

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE
TAHKİM ANLAŞMASI YAPMA YETKİSİ
VE UYGULANACAK HUKUK**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Fatih IŞIK

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal

Mart 2014

ÖNSÖZ

Bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans programı kapsamında hazırlanmıştır. Çalışmanın konusu, bir Türk şirketin taraf olduğu tahkim yargılamasında tartışılan konulardan esinlenerek belirlenmiştir.

İlk olarak “iradi temsilci aracılığıyla tahkim anlaşması yapmak” şeklinde belirlenen tez konusu, bu çalışma kapsamında danışmanlık yaparak beni onurlandıran ve tezin hazırlanması sırasındaki her türlü desteğini, anlayışını, yardımını ve yol göstericiliğini esirgemeyen Sayın Hocam Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal’ın tavsiyeleriyle “tahkim anlaşması yapma yetkisi” olarak belirlenmiştir. Tezin bu şekilde ortaya çıkmasındaki yardımları nedeniyle kendisine müteşekkirim.

Tezimin savunmasında jüri üyesi olmayı kabul ederek beni onurlandıran, lisans ve yüksek lisans öğrencisi olma şansını elde ettiğim Sayın Hocam Prof. Dr. Ziya Akıncı’ya en içten teşekkür ve saygılarımı sunarım. Sayın Prof. Dr. Sibel Özel de jüri üyesi olmayı kabul ederek beni onurlandırmıştır; kendisine teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Bu tezin hazırlanması sırasında kuşkusuz pek çok kişinin emeği olmuştur. Bu kişiler arasında, sağladığı kaynak desteği ile bu tezin tamamlanmasında büyük pay sahibi olan Ar. Gör. Kerem Çelikboya’ya, evini bir ticaret hukuku kütüphanesi gibi kullanmamı sağlayan Ar. Gör. İbrahim Çağrı Zengin’e ve tezi tekrardan okuyarak hatalarımı düzelten ve tespitleri ile tezin yöneldiği sorunları zenginleştiren Av. İbrahim Güler’e, tezin yazılması sürecindeki her türlü destekleri için Av. Ezgi Babur ile Av. Leyla Orak’a en içten teşekkürlerimi sunarım.

Fatih Işık
İstanbul, Mart 2014

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vii
RESUME.....	viii
ABSTRACT.....	xii
ÖZET.....	xvi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASI YAPMA YETKİSİ

§1. YETKİ ve EHLİYET KAVRAMLARI ÜZERİNE.....	4
A. Genel Olarak.....	4
B. Hak Ehliyeti - Fiil Ehliyeti Ayrımı.....	6
C. Yetki Kavramı.....	8
D. Ehliyetsizlik Ve Yetkisizlik Durumlarına Bağlanan Sonuçlar.....	10
§2. TAHKİM ANLAŞMASININ İRADİ TEMSİLCİ ARACILIĞIYLA YAPILMASI.....	12
A. Genel Olarak.....	12
B. Tahkim Anlaşması İçin Aranılan Özel Yetki.....	14
C. Tahkim Anlaşması Yapmak İçin Verilecek Yetkilerde Şekil Şartı..	19

§3. TAHKİM ANLAŞMASININ TİCARET ŞİRKETLERİNİN ORGANLARI ARACILIĞIYLA YAPILMASI	23
A. Genel Olarak.....	23
B. Ultra Vires İlkesinin Tahkim Anlaşması Yapma Ehliyetine Etkisi .	25
I. TTK ve eTTK Uyarınca Ultra Vires İlkesi.....	25
II. İşletme Konusu Belirleme Zorunluluğu Karşısında Tahkim Anlaşması.....	28
C. Ticaret Şirketleri İçin Tahkim Anlaşması Yapılması.....	32
I. Anonim Şirketler İçin Tahkim Anlaşması Yapılması.....	32
II. Limited Şirketler İçin Tahkim Anlaşması Yapılması.....	38
III. Kollektif Şirketler İçin Tahkim Anlaşması Yapılması	39
IV. Komandit Şirketler İçin Tahkim Anlaşması Yapılması.....	41
§4. TAHKİM ANLAŞMASININ TACİR YARDIMCILARI TARAFINDAN YAPILMASI	42
A. Bağımlı Tacir Yardımcıları ve Tahkim Anlaşması	42
I. Ticari Temsilcinin Tacir Adına Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi	43
II. Ticari Vekilin Tacir Adına Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ...	46
III. Pazarlamacının Tacir (İşveren) Adına Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi	48
B. Bağımsız Tacir Yardımcıları ve Tahkim Anlaşması	49
I. Acentenin Tacir Adına Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi	49
II. Komisyoncunun Tacir Adına Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi	52
III. Simsarı Tacir Adına Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi.....	53

İKİNCİ BÖLÜM
TAHKİM ANLAŞMASI YAPMA YETKİSİNE UYGULANACAK
HUKUK

§1. GENEL OLARAK	54
§2. TAHKİM ANLAŞMASI YAPMA YETKİSİNE UYGULANACAK HUKUKUN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI İLE BELİRLENMESİ.....	60
A. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk Uyarınca Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi.....	60
I. Esasa Uygulanacak Hukuk ve Ayrılabilirlik İlkesi.....	62
1. Genel Olarak	62
2. Ayrılabilirlik İlkesinin Uygulanacak Hukukun Tespiti Üzerindeki Etkisine İlişkin Görüş ve Uygulamalar	66
3. Değerlendirme.....	76
II. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk ve Yetki Meselesi	78
1. Genel Olarak	78
2. Hakem Kararlarında Yetkinin Esas Kapsamında Değerlendirilmesi.....	81
3. Mahkeme Kararlarında Yetkinin Esas Kapsamında Değerlendirilmesi.....	82
B. Tarafların Ehliyetine Uygulanacak Hukuk Uyarınca Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi	84
I. Genel Olarak	85
II. Hakem Kararlarında Yetkinin Ehliyet Kapsamında Değerlendirilmesi.....	90
III. Mahkeme Kararlarında Yetkinin Ehliyet Kapsamında Değerlendirilmesi.....	91

C.	Temsil Statüsü Uyarınca Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi	93
I.	Uyuşmazlığın Hakem Önünde Tartışılması.....	93
II.	Uyuşmazlığın Mahkeme Önünde Tartışılması	96
§3.	TAHKİM ANLAŞMASI YAPMA YETKİSİNİN MADDİ HUKUK KURALLARI UYARINCA BELİRLENMESİ	99
A.	<i>Lex Fori</i> 'nin Maddi Hukuk Kuralları Uyarınca Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisinin Değerlendirilmesi.....	100
B.	Dürüstlük Kuralı Karşısında Yetkisizlik İtirazı.....	102
I.	Tahkim Yargılamasında Dürüstlük Kuralı	102
II.	Mahkeme Kararlarında Dürüstlük Kuralı	104
	SONUÇ.....	107
	KAYNAKÇA	109

KISALTMALAR

Avrupa Sözleşmesi	: 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: 6100 sayılı Türk Borçlar Kanunu
eBK	: 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
dn.	: Dipnot
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce – Milletlerarası Ticaret Odası
İsviçre MÖHK	: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
Karş.	: Karşılaştırmamız
MK	: Medeni Kanun
Model Kanun	: Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında Model Kanun - UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: 4186 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
eTTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
vd.	: Ve devamı
YBCA	: Yearbook of Commercial Arbitration
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

RESUME

Cette étude a été constituée après avoir été inspiré par les questions examinées au cours d'un arbitrage à laquelle une société turque est partie. Le litige découle d'un accord d'achat d'actions en vertu de l'arbitrage mentionné. L'accord d'achat d'actions énonce également une clause d'arbitrage. Les défendants exécuté l'accord susmentionné par le intermédiaire de leurs agents. Après l'exécution de l'accord, les différends ont surgi entre les parties et les demandeurs ont commencé l'arbitrage sur la cause de la violation de l'accord. La clause pour résolution des différends prévoit que les différends doivent être résolus par l'arbitrage et la loi applicable régissant le litige doit être la loi turque. En cours de l'arbitrage, les défendeurs ont fait valoir que la convention d'arbitrage est invalide en indiquant que, depuis l'état de l'autorité spécifique prévue par la loi turque n'avait pas été remplie, il a été conclu par un agent non autorisé. Le demandeur fait valoir que le droit turc à appliquer pour l'accord d'achat d'actions ne doit pas être appliqué à la convention d'arbitrage, par conséquent, le droit applicable à la convention d'arbitrage doit être déterminée séparément, dans ce contexte, la loi du siège de l'arbitrage doit être appliqué et que par la loi mentionnée, l'agent n'a pas besoin d'être expressément autorisée à conclure la convention d'arbitrage. Dans le contexte mentionné, les arbitres se sont demandé si la clause de la loi applicable devrait également être appliquée à la clause d'arbitrage. En conséquence, la question abordée dans le cadre du litige mentionné est l'autorité des personnes ayant signé la convention d'arbitrage au nom de personnes tierces pour compromettre. Afin de déterminer si cette autorisation est accordée, la loi doit être appliquée à l'autorité doit être déterminée en priorité, que les dispositions de ladite loi sur l'autorité devraient être appliquées.

Le sujet de cette étude a été déterminé comme étant la « capacité de conclure une convention d'arbitrage ». Toutefois, pendant la période de recherche, il a été remarqué que le problème est lié à l'autorité, mais pas la capacité.

A vrai dire, dans l'ordre, une convention d'arbitrage exécutoire et régler les litiges devant les arbitres, la convention d'arbitrage doit remplir des conditions particulières. Un des dessus des conditions est que les parties ont la capacité de conclure une convention d'arbitrage, et l'autre condition est que le cas signataire - en ce que signataire exécute la convention d'arbitrage au nom d'une autre personne - est " autorisé " de conclure une telle convention d'arbitrage. Il est précisé que les termes « autorité » et « capacités » nécessaires à l'exécution d'une convention d'arbitrage valable sont très similaires. On peut aussi voir que ces deux termes sont utilisés à la place de l'autre dans la doctrine et la jurisprudence. Cependant, ces deux termes doivent être distingués correctement et ils ne doivent pas être confondus. La capacité de conclure une convention d'arbitrage est la capacité d'une personne réelle ou une entité juridique à être partie à une convention d'arbitrage. Toutefois, le terme « autorité » apparaît lorsque la convention d'arbitrage est exécutée au nom d'une personne tiers. En outre, l'inexistence ou l'illégalité liée à la capacité et l'autorité sont différents en fonction de leurs effets juridiques. L'incapacité des parties d'une convention d'arbitrage - généralement provoque la nullité de la convention, mais une convention d'arbitrage signée par des personnes non autorisées est interprétée comme « pending ». En outre, caractère contraignant de l'opération exécutée par l'agent non

autorisé en termes de capital et de la responsabilité de l'agent non autorisé née de la transaction sont les autres questions en cours de discussion.

En outre, la différence entre les termes mentionnés prend son effet dans la portée du droit international privé sur la détermination de la loi applicable. En règle générale, l'autorité est soumise à la loi dont elle dérive alors que la capacité est soumise aux lois applicables aux personnes en question. Par conséquent, les termes, l'autorité et la capacité doivent être soigneusement distingués.

Après la détermination de la question de l'étude que le «pouvoir de conclure une convention d'arbitrage», les dispositions de fond de la législation turque sur l'autorité précitée doivent être examinés.

Dans ce cadre, la première question à examiner est l'exécution de la convention d'arbitrage par un agent volontaire.

Cette question est jugée importante en raison de la clause de l'autorité spécifique requise pour l'agent de conclure une convention d'arbitrage au nom du principal par l'article 504 alinéa 3 du Code des obligations turque et l'article 74 du Code de procédure civile. Ces dispositions sont souvent discutés en termes de pratique et de provoquer des conséquences néfastes sur les personnes pour qui le droit turc est inconnu. A vrai dire, selon la loi turque, pour l'agent pour exécuter une convention d'arbitrage au nom du mandant, l'agent doit être spécifiquement et / ou expressément autorisé. En raison de la condition mentionnée, alors que l'accord principal exécuté par un agent autorisé est réputé valable - à condition que les autres conditions sont remplies, la clause d'arbitrage peut devenir valide en raison de l'absence d'autorité spécifique. En vertu du droit comparé, il existe certains cas que cette autorité spécifique est nécessaire. Cependant, certains systèmes de droit rejete la règle de l'autorité spécifique.

La deuxième question à examiner en vertu du présent chapitre est l'exécution de la convention d'arbitrage par les organes des sociétés commerciales et les effets juridiques d'une telle exécution. Les entreprises peuvent signer des accords d'arbitrage à travers leurs organes. Cependant, dans la pratique des tiers autres que les organes peuvent exécuter le contrat sous-jacent et les conventions d'arbitrage respectifs. Toutefois, le problème qui se pose ici est liée au fait que la personne autorisée par la société, et surtout agir comme organe peut autoriser une personne tiers à exécuter une convention d'arbitrage au nom de la société et les dispositions de la convention d'arbitrage signée par le tiers autorisé comme expliqué ci-dessus. Or, l'article 371 du Code de commerce turc stipule que les personnes représentant la société ne doivent être nommées par le conseil d'administration. Vis-à-vis de l'article mentionné ci-dessus, l'incertitude de savoir si une tierce personne autorisée par un agent autre que l'organe peut exécuter la convention d'arbitrage au nom de l'entreprise peut constituer un problème. Une autre question examinée en relation avec les entreprises est l'effet de principe de l'*ultra vires* à l'autorité de conclure la convention d'arbitrage de portée des antérieurs et présents codes commerciaux turcs. Comme on le sait, certaines opérations ont été principalement nulles depuis ces transactions n'ont pas été inscrites en vertu de l'activité commerciale de la société dans les articles relatifs d'association en accord avec le principe de l'*ultra vires*.

La troisième question à examiner en vertu du présent chapitre est l'autorité des représentants d'entreprises commerciales. La problématique principale en vertu de

cette question est de savoir si ces représentants doivent avoir un pouvoir spécifique en vue de conclure des conventions d'arbitrage au nom des commerçants qu'ils représentent. En effet, les commerçants peuvent permettre à des tiers d'agir au nom de l'entreprise commerciale. Certains de ces tiers a le pouvoir de représenter les commerçants tandis que d'autres ne le font pas. Dans ce cadre, il peut être conclu que seul le représentant commercial, qui remplace le commerçant comme un *alter ego*, peut passer des conventions d'arbitrage pour le compte des commerçants tandis que d'autres, y compris les courtiers ne peuvent pas .

Suite à l'examen des règles matérielles en vertu des lois turques qui se rapporte à l'exécution de la convention d'arbitrage, la loi applicable à l'autorité de conclure la convention d'arbitrage doit être déterminée. Par conséquent, les cas dans lesquels la Turquie sera appliqué peuvent être indiqués.

Il est important de savoir à quel point la question de l'autorité se poserait. Pourtant, les réclamations liées au fait que le représentant n'est pas autorisé peut être exercé devant le tribunal arbitral ou devant les juridictions nationales à différents stades. La validité d'une convention d'arbitrage peut être examinée devant les juridictions nationales dans le cas où une objection en faveur de l'arbitrage est affirmé ou comme motifs de refus d'exécution où l'exécution de la sentence est demandée, ou comme motifs d'annulation lorsque l'annulation de la sentence est demandée. Dans le cas où l'objection sur les motifs de l'autorité réussit, la convention d'arbitrage serait nulle et non avenue et les parties dans l'obligation de saisir les juridictions nationales afin de résoudre le différend.

En règle générale, les arbitres n'ont pas de *lex fori* et par conséquent, ils ne sont pas tenus de respecter ou appliquer les règles de conflit du siège de droit. Par conséquent, les arbitres considérer d'abord les règles qui régissent la procédure d'arbitrage. En conséquence, les arbitres appliquent dans certains cas, le conflit de règles, et parfois ils s'appliquent directement certaines règles matérielles. Par conséquent, il n'y a pas de l'unanimité pour les choix des arbitres en ce qui concerne les méthodes qu'ils utilisent pour déterminer la loi applicable. Cependant, nous pouvons émettre un avis que les arbitres agissent en faveur de la validation de la convention d'arbitrage.

Contrairement aux arbitres, les juridictions nationales ont la *lex fori* et ils sont tenus d'appliquer leurs règles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable. Dans certaines décisions, les juridictions nationales ont déterminé la loi applicable par leur conflit de règles de droit alors que dans d'autres décisions, ils appliqués directement les règles matérielles de la *lex fori*.

Les règles internationales telles que la Convention de New York ou de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 et les règles nationales telles que Loi sur l'arbitrage no. 4686 et de la Loi sur le droit international privé no. 5718 réglemente le droit applicable à la capacité des parties. Toutefois, ces règles ne régissent pas l'autorité des parties. En d'autres termes, il ne peut être déduit de ces règlements si l'autorité des signataires de la convention d'arbitrage doit être évaluée conformément à la «loi applicable à eux» " ou «la loi choisie par les parties ou en cas de défaut, la loi du lieu où la sentence est rendue». Par conséquence, en cas d'objection en ce qui concerne l'autorité des signataires est discuté , les arbitres et les juridictions nationales doivent tout d'abord qualifier la « question de l'autorité » .

Il y a plusieurs opinions de qualification de la question de l'autorité. Selon une opinion, la question de l'autorité doit être évaluée conformément à la loi applicable à la validité matérielle de la convention d'arbitrage. Cette opinion fait valoir que si le mandant n'a pas autorisé l'agent, il doit en déduire que le principal n'a pas consenti à l'arbitrage et le consentement des parties est une question de la validité matérielle de la convention d'arbitrage. Un deuxième avis estime que la question de l'autorité doit être évaluée dans le cadre de la capacité des parties. Selon cet avis, l'article V/1(a) de la Convention de New York doit être interprété largement de sorte qu'il peut aussi inclure la question de l'autorité. La troisième opinion soutient que question de l'autorité doit être évaluée comme «représentation». La quatrième et la dernière opinion font valoir qu'il n'est pas nécessaire que la question de l'autorité est liée à l'un de ces concepts, puisque c'est un accord comme d'autres accords en vertu du droit des obligations, il peut être nul et non avenü sur une cause qui se pose indépendamment des concepts discutés ci-dessus. Comme on le voit, la doctrine n'est pas unanime en ce qui concerne la qualification de la question. À mon avis, la question de l'autorité est une partie de la validité matérielle de la convention d'arbitrage. Cependant, la loi applicable à la question de l'autorité doit être déterminée séparément de la loi applicable à la validité au fond et elle doit être appréciée comme «représentation». Pour les personnes morales, cette question doit être examinée dans le cadre du droit applicable à cette entité juridique. Cependant, cette opinion ne doit pas être interprétée comme il considère la question de l'autorité que la capacité des parties. La loi applicable à l'entité juridique doit être considérée comme la source de l'autorité.

Malgré la présence de ces avis, les arbitres et les tribunaux ne discutent pas de la qualification de la question de l'autorité. En outre, dans plusieurs cas, en particulier devant les juridictions nationales, les règles matérielles de la *lex fori* sont appliquées à l'affaire devant eux.

Parmi ces règles matérielles, le principe de la bonne foi a une place importante. Dans plusieurs décisions des cours et tribunaux arbitraux, la question de l'autorité est évaluée selon le principe de la bonne foi. Dans ce cadre, les arbitres et les tribunaux prennent en considération le principe de la bonne foi dans la forme, par exemple, le pouvoir apparent, l'acceptation tacite, la théorie de la confiance. Une autre règle importante est l'exigence de l'autorité spécifique énoncée à l'article 504/3 du Code de la Turquie des obligations pour les conventions d'arbitrage conclues par les agents.

ABSTRACT

This study was constituted being inspired by the issues discussed during an arbitration to which a Turkish company is a party. The dispute arises from a share purchase agreement under the mentioned arbitration. The share purchase agreement also sets forth an arbitration clause. The defendants executed the abovementioned agreement through their agents. After the execution of the agreement, disputes arose between the parties and the claimants applied for arbitration on the ground of breach of the agreement. The applicable law and dispute resolution article of the agreement provisions that the disputes shall be resolved before arbitration and the governing law shall be the Turkish law. In course of the arbitration, defendants claimed that the arbitration agreement is invalid stating that since specific authority condition required by the Turkish law had not been fulfilled, it was concluded by an unauthorized agent. The defendant claimed that the Turkish law to be applied to the share purchase agreement shall not be applied to the arbitration agreement, therefore the law to be applied to the arbitration agreement should be determined separately, in this context the seat of arbitration's law should be applied and as per the mentioned law, the agent does not require to be specifically authorized to conclude arbitration agreement. In the mentioned context, the arbitrators discussed whether the applicable law clause should also be applied to the arbitration clause. Accordingly, the issue discussed under the mentioned dispute is the authority of the persons having executed the arbitration agreement on behalf of third persons to arbitrate. In order to determine whether the said authority is granted, the law to be applied to the authority should be determined in priority, than the said law's provisions on the authority should be applied.

This study's topic was first determined as the "capacity to conclude arbitration agreement". However, during the research period, it has been noticed that the issue is related to authority, but not the capacity.

Truthfully, in order an arbitration agreement to be enforceable and a dispute to be resolved before the arbitrators, the arbitration agreement should fulfill particular conditions. One of the above said conditions is that the parties have the capacity to conclude arbitration agreement; and the other condition is that the signatory –in case that a signatory executes the arbitration agreement on behalf of another person- is "authorized" to conclude such an arbitration agreement. It is stated that the terms "authority" and "capacity" required for the execution of a valid arbitration agreement are very similar. One may also see that these two terms are used instead of each other in doctrine and jurisprudence. However, these two terms should be distinguished correctly and they should not be confused. The capacity to conclude an arbitration agreement is the ability of a real person or a legal entity to be a party to an arbitration agreement. However, the term "authority" appears when an arbitration agreement is executed on behalf of a third person. In addition, the inexistence or the illegality related to the capacity and the authority are different in terms of their legal effects. The incapacity of the parties of an arbitration agreement –generally- causes the nullity of the agreement, however an arbitration agreement executed by unauthorized persons is interpreted as pendent. In addition, bindingness of the transaction executed by unauthorized agent in terms of the principal and the responsibility of the unauthorized agent arisen from the transaction are the other issues under discussion.

Moreover, the mentioned difference between the terms takes its effect in scope of the international private law on the determination of the applicable law. Generally, the authority is subject to the law from which it derives while the capacity is subject to the laws applicable to the persons in question. Therefore, the terms, authority and capacity should be carefully distinguished.

After determining the issue of the study as the “authority to conclude arbitration agreement”, the substantive provisions of the Turkish law on the aforementioned authority should be examined.

In this scope, first issue to be examined is the execution of the arbitration agreement through a voluntary agent.

This issue is deemed important as a result of the specific authority clause required for the agent to conclude arbitration agreement on behalf of the principal by Article 504 Subparagraph 3 of the Turkish Code of Obligations and Article 74 of Code of Civil Procedure. The said provisions are frequently discussed in terms of practice and cause adverse consequences on persons for whom the Turkish law is unfamiliar. Truthfully, as per the Turkish law, in order for the agent to execute an arbitration agreement on behalf of the principal, the agent should be specifically and/or expressly authorized. By reason of the mentioned condition, while the main agreement executed by an authorized agent is deemed valid -provided that the other conditions are fulfilled-, the arbitration clause may become valid as a result of the lack of specific authority. Under comparative law, there exist certain cases that such specific authority is required. However, certain law systems reject the specific authority rule.

The second issue to be examined under this chapter is the execution of the arbitration agreement by the organs of the commercial companies and the legal effects of such execution. Companies may sign arbitration agreements through their organs. However, in practice third persons other than the organs may execute the underlying contract and the respective arbitration agreements. However, the problem occurring here is related to whether the person authorized by the company and mostly acting as the organ may authorize a third person to execute an arbitration agreement on behalf of the company and the provisions of the arbitration agreement executed by the third person authorized as explained above. Yet Article 371 of the Turkish Commercial Code sets forth that the persons representing the company shall only be nominated by the board of directors. *Vis-à-vis* the above mentioned article, the uncertainty on whether a third person “authorized” by an agent other than the organ may execute arbitration agreement on behalf of the company may constitute a problem. Another issue examined in relation to the companies is the effect of *ultra vires* principle to the authority to conclude arbitration agreement in scope of anterior and present Turkish Commercial Codes. As it is known, certain transactions were -principally- deemed null since the said transactions were not listed under the business activity of the company under the related articles of association in accordance with *ultra vires* principle.

The third issue to be examined under this chapter is authority of the representatives of commercial enterprise. The main problematic under this issue is whether such representatives need specific authority in order to execute arbitration

agreements on behalf of the merchants that they represent. Indeed, the merchants may entitle third parties to act on behalf of the commercial enterprise. Some of these third persons has the authority to represent the merchants while some do not. Within this scope, it may be concluded that only the commercial representative, who substitute the merchant and is its *alter ego*, may execute arbitration agreements on behalf of the merchants while others, including the brokers cannot.

Following examination of the material rules under Turkish laws which relates to execution of arbitration agreement, the law applicable to authority to conclude arbitration agreement must be determined. Accordingly, the cases in which Turkish will be applied may be stated.

It is important to find out at which point the question of authority would arise. Yet, claims related to the fact that the representative is unauthorized may be asserted before the arbitral tribunal or before the national courts at different stages. The validity of an arbitration agreement can be examined before national courts in the event an objection in favor of arbitration is asserted or as grounds for refusal of enforcement where the enforcement of the award is requested, or as grounds for annulment where the annulment of the award is requested. In the event the objection on the grounds of authority succeeds, the arbitration agreement would be null and void and the parties will be obliged to apply to national courts in order to have the dispute resolved.

As a general rule, the arbitrators do not have a *lex fori* and therefore they are not obliged to respect or apply the material or conflict of law rules of the seat. Therefore, the arbitrators would consider first the rules which govern the arbitration proceedings. As a result, the arbitrators apply in some cases the conflict of rules and sometimes they apply directly some material rules. Therefore, there is not any unanimity for the choices of the arbitrators with regards to the methods that they use in order to determine the applicable law. However, we may opine that the arbitrators act in favor of validation of the arbitration agreement.

Unlike the arbitrators, the national courts have *lex fori* and they are obliged to apply their conflict of law rules in order to determine the applicable law. In some decisions, the national courts determined the applicable law through their conflict of law rules whereas in other decisions they directly applied the material rules of *lex fori*.

The international rules such as the New York Convention or the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 and the national rules such as Arbitration Act No. 4686 and Act on International Private Law no. 5718 regulates the applicable law to capacity of the parties. However, these rules do not regulate the authority of the parties. In order words, it cannot be derived from these regulations whether the authority of the signatories of the arbitration agreement should be assessed in accordance with the “law applicable to them” or “the law chosen by the parties or in case of default, the law of the place where the award is rendered”. Therefore, in the event any objection regarding the authority of the signatories is discussed, the arbitrators and the national courts must firstly qualify the “issue of authority”.

There are several opinions for qualification of the issue of authority. According to an opinion, the question of authority must be assessed in accordance with the law applicable to substantive validity of the arbitration agreement. This opinion argues that if the principal did not authorized the agent, it must be derived that the principal did not consent to arbitration and the consent of the parties is a matter of substantive validity of the arbitration agreement. A second opinion argues that the issue of authority must be assessed within the scope of capacity of the parties. According to this opinion, Article V/1(a) of the New York Convention must be interpreted largely so that it can also include the issue of authority. The third opinion argues that issue of authority must be assessed as “representation”. The fourth and the last opinion argues that it is not necessary that the issue of authority is related to any of these concepts; since it is an agreement such as other agreements under law of obligations, it may be null and void on a ground which arises independently from the concepts discussed above. As seen, the doctrine is not unanimous with regards to qualification of the issue. In my opinion, the issue of authority is a part of substantive validity of the arbitration agreement. However, the law applicable to the issue of authority should be determined separately from the law applicable to substantive validity and it must be assessed as “representation”. For the legal entities, this issue must be examine under the law applicable to that legal entity. However, this opinion must not be interpreted as it considers the issue of authority as capacity of the parties. The law applicable to legal entity must be considered as the source of the authority.

Despite the presence of these opinions, the arbitrators and courts do not discuss the qualification of the issue of authority. Moreover, in several cases, especially the national courts, apply the material rules of the *lex fori* to the case before them.

Among these material rules, the principle of good faith has an important place. In several arbitral award and court decisions, the issue of authority is assessed in accordance of the principle of good faith. Within that scope, the arbitrators and courts take into consideration the principle of good faith in the form of, for example, apparent authority, tacit acceptance, theory of trust. Another material rule is the requirement of specific authority set forth under Article 504/3 of the Turkish Code of Obligations for the arbitration agreements concluded by the agents.

