasında mahkeme, tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsizliği ya da tahkim sözleşmesinin geçersizliğini tespit ettiği takdirde; MTK'ya tabi bir hakem kararının iptali davasında ise, iptal talep eden bunu ispatlarsa, iptal davasını gören mahkeme hakem kararının iptaline karar verebilecektir.

Şayet tahkimde davanın açılması ve davalının herhangi bir tahkim itirazında bulunmayarak esasa ilişkin savunmalarını ileri sürmesi ve yargılamaya katılması sonucunda verilen hakem kararının aleyhine olması halinde, iptali davası açarak, davacı ile aralarında tahkim sözleşmesinin bulunmadığı yahut (tarafın ehliyetsiz

olduğu ya da) geçersiz olduğu iddiasıyla hakem kararının iptalinin talep edilmesi, bizce de dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırılık teşkil edecektir (Atlıhan, 2010: s. 952). Zira davalı, tahkim sözleşmesinin yokluğu, geçersizliği gibi bir tahkim itirazında bulunmayarak, esasa ilişkin savunmalarını yapmış ve davanın görülmesi için kendisine düşen faaliyetlere katılmakla, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümüne muvafakat verdiğini beyan etmiş olacaktır (bkz. Akıncı, 2013: s. 280). Yargıtay "… davacının hakem mahkemesine müracaatı üzerine hakemini seçen, hakem yargılamasına katılarak davayı takip eden davalının, 14.02.1990 tarihindeki teleksteki hakem şartını benimsediğinin kabulü gerekir. Bu nedenle, davalının taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığına yönelik itirazları yerinde değildir" şeklinde verdiği kararında, bu hususu işaret etmiştir (19. HD.'nin 26.01.1996 tarihli ve E. 1995/6153, K. 1996/610 ve E. 1995/6154, K. 1996/611 sayılı kararların yukarıya aktarılan kısmı için bkz. Akıncı, 2013: s. 280).

Buna karşılık, aleyhine tahkime gidilmesi üzerine davalı, tahkim sözleşmesinin bulunmadığı, tarafının ehliyetsiz olduğu veya sözleşmenin geçersiz olduğu hususunda itiraz etmiş, ancak hakem/ hakem heyetince bu itirazlar reddedilerek yargılamaya devam edilmiş, davalı esasa ilişkin savunmada bulunduğu gibi yargılama sırasında üzerine düşen işleri de yapmış bulunsa bile, aleyhine verilen hakem kararı üzerine iptal davası açarsa, iptal davasını gören mahkemenin bu iptal sebeplerinin varlığı halinde iptal kararı vermesi mümkün olacaktır.

14.4. Tahkim Sözleşmesinin Geçersizliğinin Yabancı Hakem Kararının Tenfizi Aşamasında İleri Sürülmesi

Yabancı olarak nitelendirilen bir mahkeme veya hakem kararının ülkemizde sonuç doğurabilmesi, bu karar hakkında tanıma ve tenfiz kararı verilmesine bağlıdır (bkz. Akıncı, 2013: s. 317; Erten, 2005-2006: s. 199. Bir hakem kararının yerli-yabancı veya milletlerarası olup olmadığı hakkındaki tartışma ve değerlendirmeler ile milletlerarası hakem kararı teriminin anlamı hakkında bkz. Tanrıbilir, Şit, 2002: s. 823-826). Tanıma, yabancı bir mahkeme veya hakem kararının kesin hüküm gücünün, icra edilebilirliğinden ayrı olarak tanıma kararının verildiği devlet

tarafından kabul edilmesi anlamına gelirken (bkz. Nomer, 1993: s. 389; Demir Gökyayla, 2001: s. 56; Erten, 2005-2006: s. 199); tenfiz ise, yabancı mahkeme veya hakem kararının, tenfiz işleminin gerçekleşeceği devlet ülkesinde icra edilebilirlik niteliği kazanmasını ifade eder (bkz. Akıncı, 2013: s. 317; Demir Gökyayla, 2001: s. 39). Hukukumuz bakımından yabancı mahkeme hakem kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında, tanıma ve tenfiz incelemesi yapan mahkemeler, bu yabancı kararların maddi ve hukuki tespitleri bakımından doğruluğunu inceleme konusu yapamayacaklardır (Nomer, 1993: s. 299; Erten, 2005-2006: s. 201). Zira aksi halde, Türk Mahkemelerinin bir uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapması anlamına gelecektir (bkz. Demir Gökyayla, 2001: s. 76) ki, bu durum, tanıma ve tenfizden beklenen faydayı ortadan kaldıracaktır (Erten, 2005-2006: s. 202). Hatta yabancı bir mahkeme veya hakem kararı alınmasını da anlamsız kılacaktır. Bu bakımdan, içeriği tespit yasağı adı verilen yasağa tabi olmaktadırlar (bkz. Akıncı, 2013: s. 317; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 2013: s. 587). Buna karşılık, tanıma ve tenfiz talebini inceleyen mahkemelerin inceleyebileceği husus, tanınması ve tenfizi talep edilen yabancı mahkeme veya hakem kararının sadece tanıma ve tenfiz koşullarını taşıyıp taşımadığı olacaktır (bkz. Akıncı, 2013: s. 317; aynı yönde bkz. Şanlı, 2013: s. 181; Nomer, s. 394, 422; Demir Gökyayla, 2001: s. 75-76; Yargıtay 19 HD.'nin 09.11.2000 tarihli ve 7171/7602 sayılı kararının ilgili kısmı için bkz. Akıncı, 2013: s. 318).

Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hususuyla ilgili olarak 5718 sayılı MÖHUK'un m. 50-63 arasında hükümler yer almaktadır. Bunlardan m. 60-63 hükümleri yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgilidir. Bunun yanında, Türkiye, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1958 New York Sözleşmesi'ne de taraftır. Dolayısıyla, yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi hakkında hem MÖHUK hem de 1958 New York Sözleşmesinde hükümler bulunmakta olup, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bu Kanun veya Sözleşme hükümlerine tabi olarak gerçekleşebilir (bkz. Nomer, 2013: s. 4).

MÖHUK m. 1 yabancılık unsuru bulunan özel hukuk ilişkilerine bu kanunun uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Söz konusu maddenin son fıkrasında Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı bulunduğu

düzenlenmiştir. Bu hükme göre, aynı konuda milletlerarası sözleşmelerin bulunması halinde bu sözleşmenin hükümleri öncelikle uygulanacaktır (Akıncı, 2013: s. 320-321). . Şayet hakem kararının tenfiz edileceği ülke hukuku, Sözleşmeye göre daha elverişli hükümler getiriyorsa, Sözleşme'nin VII/ f. I hükmüne istinaden, tenfiz talebinde bulunan elverişli olan hukukun uygulanmasını talep edebilir (bkz. Nomer, 2013: s. 4-5). Dolayısıyla, yabancı bir hakem kararı, 1958 New York Sözleşmesi'nin kapsamına girdiği takdirde (bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Akıncı, 2013: s. 321 vd.), MÖHUK hükümleri değil, bu sözleşme hükümlerine göre tanınacak ve tenfiz edilecektir. Şayet New York Sözleşmesi kapsamına girmiyorsa, bundan sonra MÖHUK'un hükümleri uygulama alanı bulacaktır (bkz. Akıncı, 2013: s. 393; Erten, 2005-2006: s. 201). Türkiye bakımından, New York Sözleşmesi'nin kapsamına giren yabancı hakem kararları ise Türkiye dışındaki sözleşmeye taraf bir devlet ülkesinde verilenlerdir. MÖHUK'un kapsamına giren yabancı hakem kararı ise, New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlet ülkesinde verilenler olacaktır.

MÖHUK m. 63 göre "yabancı hakem kararlarının tanınması da tenfize ilişkin hükümlere tabidir." Dolayısıyla, yabancı hakem kararlarının tanınması hususunda MÖHUK'un tanıma ve tenfize ilişkin m. 60-62 hükümleri uygulanacak ve tenfiz için burada aranan şartlar esas alınacaktır (bkz. Akıncı, 2013: s. 329-330). Bu nedenle, yabancı hakem kararlarının tanınması hususundaki şartlar bakımından değil, tenfiz engelleri hakkında bir inceleme yapılacaktır. Zaten hukukumuza göre, her tenfiz talebinin aynı zamanda tanımayı da kapsadığı düşünülürse, tenfiz talebiyle birlikte aslında kendisinden daha hafif şartlar taşıyan tanımanın şartları da incelenmiş olur (bkz. Erten, 2005-2006: s. 199).

New York Sözleşmesi'nin V. maddesinde ile MÖHUK'un 62. maddesinde, yabancı hakem kararlarının tenfizine engel olan hususlar sayılmaktadır. Bu maddelerin incelenmesi halinde, hükümlerinin birbirine benzer olduğu görülecektir. Zira her iki maddede de tenfiz engelleri esas itibariyle aynı olup (bkz. Özel, 2008: s. 86), MÖHUK hazırlarınken New York Sözleşmesi'nin hükümlerinin esas alınmasından kaynaklanmaktadır (bkz. Akıncı, 2013: s. 396-397). Eski MÖHUK bakımından da aynı durum söz konusuydu (bkz. Nomer, 1993: s. 299).

Şayet bu engellerden biri dahi bulunursa, yabancı hakem kararının tenfizi mümkün olmayacaktır (Akıncı, 2013: s. 342-343). New York Sözleşmesi'nin m. V maddesine göre; *"1. Aleyhine hakem kararı dermeyan edilen tarafların talebi sekbetmez ve mumaileyh, kararın tanınması ve icrası istenen memleketin salahiyetli makamı huzurunda aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz;*

a. II. maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden taraflar, haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olur yahut da mezkur anlaşma taraflarca tabi kılındığı kanuna ve bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği mahal kanununa göre hükümsüz bulunur ise; veya…" şeklindedir. Söz konusu hükümden anlaşılacağı üzere, yabancı hakem kararının tenfizine engel hususlardan bir tanesi, kısaca tahkim sözleşmesini yapan taraflardan birinin ehliyetsiz veya tahkim sözleşmesinin hükümsüz (geçersiz) olmasıdır (Özel, 2008: s. 85; Akıncı, 2013: s. 343; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 92).

Öte yandan MÖHUK'un red sebepleri başlıklı 62. maddesinde *"(1) Mahkeme, a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise,* …

e) Tahkim sözleşmesi 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…" hükmüne de yer verilmiştir. Bu maddede iki bent halinde, kısaca, tahkim sözleşmesinin mevcut bulunmaması (yokluğu) ve hükümsüz (geçersiz) olmasının, tahkim engeli olduğu belirtilmektedir (Nomer, 1990 (b): s. 11). Bu bakımdan şayet tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise zaten hakem/ hakem heyetinin o uyuşmazlığı görmemesi gerekirdi, buna rağmen görülmüş ise bu bir tenfiz engeli olarak karşımıza çıkacaktır (Akıncı, 2009: s. 129). Bununla birlikte, tenfiz aşamasında tahkim sözleşmesi ile ilgili ortaya sorunlar sözleşmenin yokluğundan ziyade çoğunlukla tahkim sözleşmesinin geçerliliği bakımından ortaya çıkmaktadır. (Akıncı, 1994: s. 184-188; Şanlı, 1997-1998: s. 407-409; Şit, 2005: s. 204). Sonuç olarak, yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tenfiz edilebilmesi için

taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunması gereklidir (bkz. Nomer, 2013:s. 4). Zira özellikle kurumsal tahkim merkezleri tarafından yürütülen yargılamalar bakımından tahkim sözleşmesinin varlığına ilişkin itirazların tahkim sürecinin başında yazılı tahkim sözleşmesinin sunulması yahut MTO tahkiminde olduğu üzere tahkim kurumunun yetkili organınca incelenmesi sonucunda karara bağlandığından, tenfiz aşamasında tahkim sözleşmesinin bulunmadığı yönünde iddiada bulunmak çok beklenecek bir durum değildir (Şit, 2005: s. 204).

Dolayısıyla yabancı hakem kararının tenfizi talebiyle başvurulan Türk mahkemesi, yabancı hakem kararının tenfiz talebi ister New York Sözleşmesine tâbi olarak isterse MÖHUK hükümlerine göre incelenecek olsun, bu kararın mevcut ve geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanmaması halinde tenfiz talebini reddedecektir (aynı yönde bkz. Şit, 2005: s. 202; Ertekin, Karataş, 1997: s. 478; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 72). Bu bakımdan öncelikle mahkemece tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği re'sen incelenecektir (Ertekin, Karataş, 1997: s. 478; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 72; Balkar, 2004: s. 480; Nomer, 1993: s. 303). Bu hususta Yargıtay bir kararında "…yabancı bir hakem kararının tenfizi için geçerli bir hakem sözleşmesinin varlığı gerek 2675 sayılı Yasa gerekse New York Sözleşmesinde arandığından kararın kesinleştiğinden bahisle tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğine ilişkin görüş ve kabul, anılan Yasa ve Sözleşme'ye aykırılık teşkil eder. Çünkü tahkim sözleşmesinin yapılmamış olması veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış olması veya tahkim sözleşmesinin geçersiz olması halinde tenfiz talebinin reddedileceği 2675 sayılı Yasa'nın 45 (1) (a) (f) maddesi, Sözleşme'nin V (a) maddesinde açıkça öngörülmüştür (karar metni için bkz. Nomer, 1988: s. 722). Gerek New York Sözleşmesinin gerekse MÖHUK'un yukarıya aktarılan hükümlerine göre, tenfiz talebini inceleyen hâkim, tarafların ehliyetsizliği hususunda haklarında uygulanması gereken hukuka (bu hususta bkz. Akıncı, 2013: s. 352; Esen, 2003; s. 381), tahkim sözleşmesinin geçersizliği bakımından ise, tarafların seçmiş oldukları bir hukuk var ise buna göre, taraflar bir hukuk seçmemişler ise hakem kararının verildiği yer hukukuna göre inceleme yapacaktır (bkz. MÖHUK m. 62/ e bendi; New York Sözleşmesi m. V/ f. I, a bendi) (Özel, 2008: s. 85-86; aynı yönde bkz. Akıncı, 1994: s. 184-185; Akıncı, 2013: s. 343; Şit, 2005: s. 206; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, 2013: s. 92; Nomer, 2013: s. 5;

Esen, 2003: s. 380; Balkar, 2004: s. 480). Doktrinde Şit, tenfiz talebini inceleyen mahkemenin modern düzenlemeler dikkate alarak yazılılık şartının arandığı halleri daha geniş yorumlanmasının, özellikle imzalı bir belge bulunmayan fakat tahkim kurumunun kurallarına yollama yapılan sözleşmeler bakımından sözleşmenin ayakta tutulması için faydalı olacağı, böylece taraflar arasında tahkim sözleşmesinin varlığına kanaat getirilerek tenfiz kararı verilmesinin mümkün ve bunun da tahkimin amacına daha uygun olduğu görüşündedir (bkz. Şit, 2005: s. 206-207).

Ancak, yabancı hakem kararının tenfizi aşamasında tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesi, dürüstlük kuralı bakımından da değerlendirilmesi gereken bir husustur. Şayet bir taraf, tahkim sözleşmesinin ifasını sağlamaya yönelik hareket etmiş, hakemini seçmiş, yargılamaya katılmış, hakem heyetinin yetkisini kabul etmiş bulunursa, tenfiz aşamasında New York Sözleşmesi m. V (1) (a) bendi uyarınca, tahkim sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilebilecektir (Şanlı, 2013, s. 359-361, dn. 356; Akıncı, 2003: s. 980-981; Esen, 2008 (a): s. 31. Aynı yönde 19. HD.'nin 07.11.2002 tarih ve E. 2249, K. 7219 sayılı yayınlanmamış kararı; 19. HD.'nin 12.6.2001 tarih ve E. 283, K. 701 sayılı yayınlanmamış kararları hakkında bkz. Esen, 2008 (a): s. 31-32; Yargıtay 19. HD.'nin 15.11.1995 tarih ve E. 9108, K. 9685 sayılı kararı içi bkz. Şanlı, 2013: s. 357-358, dn. 353; Yargıtay TD.'nin 08.6.1966 tarih ve E. 1287, K. 1951 sayılı kararı için bkz. ABD, 1966/4, s. 772; Yargıtay 11. HD.'nin 02.10.1979 tarih ve E. 3855, K. 4351 sayılı kararı için bkz. YKD, 1980/2, s. 245-246; 11. HD.'nin 09.4.2004 tarih ve E. 2003/6774, K. 2004/3751 sayılı kararı için bkz. Şanlı, 2013: s. 360-361, dn, 356). Bu durumu ispat için görev belgesi önemli olmaktadır (görev belgesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, 2013: s. 8-11; Akıncı, 2002: s. 965 vd.). Buna karşılık, sözleşmenin tarafı, tahkim sözleşmesinin ifası ile ilgili bir girişimde bulunmamış ise, tenfiz aşamasında tahkim sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil etmemelidir (bkz. Özel, 2008: s. 86; Şanlı, 2013: s. 314-315. Aynı yönde bkz. Akıncı, 2013: s. 156; Akıncı, 2002: s. 981, 984; Esen, 2008 (a): s. 31).

MÖHUK m. 62/ f. 1, b) bendinde "Hakem kararı genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı ise" hükmü ile bir başka tenfiz engeli daha sayılmıştır. Tahkim sözleşmesinin kamu düzenine aykırı olması TBK m. 27 hükmü gereğince

sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne sebep olmaktadır. Yabancı bir hakem kararının kamu düzenine aykırı olması ise MÖHUK'un anılan hükmüne göre hakem kararının tenfizinin reddini gerektiren bir sebep olmakla birlikte, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine etki eden bir şart olarak kanunda düzenlenmemiştir (Nomer, 1990 (b): s. 131). Zira yabancı bir hakem kararının kamu düzenine aykırılığı ancak tenfiz aşamasında ortaya çıkabilir ve borçlar hukuku hükümlerine göre zaten mevcut ve geçerli bir tahkim sözleşmesini hükümsüz hale getiremez (Nomer, 1990 (b): s. 131).