ÖZET

Bu çalışma, bir Türk şirketinin taraf olduğu bir tahkim yargılamasında tartışılan konulardan esinlenerek oluşturulmuştur. Uyuşmazlığa konu olayda, temel sözleşme bir hisse devir sözleşmesidir. Hisse devir sözleşmesinde ayrıca tahkim şartı da yer almaktadır. Davalılar bu sözleşmeyi temsilci aracılığıyla akdetmiştir. Sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflar arasında uyuşmazlıklar doğmuş ve davacılar sözleşmenin ihlal edildiği gerekçesiyle hakeme başvurmuştur. Sözleşmenin uygulanacak hukuk ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin maddesinde, uyuşmazlıkların tahkim aracılığıyla çözümleneceği öngörülmüş ve doğrudan Türk hukukunun uygulanacağı belirlenmiştir. Hakem yargılaması sırasında davalılar, tahkim anlaşmasının -Türk hukukunda aranan özel yetkilendirme şartı gerçekleşmediği için- yetkisiz temsilci aracılığıyla yapıldığı gerekçesiyle geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Davalı taraf, sözleşmeye uygulanacak olan Türk hukukunun, ayrılabilirlik ilkesi nedeniyle tahkim anlaşmasını kapsamayacağını, bu nedenle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun temel sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız bir şekilde belirlenmesi gerektiğini, bu bağlamda tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğini ve somut olaydaki tahkim yeri hukuku uyarınca temsilcinin tahkim anlaşması yapabilmesi için özel yetkiye ihtiyaç duymadığını savunmuştur. Bu kapsamda, uygulanacak hukuk maddesinin tahkim şartını da kapsayıp kapsamadığı tartışılmıştır. Dolayısıyla bu uyuşmazlıkta tartışılan mesele, tahkim anlaşmasını üçüncü kişiler adına imzalayan kişilerin yetkileridir. Bu yetkinin var olup olmadığını tespit edebilmek için öncelikle yetkiye uygulanacak hukuk belirlenmeli, daha sonra belirlenen hukukun yetkiye ilişkin kuralları uygulanmalıdır.

Bu çalışmanın konusu ilk olarak “tahkim anlaşması yapma ehliyeti” olarak belirlenmiştir. Ancak konu üzerinde çalışılırken, meselenin bir ehliyet meselesi değil, bir yetki meselesi olduğu sonucuna varılmıştır.

Gerçekten de, taraflar arasında imzalanan bir tahkim anlaşmasının hüküm ifade etmesi ve uyuşmazlığın hakemler önünde görülmesi için, tahkim anlaşmasının bazı geçerlilik şartlarını taşıması gerekir. Bu şartlardan biri, tarafların tahkim anlaşması yapmak için “ehliyetli” olması; bir diğeri de, -bir kişinin, bir başka kişi adına ve hesabına tahkim anlaşması akdetmesi durumunda- bu anlaşmayı imzalayan kişinin tahkim anlaşması yapmak konusunda “yetkili” olmasıdır. Geçerli bir tahkim anlaşması için aranan “yetki” ve “ehliyet” kavramlarının birbirine yakın olduğu ifade edilir. Yine doktrinde ve yargı kararlarında, bu kavramların birbiri yerine kullanıldığı da görülmektedir. Ancak bu kavramların doğru bir şekilde birbirinden ayrılması ve birbiri ile karıştırılmaması gerekir. Tahkim anlaşması yapma ehliyeti, bir gerçek veya tüzel kişinin, bir tahkim anlaşmasına taraf olabilme yetkinliğidir. Bununla birlikte “yetki” kavramı, tahkim anlaşmasının bir üçüncü kişi nam ve hesabına yapılması sırasında ortaya çıkar. Ayrıca, ehliyet ve yetki kavramlarının yoklukları veya sakatlıkları, bunlara bağlanan sonuçlar bakımından farklıdır. Tahkim anlaşmasının taraflarının ehliyetinin bulunmaması -genellikle- tahkim anlaşmasının kesin hükümsüzlüğüne yol açarken yetkisiz kişilerce akdedilen tahkim anlaşmaları kural olarak askıda geçersizdir. Ayrıca yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemlerin temsil olunanlar açısından bağlayıcılığı ve yetkisiz temsilcinin işlemde doğan sorumluluğu da diğer tartışma konularıdır.

Kavramlar arasındaki bu fark, milletlerarası özel hukuk kapsamındaki etkisini, uygulanacak hukukun tespiti sırasında gösterir. Genel olarak ehliyet, kişilerin haklarında uygulanacak hukuka tabi iken; yetki, kaynağını aldığı hukuka tabidir. Dolayısıyla, yetki ve ehliyet kavramlarının birbirinden dikkatlice ayrılması gerekir.

Çalışmanın konusu “tahkim anlaşması yapma yetkisi” olarak belirlendikten sonra, Türk hukukunda bu yetkiye ilişkin olarak yer alan maddi hukuk kuralları incelenmelidir.

Bu kapsamda incelenecek ilk konu, tahkim anlaşmasının iradi temsilci aracılığıyla yapılmasıdır. Bu konu, BK m. 504/3'te ve HMK m. 74'te yer alan, temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapabilmesi için özel yetki arayan hükümler çerçevesinde önem kazanmaktadır. Söz konusu hükümler, uygulamada sıklıkla tartışmalara sebep olan ve özellikle Türk hukukuna yabancı kişiler için olumsuz sonuçlara yol açan düzenlemeler getirmektedir. Gerçekten de, Türk hukuku uyarınca, temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapabilmesi için bu konuda özellikle ve/veya açıkça yetkilendirilmesi gerekir. Bu şart nedeniyle, temsilci aracılığıyla imzalanan temel sözleşme –diğer şartları sağlamak kaydıyla- geçerli iken; bu sözleşmede yer alan tahkim şartı, temsilcinin özel yetkisinin bulunmaması nedeniyle geçersiz olarak kabul edilebilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta da özel yetki kuralının arandığı haller mevcuttur; ancak özel yetki kuralını reddeden hukuk sistemleri de bulunmaktadır.

Bu bölümde incelenecek ikinci konu, tahkim anlaşmasının ticaret şirketlerinin organları aracılığıyla yapılması ve buna bağlanan sonuçlardır. Şirketler tahkim anlaşmalarını organları aracılığıyla imzalayabilir. Ancak uygulamada, hukuki işlemlerin ve dolayısıyla tahkim anlaşmalarının, şirketler adına organlar dışındaki üçüncü kişilerce imzalandığı görülmektedir. Ancak, burada ortaya çıkan sorun, şirketçe yetkilendirilen ve çoğunlukla organ sıfatıyla hareket eden kişinin şirket adına tahkim anlaşma yapmak üzere bir üçüncü kişiyi yetkilendirip yetkilendiremeyeceğine ve bu şekilde yetkilendirilen üçüncü kişi tarafından yapılan tahkim anlaşmasının akibetine ilişkindir. Zira TTK m. 371'de, şirketi temsil edebilecek kişilerin sadece yönetim kurulu tarafından atanabileceği öngörülmüştür. Bu madde karşısında, organ dışında yetkili temsilci tarafından “yetkilendirilen” bir üçüncü kişinin şirket adına tahkim anlaşması yapıp yapamayacağı ilerideki dönemlerde tartışmaya konu olabilecektir. Şirketlere ilişkin olarak incelenen bir diğer konu, *ultra vires* ilkesinin TTK ve eTTK kapsamında tahkim anlaşması yapma yetkisi üzerindeki etkisidir. Bilindiği üzere, eTTK döneminde bir hukuki işlemin, şirketin ana sözleşmesindeki işletme konuları arasında sayılmamış olması, bu hukuki işlemin *ultra vires* ilkesi nedeniyle -kural olarak- yok hükmünde kabul edilmesini gerektiriyordu. *Ultra vires* ilkesinin ve öngördüğü sınırlamaların şirket ana sözleşmesindeki işletme konuları içinde yer almayan tahkim anlaşmalarına uygulanıp uygulanmayacağı incelenmelidir. Ancak tahkim anlaşması yapma yetkisinin, *ultra vires* ilkesi ile ilişkilendirilmemesi gerekir.

Bu bölümde incelenecek son konu ise, tahkim anlaşmasının şirket adına tacir yardımcıları tarafından yapılmasıdır. Burada dikkat çeken tartışma, tacir yardımcılarının tacir adına tahkim anlaşması yapmak için özel yetkiye ihtiyaç duymadıkları noktasında toplanmaktadır. Tacir, ticari işletmesi ile ilgili faaliyetleri için üçüncü kişiler ile birlikte çalışabilir. Bu kişiler tacir yardımcıları olarak anılır.

Tacir yardımcıları kendi içinde bağımlı tacir yardımcıları ve bağımsız tacir yardımcıları olarak; bağımlı ve bağımsız tacir yardımcıları da kendi arasında temsil yetkisini haiz olan ve olmayan tacir yardımcıları olarak ikiye ayrılabilir. Bu kapsamda, ticari vekil, pazarlamacı, acente, komisyoncu ve simsar, özel yetkisi bulunmadan tacir adına tahkim anlaşması yapamaz. Ancak, ticaret hayatında önemli yer tutan ve adeta taciri ikame ettiği ifade edilen ticari mümessilin özel yetki olmadan da tacir adına tahkim anlaşması yapabileceği kabul edilmelidir.

Türk hukukunda, tahkim anlaşması yapma yetkisine ilişkin maddi hukuk kurallarının incelenmesinden sonra, tahkim anlaşması yapma yetkisine uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekir. Bu şekilde, Türk hukukunun hangi hallerde uygulanabileceği de tespit edilebilir.

Tahkim anlaşmasının yetkisiz kişilerce akdedildiği, tahkim yargılamasının farklı aşamalarında ileri sürülebilir. Şöyle ki, hakem mahkemesinin kuruluşu sırasında hakemler nezdinde, hakem kararının verildiği ülkenin mahkemelerinde hakem kararının iptali talebiyle veya hakem kararının tenfizi sırasında tenfiz mahkemesi önünde tahkim anlaşmasının yetkisizlik nedeniyle geçersiz olduğu iddia edilebilir. Bu aşamaların herhangi birinde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun kabul edilmesi, hakemlerin uyuşmazlığın görülmesinde yetkisiz kalmalarına, hakem kararının iptal edilmesine veya tenfizinin engellenmesine sebep olabilir.

Kural olarak, hakemlerin bağlı oldukları bir *lex fori* yoktur ve hakemler tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı değildir. Bu nedenle hakemler, uygulanacak hukukun tespitinde öncelikle tahkimi düzenleyen kuralları dikkate alırlar. Sonuç olarak da uygulamada hakemlerin, bazen uygun gördükleri bağlama kuralları uyarınca tespit edilen hukuku, bazen de doğrudan maddi hukuk kurallarını uyguladıkları görülür. Dolayısıyla hakem kararlarında, uygulanacak hukukun tespiti için kullanılan yöntemlerde bir birlik yoktur. Ancak hakemlerin, tahkim anlaşmalarını mümkün olduğunca geçerli tutacak şekilde hareket ettikleri ifade edilebilir. Bunun yanında hakemlerin, kararın daha sonradan iptal edilmemesi veya tenfizinin engellenmemesi için, *lex fori*'nin bağlama kurallarını tamamen göz ardı etmemeleri gerekir.

Hakem mahkemelerinden farklı olarak ulusal mahkemelerin, *lex fori*'nin bağlama kuralları uyarınca hareket ettiği ifade edilebilir. Ulusal mahkemelerin, *lex fori*'nin hangi hükmünün uygulanacağını tespit edebilmesi için öncelikle yetki meselesinin vasıflandırılması gerekir. Ancak hakem kararlarında olduğu gibi mahkeme kararlarında da bu şekilde bir vasıflandırma tartışmasının yapılmadığı görülmektedir. Bazı kararlarda mahkemeler, tahkim anlaşmasının esası veya tarafların ehliyetinden ayrı olarak, *lex fori*'nin belirli bağlama kurallarıyla yetkiye uygulanacak hukuku tespit etmiş, bazen de kendi hukukunun maddi kurallarını doğrudan uygulamıştır.

New York Sözleşmesi, 1961 Tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi gibi uluslararası düzenlemeler ile 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu gibi ulusal düzenlemeler, tahkim anlaşmasını akdeden kişilerin ehliyetsiz olmalarının ve tahkim anlaşmasının diğer sebeplerle geçersiz

olmasının sonuçlarını düzenler. Fakat bu düzenlemeler, tahkim anlaşmasını akdeden kişilerin “yetkisine” ilişkin açık bir hüküm içermez. Başka bir ifadeyle, tarafların yetkilerinin, “tarafların tabi kıldıkları hukuk veya bir hukuk seçimi yoksa hakem kararının verildiği yer hukuku” veya “tarafların kendilerine uygulanacak hukuk” kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği anılan düzenlemelerden anlaşılammaktadır. Bu nedenle, bir yetkisizlik itirazının ileri sürülmesi durumunda hakemler veya ulusal mahkemeler öncelikle yetki meselesini vasıflandırmalıdır.

Yetki meselesinin vasıflandırılması konusunda savunulan bir görüşe göre, yetkisiz temsilci aracılığıyla imzalanan tahkim anlaşmasının geçersizliği meselesi, tahkim anlaşmasının esası -veya maddi geçerliliği- kapsamında değerlendirilmelidir. Bu görüşe göre, tahkim anlaşması yapmak için temsil olunanın temsilciye özel yetki vermemesi, tahkim için iradesinin bulunmadığı anlamına gelir ve bu nedenle tahkim anlaşması, esasa ilişkin nedenlerle geçersizdir. Bu görüş, New York Sözleşmesi m. V/1’in esasa ilişkin bölümünün yetki meselesini de kapsayacak şekilde yorumlandığını savunur. Bu konuda bir diğer görüş, meseleyi bir ehliyet meselesi olarak değerlendirir. Bu görüşe göre, New York Sözleşmesi m.V/1(a), yetkiyi de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Bu görüş ayrıca, tahkim anlaşması yapma yetkisinin uluslararası hukuk kuralları uyarınca çözümlenmesi fikrini de, milli hukukların uluslararası tahkimdeki tarihi rolünü ve New York Sözleşmesi’nin düzenlemelerini dikkate almamakla eleştirir. Bu konudaki bir diğer görüşe göre ise, tahkim anlaşmasının temsilci aracılığıyla yapılması, anlaşmanın şekline, esasına veya tarafların ehliyetine ilişkin değildir; bu durum temsil statüsü olarak sınıflandırılmalıdır. Bu görüşe göre, tahkim anlaşmasının temsilci aracılığıyla yapılması durumunda uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 30 uyarınca belirlenir. Son olarak da, yetkisiz temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşmalarının, şekil, ehliyet veya esasa ilişkin bir mesele olarak değerlendirilemeyeceğini ifade eden görüşe değinilmelidir. Bu görüşe göre, tahkim anlaşması bir borçlar hukuku sözleşmesidir ve tahkim anlaşmasının esasına, şekline veya tarafların ehliyetine ilişkin olmayan başka bir sebepten dolayı da geçersiz kılınabilir. Görüldüğü üzere, yetki meselesinin vasıflandırılmasına ilişkin olarak doktrinde fikir birliği yoktur. Yetki meselesi, kanaatimce esasa ilişkin bir problemdir. Gerçekten de bir kimsenin temsilciye tahkim anlaşması yapma yetkisi vermemesi, o kişinin tahkim anlaşması yapma konusunda iradesinin olmaması anlamına gelir. Bir hukuki işlemin taraflarının iradeleri ise, o hukuki işlemin maddi geçerliliğini belirler. Bununla birlikte, yetkinin geçerliliğinin esasa uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Bu yetki gerçek kişi temsilciler açısından temsil statüsü olarak değerlendirilmelidir. MÖHUK m. 30’da bu konuda açık hüküm olması, Türk mahkemelerinin işini kolaylaştırır. Hakemler ise belli bir ülkenin bağlama kurallarını uygulamak zorunda olmadıklarından ve uygun gördükleri ülkenin bağlama kurallarını veya maddi kurallarını uygulayabileceklerinden, bu tespit tahkim yargılaması sırasında da yapılabilir. Tüzel kişiler için ise yetki meselesi şahsi hukuku uyarınca değerlendirilmelidir. Ancak bu tespit, tüzel kişiler açısından, yetki meselesinin ehliyet kapsamında değerlendirildiği şeklinde anlaşılmmamalıdır. Zira yetki, kaynağını aldığı hukuka tabidir ve tüzel kişiyi temsil eden kişiler bu yetkilerini, tüzel kişiye varlığını veren hukuktan alır. Bu kapsamda tüzel kişilerin temsili açısından, her ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca, şirketin statüsünde bulunan veya fiilen idare yer edildiği ülke veya şirketin kurulduğu yer hukuku dikkate alınabilir.

Bununla birlikte uygulamada, tahkim anlaşması yapma yetkisinin, tahkim anlaşmasının esasına ve tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk ile temsil statüsü uyarınca belirlendiği görülmektedir. Bununla birlikte bazı hallerde uygulanacak hukuk tartışmasına girmeden bazı kuralların doğrudan uygulandığına da rastlanmaktadır.

Gerçekten de, ulusal mahkemelerin önlerine gelen bazı hakem kararlarının iptali veya tenfizi taleplerinde, yetkinin vasıflandırılmasını ve yetkiye uygulanacak hukukun tespitini tartışmaksızın, doğrudan kendi hukukunun maddi kurallarını uyguladıkları da görülür. Dikkati en fazla çeken maddi hukuk kuralı, Türk mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanan ve tahkim anlaşması yapan temsilcinin bu konuda özel olarak yetkilendirilmesini arayan BK m. 504/3 ve eBK m. 388/3'tir. Bu maddi hukuk kuralları arasında dürüstlük kuralı uyarınca çözümlenen uyuşmazlıklar sıklıkla görülür. Yetki meselesinde hakemlerin ve mahkemelerin genellikle dürüstlük kuralını dikkate alarak ve zayıf tarafın korunması düşüncesiyle hareket ettikleri, hukuki görünüş teorisi veya görünüşte temsil, zımni kabul, uyandırılan güvene aykırılık gibi kavramların kullanıldığı ve hakemlerin ve mahkemelerin, dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülen yetkisizlik itirazlarını reddetmeye açık oldukları görülür. Bu bağlamda, yetkisizlik itirazları incelenirken, şirket yetkililerinin tespiti için ticaret sicil kayıtlarına sıkı sıkıya bağlı kalmadıkları da ifade edilebilir.

GİRİŞ

Bu çalışma, bir Türk şirketin taraf olduğu tahkim yargılamasında tartışılan konulardan esinlenerek oluşturulmuştur. Uyuşmazlığa konu olayda, temel sözleşme olarak bir hisse devir sözleşmesi yer almaktadır. Hisse devir sözleşmesinde ayrıca tahkim şartı da düzenlenmiştir. Davalılar bu sözleşmeyi temsilci aracılığıyla akdetmiştir. Sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflar arasında uyuşmazlıklar doğmuş ve sözleşmenin davalılar tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle davacılar hakeme başvurmuştur. Sözleşmenin uygulanacak hukuk ve uyuşmazlıkların çözümü maddesinde uyuşmazlıkların tahkim aracılığıyla çözümleneceği öngörülmüş ve doğrudan Türk hukukunun uygulanacağı belirlenmiştir. Hakem yargılaması sırasında davalılar, tahkim anlaşmasının - Türk hukukunda aranan özel yetkilendirme şartı gerçekleşmediği için - yetkisiz temsilci aracılığıyla yapıldığı gerekçesiyle geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Davalı taraf, sözleşmeye uygulanacak olan Türk hukukunun ayrılabirlik ilkesi nedeniyle tahkim anlaşmasını kapsamayacağını, bu nedenle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun temel sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız bir şekilde belirlenmesi gerektiğini, bu bağlamda tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğini ve somut olaydaki tahkim yeri hukuku uyarınca temsilcinin tahkim anlaşması yapabilmesi için özel yetkiye ihtiyaç duymadığını savunmuştur. Bu kapsamda, uygulanacak hukuk maddesinin tahkim şartını da kapsayıp kapsamadığı tartışılmıştır. Dolayısıyla bu uyuşmazlıkta tartışılan mesele, tahkim anlaşmasını üçüncü kişiler adına imzalayan kişilerin yetkileridir. Yukarıda anılan uyuşmazlıktan esinlenilerek, meselenin nasıl çözümlenmesi gerektiği yönünde bu çalışma hazırlanmıştır.

Tezin başlığı, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk”tur. Öncelikle “tahkim anlaşması yapma ehliyeti” olarak belirlenen konu, üzerinde çalışıldıkça “tahkim anlaşması yapma yetkisi olarak” değişmiştir. Bu nedenle Birinci Bölüm, §1’de, genel hatlarıyla yetki ve ehliyet kavramları arasındaki farklar açıklanmış ve çalışmanın başlığının hangi nedenle “ehliyet” değil, “yetki” olarak belirlendiği açıklanmaya çalışılmıştır.

Birinci Bölümün diğer bölümlerinde ise Türk hukukunda, tahkim anlaşması yapma yetkisine ilişkin olarak yer alan kurallara yer verilmiştir. Bu kapsamda ilk olarak, tahkim anlaşmasının iradi temsilci aracılığıyla yapılması, daha sonra ticaret şirketlerinin organları aracılığıyla yapılması ve son olarak da tacir yardımcıları tarafından yapılması incelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümü, tahkim anlaşması yapma yetkisine uygulanacak hukukun tespitine ayrılmıştır. Ulusal ve uluslararası düzenlemeler genellikle ehliyeteye uygulanacak hukuk hakkında hükümler içerirken yetkiye ilişkin hükümler içermezler. Bu nedenle yetki meselesinin vasıflandırılması gerekmektedir. Bu vasıflandırma ile birlikte uygulamada, hakemlerin ve mahkemelerin genellikle, yetki meselesine uygulanacak hukuku kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla tespit ettikleri ifade edilebilir. Bu nedenle, İkinci Bölüm, §2’de ilk olarak, bu uygulama incelenecektir. Bu bölüm altında sırasıyla, tahkim anlaşması yapma yetkisinin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk veya tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk olarak belirlendiği veya tahkim anlaşması yapma yetkinin temsil statüsü olarak değerlendirildiği durumlar incelenecektir. İkinci Bölüm, §3’te ise hakemlerin ve mahkemelerin bazı kararlarında yetki meselesini kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaksızın, doğrudan maddi hukuk kuralları uyarınca çözdüğü hallere değinilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASI YAPMA YETKİSİ

Türk hukukunun tahkim anlaşması yapma yetkisine ilişkin kuralları, bu konuda uygulamada tartışmaya sebep olan üç konu çerçevesinde incelenecektir.

İncelenecek ilk konu, tahkim anlaşmasının iradi temsilci aracılığıyla yapılmasıdır. Bu konu önemini, BK m. 504/3'te yer alan ve temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapabilmesi için aranan özel yetki şartından alır. Bu mesele uygulamada sıklıkla tartışmalara sebep olan ve özellikle Türk hukukuna yabancı kişiler için olumsuz sonuçlara yol açan bir düzenlemedir.

Bu bölümde incelenecek ikinci konu, tahkim anlaşmasının ticaret şirketlerinin organları aracılığıyla yapılmasıdır. Bu bölümde şirketlerin temsiline ilişkin kurallar genel olarak incelenecektir. Bu genel incelemelerin yanında, tahkim anlaşmaları açısından önemli olabilecek iki konu üzerindeki tartışmalara özellikle değinilecektir. Bunlardan birincisi, şirketler hukukunda temsil yetkisinin devri meselesidir. Burada ortaya çıkan sorun, şirketçe yetkilendirilen ve çoğunlukla organ sıfatıyla hareket eden kişinin, şirket adına tahkim anlaşma yapmak üzere bir üçüncü kişiyi yetkilendirip yetkilendiremeyeceğine ve bu şekilde yetkilendirilen üçüncü kişi tarafından yapılan tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkindir. Bu bölümde özellikle incelenecek diğer sorun ise *ultra vires* ilkesinin TTK ve eTTK kapsamında tahkim anlaşması yapma yetkisi üzerindeki etkisidir.

Bu bölümde incelenecek son konu ise, tahkim anlaşmasının tacir yardımcıları tarafından yapılmasıdır. Burada dikkat çeken tartışma, tacir yardımcılarının tacir adına tahkim anlaşması yapmak için özel yetkiye ihtiyaç duyup duymadıkları noktasında toplanmaktadır.

Bu konuların incelemesine geçilmeden önce ise, yetki ve ehliyet kavramları arasındaki farklara kısaca değinilecektir.

§1. YETKİ ve EHLİYET KAVRAMLARI ÜZERİNE

A. Genel Olarak

Taraflar arasında imzalanan bir tahkim anlaşmasının hüküm ifade etmesi ve uyuşmazlığın hakemler önünde görülmesi için, tahkim anlaşmasının bazı geçerlilik şartlarını bulundurması gerekir. Bu şartlardan biri, tarafların tahkim anlaşması yapmak için “ehliyetli” olması; bir diğeri de, - bir kişinin, bir başka kişi adına ve hesabına tahkim anlaşması akdetmesi durumunda – bu anlaşmayı imzalayan kişinin tahkim anlaşması yapmak konusunda “yetkili” olmasıdır.

Geçerli bir tahkim anlaşması için aranan “yetki” ve “ehliyet” kavramlarının birbirine yakın olduğu ifade edilir¹. Yine doktrinde ve yargı kararlarında, “yetki” ve “ehliyet” kavramlarının birbiri yerine kullanıldığı da görülmektedir². Ancak bu kavramların doğru bir şekilde birbirinden ayrılması ve birbiri ile karıştırılmaması gerekir³.

Tahkim anlaşması yapma ehliyeti, bir gerçek veya tüzel kişinin, bir tahkim anlaşmasına taraf olabilme yetkinliğidir. Bu nedenle, tahkim anlaşması yapma ehliyeti, bazı yazarlar tarafından “sübjektif tahkime elverişlilik” olarak da

¹ Gary Born, **International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2009, s. 559, dn. 687 ve s. 635. Yazar, New York Sözleşmesi’nde yer alan “ehliyetsizlik” kavramının geniş anlamda ve “yetki” meselelerini de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğini ifade eder. Bu yorum ile paralel olarak bkz. Julian D. M. Lew/ Loukas A. Mistelis/ Stefan A. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2003, s. 708. Ancak Türk hukukundan bu durumun farklı olduğu yönünde bkz. Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 352.

² Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013, s. 344 vd.; Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul: Legal, 2008, s. 75 vd.; Mustafa Erkan, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 81; Aslı Bayata Canyaş, **“Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Turkey. Further Steps Towards a More Arbitration-Friendly Approach,”** 31 ASA Bulletin 2013, s. 537–557.

³ Emmanuel Gaillard/John Savage, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 1999, s. 242; Jean François Poudret/ Sebastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration**, translated by Stephen V. Berti ve Annette Ponti, Londra: Sweet & Maxwell, 2. Baskı, 2007, 232. Daniel Cohen, **“L’engagement des Sociétés à l’Arbitrage”**, Revue de l’Arbitrage, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 37. Konstantin Leonidovich Razumov, **“The Law Governing the Capacity to Arbitrate”**, ICCA Congress Series No: 7, 1994, s. 260.

değerlendirilir⁴. Bununla birlikte “yetki” kavramı, bir üçüncü kişi nam ve hesabına tahkim anlaşmasının yapılması sırasında ortaya çıkar⁵.

Bu iki kavram arasındaki fark, özellikle tahkim anlaşması yapma yetkisine uygulanacak hukukun tespitinde önem arz eder. Zira, genel olarak ehliyet, kişilerin şahsi hukukuna tabi iken yetki, kaynağını aldığı hukuka tabidir⁶.

“Ehliyet” kavramının içinde yer alan “hak ehliyeti” ve “fiil ehliyeti” kavramları da tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Zira, tüzel kişilerin “hak ehliyeti”, usulüne uygun olarak tüzel kişiliğin kazanılması ile doğarken, tüzel kişinin organlarının varlığı “fiil ehliyeti”, usulüne uygun olarak temsil edilmesi ise “yetki” kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Bu kavramlar arasındaki farklılık, yoklukları halinde tahkim anlaşmasının akıbetinin belirlenmesinde önemli rol oynar.

Aşağıda ilk olarak hak ehliyeti ve fiil ehliyeti kavramları incelenecek⁷, daha sonra “yetki” kavramının ehliyet türlerinden farkları ortaya konacak ve son olarak, ehliyetsizlik ve yetkisizlik durumlarının sonuçları arasındaki farklara kısaca değinilecektir.

⁴ Okezie Chukwumerije, **Choice of Law in International Commercial Arbitration**, ABD: Greenwood Press, 1994, s. 38; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 317. Yazar bu görüşünü, devletlerin ve kamu kurumlarının tahkim anlaşması yapma ehliyetine ilişkin olarak ifade eder. Ayrıca bkz. Burak Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 18-19. Aksi görüşte bkz. Poudret/Besson, s. 232.

⁵ Bu çalışma kapsamında incelenecek olan “yetki”, “temsil” vb. kavramların, tahkim yargılaması sırasında tarafların vekillerle temsil edilmesinden farklı olduğu da vurgulanmalıdır. Aynı yönde bkz. Poudret/Besson, s. 232.

⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 243.

⁷ Hak ehliyeti ve fiil ehliyetinin unsurları ise bu çalışmanın konusu dışındadır ve özellikle belirtilmesi gerekmedikçe bu unsurlara değinilmeyecektir.

B. Hak Ehliyeti - Fiil Ehliyeti Ayrımı

Hukuk düzeninde ehliyet kavramı, farklı sınıflandırmalara tabidir. Bunların başında, hak ehliyeti ve fiil ehliyeti ayrımı gelir⁸.

Hak ehliyeti, kişinin hak ve borçlara sahip olabilme ehliyetidir. Bu bağlamda hak ehliyeti, kişilerin hak sahibi olabilmesinin bir şartıdır⁹. MK m. 8, her insanın hak ehliyetine sahip olduğunu belirtir. Böylece sağ doğan her gerçek kişi hak ehliyetine sahip olarak doğar¹⁰. Hak ehliyeti, fiil ehliyetinden ayrılır ve kişinin iradesinden ve davranışlarından bağımsız olarak, kişi olma vasfı nedeniyle kazanılır¹¹.

Tüzel kişiler ise, MK m. 48 uyarınca, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara sahip olma ehliyetini haizdirler¹². Tüzel kişiler, gerçek kişilerin sahip olamayacağı bazı haklara ehil olmakla birlikte¹³, hak ehliyetlerinin, yapılarından dolayı sınırlandığı da görülür¹⁴. Örneğin, eTTK kapsamında geçerli olan *ultra vires* ilkesi, ticaret şirketlerinin fiil ehliyetini değil, hak ehliyetlerini sınırlar¹⁵.

Fiil ehliyeti ise, bir kimsenin iradi bir davranışla hukuki sonuç meydana getirebilme yetisidir¹⁶. Fiil ehliyeti MK m. 9'da, her kişinin kendi fiilleriyle hak

⁸ Usul hukukunda ehliyet kavramı ise dava ehliyeti ve taraf ehliyeti olarak ayrılır. Dava ehliyeti maddi hukuktaki fiil ehliyeti ile, taraf ehliyeti ise maddi hukuktaki hak ehliyeti ile paralellik gösterir.

⁹ Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 13. Bası, 2013, s. 40.

¹⁰ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 40.

¹¹ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 40.

¹² İsmail Kırca/ Feyzan Hayal Şehirali Çelik / Çağlar Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku**, Cilt 1, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2013, s. 71.

¹³ Gizem Alper, **Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 70. Örneğin gerçek kişilerin, bankaların faaliyetlerini gerçekleştirme ehliyetleri yoktur.

¹⁴ Alper, s. 69.

¹⁵ Bu ilke uyarınca, *ultra vires* işlemlerin “yok” hükümde olduğu ifade edilir. Bkz. Reha Poroy/ Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul: Arıkan, 9. Basıdan 10. Tıpkı Bası, 2005, s. 101; Burçak Yıldız, “TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki “Ultra Vires” Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2005, Cilt 55, Sayı 1, s. 322; Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s. 71. *Ultra vires* ilkesi hakkında TTK ve eTTK’da yer alan düzenlemeler için bkz. Birinci Bölüm, §3, B, I.

¹⁶ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 47.

edinme ve borç yüklenme yetkinliği olarak ifade edilir¹⁷. Bu bağlamda fiil ehliyeti, hukuki işlemlere taraf olma, hukuki işlemler gerçekleştirme ve kendi fiilleri sonucunda hak kazanabilme veya yükümlülük altına girebilme ehliyeti olarak tanımlanabilir. Hak ehliyeti ile fiil ehliyeti arasındaki fark da bu noktadır. Şöyle ki, hak ehliyetini haiz ancak fiil ehliyetini haiz olmayan kişiler, kural olarak, kanuni temsilcileri aracılığıyla veya birtakım hukuki olaylar sonucu hak kazanabilir ve yükümlülük altına girebilirler. Bu kişilerin bizzat veya iradi olarak belirledikleri üçüncü bir kişi aracılığıyla hak kazanması veya yükümlülük altına girmesi mümkün değildir. Zira fiil ehliyeti olmayan kişiler bir üçüncü kişiye temsil yetkisi veremez¹⁸.

Tüzel kişinin fiil ehliyeti, MK m. 49 uyarınca, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara¹⁹ sahip olmakla kazanılır²⁰. Böylece, tüzel kişilik oluştuğu anda, henüz zorunlu organları mevcut değilse, hak ehliyetini haiz olmakla beraber fiil ehliyetini haiz değildir.

Tüzel kişilerin fiil ehliyeti, hak ehliyeti çerçevesinde tamdır²¹ ve bu ehliyet, tüzel kişinin organları aracılığıyla kullanılır. Organlar, tüzel kişiliğin bir parçası olarak kabul edilir ve organların fiilleri tüzel kişiye isnat edilir²². Tüzel kişinin organları bu şekilde, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına

¹⁷ Gerçek kişilerin fiil ehliyetine ilişkin genel kurallar MK m. 9 ile m. 16 arasında düzenlenir. Bu maddeler uyarınca, genel olarak, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır. Bununla birlikte, MK'nın farklı maddelerinde gerçek kişilerin fiil ehliyetine ilişkin düzenlemelere de rastlanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 48.

¹⁸ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin, 2012, 438; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 237 ve s. 254; Murat İnceoğlu, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul: On İki Levha, 2009, s. 133 vd.

¹⁹ Tüzel kişilerde "organ" kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge Öztan, **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı Ve Organın Fiillerin Doğru Sorumluluk**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970; İsmail Cem Soykan, **Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 5 vd.; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 263 vd.

²⁰ Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s. 74

²¹ Zira gerçek kişilerin fiil ehliyeti için aranan şartların tüzel kişiler için aranması mümkün değildir. Bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 262.

²² Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 262.

sokarlar. Tüzel kişinin organsız kalması durumunda ise hak ehliyetinin varlığı devam eder; ancak organsız kaldığı süre boyunca tüzel kişi, fiil ehliyetinden yoksun kalır²³.

Görüldüğü gibi, MK m. 8 uyarınca, hak ehliyeti bulunmayan gerçek kişi bulunmadığından, bu çalışma kapsamında “hak ehliyeti” kavramı tüzel kişiler²⁴, “fiil ehliyeti” kavramı ise hem gerçek hem tüzel kişiler için önem ifade eder.

C. Yetki Kavramı

Yukarıda ifade edildiği üzere, tüzel kişilerin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır ve organın, faaliyette bulunurken açıkladığı irade kendisinin değil, tüzel kişinin iradesidir. Dolayısıyla, organın fiilinin tüzel kişiye isnat edilebilmesi için, tüzel kişinin hak ehliyeti çerçevesinde gerçekleştirilen hukuki işlemin organın “yetkisi” dâhilinde olması gerekir. Bu nedenle, tüzel kişinin, organın yaptığı işlemle bağlılığı, organın “ehliyetinin” değil²⁵, “yetkisinin” incelenmesi sonucu tespit edilebilir.

“Yetki” kavramı, yukarıda açıklanan ehliyetlerin varlığına bağlı²⁶, ancak bu kavramlardan farklıdır. Yetki meselesinin gündeme gelmesi için birden fazla hukuki kişiliğin bir arada bulunması gerekir. Şöyle ki, bir gerçek kişinin kendi adına işlem yapması durumunda yetki meselesi gündeme gelmez²⁷. Ancak bir gerçek kişinin üçüncü bir kişi adına veya bir tüzel kişinin organı sıfatıyla tüzel kişi adına işlem yapması durumunda, üçüncü kişi adına işlem yapan bu kişilerin “yetkilerinin” tartışılması gerekir.

Buna ek olarak, “yetki” kavramıyla ifade edilen ilişki, “temsil” ilişkisinden de geniştir. Örneğin, tüzel kişi adına işlem yapan organ, bizzat tüzel kişinin iradesini

²³ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 263.

²⁴ Bu çalışmanın konusu itibarıyla, “tüzel kişi” kavramı ile, aksi ayrıca ve özellikle belirtilmedikçe, ticaret şirketleri kastedilir. Dernek ve vakıfların hak ve fiil ehliyetleri bu çalışmanın konusu dışındadır.

²⁵ Bununla birlikte, organ bünyesinde yer alan gerçek kişinin fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Ancak burada kastedilen, organın değil, işlemi organ ve dolayısıyla tüzel kişi adına gerçekleştiren gerçek kişinin fiil ehliyetidir.

²⁶ Yukarıda ifade edildiği üzere bir kimse ehliyetsizliği nedeniyle kendisinin yapamayacağı işler için başkasına da yetki veremez.

²⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 242; Poudret/Besson, s. 32.

ortaya koyar; ancak organ tüzel kişinin “temsilcisi” değildir²⁸. Tüzel kişinin organları, organ sıfatına bağlanmış “yetkiye” dayanarak hareket eder ve organ sıfatı sona ermedikçe bu yetki devam eder. Tüzel kişiler hukukunda bu yetki, dış ilişkiler açısından, “temsil yetkisi” olarak ifade edilse de, burada ifade edilen “temsil yetkisi”, genel hükümlerde yer alan teknik anlamdaki “temsil yetkisi” değildir. Bu temsil yetkisi, “*korporasyonlara özgü, kaynağını organ sıfatında bulan, bu sığata bağılı ve organ sıfatı sona ermeden organdan alınamayan bir yetkidir*”²⁹.

Bununla birlikte tüzel kişi, bazı işlerini, organları dışındaki üçüncü kişiler ile de yürütebilir³⁰. Örneğin, taraf olunacak bir sözleşmeyi imzalamak üzere, şirketin organları dışındaki üçüncü bir kişi yetkilendirilebilir. Buradaki yetki ise, teknik anlamdaki temsil yetkisidir ve BK m. 40 vd. maddelerde yer alan iradi temsil hükümlerine tabidir. Organların tüzel kişiyi “temsil yetkisi” ile genel hükümler kapsamındaki “temsil yetkisi” arasındaki şu fark örnek olarak verilebilir. BK m. 504/3 (eBK m. 388/3) uyarınca, temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerekir; genel bir yetki bu konuda yeterli değildir³¹. Ancak bu gereklilik, genel hükümler kapsamında temsil yetkisi için aranır; organların tüzel kişi adına tahkim anlaşması yapması için özel olarak yetkilendirilmesi gerekmez³². Bu ayırım, tahkim anlaşması yapma yetkisinin incelenmesi sırasında son derece önemlidir. Şöyle ki, iradi temsil yetkisine dayanarak temsil olunan adına akdedilecek bir tahkim anlaşması, temsilcinin özel yetkisi bulunmaması nedeniyle geçersizken, organları tarafından tüzel kişi adına akdedilecek tahkim anlaşması, diğer şartları da sağlamak kaydıyla, geçerlidir.

²⁸ Oğuzman/Öz s. 224, dn. 594; Eren, s. 71; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 169. Tüzel kişilerin organları aracılığıyla temsil edilmelerinin bir çeşit kanuni temsil olup olmadıkları hakkındaki tartışmalar için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdulkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Cilt: 1, 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010, s. 628 vd.

²⁹ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 265-266. Aynı yönde bkz. Turgut Akıntürk/ Jale Akipek/ Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt**, İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s. 550.

³⁰ Oğuzman/Öz, s. 224, dn. 594.

³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, §2, B.

³² Andreas Reiner, “**The Form of the Agent's Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention**”, ICCA Congress Series No: 9, 1998, s. 82, dn. 1.

D. Ehliyetsizlik Ve Yetkisizlik Durumlarına Bağlanan Sonuçlar

Hukuki işlemlerin geçerli olarak hüküm ifade edebilmeleri için bazı unsurları bünyesinde bulundurması gerekir. Bu unsurlar, hukuki işlemlerin kurucu unsurları, geçerlilik şartları ve tamamlayıcı veya etkinlik unsurları olarak ifade edilir³³. Bu unsurların hiçbirinin veya bazılarının bulunmaması, hukuki işlem açısından farklı hükümsüzlük hallerine sebep olur³⁴. Şöyle ki, bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının bulunmaması, hukuki işlemin “yokluk” ile hükümsüz olmasına yol açar³⁵. Bir işlemin kurucu unsurlarının bulunmasına rağmen geçerlilik şartlarının bulunmaması, hukuki işlemin “kesin hükümsüzlüğüne” sebep olur³⁶. Geçerlilik şartlarının varlığına rağmen bu şartın gerektiği gibi var olmaması halinde ise hukuki işlem “iptal edilebilir” niteliktedir. Bazı hukuki işlemlerin kurucu unsurları ve geçerlilik şartlarının var olmasına rağmen, hüküm ifade etmesi için aranan tamamlayıcı unsurların bulunmaması durumunda “noksanlık” veya “askıda hükümsüzlük” hali söz konusudur³⁷.

Hak ehliyeti bulunmayan kişilerin işlemleri yokluk yaptırımı ile karşılaşır³⁸. Fiil ehliyetini haiz olmayan kişilerin yaptıkları işlemler ise kesin hükümsüzdür; dolayısıyla işlem yapıldığı andan itibaren geçersizdir³⁹. Bu durumda, ehliyetsizlik durumuna yol açan sebep ortadan kalksa dahi işlem hüküm ifade etmez; işlemin hüküm ifadesi isteniyorsa yeniden yapılması gerekir⁴⁰. Bununla birlikte,

³³ Hukuki işlemlerin unsurları ve bu unsurların bulunmaması durumundaki yaptırımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 19. Bası, 2013, s. 186 vd.; Eren, s. 120 vd ve s. 331 vd.; Oğuzman/Öz, s. 85 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 374 vd.

³⁴ “Hükümsüzlük” kavramı geniş anlamda ve hukuki işlemin istenen sonuca ulaşmadığı tüm halleri kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Kavramın kullanılışı ve hükümsüzlük halleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 210 vd.

³⁵ Eren, s. 331-332; Oğuzman/Öz, s. 184.

³⁶ Eren, s. 333 vd.; Oğuzman/Öz, s. 184.

³⁷ Eren, s. 333; Oğuzman/Öz, s. 189; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 381 vd.

³⁸ Örneğin eTTK kapsamında ultra vires işlemlerin yok hükmünde olduğu yukarıda ifade edilmişti. Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, §1, B.

³⁹ Eren, s. 334; Oğuzman/Öz, s. 185. Fiil ehliyetinden yoksun kişiler olarak tam ehliyetsizler, yani temyiz kudreti bulunmayan kişiler kastedilir. Temyiz kudreti bulunan küçük veya kısıtlılar ise sınırlı ehliyetsiz olarak ifade edilir ve bu kişilerin yaptıkları işlemler, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemlere benzer.

⁴⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 376; Oğuzman/Öz, s. 186; Eren, s. 334. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve istisnalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 581 vd.

gerçekleştirilen hukuki işlemlerde yetki sorunu var ise, mevcut hukuki işlem baştan itibaren kesin hükümsüz değildir. Bu işlemin geçerliliği “askıdadır”⁴¹; temsil olunan tarafından işleme onay verilmesi ile işlem baştan itibaren geçerli olur, onay verilmezse temsilcinin yaptığı işlem baştan itibaren temsil olunan açısından kesin hükümsüzdür. Dolayısıyla, yetkisizlik durumunda ortaya çıkan yaptırım hali yokluk veya kesin hükümsüzlük değil, “noksanlık” veya “askıda hükümsüzlük”tür.

Ancak bu noksanlık veya askıda hükümsüzlük hali temsilci için değil, temsil olunan içindir. Bu nedenle, bir hukuki işlemin üçüncü kişiler adına veya hesabına yetkisiz kişiler tarafından yapılması durumunda, hukuki işlemin geçerliliği veya geçersizliği değil, bu işlemin üçüncü kişiyi “bağlayıcılığı” tartışılır⁴². İşleme onay vermemekle temsil olunan bu işlemle bağlı olmaz ve temsil olunan nezdinde herhangi bir hak veya borç doğmaz. Ancak yetkisiz temsilci, gerçekleştirdiği hukuki işlemde dolayı işlemin karşı tarafına veya üçüncü kişilere karşı sorumlu tutulabilir⁴³.

Görüldüğü üzere hak ehliyeti, fiil ehliyeti ve yetki kavramlarının hukuki işlemler üzerindeki etkisi farklıdır. Bu nedenle bu kavramların birbirinden doğru bir şekilde ayrılması, hukuki işlemin akıbetinin doğru belirlenmesi açısından çok önemlidir.

Tahkim anlaşmaları açısından ise, anlaşmaların ehliyetsiz ve yetkisiz kişilerce yapılmasının sonuçları birbirine paraleldir. Her iki halde de, geçersiz tahkim anlaşmasına dayanarak verilen hakem kararının iptal edilmesi veya tenfizinin reddedilmesi söz konusu olabilir. Bununla birlikte bu iki kavram arasındaki fark,

⁴¹ Eren, s. 333; Oğuzman/Öz, s. 189; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 381.

⁴² Nuray Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim**, İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s. 107. Yetkisiz temsili düzenleyen BK m. 46/1 şu şekildedir: “Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar.”

⁴³ BK m. 47/1 şu şekildedir: “Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir.” Yetkisiz temsil ve bunun sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 719 vd; Eren, s. 453 vd.; Oğuzman/Öz, s. 255 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 199 vd. Ayrıca, temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun tartışıldığı bir karar olarak bkz. ICC Karar no. 6850, **XXIII YBCA 1998**, s. 37-41.

uygulanacak hukukun tespiti bakımından önem taşır ve ehliyete uygulanacak hukuk ile yetkiye uygulanacak hukukun ayırılması gerekliliğini ortaya koyar⁴⁴.

§2. TAHKİM ANLAŞMASININ İRADİ TEMSİLCİ ARACILIĞIYLA YAPILMASI

Tahkim anlaşmasının temsilci aracılığıyla yapılması farklı ülkelerde farklı hukuki düzenlemelere tabi tutulmaktadır. Örneğin Türk hukukunda, temsilcinin temsil olunan hesabına tahkim anlaşması yapması için özel yetkisinin bulunması gerekir. Özel yetkisi bulunmayan bir temsilcinin akdedeceği tahkim anlaşması, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yerine, kaçınılmak istenen ulusal yargı sistemleri aracılığıyla çözümlenmesine veya alınan hakem kararının hükümsüz kalmasına sebep olabilir.

Bu nedenle bu bölümde, temsil konusunda verilecek genel bilgileri takiben tahkim anlaşması için aranan özel yetki kuralı incelenecektir. Bu kapsamda da öncelikle Türk hukukunda özel yetki kuralının yeri incelenecek, daha sonra diğer ülkelerin özel yetki kuralı karşısındaki tutumu değerlendirilecek ve son olarak da, tahkim anlaşması yapmak için verilecek yetkinin herhangi bir şekil şartına tabi olup olmadığı sorunu üzerinde durulacaktır.

A. Genel Olarak

Temsil, bir kimsenin bir hukuki işlemi başka bir kişi ad ve hesabına yapması ve işlemin hukuki sonuçlarının bu kişi üzerinde doğmasını sağlamasıdır⁴⁵. Kural olarak, temsilci aracılığıyla yapılan işlemler, temsilci üzerinde değil, temsil olunan üzerinde doğar. Dolayısıyla, tahkim anlaşmalarının da temsilci aracılığıyla yapılması

⁴⁴ Uygulanacak hukuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.

⁴⁵ Oğuzman/Öz, s. 223; İnceoğlu, s.7. Temsil kavramı, “doğrudan temsil” ve “dolaylı temsil” olarak iki başlık altında incelenir. Doğrudan temsilde temsilci, hukuki işlemi temsil olunan ad ve hesabına yapar. Hukuki işlemin hüküm ve sonuçları, temsil yetkisi usulüne uygun bir şekilde kullanıldığı sürece, “doğrudan” temsil olunan üzerinde doğar (BK m. 40). Dolaylı temsilde ise hukuki işlem, temsilci adına, ancak temsil olunan hesabına yapılır. Hukuki işlemin hüküm ve sonuçları üçüncü kişi ile temsilci üzerinde doğar; ancak temsilci, hukuki işlemde doğan hak ve borçları temsil olunan devreder. Doğrudan temsil ve dolaylı temsil kavramları ve bu iki kavram arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 630 vd.; Eren, s. 427 vd.; Oğuzman/Öz, s. 224 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 167; İnceoğlu, s. 43 vd. Bu çalışmada ele alınacak temsil türü, aksi açıkça belirtilmedikçe, doğrudan temsildir.

mümkündür ve yapılan bu tahkim anlaşması, temsilciyi değil, temsil olunanı bağlar. Bu husus, uluslararası ticaret hukukunda, tahkim yargılamasında ve ülke mahkemelerinde kabul edilir⁴⁶.

Temsilcinin temsil olunan ad ve hesabına işlem yapma konusunda sahip olduğu yetki temsil yetkisidir⁴⁷. Temsil yetkisi, temsil olunan tarafından temsilciye iradi olarak verilebilir. Bu durum “iradi temsil” olarak adlandırılır⁴⁸. Bazı durumlarda temsil yetkisi, kanundan kaynaklanabilir ve “kanuni temsil” olarak adlandırılır⁴⁹.

İradi olarak verilen temsil yetkisine dayanarak işlem yapacak olan temsilcinin, hangi işlemleri hangi ölçüde yapabileceği, temsil yetkisinin kapsamına göre

⁴⁶ Born, s. 1142 vd.; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 250-251. Bu konuda ayrıca bkz. ICC Karar no. 6268, **XVI YBCA 1991**, s. 119-126; ICC Karar no. 6850, **XXIII YBCA 1998**, s. 37-41; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 8 Aralık 1999 tarihli *Arthur Andersen Business Unit Member Firms v. Andersen Consulting Business Unit Member Firms* kararı, **18 ASA Bulletin 2000**, s. 546-557; Paris İstinaf Mahkemesi'nin 26 Haziran 2003 tarihli *Baba Ould Ahmed Miske v. Société AVC Shipping* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 143-146; Bu kararda mahkeme, şirket adına hareket eden kişinin tahkim yargılamasında şahsen sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Aynı mahkemenin benzer bir kararı için bkz. *Société Kocak Ilac Fabrikası AS et autre v. SA Laboratoires Besins International* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 149-153. Fransız Temyiz Mahkemesi 1987 tarihli bir kararında, temsil ilişkisinin varlığının araştırılmaması nedeniyle Paris İstinaf Mahkemesi'nin kararını 1987 tarihli kararında bozmuştur. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 14 Ekim 1987 tarihli *Société Ampafrance v. Wasteels et autres* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 1988, Sayı: 2, s. 288.

⁴⁷ Temsil yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 635 vd.; Eren, s. 434 vd.; Oğuzman/Öz, s. 230 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 172 vd.; İnceoğlu, s. 99 vd.

⁴⁸ Eren, s. 430; Oğuzman/Öz, s. 231 vd.; İnceoğlu, s. 42 vd. İradi temsil bazı hallerde, temsilci ile temsil olunan arasındaki bir sözleşmeden kaynaklanabilir. Ancak bir kişiye temsil yetkisi verilmesi için temsilci ile temsil olunan arasında bir sözleşme bulunması zorunlu değildir. Zira temsil yetkisi, temsil olunan tarafından temsilciye tek taraflı bir irade beyanı ile verilebilir ve temsilcinin bu yetkiyi kabul etmesi zorunlu değildir. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 635. Uygulamada, temsil yetkisinin çoğunlukla bir vekâlet sözleşmesi kapsamında verildiği görülür. Bu nedenle, “vekâlet” ve “temsil yetkisi” kavramlarının sıklıkla karıştırıldığı görülmektedir. Ancak temsil yetkisi ve vekâlet sözleşmesi kavramları birbirinden farklı ve bağımsız olabilir. Her şeyden önce “vekâlet” bir sözleşmedir ve sonuçlarını vekil ile müvekkil arasında meydana getirir. Vekâlet sözleşmesi, müvekkil ile vekil arasında bir iç ilişki kurar. Böylece vekâlet sözleşmesi gereğince vekil ile müvekkil arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi meydana gelir. Bu kapsamda, vekâlet sözleşmesi olmadan bir kişiye temsil yetkisi verilebileceği gibi temsil yetkisi verilmeden bir vekâlet sözleşmesinin yapılması da mümkündür. Bu konuda bkz. Oğuzman/Öz, s. 231-232; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 175 vd.

⁴⁹ Eren, s. 431; Oğuzman/Öz, s. 230 vd.; İnceoğlu, s. 40 vd. Tüzel kişilerin organları aracılığıyla temsil edilmelerinin bir çeşit kanuni temsil olup olmadıkları hakkındaki tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 628 vd. Çalışmanın bu bölümünde sadece iradi temsil incelenecektir.

belirlenir⁵⁰. Tahkim anlaşması yapacak temsilcinin özel yetkiye ihtiyaç duyup duymadığı da, tahkim anlaşmasının kapsamına ilişkin bir mesele olarak aşağıda incelenmektedir.

B. Tahkim Anlaşması İçin Aranılan Özel Yetki

Ülke hukukları, temsilcinin temsil olunan hesabına tahkim anlaşması yapması için verilen yetkiyi, içerik (tahkim anlaşması yapmak için özel yetki) ve şekil (tahkim anlaşması yapma yetkisinin yazılı şekilde verilmesi) bakımından farklı değerlendirir⁵¹. Bazı ülke hukuklarında temel sözleşmeyi akdetmeye yetkili olan temsilci aynı zamanda tahkim anlaşmasını da akdetmeye yetkili iken diğer bazı hukuk sistemleri, temel sözleşmeyi yapmak üzere verilen yetkinin tahkim anlaşması yapmak için yeterli olmadığını kabul eder⁵².

Türk hukukunda BK m. 41 uyarınca, iradi temsilin varlığı halinde temsil yetkisinin içeriği ve kapsamı⁵³ (kanunun ifadesiyle derecesi), temsil yetkisi veren irade beyanına göre belirlenir. Bununla birlikte, temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirimde göre belirlenir (BK m. 41/2). Bu beyanın veya bildirim içeriği, temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapıp yapamayacağını da belirler.

Temsil yetkisinin kapsamı doktrinde bazı ayrımlara tabi tutulur. Bunların başında genel yetki-özel yetki ayrımı gelir. Bu kapsamda, her türlü hukuki işlemin yapılması için verilmiş temsil yetkisi “genel yetki”, belirli ve somut bir işlemin yerine getirilmesi için verilen temsil yetkisi “özel yetkidir”⁵⁴.

⁵⁰ Temsil yetkisinin kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 441 vd; Oğuzman/Öz, s. 238 vd.; İnceoğlu, s. 158 vd. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 654 vd.

⁵¹ Alan Redfern / Martin Hunter / Nigel Blackaby / Constantine Partasides, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, New York: Oxford University Press, 5. Baskı, 2009, s. 103-104.

⁵² Bu şekilde, tahkim anlaşması yapmak için özel şartlar arayan sistemlerin New York Sözleşmesi’ne aykırı olduğu savunulur. Bkz. Born, s. 56 ve s. 1147, dn. 65.

⁵³ Bu bölümde incelenecek temsil yetkisinin kapsamı meselesi, özellikle değinilmedikçe, ticaret şirketlerinin temsili ile tacir yardımcılarının taciri temsili kapsamaz. Bu konularda bkz. Birinci Bölüm, §3 ve Birinci Bölüm, §4.

⁵⁴ Bu bağlamda, örneğin, belli bir tablonun satışı için verilen temsil yetkisi özel yetkidir. Bir kişinin kendisinin bizzat yapabileceği tüm işlemler (kural olarak malvarlığına ilişkin) için verilen yetki ise genel yetkidir.

Genel yetki ile donatılmış temsilcinin temsil olunan açısından olumsuz işlemler gerçekleştirme riski karşısında, bazı tür işlemlerin temsilci aracılığıyla yapılabilmesi, temsilcinin bu işlemleri yapması için özellikle yetkilendirilmesine bağlanır⁵⁵. Bu işlemler BK m. 504/3'te sayılır ve "özel yetki gerektiren haller" olarak anılır⁵⁶: "*Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz⁵⁷, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandırılmaz*"⁵⁸. Bu düzenlemenin yanı sıra, usul hukukunda vekilin özel yetkiye ihtiyaç duyduğu halleri düzenleyen HMK m. 74 de vekilin tahkim anlaşması yapabilmesi için özel yetkiye ihtiyaç duyduğunu ifade eder. Bu maddeler ile temsilcilerin genel yetkisine kanuni bir sınırlama getirilir ve bu sınırlamaların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği ifade edilir⁵⁹.

Her ne kadar bu maddelerde sayılan işlemler, uygulamada "özel yetki gerektiren haller" olarak anılsa da, bu işlemler için gerçekten "özel yetki"

⁵⁵ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, 5. Baskı İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 396.

⁵⁶ BK m. 504 esasen vekâlet sözleşmesine ilişkindir. Ancak temsilci ile temsil olunan arasında vekâlet sözleşmesi olmaksızın verilen temsil yetkisine de bu maddenin kıyasen uygulanması kabul edilir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 179; Oğuzman/Öz, s. 239, dn. 649; İnceoğlu, s. 204.

⁵⁷ Maddede yer alan "hakeme başvuramaz" ifadesi doktrinde tartışmalara neden olmuştur. eBK döneminde bu tartışma "tahkim edemez" ifadesi üzerinden yürütülmekte idi. Bir görüşe göre bu ifade, tahkim anlaşması yapmak için değil, hakemde dava açmak için özel yetki arar. Bkz. Işıl Egemen, **Uluslararası Tahkim Hukukunda Vekilin Özel Yetkisi Olmaksızın Tahkim Anlaşması Akdetmesinin Geçerliliği Sorunu**, İBD, Cilt: 80, Sayı:5, Yıl: 2006, s. 1937 vd. Ancak baskın görüş, bu ifadenin tahkim anlaşması yapmak için özel yetki aradığı şeklindedir. Tandoğan, s. 403; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 178; Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi / Serozan/Arpacı), s. 655; Oğuzman/Öz, s. 239; Akıncı, **Tahkim**, s. 353 ve 277 vd; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 345; Özel s. 76; İnceoğlu, s. 204; eBK m. 388'te yer alan "tahkim edemez" ifadesi yerine BK m. 504/3'te "hakeme başvuramaz" ifadesi kullanılır. Ancak bu ibare anılan tartışmayı sona erdirmekten uzaktır. Aynı görüşte bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 345. Bununla birlikte HMK m. 74, vekilin özel yetkisi bulunmadıkça tahkim anlaşması akdedemeyeceğini açıkça ifade eder. Bu tartışmalar kapsamında ayrıca bkz. Yarg. 15. HD 30.12.2005 T., 2005/4962 E., 2005/7229 K.: "*Vekaletnamedeki tahkim ifadesinden yeniden tahkim anlaşması yapmak yetkisi olduğu sonucunun çıkartılamayacağı da açıktır.*"; Yarg. HGK 18.10.2006 T., 2006/15-609 E., 2006/656 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): "*Vekaletnamelerde yer alan tahkim ibaresi sadece tarafların ortaya koyduğu kurallar çerçevesinde temsil olanağı sağlayıp, sözleşmede değişiklik anlamına gelecek bir esaslı ya da usulî işleme olanak tanımamaktadır.*"

⁵⁸ Bu maddede sayılan hallerin sınırlı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmalar için bkz. İnceoğlu, s. 205 vd.