SONUÇ

Özel bir yargılama faaliyeti olan tahkim, önceleri özellikle milletlerarası nitelikteki ticari uyuşmazlıklar bakımından çoğunlukla tercih edilse de artık hem milletlerarası nitelikte olmayan hem de ticari nitelik taşımayan uyuşmazlıklar bakımından da başvurulan bir yol olmuştur. Tahkim, kural olarak sözleşme özgürlüğüne dayalı ihtiyari bir yargı yoludur ve bu yola başvurabilmek için uyuşmazlığın taraflarının bu yöndeki iradelerini tahkim sözleşmesi ile göstermeleri gerekmektedir.

"Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi" başlıklı bu çalışmada, asıl olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu başta olmak üzere Milletlerarası Tahkim Kanunu ekseninde tahkim sözleşmesi incelenmiştir. Bu çalışma üç ana bölümden oluşturulmuş olup, çalışmada ulaştığımız sonuç ve değerlendirmeler her bir bölüm için ayrı ayrı sıralanacaktır.

I. Altı ana başlıktan oluşan birinci bölümde, tahkim sözleşmesi hakkındaki pozitif hukuk kaynakları, tahkim sözleşmesinin tanımı, hukuki niteliği ve yapılış türleri incelenmiş, tek taraflı ve asimetrik tahkim sözleşmeleri anlatılmış ve tahkim sözleşmesinin yorumu konularına değinilmiştir.

1. Tahkime ilişkin ilk yasal düzenlemelere Osmanlı Döneminde rastlamaktayız. Cumhuriyet döneminin ilk yasal düzenlemesi 1027 tarihli 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516-536. maddeleridir. Kural olarak milli (iç) ve ihtiyari tahkime ilişkin bu hükümlerin yerini 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407-444. maddeleri almıştır. Bu genel düzenlemenin yanında maddi hukuka ilişkin bir takım kanunlarda tahkime ilişkin hükümler de yer almaktadır. Bununla birlikte tahkim yerinin Türkiye olarak kararlaştırıldığı milletlerarası tahkim bakımından ise temel düzenleme 2001 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunudur. Tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu uyuşmazlıklar bakımından ise çok sayıda iki ve çok taraflı uluslararası sözleşmeler yanında Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 New York Sözleşmesi de önemli pozitif hukuk kaynaklarıdır. Ayrıca Türkiye

Cumhuriyetinin taraf olduğu yatırım uyuşmazlıkları hakkında da geniş yasal düzenlemeler ve iki taraflı uluslararası sözleşmelerde hükümler bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, kural olarak istisnai nitelikte olan tahkim yargılamasına gitmek için gerekli olan yasal dayanaklar çok çeşitli olup, bu düzenlemelerde tahkim sözleşmesinin tanımı ve unsurları, etkileri, tahkim yargılamasının usul ve esasları, hakem kararı ve icrası gibi hususlardaki hükümlerden yararlanılmıştır.

2. HUMK'da tahkim sözleşmesini tanımlayan bir hüküm yer almıyordu. Ancak HUMK'nun yürürlükte olduğu dönemde 1958 New York Sözleşmesi'nin m. II (1) hükmünde ve sonrasında 1985 UNCITRAL Model Kanun'da tahkim sözleşmesinin tanımına yer verilmiş, bunlar esas alınarak hazırlanan 2001 tarihli MTK'da m. 4/ f. 1'de tahkim sözleşmesi tanımlanmıştır. Buradaki tanıma benzer bir tanım daha sonra HMK m. 412/ f. 1'de düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, *"tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır."*

Tahkim hakkında hükümler ihtiva eden başka yasal düzenlemeler ile Yargıtay kararlarında keza doktrinde de birçok yazarca benzer tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlarda tahkim sözleşmesine ilişkin daha fazla özelliğe yer verildiği gibi daha kısalarına da rastlanmaktadır. Tahkim sözleşmesinin her yönü ile belirtecek bir tanıma rastlanmak kolay değildir. Ancak bu tanımlarda ortak olan temel husus, tarafların aralarındaki bir takım uyuşmazlıklarını devlet mahkemeleri yerine hakem adı verilen kişilerce çözülmesi için anlaşmalarıdır.

Bu bakımdan öncelikle taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunması gerekir. Bu uyuşmazlıklar çoğunlukla maddi hukuka ilişkin satım, kira, taşıma, eser ve benzeri sözleşmelerden kaynaklansa da, uyuşmazlığın sözleşmeden kaynaklanması zorunlu olmayıp sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden de kaynaklanabilir. Bununla birlikte, tahkim sözleşmesinin yapılması için uyuşmazlığın mevcut olması şart olmayıp, ileride doğması muhtemel uyuşmazlıklar için de tahkim sözleşmesi yapılabilir. Uygulamada zaten çoğunlukla uyuşmazlık doğmadan evvel ve asıl sözleşmeye tahkim şartı konulmak suretiyle tahkim sözleşmesinin yapıldığı

görülmektedir. Hatta taraflar arasındaki bir uyuşmazlık hakkında mahkemede dava açılmasından sonra dahi tahkim sözleşmesi yapılması mümkündür. Bu halde tahkim sözleşmesi ancak müstakil bir sözleşme olarak yapılabilir.

Başka bir husus tarafların aralarındaki uyuşmazlığın yalnızca tamamını değil, isterlerse bu uyuşmazlığın bir kısmını dahi tahkime götürülmek için anlaşabilecekleridir. Burada önemli olan bu ayrımım tahkim sözleşmesinde tereddüte yer verilmeyecek surette belirtilmiş olmasıdır.

2. Tahkim sözleşmesi ile taraflar aralarındaki uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmını devlet mahkemeleri yerine hakem veya hakem heyetine götürmek suretiyle kural olarak mahkemelere ait olan yargı yetkisini onlara tevdi etmekte ve böylece özel ve alternatif bir yargı yolu oluşturmaktadır. Bu bakımdan tahkim sözleşmesinin hem sözleşmesel görünümü hem de yargısal fonksiyonu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle maddi hukuk bakımından klasik bir sözleşme olmadığı açıktır. Bu durum, tahkim sözleşmesini hukuki niteliğinin maddi hukuktaki diğer sözleşmelerden ayrıca değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır.

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği hususunda maddi hukuk sözleşmesi, usul hukuku sözleşmesi, karma ve bağımsız (otonom) sözleşme görüşleri olmak üzere dört farklı görüş yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitinin önemi, özellikle milletlerarası nitelikteki tahkim sözleşmelerinde hangi hukukun uygulanacağının tespiti bakımından daha da anlamlıdır. Ayrıca bu niteliğin önemi somut olarak özellikle de yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından ortaya çıkmaktadır. Milletlerarası nitelikteki tahkim sözleşmeleri bakımından günümüzde çoğunlukla bağımsız (otonom) sözleşme görüşünün kabul edildiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık milli nitelikteki tahkim sözleşmeleri bakımından eskiden maddi hukuk sözleşmesi görüşü daha çok kabul görürken, sonrasında usul hukuku sözleşmesi görüşü ağırlıkla taraftar bulmakta ve günümüzde de karma sözleşme görüşüne yönelik bir eğilim olduğu anlaşılmaktadır.

Bir sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti bakımından o sözleşmenin kurulması ile doğan ana ve doğrudan etkilerinin hangi hukuk alanında meydana

geldiği, doktrinde çoğunluğun kabul ettiği ve esas aldığı önemli ve ciddi bir kriterdir. Tahkim sözleşmesinin devlet mahkemelerine alternatif getirerek hakem veya hakem heyetine başvurma imkânı getirmesi hususundaki olumlu, diğer taraftan mahkemeye giden yolu kapatması bakımından ise olumsuz etkisi, bu sözleşmeye karakterini veren ana ve doğrudan etkileri olup, bunlar da usul hukuku alanında doğmaktadır. Ayrıca tahkim sözleşmesine istinaden başlayabilecek bir yargılamanın usul ve esasları, mahkemelerde görülen davalar hakkındaki usul kanunlarındaki hükümlere benzer nitelikte ve usul kanunlarında yer alması bakımından bu sözleşmenin hangi hukuka ait olabileceği hususunda önemli bir değerlendirme esasıdır. Keza hakem kararlarının mahkeme kararı gibi kesin hüküm etkisinin ve icra kabiliyetinin bulunması, bu kararların da kazai nitelikte olduğunu, dolayısıyla bu hakem kararına ulaşmamıza sebep olan ana kaynağın, yani tahkim sözleşmesinin de usuli nitelikte olması gerektiği hususunda dikkate alınabilecek önemli hususlardır. Bütün bu sebeplerle tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği kanaatimizce usul hukuku sözleşmesidir.

3. HMK m. 412/ f. 2 ve MTK m. 4/ f. 1, son cümlede açıkça düzenlendiği üzere tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki asıl sözleşmenin içinde yer alan bir şart (tahkim şartı) veya ondan ayrı bir sözleşme (müstakil tahkim sözleşmesi) olarak yapılabilir. Ancak tahkim sözleşmesinin çoğunlukla asıl sözleşmeye konulan bir şart yani tahkim şartı şeklinde yapıldığı görülmektedir.

Tahkim sözleşmesinin ne zaman yapılabileceği hususunda doktrinde, tahkim şartının uyuşmazlık doğmadan evvel, müstakil tahkim sözleşmesinin ise uyuşmazlık doğduktan sonra yapılabileceği şeklinde görüşler olduğunu ifade etmiştir. HMK ve MTK'nın tahkim sözleşmesinin tahkim şartı ve ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabileceğine ilişkin hemen yukarıda verilen hükmünden başka, bu şekilde yapılacak tahkim sözleşmesinin ne zaman yapılabileceğine işaret eden bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, teorik olarak her iki şekilde yapılan tahkim sözleşmesinin de, taraflar arasında henüz bir uyuşmazlık doğmadan önce veya doğduktan sonra ve yahut her iki halde de yapılabileceği düşünülebilir.

Ancak, doktrinde çoğunlukla kabul gördüğü ve uygulamada da rastlanan şekli ile taraflar arasında asıl sözleşme yapılırken (ve henüz bir uyuşmazlık doğmamışken)

bu sözleşmeye tahkim şartı konulmasıdır. Zira tahkime çoğunlukla sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar için başvurulduğundan, taraflar arasında henüz bir uyuşmazlık doğmadan yapılan asıl sözleşmenin içine bir madde olarak tahkim sözleşmesini koymak daha kolay ve pratik bir yoldur. Ancak asıl sözleşme yapılırken tahkim şartı konulmamış ise ve bu sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık çıktıktan sonra, teknik olarak başlangıçta var imiş gibi yeni bir hüküm ilavesi mümkün olmayacağı gibi, sözleşmenin değişikliğe tabi tutulması veya sözleşmeye yeni hükümler ilave edilmesi de, aksi belirtilmedikçe sözleşmenin yenilenmesi sayılmayacağından, aslında yeni bir sözleşmedir. Bu nedenle kanaatimizce de, başlangıçta asıl sözleşme içinde yer almayan bir tahkim şartı, uyuşmazlık doğduktan sonra şeklen asıl sözleşmeye ilave edilse dahi tahkim sözleşmesinin (şartının) asıl sözleşme yapılırken yapıldığı yani henüz uyuşmazlık doğmadan önce yapıldığı sonucunu doğurmayacaktır. Buna karşılık, asıl sözleşme yapılırken bu sözleşmeye tahkim şartı konulmaması ve taraflar arasında uyuşmazlık çıktıktan sonra tahkim sözleşmesi yapma niyetinin ortaya çıkması veya taraflar arasında sözleşmeye dayanmayan bir ilişkiden uyuşmazlık doğması hallerinde, doğal olarak uyuşmazlık sonrasında tahkim sözleşmesinin müstakil bir sözleşme olarak yapılması gerekecektir.

4. Taraflar yapacakları tahkim sözleşmesinde sadece tahkime gitme iradelerini değil, tahkim yargılamasına ilişkin usul ve esaslar hakkında da hükümler koyabilirler. Bilhassa tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapılması halinde bu duruma daha çok rastlanır. Taraflar hakem/ hakemlerin seçimi, hakem ücretinin paylaşılması, tahkim yargılamasının yapılacağı yer, tahkim yargılamasında kullanılacak dil, kararın nasıl alınacağı, hatta hangi hukukun uygulanacağını dahi kararlaştırabilirler.

5. Gerek tahkim şartı gerekse müstakil tahkim sözleşmesi şeklinde yapılan bir tahkim sözleşmesinin sona ermesi, asıl sözleşmenin sona ermesine bağlı değildir. Zira asıl sözleşme sona ermiş olsa da bu sözleşmeden kaynaklanan alacaklara ve sözleşmenin kapsamına giren gelecekteki uyuşmazlıklar için tahkim sözleşmesi yürürlükte kalmaya devam eder.

6. Asıl sözleşme ile tahkim sözleşmesinin amaçları, fonksiyonları ve hukuki nitelikleri birbirinden farklıdır. Asıl sözleşme, taraflar arasındaki alım- satım, kira, hizmet, taşıma, yayın, eser sözleşmeleri gibi çoğunlukla borçlar hukuku, daha geniş olarak ise bir maddi hukuk sözleşmesidir. Bu bakımdan asıl sözleşme, taraflar arasındaki hak ve borçlar ile sözleşmenin yerine getirilmesi ve sona ermesi gibi hususlara yönelik hükümler içermektedir. Ayrıca asıl sözleşmeden beklenen fonksiyon ise sözleşme kapsamındaki borç ilişkisinin türüne, bir hakkın başkasına devrine, bir işin yapılmasına veya yapılmamasına, bir şeyin saklanmasına veya verilmesine yahut bir borcun ifasına yöneliktir.

Buna karşılık tahkim sözleşmesi ile ulaşılmak istenen amaç, asıl sözleşmenin tarafları arasındaki borç ilişkisinden veya hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yöneliktir. Bu amaca yönelik olarak tahkim sözleşmesine yüklenen fonksiyon ise temel olarak uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümü için yargılama yapılarak bir karara varılmasını sağlamaktır.

7. Tahkim sözleşmesi asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapıldığı hallerde, fiziki olarak birbirinden ayrı iki sözleşme metni mevcuttur. Bu durumda müstakil tahkim sözleşmesi de kendi başına bir sözleşme olduğundan, her sözleşme gibi şekli ve maddi geçerliliği bakımından asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilecek, kendiliğinden diğerinin akıbetine tabi olmayacaktır.

Öte yandan tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeye konulan bir şartla ortaya çıkması halinde, fiziki olarak tek bir sözleşme var gözükmekle birlikte, aslında burada iki sözleşme bulunmaktadır. Bu durumda, asıl sözleşmenin yokluğu veya geçersizliği hallerinde, içindeki tahkim şartının da doğrudan yok veya geçersiz olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu hususta daha önceleri kabul görmekte olan bir anlayıştan vazgeçilmiştir. Bu anlayış, tahkim şartının asıl sözleşmenin bir parçası olduğu hususundan hareket ederek asılın geçersiz olması halinde onun bir parçası olan tahkim şartının da doğrudan geçersiz olduğu yönündeydi.

Bu vazgeçme, hukukta kabul edilmiş bir ilkenin sonucudur. Hukukumuzda tahkim şartının "istiklali", "bağımsızlığı" veya "ayrılabilirliği" olarak ifade edilen bu ilke, tahkim şartının (sözleşmesinin), şekli ve maddi hukuk bakımından geçerliliğini

asıl sözleşmeye bağlı görmeyerek, iki sözleşmenin ayrı ayrı değerlendirileceğini kabul eden bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Bu ilkeye göre, tahkim şartının geçerliliği asıl sözleşmeye bağlı olmayıp, her bir sözleşmenin geçerliliği sorunu kendi akit statüleri içinde çözümlenmelidir. Dolayısıyla bu ilkenin doğal sonucu olarak, tahkim şartı geçersiz olsa bile asıl sözleşme geçerli olabilecek veya tam tersine asıl sözleşme geçersiz olsa da tahkim şartı geçerli olabilecektir. Sonuç olarak, bu ilkeye göre asıl sözleşmenin geçersizliği, o sözleşmede yer alan tahkim şartının da doğrudan geçersiz olduğunu göstermeyecektir.

UNCITRAL Model Kanun'u m. 16/ f. 1'de yer verilen bu ilke, bu kanunu kendine esas alan devletlerin kanunlarında da yerini almış olup, hukukumuzda önce MTK m. 7/H/f. 1, sonra HMK m. 422/ f.1'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde önce hakemin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi düzenlenmiş, iki ve üçüncü cümlelerde ise tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı düzenlenmiştir. Kaynağını milletlerarası nitelikteki tahkime ilişkin düzenlemelerden alan bu ilke HMK'da yer alarak böylece milli tahkim bakımından da benimsenmiştir. Milletlerarası nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından asıl olarak devlet mahkemeleri değil tahkim yargılaması yoluyla uyuşmazlığın çözülmesi amaçlandığından, asıl sözleşmenin yok veya geçersiz olması iddiası karşısında, bu hususta karar vermek için bu sözleşmenin içindeki tahkim şartını ayakta tutma eğilimi bu ilkeyi doğurmuştur.