⁵⁹ Tandoğan, s. 396.

verilmesinin gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, belli bir tür kategoriye giren işlemlerin yapılması için verilen yetki de BK m. 504/3 hükmünün kapsamına girer⁶⁰. Bu görüşe göre, temsilcinin temsil olunana ait bir taşınmazı devretmesi için yetki belgesinde, taşınmazın adres vs. bilgilerinin bulunması gerekli değildir; temsilci, temsil olunanın tüm taşınmazlarını devredebilir. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, özel yetki aranmasındaki amaç dikkate alınarak, yetki verilirken hangi hususların belirtilmesi gerektiği tespit edilebilir⁶¹. Bu görüşe göre de, bütün gayrimenkullerin satılma yetkisini özel yetki saymak güçtür; ancak, belirli bir semt veya sokakta bulunan taşınmazlar için verilen yetki özel yetki sayılabilir.

Bu konu tahkim anlaşmasının temsilci aracılığıyla yapılması için önemlidir. Şöyle ki, temsil olunan adına tahkim anlaşması yapmakla yetkilendirilen temsilci, temsil olunanın taraf olacağı tüm sözleşmeler için mi tahkim anlaşması yapabilir; yoksa tarafları ve konusu belli olan bir sözleşme için mi bu yetki geçerlidir?

Temsilcinin yapacağı sözleşmelerde tahkim şartına yer vermesine imkan tanıyan genel bir düzenlemenin, BK m. 504/3'ün aradığı “özel yetkilendirme” şartını gerçekleştireceğinin kabulü gerekir⁶². Gerçekten de, anılan maddede yer alan haller “özel yetki” arayan haller olarak değil, ancak belli bir kategori işleme yönelik “özellikle yetkilendirme” arayan haller olarak kabul edilmelidir. Bu konuda HMK m. 74'ün özel yetkiye ilişkin düzenlemesinin daha anlaşılır olduğu ifade edilebilir. Zira madde, sayılan haller için vekilin “özellikle” yetkilendirilmesini değil, “açıkça” yetkilendirilmesini arar⁶³.

Keza, temsilcinin özel yetkisi bulunmaması nedeniyle tahkim anlaşmalarının geçersizliğine ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlık ve görüşlerde de genellikle,

⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 656; İnceoğlu, s. 205.

⁶¹ Oğuzman/Öz, s. 240.

⁶² Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 656.

⁶³ “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, (...)”.

tahkim anlaşması yapılması için “genel” bir “özel” yetki verilmesi aranmış, her sözleşme için ayrıca yeni bir yetkilendirme yapılması aranmamıştır⁶⁴.

Yargıtay da tahkim anlaşması yapmak için temsilcinin özel yetkiye ihtiyaç duyduğunu belirtir ve özel yetkisi bulunmayan temsilcilerin akdettiği tahkim anlaşmalarını geçersiz sayar⁶⁵. Bazı kararlarında Yargıtay, tahkim anlaşmasına ilişkin özel yetki kuralını kamu düzeninden sayar⁶⁶. Bazı Yargıtay kararlarında ise, özel yetkisi bulunmadığı nedeniyle temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu itirazı, dürüstlük kuralına aykırı bulunarak reddedilir⁶⁷.

Sonuç olarak Türk hukukunda BK m. 504/3 uyarınca ve HMK m. 74 uyarınca, temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapılabilmesi için, temsilcinin bu

⁶⁴ Bununla birlikte, bu çalışmada, doktrin ve yargı kararlarında kullanılan terime uygun olarak “özel yetki” kavramı kullanılmıştır.

⁶⁵ Yarg. HGK, T. 22.02.2012, 2011/11-742 E., 2012/82 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): “Ayrıca, hangi hallerde vekile özel yetki verileceği, BK.nun 388/2. maddesiyle HUMK.63. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gerekir. Aksi halde müvekkili yapılan tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir.” Aynı yönde bkz. Yarg. 19. HD 21.05.2007 T., 2007/380 E. ve 2007/5114 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD. 17.03.1994 T., 1994/2032 E. ve 1994/1554 K. sayılı kararı (Akıncı, **Tahkim**, s. 278, dn. 505).

⁶⁶ Bu yönde bkz. Yarg. HGK 11.10.2000 T., 2000/19-1122 E. ve 2000/1256 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) ve Yarg. 19 HD, 1.5.2003 T., 2002/3763 E., 2003/4764 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Bununla birlikte Yargıtay HGK, kambiyo senedi düzenleme yetkisine ilişkin olarak verdiği 2011 tarihli bir kararında, eBK m. 388’in amir hüküm olmadığını ifade eder: “Kaldı ki, vekaletin şümulunu düzenleyen 818 Sayılı B.K.'nun 388.maddesi hükmü amir hüküm olmayıp, her zaman için aksi belirli koşulların varlığı ile uygulanabilir.” Yarg. HGK 19.10.2011 T., 2011/12-549 E. ve 2011/644. K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁶⁷ Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2004 tarihli bir kararında, temsilcinin özel yetkisi bulunmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu itirazını dürüstlük kuralına aykırı olarak reddetmiştir. Yarg. 11. HD, 09.04.2004 T., 2003/6774 E. ve 2004/3751 K. (Nuray Ekşi, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s. 69-70, dn. 173). Doktrinde, özel yetki kuralı nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırı olmayacağı ifade edilir. Ekşi, **Tahkim**, s. 110; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 359. Bu görüşe göre, yasaların hak olarak tanıdığı bir itirazın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmemelidir. Kanaatimce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Hakkın kötüye kullanılmamasını öngören MK. m. 2, kaynağı ne olursa olsun, her türlü hakkın kötüye kullanılmasını engeller. Dolayısıyla, bir hakkın kanundan kaynaklanması, onun dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılmasını korumaz. Bu görüş, kanuni sınırlamaların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi yönündeki görüşle de (Tandoğan, s. 396) savunulamaz. Zira bu yetkisizliğin iyiniyetli üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilmesi bir haktır ve bu hakkın da kötüye kullanılmaması gerekir. Dolayısıyla, özel yetki kuralının ileri sürülmesi halinde dürüstlük kuralı göz ardı edilmemelidir.

konuda özel olarak yetkilendirilmesi gerekir⁶⁸. Genel bir şekilde yetkilendirilen ve tahkim anlaşması yapma yetkisi özellikle ifade edilmeyen temsilcinin, temsil olunan adına tahkim anlaşması yapması mümkün değildir. Bu şekilde, tahkim anlaşması yapma konusunda özel yetkisi bulunmayan temsilcinin temsil olunan adına akdettiği tahkim anlaşması hükümsüz addedilecektir. Tahkim anlaşması özel yetkisi bulunmayan temsilci tarafından yapılırsa, temsil olunan bu sözleşmeye icazet vermedikçe yapılan tahkim anlaşması ile bağlı değildir⁶⁹.

Türk hukuku ile paralel olarak, İsviçre Borçlar Kanunu m. 396/3⁷⁰, Fransız Medeni Kanunu m. 1989⁷¹, Belçika Medeni Kanunu m. 1989, Avusturya Medeni Kanunu m. 1008⁷², Mısır Medeni Kanunu m. 702⁷³ ve İspanya Medeni Kanunu m. 1713⁷⁴ ile Hong Kong hukuku⁷⁵ temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması

⁶⁸ Bu gerekliliğin tahkim uygulaması ile bağdaşmadığı; ancak bu durumun maddenin uygulanmasını engellemeyeceği hakkında bkz. Ekşi, **Tahkim**, s. 110.

⁶⁹ Akıncı, **Tahkim**, s. 353 ve 277 vd.; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 345; Özel s. 76. Bu yönde ayrıca bkz. Yarg. HGK 19.10.2011 T., 2011/12-549 E. ve 2011/644. K.: “(...) 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 yapıp, şirket yetkilisi tarafından buna ses çıkarılmamış, daha önce de bu tür 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” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁷⁰ Maddenin ilgili bölümü şu şekildedir: “*Vekil, özel yetkiyi haiz olmaksızın, (...) tahkim anlaşması, (...) yapamaz.*” İsviçre Federal Mahkemesi’nin 8 Aralık 1999 tarihli *Arthur Andersen Business Unit Member Firms v. Andersen Consulting Business Unit Member Firms* kararında, tahkim anlaşması için özel yetkinin gerekliliği tartışılmış ancak mahkeme, birden fazla kere değiştirilen sözleşmelerde tahkim şartının varlığına dikkat çekerek, özel yetkinin verilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Karar için bkz. **18 ASA Bulletin 2000**, s. 546-557. Ayrıca bkz. Pascal Devaud, “**La Convention d’Arbitrage Signée par le Représentant sans Pouvoirs**”, 23 ASA Bulletin 2005, s. 13.

⁷¹ Madde şu şekildedir: “*Vekil, temsil yetkisinin kapsamı dışında kalan hiçbir işlemi yapamaz: anlaşma yapma yetkisi tahkim anlaşması yapma yetkisini kapsamaz.*” Belçika Medeni Kanunu m. 1989 da aynı şekilde ifade edilmiştir.

⁷² Avusturya hukukunda temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapması için aranan özel yetki şartı, halen geçerli olan genel kuraldır. Ancak, 1 Ocak 2007’de yürürlüğe giren yeni Avusturya Ticaret Kanunu uyarınca ticari temsilci ve ticari vekilin özel yetkisi olmadan tahkim anlaşmaları yapabileceği kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. aşağıda Birinci Bölüm, §4, A, I ve Birinci Bölüm, §4, A, II.

⁷³ Özel yetki meselesi, Paris Ticaret Odası’nın 8 Mart 1996 tarih ve 9246 sayılı kararında şirket adına hareket edenler açısından tartışılmıştır. Karar için bkz. **XXII YBCA 1997**, s. 28-34.

⁷⁴ Devaud, s. 3. İsviçre Federal Mahkemesi’nin 22 Aralık 1992 tarihli *L. SA v. M. AG* kararında, İspanya hukukunda özel yetkinin arandığını, ancak temsil olunanın sözleşmenin imzalanmasından sonraki davranışlarıyla özel yetki eksikliğinin giderildiğine karar vermiştir. Karar için bkz. **14 ASA Bulletin 1996**, s. 646-650.

⁷⁵ Emre Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul: Beta Yayınları, 2008, s. 94; Ekşi, **Tahkim**, s. 106.

yapması için özel yetki verilmesini arayan ulusal düzenlemelerdir. Bu ülkelerin aksine İtalya⁷⁶, İngiltere, Almanya, İsveç, Amerika ve Hollanda hukukları⁷⁷ özel yetkiyi haiz olmayan temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapabilmesini kabul eder.

C. Tahkim Anlaşması Yapmak İçin Verilecek Yetkilerde Şekil Şartı

Hukuk sistemleri, temsil yetkisinin verilme şekline ilişkin olarak farklılık gösterse de genellikle, temsil yetkisinin verildiğinin herhangi bir şekilde ispat edilmesini yeterli görür⁷⁸. Bazı hukuk sistemleri ise, temsil yetkisinin herhangi bir şekilde ispatlanması ile yetinmeyip, yetkinin verilmesi için ayrıca bir şekil şartı öngörür⁷⁹. Bu şekil şartı da genellikle, temsilci aracılığıyla yapılacak temel işlem için öngörülen şekil şartı ile aynı olur⁸⁰.

Meseleye tahkim anlaşması açısından da bakıldığında da bazı ülke hukuklarının, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde tahkim anlaşması için öngörülen yazılı şekil şartını, tahkim anlaşması yapma yetkisinin verilmesine de teşmil ettiği görülmektedir. Bu ülkelerde tahkim anlaşması yapma yetkisi, temsilciye yazılı olarak verilmelidir.

⁷⁶ İtalyan Hukuk Usulü Kanunu m. 808'de, temel sözleşmeyi imzalamaya yetkili olan kişilerin temel sözleşmede yer alan tahkim şartını da imzalamaya yetkili oldukları, böylece özel yetkiye ihtiyaç duymadıkları ifade edilir. Kanunun Fransızca metni için bkz. "**Nouvelles dispositions en matière d'arbitrage et réglementation de l'arbitrage international**", Revue de l'Arbitrage, Yıl: 1994, Sayı: 3, s. 581 – 596. Bu konuda ayrıca bkz. Piero Bernardini, "**L'arbitrage en Italie après la récente réforme**", Revue de l'Arbitrage, Yıl: 1994, Sayı: 3, s. 486; ICC Karar no. 9781, **XXX YBCA 2005**, s. 22-41.

⁷⁷ Özel, s. 75-76.

⁷⁸ Born, s. 1144. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi 1988 tarihli bir kararında, üye devletin uluslararası kuruluşa temsil yetkisi verdiğini ve uluslararası organizasyonun üye devletlerin temsilcisi olarak hareket ettiğini tespit edemediğinden, üye devletleri organizasyonun akdettiği tahkim anlaşması ile bağlı tutmamıştır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 19 Temmuz 1988 tarihli *Westland Helicopters v. The Arab Republic of Egypt, The Arab Organization for Industrialization and others* kararı, **XVI YBCA 1991**, s. 174 – 181.

⁷⁹ Aşağıda anılacak düzenleme ve kararlar uyarınca, yetkinin verilmesine ilişkin şekil şartının ispat şartı değil, bir geçerlilik şartı olduğu ifade edilebilir.

⁸⁰ Albert Jan van den Berg, "**Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) - XXVII (2002)**", **XXVIII YBCA 2003**, s. 595.

Bununla birlikte, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin⁸¹ ("New York Sözleşmesi") bu konuda herhangi bir şekil şartı öngörmediği genel olarak ifade edilmektedir⁸². Bu görüşe göre, New York Sözleşmesi'nde yer alan yazılı şekil şartı sadece tahkim anlaşması içindir; bu şartın verilecek temsil yetkisine de uygulanmaması gerekir⁸³. Bu görüşe paralel olarak, New York Sözleşmesi'nin, yetkinin verilmesine ilişkin bir şekil şartı öngörmeyerek, temsil yetkisinin verilmesinin şekle bağlı olmadığı yönünde tek tip kural getirdiği de doktrinde ifade edilmektedir⁸⁴. Aksi yöndeki bir başka görüşe göre ise, New York Sözleşmesi'nin bu konuyu düzenlememesi, yetkinin verilmesinin şekle bağlı olmadığı yönünde yorumlanmamalıdır. Bu görüş uyarınca, yetkinin verilmesine ilişkin şekil şartı, ulusal mevzuatlara bırakılmıştır ve ulusal mevzuatlar yetkinin belli bir şekilde verilmesini öngörebilir⁸⁵.

Türk hukukunda, özel düzenlemelerin şekle tabi tuttuğu hukuki işlemler için temsilciye verilecek yetkinin de aynı şekle tabi olup olmadığı tartışma konusudur⁸⁶. Bir görüşe göre⁸⁷, kanunda aksi öngörülmedikçe hukuki işlemler şekle tabi değildir. Kanunda, temsil yetkisinin verilmesini herhangi bir şekle bağlayan bir hüküm yoktur. Bu nedenle, temsilci aracılığıyla gerçekleştirilecek hukuki işlem kanunen bir

⁸¹ Sözleşme, Türkiye tarafından 21.05.1991 tarihli ve 20877 sayılı RG'de yayımlanan 08.05.1991 tarih ve 3731 sayılı kanunla onaylanarak, 25.09.1991 tarih ve 21002 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁸² Reiner, s. 82; Guillermo Aguilar Alvarez, "**Article II(2) of the New York Convention and the Courts**", ICCA Congress Series No: 9, 1998, s. 79; Poudret/Besson, s. 236.

⁸³ Reiner, s. 90; Born, s. 621. Buna karşın, New York Sözleşmesi'nde öngörülen yazılılık şartının yetkinin verilmesine teşmil edilmesi de savunulan görüşlerdendir. Görüşler için bkz. Reiner, s. 83, dn. 8 ve s. 84, dn. 12. Hamburg İlk Derece Mahkemesi ise, 1977 tarihli kararında, bu görüşün aksini kabul ederek New York Sözleşmesi'ndeki yazılılık şartının verilecek yetkiye de uygulanması gerektiğini belirtir. **III YBCA 1978**, s. 274-275. Karar doktrinde eleştirilir. Bkz. Poudret/Besson, s. 242.

⁸⁴ Reiner, s. 88-91.

⁸⁵ Poudret/Besson, s. 236.

⁸⁶ Bu konu daha çok taşınmaz satışı ve kefalet için verilecek temsil yetkisi ile ilgili olarak tartışılmaktadır. BK m. 583/2 ile getirilen düzenleme ile bu tartışmaya kefalet sözleşmesi açısından son verilmiştir: "*Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır.*"

⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 667-668; Turhan Esener, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil**, Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 38; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 173; Eren, s. 437. Bu görüşün İsviçre ve Türk doktrinlerinde hakim görüş olduğu ifade edilir. İnceoğlu, s. 140.

şekle tabi olsa dahi, bu işlem için temsilciye yetki verilmesi herhangi bir şekle tabi değildir⁸⁸. Ayrıca, temsil yetkisinin bir şekle bağlı olarak verilmesi, temsil yetkisinin yine aynı şekil uyarınca geri alınmasını gerektirir ki bu durum, temsil yetkisinin her zaman geri alınabileceği gerçeğiyle (BK m. 42/1) örtüşmez⁸⁹. Bu görüş uyarınca, tahkim anlaşması için öngörülen yazılılık şartı, tahkim anlaşması yapmak için temsil yetkisi verilmesine teşmil edilemez ve tahkim anlaşması için verilecek özel yetki hiçbir şekil şartına bağlı değildir.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, temsil yetkisi temel sözleşmenin şekline tabi olmalıdır⁹⁰. Aksine bir çözüm, tarafı korumaya yönelik olarak öngörülen kanun hükmünün amacı ile bağdaşmaz. Bu nedenle, özel yetkiyi gerektiren hallerde bu yetki açıkça verilmeli; yetkinin zımnen verilmesi kabul edilmemelidir⁹¹. Bu görüş uyarınca, tahkim anlaşması için öngörülen yazılılık şartının, tahkim anlaşması yapmak için temsil yetkisi verilmesine teşmil edilmesi gerektiği ve tahkim anlaşması için verilecek özel yetkinin de yazılı şekilde verilmesi gerektiği savunulabilir.

Bu konuda ülke hukukları farklı yöntemler benimser. Örneğin, Yunan Hukuk Usulü Kanunu m. 217/2 uyarınca, üçüncü kişilere verilecek yetkilerin, gerçekleştirilecek işlem için aranan şekil şartına uygun olarak verilmesi gerekir. Bu nedenle, yazılı tahkim anlaşması yapmak için verilecek yetki de yazılı bir şekilde verilmelidir⁹². Avusturya Medeni Kanunu m. 1008, kural olarak yetkinin yazılı şekilde verilmesini aramaz. Ancak bu konu, doktrin ve içtihatlar, yetkinin de yazılı şekilde verilmesini aramaktadır⁹³. Örneğin, Avusturya hukukunun yetkiye uygulanacak hukuk olarak belirlendiği 1988 tarihli bir ICC kararında, tahkim anlaşması yapma yetkisi yazılı olarak verilmediğinden temsilcinin temsil olunan

⁸⁸ Ancak bu durum kanununa karşı hileye yol açmamalıdır. Bkz. Esener, s. 38-39.

⁸⁹ Esener, s. 35.

⁹⁰ Oğuzman, Öz, s. 237. Bu görüşün azınlıkta kalan, ancak gittikçe daha fazla taraftar toplayan bir görüş olduğu yönünde bkz. İnceoğlu, s. 143-144.

⁹¹ Tandoğan, s. 398-399.

⁹² Born, s. 621. Poudret/Besson, s. 236. Yunan Temyiz Mahkemesi, 14 Ocak 1977 tarihli *Agrimpex S.A. v. J. F. Braun & Sons, Inc., Areios Pagos* kararında, yazılı şekilde yapılması gereken tahkim anlaşması için verilecek yetkinin de yazılı şekilde verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Karar için bkz. **IV YBCA 1979**, s. 269.

⁹³ Reiner, s. 83. Avusturya mahkemeleri de özel yetkinin yazılı verilmesini aradığı yönünde bkz. Irene Welsler, "**The Arbitration Agreement - Pitfalls of Competence**", Austrian Arbitration Yearbook 2007, s. 19, dn. 34.

adına hareket edemeyeceği ve yetkisiz temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşmasının geçersiz olacağı kabul edilmiştir⁹⁴.

Fransız Medeni Kanunu m. 1985 ve Fransız Ticaret Kanunu m. 110-3 uyarınca Fransız hukukunda⁹⁵; buna ek olarak İngiliz⁹⁶, İsviçre⁹⁷, Finlandiya⁹⁸ ve İtalyan⁹⁹ hukukunda tahkim anlaşması için verilecek yetkinin herhangi bir şekil şartına tabi

⁹⁴ ICC Karar No. 5832, Jarvin Sigvard / Yves Derains / Jean Jacques Arnaldez, **Collection of ICC Arbitral Awards (Receuil des Sentences Arbitrals) 1986-1990**, Cilt II, Hollanda: Kluwer Law International, 1994, s. 536 vd.: “(Avusturya hukukuna göre) tahkim anlaşmasının yazılı olması yönündeki şekil şartı, tahkim anlaşmasının (...) bir temsilci tarafından imzalanması halinde temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye de teşmil edilir.” Bu kararda, yazılı şekilde verilmeyen yetki geçersiz kabul edilmiş ve sözleşmeyi imzalayan kişinin yetkisiz temsilci konumunda olduğu; bu nedenle de tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna kanaat getirilmiştir.

⁹⁵ Anılan maddeler, yetkinin her şekilde verilebileceğini ifade eder. İtalyan Temyiz Mahkemesi 25 Ocak 1977 tarihli *Total Soc. It. p.a. v. Achille Lauro* kararında, temsilcinin yetkisinin *logus regit actum* prensibi uyarınca Fransız hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiğini, Fransız hukukunda da temsilciye verilecek yetkinin yazılı bir şekilde verilmek zorunluluğunun bulunmadığını ifade ederek temsilcinin yetkiyi haiz olduğuna ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde kurulduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. **IV YBCA 1979**, s. 284.

⁹⁶ Poudret/Besson, s. 242-243.

⁹⁷ Devaud, s. 3. Bununla birlikte, İsviçre MÖHK m. 178/1’de tahkim anlaşmasının şekli için öngörülen yazılı delille ispat şartının, kıyas yoluyla, tahkim anlaşması için verilen açık yetkiye de uygulanabileceği yönünde bkz. Poudret/Besson, s. 237-238. Anılan yazılı delille ispat şartı, tahkim anlaşmasının yazılı yapılmasını bir ispat şartı olarak değerlendirir. Ancak yetkinin yazılı verilmesi anılan karar ve görüşlerde, ispat şartı değil, bir geçerlilik şartı şeklinde yorumlanmaktadır.

⁹⁸ Poudret/Besson, s. 241. İspanya Temyiz Mahkemesi, 11 Şubat 1981 tarihli bir kararında, yetkinin geçerli bir şekilde verilip verilmediğini, yine *logus regit actum* prensibi uyarınca, somut olayda yetkinin verildiği Finlandiya hukukuna göre, değerlendirmiş ve yazılı şekilde verilmeyen yetki uyarınca akdedilen tahkim anlaşmasını geçerli kılmıştır. Karar için bkz. **VII YBCA 1982**, s. 356-358.

⁹⁹ İtalyan hukukunda konu tartışmalıdır. İtalyan Medeni Kanunu m. 1392 uyarınca, temsilciye verilecek yetkinin, temsilci tarafından akdedilecek işlemin şekil şartına uygun olması gerekir. Bu madde uyarınca, tahkim anlaşması için verilecek yetkinin de yazılı olması gerektiği ifade edilir. Bkz. Poudret/Besson, s. 241. Örneğin Hamburg İlk Derece Mahkemesi 1977 tarihli bir kararında, bu kural uyarınca, İtalyan temsilciye İtalya’da verilen vekaletnamenin İtalyan hukukuna tabi olduğunu ve İtalyan hukukunda tahkim anlaşması yapmak için verilen yetkinin yazılı şekilde verilmesi gerektiğini belirtmiş, bu şarta uymadan yapılan tahkim anlaşmasını geçersiz kılarak verilen hakem kararını iptal etmiştir. Karar için bkz. **III YBCA 1978**, s. 274-275. Bununla birlikte, İtalyan Hukuk Usulü Kanunu m. 808’de 1994 yılında yapılan değişiklik ile, temel sözleşmeyi akdetmeye yetkili olanların tahkim anlaşması yapmaya da yetkili olduğu hükmü eklenmiştir. Bu değişiklik karşısında, İtalyan Medeni Kanunu m. 1392’nin geçerliliğini koruyup korumadığı tartışılmaktadır. Örneğin İtalyan Temyiz Mahkemesi, 19 Mayıs 2009 tarihli *Louis Dreyfus Commodities v. Cereal Mangimi s.r.l.* kararında, İtalyan Hukuk Usulü Kanunu m. 808/3’te öngörülen durumun, İtalyan Medeni Kanun’da öngörülen şekil şartına bir istisna getirdiğini, yapılan bu değişiklik nedeniyle tahkim anlaşması yapmak için şekil şartının aranmadığını kabul etmiştir. Karar için bkz. **XXXIV YBCA 2009**, s. 649 – 652. Ancak bu kararında mahkeme, başka bir nedenden tahkim anlaşmasının geçersizliğine karar vermiştir.

olmadığı ifade edilir¹⁰⁰. Alman Medeni Kanunu m. 167/2 ise, temsil yetkisi vermenin herhangi bir şekle tabi olmadığını ve verilecek yetkinin, yapılacak işlem için aranan şekil şartına uygun bir şekilde verilmesinin gerekmediğini açıkça ifade eder¹⁰¹. Görüldüğü üzere, tahkim anlaşması yapmak için temsilciye verilecek temsil yetkisinin şekli konusunda ülke hukukları arasında bir birlik yoktur.

Kanaatimce, tahkim anlaşması yapmak üzere temsilciye verilecek yetkide yazılılık şartının aranmaması, uyuşmazlığın devlet yargısında çözülmesi hakkında vazgeçen tarafların korunması amacının¹⁰² göz ardı edilmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle, tahkim anlaşmasının taraflarının haklarının korunması açısından, tahkim anlaşması yapmak için temsilciye verilecek yetkinin de yazılı olması gerektiği fikri kabul edilebilir¹⁰³.

§3. TAHKİM ANLAŞMASININ TİCARET ŞİRKETLERİNİN ORGANLARI ARACILIĞIYLA YAPILMASI

A. Genel Olarak

Hak ehliyetini haiz olan tüzel kişiler, ehliyetleri kapsamında kalan işlemleri yetkili organları aracılığıyla yerine getirir¹⁰⁴. Organların yaptığı işlemlerin sonucu şirket üzerinde doğar ve organ sıfatıyla hareket eden kişiler şahsen bu işlemlere taraf olmaz¹⁰⁵. Tüzel kişiyi temsil ve ilzama yetkili olan kişiler, BK m. 40 vd.

¹⁰⁰ Redfern/Hunter, s. 104.

¹⁰¹ Ayrıca bkz. Hamburg Landgericht'in 19 Aralık 1967 tarihli kararı, **II YBCA 1977**, s. 234.

¹⁰² Reiner, s. 85.

¹⁰³ Benzer görüşte bkz. Inceoğlu, s. 143-144.

¹⁰⁴ Yarg. HGK 15.01.1964 T., 1964/600 E. ve 1964/55 K. sayılı kararı: “*MK. m.48 uyarınca tüzel kişiler uzuvları eliyle iradelerini açığa vururlar ve gerek hukuki işlemleri gerekse herhangi bir eylemleriyle onları alacaklı veya borçlu duruma sokarlar. Buna göre uzuvlar tüzel kişileri kayıtsız şartsız temsil ederler. TK.nun ticaret ortaklıklarına ilişkin hükümleriyle dahi, aynı esaslar benimsenmiştir. Nitekim, TK. m. 138'de MK. m. 48'e gönderme yapılarak bu yön belirtilmiştir. Banka müdürü, anonim ortaklığın esas mukavelesine göre, bankanın bir uzvudur. Yukarıki açıklamalara göre, uzvun avukat olmasa dahi, bankayı, mahkemede temsile yetkisi vardır.*” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. Olivier Caprasse, **Les Sociétés et L'Arbitrage**, Brüksel: Bruylant, 2002, s. 251.