Bu hükümlere göre, aleyhine tahkime başvurulan davalının asıl sözleşmenin yok veya geçersizliği iddiasında bulunması halinde hakem veya hakem kurulu bu iddia hakkında karar verirken tahkim sözleşmesini asıl sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirecek ve şayet hakem veya hakem kurulu asıl sözleşmenin geçersiz olduğu sonucuna varırsa bu kendiliğinden tahkim şartını da geçersiz kılmayacaktır. Bu bakımdan her iki sözleşmenin yokluğu ve geçerliliği hem maddi hem de şekli hukuk bakımından tabi oldukları ayrı ayrı incelenecektir. Hakem veya hakem heyeti, asıl sözleşmenin yok veya kesin hükümsüz yahut iptal edilebilirliğine sebep Medeni ve Borçlar hukukunu başta olmak üzere ilgili olduğu diğer maddi hukuka ilişkin hükümleri tahkim şartı bakımından da geçerli olup olmadığını ayrıca değerlendirmelidir. Örneğin, tam ehliyetsiz bir kişi tarafından yapılan asıl sözleşme kesin hükümsüz olacağından aynı kişinin yaptığı tahkim sözleşmesi de ehliyet

şartının eksikliği dolayısıyla hükümsüz olacaktır. Ancak tüm geçersizlik halleri için aynı sonuca varmak mümkün değildir. Örneğin, asıl sözleşmenin konusu ahlaka aykırı bir konuda yapılması nedeniyle kesin hükümsüz olabilecekken, tahkim şartına bunu sirayet ettirmek mümkün olmayacaktır. Keza, asıl sözleşmenin adi vekil tarafından yapılması halinde temsil yetkisi bakımından bir sorunla karşılaşılmazken, vekilin vekâletnamesinde tahkim sözleşmesi yapabileceğine ilişkin özel bir yetki bulunmuyorsa asıl sözleşmenin içindeki tahkim şartı geçerli olmayacaktır. Örneğin, tahkime gitme iradelerini de içeren bir kira sözleşmesini taraflar sözlü olarak kararlaştırırlarsa o kira sözleşmesi geçerli olurken, içindeki tahkim şartı geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla hakem veya hakem heyeti asıl sözleşmeden ayrı olarak tahkim şartının yokluğu ve geçerliliğini kendi akit statüsü içinde incelemelidir.

Bu incelemenin sonucunda şayet tahkim sözleşmesinin geçerli olduğuna varılırsa ve asıl sözleşmenin geçersizliğine bağlanan bir kısım sonuçlar da bulunursa onlar hakkında da karar verme yetkisi hakem veya hakem heyetinde kalmaya devam edecektir.

8. Mecburi tahkim halleri dışında, tarafların sözleşme serbestisine dayalı olarak iradi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim yoluna başvurmayı benimsemelerinin temelinde, tarafların eşitliği yer almaktadır. Bu bakımdan taraflar, aralarında tahkim sözleşmesine tabi bir uyuşmazlık doğduğunda aralarında bir öncelik, ayrım veya üstünlük öngörmeksizin, tahkim yargılamasına başvurmak isterler. Ancak, uygulamada bazen tek tarafa tahkim yargılamasına başvurma hakkı tanıyan tahkim sözleşmelerine rastlanmaktadır. Bu şekilde tek tarafa tahkim yargılamasına gitme hakkı tanıyan tahkim sözleşmesine, "asimetrik tahkim sözleşmesi" veya "tek taraflı tahkim sözleşmesi" adı verilmektedir.

Hukukumuzda asimetrik tahkim sözleşmesinin iki örneği bulunmaktaydı. Bunlardan ilki, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü (2015 Öncesi) Kurtarma- Yardım Sözleşme'nin 6. maddesi 4. fıkrası çerçevesinde yapılan tahkim sözleşmeleriydi. Diğeri ise halen mevcut, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesi 1. fıkrasına dayanılarak yapılan tahkim sözleşmesidir.

Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü (2015 Öncesi) Kurtarma- Yardım Sözleşme'nin 6. maddesi 4. fıkrası çerçevesinde yapılan tahkim sözleşmelerinde, tarafların anlaşamaması halinde kurtarma yardım hizmetinden kaynaklanan alacağın miktarına ilişkin uyuşmazlığın sadece kurtarıcının (Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü) isteği ile tahkime götürülebileceği öngörülmüş, kurtarma ücretinin dışındaki ihtilaflar için ise yetkili mahkeme tayin edilmiştir. Bu tahkim sözleşmesine dayanan bir yargılama neticesinde Yargıtay, taraflardan sadece birine tahkim yoluna başvurma hakkı verilmiş olmakla, sözleşmenin diğer tarafı için tahkime konu uyuşmazlık hakkında mahkemeye başvurma hakkının da ortadan kaldırılmış olması dolayısıyla hak arama hürriyetinin sınırlanması nedeniyle gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün 2015 öncesi Kurtarma- Yardım Sözleşmesinden kaynaklanan, tarafların tahkime başvurma hakkına ilişkin eşitsizlik ve hak arama özgürlüğüne getirilen sınırlama, artık yeni Kurtarma Sözleşmesinde, her iki tarafın da tahkime başvurabileceğine ilişkin ifadelere yer verilmek suretiyle giderilmiş olduğundan, artık bu sebeplerle sözleşmenin geçersizliği iddia edilemeyecektir.

Asimetrik tahkim sözleşmeleri bakımından ikinci örnek, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun "Sigortacılıkta tahkim" başlıklı 30. maddesinin 1. fıkrasına istinaden gerçekleşir. Sigortacılık Kanunu anılan hükmünde gerek HMK m. 412 gerekse MTK'nın m. 4 kapsamındaki bir tahkim sözleşmesinin nasıl yapılacağı ve şeklen geçerli olması için aranacak şartlara, yeni ve farklı bir metot getirmiştir. Söz konusu hükme göre, sigortacılıkta tahkim yoluna gitmek için, taraflar arasında, temel borç ilişkisini kuran sigorta sözleşmesinde herhangi bir tahkim şartının bulunması veya zaten nadir görülmekle birlikte, uyuşmazlığın çıkmasından sonra tarafların müstakil bir tahkim sözleşmesi yapmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Şayet sigorta şirketinin sigorta tahkim sistemine üyeliği bulunmakta ise sigorta şirketiyle uyuşmazlığa düşen sigorta ettirenin veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile güvence hesabından faydalanacak kişilerin, Türkiye Sigorta Birliği bünyesinde oluşturulan Sigorta Tahkim Komisyon'una başvurması, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü için yeterlidir. Bu bakımdan Sigortacılık Kanunu m. 30, tek tarafa tahkime başvurma, yani tahkim sözleşmesi kurma iradesi vermekte ve bu haliyle de asimetrik bir tahkim sözleşmesi kurulmasına sebep olmaktadır.

9. Tarafların tahkime gitme hususundaki iradeleri her zaman açık ve net bir şekilde ortaya konulmamış veya konulamamış olabilir. Dolayısıyla taraflar arasındaki uyuşmazlıklar bakımından tahkime gitmek hususunda gerçekten bir iradelerinin olup olmadığı veya bu iradeye nasıl bir anlam yüklediklerinin tespit edilmesi ihtiyacı olabilir. Bu hususta Türk Borçlar Kanunu m. 19/ f. 1 hükmündeki sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin hükümden hareketle, taraflar arasındaki tahkim iradesi ve buna yönelik diğer hükümlerin yorumlanması gerekecektir. Buna göre, tarafların iradelerini yükledikleri ifade ve kavramların genel çerçevesinden çıkarılacak anlam, tarafların gerçek ve ortak amaçları göz önünde tutulmalı, ayrıca sözleşmenin yapıldığı sıradaki durum ve şartlar da değerlendirilmelidir. Milletlerarası nitelikteki tahkim sözleşmelerini ayakta tutma anlayışının sonucu olarak, tahkim sözleşmesinin geçerliliği yönündeki yorumların daha geniş tutulduğu görülmektedir. Öte yandan milli nitelikteki tahkim sözleşmeleri bakımından ise devlet mahkemelerine gitmenin asıl, tahkime başvurmanın istisna olması sebebiyle bu yorumun daha dar tutulduğu ifade edilmektedir. Sonuç olarak şayet sözleşmede kullanılan tabir ve ifadeler, tarafların bir tahkim sözleşmesi yapmak hususundaki iradelerinin tayininde şüphe ve tereddütlere yer verecek nitelikte iseler, böyle bir sözleşmeyi tahkim sözleşmesi olarak kabul etmemek gerekecektir.

II. İkinci bölümde, tahkim sözleşmesinin kuruluş şartları, tahkime elverişlilik, sözleşmenin tarafları ve geçerli bir tahkim sözleşmesinin hüküm ve sonuçları ele alınmış olup, bu bölümden çıkardığımız sonuç ve değerlendirmeler şunlardır:

1. Tahkim sözleşmesi niteliği itibariyle usul hukuku sözleşmesi olmakla birlikte, aynı zamanda borçlar hukukunun sözleşmelerle ilgili kurallarına göre kurulur. Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin dayanağı olan milli mevzuat veya milletlerarası sözleşme veya tahkim merkezi kurallarında öngörülen bir kısım şartları taşıması halinde (geçerli) olarak kurulabilir ve buna istinaden bir tahkim yargılamasına gidilebilmesi, hatta verilen hakem kararının geçersiz (veya yok hükmünde) bir tahkim sözleşmesine dayanması sebebiyle iptal edilmemesi için; hem tahkime ilişkin mevzuattaki ek (özel) şartların varlığı hem de borçlar hukuku ve medeni hukuktaki tüm sözlemeler bakımından aranan genel şartların varlığı aranacaktır.

Kısaca tahkim sözleşmesinin kurulabilmesi için, öncelikle taraflar arasında mevcut ve belirli bir hukuki ilişkinin varlığının aranacaktır. Daha sonra bu hukuki ilişkiye dayanan belirlenebilir (doğmuş veya doğması muhtemel) bir uyuşmazlık bulunmalı ve son olarak bu uyuşmazlığın tahkime götürülmesi hususunda tarafların karşılıklı açık ve kesin bir tahkim iradesini ortaya koymaları gerekecektir. Ayrıca taraflar, bu iradelerini ancak mevzuatın öngördüğü surette yazılı olarak göstermelidirler. Bu şartlar temel olarak tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekline ilişkin HMK m. 412 ve MTK m. 4'den ve diğer uluslar arası mevzuat hükümlerinden anlaşılmaktadır.

Bunların yanında tüm sözleşmeler gibi tahkim sözleşmelerinin kurulmasında aranacak bir kısım şartlar da vardır ki, temel olarak borçlar hukukundan ve medeni hukuktan kaynağını alan bu şartlar ise genel şartlar niteliğindedir. Bunların başında, sözleşme yapabilme ehliyeti gelir.

2. Tahkim sözleşmesi yapabilmek için öncelikle taraflar arasında bir hukuki ilişkinin mevcut bulunması gerekir. Bu hukuki ilişki sözleşmeye dayanabileceği gibi sözleşme dışındaki bir ilişkiye de dayanabilir. Örneğin haksız fiil halinde de tahkime gitmek mümkün olabilir. Önemli olan mevcut veya ileride doğması uyuşmazlıkların kaynağı olan bir hukuki ilişkinin varlığıdır. Ayrıca hukuki ilişkinin varlığından maksat ise bu ilişkinin aynı zamanda belirli olmasıdır. Bunun için, somut bir tahkim sözleşmesi ve bununla birlikte hakem mahkemesinin yetkisinin neye dayandığının anlaşılması bakımından bu hukuki ilişkinin nesnel olarak belirlenebilir olması gereklidir. Şayet bu ilişkinin varlığı hususunda bir tereddüt olursa, tahkim sözleşmesinin yapıldığı sıradaki tarafların istekleri ve tarafların daha sonraki davranışları vasıtasıyla genel ilkelere dayanan yorumlarla tespit edilmeye çalışılabilir.

3. Tahkim sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için taraflar arasındaki uyuşmazlığın belirli (veya belirlenebilir) olması gereklidir. Şayet taraflar arasında daha evvelden mevcut bir hukuki ilişkinin yürütülmesinden doğmuş ve bu uyuşmazlık üzerine taraflar tahkim sözleşmesi yapmak istemişlerse (ki; bu halde çoğunlukla müstakil bir tahkim sözleşmesi yapılır), bu durumda taraflar arasında zaten hem bir hukuki ilişki mevcuttur, hem de somut bir uyuşmazlık bulunmaktadır.

Yahut başta bir hukuki ilişki ve bir uyuşmazlık bulunmuyor ancak örneğin bir haksız fiille birlikte bir hukuki ve aynı anda bir zarar ortaya çıkıyorsa, bu zarara sonucunda çıkan uyuşmazlıkla birlikte bir tahkim sözleşmesi yapılmış olabilir. Dolayısıyla bu şekillerde yapılan bir (müstakil) tahkim sözleşmesinde, tahkim sözleşmesi kurulması için aranan hem hukuki ilişki hem de uyuşmazlığın mevcudiyeti (ve belirliliği) sağlanmış olacaktır.

Öte yandan, taraflar arasında belirli bir hukuki ilişki hakkında yapılan asıl sözleşmeye tahkim şartı konulması halinde, hukuki ilişki mevcut ve belirli iken, bir uyuşmazlık çıkıp çıkmayacağı çıkacak ise ne tür bir uyuşmazlık olacağı belirli değildir. Ancak hukuki ilişkinin mevcut ve belirli olduğu bunun gibi sözleşmelerde "aramızdaki işbu sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilecektir" şeklindeki bir tahkim şartıyla uyuşmazlığın belirli kılındığı kabul edilecektir. Ayrıca "aramızda bu sözleşme kapsamında çıkacak tazminat talepleri" tahkime götürülebilir şeklindeki bir tahkim şartında ise uyuşmazlığın daha açıkça belirlendiği, hukuki ilişkiden kaynaklı tüm uyuşmazlıklar değil sadece belli bir uyuşmazlık hakkında önceden sınırlama yapıldığı görülecektir. Bunlara karşılık, taraflar arasında bundan sonra doğacak tüm uyuşmazlıklar için tahkime gidileceğine ilişkin genel nitelikteki bir tahkim şartında hukuki ilişki ve uyuşmazlık belli olmadığından tahkim şartı geçerli sayılamayacaktır.

4. Tahkim sözleşmesinin kurulması için aranan esaslı bir diğer husus, karşılıklı açık ve kesin tahkim iradesinin varlığıdır. Zira uyuşmazlıkları devlet mahkemelerinden alarak tahkim yolu ile (hakem veya hakem heyeti önünde) çözülmesi hususundaki tarafların birbirine uygun karşılıklı irade açıklaması, tahkim sözleşmesinin temel kurucu unsurudur. Bu bakımdan, geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedebilmek için, tarafların bu sözleşmeyi kurmak hususunda ortaya koydukları iradelerinin açık ve kesin bir biçimde gösterilmesi ya da sözleşmeden bunun anlaşılması gereklidir. Dolayısıyla tarafların tahkime gitmek hususundaki bu iradeleri açık ve kesin değilse veya sözleşmeden bu husus anlaşılmıyorsa tahkim sözleşmesi geçersiz olacaktır. Bu hususta tarafların iradelerinin karşılıklı, açık ve kesin olup olmadığı her bir somut duruma göre ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Örneğin, aynı uyuşmazlık hakkında asıl sözleşmede hem tahkim şartı hem de yetki şartı yer alıyor tahkim şartının geçerli olup olmadığı sorunu ile karşılaşırız. Doktrinde farklı yaklaşımlar olmakla birlikte Yargıtay uygulaması ve kanaatimizce de tahkim iradesi hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmadığından geçerli olarak kurulmuş olmayacaktır. Keza benzer bir sonuç, tahkime başvurulmasından sonra oradan bir sonuç alınamaz ise sonradan mahkemeye başvurulabileceğine ilişkin terditli bir hükümdeki tahkim şartı geçerli olmayacaktır. Öte yandan, önce mühendise veya uzlaşmaya, bilirkişiye başvurulması buradan bir sonuç alınamaması halinde tahkime gidilebileceğine ilişkin tahkim şartları ise geçerli kabul edilmektedir.

5. Taraflar, tahkim iradesini yazılı bir sözleşme geçerli kılabilirler. Hem HMK hem de MTK ve uluslararası hukuki düzenlemelerde tahkim sözleşmesinin yazılı olması gerektiği şart kılınmış ve bu yazılılık şartının nasıl yerine getirilmiş sayılacağı hükmedilmiştir. Bu hususta HMK m. 412/ f. 3 ve MTK m. 4/ f. 2 kanunu dayanaklarımızdır.

HMK ve MTK'nın anılan hükümlerine göre, yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılacağı ilk durum, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgede yer almasıdır. TBK m. 14/ f. 1'de yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması gerektiği belirtilmiştir. Hem TBK hem de HMK ve MTK hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, yazılı olarak yapılması gereken tahkim sözleşmesinin de borç altına girenlerce imzalanmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, tahkim sözleşmesinin her iki tarafa borç yüklemesi nedeniyle de, tahkim sözleşmesinde her iki tarafın imzasının bulunması gerekmektedir. Ancak bunu, her iki tarafın imzasının aynı metin üzerinde bulunması veya aynı anda imzalanması zorunludur şeklinde de anlamamak gerekir. Dolayısıyla tarafların tahkim iradelerini ayrı metinlerde ortaya koymak ve her birinin kendi metnini imzalayarak diğer tarafa teslim etmek suretiyle tahkim sözleşmesini yazılı hale getirmiş olurlar.

6. HMK m. 412/ f. 3 ve MTK m. 4/f. 2'de yer alan tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin olarak, yazılı şekil şartının yerine gelmiş sayılacağı kabul edilen ikinci durum, tahkim sözleşmesinin taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks,

faks gibi bir iletişim aracıyla gönderilmiş olmasıdır. Burada tek taraflı bir gönderim değil karşılıklı değişik söz konusudur. Bu şekilde yapılan tahkim sözleşmelerinde imza unsurunun aranıp aranmayacağı ayrıca ve teati edilen iletişim aracının niteliğine göre değerlendirilmelidir.

Tahkim sözleşmesinin mektup veya telgraf yolu ile teati edilmesi halinde, mektubun aslının, telgrafın ise postanede kalan nüshasının imzalanması gereklidir. Böylece yazı şekil şartının gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Faks yolu ile gönderimler, mektup ve telgrafa göre daha hızlı, kolay, pratik ve az maliyetli bir yoldur. Ancak burada imza unsurunun aranıp aranmayacağı ayrı bir sorundur. Doktrinde bu yolla yapılan gönderimlerde faksın alındığının teyit edilmesinin yeterli olacağı, imzanın aranmaması gerektiği ifade edilmiştir. Başka bir görüşe göre faks çıktısında imza görünse bile bu çıktı orijinal metin olamayacağı için imza da ıslak olmadığından imza şartı yerine gelmediği için yazılı şekil sağlanmamıştır. Tüm bu görüşler yerinde olmakla birlikte, HMK ve MTK'nın ilgili hükmü düşünüldüğünde de bir sonuca ulaşmak gerekecektir. Bu sebeplerle kanaatimce, faks yolu ile gönderilen bir tahkim sözleşmesinde faksın gönderildiğinin teyit edilmesinden başka, ıslak olmasa da imzanın bulunmasının tahkim sözleşmesinin olmadığı veya geçersiz olduğu şeklindeki uyuşmazlıkların çözümü bakımından bir kolaylık sağlayacağı şüphesizdir.

7. HMK m. 412/f. 3 ve MTK M. 4/f. 2 hükümlerinde düzenlenen tahkim sözleşmesinin yazılı şekil şartının yerine gelmiş sayılacağı kabul edilen üçüncü durum, tahkim sözleşmesinin elektronik ortama geçirilmiş olmasıdır. HMK ve MTK'nın anılan hükümleri, hemen hemen 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu m. 7/2'nin tekrarından ibarettir. Ancak HMK ve MTK'nın hükümlerinde, elektronik ortamdaki tahkim sözleşmesine ilişkin kaydın ulaşılabilir olmasının gerektiğine yer verilmemiştir. Ancak bu durum aslında elektronik iletişim bakımından bilginin tekrar ulaşılabilir olmasını sağlayan özelliktir. Elektronik ortama geçirilmiş tahkim sözleşmesinin yazılılık niteliği, bilginin yeniden ulaşılabilir olmasına bağlı tutulduğundan HMK ve MTK'daki bu eksikliğin yapılacak bir düzenleme ile giderilmesi uygun olacaktır.

8. Tahkim sözleşmesinin yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayıldığı hallerden birisi de, dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olmasıdır. Buna göre, taraflar arasındaki yazılı bir belgede yahut aralarında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi iletişim araçlarında ya da elektronik ortamda, tarafların tahkime ilişkin irade beyanları bulunmadığı halde, davacı hakeme başvuru yaptığı dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığı iddia etmiş ve iddiaya karşı davalı cevap dilekçesinde bir itirazda bulunmamışsa, yazılı şekle uygun bir tahkim sözleşmesi kurulmuş olacağı kabul edilmiştir.

Kanun koyucu, davalının, bu iddiaya ses çıkarmamasına bir sonuca bağlamış ve bu durumu, davacı ile arasındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümüne yönelik bir muvafakat olarak kabul etmiştir. Şayet bu şekilde başlamış bir tahkim yargılaması hakem kararı ile sona ermiş ve bu karar aleyhine verilen davalı bundan sonra yazılı bir tahkim sözleşmesi olmadığını iddia etmiş olursa, bunu dürüstlük kuralına uygun bulmak mümkün olmayacaktır.

9. 1086 sayılı HUMK'da yer almayan, Türk tahkim hukukunda ilk defa 4686 sayılı MTK m. 4/ f. 2, 3. cümlede ifadesini bulan ve daha sonra HMK m. 412/ f. 3, son cümlede tekrarlanan bir başka tahkim sözleşmesi yapma metodu söz konusudur. Buna göre, şayet asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek maksadıyla içinde tahkim şartı bulunan bir belgeye atıf yapılırsa, böylece geçerli bir tahkim sözleşmesi yapılmış sayılacaktır. Bunu hem tahkim sözleşmesi yapma yöntemi hem de bir yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılacağı bir hal olarak kabul edebiliriz.

Taraflar, asıl sözleşmenin bir parçası veya eki haline getirmek istedikleri ve içinde tahkim şartı bulunan tip (standart) sözleşmelere, genel şartlara, model kurallara veya ikili veya çok tarafları uluslararası yatırım sözleşmelerine, aralarındaki asıl sözleşmeye koyacakları bir hüküm ile atıf yapmak suretiyle, yazılı bir tahkim sözleşmesi yapmış olurlar. Başka bir ifade ile tarafların arasındaki asıl sözleşmeye tahkim şartı koymak yerine, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünü öngören belgelere atıf yapmaları yeterli sayılacaktır. Atıf yapılan belgenin taraflarca imzalanması aranmaz. Bununla birlikte, içinde tahkim şartı bulunan bir belgeye genel nitelikteki atıfla tahkim sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağı ise tartışma

konusudur. Şayet taraflar tacir ise genel nitelikteki atfın tahkim sözleşmesinin geçerli olarak kuruldu iddiasını etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Zira basiretli davranan tacirin bu hususta bilgi sahibi olması veya en azından bunun için çaba göstermesi beklenir. Ayrıca taraflar arasında daha evvelden genel nitelikteki bir atıf sonucu tahkim yargılaması yapılmışsa, daha sonra genel nitelikteki aynı atıftan dolayı tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu iddiası haklı olmayacaktır.

10. Tahkim sözleşmesi için şart kılınan yazılı şekil adi yazılı şekildir. Ayrıca bu şekil ispat şartı değil tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartıdır. Mülga HUMK m. 517/ f. 2'den tahkim sözleşmesinin yazılı yapılmasının geçerlilik şartı olduğu açıkça anlaşılıyordu. Ancak HMK ve MTK'da bu yönde açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Ancak TBK m. 12/f. 2 *"Kanunlarda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir."* hükmünden hareketle, tahkim sözleşmesinin de yazılı şekilde yapılmasının geçerlilik şartı olduğu sonucuna varılabilirse de, tahkim sözleşmesinin yazılı olmasının geçerlilik şartı olduğunu açıkça gösteren HUMK'nun anılan hükmüne benzer bir düzenlemenin HMK ve MTK'nın tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin maddelerine ilave edilmesi kanaatimce daha isabetli olacaktır.

11. Her uyuşmazlık için mahkemeye gitmek mümkünken, tahkime gitmek mümkün olmayabilir. Çünkü tahkim yargılamasının yapılabilmesinin temel unsurlarından biri taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkime elverişli olmasıdır. Tahkime elverişlilik, hangi uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebileceğini, dolayısıyla hangilerinin de tahkim tabi olmadığını belirleyen, kanuni bir sınırı ortaya koyan bir kavramdır. 6098 sayılı TBK'nın 26. maddesinde tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği düzenlenmiştir. HMK'nın 408. ve MTK'nın 1/ f. 4 hükmü tarafların bu irade serbestisine getirilen sınırı işaret eden düzenlemelerdir. Bu hükümler emredici olup, bunlara göre, taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Başka bir ifade ile taraflar arasındaki uyuşmazlığın taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklar dışındaki diğer haklara ilişkin olması veya tarafların iradelerine tabi bulunan işlerden kaynaklanması halinde, taraflar tahkime gidebileceklerdir.

HMK ve MTK'nın anılan hükümlerindeki "iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar" hususundan ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrindeki açıklamalar doğrultusunda kanaatimizce de, temel olarak tarafların üzerinde sulh yolu ile serbestçe anlaşabilecekleri uyuşmazlıklar anlaşılmaktadır. Tahkime elverişlilik hususunda, hukukumuzda kabul edilmiş olan uyuşmazlığın iki tarafın arzularına tabi olması ölçütü, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme yapma özgürlüğü zayıfladığı oranda ortadan kalkmaktadır. Bu bakımdan bilhassa tüketicilerin taraf olduğu tahkim sözleşmeleri için de HMK'nın 17. maddesinde yetki sözleşmeleri bakımından sağlanan sınırlamaya benzer bir düzenlemenin yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyim.

Ayrıca maddi hukuka ilişkin bir kısım düzenlemelerde tahkime elverişlilik hakkında hükümlerde bulunmaktadır. Bu özel düzenlemeler de öncelikle uygulanacaktır.

12. HMK ve MTK'nın tahkime elverişlilik hakkındaki hükümlerinde uyuşmazlığın tahkime elverişliliği, o uyuşmazlığa konu hak üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilmeleri şartına bağlanmıştır. Doktrinde ve içtihatlarda genel olarak kabul edildiği üzere, kamu düzeni ile ilgili konular, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususlar olduğundan, bu hususlarda tahkim sözleşmesi yapılmasının mümkün görülmemesi, kamu düzeninin hukukumuzda önemli bir tahkim engeli olarak ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. HMK ve MTK'nın tahkime elverişlilik hakkındaki hükümlerinde kamu düzeninin tahkime elverişlilik engeli olarak yer almadığı, bilakis hakem kararlarının iptal sebepleri arasında yer aldığı (HMK m. 439/f. 2, ğ bendi; MTK m. 15/A), 2, b bendi) görülmektedir. Ancak Yargıtay verdiği birçok kararında, bir sözleşmenin taraflarının, ancak kamu düzenini ilgilendirmeyen konularda tahkim sözleşmesi yapabileceğini ortaya koymak suretiyle, bu kavramı bir tahkime elverişlilik engeli haline getirmiş olmaktadır.

Doktrinde kamu düzeninin ihlal edilebileceği gerekçesiyle tahkime elverişlilik alanının daraltılmaması, ayrıca kamu düzenine aykırılığın bir iptal sebebi olması olarak düzenlenmiş olması nedeniyle daha baştan tahkime başvurmayı yasaklamanın doğru olmadığı ifade edilmiştir. Ancak burada gözden kaçan tahkime

konu uyuşmazlığın kamu düzenine aykırılığı ile iptal davasına konu hakem kararının kamu düzenine aykırılığın ise ayrı olduğudur.

Kamu düzenine aykırılık gibi bir sebebin HMK ve MTK'da tahkim engeli olarak gösterilmemesine rağmen, uygulamada bunun aksine yönde kararlar verilmesi nedeniyle kanun koyucunun bu hususta açık bir düzenleme yapmasının faydalı olacağı ve kamu düzenine aykırılık halinin bir tahkim engeli olarak HMK ve MTK'nın ilgili hükümlerine sokulması ve sonrasında örnekleme yolu ile tahkime elverişli olmayan hususların sayılmasının daha doğru kanaatindeyim.

13. Tahkim sözleşmesi en az iki kişinin yapabileceği bir sözleşme olup, bu sözleşmenin tarafı olmak için müstakil tahkim sözleşmesi veya tahkim şartını içeren asıl sözleşmede taraf olarak zikredilmek şarttır. Aksi halde sözleşmenin tarafı olmayan kişilerin tahkim yargılamasına tabi tutulması söz konusu değildir. Zira bu sözleşmenin bağlayıcılığı da kural olarak sadece taraflar arasında söz konusudur. Bu bakımdan müşterek borçlu, kefil gibi üçüncü kişiler tahkim sözleşmesinden etkilenmezken, tahkim sözleşmesinin tarafı olan kişilerin külli ve cüzi halefleri ise bu sözleşme ile bağlı kalacaklardır. Ayrıca uyuşmazlığın tarafı olmakla birlikte tahkim sözleşmesine katılmamış kişiyi bu sözleşme bağlamayacaktır.

Tahkim sözleşmesinin tarafları, bu sözleşmeyi yapan veya adına bu sözleşme yapılan ve bu sözleşmenin sonuçlarından etkilenen gerçek ve /veya tüzel kişilerdir. Başka bir ifade ile tahkim sözleşmesi bakımından taraf, aralarında bir hak üzerinde uyuşmazlık bulunan veya ileride doğması ihtimali olan ve bu uyuşmazlığın çözümünü hakem adı verilen kişilere götürmeye hakkına sahip gerçek veya tüzel kişi ya da kişilerdir. Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin tarafı olabilmek için öncelikle gerçek veya tüzel kişiliğin haiz olması, başka bir ifade ile hak ehliyetine sahip olunması gerekecektir. İlaveten, tahkim sözleşmesinin geçerli suretle yapılabilmesi için taraflarının sözleşme yapma ehliyetine (fiil veya işlem ehliyetine) de sahip olmaları gerekir. Dolayısıyla sulh olma ve tasarrufta bulunma ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler tahkim sözleşmesi yapabilirler veya bunlar adına iradi veya kanuni bir temsilci tarafından tahkim sözleşmesi yapılacak ise bu temsilcinin öncelikle fiil veya işlem ehliyetine ve ilaveten de bu sözleşmeyi yapabilme yetkisine sahip olması gereklidir.

Şayet tarafların veya temsilcilerinin fiil veya işlem ehliyeti bulunmuyorsa yapacakları tahkim sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü, temsilcinin temsil yetkisi bulunmuyor ise sözleşmenin iptal edilebilirliği söz konusu olacaktır. Bu bakımdan tahkim sözleşmesinin taraflarının veya temsilcilerinin ehliyet ve temsil şartlarının Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu başta olmak üzere, Avukatlık Kanunu, Ticaret Kanunu gibi başka özel kanunlarda öngörülen ehliyet ve temsile ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi gerekecektir.

Örneğin, avukat ve bir adi vekil tarafından temsil olunan adına tahkim sözleşmesi yapılması için özel yetkiye ihtiyaç bulunmaktadır. Buna karşılık örneğin, ticari temsilci işletme sahibi adına şube işleri ve birlikte temsil halleri hariç tahkim sözleşmesi yapabilmek için özel bir yetkiye ihtiyaç duymayacaktır. Ancak ticari vekilin bu hususta özel olarak yetkilendirilmesi gereklidir. Bu örnekler yukarıda teker teker ele alınmıştı. Dolayısıyla burada sözleşmenin tarafı adına tahkim sözleşmesi yapan kanuni veya iradi temsilcinin bu hususta özel bir yetkiye ihtiyaç duyup duymayacakları, kendi hukuki rejimleri bakımından ayrı ayrı incelenecektir.

14. Geçerli bir tahkim sözleşmesinin iki temel etkisinden biri, tarafların bu sözleşme ile aralarındaki hukuki uyuşmazlıkları tahkim yargısı içinde çözmeyi kabul etmeleri; diğeri ise böylece devlet mahkemelerine giden yolu kapatmış olacaklarıdır. Bu etkiler, tarafların tahkim sözleşmesi ile bağlı olması ve davanın mahkemede görülememesi şeklinde de ifade edilebilir. Ancak, tahkim sözleşmesi, uyuşmazlık ortaya çıktığında taraflara hakeme başvurma hakkı tanıyıp buna mecbur kılsa da davacının bu sözleşmeye rağmen mahkemeye başvurmasını engelleyen bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, davacı dilerse mahkemede yine dava açabilir.

Ancak, davalı, davanın mahkemede görülmesini istemiyorsa, uyuşmazlık hakkında davacı ile aralarında tahkim sözleşmesi bulunduğu ve dava konusu uyuşmazlığın tahkimde görülmesi gerektiği hususunda mahkemeye itirazda bulunma hakkına sahiptir. Bu itiraz, tahkim itirazı olarak adlandırılmaktadır.

15. Tahkim itirazı HMK m. 413, MTK m. 5'te düzenlenmiştir. MTK'nın anılan hükmünde sadece "tahkim itirazı" kavramı kullanılmış, ancak bu itirazın o

zaman yürürlükte bulunan HUMK'nun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir. 2011 yılında yürürlüğe giren HMK'da ise anılan 413. maddede ve ilk itirazların sayıldığı m. 116'da açıkça tahkim itirazının bir ilk itiraz olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle şayet davalı, tahkim ilk itirazında bulunmazsa, mahkemenin tahkim sözleşmesini kendiliğinden dikkate alarak, davanın reddine karar vermesi mümkün olmayıp, mahkeme davayı esastan inceleyip karara bağlamalıdır.

Buna karşılık, davalı usulüne uygun olarak tahkim ilk itirazında bulunursa, mahkeme bu itirazın yerinde olup olmadığını incelemeli ve tahkim itirazını reddederse, davayı yine kendisi görmeye devam etmelidir. Öte yandan mahkeme tahkim itirazını kabul ederse, *davayı usulden reddetmelidir* (HMK m. 413/ f. 1, c. 2; MTK m. 5/ f. 1, c. 3). Bundan sonra mahkemenin artık o davayı esastan görüp karar vermesi mümkün olmayacak, davanın artık tahkim yolu ile hakem veya hakem kurulunca görülmesi gerekecektir. Mahkemenin usulden ret (tahkim ilk itirazının kabulü) kararı kesinleştikten sonra davacının hakemde dava açması ve bu yargılama neticesinde verilecek hakem kararı aleyhine olan tarafın bunun üzerine tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu iddiası ile iptal davası açılması halinde, iptal davasını gören mahkeme tahkim ilk itirazının kabulüne ilişkin kararın kesin hüküm etkisi nedeniyle iptal davası reddedilmelidir.