¹⁰⁵ Yarg. 19. HD. 24.10.2002 T., 2002/7495 E., 2002/9632 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): “*Tahkim Şartını içeren sözleşme davacı Mualla ile davalı A. Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş. arasında akdedilmiştir. Her ne kadar sözleşme davalı şirketi temsilen sözleşme tarihinde müdür yardımcısı diğer davalı Emel tarafından imzalanmış ise de, temsilen yapılan işlerde hak ve borçlar temsil olunana ait olacağından tahkim şartı sözleşmenin tarafı olmayan adı geçen*

maddelerinde düzenlenen “temsilci” sıfatı ile değil, şirketin organı olarak hareket ederler¹⁰⁶. Bu nedenle, şirket organlarının şirket adına bağlayıcı bir tahkim anlaşması yapmaları için, BK m. 504/3’te öngörülen özel yetkiye sahip olmaları aranmaz¹⁰⁷. Bununla birlikte tüzel kişi, hukuki işlemleri ve tahkim anlaşmasını, organları dışında üçüncü bir kişi aracılığıyla kullanmak istediğinde¹⁰⁸ üçüncü kişinin Türk hukuku kapsamında özel yetkisinin bulunması gerekebilir¹⁰⁹. Bu kapsamda aşağıda, TTK kapsamında yer alan şirketlerin organları veya üçüncü kişiler aracılığıyla tahkim anlaşmasına taraf olması incelenecektir.

Şirketlerin organlarının tespiti ve bu organlar aracılığıyla tahkim anlaşması yapmasının incelenmesinden önce, tahkim anlaşması yapmanın, şirketin ehliyeti dahilinde olup olmadığı tespit edilmelidir. Bilindiği üzere, eTTK döneminde geçerli olan *ultra vires* ilkesi uyarınca, şirketlerin hak ehliyeti, esas sözleşmelerinde yer alan işletme konuları ile sınırlıydı. Bu ilke nedeniyle, şirketlerin esas sözleşmelerinde açıkça yer almayan, örneğin kefalet vermek, bağış yapmak gibi işlemlerin şirketler tarafından yapılıp yapılamayacağı konusu doktrinde ve yargı kararlarında tartışma konusuydu. Şu ana kadar tahkim anlaşması yapmak konusunda henüz benzer bir tartışma yürütülmediyse de bu konu uygulamada tartışma konusu olabilir. Örneğin bir şirket, eTTK döneminde akdedilen bir sözleşmede yer alan tahkim şartının, şirketin esas sözleşmesinde “tahkim anlaşması yapmak” ifadesi yer almadığı gerekçesiyle hak ehliyeti dışında kaldığını ve bu nedenle tahkim şartının yok hükmünde olduğunu iddia edebilir mi; veya *ultra vires* ilkesinin yönetim kurulunun

davalıya teşmil edilemez.” Bu husus Belçika Şirketler Kanunu m. 61’de açıkça ifade edilir. Bu konuda bkz. Caprasse, s. 252.

¹⁰⁶ Bu konuda bkz. yukarıda Birinci Bölüm, §1, C.

¹⁰⁷ Fransa için bkz. Cohen, **Engagement des Sociétés**, s. 40. Yazar, 1950li yılların ortalarına kadar şirket yöneticilerinin tahkim anlaşması yapabilmek için özel yetkiye ihtiyaç duyduklarını ve bu kişilerin özel yetki olmadan şirket adına tahkim anlaşması yapamadıklarını ifade eder. Yazara göre bu durumun sebebi, o tarihlerde şirketin temsilcileri ile şirket pay sahipleri arasında bir temsil ilişkisinin varlığının kabulüdür. Yazar, 1955-1960 yıllarından itibaren verilen kararlarda ise şirketi temsil edenlerin yetkilerini ortaklardan değil kanundan aldığını ve bu nedenle şirketi yönetmek için haiz olunan genel yetkinin tahkim anlaşması yapmayı da kapsadığını kabul edildiğini, günümüzde ise şirketlerin tahkim anlaşması yapmasının olağan karşılandığını ifa eder. Belçika hukukunda benzer bir değişim için bkz. Caprasse, s. 253 vd.

¹⁰⁸ Gerçekten de, ticaret şirketlerinin kural olarak organları aracılığıyla temsil edilmesi kuralı, bu şirketlerin diğer temsil yöntemlerine başvurmasını engellemez. Aynı yönde bkz. Caprasse, s. 251.

¹⁰⁹ Tahkim anlaşmasının iradi temsilci aracılığıyla yapılması konusunda bkz. Birinci Bölüm, §2.

yetkilerine ilişkin olarak yer aldığı TTK¹¹⁰ döneminde akdedilen bir tahkim anlaşması, şirketi temsil eden kişilerin sorumluluğunu doğurabilir mi?

Bu kapsamda öncelikle, *ultra vires* ilkesinin tahkim anlaşması açısından önemi tartışılacak ve daha sonra TTK'da düzenlenen şirketler için tahkim anlaşmasını yapmaya yetkili organ veya kişilerin¹¹¹ şirket adına tahkim anlaşması yapması incelenecektir¹¹².

B. Ultra Vires İlkesinin Tahkim Anlaşması Yapma Ehliyetine Etkisi

Bu başlık altında öncelikle *ultra vires* ilkesinin genel hatlarıyla eTTK ve TTK kapsamındaki yeri, daha sonra da tahkim anlaşması yapma işleminin *ultra vires* ilkesi karşısındaki konumu incelenecektir. Bu incelemenin amacı ise iki soruya cevap aramaktır: 1-) Şirketler eTTK döneminde yapılan tahkim anlaşmalarının ehliyetsizlik nedeniyle geçersizliğini iddia edebilirler mi? 2-) Şirket adına TTK döneminde tahkim anlaşması yapan şirket yöneticisi tahkim anlaşmasının olumsuz sonuçlarından (örneğin tahkim yargılaması için yapılan masraflar) şirkete karşı sorumlu tutulabilir mi?

I. TTK ve eTTK Uyarınca Ultra Vires İlkesi

Ticaret şirketlerinin ehliyeti açısından TTK ve eTTK farklı hükümler içerir. eTTK'nın tüzel kişilerin ehliyetini düzenleyen 137. maddesi, esas sözleşmesinde yazılı işletme konularının¹¹³ içinde kalmak suretiyle şirketin bütün hak ve borçlara taraf olabileceğini ifade eder. Böylece, eTTK döneminde şirketlerin konu itibarıyla

¹¹⁰ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı RG'de yayımlanmış ve 01.07.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹¹¹ Yarg. HGK 14.12.2011 T., 21-869 E. ve 754 K. sayılı kararı: "6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup üçüncü şahıslar ile olan ilişkilerinde ortaklardan oluşan mümessil-organ veya dışarıdan tayin edilen sair mümessiller tarafından temsil olunurlar. Hükmi şahsiyeti haiz olmaları dolayısıyla ticaret şirketlerinde tebligatın şirketlerin "salâhiyetli mümessillerine" yapılması icap eder. Salâhiyetli mümessiller ibaresiyle evvela şirketleri kanunen temsile yetkili organlar ve bu organlar adına hareket edenler kastedilmiştir." (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

¹¹² TTK'da düzenlenen şirketlerin yönetimi ve temsiline ilişkin hükümler bulunur. Ancak, şirketlerin üçüncü kişiler ile tahkim anlaşması yapması, şirketin yönetimini değil, temsilini ilgilendirir. Bu nedenle tahkim anlaşması bakımından, aksi belirtilmedikçe, şirketlerin temsiline ilişkin hükümler incelenecektir.

¹¹³ İşletme konusu kavramı hakkında bkz. Sevilay Uzunallı, **Anonim Şirkette İşletme Konusu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 5 vd.

ehliyeti, esas sözleşmelerinde yazılı işletme konuları ile sınırlanmıştır. Bu sınırlandırma doktrinde “*ultra vires*” ilkesi olarak adlandırılır ve işletme konusu dışında kalan işlemler için şirketin hak ehliyetinin bulunmadığı, şirketin organları tarafından *ultra vires* işlemler yapılırsa bu işlemlerin yok hükmünde olacağı ifade edilir¹¹⁴. TTK ise m. 125’te bu düzenlemeden ayrılır ve şirketlerin esas sözleşmesinde yazılı işletme konularına atıf yapılmaksızın, tüzel kişiliği haiz şirketlerin MK m. 48 çerçevesinde bütün haklardan yararlanabileceğini ve borçları üstlenebileceğini ifade eder¹¹⁵.

Dolayısıyla, TTK m. 125’te şirketlerin ehliyeti işletme konusuyla sınırlanmamış ve *ultra vires* ilkesi şirketlerin ehliyetini düzenleyen genel kural olmaktan çıkmıştır¹¹⁶. Bununla birlikte şirketler, TTK döneminde de şirketlerinin esas sözleşmesinde işletme konularını belirlemek zorundadır.

Örneğin, kolektif şirketlerin sözleşmesinde bulunması zorunlu kayıtların düzenlendiği TTK m. 213/1 (d) uyarınca şirketin işletme konusu, esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirket sözleşmesinde belirtilmelidir. Zira, TTK m. 223/1’e göre, kolektif şirketin yönetimi kapsamındaki hususlar, şirketin amacını ve konusunu elde etmek için yapılması gereken olağan işlem ve işler ile sınırlıdır. Komandit şirketlerin kuruluşuna uygulanacak hükümlere ilişkin TTK m. 305/1 uyarınca, TTK m. 213/1(d)’de öngörülen işletme konusunun belirtilmesi zorunluluğu komandit şirketler için de uygulanacaktır.

¹¹⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 101; Yıldız, s. 322; Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s. 71; Uzunallı, s. 102.

¹¹⁵ *Ultra vires* ilkesi hakkında yapılan değişikliklerle ilgili olarak bkz. Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s. 71 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 225; Abuzer Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Bası, İstanbul: On İki Levha, 2012, s. 121 vd.; Oruç Hami Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2012, s. 105; Güzin Üçışık/Aydın Çelik, **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 15; Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 81-82.

¹¹⁶ İsmail Kırca, “**6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi**”, Bankacılar Dergisi, Sayı 79, Yıl 2011, İstanbul, s. 72. TTK m. 125, ticaret şirketlerine ait genel hükümler bölümünde yer aldığından, bu genel prensibin şirketlerin tamamı için – gerçek kişilere özgü olan hak ve borçlar ile ilgili sınırlamalar ile kanunda yer alan diğer istisnalar saklı kalmak üzere – geçerli olduğu ifade edilebilir.

Anonim ve limited şirketlere ilişkin maddelerde de şirketin işletme konusuna atıf yapılır. TTK m. 43, anonim, limited ve kooperatif şirketlerin ticaret unvanında işletme konusunun gösterilmesini ve bu unvanın anonim şirketler açısından TTK m. 339/2 (a) kapsamında esas sözleşmede, limited şirketler açısından TTK m. 576/1 (a) kapsamında şirket sözleşmesinde tescil edilmesini zorunlu tutar. Yukarıda anılan iki maddenin (b) bentlerinde ise esas noktaları belirtilmiş bir şekilde şirketin işletme konusunun esas sözleşmeye/şirket sözleşmesine yazılması aranır.

Bunun yanında, anonim şirketlerin temsiline ilişkin TTK m. 371/1, temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabileceklerini ifade eder. Bu maddeye göre, temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; ancak üçüncü kişinin işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği hallerde veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğunun ispatlanması halinde şirket, işletme konusu dışında kalan işlemler ile bağlı olmayacaktır¹¹⁷. Limited şirketlerin temsiline ilişkin TTK m. 629 uyarınca ise, anonim şirketler hakkında öngörülen hükümler, müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamına ve yetkinin sınırlandırılmasına ilişkin olarak kıyas yolu ile uygulanır. Söz konusu atıf nedeniyle, TTK m. 371 limited şirketlere de uygulanır.

Görüldüğü üzere TTK m. 125, şirketlerin ehliyetinin işletme konusu ile sınırlı olmadığını düzenlerken TTK'nın şirketlerin temsiline ilişkin maddeleri, işletme konusunun şirketin temsil ve yönetimindeki etkisini koruduğunu gösterir. Dolayısıyla *ultra vires* ilkesi, eTTK döneminde şirketlerin hak ehliyetini düzenleyen bir ilke iken TTK döneminde şirket yöneticilerinin yetkisini düzenleyen bir ilke olarak yerini alır. Bu ilkeye göre anılan şirketleri temsile yetkili olan kişilerin yetkileri, şirketin işletme konusuyla sınırlıdır ve bu kişiler ancak şirketin işletme konusu dahilindeki işlemleri yapabilir.

Bununla birlikte bu sınırlama, şirket ile üçüncü kişiler arasındaki dış ilişkiyi değil, temsil yetkisine sahip olanlar ile şirket arasındaki iç ilişkiyi düzenler¹¹⁸. Şöyle

¹¹⁷ Benzer yönde bkz. Fransız Ticaret Kanunu m. L225-35 ve Belçika Şirketler Kanunu m. 526.

¹¹⁸ Uzunallı, s. 66.

ki, temsile yetkili kişinin işletme konusu dışında yaptığı işlemler kural olarak şirketi bağlar. Şirket bu işlemlerle bağlı olmadığını iddia edemez; ancak, şartların gerçekleşmesi halinde şirket, temsilcinin işletme konusu dışında kalan işlem nedeniyle uğradığı zarar nedeniyle temsilciye rücu edebilir¹¹⁹. Yönetici, şirketin işletme konusu dışında kalan bir işlem yaparsa; söz konusu işlem, şirketin hak ehliyeti kapsamında; ancak şirketi temsil eden kişinin temsil yetkisi dışında kalır. Temsil yetkisi dışındaki bir işlemi yapan kişi ise işlemin sonuçları hakkında yetkisiz temsilci sıfatıyla şirket karşısında sorumludur.

Dolayısıyla, işletme konusu kavramı ve buna bağlı olarak *ultra vires* ilkesi, gerek TTK ve gerek eTTK döneminde önem arz eder ve farklı sonuçları doğurabilir. Bu kapsamda, “tahkim anlaşması yapmak” işleminin şirketin işletme konusu ile ilişkisinin incelenmesi gerekir.

II. İşletme Konusu Belirleme Zorunluluğu Karşısında Tahkim Anlaşması

Yukarıda görüldüğü üzere, ticaret şirketleri işletme konularını belirlemek zorundadır. eTTK döneminde, işletme konusu dışında kalan işlemler yok hükmünde olacak, TTK döneminde ise bu işlemler şirketi temsil eden kişilerin sorumluluğunu doğuracaktır.

Bu genel kural karşısında tahkim anlaşması yapmanın yeri nedir? Şirketler esas sözleşmelerinde işletme konularını belirlerken “tahkim anlaşması yapmak” ibaresine yer vermeli midir? Esas sözleşmeye yazılmazsa şirketler tahkim anlaşması yapabilir mi (eTTK); veya yapılan tahkim anlaşması şirketi temsil eden kişilerin sorumluluğunu doğurabilir mi (TTK)?

Bu sorunsalın kaynağı, eTTK döneminde yer alan bazı yargı kararları ve tartışmalardır. Bu tartışmalarda, işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet eden, ancak esas sözleşmede yer almayan işlemlerin şirketin hak ehliyeti dışında kalıp

¹¹⁹ Tekinalp, s. 224; Kendigelen, s. 262; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 638; Akdağ Güney, s. 83; Üçışık/Çelik, s. 460 vd.

kalmadığı tartışılmıştır¹²⁰. Örneğin Yargıtay, 2012 tarihli bir kararında bir ticaret şirketinin taşınmaz iktisap etmesi için bu konuda esas sözleşmesinde hüküm bulunması gerektiğine karar vermiştir¹²¹.

Yargıtay'ın 2009 tarihli bir kararına konu olayda ise şirketlerden biri bir başka şirket lehine kefalet vermiş, yerel mahkeme kefalet verme işleminin şirketin işletme konusu dahilinde olmadığı gerekçesiyle kefaletin geçersiz olduğuna karar vermiştir. Yargıtay yerel mahkemenin kararını şu gerekçeyle bozmuştur¹²²: *“Türk Ticaret Kanunu'nun 137. maddesinde, “Ticaret şirketleri hükmi şahsiyete haiz olup, şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler.” hükmü mevcut olup, bu hükme göre ticaret şirketlerinin ehliyetleri, ana sözleşmelerinde belirlenen konu ve amaç ile sınırlı olduğundan bu sınırlar dışında yapılan işlemler ehliyetsizlik nedeniyle batıldır. Bununla birlikte, bir ticari işletmenin ana sözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber, o işletmenin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran ticari iş ve ticari sözleşmelerin de o işletme mevzuu içinde bulunduğu doktrin ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. (...) Bir ticari işletmenin faaliyetini sürdürebilmesi için gerektiğinde kredi temini yoluna gitmesi ve bu nedenle başkasının kefaletini temin etmesi olağan olduğu gibi, başka bir şirkete kefil olması da olağan ve mutad bir işlemdir. O halde kefalet akdi, ticari hayatın gereği olarak yapılan mutad iş ve muamelelerden olduğundan, şirket ana sözleşmesinde bu hususta açık hüküm olmasa dahi normal koşullarda şirketi bağlayıcı ve geçerli kabul edilmelidir.”*

Görüldüğü üzere Yargıtay bu kararında, kefalet işleminin ticari işletmenin faaliyetini sürdürmesi için *“olağan ve mutad”* bir işlem olduğunu ve *“ticari hayatın gereği olarak yapılan mutad iş ve muamelelerden”* olan kefalet işleminin, şirket ana

¹²⁰ Bu işlemler ve tartışmalar hakkında bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 100 vd.; Uzunallı, s. 67 vd.

¹²¹ Yarg. 20. HD, 14.6.2012 T., 2012/7018 E. ve 2012/9038 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): *“Şöyle ki; davacı ticaret şirkettir. T.T.K.nun 137. maddesi uyarınca tüzel kişiliğe sahip şirketlerin ortaklık ana sözleşmelerindeki yazılı işletme konusu çerçevesi içinde kalmak koşuluyla hak kazanmaları ve borç altına girmeleri olanaklıdır. (...) Bu sebeple mahkemece, davacı şirketin ana sözleşmesi getirilip taşınmaz mal edinip edinmeyeceği belirlenmeli, (...)”*.

¹²² Yarg. 13 HD, 23.3.2009 T., 2008/10689 E., ve 2009/3770 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

sözleşmesinde bu hususta açık hüküm olmasa dahi normal koşullarda şirketi bağlayıcı ve geçerli kabul edilmesi gerektiğini ifade eder.

Yargıtay'ın bu kararına göre, esas sözleşmede yazılmayan bir işlemin geçerli kabul edilebilmesi için bu işlemin ticaret hayatının olağan işlemlerinden olması gerekir. Tahkim anlaşmasının ise uluslararası ticaret hukukundan farklı olarak¹²³, henüz Türk hukuku kapsamında “olağan” bir işlem olarak kabul edildiği söylenemez.

Bu kapsamda, esas sözleşmesinde tahkim anlaşması yapabileceği açıkça öngörülmemiş olan bir şirketin tahkim anlaşması yapmasının, şirketin işletme konusu dahilinde kalıp kalmadığı pekala tartışma konusu olabilir. Yargıtay'ın yukarıda anılan uygulaması gereğince, tahkim anlaşması yapmanın esas sözleşmede yazılması gerektiği savunulabilir¹²⁴.

Bununla birlikte, bu uygulamanın, gerek tahkim anlaşması gerek diğer hukuki işlemler açısından, hatalı olduğu kanaatindeyim. Zira *ultra vires* ilkesi, şirketin “işletme konusu” kapsamında göstereceği “faaliyetlere” ilişkindir. Dolayısıyla, ilke ile sınırlanan, işletme konusu dışındaki faaliyetlerdir. Bununla birlikte, şirketin taraf olduğu kefalet vermek, taşınmaz edinmek ve buna benzer olarak tahkim anlaşması yapmak gibi hukuki işlemler, şirketler için bir faaliyet olarak nitelendirilmemelidir. Bunlar birer hukuki işlemdir ve fiil ehliyeti olan her gerçek ve tüzel kişi bu hukuki işlemleri kendi adına başka hiçbir şart aranmaksızın yapabilmelidir. Ancak şirketler bu işlemleri bir faaliyet olarak devam ettirirse *ultra vires* ilkesinin uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışılmalıdır. Örneğin bir turizm şirketi sürekli olarak taşınmaz

¹²³ Uluslararası ticaret uygulamasında, tahkim anlaşması yapmanın şirketin olağan işleri arasında kabul edildiğine rastlanır. Örneğin İtalya Yüksek Mahkemesi ise 1997 tarihli bir kararında, tahkim anlaşması akdetmenin şirket yetkilileri için olağanüstü işlerden olmadığı gerekçesiyle davalı şirketin tahkim anlaşmasının geçersizliği yönündeki iddialarını reddetmiştir. Bkz. İtalya Yüksek Mahkemesi'nin 23 Nisan 1997 tarihli *Dalmine S.p.A. v. M. & M. Sheet Metal Forming Machinery A.G.* kararı, **XXIV YBCA 1999**, s. 709-713. Buna paralel olarak Beyrut İstinaf Mahkemesi 2009 tarihli bir kararında, tahkim anlaşması yapmanın, şirketin günlük işlerinden olduğuna ve böylece şirketin günlük işlerini yapmaya yetkili olan genel müdürünün şirket adına tahkim anlaşması yapabileceğine, genel müdür tarafından yapılan tahkim anlaşmasının yönetim kurulu tarafından onaylanmadığı gerekçesiyle geçersiz olmayacağına hükmetmiştir. Karar hakkında bkz. Mouhib Maamary, **Note - 28 October 2009, Beirut Civil Court of Appeals, First Chamber**, International Journal of Arab Arbitration, Yıl: 2010, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 166-179.

¹²⁴ Uygulamada neredeyse her tür hukuki işlemin esas sözleşmeye yazıldığı gerçeği de bu tartışma sırasında göz önünde bulundurulmalıdır.

alım satımı yaparak veya diğer şirketlere belli bir komisyon karşılığında kefalet vererek kazanç elde ediyorsa *ultra vires* ilkesi uygulama alanı bulmalıdır. Tahkim anlaşması yapmak bakımından ise böyle bir ihtimal görünmemektedir.

Bu nedenle, tahkim anlaşması yapmanın, şirketlerin işletme konusu dahilinde kalıp kalmayacağı tartışma konusu olmamalıdır. Bu kapsamda, işletme konusu içinde “tahkim anlaşması yapmak” ibaresi bulunmayan şirketlerin eTTK döneminde yaptığı bir tahkim anlaşması, *ultra vires* ilkesi nedeniyle yok hükmünde sayılmamalı veya TTK döneminde yapılan bir tahkim anlaşması nedeniyle şirket yöneticileri yetkilerini aştıkları gerekçesiyle sorumlu tutulamamalıdır.

İşletme konusu ile tahkim anlaşması arasındaki ilişki açısından incelenmesi gereken bir diğer mesele, tahkim anlaşmasının ilişkili olduğu, örneğin tahkim şartının yer aldığı temel sözleşmenin konusunun, şirketin işletme konusu dışında kalmasıdır¹²⁵. Bu durumda tahkim anlaşması, temel sözleşmenin işletme konusu dışında kaldığı gerekçesiyle şirket açısından bağlayıcı olmayacak veya – ayrılabilirlik ilkesinin¹²⁶ de etkisiyle – temel sözleşmeden farklı olarak şirketi bağlayacaktır.

Bu konuda doktrinde iki görüş ileri sürülür. Bir görüşe göre, şirketin işletme konusu dışında kalan işleme ilişkin olarak yapılan tahkim anlaşması da şirketi bağlamaz¹²⁷. Bir diğer görüş ise tahkim anlaşmasının herhangi bir şekilde şirketin işletme konusundan etkilenmemesi gerektiğini savunur¹²⁸. Gerçekten de, işletme konusunun, yukarıda da açıklandığı üzere tahkim anlaşması üzerinde bir etkisi olmamalıdır. Bu durum, temel sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden bağımsız olmasının bir sonucu olarak kabul edilmelidir.

¹²⁵ Bu ihtimal özellikle, şirketle ilişkiye giren üçüncü kişinin, işlemin şirketin işletme konusu dışında kaldığını bildiği durumlarda ortaya çıkabilir. Zira aksi taktirde şirket temel sözleşmenin de işletme konusu dışında kaldığını iddia edemeyecektir.

¹²⁶ Bu ilke hakkında bkz. İkinci Bölüm, §2, A, I.

¹²⁷ Pascal Ancel, “**Convention d’arbitrage, Condition de fond, Consentement, Capacité, Pouvoir, Objet, Cause**”, Jurisclasseur, Procedure civile, Fasc. 212, 1986, no. 56 (Caprasse, s. 267’den naklen). Aynı yönde bkz. Özel, s. 70-71.

¹²⁸ Daniel Cohen, **Arbitrage et Société**, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, s. 221; Caprasse, s. 267-268.

C. Ticaret Şirketleri İçin Tahkim Anlaşması Yapılması

Bu bölümde, TTK’da düzenlenen dört şirketin tahkim anlaşmasına taraf olması incelenecektir. Uygulamada tahkimde görülen uyuşmazlıkların pek çoğuna anonim ve limited şirketler taraftır ve en çok bu şirketlerin yetkisiz temsilci aracılığıyla temsil edildiği iddiası tartışılmaktadır. Bu nedenle aşağıda, TTK’nın sistematüğinden ayrılarak sırasıyla anonim, limited, kollektif ve komandit şirketler için tahkim anlaşması yapılması incelenecektir.

I. Anonim Şirketler İçin Tahkim Anlaşması Yapılması

Anonim şirketlerin temsiline ilişkin hükümler, genel olarak TTK m. 365 ve TTK m. 373 arasında düzenlenir¹²⁹. Bu bölümde belirlenen yetkililer, TTK m. 371/1 uyarınca, şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler¹³⁰. Dolayısıyla, bu bölümde belirlenen – kanunun ifadesiyle – “temsile yetkili olan” kişiler, şirket adına işlem yapmaya yetkilidir. Ayrıca bu kişiler, “her türlü işler ve hukuki işlemler” kapsamında, şirket adına tahkim anlaşması yapmaya da yetkili olacaklar ve BK m. 504/3’te aranan özel yetkiyi haiz olmaları gerekmeyecektir¹³¹.

Anonim şirketler açısından şirketi temsile yetkili organ, kanundaki istisnai hükümler saklı kalmak kaydıyla¹³², yönetim kuruldur (TTK m. 365)¹³³. Anonim şirketin üçüncü kişiler ile olan ilişkileri genel itibariyle yönetim kurulu tarafından yürütülür. Yönetim kurulunun şirketi temsili için benimsenen kural, birlikte

¹²⁹ Anonim şirketlerin temsili hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s. 221 vd; Kendigelen, s. 261 vd.; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 624 vd.; Akdağ Güney, s. 79 vd; Üçışık/Çelik, s. 453 vd; Şener, s. 367 vd.

¹³⁰ Benzer şekilde bkz. Belçika Şirketler Kanunu m. 522. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Caprasse, s. 258 vd.

¹³¹ Ekşi, **Tahkim**, s. 112-113.

¹³² Örneğin, tasfiye sırasında şirket, tasfiye memurları tarafından temsil edilir (TTK m. 536).

¹³³ “Anonim şirket yönetim kurulu tarafından temsil olunur. Temsile yetkili olmayan şirket ortağının açmış olduğu davaya şirketi temsile yetkili olanlarca onay da verilmediğine göre davanın reddi gerekir.” Yarg. HGK 26.04.2006 T., 2006/12-223 E. ve 2006/235 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. Yarg. 19. HD 03.03.2005 T., 2004/12344 E. ve 2005/2158 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) ve Yarg. HGK 05.04.2006 T., 2006/12-199 E. ve 2006/124 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

temsildir¹³⁴. Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş ise veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa şirket, temsile yetkili¹³⁵ iki yönetim kurulu üyesinin şirket unvanları altında atacakları imza ile temsil edilir (TTK m. 370/1)¹³⁶. Bu kapsamda, esas sözleşmede öngörülmek kaydıyla, her bir üyenin tek başına şirketi temsile yetkili olması veya ikiden fazla kişinin birlikte hareket ederek şirketi temsil etmesi kararlaştırılabilir¹³⁷.

Bununla birlikte yönetim kurulu temsil yetkisini bizzat kullanmak zorunda değildir. Yönetim kurulu, birlikte imza kuralından ayrılarak, şirketi temsile yetkili

¹³⁴ Tekinalp, s. 222, Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 433, Sami Karahan, **Şirketler Hukuku**, 1. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2012, s. 404, Oğuz İmregün, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, 13. Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2005, s. 341.