16. Tahkim itirazı da bir ilk itiraz olduğundan, HMK'nın ilk itirazlara ilişkin 117. maddesine varsa diğer ilk itiraz haliyle (yetki itirazı) birlikte cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorunda olup, buna riayet edilmemesi halinde ise mahkemece dinlenmeyecek. Yani ilk itirazın süresinde yapılmaması nedeniyle usulden reddedilecektir. Zira bu süre hak düşürücü süredir. Dolayısıyla cevap dilekçesinde ileri sürülmeyen tahkim ilk itirazının cevap süresi dolmamış olsa bile bu süre içinde sonradan veya ikinci cevap dilekçesinde ileri sürülmesi mümkün değildir. Şayet davalı usulüne uygun olarak tahkim itirazı ileri sürmüşse mahkeme bu itirazı dava şartlarından sonra ve ön sorunlar gibi inceleyip karara bağlamalıdır.

Mahkeme burada yapacağı incelemede, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olup olmadığı hususlarını değerlendirecektir. Dolayısıyla tahkim itirazı üzerine mahkeme, itirazın usulüne uygun bulunmasından

sonra, Kanun'da sayılan sadece bu üç sebeple sınırlı bir inceleme yaparak kararını vermelidir. Şayet mahkeme tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olduğunu tespit ederse, yine tahkim itirazının reddine karar vererek yargılamaya kendisi devam etmeli; buna karşılık, tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise tahkim itirazını kabul etmeli ve davanın usulden reddine karar vermelidir (bkz. HMK m. 413/ f. 1, c. 2 ve MTK m. 5).

17. Bir tahkim sözleşmesine tabi uyuşmazlık doğması halinde davacının uyuşmazlığı hakem/ hakem heyetine müracaatla çözülmesini talep etmesi ve hakemlerin de tıpkı hâkimler gibi uyuşmazlığı inceleyip tarafları bağlayacak şekilde halletmeleri beklenir. Zira tahkim sözleşmesine dayanarak başlayan bir tahkim yargılaması da, kural olarak amacına ulaşması, yani uyuşmazlık hakkında bir karara varılması ile sona erecektir (bkz. HMK m. 435/ f. 2).

Bu bakımdan nasıl ki mahkemelerin önlerindeki bir yargılamayı uyuşmazlığın esası hakkındaki nihai kararla, yani hükümle sona erdirmesi amaçlanıyorsa, hakem veya hakem heyetince de kural olarak o uyuşmazlığın çözümüne yönelik bir nihai kararla, başka bir ifade ile bir hüküm verilmesi ile sona erdirilmesi amaçlanır. Bununla birlikte, hakem yargılamasının nihai bir karar yerine, bazen taraflara veya yargılamaya bağlı sebeplerle sona erdirilmesi de söz konusu olabilmektedir Gerek HMK gerekse MTK'da tahkim yargılaması sonucunda hakemlerin vereceği karar için hüküm ifadesi değil, "nihai hakem kararı" kullanılmıştır. Ancak böyle bir kullanım, nihai hakem kararlarının bir "hüküm" olmadığı sonucunu doğurmaz. Zira nihai hakem kararı kesinleşmesi ile tıpkı mahkeme kararları gibi tarafları bağlayıcı ve maddi anlamda kesin hüküm niteliği ve gücüne sahiptirler.

Dolayısıyla tahkim yargılaması neticesinde verilen nihai hakem kararları da tıpkı mahkemelerin hükmü gibi icra kabiliyetine sahiptir. Aleyhine hakem kararı verilen (hakem kararıyla mahkûm edilen) tarafın kendi rızası ile kararın gereğini yerine getirmesi mümkündür. Ancak bunu yapmaz ise diğer tarafın o hakem kararını cebri icra yolu ile icra ettirebilmesi için devletin yetkili organlarına (icra dairesine) başvurması gerekir. HMK'ya tabi hakem kararları bakımından bunun için herhangi

bir makamın tasdikine ihtiyaç bulunmadığı gibi nihai hakem kararları hakkında mahkemelerden icra edilebilirlik belgesi alınması ile kararlara kesinleşme şerhi verilmesini öngören bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu durum HMK m. 439/ f. 6'da yer alan ve hakem kararına karşı iptal davası açılmasının kararın icrasını durdurmayacağına ilişkin düzenlemenin sonucu olabilir. Öte yandan MTK'ya tabi bir tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararları için ise m. 15/B hükümde ilk fıkrada, iptal davası açılmış ise önce bunun kesinleşmesi ve sonrasında hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin mahkemenin belge vermesi gerektiği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise, şayet iptal davası açılmamış veya dava açmaktan feragat edilmiş ise iptal davası açma sebeplerinden hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığı ve kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususlarının mahkemece resen dikkate alınarak, uyuşmazlığın tahkime elverişli ve hakem kararının kamu düzenine aykırı olmadığının tespit edilmesi halinde icra edilebilirlik belgesi verilebileceği düzenlenmiştir.

İcra edilebilirlik bakımından HMK ve MTK'nın ayrıldığı görülmektedir. Ancak kanaatimizce MTK'nın hükmü daha doğrudur. Tahkime elverişsiz bir uyuşmazlık hakkında dava açılmış ve her nasılsa hakemlerce incelenerek karar verilmiş olur veya hakemce verilen karar kamu düzenine aykırı ise hakem kararına karşı iptal davası açılmamış veya süresi geçirilmiş yahut iptal davasından feragat edilmiş ise, bu kararların hiçbir denetime tabi olmaması tahkimin tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlara ilişkin istisnai bir düzenleme olmasının mantığı ile kanaatimce uyumlu değildir. Bu nedenle kanaatimce HMK'ya göre verilen hakem kararları bakımından da mahkemeden icra edilebilirlik belgesi ile kesinleşme şerhinin aranması gerektiği hususunda MTK'nın anılan hükmünden hatta daha açık ve kesin bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

III. Son bölümde, tahkim sözleşmesinin hükümsüzlük halleri ve bu hallerin ileri sürülmesi konuları incelenmiştir.

1. Tahkim sözleşmesi etkilerini usul hukuku alanında göstermekle birlikte, kurulması bakımından maddi hukuk hükümlerine tabi olması dolayısıyla da tarafları bağlayıcı bir tahkim sözleşmesinden söz edebilmek için, borçlar hukukunun tüm

sözleşmeler için aranan geçerlilik şartlarının tahkim sözleşmesi bakımından da aranacaktır. Ancak, bu şartlar tahkim sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Doktrinde Eren'in ayrımını esas alarak yaptığımız hükümsüzlük incelemesinde tahkim sözleşmesini önce sözleşmenin yokluğu, kesin hükümsüzlüğü (butlan), iptal edilebilirliği ve eksikliği bakımından inceledik.

2. Bir sözleşmenin yokluğundan, sözleşmenin kurucu unsurunun (veya kanunen kurucu unsur olarak kabul edilen diğer olguların) bulunmaması ve bu nedenle sözleşmenin kurulmasına engel olunması anlaşılmaktadır. Bunun sonucu olarak da o sözleşmenin baştan itibaren zaten hiç meydana gelmediğinin, yani "yok" olduğunun kabulü gerekecektir. Bir sözleşme kurulmamış, yani yok ise tarafları için bir bağlayıcılığı da yoktur.

Tahkim sözleşmesi bakımından, sözleşmenin kurucu unsurları ise tarafların devlet mahkemeleri yerine tahkim yargılamasına gitmek hususundaki karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin varlığıdır. Bununla birlikte bu iradelerinin, tahkim sözleşmesinin esaslı unsurları olan taraflar arasındaki (mevcut) bir hukuki ilişkinin varlığı ve (belirlenebilir) bir uyuşmazlığı göstermesi de gerekmektedir. Şayet tarafların tahkime gitme hususundaki iradeleri karşılıklı değil yahut birbirine uygun bulunmuyor ise bir tahkim sözleşmesinin kurulduğundan bahsedilemeyecektir. Ayrıca tarafların tahkime gitmek hususundaki iradeleri karşılıklı ve birbirine uygun olmakla birlikte, bu iradelerinde aralarındaki bir sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiyi ve bu ilişkiden doğmuş veya doğması muhtemel uyuşmazlığı da belirtmiş olmaları gerekmektedir.

3. Tarafın arasında bir sözleşme kurulmasına rağmen, bu sözleşmeden beklenen hüküm ve sonuçların meydana gelmediği bütün hallere, geçersizlik (hükümsüzlük) halleri adı verilir. Bir tahkim sözleşmesinin kurucu unsurları var olmakla birlikte, bu sözleşmeden beklenen hüküm ve sonuçlar doğmayabilecektir. Zira bir sözleşmenin geçerli olarak doğması için bulunması gereken, gerek Borçlar Kanunu gerekse, o sözleşmenin öngörüldüğü özel bir kanun var ise orada, "fiil ehliyeti", "konu", "irade ile beyan arasındaki ilişki" ve "şekil" bakımından aranan şartların da sağlanması beklenir. Şayet hu hususlarda eksiklikler var ise o sözleşmenin geçerli olmadığı sonucuna varılacaktır. Tahkim sözleşmesi bakımından

da aranması gereken bu unsurlardaki eksiklikler tahkim sözleşmesini geçersiz kılacaktır.

4. TBK'nın 27. maddesinin 1. fıkrası hükmünde hangi hallerde bir sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Bu hükme göre; *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."* Ancak kesin hükümsüzlük ya da butlan sebepleri sadece bu hükümde sayılan hallerle sınırlı olmayıp, gerek TMK'da düzenlenen sözleşme yapabilme ehliyetine (m. 15) sahip olmak, gerekse sözleşmeler için ilgili özel bir kanun varsa orada aranan şekil ve diğer şartlara ilişkin hükümler varsa onları da taşıması gerekir. Buna göre söz konusu butlan sebepleri şöyle sayılabilir: tarafların sözleşme yapabilme ehliyetine sahip bulunmaması (TMK m. 15); sözleşmenin konusunun hukuka (kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına) aykırı olması (TBK m. 27/I); sözleşmenin ahlaka aykırı olması (TBK m. 27/I); sözleşmenin konusunun baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız olması (TBK m. 27/I); kanunun emrettiği bir geçerlilik şartı varsa, buna uyulmamış olması (TBK m. 12/II; HMK m. 412/ f. 3; MTK m. 4/ f. 2); sözleşmenin muvazaalı bulunmasıdır (TBK BK m. 27).

5. Tahkim sözleşmesinin de baştan itibaren geçerli olması ve kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurması için kesin hükümsüzlük sebeplerini taşımaması gerekir. Bunun için bu hallerin varlığı veya yokluğunun ayrıca incelenmesi gerekecektir.

Tahkim sözleşmesinin başta tarafları olmak üzere sonrasında taraf adına tahkim sözleşmesi yapan kanuni veya iradi temsilcinin öncelikle hak daha sonra fiil ve sözleşme yapma ehliyetine sahip olması gereklidir. Bu şartın sağlanıp sağlanmadığı, tarafın gerçek veya tüzel kişi oluşuna göre değişmektedir. Dolayısıyla tarafın kendi hukuki statüsü dikkate alınarak hak ve fiil ehliyetinin olup olmadığı TMK'nın ilgili hükümlerine göre tespit edilmelidir.

6. Tahkim sözleşmesi kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırına aykırı ise kesin hükümsüz olacaktır. Tahkim sözleşmesi tahkime elverişli bulunmayan bir uyuşmazlık hakkında ise HMK ve MTK'nın

tahkime elverişlilikle ilgili hükmüne aykırı, yani kanuna aykırı olacağı için hükümsüz olacaktır. Sadece bu kanunlar değil başka özel kanunlarda da tahkime elverişsizliğe ilişkin hükümler var ve bunlar çiğnenmiş ise kanuna aykırılık sebebiyle tahkim sözleşmesi hükümsüz sayılacaktır.

Bir başka kesin hükümsüzlük hali tahkim sözleşmesinin kendisinin kamu düzenine aykırı olmasıdır. Bu duruma rastlamak çok kolay değildir. Ancak taraflar tahkime gitmek hususunda anlaştıktan sonra, örneğin tahkim masraflarının uyuşmazlık konusunun değerine yakın veya daha fazla olması tahkime başvurmayı anlamsız kılacak ise böyle bir tahkim sözleşmesi hak arama hürriyetini sınırlandıracağı için kamu düzenine aykırı kabul edilmeli ve kesin hükümsüz olmalıdır.

Sözleşmenin kişilik haklarına aykırı olması da kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Tahkim sözleşmesi ile bir uyuşmazlığın mahkeme yerine hakeme götürülmesi amaçlanır. Taraflar arasındaki asıl sözleşme kişilik haklarına aykırı olabilir. Ancak bir uyuşmazlığın mahkeme veya hakeme götürülmesi arasındaki ne gibi bir fark kişilik haklarını zedeleyecektir. Bu bakımdan kanaatimce kişilik haklarına aykırılığın tahkim sözleşmesinin niteliğine uygun düşmediğidir.

7. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması başka bir kesin hükümsüzlük halidir. Tahkim sözleşmesi bakımından ahlaka aykırılık, sözleşmesinin bir tarafının diğer taraf üzerinde genellikle ekonomik, sosyal, ticari ve benzeri alanlardaki üstünlüklerini kullanmak suretiyle, onu sözleşme yapmaya mecbur etmesi yahut bu sözleşmede kendi lehine olacak hükümler koyması şeklinde görülebilir. Örneğin; hakemlerin çoğunluğu veya tamamının seçiminin taraflardan birine bırakılması halinde söz konusu olabilir.

8. Tahkim sözleşmesinin baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız olması sözleşmeyi kesin hükümsüz kılacaktır. Örneğin; tahkim sözleşmesinde, ismen bir veya daha fazla kişinin hakem olarak göstermiş olmasına rağmen tahkim sözleşmesi yapıldığı sırada bu hakem veya hakemlerin hayatta olmaması veya tıbben hakemlik icra edemeyecek bir durumda bulunması yahut bu görevi kabul etmemeleri halinde, tahkim sözleşmesi baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız hale gelmiş olacaktır.

Keza tarafların tahkim sözleşmesinde hakem olarak tayin edilen bir kurumun görevleri veya işleri arasında tahkim yargılaması yapmak bulunmuyorsa veya tarafların sözleşmede adını zikrettikleri öyle bir kurum bulunmuyorsa tahkim sözleşmesi baştan itibaren objektif imkânsızlık söz konusu olacaktır. Bu ve benzer hallerde tahkim sözleşmesi de hükümsüzdür.

9. Yukarıda da belirtildiği üzere tahkim sözleşmesi adi yazılı şekil şartına tabidir ve bu şekil şartı ispat değil geçerlilik şartıdır. Dolayısıyla HMK ve MTK'da veya uluslararası sözleşmelere tabi bir tahkim ise buna ilişkin sözleşmelerde öngörülen yazılı şekil veya yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılacağı hallerden birine uygun olarak yapılan tahkim sözleşmesi geçerli olacaktır. TBK m. 12, f. 2, 2. cümlede açıkça düzenlendiği üzere, öngörülen şekle uyulmadan kurulan sözleşmeler hüküm doğurmayacağından, tahkim sözleşmesi için öngörülen şekle uygun olarak yapılmamış bir tahkim sözleşmesinin hüküm doğurmayacağı da şüphesizdir. Böyle bir tahkim sözleşmesi de kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir.

10. Bir sözleşmenin bu arada tahkim sözleşmesinin de geçersizlik yaptırımlarından bir diğeri sözleşmenin yanılma, aldatma ve korkutma hallerinde iptal edilebilir olmasıdır. Ayrıca aşırı yararlanma hali de bu hükümsüzlüğe tabidir. Ancak tahkim sözleşmesinin niteliğine uygun düşmediğinden burada incelenmeyecektir. Zira tahkim sözleşmesi il taraflara aralarındaki uyuşmazlığı tahkime götürmek hususunda iki taraf için eşit bir yük getirilmekte olup, sözleşmenin bir tarafının diğerinden aşırı derecede yararlanması söz konusu değildir.

Bir sözleşmenin iptal edilebilir olduğu hallerde, sözleşme kurulduğu andan itibaren geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Dolayısıyla sözleşme mutlak olarak batıl değildir. Ancak sözleşmenin hükümsüz kılınması, geçersizlik sebebine karşı korunan tarafın, bu yöndeki iradesini ortaya koymasına bağlıdır. Bu irade, yanılma, korkutma ve aldatma hallerinde tahkim sözleşmesini yapan tarafın TBK m. 39/ f. 1'e göre, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın ortadan kalktığı andan itibaren bir yıllık süre içinde tahkim sözleşmesi ile bağlı kalmayacağını bildirmesi ile ortaya çıkacaktır.

11. Tahkim sözleşmesinin geçersizlik hallerinde bir diğeri, sözleşmenin eksikliğidir. Bu hallerde sözleşmenin geçerliliği aksıdadır. Burada ya bu askıda geçersizlik hali, eksik unsurun (veya olayların) gerçekleşmesi ile sona erecek ve sözleşme hüküm ifade edecektir ya da bu unsur gerçekleşmeyecek ve eksik sözleşme tamamlanamayacak ve kesin olarak hükümsüz hale gelecektir.

Sözleşmelerdeki en temel eksiklik halleri şunlardır: ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlıların (sınırlı ehliyetsiz) yapmış oldukları borç sözleşmelerinin, yasal temsilcilerinin (veli veya vasi) rızasına kadar eksik olması (TMK m. 16/ f. 1, c. 1) ile yetkisiz bir temsilci tarafından yapılan sözleşmelerde temsil olunan tarafından verilecek icazete kadar sözleşmenin eksik olmasıdır. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların yaptığı ve yasal temsilcilerinin iznine ihtiyaç duyulan tahkim sözleşmeleri bakımından bu temsilciler, rıza gösterdikleri takdirde, sözleşme tamamlanır ve sonuçlarını baştan itibaren doğuracaktır. Yetkisiz temsilcinin yaptığı tahkim sözleşmesi ise temsil olunanın vereceği icazet ile tamamlanacak ve sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını baştan itibaren doğuracaktır (TBK m. 46/ f. 1). Aksi halde tahkim sözleşmesi kesin olara hükümsüz hale gelecektir.

12. Tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğunun iddia konusu olması ve bunun hakkında karar verilmesi dört durumda veya aşamada mümkün olacaktır. Bunlardan ikisinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esası hakkında bir yargılama yapılmadan ya mahkeme ya da hakem / hakem heyeti önünde tahkim sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülebilir. Diğer iki halde ise hakem yargılaması yapılması neticesinde verilen nihai hakem kararı üzerine bu karara karşı iptal davası aşamasında yahut yabancı hakem kararı niteliğindeki bir kararın tenfizi aşamasında tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu inceleme konusu olabilir.

13. Tahkim sözleşmesine bağlanan sonuçlardan biri, tarafların o sözleşmeye dahil bir uyuşmazlık hakkında artık mahkeme değil hakeme başvurmalarıdır. Ancak taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi bulunsa da, uyuşmazlık üzerine davacının hakeme değil mahkemeye başvurması halinde, davalı en geç cevap dilekçesi ile tahkim ilk itirazında bulunmak suretiyle uyuşmazlığın hakemde görülmesi gerektiğini iddia edebilir (Bkz. HMK m. 413; MTK m. 5/ f. 1). İşte bu halde davacı

tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğunu ve davanın devlet mahkemesinde görülmesi gerektiğini iddia edebilir.

Bu halde mahkeme taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi bulunup bulunmadığını, böyle bir sözleşme var ise bu sözleşmenin geçerli olup olmadığını inceleyecek ve incelemenin sonucuna göre, tahkim sözleşmesi yok veya geçersiz ise yargılama davanın açtığı mahkemede devam edecektir. Öte yandan mahkeme tahkim sözleşmesinin geçerli olduğuna karar verirse davanın usulden reddine karar verecek ve davadan el çekecektir. Bundan sonra bu kararın kesinleşmesine göre ya yargılama devlet mahkemesinde davam edecek ya da hakem mahkemesinde yapılacaktır.

14. Şayet taraflar arasındaki tahkim sözleşmesine istinaden hakem/ hakem heyetinde bir dava açılmış olur ve davalı, davacı ile aralarında tahkim sözleşmesi bulunmadığını veya geçersiz olduğunu iddia edecek olursa. Hakem/ hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar vermesi ile birlikte tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği hakkında karar vermeye de hakkı doğacaktır (HMK m. 422; MTK m. 7/H). Buradaki itiraz da ilk itiraz gibi en geç cevap dilekçesi ile yapılacaktır.

Hakem/ hakem heyeti ön sorunlar gibi inceleme yaparak karar vermelidir. şayet HMK'ya tabi bir tahkim söz konusu ise taraflar arasında tahkim sözleşmesinin bulunmadığı veya geçersizliği, HMK ve maddi hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Buna karşılık, MTK'ya tabi tahkimler bakımından ise hakem/ hakem heyeti önce tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmekle işe başlayacaktır. Bu hususta MTK m. 4/ f. 3'e göre tarafların tahkim sözleşmesine uygulanmak üzere seçtiği bir hukuk var ise bu hukuka göre, şayet böyle bir hukuk seçimi bulunmuyorsa Türk hukukuna göre tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerli olup olmadığını inceleyecektir.

İnceleme neticesinde tahkim sözleşmesinin geçerli olduğu anlaşılır ve kendisini de bu uyuşmazlığı çözmeye yetkili görürse uyuşmazlık hakem/ hakem heyetince çözülecektir. Buna karşılık tahkim sözleşmesi yok veya geçersiz ise hakem / hakem heyeti davadan eş çekecek ve uyuşmazlığın mahkemece çözülmesi gerekecektir.

15. Hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı sayıda olup milli tahkim için HMK'da m. 439/ f. 2 ve milletlerarası tahkim bakımından MTK m. 15/A/ f. 2'de sıralanmıştır. Anılan hükümlerin hemen hemen birbirinin aynısı olduğu görülmektedir. Hakem kararlarının iptali sebeplerinde birisi de tahkim sözleşmesinin geçersiz olmasıdır. İptal davasını gören mahkeme HMK'ya tabi bir tahkim bakımından sözleşmenin geçerli olup olmadığını HMK v e maddi hukuk hükümlerine göre inceleyecektir. Buna karşılık iptal davası MTK'ya tabi bir tahkim yargılaması neticesinde verilmiş ise iptal davasını gören mahkemenin yapacağı inceleme de tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre inceleme yapılacaktır.

Tahkimde davanın açılması ve davalının herhangi bir tahkim itirazında bulunmayarak esasa ilişkin savunmalarını ileri sürmesi ve yargılamaya katılması sonucunda verilen hakem kararının aleyhine çıkmasından üzerine iptali davası açarak, davacı ile aralarında tahkim sözleşmesinin bulunmadığı yahut sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasıyla hakem kararının iptalinin talep edilmesi, kanaatimizce dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırılık teşkil edecektir.

16. Yabancı olarak nitelendirilen bir mahkeme veya hakem kararının ülkemizde sonuç doğurabilmesi, bu karar hakkında tanıma ve tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Hukukumuz bakımından yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında, tanıma ve tenfiz incelemesi yapan mahkemeler, bu yabancı kararların maddi ve hukuki tespitleri bakımından doğruluğunu inceleme konusu yapamayacaklardır. Buna karşılık, tanıma ve tenfiz talebini inceleyen mahkemelerin inceleyebileceği husus, tanınması ve tenfizi talep edilen yabancı mahkeme veya hakem kararının sadece tanıma ve tenfiz koşullarını taşıyıp taşımadığı olacaktır.

Yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi hakkında hem MÖHUK hem de 1958 New York Sözleşmesinde hükümler bulunmaktadır. New York Sözleşmesi'nin kapsamına giren yabancı hakem kararları Türkiye dışındaki sözleşmeye taraf bir devlet ülkesinde verilenlerdir. MÖHUK'un kapsamına giren yabancı hakem kararı ise New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlet ülkesinde verilenler olacaktır. New York Sözleşmesi'nin V. maddesinde ile MÖHUK'un 62. maddesinde, yabancı hakem

kararlarının tenfizine engel olan hususlar sayılmaktadır. Şayet bu engellerden biri dahi bulunursa, yabancı hakem kararının tenfizi mümkün olmayacaktır.

Bu engellerden birisi de taraflar arasında tahkim sözleşmesi bulunmaması veya geçersiz olmasıdır. Bu nedenle, yabancı hakem kararının tenfizi talebiyle başvurulan Türk mahkemesi, yabancı hakem kararının tenfiz talebi ister New York Sözleşmesine isterse MÖHUK hükümlerine göre inceleyecek olsun, bu kararın mevcut ve geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanmaması halinde tenfiz talebini reddedecektir.

KAYNAKÇA

Kitap, Makale ve Tebliğler

Akgündüz, Ahmed, 2011, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Kamu Hukuku (Anayasa- İdare- Ceza- Usul- Vergi- Devletler Umumi), Birinci Cild, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınevi.

Akgündüz, Ahmed, 2012, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Özel Hukuk-I (Şahsın Hukuku- Aile Hukuku), İkinci Cild, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınevi.

Akgündüz, Ahmed, 2012, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Özel Hukuk-II (Miras- Borçlar- Eşya- Ticaret ve Devletler Hususi Hukuku), Üçüncü Cild, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınevi.

Akıncı, Ziya, 1994, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

Akıncı, Ziya, 1996, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

Akıncı, Ziya, 2000, "Uyuşmazlıkları Çözüm Yolu Olarak Tahkim", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 12-16 Ocak 2000, Özel Hukuk- Basın Hukuku, Cilt 3, Ankara, s. 108-113.

Akıncı, Ziya, 2001 (a), "Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Uygulama Alanı", İzmir Barosu Dergisi, Y. 66, Ekim 2001, s. 54-64.

Akıncı, Ziya, 2001 (b), "Elektronik Tahkim", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001 İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s. 429-435.

Akıncı, Ziya, 2013 (a), Milletlerarası Tahkim, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Akıncı, Ziya, 2013 (b), "Çin ve Türk Ticari İlişkilerinde Tahkim", Editörler: A. Caner Yenidünya, Mustafa Erkan, Rayhan Asat, İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Konferans Bildiri Kitabı, Ankara, s. 119-131. Bildiriye ulaşmak için bkz. http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Prof.Dr.ZiyaAKINCI.pdf E.T. 26.7.2015.

Akıntürk, Turgut, Ateş Karaman, Derya, 2012, Derya, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri (6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu İle Karşılaştırmalı ve Yeni yasal Düzenlemelere Uyarlanmış), 18. Baskı, İstanbul, Beta Basım.

Akkutay, Ali İbrahim, 2007, "Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri", Gazi Üniversitesi HFD, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 415-447.

Alangoya, Yavuz, 1973, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Alangoya, Yavuz, 1980, "Resmi Senetle Düzenlenmesi Gereken Sözleşmelerde Hakem Sözleşmesinin Şekli", İBD, 1980/5-6, s. 126-131.

Alangoya, Yavuz, 2001, Medeni Usul Hukuku Esasları II, Kanun Yolları- Kesin Hüküm- Tahkim, İstanbul, Namaş A.Ş.

Alangoya, Yavuz, Yıldırım, Kamil, Deren Yıldırım, Nevhis, 2009, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul, Beta Basım.

Altaş, Hüseyin, 1998, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, Yetkin Yayınları.

Altıntaş, M. Ayhan, 1988, "Uluslar arası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kuralları", Hazine Dergisi, 1988, S. 10, s. 1-39.

Ansay, Sabri Şakir, 1960, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları.

Ansay, Tuğrul, 1984, "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Anlaşması ve Yeni Türk Devletler Özel Kanunu", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler- Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983, Ankara 1984, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 119-136.

Antalya, Gökhan, 2012, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım.

Arıkoğlu, Enver, 2011, Devletlerle Özel Hukuk Kişileri Arasındaki Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Milletlerarası Çözüm Usulleri, İstanbul Üniversitesi SBE, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

Arkan, Sabih, 2015, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yirminci Basıdan Yirmibirinci Tıpkı Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Arş. Enst. Yayını.

Arslan, İbrahim, Aydın, Sevgican, 2013, "Çarter Partideki Tahkim Klozunun Konişmento Hamiline Etkisi", Gazi Üniversitesi HFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 123-140.

Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema, 2016, Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.

Ataman Figanmeşe, İnci, 2011, *"Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Hususun Giderilmesine Yönelik İki Öneri"*, MHB, Y. 31, S. 2, 2011, s. 35-81. Bkz. http://www.journals.istanbul.edu.tr/iumhmohb/article/viewFile/1019018690/1019017886 E.T. 21.7.2015

Ateş, Mustafa, 2014, HMK Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, 2. Cilt, HMK m. 166-452, Geç. m. 1-3, Ankara, Yetkin Yayınları.

Atlıhan, Özen, 2010, "Tahkim Sözleşmesinin Unsurlarının ve Hükümlerinin Ulusal-Uluslararası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Işığında İncelenmesi", İBD, Y. 2010, C. 84, S. 2, s. 943-990. Derginin bu sayısına ve böylece makaleye de ulaşmak için bkz. http://www.istanbulbarosu.org.tr/Yayinlar/BaroDergileri/ibd201002.pdf E.T. 8.7.2015.

Aybay, Rona, 2007, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", TBB Dergisi, S. 70, Y. 2007 s. 187-213. Makaleye ulaşmak için bkz. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-320 E.T. 19.7.2015.

Aydoğdu, Murat, Kahveci, Nalan, 2014, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku) Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Bahtiyar, Mehmet, 2014, Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış Güncellenmiş 8. Bası, İstanbul, Beta Basım.

Bahtiyar, Mehmet, 2015, Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları Soru Örnekleri, Güncellenmiş 16. Bası, İstanbul, Beta Basım.

Balcı, Muharrem, 1999, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul, Danışman Yayınları. Kitaba ulaşmak için bkz. http://www.muharrembalci.com/yayinlar/kitaplar/37.pdf, E.T. 10.06.2015.

Balkar, Süheyla, 2004, "Online Tahkim", Galatasaray Üniversitesi HFD, C. 1, 2004/1, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, s. 463-497.

Belen, Herdem, 2000, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Tahkim Şartı Konulması ve Buna Bağlanan Hukuksal Sonuçlar", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 205-228.

Berki, Ali Hikmet, 1982, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), 3. Baskı, İstanbul, Hikmet Yayınları.

Berkin, Necmettin M., 1969, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, Hamle Matbaası.

Bilge, Necip, 1965, "Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kaideleri", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım- 4 Aralık 1965, Ankara, s. 81-107.

Bilge, Necip, 1967, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 2. Bası, 1967.

Bilge, Necip, Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 1711 Sayılı Kanuna Göre Yeniden Yazılmış Üçüncü Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası.

Birsel, Mahmut T., 1980, "Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye", Ege Üniversitesi HFD, Y. 1 (1980), S. 1, s. 97-128, makaleye ulaşmak için bkz. http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/ilk/yilbirsayibir/birsel6.pdf E.T. 22.07.2015.

Birsel, Mahmut T., Budak, Ali Cem, 1997, "Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Tahkim Örneği", Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1997, s. 169-250 ekinde yer alan, Begüm Durukan, Ebru Eldem tarafından yapılan çeviri.

Birsel, Mahmut Tevfik, 2005, "Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Y. 2005, C. 7, Özel Sayı, Prof. Dr. İrfan Baştuğ'un Anısına Armağan, s. 1-37, (BİRSEL, Hakem Kararlarının Tenfizi). Makaleye ulaşmak için bkz. http://webb.deu. edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/birsel1.pdf E.T. 30.3.2016.

Birsel, Mahmut Tevfik, 1983, "Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerine Göre verilen Hakem Kararlarının 2675 sayılı Kanun (MOHUK) Hükümleri Dairesinde Türkiye'de Tenfizi", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi II. Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983 Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara1984, s. 137-163.

Bolayır, Nur, 2009, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul, Beta Basım.

Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, 2011, "UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Göre Genel Bir Bakış", TAAD, C. 2, Y. 2, S. 4, 20 Ocak 2011, s. 135- 172; makaleye ulaşmak için bkz. file:///C:/Users/TR/ Downloads /42e7f-62e8b-f5de9-bc360.pdf E.T. 22.07.2015.

Budak, Ali Cem, 2012, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", UTTDER, Y. 2012, C. 1, S. 1, s. 31-60.

Budak, Ali Cem, 2013, "Sigortacılık Kanununda Tahkim: Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun ile Değişikliğinden sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?", UTTDER, Y. 2013, C. 2, S. 2, s. 53-69.

Can, Mertol, 2009, Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.

Ceylan, Akın, 2012, "Milletler Arası Antlaşmaların Türk Hukuku'ndaki Yeri," 17 Ekim 2012, http://www.avukatlar.de/makaleler/44-milletler-arasiantlasmalarin-tuerk-hukuku-ndaki-yeri.html (E.T. 10.07.2015).

Çelikel, Aysel, Erdem, Bahadır, 2014, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 13. Bası, İstanbul, Beta Basım.

Dayınlarlı, Kemal, 1986, "Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara. Ayrıca bkz. http://www.dayinlarli.gen.tr/images/stories/pdf/prof.dr.hirsch.pdf ET 10.10.2015.

Dayınlarlı, Kemal, 1996, "Eser Sözleşmesinden Doğan İhtilafların Çözümünde İç Tahkim", İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 383-435.

Dayınlarlı, Kemal, 2004, HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim (m. 516-536), Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve Yargıtay Kararları ile Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları.

Dayınlarlı, Kemal, 2007, Joint Venture Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları.

Dayınlarlı, Kemal, 2011, Kamu Düzeni, 2. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları.

Dayınlarlı, Kemal, 2012, UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık.

Demir Gökyayla, Cemile, 2001, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara, Seçkin Yayınları.

Deren Yıldırım, Nevhis, 2002, "Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri", ABD, S. 60, Y. 2002/4, s. 37-44. Makale için bkz. http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/ tekmakale/2002-4/2.pdf E.T. 08.8.2015

Deren Yıldırım, Nevhis, 2004, Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul Alkım yayınevi.

Deren Yıldırım, Nevhis, 2007, "Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik", Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 41-61.

Doğan, Vahit, 2013, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Doğanay, İsmail, 1997, "Hakem Mahkemesi Kararlarının Yargıtay Tarafından Bozulması Halinde Hakemler Bu Bozma Kararına Kartşı Direnme (Israr). Kararı Verebilirler mi?", BATİDER, IX Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 4-5 Nisan 1997, s. 31-93.

Dost, Süleyman, 2006, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara, Asil Yayınevi.

Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan, 2014, Türk Özel Hukuku Cilt: 2 (Kişiler Hukuku), 15. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Durgut, Ramazan, 2005-2006, "Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması", MHB 2005- 2006, Y. 25-26, S. 1-2, s. 105-127. Makale için bkz. http://www.journals.istanbul.edu.tr/ iumhmohb/ article/viewFile/1019002498/1019002086 E.T. 15.9.2015.

Dündar, Hamit, 2008, "Tahkim Sözleşmesi'nin Şekli ve Niteliği Üzerine Bir İnceleme", Terazi Hukuk Dergisi, S. 22, Y. 3, Haziran 2008, s. 27-32.