¹³⁵ Kural olarak, herhangi iki yönetim kurulu üyesi çift imza ile şirketi temsil ve ilzam edebilir. Ancak, yönetim kurulunun üyelerinden bazılarına veya yönetim kurulu dışından başka bir kişiye imza yetkisi vermesi, diğer üyelerin temsil yetkilerini kaldırabilir. Başka bir ifadeyle, yönetim kurulu üyelerinin hepsi, yetkileri kaldırılmadıkça veya kısıtlanmadıkça, birlikte imza kuralı uyarınca şirketi temsil edebilirler. (Akdağ Güney, s. 84). Dolayısıyla, yönetim kurulu belli bir yetkilendirme yaparsa diğer üyelerin şirketi temsil etmesi mümkün değildir. Bu nedenle yukarıda, “herhangi iki yönetim kurulu üyesi” ifadesi yerine, “temsile yetkili iki yönetim kurulu üyesi” ifadesi kullanılmıştır. Aynı kullanım için bkz. Tekinalp, s. 222. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD 24.11.1981 T., 1981/4751 E. ve 1981/5019 K. sayılı kararı: “*Fakat 16.4.1980 günlü genel kurul toplantısında aynı kişiler yine bir yıl için yönetim kurulu üyesi seçilmişlerse de, bu yönetim kurulu 12.5.1980 günlü toplantısında sadece başkan, başkan vekili ve üyeyi tesbit etmiş, şirketin temsil ve ilzam şekli hakkında bir karar almamıştır. Bu durumda, TTK.nun 317 ve 321/3. maddeleri hükümleri gereğince, 16.4.1980 günlü genel kuruldan sonra, yukarıda isimleri bildirilen yönetim kurulu üyelerinden herhangi ikisinin şirketi temsil ve ilzama yetkili olduğunu kabulü gerekmektedir.*” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹³⁶ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 346. Bu uygulama eTTK döneminde de bu şekildeydi. Örneğin Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 01.10.1998 tarih ve 1998/389 E. ve 1998/435 K. sayılı kararına konu olan davada mahkeme, tahkim şartının geçerli olabilmesi için davalı şirketin iki yetkilisi tarafından imzalanması gerektiğini, buna rağmen anlaşmanın bir şirket yetkilisi tarafından imzalandığını, bu nedenle tahkim şartının geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Karar hakkındaki bilgilere, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 26.05.1999 tarihli, 1998/9679 E. ve 1999/4500 K. sayılı kararı ile ulaşılmıştır (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD 10.04.1997 T., 1997/711 E. ve 1997/2662 K.: “*Ancak davacı şirketin ana sözleşmesinin 11. maddesinde şirketin yönetim kurulu üyelerinden ikisinin imzası ile ilzam edilebileceği yazılıdır. Sözleşmenin tahkim şartına ilişkin maddesi daha önce uygulanmadığından bu maddenin davacı tarafından benimsendiği düşünülemez. Bu nedenle davacı şirketin tek bir yönetim kurulu üyesi tarafından davacı adına imzalanmış sözleşmenin tahkim şartını içeren maddesi davacıyı bağlamaz.*” (Batider 1997, Cilt: XIX, Sayı: 1, s. 188-189). Aynı yönde bkz. Yarg. 19. HD 22.3.2001 T., 2000/7304 E. ve 2001/2066 K. “*(...) dava konusu bono davacı Anonim Şirketi temsilen Hacı Durak tarafından imzalanmıştır. TTK.nun 321. maddesine göre anonim şirket adına düzenlenecek evrakın geçerli olabilmesi için, ana sözleşmede aksine hüküm olmadıkça temsile yetkili olanlardan ikisinin imzası yeterlidir. Anonim şirket esas sözleşmesinin 11. maddesinde şirketin iki imza ile temsil edileceği belirtildiğinden tek imza bulunan senetten dolayı şirketin sorumluluğu bulunmamaktadır.*” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Tek kişilik yönetim kurullarında ise birlikte temsil geçerli değildir ve şirket tek üye tarafından temsil ve ilzam edilir.

¹³⁷ Uzunallı, s. 107.

kişileri belirleyebilir¹³⁸. Bu kapsamda yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir ve şirket bu kişiler tarafından temsil ve ilzam edilebilir¹³⁹. Örneğin yönetim kurulu, kendi üyeleri arasından bir kişiyi (murahhas üye) veya üye olmayan bir üçüncü kişiyi (müdür¹⁴⁰), münferiden işlem yapmak üzere veya birden fazla kişiyi birlikte hareket etmek üzere şirketi temsil etmek üzere yetkilendirebilir¹⁴¹.

Şirketi, yönetim kurulu dışında temsil edecek kişilerin belirlenmesi, yönetim kurulunun vazgeçilemez ve devredilemez yetkilerindedir (TTK m. 375/1(d)). Bu kural uyarınca, müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları münhasıran yönetim kurulunun görev ve yetkisidir.

Temsil yetkisinin genel kural uyarınca yönetim kurulu tarafından veya yönetim kurulunun belirlediği kişiler olarak murahhas üye veya murahhas müdür tarafından kullanılması durumunda bu kişiler, TTK m. 371/1'de yer alan “temsile yetkili olanlar” olarak hareket ederler¹⁴². Dolayısıyla bu kişiler, aynı madde uyarınca, şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler. Bu kapsamda, bu kişiler şirket adına tahkim anlaşması yapabilir ve bu durumda bu kişilerin BK m. 504/3'te öngörülen özel yetkiyi haiz olmaları aranmaz.

Bu hallere ek olarak anonim şirketler, şirketin temsil edilmesi için TTK m. 368 uyarınca ticari temsilci veya ticari vekil de atayabilir¹⁴³. Ancak ticari temsilci ve ticari vekilin, TTK m. 371/1'de yer alan “temsile yetkili olanlar” olarak

¹³⁸ Yönetim kurulu tarafından belirlenen bu kişiler, ticaret sicilinde tescil ve ilan edilir (TTK m. 373). Bu madde uyarınca, temsile yetkili kişiler ve bunların temsil şeklini gösteren yönetim kurulu kararının noterce onaylanmış bir suretinin tescil ve ilan edilmek üzere ticaret siciline sunulması gerekir.

¹³⁹ Temsil yetkisinin devri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 627 vd.; Akdağ Güney, s. 79 vd; Üçışık/Çelik, s. 463 vd.

¹⁴⁰ Müdür kavramının kullanılışı hakkında bilgi için bkz. Akdağ Güney, s. 98 vd.

¹⁴¹ Böyle bir halin varlığında, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır (TTK m. 370/2).

¹⁴² Uzunallı, s. 109; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 638.

¹⁴³ Bu konuda bkz. Üçışık/Çelik, s. 470 vd; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 630.

değerlendirilmeyeceği ifade edilir¹⁴⁴. Bu nedenle ticari temsilci ve ticari vekil, kanundan doğan yetkilerine şirket ek olarak başka bir yetki tanımadıkça, kanunda kendilerine tanınan yetkileri çerçevesinde şirketi temsil edebilirler. Böyle bir durumda ticari temsilci ve ticari vekilin kanundan doğan yetkilerinin kapsamı incelenmeli ve bu kişilerin şirket adına tahkim anlaşması yapıp yapamayacakları ayrıca belirlenmelidir¹⁴⁵.

Bazı durumlarda yönetim kurulu, alacağı bir karar ile, daha önceden imza yetkilisi olarak atamadığı bir kişiyi belli bir işlem için yetkilendirebilir¹⁴⁶. Bu durumda bu kişi bir organ olarak değil, bir iradi temsilci olarak hareket eder ve yetkisini kanundan değil, şirketin iradesinden alır¹⁴⁷. Bu kişinin şirket adına tahkim anlaşması yapabilmek için BK m. 504/3'te yer alan özel yetkiyi haiz olması aranır. Dolayısıyla şirket, yetkilendirme için alacağı yönetim kurulu kararında, bu kişiye özel olarak tahkim anlaşması yapma yetkisi tanınmalıdır. Aksi takdirde bu kişinin şirket adına akdedeceği tahkim anlaşması geçersiz olacaktır¹⁴⁸.

Şirketlerin temsil edilmesi yöntemleri arasında sıklıkla görülen bir diğer uygulama da, şirket tarafından belirlenen imza yetkililerinin, üçüncü bir kişiyi, yönetim kurulu kararı olmadan, yetkilendirmeleridir. Bu durumda temsile yetkili kişi, örneğin yönetim kurulunun Murahhas üyesi, imza yetkilisi olmayan bir üçüncü kişiye bazı işlemlerin gerçekleştirilmesi için temsil yetkisi vermektedir. Bu uygulama, eTTK'nın yürürlükte olduğu dönemde sıklıkla görülmüştür¹⁴⁹. Ancak,

¹⁴⁴ Uzunallı, s. 109.

¹⁴⁵ Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Birinci Bölüm, §4, A, I ve Birinci Bölüm, §4, A, II.

¹⁴⁶ Örneğin yönetim kurulu, “Şirketimiz ile X A.Ş arasındaki sözleşmenin imzalanması için Y'nin yetkilendirilmesine” karar verebilir.

¹⁴⁷ Kırca, (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 650.

¹⁴⁸ Bununla birlikte yönetim kurulu, imzalanacak sözleşmenin içeriğinden ve dolayısıyla sözleşmede yer alan tahkim şartından haberdar olarak bu yetkilendirme kararını alırsa, bu durumda özel yetki verilmesine de tahkim şartının geçerli olduğu kabul edilebilir.

¹⁴⁹ Örneğin bkz. Yarg. 11. HD 10.06.1991 T., 1991/470 E. ve 1991/3833 K. sayılı kararı: “ (...) Şirket ile üçüncü kişi arasında yapılacak olan bir sözleşme, şirketi temsile yetkili yönetim kurulu üyelerinden birinin diğerine vekalet vermesi suretiyle şirket adına asaleten ve vekaleten imzalanmış ise şirketi bağlar. (...)” Erdoğan Moroğlu/Abuzer Kendigelen, **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 10. Bası, İstanbul: On İki Levha, 2014, s. 265. Bu konuda ayrıca bkz. İsmail Kırca, “Ticaret Şirketlerinde Birlikte Temsile Yetkili Kişilerin Birbirlerine Tek Başına İşlem Yapma Yetkisi Vermeleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 3, s. 455-462.

yukarıda da anılan ve temsile yetkili kişilerin atanmasını yönetim kurulunun vazgeçilemez ve devredilmez yetkileri arasında sayan TTK m. 371/1(d) karşısında bu uygulamanın hukukiliği tartışma konusudur¹⁵⁰. Şöyle ki madde, lafzı itibariyle, şirketi herhangi bir şekilde temsil edecek imza yetkililerinin yönetim kurulu tarafından atanmasını gerektirir. Ancak maddenin bu haliyle uygulanması ticaret hayatının gerçekleriyle uymayacağı nedeniyle, maddede yer alan “imza yetkilileri” ibaresi ile hangi seviyedeki imza yetkilisinin yönetim kurulu tarafından atanacağı, hangilerinin murahhas üye veya ticari temsilci tarafından atanabileceği tartışma konusudur.

Bu tartışmanın tahkim anlaşması yapma yetkisi açısından önemi de, anılan maddeye aykırı bir şekilde, yönetim kurulu tarafından atanmayan bir kişi tarafından imzalanan tahkim anlaşmasının geçerliliği noktasında toplanır. Mesele bir örnek ile açıklanabilir: X A.Ş, B’yi murahhas üye olarak atamış; B de, tahkim anlaşması yapmak konusunda özel yetkiyi de içeren bir vekaletname ile C’yi şirket adına Y A.Ş ile tahkim şartını da içeren bir sözleşmeyi imzalamaya “yetkili” kılınmış olabilir. Bu durumda X A.Ş, daha sonradan, TTK m. 371/1(d)’ye dayanarak, B’nin C’yi yetkilendirmesinin mümkün olmadığını, bu nedenle imzalanan tahkim anlaşmasının X A.Ş açısından geçersiz olduğunu iddia edebilir.

Doktrindeki bir görüşe göre, hükmün lafzı ve gerekçesi uyarınca, yönetim kurulunun ticari temsilci veya ticari vekil gibi bir imza yetkilisi atama yetkisi, murahhaslar da dahil olmak üzere kimseye devredilemez¹⁵¹. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise “imza yetkisini haiz kişi” ibaresi dar yorumlanmalı ve iç ilişkide kalan imzalar ile elektrik, su, doğalgaz aboneliğine ilişkin belgeleri imzalamak üzere yetkilendirilecek kişiler için yönetim kurulu kararı aranmamalıdır¹⁵². Bu kapsamda, ticaret siciline tescil edilemeyen ticari vekil veya TBK m. 552’de¹⁵³ belirtilen

¹⁵⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Veliye Yanlı, “Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından Mı Atanabilir?”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 2013, Cilt: 71, Sayı: 2, s. 439-448.

¹⁵¹ Akdağ Güney, s. 104; Üçışık/Çelik, s. 474.

¹⁵² Tekinalp, s. 211.

¹⁵³ Madde şu şekildedir: “*Toptan, yarı toptan veya perakende satışlarla uğraşan ticari işletmelerin görevli veya hizmetlileri, o ticari işletme içinde, müşterilerin kolaylıkla görebilecekleri bir yerde ve kolayca okuyabilecekleri bir biçimde, yazıyla aksine duyuru yapılmış olmadıkça, aşağıdaki işlemler için yetkilidirler:*

temsilciler gibi benzer nitelikteki herhangi bir imza yetkilisinin atanması yetkisi, yönetim kurulu tarafından bir üst yöneticiye devredilebilmelidir¹⁵⁴. Hatta ticari temsilcilerin dahi yönetim kurulu tarafından atanmasına gerek olmadığı, murahhasların da ticari temsilci atayabilecekleri doktrinde ifade edilmektedir¹⁵⁵.

Görüldüğü üzere, temsil yetkisini yönetim kurulundan alan kişilerin bir üçüncü kişiyi yetkilendirmeleri konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu görüşlerden hangisinin uygulamada baskın görüş olarak yer alacağı henüz belli değildir. Bu nedenle, yönetim kurulu dışında bir başka kişi tarafından yetkilendirilen bir kişinin, şirket adına tahkim anlaşması yapması, TTK m. 371/1(d) uyarınca tartışma çıkarmaya elverişlidir. Böylece Türk hukukunda, TBK m. 504/3'te aranan özel yetki kuralından sonra, dikkat edilmesi gereken ikinci bir kural daha getirilmiş olmaktadır¹⁵⁶.

Sonuç olarak, bir anonim şirket için öncelikle yönetim kurulu, aksine bir düzenleme yapılmadıysa, birlikte imza kuralı ile tahkim anlaşması akdedebilir. Şirketin atayacağı murahhas müdür, murahhas üye ve ticari temsilci, yetkileri sınırlanmadıkça¹⁵⁷, şirket adına tahkim anlaşması yapabilir. Şirketin bu konuda iradi

1. Ticari işletmenin alışılmış bütün satış işlemlerini yapmak.

2. Yetkili oldukları işlemler hakkında faturaları imzalamak.

3. Ticari işletmenin alışılmış işlemlerinden doğan borçların ifa edilmesine veya bunların hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin ihtar veya diğer açıklamaları işletme sahibi adına yapmak; bu nitelikteki ihtar veya diğer açıklamaları, özellikle alışılmış işlem dolayısıyla teslim edilmiş mallara ilişkin ayıp bildirimlerini ticari işletme adına kabul etmek.

Toptan, yarı toptan veya perakende satışlarla uğraşan ticari işletmelerin görevli veya hizmetlileri, kendilerine yazıyla yetki verilmiş olmadıkça, işletme dışında ve kasa görevlileri atanmışsa, işletme içinde satış bedellerini isteyip alamazlar. Bu kişiler, satış bedellerini almaya yetkili buldukları hâllerde, faturaları kapatmaya veya makbuz vermeye de yetkilidirler.”

¹⁵⁴ Yanlı, s. 447; Beşir Fatih Doğan, **Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 192 vd.

¹⁵⁵ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 630.

¹⁵⁶ Bu kural, İsviçre hukukunda da aynen kabul edilir. İsviçre’de yer alan düzenleme ve görüşler için bkz. Yanlı, s. 441 vd.

¹⁵⁷ İmza yetkilileri kural olarak, işletme konusu dahilinde kalan her türlü işlemi yapmaya yetkilidir. Ancak şirket, TTK m. 371/3 uyarınca temsil yetkisini bir şubeye özgüleyebilir – böylece o kişi o şubenin işlerinden başka işlere yetkili olmaz – veya temsile yetkili birkaç kişinin işlemi birlikte yapmalarını öngörebilir. Bu iki kural dışında yapılacak sınırlamalar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bu nedenle, yetkiye konu bakımından veya işlemin tutarı bakımından bir sınır getirilmesi, iyiniyetli üçüncü kişiler açısından mümkün değildir. Üçışık/Çelik, s. 459. Temsil yetkisinin sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 644 vd.

bir temsilci de ataması mümkündür. Ancak bu yetki, kural olarak, sadece yönetim kuruluna aittir ve murahhas müdür, murahhas üye veya ticari temsilci tarafından atanan iradi temsilcilerin şirket adına tahkim anlaşması yapması konusunda henüz bir açıklık yoktur.

II. Limited Şirketler İçin Tahkim Anlaşması Yapılması

Limited şirketler de, tüzel kişiliği haiz bir ticaret şirketi olmakla organları aracılığıyla temsil ve ilzam edilir¹⁵⁸. TTK m. 623/1'e göre şirketin yönetimi ve temsili, şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Bu sözleşme ile şirketin temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir¹⁵⁹. Limited şirketin temsiline ilişkin düzenlemeler, çoğunlukla anonim şirkete atıfla düzenlenir. Dolayısıyla, anonim şirket için yapılan açıklamalar, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, limited şirketlere de uygulanır.

Bu kapsamda, limited şirket adına tahkim anlaşması yapmaya yetkili organ, şirket sözleşmesiyle belirlenen veya genel kurul tarafından atanan müdürlerdir¹⁶⁰. Şirket sözleşmesinde yer alan düzenlemeye veya atamanın şartlarına uygun olarak şirketin müdürleri, organ sıfatıyla hareket etmeleri nedeniyle, BK m. 504/3'te yer alan özel yetkiyi haiz olmaları aranmaksızın şirket adına tahkim anlaşması yapabilirler¹⁶¹.

Anonim şirketlerde olduğu gibi limited şirketler de şirketi temsil etmek üzere ticari temsilci ve ticari vekil atayabilir. Bu atamayı TTK m. 631 uyarınca kural

¹⁵⁸ Limited şirketlerin temsili hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, s. 697 vd.; Tekinalp, s. 526 vd.; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Bursa: Dora, 2013, s. 690 vd.

¹⁵⁹ “*Limited şirketin icra işlerini yapmak ve ortaklığı temsil etmek üzere ortaklığa müdür veya müdürler atanabilir. Müdür veya müdürler limited ortaklığın ortaklarından seçilebileceği gibi, ortak olmayan kişilerden de seçilebilir (TTK m. 540, 541). Limited ortaklık sözleşmesinde ortaklığın idare ve temsili ayrıntılı biçimde gösterilebilir. (...) Bu durum karşısında ortak olmayan müdürler de limited şirketin organı sayılır.*” Yarg. 9. HD 27.12.2010 T., 2008/23591 E. ve 2010/40901 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹⁶⁰ Şener, s. 697. eTTK'da yer alan ve özden organ ilkesi olarak anılan, ortakların kanunen kendiliğinden müdür olmaları sistemi terk edilmiştir (Tekinalp, s. 522).

¹⁶¹ Ekşi, **Tahkim**, s. 113.

olarak genel kurul yapar. Ancak bu kural emredici değildir ve müdürlere de ticari temsilci ve ticari vekil atama yetkisi verilebilir¹⁶².

III. Kollektif Şirketler İçin Tahkim Anlaşması Yapılması

Kollektif şirketlerde, şirketi temsile yetkili organ, şirket sözleşmesinde belirtilen temsilcilerdir¹⁶³. Şirket sözleşmesinde bulunması zorunlu kayıtları düzenleyen TTK m. 213, şirketi temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları, bunların yalnız başına mı, yoksa birlikte mi imza koymaya yetkili olduklarının şirket sözleşmesinde belirtilmesi gerektiğini ifade eder. Temsil yetkisinin kapsamını düzenleyen TTK m. 233 ise, şirketi temsile yetkili olan kişilerin, şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukuki işlemleri şirket adına yapmak ve şirketin unvanını kullanmak yetkisine sahip olduğunu ifade eder. Bu durum, anonim şirketlerin temsiliyle de benzerlik gösterir.

Kollektif şirketin temsili yanında, bu şirketin yönetimini düzenleyen TTK m. 218'e de değinilmelidir. Bu madde, yönetim işleri şirket sözleşmesiyle veya ortakların çoğunluğunun kararıyla ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilmemişse ortaklardan her birinin şirketi yönetme hakkını ve görevini haiz olduklarını ifade eder. Yönetime yetkili olanların hak ve görevlerinin kapsamı ise TTK m. 223'te düzenlenir. Bu maddeye göre, "*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*". Bu madde uyarınca, şirketi yönetenler, şirketin olağan işlem ve işlerine ilişkin olarak tahkim anlaşması yapabilirler. Bununla birlikte aynı madde bağışta bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari temsilci 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 işlemleri olağan iş ve işlemler

¹⁶² Tekinalp, s. 528. Ticari temsilci ve ticari vekilin tacir adına tahkim anlaşması yapması hakkında bkz. Birinci Bölüm, §4, A, I ve Birinci Bölüm, §4, A, II.

¹⁶³ Şener, s. 231. Kollektif şirketlerin temsili hakkında bkz. Şener, s. 231 vd.; Bilgili/Demirkapı, **Şirketler Hukuku**, s. 169 vd.

dışında tutar ve bu tarz işlem ve işlemlerin gerçekleştirilmesi için ortakların oy birliği arar.

Bu kapsamda, şirketi yönetenlerin, tahkim anlaşması yapma yetkilerinin kural olarak bulunduğu, ancak bu yetkinin olağan iş ve işlemlerle sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Böylece, şirketin olağan iş ve işlemlerine ilişkin olarak yapacakları tahkim anlaşması geçerli kabul edilecek iken, ortakların oy birliği ile yapılabilecek işlemlerde şirketi yönetenlerin tahkim anlaşması yapması mümkün olmayacaktır. Buna ek olarak, TTK m. 280/2, tasfiye memurlarının şirket adına tahkim anlaşması yapabileceklerini kabul eder.

TTK'nın yukarıda anılan maddelerinde, şirketin yönetiminin ve temsilinin kapsamının farklı düzenlendiği görülmektedir. Şirketi yönetenlerin yetkisi, şirketin olağan iş ve işlemleri ile sınırlandırılmış iken, şirketi temsil edenlerin yetkisi, şirketin işletme konusu ile sınırlandırılmıştır¹⁶⁴.

Ayrıca, kollektif şirket adına tahkim anlaşması yapma yetkisi, sadece “ortaklar arasındaki ilişkiler” başlıklı bölüm altında “yönetimin kapsamı” maddesinde düzenlenmiş¹⁶⁵ ve temsile ilişkin hükümler arasında düzenlenmemiştir. Zira şirketin yönetimi ortaklar arası iç ilişkiyi ve temsil yetkisi ise şirketin üçüncü kişilerle olan dış ilişkisini ilgilendirir¹⁶⁶. Tahkim anlaşması yapma yetkisinin, neden yönetime ilişkin maddeler arasında düzenlendiği fakat temsile ilişkin maddeler arasında düzenlenmediği konusunda ise bir açıklık yoktur¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Kendigelen, s. 196 ve s. 199.

¹⁶⁵ Ancak tahkim anlaşmasının yapılması, şirketin iç işleyişine ilişkin değil, üçüncü kişilerle olan ilişkilerine yöneliktir. Dolayısıyla, tahkim anlaşması yapma yetkisinin, “şirketin yönetimi” başlığı altında düzenlenmesinin hatalı olduğu düşünülmektedir.

¹⁶⁶ Şener, s. 213 ve 231.

¹⁶⁷ Bu durumda, TTK m. 223'te öngörülen ve tahkim anlaşması yapma yetkisini sadece olağan iş ve işlemlerle sınırlayan hüküm, kanunun sistematigi de göz önünde bulundurularak, ortaklar arasındaki sorumluluk rejimini düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla, olağan dışı işlemlerde şirket adına tahkim anlaşması yapılması durumunda, tahkim anlaşması yapma yetkisinin kollektif şirketin temsiline ilişkin TTK m. 233'te sınırlanmamış olması ve maddenin sadece ortaklar arasındaki ilişkiler bakımından sonuç doğurduğu düşünülürse, kollektif şirket yapılan tahkim anlaşması ile bağlı olacak, ancak anlaşmayı akdeden kişi diğer ortaklara karşı sorumlu olacaktır. Buradaki sorumluluğun kapsamına örnek olarak ise, tahkim anlaşması nedeniyle yapılan tahkim masrafları verilebilir.

Bu düzenlemeye rağmen, şirket sözleşmesiyle atanan temsilci şirket adına tahkim anlaşması yapabilir ve bu anlaşma için BK m. 504/3'te yer alan özel yetki kuralı uygulanmaz. Ayrıca, şirketi temsile yetkili olan bu kişilerin yetkisi, olağan işler yerine şirketin işletme konusu ile sınırlandığından, bu kişiler olağan işlerle sınırlı olmaksızın şirket adına tahkim anlaşması yapabilmelidir¹⁶⁸.

IV. Komandit Şirketler İçin Tahkim Anlaşması Yapılması

Komandit şirketin temsili kollektif şirkete atıfla düzenlenmiştir¹⁶⁹. TTK m. 317'ye göre, şirket ve ortakların üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde, komandit şirkete ilişkin özel hükümler saklı kalmak şartıyla, kollektif şirkete ilişkin TTK m. 232 – TTK m. 242 arasındaki maddeler uygulanır. Dolayısıyla, TTK m. 233 uyarınca, şirketi temsile yetkili olan kişiler, şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukuki işlemi şirket adına yapmak ve şirketin unvanını kullanmak yetkisine sahiptir. Bununla birlikte TTK m. 318, komandit şirketlerin, kural olarak, komandite ortaklar tarafından temsil edileceğini, kollektif şirketin temsil yetkisinin kapsamı ve sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin komandit şirkete de uygulanacağını ifade eder. Buna ek olarak, komanditer ortakların, ortak sıfatıyla şirketi temsile yetkili olamayacağını¹⁷⁰, fakat komanditer ortakların şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmamak şartıyla, ticari temsilci, ticari vekil veya seyyar tacir memuru olarak atanabileceğini hüküm altına alır¹⁷¹.

Sonuç olarak, komandit şirket adına tahkim anlaşması yapma yetkisi komandite ortağa aittir. Kollektif şirketlerde olduğu gibi, komandite ortak BK m. 504/3'te öngörülen özel yetkiyi haiz olması aranmaksızın ve olağan işlerle sınırlı olmaksızın şirket adına tahkim anlaşması yapabilir¹⁷².

¹⁶⁸ Aksi görüşte bkz. Ekşi, **Tahkim**, s. 111-112.

¹⁶⁹ Komandit şirketlerin temsili hakkında bkz. Şener, s. 280; Bilgili/Demirkapı, **Şirketler Hukuku**, s. 185.

¹⁷⁰ Bu hükmün emredici olduğu ve aksine düzenlemenin yapılamayacağı ifade edilir. Şener, s. 280.

¹⁷¹ Madde hakkında ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, **Şirketler Hukuku**, s. 185.

¹⁷² Aksi görüşte bkz. Ekşi, **Tahkim**, s. 111-112.

§4. TAHKİM ANLAŞMASININ TACİR YARDIMCILARI TARAFINDAN YAPILMASI

Tacir, ticari işletmesi ile ilgili faaliyetleri için üçüncü kişiler ile birlikte çalışabilir. Bu kişiler tacir yardımcıları olarak anılır. Tacir yardımcıları kendi içinde bağımlı tacir yardımcıları ve bağımsız tacir yardımcıları olarak; bağımlı ve bağımsız tacir yardımcıları da kendi arasında temsil yetkisini haiz olan ve olmayan tacir yardımcıları olarak ikiye ayrılabilir¹⁷³.

Bu ayırım doğrultusunda aşağıda, ilk olarak bağımlı tacir yardımcılarının tacir adına tahkim anlaşması yapma yetkisi, daha sonra da bağımsız tacir yardımcılarının tacir adına tahkim anlaşması yapma yetkisi üzerinde durulacaktır.

Şunu ifade etmek gerekir ki, tacir yardımcıları, tacirin iradesi doğrultusunda atanır. Ancak temsil yetkisini haiz tacir yardımcılarının temsil yetkilerinin kapsamı, BK m. 40 vd. hükümlerinde düzenlenen iradi temsilciden farklı olarak, temsil olunanın irade beyanı uyarınca değil, kanunen belirlenir¹⁷⁴. Bu nedenle bu bölümde yapılacak inceleme, tacir yardımcılarının tacir adına tahkim anlaşması yaparken BK m. 504/3'te aranan özel yetkiye ihtiyaç duyup duymadıkları veya bu yetkiyi kanunen haiz olup olmadıkları noktasında toplanmaktadır.

A. Bağımlı Tacir Yardımcıları ve Tahkim Anlaşması

Bağımlı tacir yardımcılarının bir kısmının taciri temsil yetkisi var iken diğer tacir yardımcılarının böyle bir temsil yetkisi yoktur. Bu bölümde, taciri genel olarak temsil edebilen tacir yardımcılarının tacir adına tahkim anlaşması yapma yetkileri incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle ticari temsilci, daha sonra ticari vekil ve son olarak da pazarlamacı üzerinde durulacaktır.

¹⁷³ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 17. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2012, s. 165-166; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012; Hüseyin Ülgen (Ömer Teoman/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan), **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 561-562; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Baskı, Bursa: Dora, 2012, s. 106.

¹⁷⁴ Bilgili/Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 107.

I. Ticari Temsilcinin Tacir Adına Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi

Ticari temsilci, BK m. 547’de tanımlanır. Bu maddeye göre ticari temsilci, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde tacirin, kendisini temsil etmek üzere açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere ticari temsilcinin görevi, işletmenin işlerini idare etmektir.

Ticari temsilci ticari işletmelerde tacir tarafından atanır¹⁷⁵. Tüzel kişilerin işlettiği ticari işletmelerde ise ticari temsilciyi tüzel kişinin yetkili organları atar¹⁷⁶. Örneğin, anonim şirketlerde ticari temsilci atama yetkisi, TTK m. 368 uyarınca yönetim kurulundadır. Limited şirketlerde ticari temsilci ise, şirket sözleşmesinde başka şekilde düzenlenmedikçe, TTK m. 631/1 uyarınca genel kurul tarafından atanır. Bununla birlikte, şirket müdürünün de, şirket sözleşmesinde yetkilendirilmesi kaydıyla, ticari temsilci atayabileceği ifade edilir¹⁷⁷.