Egemen, Işıl, 2006, "Uluslararası Tahkim Hukukunda Vekilin Özel Yetkisi Olmaksızın Tahkim Anlaşması Akdetmesinin Geçerliliği Sorunu -BK m. 388/III'ün Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliğine Etkisi-", İBD, Y. 2006, C. 80, S. 5, s. 1929-1940. Makaleye ulaşmak için bkz. http://www.istanbulbarosu.org. tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20065/ibd2006513.pdf E.T. 06.4.2016.

Ekşi, Nuray, 2001, "Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"", MHB, Y. 1999-2000, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 2001, s. 263-291. Makaleye ulaşmak için bkz. http://www.journals.istanbul.edu.tr/iumhmohb/ article/view/1019003105/1019002695 E.T. 25.10.2015.

Ekşi, Nuray, 2003, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", MHB, Y. 2003, S. 1-2, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 295-338. Makaleye ulaşmak için bkz. http://www.journals. istanbul.edu.tr/iumhmohb/article/view/1019002758/1019002348 E.T. 20.10.2015.

Ekşi, Nuray, 2005, "Türkiye'de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme", Yeditepe Üniversitesi HFD, C. 1, S. 2, Y. 2005, s. 169-188.

Ekşi, Nuray, 2007, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul, Arıkan Basım.

Ekşi, Nuray, 2009 (a), 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul, XII Levha Yayıncılık.

Ekşi, Nuray, 2009 (b), ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, İstanbul, Beta Basım.

Ekşi, Nuray, 2010, "Yargıtay Kararlarında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Zaman İtibariyle Uygulanması", Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s. 1373-1388.

Ekşi, Nuray, 2010, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, Tıpkı 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım.

Ekşi, Nuray, 2012, "Devletin Taraf Olduğu Tahkimlere İlişkin Temel Sorunlar", ICC IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, 9.4.2011, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2012.

Ekşi, Nuray, 2013 (a), Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 Sayılı HMK md. 407-444), İstanbul 2013, Beta Yayınları.

Ekşi, Nuray, 2013 (b), "Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar (Parallel Litigation)", UTTDER, Y. 2013, C. 2, S. 2, s. 15-51.

Ekşi, Nuray, 2013 (c), Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat, 7. Baskı, İstanbul, Beta Basım.

Ekşi, Nuray, 2014, "4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Olarak 2013 Yılında Verilen Yargıtay Kararları", Legal Uluslararası Ticaret ve Banka Hukuku Dergisi, C. 3, S. 1, Y. 2014.

Erdi, Göknil, 2008, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Şartının Bağımsızlığı", Ankara Üniversitesi HFM, Ankara 2008, s. 545-562.

Erdem, Bahattin Bahadır, 1990, "INCOTERM"in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği", MHB, Y. 1990, C. 10, S. 1-2, s. 65-79. Makaleye ulaşmak için bkz. http://www.journals.istanbul.edu.tr /iumhmohb/article/viewFile/1019003434/1019003045 E.T. 01.11.2015.

Erdem, Ercüment, 2014, *"Türk Hukukunda Tahkimde Temsil İçin Özel Yetki"*, Aralık 2014, http://www.erdem-erdem.com/articles/turk-hukukunda-tahkimde-temsil-icin-ozel-yetki/ E.T. 25.8.2015.

Erdemir, İlter, 1986, Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi, İstanbul 1986.

Erdoğan, Celal, 1982, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Her Konu Hakkında Geniş Açıklama ve 2188 Yargıtay Emsal Kararı, Ankara 1982.

Eren, Abdurrahman, 2004, "1982 Anayasa'sının 90. Maddesindeki 2004 Değişikliği'nin Anlaşmaların Türk İç Hukuktaki Yerine Etkisi", Atatürk Üniversitesi Erzincan HFD, C. 8, S. 3-4, Y. 2004, s. 47-77. Bkz. http://eski.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2004_VIII_2_3.pdf E.T. 09.10.2015.

Eren, Fikret, 2015, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Erkan, Mustafa, 2013 (a), Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara, Yetkin Yayınları.

Erkan, Mustafa, 2013 (b), "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal'a Armağan, Gazi Üniversitesi HFD, C. XVII, Ocak- Nisan 2013, S. 1-2. s. 535-562. Makaleye ulaşmak için ayrıca bkz. http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php E.T. 01.10.2015.

Erman, Eyüp Sabri, 1976, "Hakem İntihabını Hâkime veya Mahkemeye Bırakan Tahkim Klozu Geçerli Midir?", ABD, 1976, S. 5-6, s. 343-349.

Ertabak, Ünal, 2009, Tahkim Sözleşmesi İle İlgili İhtilaflar: Tahkim Sözleşmesinin Mevcudiyeti ve/veya Geçerliliği Hakkında Taraflar Arasında Çıkan İhtilaflarda Mahkemenin Müdahale (Yetki) Sınırı (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, madde 519), İstanbul, Legal Yayıncılık.

Ertekin, Erol, Karataş, İzzet, 1997, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi, Ankara, Yetkin Yayınları.

Erten, Rıfat, 1998, "ICSID Tahkimi", BATİDER, Y. 1998, C. XIX, S. 4, s. 207-228.

Erten, Rifat, 2005-2006, "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur?", Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan, MHB, Y. 25-26, 2005-2006, s. 195-212. Makaleye ulaşmak için bkz. http://www.journals.istanbul.edu.tr/iumhmohb/article/view/1019002511/1019002101 E.T. 20.10.2015.

Erten, Rifat, 2010, Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Ankara, Adalet Yayınevi.

Erturgut, Mine, 2004, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Esen, Emre, 2003, "Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı", MHB, 2003, C. 23, S. 1-2, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 377-403. Bkz. http://www.journals.istanbul.edu.tr/iumhmohb/article/view/1019002765/1019002356 E.T. 15.10.2015.

Esen, Emre, 2008 (a), Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul, Beta Basım.

Esen, Emre, 2008 (b), "Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli", MHB, Y. 28, S. 1-2, 2008, s. 65-114. Makaleye ulaşmak için bkz. http://www.journals.istanbul.edu.tr/iumhmohb/article/view/1019002441/1019002031 E.T. 18.10.2015.

Esen, Emre, 2010, "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 HFD, İstanbul 2010, Y. 9, C. 9, S. 2, s. 144-155.

Esen, Emre, 2011, "Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi", Galatasaray Üniversitesi HFD, Y. 2011, C. 1, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, s. 355-380. Armağanın tamamına ve böylece makaleye de ulaşmak için bkz. http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2015/4/prof-dr-ata-sakmar-a-armagan -hukuk-fakultesi-53.pdf E.T. 01.10.2015.

Falcıoğlu, Mete Özgür, 2004, Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Ankara, Yetkin Yayınları.

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, 1978, "Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, s. 407-443.

Gençcan, Ömer Uğur, 2013, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Gottwald, Uwe, 2005, ZPO – Lexikon, 2. Teil, 1. Auflage, Bonn, ZAP Verlag.

Gönenç, Levent, "1982 Anayasasında Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar",http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/ analiz/90.madde.htmrega://eskiler/2004/05/20040522.htm (E.T. 10.7.2015).

Görgün, L. Şanal, 2014, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Gözler, Kemal, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?", http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm (E.T. 10.07.2015).

Gözler, Kemal, 1999, Türk Anayasaları, Bursa, Ekin Kitabevi.

Grunsky, Wolfgang, Jacoby, Florian, 2014, Zivilprozessrecht, 14. überarbeitete Auflage, München, Franz Vahlen Verlag.

Gülmez, Mesut, 2004, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", TBBD, S. 54, Y. 2004, s. 141-161. Makaleye ulaşmak için ayrıca bkz. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ m2004-54-64 E.T. 20.09.2015.

Gümüşlü, Gülce, 2014, "Milletlerarası Akitlerde Elektronik İletişimin Kullanılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi HFD, S. 63 (2), 2014, s. 329-364. Makaleye ulaşmak için ayrıca bkz. (http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/ 38/1944/20359.pdf E.T, 09.09.2015).

Günuğur, Haluk, 1999, "Türk Hukukunda ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID)

Prosedürü", Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağan, BATİDER, Ankara, s. 323-341. Armağan ve makaleye ulaşmak için http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/ TBBBooks/fr-1999-292.pdf E.T. 10.10.2015.

Gürdoğan, Burhan, 1977, "Davaya Vekâlette Özel Mezuniyet Gerektiren Haller", Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, 14-16 Haziran 1976, İstanbul 1977, s. 147-161.

Helvacı, Mehmet, 2009, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", 14 Şubat 2009, Konuşmalar- Tartışmalar- Bildiriler, İstanbul 2009, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen Sempozyum Bildirileri (anılan kurumlarca yayınlanmıştır), Editör: Erol Ulusoy, Aslı Yıldırım, s. 179-202.

Huysal, Burak, 2010, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Işık, Fatih, 2014, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk, Galatasaray Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

İlhan, Hüseyin Afşin, 2016, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Ankara, Adalet Yayınevi.

İmregün, Oğuz, 1965, "Hakem Kararlarının İcrası ve Tekemmülü", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler- Tartışmalar, 29 Kasım- 4 Aralık 1965, Ankara, s. 163-172.

İnal, Emrehan, 2005, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Kabukçuoğlu Özer, Fatma Dilek, 2012, Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul, XII Levha Yayıncılık.

Kalpsüz, Turgut, 1965, "Ticaret Odalarında Cerayan Eden Tahkim", IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965, s. 225 ve Tartışmalar kısmı, s. 254 ve 447 vd.

Kalpsüz, Turgut, 1978, "Hakem Kararlarının Milliyeti", BATİDER, 1978/3, C. IX, s. 601-651.

Kalpsüz, Turgut, 1984, "Türk Hakem Kararı Kavramı", Yabancı hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler- Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, 25-26 Kasım Ankara 1983, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1984, s. 31-53.

Kalpsüz, Turgut, 1989, Milletlerarası Ticarette Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Halli, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

Kalpsüz, Turgut, 1996, "İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları", (Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 18-29 Mart 1996, s. 339-379.

Kalpsüz, Turgut, 1997, "İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim", Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, Editör: Selçuk VEZİROĞLU/ Mertol Can, Ankara 11 Nisan 1997, s. 5-58.

Kalpsüz, Turgut, 2001, "Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Değerlendirilmesi", Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC. Türkiye Milli Komitesi, Ankara 5 Kasım 2001, s. 110-127.

Kalpsüz, Turgut, 2003, "Tahkim Anlaşması", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2003, s. 1027-1053.

Kalpsüz, Turgut, 2010, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Kaplan, İbrahim, 2013, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı - Joint Venture, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Kaplan, Yavuz, 2001, "Milletlerarası Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları", Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, MHB, Y. 1999-2000, S. 1-2, İstanbul 2001, s. 473-504.

Kaplan, Yavuz, 2002, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara Seçkin Yayınevi.

Karadaş, İzzet, 2013, 6100 Sayılı HMK'nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara, Adalet Yayınevi.

Karahasan, Mustafa Reşit, 2003, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, Beta Basım.

Karayalçın, Yaşar, 1998, "Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü (Kavramlara ve problemlere genel bir bakış)", BATİDER, Haziran 1998, C. XIX, S. 3, s. 3-52.

Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku I. Giriş- Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968.

Karslı, Abdurrahim, 2012, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş, 3. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık.

Kaya, Arslan, 2013, Türk Ticaret Kanunu Şerhi- Ticari İşletme- Acentelik, İstanbul, Beta Yayınları.

Keser Berber, Leyla, 1999, Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, İstanbul, Alfa Basım.

Keser Berber, Leyla, 2001, "Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz- Kompetenz)", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Yayınlayan: Bahri Öztürk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 123-138.

Kılıç, Halil,2012, Açıklamalı- İçtihatlı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, C. II, Ankara, Adalet Yayınları.

Kılıçoğlu, Ahmet, 2007, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara.

Kılıçoğlu, Mustafa, 2012, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şehri, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Kırca, İsmail, 1996, Ticari Mümessillik, Ankara, Yetkin Yayınları.

Konca Kurt, Nesibe, 2010, "Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü", Prof. DR. Fırat ÖZTAN'a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1343-1366.

Konuralp, Cengiz Serhat, 2011, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İÜSBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.

Koral, Rabi, 1947 (a), "İç Hukukumuzda Tahkim", İÜHFM, 1947/3, s. 1038-1081.

Koral, Rabi, 1947 (b), "Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim", İÜHFM, Y. 1947, C. XIII, S. 1, s. 193 vd.

Koral, Rabi, 1951, "Yabancı Kanunlara Teb'aen Verilen Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası", İÜHFM, Y. 1951, C. XVII, s. 149-195.

Koral, Rabi, 1965, "Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme", İstanbul Üniversitesi HFM, C. XXX, S. 3-4'den ayrı Bası, Y. 1965.

Koral, Rabi, 1979, "Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi", Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul, s. 419-491.

Koral, Rabi, 1983, "Hakemliğin Mahiyetinin Tayininde Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler", İÜHFM, C. XLVIII – XLIX, İstanbul 1983, s. 75-98. Makaleye ulaşmak için bkz. www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/ download/1023004061/1023003658 E.T. 15.10.2015

Korucu, Yavuz, Uyumaz, Murat, 2014, "Soybağının Reddi Davasında Usul Hükümlerinin İncelenmesi", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 2, Ankara, s. 1325-1382.

Kurt, Hasan, 1990, "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Uluslararası Sözleşme (ICSID Sözleşmesi)", Vergi Dünyası, 1990, S. 103, s. 22-29.

Kurt, Nazım Olcay, 2007, "Sözleşmenin Batıl Olmasının Sözleşmedeki Tahkim Şartına Yansıması Sorunu Bakımından UNCITRAL Tasarısı ve Varolan Düzenleme Sistemleri", Yeditepe Üniversitesi HFD, C. IV, S. 1, Y. 2007, s. 229-262.

Kuru, Baki, 1965, Onaltıncı Bildiri İle İlgili Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler-Tartışmalar, 29 Kasım- 4 Aralık 1965, Ankara, s. 448 vd.

Kuru, Baki, 2001, Hukuk Muhakemeleri Usulü, (Cilt VI), 6. Baskı, İstanbul, Demir-Demir Yayınevi.

Kuru, Baki, 2007, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Tanıtımı", Medeni usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi, Ankara 8-9 Eylül 2006, TBB 2007 Yayınları: 123, s. 58-85.

Kuru, Baki, 2015, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Legal Yayınevi.

Kuru, Baki, Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, 2014, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı (Tıpkı Basım), Ankara, Yetkin Yayınları.

Kuru, Baki, Budak, Ali Cem, 2011, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İBD, C. 85, S. 5, Y. 2011, s. 3-43. Bkz. http://www.istanbulbarosu.org.tr/makaleler/hmk/bakikuru-alicembudak.pdf

Küçükgüngör, Erkan, 1998, "Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)", BATİDER, C. XIX, S. 3, Ankara Haziran 1998, s. 137-150.

Muşul, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Esas Alınarak Hazırlanmış 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Nomer, Ergin, Ekşi, Nuray, Öztekin Gelgel, Günseli, 2013, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 4. Bası, İstanbul, Beta Basım.

Nomer, Ergin, 1965, "Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilafı", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler- Tartışmalar, 29 Kasım- 4 Aralık 1965, s. 499-529.

Nomer, Ergin, 1990 (a), "10.6.1958 Tarihli Hakem Kararlarının Tanınma ve Tenfizi Konusundaki New York Andlaşmasına İlişkin Dr. Şeref Ünal'ın Tebliği İle İlgili Yorum", Avrupa (Cenevre)- New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1991, s. 81-86.

Nomer, Ergin, 1990 (b), "Hakem Kararlarının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği", MHB, Y. 1990, C. 10, S. 1-2, Doç. Dr. Özer Eskiyurt'un Anısına Armağan, s. 129-131, makaleye ulaşmak için bkz.

http://www.journals.istanbul.edu.tr/iumhmohb/article/view/1019003451/1019003060 E.T. 15.1.2016.

Nomer, Ergin, 1999-2000, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi", MHB, Y. 19-20, 1999-2000, s. 555-576.

Nomer, Ergin, 1993, "Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi", Mahmut R. Belik'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul 1993, s. 291-304.

Nomer, Ergin, 2013, "Yabancı Hakem Karalarının Tenfizinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve "Görev Belgesi"", UTTDER, Y. 2013, C. 2, S. 2, s. 3-13.

Nomer, Ergin, 2015, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul 2015, Beta Basım.

Nomer, Ergin, Ekşi, Nuray, Öztekin Gelgel, Günseli, 2014, Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar, C. II, İstanbul, Beta Basım.

Nomer, Haluk N., 2015, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Geliştirilmiş 14. Bası, İstanbul, Beta Basım.

Oğuzman, M. Kemal, Barlas, Nami, 2014, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 20. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Oğuzman, Kemal, Seliçi, Özer, Oktay Özdemir, Saibe, 2015, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Oğuzman, M. Kemal, Öz, Turgut, 2014, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Okay, Sami, 1965, "Navlun Mukavelelerinde Tahkim Şartı", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler- Tartışmalar, 29 Kasım- 4 Aralık 1965, Ankara, s. 425-445

Önen, Ergun, 1998, "Hakem Kararlarının Temyizi ve Hakemlerin Direnme Yetkisi", MÜİİBFD, Prof. Dr. Halil Nadaroğlu'na Armağan, C. XIV, S. 1, Özel Sayı, Y. 1998, s. 297-307.

Önen, Ergun, 1979, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası.

Özbay, İbrahim / Korucu, Yavuz, 2016, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444), Ankara 2016, Adalet Yayınevi.

Özbay, İbrahim, 2003, "Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi", Marmara Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, s. 281-304. Makaleye ulaşmak için ayrıca bkz. http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltedergisi/prof.dr.ergun%20%C3%B6ner/14ar.g_r.ibrahim_zbay.pdf E.T. 02.03.2016.

Özbay, İbrahim, 2004, Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Özbay, İbrahim, 2013, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, Seçkin Yayıncılık.

Özbay, İbrahim, Korucu, Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444), Ankara, Adalet Yayınevi.

Özbay, İbrahim, 2003, "1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler", Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, Ticaret Hukuku (devam), Özel Hukukun Diğer Dalları, Beta Basım, İstanbul, s. 1055-1079.

Özbay, İbrahim, 2015, "Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, C. 16; Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, İzmir, s. 779-811.

Özbek, Nimet, 1999, "MTO Kuralları Işığında Yeni Bir Tahkim Türü ve Şartı Olarak Çok Taraflı Tahkim (Multiparty Arbitration)", BATİDER, C. 20, S. 2, Y. 1999, s. 93-147.

Özcan, Erkan, 2014, Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Tahkim Uygulaması, Ankara 2014.

Özdamar, Mehmet, 2013, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", Gazi Üniversitesi HFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 831-855.

Özdemir Kocasakal, Hatice, 2001, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları.

Özdemir Kocasakal, Hatice, 2003, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Özel, Sibel, 2008, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Özel, Sibel, 2009, "Milletlerarası Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk", II. Uluslar arası Özel Hukuk Sempozyumu, "Tahkim", 14 Şubat 2009, İstanbul, s. 371-378. Makaleye ulaşmak için bkz. http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ll.%20Uluslararas%C4%B1 %20%C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/15prof.dr.sibel_zel.pdf.

Özer, Tülay, 2012, HUMK'tan HMK'ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Yayınları.

Özgür, Uğur Erman, 2008, "Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunda Tahkim Anlaşmasının Şekli Hususunda Yapılan Son Değişiklikler

Üzerine Bir İnceleme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 565-583.

Özsunay, Ergun, 2001, "Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir (yayın tarihi) 2002, s. 121-143.

Öztek, Selçuk, 2009, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış", LEGAL Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Y. 2009, S. 2, s. 221. vd.

Öztekin, Günseli, 1990, "1965 Tarihli Washington Sözleşmesine Bir Bakış", MHB, Y. 1990, C. 10, S. 1-2, Doç. Dr. Özer Eskiyurt'un Anısına Armağan, s. 139-150). Makaleye ulaşmak için bkz. http://www.journals.istanbul.edu.tr/ iumhmohb/article/view/1019003453/1019003062 E.T. 23.3.2016.

Öztürk, Emrah, 2014, Medeni Usul Hukukunda İlk İtirazlar, Ankara, Yetkin Yayınları.

Öztürk, Pınar, 1998, "Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Hukuki Boyutu", İBD, Y. 1998, S. 2, s. 358-369.

Pekcanıtez, Hakan, 2006, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Tanıtımı", Medeni usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi, Ankara 8-9 Eylül 2006, TBB 2007 Yayınları: 123.

Pekcanıtez, Hakan, 2011, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkime İlişkin Hükümleri", ICC IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, 19 Nisan 2011 Ankara, ICC Türkiye Milli Komitesi Yayını, Ankara, s. 63-91.

Pekcanıtez, Hakan, 2015, "Tahkim İlk İtirazı", MİHDER, Y. 2015/3, C. 11, S. 32, s. 21-52.

Pekcanıtez, Hakan, Atalay, Oğuz, Özekes, Muhammet, 2013, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Poroy, Reha, Yasaman, Hamdi, 2015, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal, Çamoğlu, Ersin, 2014, Ortaklıklar Hukuku I, Giriş, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, Kollektif, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim Şirketler, Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Postacıoğlu, İlhan, 1975, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.

Prütting, Hanns, Gehrlein, Markus, Prütting, Hanns, 2010, ZPO Kommentar, 1. Auflage, Köln (basım yeri: Lavis- İtalya), Luchterhand Yayınevi.

Pulaşlı, Hasan, 2016, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Reisoğlu, Sefa, 2010, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Basım, İstanbul, Beta Basım.

Rosenberg, Leo, Schwab, Karl Heinz, Gottwald, Peter, 2010, Zivilprozessrecht, 17., neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck Verlag.

Sakmar, Ata, 1982, Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Fakülteler Matbaası.

Sarıöz Büyükalp, Ayşe İpek, 2015, "Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması Kavramları", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. II, İzmir 2015, s. 2051-2061.

Sarısözen, M. Serhat, 2005, Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, İstanbul, Kazancı Kitap.

Sarısözen, M. Serhat, 2011, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medeni Usul Hukukumuza Getirdiği Yeni Düzenlemeler", TBBD, S. 96, Y. 2011, s. 331-382. Makaleye ulaşmak için bkz. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1145 E.T. 25.2.2016.

Schilken, Eberhard, 2014, Zivilprozessrecht, 7., neu bearbeitete Auflage, München, Franz Vahlen Verlag.

Söğüt, İpek Sevda, 2011, Roma Hukukunda Tahkim, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık.

Şanlı, Cemal, 1986, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara.

Şanlı, Cemal, 1990, "21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku", Avrupa (Cenevre)- New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1991, s. 1-12.

Şanlı, Cemal, 2013, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Baskı, İstanbul, Beta Basım.

Şanlı, Cemal, 2002, "Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından

Geçerliliği Sorunu", MHB, 2002, Prof Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Y. 22, S. 2, s. 773-789.

Şanlı, Cemal, 2009, "Türkiye'de Tahkim ve ADR", Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, Ankara 9-10 Ocak 2009, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 168-176.

Şanlı, Cemal, 2013, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Baskı, İstanbul, Beta Basım.

Şanlı, Cemal, Esen, Emre, Ataman Figanmeşe, İnci, 2014, Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Şener, Oruç Hami, 2015, Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Ankara, Adalet Yayınevi.

Şit, Banu, 2005-2006, "Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları", MHB, Y. 25-26, S. 1-2, 2005-2006, Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan, s. 411-436.

Tan Dehmen, Mine, 2005-2006, "Tahkim Öncesi Müzakere Ya Da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi", Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan, MHB, Y. 25-26, 2005-2006, s. 451-471.

Tanrıbilir, Feriha Bilge, Şit, Banu, 2002, "Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu", MHB, Y. 22, s. 819-837.

Tanrıver, Süha, 2000, Makalelerim I (1985-2005), "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim", 1. Baskı, Ankara, Asil Yayınevi, s. 125-150. Ancak makale ilk olarak "Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 2000, s. 565-578"de yayınlanmıştır.

Tanrıver, Süha, 2016, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara, Yetkin Yayınları.

Taşkın, Alim, 2005, Hakem Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

Taşkın, Alim, 1997, "Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi", Ankara Üniversitesi HFD, C. 46, S. 1-4, s. 169-184, makaleye ulaşmak için bkz. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/296/2703.pdf. E.T. 28.4.2016.

Taşpınar Ayvaz, Sema, 2013, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, Yetkin Yayınları.

Taşpınar Ayvaz, Sema, 2015, "Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. I, İzmir 2015, s. 469- 482.

Tekinalp, Gülören, "Yabancı Hakem Kararlarının Milletlerarası Anlaşmalarda Tanınması ve Tenfizi", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım- 4 Aralık 1965, Ankara, s. 535-556.

Thomas, Heinz, Putzo, Hans, 2015, Zivilprozessordnung, FamFG- Verfahren in Familiensachen- GVG, Einführungsgesetze, EU- Zivilverfahrensrecht, Kommentar, 36. Auflage, München, C.H. Beck Verlag.

Tekinalp, Ünal, 1965, "Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Hususunda Düşünceler", Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 4-5 Nisan 1965, s. 15-39.

Tekinay, S. Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla, 1993, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Tiryakioğlu, Bilgin, 2003, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları.

TOBB Tahkimi Kitabı, Ankara 2010, http://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Sayfalar/AnaSayfa.php E.T. 21.07.2015.

Tuğ, Adnan, 1994, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları.

Tunç, Hasan, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasayargisi/anayargi/tunc.pdf (E. T. 10.07.2015).

Ulaş, Işıl, 2007, "Sigortacılıkta Tahkim", BATİDER, C. 24, S. 1, Y. 2007, Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, s. 239 vd.

Ulukapı, Ömer, 2015, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Konya, Mimoza Yayınevi.

Ulusoy, Ali, 2001, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Tahkim", Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC. Türkiye Milli Komitesi, Ankara 5 Kasım 2001, s. 77-98.

Ulusoy, Erol, 2009, "Finans Hukukunda Tahkim", II. Uluslar arası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu "Tahkim", Konuşmalar Tartışmalar Bildiriler, İstanbul 14.2.2009, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen Sempozyum Bildirileri (anılan kurumlarca yayınlanmıştır), Editör: Erol Ulusoy/ Aslı Yıldırım, s. 203-251.

Umar, Bilge, 2011, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları.

Umar, Bilge, 2006, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı", Yeditepe Üniversitesi HFD, C. III, S. 1, s. 151 vd.

UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010 Yılında Revize Edilmiş Şekliyle), Çeviren: Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY, (bkz. http://www.ito.org.tr/itoyayin/0003899. pdf, s. 16, E.T. 01.08.2015.

Uyumaz, Murat, 2015, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi.

Ülgen, Hüseyin, Helvacı, Mehmet, Kendigelen, Abuzer, Kaya, Arslan, Nomer Ertan, N. Füsun, 2015, Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na ve Diğer Yeni Mevzuata Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası'dan Beşinci (Tıpkı) Bası, İstanbul, XII Levha Yayıncılık.

Ünal, Şeref, 1990, "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası", Avrupa (Cenevre)- New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1991, s. 53-78.

Üstündağ, Saim, 1962, "İsmen Tayin Olunan Bir Hakemin Ölümü veya İstifa Etmesi, Tahkim Şartının Durumu (TD. 19.2.1960)", İÜHFM, 1962, C. XXVII, S. 1, s.

Üstündağ, Saim, 1971, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.

Üstündağ, Saim, 1995, "İki Farklı Görüş ve Bir İçtihat", İBD, 1995, S. 7-9, s. 341 vd,

Üstündağ, Saim, 1997, "Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

Üstündağ, Saim, 2000, "Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim", Yargı Reformu 2000, Sempozyum, İzmir Barosu Yayını, İzmir, s. 294-300.

Üstündağ, Saim, 2010, "Tahkim İtirazının Ne Vakit İleri Sürülebileceği", İÜHFM, 1962/1, s. 285-297, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, 1. Bası, Ankara.

Üstündağ, Saim, 2000, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Nesil Matbaacılık.

Yavuz, Cevdet, 2009, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", II. Uluslar arası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu "Tahkim", Konuşmalar Tartışmalar Bildiriler, İstanbul 14.2.2009, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen Sempozyum Bildirileri (anılan kurumlarca yayınlanmıştır), Editör: Erol Ulusoy/ Aslı Yıldırım, s. 133-177.

Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk, Özen, Burak, 2012, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2012, Beta Basım.

Yeğengil, Rasih, 1974, Tahkim (L'arbitrage), İstanbul.

Yener, Cansu, 2015, Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi, İstanbul Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Yeşilırmak, Ali, 1999, "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi", BATİDER, C. XX, Y. 1999, S. 2, s. 151-182.

Yeşilırmak, Ali, 2011 (a), Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilebilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorular ve Çözüm Önerileri, İstanbul, XII Levha Yayınları.

Yeşilırmak, Ali, 2011 (b), "Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yolu İle Takip Yapılabilir Mi?", TBBD, S. 96, Y. 2011, s. 205-228.

Yeşilova Aras, Ecehan, Yeşilova, Bilgehan, 2013, "Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30)", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Y. 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, s. 275-379, bkz. http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ecehan-BilgehanYE%C5%9E%C4%B0LOAVA.pdf,E.T. 10.7. 2015, (Yeşilova Aras, Yeşilova, 2013).

Yeşilova, Bilgehan, 2008 (a), Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları.

Yeşilova, Bilgehan, 2009, "Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine- Hakemlerin Yargı Yetkisi İle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1)", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, 2009, C. 11, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, I. Cilt, s. 739-818.

Yeşilova, Bilgehan, 2013, "Lex (Loci) Arbitri" ve "Tahkim Yeri" Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı (MTK m. 1/II), UTTDER, Y. 2013, C. 2, S. 1, s. 99-165.

Yeşilova, Bilgehan, 2008 (b), "Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler", TBBD, Y. 2008, S. 76, s. 83-164. Makaleye ulaşmak için ayrıca bkz. tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-milletlerarasi-tahkimin-hukuki-niteligi-uzerine-… E.T. 05.2.2016.

Yılmaz, Ejder, 1990, "Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler", Avrupa (Cenevre)- New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1991, s. 13-24.

Yılmaz, Ejder, 2005, (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Yılmaz, Ejder, 1979, "Demokratik Alman Cumhuriyetinde Tahkim", BATİDER, C. 10, S. 2, Y. 1979, s. 415-437.

Yılmaz, Ejder, 2015, "Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı", Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, C. 16, Özel Sayı, İzmir 2015, s. 531-554.

Yılmaz, Ejder, 2013, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Yılmaz, İlhan, 2004, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, Beta Basım.

Zeiss, Walter, Schreiber, Klaus, 2014, Zivilprozessrecht, 12. Auflage, Mohr Siebeck.

Zimmermann, Walter, 2007, ZPO- Zivilprozessordnun mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen Kommentar anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 8. Auflage, Münster, ZAP Verlag.

Zöller, Richard, Geimer, Reinhold, Hessler, Hans- Joachim, Greger, Reinhard, Luckemann, Clemens, Herget, Kurt, Stöber, Kurt, Vollkommer, Max, Feskorn, Christian, Lorenz, Arndt, 2014, ZPO- Zivilprozessordnung Kommentar, 30. neubearbeitete Auflage, Köln, Dr. Otto Schimidt Verlag, (Zöller, Geimer (Bölüm Yazarı), m. , kn.).

Diğer Kaynaklar

http://atillagirgin.net/s/2170/i/Uluslararas%C4%B1_%C4%B0leti%C5%9Fim.pdf E.T. 18.08.2015.

http://icc.tobb.org.tr/docs/ICC_Tahkim_Kurallari_Kitapcik.pdf, s. 16, E.T. 01.8.2015.

http://www.dis-arb.de/en/51/materialien/uncitral-modellgesetz-f%C3%BCr-die internationale-handelsschiedsgerichtsbarkeit-85-id31, E.T. 01.8.2015.

http://www.ito.org.tr/ITOTAM_TAHKIM_KURALLARI.pdf E.T. 22.07.2015.

http://www.ito.org.tr/ITOTAM_TAHKIM_KURALLARI.pdf, s. 22, E.T. 22.07.2015.

http://www.kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2011-19-735.htm E.T. 20.07.2015.

http://www.sigortatahkim.org/web adresinde ana sayfadaki ana menü başlığında, üye kuruluşlar alt başlığından ulaşılabilir. E.T. 30.07.2015.

http://www.tahkim.net/konvansiyonlar/newyork-konvansiyonuna-taraf-olan-ulkeler-ve-cekinceleri-ingilizce, E. T. 30.7.2015.

http://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Sayfalar/TOBB TahkimiveTahkimSozlesmesi.html E.T. 21.07.2015.

http://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Sayfalar/TOBBTahkimiveTahkimSozlesmesi.html E.T. 21.07.2015.

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook. pdf E. T. 09.09.2015.

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf E.T. 09.09.2015.

http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf E.T. 12.06.2015.

https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html, E.T. 01.08.2015.

https://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/turks2015_tr.pdf, E. T. 28.7.2015.

www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf,E.T. 22.07.2015.

ÖZGEÇMİŞ

Öğretmen bir baba ve ev hanımı annenin ilk çocuğu olan Fatih Aydemir, 1978 yılında Ardahan'ın Hanak ilçesinde doğmuştur. İlkokula köyündeki Avcılar Köyü İlkokulunda başlamış, ancak okulunu beşinci sınıfta babasının tayini üzerine taşındıkları Kocaeli'nin Darıca ilçesindeki Zeki Gezer İlkokulu'nda tamamlamıştır. Ortaokulu Tuzla Avni Yukarıuç Orta Okulunda tamamlamış, yatılı olarak okuduğu Ankara Maliye Meslek Lisesi'nden 1995 yılında mezun olmuştur. Mezuniyetinin ardından hem üniversiteye başlamış hem de 1996 yılı başından itibaren Ankara Defterdarlığı bünyesinde yoklama memuru olmuştur.

Fatih Aydemir, 2000 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 2001 Ekim ayında memuriyetten istifa ederek, Milli Eğitim Bakanlığı'nın burslusu olarak dil ve yüksek lisans öğrenimi için Almanya'ya gitmiştir. Berlin'de gördüğü dil eğitiminin ardından, 2003'de Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yüksek lisansa (LLM) başlamış ve 2006 yılında mezun olmuştur.

2007'de Türkiye'ye dönen Fatih Aydemir, yedek subay olarak askerliğini Ankara'da yapmış, ardından 2008 Nisan ayında Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne Medeni Usul Hukuku ve İcra- İflas Hukuku Anabilim dalında araştırma görevlisi olarak atanmıştır. 2010 yılında doktora öğrenimi için Kocaeli Üniversitesi'ne geçici görevle gönderilen Fatih Aydemir, 21.11.2016 tarihinde doktora tezini savunmuş ve oybirliği ile başarılı bulunmuştur. Fatih Aydemir, halen Hukuk Fakültesi bünyesinde araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.