Ticari temsilci olarak yetkilendirilen kişi, BK m. 547 uyarınca ticaret siciline tescil edilir. Ancak bu tescil kurucu değil, açıklayıcıdır¹⁷⁸. Dolayısıyla, bu tescil gerçekleşmese dahi ticari işletme sahibi, BK m. 547/2 uyarınca, ticari temsilcinin fiillerinden sorumlu tutulabilir¹⁷⁹.

Ticari temsilcinin yetkisinin kapsamı BK m. 548’de düzenlenir. Bu madde uyarınca ticari temsilci, kambiyo taahhüdünde bulunmak da dâhil olmak üzere, işletme sahibi adına işletmenin amacına giren her türlü işlemi yapmaya yetkilidir. Maddede ticari temsilcinin yetkisine konu bakımından getirilen tek sınırlama ise taşınmazların devredilmesi veya bir hak ile sınırlandırılmasıdır. Dolayısıyla ticari temsilcinin, işletmenin amacı dâhilinde kalan her türlü olağan ve olağanüstü işlemi tacir ad ve hesabına yapabileceği; ancak yapılması münhasıran tacirin iradesine bağlı olan işletmeye ortak alınması, işletmenin devri, tacirin iflasının istenmesi veya

¹⁷⁵ Arkan, s. 168; Bilgili/Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 108.

¹⁷⁶ Arkan, s. 169; Bilgili/Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 108.

¹⁷⁷ Arkan, s. 169.

¹⁷⁸ Arkan, s. 171; Poroy/Yasaman, s. 236; İnceoğlu, s. 173; Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 566; Bilgili/Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 109; Akdağ Güney, s. 102.

¹⁷⁹ Arkan, s. 170. Bu madde uyarınca, ticari temsilcinin tacir adına tahkim anlaşması yapma yetkisinin varlığı kabul edilirse, ticaret siciline tescil edilmese dahi ticari işletme sahibi, ticari temsilcinin akdettiği tahkim anlaşmasından dürüstlük kuralı uyarınca sorumlu tutulabilir.

işletmenin unvanını değiştirmek gibi işlemleri yapmaya yetkili olmadığı ifade edilir¹⁸⁰.

Görüldüğü üzere, ticari temsilcinin tacir adına kambiyo taahhüdünde bulunabileceği ancak taşınmazları devredemeyeceği veya aynı hak ile sınırlandıramayacağı, kanunda açıkça ifade edilir. Bu iki yetki, BK m. 504/3'te özel yetki aranan haller arasında sayılmıştır. Bununla birlikte BK m. 548, ticari temsilcinin tacir adına tahkim anlaşması yapması ve BK m. 504/3'te sayılan diğer işlemler bakımından herhangi bir hüküm içermez.

Bu durumda, ticari temsilcinin tacir adına tahkim anlaşması yapıp yapamayacağı konusunda iki görüş savunulabilir. Bunlardan birincisi, BK m. 548'in sadece taşınmazlara ilişkin bir sınırlama getirdiği ve bunun dışında kalan, BK m. 504/3'te yer alan ve tahkim anlaşması yapmak da dahil olmak üzere tüm işlemlerin ticari temsilcinin yetkisi kapsamında olduğudur. Bu görüşe karşı olarak, TBK m. 504/3'te özel yetki gerektiren hallerin sayıldığı, bu maddenin ticari temsilciye de uygulanması gerektiği, özel yetkisi bulunmayan ticari temsilcinin maddede sayılan işlemleri gerçekleştiremeyeceği, BK m. 504/3'te sayılan hallerden sadece kambiyo taahhüdünde bulunmanın ticari temsilcinin - BK m. 548 uyarınca - yetkisi kapsamında olduğu ifade edilebilir.

Ancak son görüş doktrinde taraf bulmamakta ve ticari temsilcinin tacir adına tahkim anlaşması yapabileceği genel olarak kabul edilmektedir¹⁸¹. Zira, ticari temsilcinin yetkileri kural olarak oldukça geniştir; ticari temsilci ticaret hayatında taciri adeta ikame eder ve tacirin "*alter ego*" sudur¹⁸².

¹⁸⁰ Arkan, 171-172; Poroy/Yasaman, s. 236; Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 569.

¹⁸¹ Arkan, s. 172; İnceoğlu, s. 181; Ekşi, **Tahkim**, s. 114; Emre Esen, "**Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı**", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 23, Sayı: 1-2, Yıl: 200, s. 394.

¹⁸² Poroy/Yasaman, s. 236; Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 569; İnceoğlu, s. 172. Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD 10.04.1997 T., 1997/711 E. ve 1997/2662 K.: "*Ticari mümessilin tahkim şartı içeren sözleşmeyi imzalayabilmesi için BK'nın 388. maddesinde sözü edilen özel yetki gerekmez.*" (Batider 1997, Cilt: XIX, Sayı: 1, s. 188-189).

Görüldüğü üzere, ticari temsilcinin tacir adına tahkim anlaşması yapma yetkisi, ticari temsilcinin ticaret hayatındaki önemi dikkate alınarak değerlendirilir ve ticari temsilcinin tacir adına tahkim anlaşması yapmak için özel yetkiye ihtiyaç duymadığı ifade edilir¹⁸³.

Bu durumda, ticari temsilcinin tacir adına her durumda tahkim anlaşması yapabileceği düşünülebilir. Ancak bu görüş her zaman doğru olmayacaktır. Zira buraya kadar açıklanan hususlar, ticari temsilcinin tacir adına tahkim anlaşması yapıp yapamayacağı, dolayısıyla ticari temsilcinin yetkisinin konu bakımından sınırlarına ilişkindir. Bununla birlikte BK m. 549, ticari temsilcinin yetkilerini, örneğin tacir adına tahkim anlaşması yapma yetkisini, kullanırken tabi olabileceği diğer sınırlamaları düzenler.

Bu maddeye göre ticari temsilcinin temsil yetkisi, bir şubenin işleriyle veya birlikte imza kuralı ile sınırlandırılabilir¹⁸⁴. Bu madde uyarınca yetkileri bir şubeye hasredilen veya taciri bir başka kişi ile birlikte temsil edebileceği ticaret siciline tescil edilen bir ticari temsilcinin, hasredildiği şubenin işleri dışında bir iş için tahkim anlaşması yapması veya tek başına atacağı imza ile tacir adına tahkim anlaşması yapması mümkün değildir.

Önemle ifade edilmelidir ki kanun, temsil yetkisinin şubeye özgülenmesi veya birlikte imza kuralı dışında başka bir yetki sınırlaması kabul etmemektedir¹⁸⁵. Örneğin, ticari temsilcinin tacir adına tahkim anlaşması yapamayacağı ticaret siciline

¹⁸³ Karşılaştırmalı hukukta da ticari temsilcinin tahkim anlaşması yapmak için özel yetkiye ihtiyaç duymadığı kabul edilmektedir. Örneğin Avusturya hukukunda 1 Ocak 2007’de yürürlüğe giren yeni Avusturya Ticaret Kanunu m. 49 uyarınca ticari işletmenin tüm işlerini yapması üzerine üçüncü kişiye verilen temsil yetkisinin (“*Prokurist*”), tahkim anlaşması yapma yetkisini de kapsadığı kabul edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Welser, s. 19. Bu konuda ayrıca bkz. Markus Schifferl, “**Recent Decisions of the Austrian Supreme Court on Arbitration**”, Austrian Arbitration Yearbook 2009, s. 423 vd; Markus Schifferl, “**The Courts - A Selection of Recent Decisions of the Austrian Supreme Court on Arbitral Matters**”, Austrian Arbitration Yearbook 2008, s. 455 vd.

¹⁸⁴ Arkan, s. 174 vd.; İnceoğlu, s. 185 vd.; Poroy/Yasaman, s. 236-367; Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 575 vd. Böyle bir sınırlamanın varlığı halinde, bu sınırlamaların ticaret siciline tescil edilmesi şarttır; aksi takdirde bu sınırlamalar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

¹⁸⁵ Bilgili/Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 112.

tescil edilse dahi¹⁸⁶ bu tescil hüküm ifade etmeyecek ve tacir, ticari temsilcinin akdettiği tahkim anlaşması ile bağlı olacaktır. Buna paralel olarak, ticari temsilcinin yetkisi belli bir para miktarı ile sınırlansa ve içinde tahkim şartı bulunduran temel sözleşmede yer alan sözleşme bedeli bu para sınırını aşsa dahi tacir, ticari temsilcinin akdettiği tahkim anlaşması ile bağlı kalacaktır; meğerki üçüncü kişi, bu yetki sınırlamasını bilsin¹⁸⁷ veya bilebilecek durumda olsun¹⁸⁸.

Dolayısıyla, ticari temsilci kural olarak yetkisini tacirden alır, ancak yetkinin kapsamını ve sınırlarını kanun belirler. Kanunda öngörülme alanlarda yapılan sınırlamalar, ticari temsilcinin tacir adına akdettiği tahkim anlaşmasının geçerliliğini veya taciri bağlayıcılığını etkilemez. Ancak bu durum, ticari temsilcinin tacir karşısında sorumluluğunu doğurabilir.

II. Ticari Vekilin Tacir Adına Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi

Ticari vekil, BK m. 551'de, bir ticari işletme sahibinin, ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişi olarak tanımlanır. Ticari vekil, tacir veya ticari temsilci tarafından atanır ancak ticari vekil ticaret siciline tescil edilmez¹⁸⁹. Ticari vekilin yetkisi, aynı madde uyarınca, işletmenin olağan bütün işlemlerine yöneliktir¹⁹⁰. Dolayısıyla ticari vekil, ticari temsilciden farklı olarak sadece olağan işlemleri yapabilir ve bu şekilde yetkisi ticari temsilciye nazaran oldukça sınırlıdır.

Ticari temsilci ile ticari vekil arasındaki farklar Yargıtay HGK'nın 2011 tarihli kararında şu şekilde ifade edilir¹⁹¹: "*Ticari mümessilin, bir işletmenin tüm işlerini idareyle görevlendirilmesine ve böylece, işletmenin belirli yetkilere sahip "idarecisi" niteliğinde olmasına ve adeta işletmenin sahibiymiş gibi işletme konusuna giren tüm*

¹⁸⁶ Kural olarak, kanunun tescile cevaz vermediği sınırlamaların ticaret siciline tescil edilmesi mümkün değildir. Ancak bazı ticaret sicil kayıtlarında bu tür geçersiz sınırlamalara rastlanır.

¹⁸⁷ Poroy/Yasaman, s. 237; Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 577 vd.

¹⁸⁸ Arkan, s. 173.

¹⁸⁹ Poroy/Yasaman, s. 237; Arkan, s. 180; Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 581. İsviçre hukukunda da ticari vekilin ticaret siciline tescil edilemediği yönünde bkz. Yanlı, s. 447.

¹⁹⁰ Poroy/Yasaman, s. 237. Ancak hangi işlemin işletmenin olağan işlerinden olduğu, somut olaya göre farklılık gösterebilir (Arkan, s. 180).

¹⁹¹ Yarg. HGK 19.10.2011 T., 2011/12-549 E. ve 2011/644 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

işlemleri (818 Sayılı B.K.'nun 451.maddesindeki sınırlamalar dışında) yapabilme yetkisine sahip bulunmasına karşın, ticari vekilin temsil yetkisi, işletmenin olağan işleriyle sınırlıdır; ticari vekil, işletmenin yönetimine ve yürütülmesine ilişkin yetkilere sahip değildir. Dolayısıyla, ticari mümessil işletmenin olağan ve olağanüstü nitelikteki bütün işlerini yapma yetkisine sahip olduğu halde, ticari vekil, kural olarak sadece olağan işleri yapabilir; ticari vekilin, olağan işler dışında kalan alanlarda işletmeyi temsilen işlem yapabilmesi, ancak, işletme sahibince o konuda özel olarak yetkilendirilmesiyle mümkündür. Bir başka fark da şudur: Ticari temsilcinin tersine ticari vekil, ticaret siciline tescil edilemez.”

Yargıtay kararında açıkça görüldüğü üzere, ticari vekilin yetkisi işletmenin olağan işlemleri ile sınırlıdır. Olağan işlemlerle sınırlı olan yetkisi, belli bazı işlemlere özgülenerak bir derece daha sınırlandırılabilir. Bu kapsamda, ticari vekil ticari işletmenin tüm olağan işlemlerini yürütmek üzere görevlendirildiyse “genel yetkili ticari vekil”, bazı olağan işlemleri yürütmekle görevlendirildiyse “özel yetkili ticari vekil” olarak anılır¹⁹². Ancak burada “özel yetkili” ibaresi ile kastedilmek istenen, BK m. 504/3’te yer alan yetkileri haiz olan ticari vekil değildir. Dolayısıyla bu ifade, “özel yetkili ticari vekilin” tacir adına tahkim anlaşması akdedebileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu şekilde, işletmenin bazı işlemlerini yapmak üzere yetkilendirilen ticari vekillerin “sınırlı yetkili ticari vekil” olarak tanımlanması daha doğru olacaktır¹⁹³.

Ticari vekilin olağan işlemlere yetkili olduğunu ifade eden BK m. 551/2’nin ikinci cümlesinde, ticari vekilin açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamayacağı, kambiyo taahhüdünde bulunamayacağı, dava açamayacağı ve açılmış davayı takip edemeyeceği belirtilir. Burada yer alan dava açmak ve davayı takip etmek yetkileri, tahkim anlaşmasını da kapsayacak şekilde yorumlanabilir¹⁹⁴. Ayrıca Türk hukukunda tahkimin henüz bir işletmenin olağan işlemlerinden

¹⁹² Arkan, s. 179.

¹⁹³ Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 581.

¹⁹⁴ Esen, **Gülören Tekinalp’e Armağan**, s. 394.

sayılmadığı da doktrinde ifade edilir¹⁹⁵. Bu kapsamda, ticari vekil Türk hukukunda tacir adına tahkim anlaşması yapmak için özel yetkiye ihtiyaç duyar¹⁹⁶.

Bununla birlikte Avusturya hukukunda, 1 Ocak 2007’de yürürlüğe giren yeni Avusturya Ticaret Kanunu m. 54/1 uyarınca, bir tacir tarafından ticari işletmenin işleri için üçüncü kişiye verilen temsil yetkisinin, tahkim anlaşması yapma yetkisini de kapsadığı kabul edilmiştir¹⁹⁷. Bu kapsamda, Avusturya hukukunun ticari vekilin tacir adına tahkim anlaşması yapmak için özel yetki aramadığı ifade edilebilir.

III. Pazarlamacının Tacir (İşveren) Adına Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi

Pazarlamacılık sözleşmesi, BK m. 448’de tanımlanır. Bu madde uyarınca pazarlamacı, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı üstlenen kişidir. Pazarlamacılık sözleşmesi doktrinde özel bir tür hizmet sözleşmesi olarak kabul edilir¹⁹⁸.

Pazarlamacılık sözleşmesini tanımlayan maddeden yola çıkarak, pazarlamacının iki tür faaliyet yürüttüğü ifade edilebilir: işlemlere aracılık etmek veya işverenini temsilen işlemler yapmak. Aracı pazarlamacının, işverenini temsil yetkisi yoktur ve sadece işvereni ile üçüncü kişiler arasında ileride akdedilecek sözleşmelere aracılık eder¹⁹⁹. Bu nedenle aracı pazarlamacının işverenini temsilen tahkim anlaşması akdetmesinin tartışılmasına gerek yoktur.

Bununla birlikte, işvereni hesabına sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacının işvereni adına tahkim anlaşması yapması tartışılabilir. Bu kapsamda BK m. 448 göz önünde bulundurulmalıdır. Madde açıkça, ancak yazılı anlaşma yapılırsa

¹⁹⁵ Rasih Yeğencil, **Tahkim**, İstanbul 1974, s. 193 (Ekşi, **Tahkim**, s. 114’den naklen).

¹⁹⁶ Esen, **Gülören Tekinalp’e Armağan**, s. 394; Ekşi, **Tahkim**, s. 114.

¹⁹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Welsler, s. 19.

¹⁹⁸ İbrahim Çağrı Zengin, **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 385. Bu nedenle bu bölümde, “tacir” ifadesi yerine “işveren” tabiri kullanılmıştır. Bununla birlikte pazarlamacı bir “tacir yardımcısı” olarak kabul edilir. Bkz. Bilgili/Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 117.

¹⁹⁹ Zengin, s. 12.

pazarlamacının işvereni temsil edebileceğini ve işvereni adına işlem yapabileceğini ifade eder. Bu kapsamda, pazarlamacıya verilen bu temsil yetkisi, yazılı anlaşmada yer alan işlemlerle sınırlıdır²⁰⁰. Dolayısıyla, pazarlamacı ile işveren arasında yer alan yazılı anlaşmada, ancak pazarlamacının işveren adına tahkim anlaşması yapabileceği açıkça yer alırsa pazarlamacı işveren adına tahkim anlaşması yapabilir. Böyle bir durum, BK m. 504/3 uyarınca aranan özel yetki şartını da sağlayacaktır. İşveren ile pazarlamacı arasında yazılı bir anlaşmanın bulunmadığı durumlarda ise pazarlamacının işverenini temsil etme yetkisi bulunmayacağından, işveren adına tahkim anlaşması yapıp yapamayacağının da incelenmesine gerek kalmayacaktır. Yine, işveren ile pazarlamacı arasında yazılı bir sözleşme yapılır, ancak bu sözleşmede pazarlamacıya tahkim anlaşması yapma yetkisi verilmez ise, pazarlamacının işveren adına tahkim anlaşması yapamayacağının kabul edilmesi gerekir.

B. Bağımsız Tacir Yardımcıları ve Tahkim Anlaşması

Bu bölümde bağımsız tacir yardımcılarından acente, komisyoncu ve simsarın tacir adına tahkim anlaşması yapma yetkileri araştırılacaktır.

I. Acentenin Tacir Adına Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi

Diğer tacir yardımcılarından farklı olarak acente, TTK'da düzenlenir. TTK m. 102'de acente, 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 kimse olarak tanımlanır²⁰¹. Bu şekilde faaliyet göstermek üzere gerçek veya tüzel kişiler acente olabilir²⁰².

²⁰⁰ Zengin, s. 14.

²⁰¹ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi - Ticari İşletme - Acentelik**, İstanbul: Beta, 2013, s. 4 vd; Poroy/Yasaman, s. 242 vd.; Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 624 vd.; Arkan, s. 197 vd.

²⁰² Kaya, s. 5; Poroy/Yasaman, s. 244; Arkan, s. 197; Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 625.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere Türk hukuku, iki tür acentelik faaliyeti kabul eder: aracı acente ve sözleşme yapma yetkisini haiz acente²⁰³. Aracı acentenin görevi, ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelere aracılık etmektir ve ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmeleri tacir adına yapma yetkisi yoktur²⁰⁴. Aracı acente görevini yaparak tarafları bir araya getirir ve sözleşme bu iki taraf arasında kurulur. Dolayısıyla aracı acente müvekkili adına sözleşme yapmaz. Bu nedenle aracı acente açısından müvekkili adına tahkim anlaşması yapma yetkisi meselesi gündeme gelmeyecektir.

Diğer tür olan sözleşme yapma yetkisini haiz acente ise, tacir adına sözleşme yapabilir. Bu şekilde tacir ile acente arasında doğrudan temsil ilişkisi vardır²⁰⁵. Bununla birlikte acentenin müvekkili tacir adına sözleşme yapabilmesi için bu konuda açık ve özel olarak yetkilendirilmesi gerekir (TTK m. 107)²⁰⁶. Acentelere müvekkilleri adına sözleşme yapma yetkisi veren belgelerin ticaret siciline tescil ve ilan ettirilmesi de zorunludur²⁰⁷.

Acente, bu şekilde özel ve yazılı olarak yetkilendirilmedikçe müvekkili tacir adına sözleşme yapamaz ve sadece aracı acente olarak faaliyet gösterir²⁰⁸. Dolayısıyla, acentenin müvekkili adına sözleşme yapma yetkisi, sadece özel ve yazılı olarak verilen ve ticaret siciline tescil edilen yetkiler ile sınırlıdır. Bu kapsamda, acenteyi yetkilendiren belgede tahkim anlaşması yapmak yetkisi açıkça düzenlenmedikçe acentenin müvekkili tacir adına tahkim anlaşması yapmak yetkisi

²⁰³ Kaya, s. 10; Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s.624; Poroy/Yasaman, s. 244; Arkan, s. 198. Alman ve İsviçre hukukunda da acentenin aracı acente ve sözleşme yapma yetkisini haiz acente olarak ikiye ayrıldığı, ancak İtalyan hukukunda sadece aracı acentenin düzenlendiği yönünde bkz. Arkan, s. 196 ve dn. 2. Alman Ticaret Kanunu m. 84 ve İsviçre Borçlar Kanunu m. 418a'nın tercüme edilmiş metinleri için bkz. Kaya, s. 2.

²⁰⁴ Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 624.

²⁰⁵ Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 639; Kaya, s. 10.

²⁰⁶ Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 625; Kaya, s. 10.

²⁰⁷ Ancak bu tescilin bir geçerlilik şartı olmadığı, tescil edilmemiş yetkiye dayanarak müvekkil tacirin acentenin yaptığı sözleşme ile bağlanabileceği ifade edilir. Arkan, s. 213; Kaya, s. 97. Bununla birlikte tescilin olumlu ve olumsuz işlevleri hakkında bkz. Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 640-641.

²⁰⁸ Dolayısıyla acentenin kural olarak aracı acente olarak faaliyet gösterdiği ifade edilir. Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 625; Kaya, s. 10; Arkan, s. 213.

bulunmayacaktır. Bu belgede tahkim anlaşması yapma yetkisi düzenlenirse bu durum BK m. 504/3'te öngörülen özel yetki şartını da sağlayacaktır.

Bununla birlikte TTK m. 105'te yer alan temsil yetkisine de değinmek gerekir²⁰⁹. Bu madde, acenteler arasında ayırım yapmaksızın, acenteye bazı hallerde müvekkilini temsil etme yetkisi tanır. Bu maddeye göre acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir. Acente ayrıca, bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı müvekkili adına dava açabilir ve kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Ancak bu madde, görüldüğü üzere sözleşme yapıldıktan sonraki aşamaları ilgilendirir. Dolayısıyla bu maddede yer alan temsil yetkisi, acentenin müvekkili adına tahkim anlaşması yapma yetkisine ilişkin bir yetki değildir.

Buna ek olarak, bu maddede sayılan kurallar istisnai düzenlemeler olduğundan dar yorumlanmalıdır²¹⁰. Bu nedenle, maddede acentenin istisnaen yetkilendirildiği konular dışında acentenin müvekkil adına işlem yapması mümkün değildir. Özellikle, BK m. 504/3 ve HMK m. 74'te yer alan ve özel yetki arayan işlemleri acentenin TTK m. 105 kapsamında yapamaması gerekir²¹¹.

Sonuç olarak, acentenin müvekkili tacir adına tahkim anlaşması yapmaya - kanunen - yetkili olmadığını; ancak BK m. 504/3'te öngörülen özel yetkiyi haiz olmakla tacir adına tahkim anlaşması yapabileceğini kabul etmek gerekir²¹².

Yargıtay da acentenin tahkim anlaşması için özel yetkisinin bulunması gerektiğini belirtir²¹³: “*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 388/2.*

²⁰⁹ Madde hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Kaya, s. 105 vd.

²¹⁰ Acentenin aracı acente olarak faaliyet göstermesinin genel kural olduğu, ancak yetkili kılındığı hususlarda acenteyi temsil edebileceği yukarıda ifade edilmişti.

²¹¹ Arkan, s. 215; Kaya, s. 58-59.

²¹² Kaya, s. 99; Ekşi, **Tahkim**, s. 115; Esen, **Gülören Tekinalp'e Armağan**, s. 394.

²¹³ Yarg. HGK, 22.02.2012 T., 2011/11-742 E., 2012/82 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

maddesiyle HUMK.63. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gerekir. Aksi halde müvekkili yapılan tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir.”

Ancak bu sonuç ülke hukuklarında farklı değerlendirilebilir. Örneğin acentenin müvekkilini temsil yetkisinin New York hukukuna göre değerlendirildiği 1990 tarihli bir ICC davasında hakemler, acentenin müvekkilini temsil yetkisinin haiz olduğunu ve bu yetkinin hem temel sözleşme, hem de tahkim şartı için geçerli olduğuna karar vererek davalının yetkisizlik itirazını reddetmiştir²¹⁴.

II. Komisyoncunun Tacir Adına Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi

Komisyonculuk faaliyeti BK m. 532 vd. maddelerinde düzenlenir. Bu kapsamda komisyoncu, genellikle alım-satım komisyoncusu şeklinde bir tacir yardımcısı olarak kendi adına, ancak müvekkili hesabına işlem yapar²¹⁵. Bu kapsamda komisyoncu ile müvekkili arasında dolaylı temsil ilişkisi vardır²¹⁶. Dolaylı temsil ilişkisi nedeniyle komisyoncu ile işlem yapan üçüncü kişi, karşısındaki kişinin komisyoncu olduğundan dahi habersizdir²¹⁷. Üçüncü kişi ile işlemi yapan komisyoncu daha sonra, üçüncü kişiyle ilişkisinden doğan hak ve borçları, komisyonculuk ilişkisi çerçevesinde müvekkile devreder²¹⁸.

Tahkim anlaşmasında ise, sonradan devredilecek bir hak veya borç bulunmaz. Bu nedenle komisyonculuk sözleşmesi kapsamında komisyoncunun tahkim anlaşması yapma yetkisinin tartışılmasına gerek yoktur.

Bununla birlikte doktrinde, komisyoncunun BK m. 504/3'te yer alan özel yetkiyi haiz olmakla tahkim anlaşması yapabileceği ifade edilir²¹⁹. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira özel yetki kuralları, temsil olunan ad ve hesabına

²¹⁴ ICC Karar no. 6268, **XVI YBCA 1991**, s. 119-126.

²¹⁵ Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 609; Bilgili/Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 140.

²¹⁶ Arkan, s. 226; Kaya, s. 10.

²¹⁷ Teoman (Ülgen /Helvacı /Kendigelen /Kaya /Nomer Ertan), s. 610.

²¹⁸ Arkan, s. 227.

²¹⁹ Ekşi, **Tahkim**, s. 115.

hareket edilen ve işlem sonunda “doğrudan” temsil olunanın bağlı olacağı haller için öngörülmüştür. Bu nedenle, bir komisyoncunun müvekkilinden tahkim anlaşması yapması için özel yetki alması veya bu yetkiyi üçüncü kişiye karşı kullanması mümkün değildir; zira üçüncü kişi karşısındakinin bir temsilci olduğundan habersizdir.

Bununla birlikte müvekkil, komisyoncuya kendi ad ve hesabına tahkim anlaşması yapmak konusunda özel yetki verir ve komisyoncu bu durumu üçüncü kişiye açıklarsa, bu durum komisyonculuk ilişkisi kapsamına girmez. Böyle bir durumda komisyoncu ile müvekkili arasında birbirinden bağımsız iki ilişki - komisyonculuk ve doğrudan temsil yetkisi - bulunur ve aynı zamanda komisyoncu olarak hareket eden kişi, tahkim anlaşması kapsamında, Birinci Bölüm, §2’de anlatılan iradi temsilci olarak değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak komisyoncunun, özel yetki verilse dahi müvekkili adına tahkim anlaşması yapması mümkün değildir.

III. Sımsarın Tacir Adına Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi

Sımsarlık sözleşmesi BK m. 520 vd. maddelerde düzenlenir. Bir tacir yardımcısı olan sımsar²²⁰, BK m. 520 uyarınca, taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya bu sözleşmenin kurulmasına aracılık etmeyi üstlenir. Dolayısıyla sımsarın, taraflardan herhangi birini temsil ve o taraf adına sözleşme akdetme yetkisi yoktur. Sımsar sözleşmeden doğan edimini yerine getirdiğinde dahi sözleşme, sımsarın bir araya getirdiği taraflar arasında kurulur. Dolayısıyla sımsarın taraflar adına tahkim anlaşması yapma yetkisinin tartışılmasına gerek yoktur²²¹. Bununla birlikte sımsar ile tacir arasında, ayrı bir işlem ile bir yetki ilişkisi doğabilir ve sımsar tacir adına işlem yapmaya ve özel yetkiyi haiz olursa tacir adına tahkim anlaşması yapmaya yetkili kılınabilir. Ancak bu ilişki, sımsarlık sözleşmesi dışında ayrı bir yetkilendirmedir ve Birinci Bölüm, §2’de anlatılan iradi temsil ilişkisi kapsamında değerlendirilmelidir.

²²⁰ Bilgili/Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 123.

²²¹ Bkz. ve karşı. Ekşi, **Tahkim**, s. 115.

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASI YAPMA YETKİSİNE UYGULANACAK HUKUK

Ş1. GENEL OLARAK

New York Sözleşmesi, 1961 Tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi²²² (“Avrupa Sözleşmesi”) gibi uluslararası düzenlemeler²²³ ile 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun²²⁴ (“MÖHUK”) ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu²²⁵ (“MTK”) gibi ulusal düzenlemeler, tahkim anlaşmasını akdeden kişilerin ehliyetsiz olmalarının ve tahkim anlaşmasının diğer sebeplerle geçersiz olmasının sonuçlarını düzenler.

Tahkim anlaşmasının ehliyetsiz veya yetkisiz kişilerce akdedildiği, tahkim yargılamasının farklı aşamalarında ileri sürülebilir. Şöyle ki, hakem mahkemesinin kuruluşu sırasında hakemler nezdinde, hakem kararının verildiği ülkenin mahkemelerinde hakem kararının iptali talebiyle veya hakem kararının tenfizi sırasında tenfiz mahkemesi önünde tahkim anlaşmasının ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olduğu veya yetkisizlik nedeniyle temsil olunanı bağlamadığı iddia edilebilir²²⁶. Bu aşamaların herhangi birinde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun kabul edilmesi, hakemlerin uyuşmazlığın görülmesinde yetkisiz kalmalarına, hakem kararının iptal edilmesine veya tenfizinin engellenmesine sebep olabilir.

Türk hukukunda yabancı hakem kararları, New York Sözleşmesi ile MÖHUK uyarınca tenfiz edilir. New York Sözleşmesi m. V/1(a) uyarınca, tahkim

²²² Sözleşme, 23.09.1991 tarih ve 21000 sayılı RG’de yayımlanan Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanmıştır.

²²³ New York Sözleşmesi ve Avrupa Sözleşmesi’nin karşılaştırmalı incelemesi için bkz. Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994, s. 110 vd.

²²⁴ Kanun, 12.12.2007 tarih ve 26728 sayılı RG’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²²⁵ Kanun, 05.07.2001 tarih ve 24453 sayılı RG’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²²⁶ Julian D. M. Lew, “**The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause**”, ICCA Congress Series No:9, 1998, s. 143, s. 123-124.

anlaşmasının taraflarının sözleşme akdetmeye ehliyeti olmaması veya sözleşmenin herhangi bir şekilde geçersiz olması durumunda yabancı hakem kararının tenfizi reddedilebilir. Bu şekilde New York Sözleşmesi, tarafların tahkim anlaşması akdetmeye ehliyetli olmamasını ayrı bir geçersizlik hali olarak değerlendirir²²⁷ ve tarafların ehliyetinin kendilerine uygulanması gereken hukuka göre belirlenmesi gerektiğini ifade eder. Böylece tahkim anlaşmasının taraflarının ehliyetinin, sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukuka tabi olmadığını da belirtir²²⁸. Zira tahkim anlaşmasının geçerliliği, taraflarca tahkim anlaşmasının uygulanması için seçilen hukuka, böyle bir hukuk seçimi yapılmadıysa hakem kararının verildiği yer hukukuna tabidir²²⁹.

Hakem kararının iptal edilmesini düzenleyen hükümler incelendiğinde de tarafların ehliyetinin bulunmamasının özellikle bir iptal nedeni olarak düzenlendiği ve tahkim anlaşmasının, ehliyetsizlik dışındaki nedenlerle geçersiz olmasının farklı hukuka tabi kılındığı görülür. Bu bağlamda, Avrupa Sözleşmesi ve MTK'nın hakem kararının iptal nedenlerini düzenleyen maddeleri, hakem kararlarının tenfiz engellerini düzenleyen New York Sözleşmesi ile paralel hükümler içerir. Avrupa Sözleşmesi m. IX ve MTK m. 15'e göre, tahkim anlaşmasının tarafları ehliyetsiz iseler veya tahkim anlaşması tarafların tabi kıldığı hukuka veya tahkim yeri hukukuna göre (MTK uyarınca görülen davalarda Türk hukukuna göre) hükümsüz ise hakem kararı iptal edilebilir.

Fakat bu düzenlemeler, tahkim anlaşmasını akdeden kişilerin “yetkisine” ilişkin açık bir hüküm içermez²³⁰. Başka bir ifadeyle, tarafların yetkilerinin, “tarafların tabi kıldıkları hukuk veya bir hukuk seçimi yoksa hakem kararının

²²⁷ Akıncı, **Tenfiz**, s. 184.

²²⁸ Born, s. 553.

²²⁹ Maddede geçen geçersizlik kavramı ile irade bozuklukları nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersiz kılındığı hallerin kastedildiği ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 347-348; Akıncı, **Tenfiz**, s. 119, dn. 406; Esen, **Gülören Tekinalp'e Armağan**, s. 380; Esen, **Teşmil**, s. 71.

²³⁰ Finlandiya Tahkim Kanunu m. 53, tarafların ehliyetsizliği yanında, bu kişilerin usulüne uygun olarak temsil edilmemesini ayrı bir tenfiz engeli olarak sayar. Ulla Liukkunen, “**Observations on Finnish Arbitration - Domestic and International**”, International Commercial Arbitration: A Comparative Survey, Ed. Nuray Ekşi/Pedro J. Martinez-Fraga/William K. Sheehy, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007, s. 167.

verildiği yer hukuku” veya “ tarafların kendilerine uygulanacak hukuk” kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği anılan düzenlemelerden anlaşılammaktadır.

Bu nedenle, bir yetkisizlik itirazının ileri sürülmesi durumunda hakemler veya ulusal mahkemeler öncelikle yetki meselesini vasıflandırmalıdır²³¹.

Yetki meselesinin vasıflandırılması konusunda savunulan bir görüşe göre²³², yetkisiz temsilci aracılığıyla imzalanan tahkim anlaşmasının geçersizliği meselesi, tahkim anlaşmasının esas - veya maddi geçerliliği - kapsamında değerlendirilmelidir²³³. Bu görüşe göre, yetkisiz temsilci ile akdedilen tahkim anlaşması, tahkim anlaşması için öngörülen şekil şartını sağlasa, örneğin MTK ve New York Sözleşmesi uyarınca yazılı şekilde yapılsa dahi, yetkisizlik nedeniyle geçersiz olacaktır. Öyleyse bu mesele tahkim anlaşmasının şekline ilişkin değildir²³⁴. Aynı görüş, meselenin ehliyetle ilişkin olmadığını açıklarken de gerçek kişilerin temyiz kudretinin bulunmasının fiil ehliyeti için yeterli olduğunu, ancak fiil ehliyeti bulunan bir kişinin başka bir kişi için tahkim anlaşması yapması için özel yetkisinin bulunması gerektiğini, bu nedenle özel temsil yetkisinin bulunmamasının bir “ehliyetsizlik” olarak değil, bir “yetkisizlik” olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade eder. Bu görüşe göre, tahkim anlaşması yapmak için temsil olunanın temsilciye özel yetki vermemesi, tahkim için iradesinin bulunmadığı anlamına gelir ve bu nedenle tahkim anlaşması, esasa ilişkin nedenlerle geçersizdir²³⁵. Bu görüş, New

²³¹ Özel, s. 77. İspanya Temyiz Mahkemesi'nin 2001 tarihli kararında da, tahkim anlaşmasının unsurlarına farklı hukukların uygulanabileceği şu şekilde ifade edilmiştir: “*Tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği hakkında karar verebilmek için öncelikle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir. Bu mesele, oldukça karmaşıktır; zira farklı meseleler için farklı hukuklar uygulanır: ehliyet, tahkim anlaşmasının hükümleri vb.*” İspanya Temyiz Mahkemesi'nin 23 Temmuz 2001 tarihli *Kern Electrónica, S.A. (Spain) v. Goldstar Company Limited (Korea)* kararı için bkz. **XXXI YBCA 2006**, s. 825-833.

²³² Bu meseleye ilişkin olarak Türk doktrininde yer alan görüşler, genellikle, özel yetkiyi haiz olmayan temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşmalarına ilişkin olarak ileri sürülmüştür.

²³³ Esen, **Gülören Tekinalp'e Armağan**, s. 385.

²³⁴ Aynı görüşte bkz. Ekşi, **Tahkim**, s. 107.

²³⁵ Aynı görüşte bkz. Bilgehan Yeşilova, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi**, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No: 3, İzmir: Güncel Yayınevi, 2008 s. 257. Yazar meselenin, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade eder.

York Sözleşmesi m. V/1'in esasa ilişkin bölümünün yetki meselesini de kapsayacak şekilde yorumlandığını savunur²³⁶.

Bu konuda bir diğer görüş, meseleyi bir ehliyet meselesi olarak değerlendirir²³⁷. New York Sözleşmesi'ni inceleyen bazı kaynaklarda da, "yetki" meselesinin "ehliyet" kavramı içinde değerlendirildiği görülür²³⁸. Bu görüşe göre, New York Sözleşmesi m.V/1(a), yetkiyi de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır²³⁹. Bu görüş ayrıca, tahkim anlaşması yapma yetkisinin uluslararası hukuk kuralları uyarınca çözümlenmesi fikrini de²⁴⁰, milli hukukları uluslararası tahkimdeki tarihi rolünü ve New York Sözleşmesi'nin düzenlemelerini dikkate almamakla eleştirir²⁴¹.

Bu konudaki bir diğer görüşe göre ise tahkim anlaşmasının temsilci aracılığıyla yapılması, anlaşmanın şekline, esasına veya tarafların ehliyetine ilişkin değildir; bu durum temsil statüsü olarak sınıflandırılmalıdır²⁴². Bu görüşe göre, tahkim anlaşmasının temsilci aracılığıyla yapılması durumunda uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 30 uyarınca belirlenir. Anılan madde uyarınca, temsilcinin temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır; temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Bu görüşe göre, temsil yetkisi Türkiye'de işyeri olan bir avukata verilmişse veya yurtdışında işyeri olan bir avukata verilen temsil yetkisi Türkiye'de kullanılacaksa, tahkim anlaşmasının yapılması için vekilin özel yetkisinin bulunması gerekir. Bu görüşün, İsviçre Federal Mahkemesi

²³⁶ Devaud, s. 4-5.

²³⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s. 141; Born, s. 559 vd.; Banu Şit, **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2005, s. 208. Ehliyeti ayrı bir geçerlilik unsuru olarak değil, ancak maddi geçerliliğin bir unsuru olarak değerlendiren görüşler de mevcuttur. Bkz. Lew, s. 120-121.

²³⁸ Lew/Mistelis/Kröll, s. 708, ICC Karar no. 6850, **XXIII YBCA 1998**, s. 37-41. Akıncı, **Tahkim**, s. 352.

²³⁹ Born, s. 555 vd. Yazarın bu bölümde atıf yaptığı görüş ve kararlarda, yetki ve ehliyet meseleleri arasında bir ayırım yapmadığı da açıkça görülür.

²⁴⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 250-252.

²⁴¹ Born, s. 560.

²⁴² Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 345; Özel, s. 77 vd.

tarafından da benimsendiği, böylece gerçek kişilerin yetkisine temsil statüsünü düzenleyen İsviçre MÖHK m. 126²⁴³, ticaret şirketlerinin temsili söz konusu olduğu durumlarda ise İsviçre MÖHK m. 155²⁴⁴ ve m. 158²⁴⁵'in uygulandığı ifade edilmektedir²⁴⁶.

Son olarak da, yetkisiz temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşmalarının, şekil, ehliyet veya esasa ilişkin bir mesele olarak değerlendirilemeyeceğini ifade eden görüşe değinilmelidir²⁴⁷. Bu görüşe göre, tahkim anlaşması bir borçlar hukuku sözleşmesidir ve tahkim anlaşmasının esasına, şekline veya tarafların ehliyetine ilişkin olmayan başka bir sebepten dolayı da geçersiz kılınabilir.

Görüldüğü üzere, yetki meselesinin vasıflandırılmasına ilişkin olarak doktrinde fikir birliği yoktur. Bazı mahkeme kararlarında da tahkim anlaşmasını akdeden tarafların yetkisinin, farklı kavramlar kapsamında değerlendirildiği görülür. Bu konuda Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 01.10.1998 tarih ve 1998/389 E. ve 1998/435 K. sayılı kararına konu olan davada²⁴⁸ yer alan tartışmalar konunun incelenmesi açısından faydalı olabilir. Bu davada davalı, sözleşmelerin geçerliliği bakımından sözleşmelerin yapıldığı ve ifa edildiği yer hukuku olan Türk hukukunun uygulanacağını, eTTK m. 321 ve davalı şirketin esas sözleşmesinin 11. maddesine göre şirketin yönetim kurulu üyelerinden ikisinin imzası bulunmayan sözleşmedeki

²⁴³ Madde şu şekildedir: “1-Temsilin bir sözleşmeye dayandığı durumlarda temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişki, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir. (2) Temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. (3) Temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisi, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. (4) Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanır.”

²⁴⁴ Madde, şirketlere uygulanacak hukukun kapsamını belirler ve son bendinde şirketi temsil yetkisinin bu hukuka tabi olduğunu belirtir.

²⁴⁵ Madde şu şekildedir: “Şirket, ve organların veya temsilcilerinin yetkilerine ilişkin olarak karşı tarafın kurulduğu veya ikamet ettiği ülke hukukunda yer almayan sınırlamaları, karşı taraf bu sınırlamaları bilmedikçe veya bilmesi gerekmedikçe ileri süremez.”

²⁴⁶ Devaud, s. 5.

²⁴⁷ Egemen, s. 1933-1934.

²⁴⁸ Karar hakkındaki bilgilere, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 26.05.1999 tarihli, 1998/9679 E. ve 1999/4500 K. sayılı kararı ile ulaşılmıştır. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) Yargıtay meseleyi, yetkiye uygulanacak hukuk kapsamındaki tartışmalara değinmeden dürüstlük kuralı bakımından incelemiştir.

tahkim şartının geçersiz olduğunu, şirketin tek imza ile temsil ve ilzam olunamayacağını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Davacı ise, taraflar arasındaki anlaşmaya göre uyuşmazlıkların Almanya’da tahkim yoluyla karara bağlanacağını, uyuşmazlığa Alman hukukunun uygulanacağını kararlaştırdığını ve Alman mahkemelerinin tahkim şartını Alman hukukuna göre inceleyerek geçerli olduğuna karar verdiğini ifade etmiştir. Yerel mahkeme, tahkim şartının geçerli olabilmesi için davalı şirketin iki yetkilisi tarafından imzalanması gerektiğini, buna rağmen anlaşmanın bir şirket yetkilisi tarafından imzalandığını, bu nedenle tahkim şartının geçersiz olduğunu, bu durumda 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 6 (şekle uygulanacak hukuk) ve m. 8’in (ehliyetle uygulanacak hukuk) olayda uygulanması gerektiği gerekçesiyle tahkim şartının Türk hukuku uyarınca geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla davalı, tahkim anlaşması yapma yetkisine uygulanacak hukuk olarak, temel sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesine yardımcı olan sözleşmelerin yapıldığı ve ifa edildiği yer kriterlerine dayanmaktadır. Alman mahkemesi, tahkim şartının geçerliliğini Alman hukukuna göre değerlendirmiştir. Bu değerlendirmesine ilişkin olarak Alman mahkemesinin, temel sözleşmeye uygulanacak hukuku mu, tahkim yeri hukukunu mu dikkate aldığı bilinmemektedir; zira her iki kriter de Alman hukukunun uygulanmasını sonucunu doğurur. Kararı veren yerel mahkeme ise, temel sözleşmeye uygulanacak hukuku ve tahkim yeri hukukunu dikkate almamış; tahkim anlaşmasının geçerliliğini, şekle uygulanacak hukuk ve ehliyetle uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirmiştir. Böylece yerel mahkemenin, tahkim anlaşması yapma yetkisini “şekil” veya “ehliyet” kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, tahkim anlaşması yapma yetkisinin, çoğunlukla tahkim anlaşmasının esasına ve tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk uyarınca veya iradi temsilciler açısından bağlama kurallarından temsil statüsüne göre belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Meselenin tahkim anlaşmasının şekline ilişkin olduğu görüşü ise, yukarıda anılan karar dışında, savunulan görüşlerden değildir²⁴⁹.

²⁴⁹ Bununla birlikte, Yarg. HGK’nın 11.10.2000 tarih, 2000/19-1122 E. ve 2000/1256 K. sayılı kararı için verilen karşı oy yazısında, tahkim anlaşmasının geçerliliği için şekle uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralına da atıf yapılır. Buna ek olarak, Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin yukarıda anılan 01.10.1998 tarih ve 1998/389 E. ve 1998/435 K. sayılı

Dolayısıyla, hakemlerin ve mahkemelerin genellikle, yetki meselesine uygulanacak hukuku genellikle kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla tespit ettikleri ifade edilebilir. Aşağıda ilk olarak, bu uygulama incelenecektir. Daha sonra ise hakemlerin ve mahkemelerin bazı kararlarında yetki meselesini kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaksızın, doğrudan maddi hukuk kuralları uyarınca çözdüğü hallere değinilecektir.

§2. TAHKİM ANLAŞMASI YAPMA YETKİSİNE UYGULANACAK HUKUKUN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI İLE BELİRLENMESİ

Yukarıda ifade edildiği üzere tahkim anlaşması yapma yetkisinin, çoğunlukla tahkim anlaşmasının esasına ve tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk uyarınca veya iradi temsilciler açısından temsil statüsüne göre belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak aşağıda görüleceği üzere pek çok kararda, yetki meselesinin vasıflandırılması açıkça tartışılmadan sonuca ulaşılmıştır. Bu nedenle, kararlar arasındaki gruplandırma, hakemlerin veya mahkemelerin tartışmaları üzerinden değil, ulaştıkları sonuç üzerinden yapılmıştır. Buna ek olarak, hakemlerin veya mahkemelerin, yetki meselesini doğrudan “tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk” uyarınca tartıştığı kararları, tahkim anlaşması yapma yetkisinin “esas” kapsamında değerlendirildiği kararlar olarak gruplandırılmıştır.

A. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk Uyarınca Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi

Uygulamada, tahkim anlaşması yapma yetkisinin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Ancak tahkim anlaşmasının esasının, tahkim anlaşmasının hangi unsurlarına ilişkin olduğu doktrinde tartışmalıdır.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının şekline, tarafların ehliyetine ve taraf temsilcilerinin tahkim anlaşmasını yapma yetkisine, tahkim anlaşmasının varlığına, geçerliliğine ve

kararında tahkim anlaşması ehliyetle birlikte, şekle uygulanacak hukuk kapsamında da değerlendirilmiştir.

hukukiliğine, tahkim konusunun tahkime elverişliliğine vb. konulara uygulanır²⁵⁰. Bu görüşe göre, tahkim anlaşmasına ilişkin hususlar farklı hukuklara da tabi olabilir; örneğin tarafların ehliyeti ile tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği farklı hukuklara tabi kılınabilir²⁵¹. Başka bir görüş, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun hata, hile gibi sınırlı bazı irade meselelerine²⁵² ve tahkim anlaşmasının yorumuna, kapsamına ve hükümlerine uygulanacağını ifade eder²⁵³. Benzer bir görüş de tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun temel olarak, tahkim anlaşmasına ilişkin olarak taraf iradelerinin geçerliliğine veya geçersizliğine, tahkim anlaşmasının ifasına (gecikme, imkânsızlık vb.) ve tahkim anlaşmasının kapsamına ilişkin olduğunu ifade eder²⁵⁴.

Doktrindeki diğer bir görüş ise, tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyeti veya taraf temsilcilerinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapma yetkisi gibi sözleşmesel olarak nitelendirilemeyecek konuların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk uyarınca tespit edilmeyeceğini savunur²⁵⁵.

Bu tartışmalar da göz önünde bulundurularak aşağıda, tahkim anlaşması yapma yetkisinin tahkim anlaşmasının esasına ilişkin olarak değerlendirildiği hakem ve mahkeme kararları incelenecektir. Ancak, bu kararlara geçmeden önce, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespiti bakımından önemli bir tartışma konusunun – ayrılabilirlik ilkesinin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk üzerindeki etkisi – incelenmesi gerekir.

²⁵⁰ Born, s. 424. Benzer şekilde bkz. Piero Bernardini, “**Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause**”, ICCA Congress Series No: 9, 1998, s. 198 vd.

²⁵¹ Born, s. 425.

²⁵² Akıncı, **Tenfiz**, s. 119, dn. 406; Akıncı, **Tahkim**, s. 112-113; Şanlı, **Uluslararası Ticari Aktiller**, s. 347-348; Esen, **Gülören Tekinalp’e Armağan**, s. 380.

²⁵³ Chukwumerije, s. 34

²⁵⁴ Özel, s. 79. Yazara göre tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği meselesi tahkime elverişlilik meselesinden ayrı değerlendirilmelidir. Aynı yönde bkz. Poudret/Besson, s. 255.

²⁵⁵ Poudret/Besson, s. 255. Bu görüşe göre, *lex arbitrii*’nin doğrudan uygulandığı konularda da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirleyici değildir.

I. Esasa Uygulanacak Hukuk ve Ayrılabilirlik İlkesi

Uygulamada tahkim anlaşması genellikle temel sözleşme içinde yer alan bir tahkim şartı şeklinde yapılır. Çoğu zaman, bu tahkim şartını da içeren “uyuşmazlıkların çözümü” maddesinde, hukuk seçimi de yapılır. Ancak seçilen bu hukukun sadece temel sözleşmeye ilişkin olduğu veya tahkim şartını da kapsayıp kapsamadığı konusunda uygulamada farklı görüşler mevcuttur. Aşağıda bu farklı görüşler incelenecek ve tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespiti açısından temel sözleşmeye uygulanacak hukukun önemi araştırılacaktır.

1. Genel Olarak

Tahkim anlaşmaları taraflar arasındaki temel sözleşmenin bir parçası olarak tahkim şartı şeklinde yapılabileceği gibi temel sözleşmeden ayrı bir tahkim anlaşması şeklinde de yapılabilir. Ancak, her iki halde de, temel sözleşme ile tahkim anlaşmasının geçerlilik koşullarının birbirinden bağımsız olarak belirlenmesi gerekir²⁵⁶. Zira, tahkim anlaşması ile temel sözleşmenin amacı ve konusu birbirinden farklıdır. Temel sözleşme, taraflar arasında belli bir borç ilişkisi kurarken tahkim anlaşması, temel sözleşmede öngörülen edimlerden bağımsız bir şekilde, taraflar arasındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın çözümüne yönelik bir anlaşmadır. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının temel sözleşmede öngörülen edimler ve o edimlerin ifa edilip edilmemesi ile bir ilgisi yoktur. İşte, birbirinden farklı nitelikte bulunan ve farklı amaçlara yönelen temel sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden etkilenmesini engellemek ve temel sözleşmeyi veya tahkim anlaşmasını geçersiz kılan hallerden birinin mevcut olduğu durumlarda diğerinin geçerliliğini korumak amacıyla ayrılabilirlik ilkesi ortaya çıkmıştır.

Bu ilkeye göre, temel sözleşme içinde yer alan tahkim şartı veya ayrıca akdedilen tahkim anlaşması, temel sözleşmeden bağımsız ve ondan ayrı bir sözleşmedir. Temel sözleşme ile tahkim anlaşmasının geçerlilikleri birbirlerine bağlı değildir. Bu nedenle, temel sözleşmenin sona ermesi veya geçersiz kabul edilmesi, tahkim anlaşmasının varlığını ve geçerliliğini – kural olarak – etkilemez ve o tahkim anlaşması uyarınca tahkim yargılaması yürütülür. Buna paralel olarak, tahkim

²⁵⁶ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 250.

anlaşmasının herhangi bir nedenle hüküm ifade etmemesi durumunda da temel sözleşme bu durumdan etkilenmez ve temel sözleşmeden doğan uyuşmazlık hakemler önünde değilse de ulusal mahkemeler önünde çözümlenebilir.

Dolayısıyla ayrılabilirlik ilkesi esas olarak, tahkim anlaşmasının ve temel sözleşmenin geçerliliklerinin birbirlerinden etkilenmesini önlemeyi amaçlar. Bununla birlikte ayrılabilirlik ilkesi, her durumda tahkim anlaşması ile temel sözleşmenin akıbetinin farklı olmasını gerektirmez. Temel sözleşmenin geçerliliğini etkileyen sebepler bazı durumlarda tahkim anlaşmasının da geçerliliğini etkileyebilir²⁵⁷. Zira tahkim anlaşması da diğer sözleşmeler gibi bir borçlar hukuku sözleşmesidir ve borçlar hukukunun sözleşmeler için aradığı geçerlilik şartları tahkim anlaşmaları için de geçerlidir²⁵⁸. Örneğin, muvazaa gibi²⁵⁹ irade sakatlıklarının bulunduğu hallerde, temel sözleşmeyi imzalayan kişinin ehliyetsiz veya yetkisiz olması durumunda²⁶⁰ veya temel sözleşmenin yokluk yaptırımını ile karşılaşması durumunda²⁶¹, temel

²⁵⁷ Yves Derains/ Eric A. Schwartz, **Guide to the ICC Rules of Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2. Baskı, 2005, s. 113.

²⁵⁸ “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. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde (olayımızda görüldüğü gibi davalı şirketin davacı üretici üzerinde) ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarısından fazlasını veya tamamının seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir (...). Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesinin BK. m. 20 gereğince batıl olacağına kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.” Yarg. 13. HD, 25.04.1991 T., 1990/8778 E. ve 1991/4492 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²⁵⁹ ICC Karar no. 10671: “Ayrıca muvazaa, tahkim şartının ayrılabilirliğinin bir sınırını oluşturur.”, Jean Jacques Arnaldez / Yvez Derains / Dominique Hascher, **Collection of ICC Arbitral Awards (Receuil des Sentences Arbitrals) 2001-2007**, Cilt V, Hollanda: Kluwer Law International, 2009, s. 734; ICC Karar no. 14470, Jean Jacques Arnaldez / Yvez Derains / Dominique Hascher, **Collection of ICC Arbitral Awards (Receuil des Sentences Arbitrals) 2008-2011**, Cilt VI, Hollanda: Kluwer Law International, 2013, s. 947.

²⁶⁰ Pierre Mayer, “Les Limites de la Séparabilité de la Clause Compromissoire”, Revue de l'Arbitrage, Yıl: 1998, Sayı: 2, s. 364-365.

²⁶¹ Yokluk durumunda ayrılabilirlik ilkesinin durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Erkan, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2013, Cilt 17, Sayı: 1-2, s. 547 vd. Ayrıca bkz. ICC Karar no. 14470, **Collection VI**, s. 947. Bu kararda, tek hakemin ayrılabilirlik ilkesine değinmesi eleştirilir; zira somut olayda davalı tarafın iddiası temel sözleşmenin yokluğudur ve “temel sözleşmenin yokluğu temel sözleşmede yer alan tahkim şartının da yokluğunu gerektirir.” Karar hakkında Eduardo Silva Romero'nun yorumu için bkz. **Collection VI**, s. 951- 952.

sözleşmenin yanı sıra tahkim anlaşması da geçersiz kılınabilir²⁶². Dolayısıyla, temel sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirlerini etkilemesi, geçersizlik sebeplerinin ikisini birlikte etkiler nitelikte olması halinde mümkündür. Yine bu kapsamda, temel sözleşmenin bir üçüncü kişiye devri halinde tahkim anlaşması da temel sözleşme ile birlikte üçüncü kişiye devredilebilir²⁶³.

Ayrılabilirlik ilkesi, genel olarak hukuk sistemlerinde kabul edilen ve bazı hukuk sistemlerinde özellikle ifade edilen bir ilkedir²⁶⁴. Örneğin Avrupa Sözleşmesi m. V/3, Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında (UNCITRAL) Model Kanun (“Model Kanun”) m. 16/1, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İsviçre MÖHK) m. 178/3, Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1697/2²⁶⁵, Hollanda Hukuk Usulü Kanunu m. 1053, Venezuela Ticari Tahkim Kanunu m. 7²⁶⁶, İngiliz Tahkim Kanunu m. 7²⁶⁷, İtalyan Hukuk Usulü Kanunu m. 808²⁶⁸ gibi düzenlemeler ile Amerikan hukuku²⁶⁹ ayrılabilirlik ilkesini kabul eder.

²⁶² Ekşi, **Tahkim**, s. 106; Şanlı, **Uluslararası Ticari Aktitler**, s. 356. Ayrıca bkz. ICC Karar no. 12290, **Collection VI**, s. 832: “*Bu ilke, temel sözleşmenin geçersizliğinin tahkim şartını da etkileyeceği haller dışında (...) tahkim şartına uygulanmalıdır.*”

²⁶³ Özel, s. 36. Tahkim şartını içeren konişmentoyu devralanın tahkim şartı ile de bağlı tutulması bu duruma örnektir. Ancak böyle bir devirde temel sözleşmeyi devralanın tahkim anlaşmasını da devralma konusundaki iradesinin varlığı araştırılmalıdır. Bu konudaki tartışmalar ve görüşler için bkz. Ercüment Erdem, “**Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Yazılılık Koşulu**”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXVI, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 33.

²⁶⁴ İlkenin Alman ve Fransız hukuklarında tahkim şartının özerkliği (autonomy); Amerikan hukukunda tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı veya ayrılabilirliği (severability/separability) olarak değerlendirildiği yönünde bkz. Akıncı, **Tahkim**, s. 114.

²⁶⁵ Belçika Temyiz Mahkemesi 22 Kasım 2013 tarihli kararında, ayrılabilirlik ilkesini dikkate almadan, temel sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle tahkim anlaşmasının da geçersiz olduğu sonucuna ulaşan istinaf mahkemesi kararını bozmuştur. Karar için bkz. **KluwerArbitration ITA Arbitration Report**, Cilt XII, Sayı 2.

²⁶⁶ Eugenio Hernandez Breton, “**International Arbitration and the Venezuelan Law on Commercial Arbitration**,” *International Commercial Arbitration: A Comparative Survey*, Ed. Nuray Ekşi/Pedro J. Martinez-Fraga/William K. Sheehy, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007, s. 133.

²⁶⁷ Andrew Tweeddale/Keren Tweeddale, **Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice**, New York: Oxford University Press, 2005, s. 123.

²⁶⁸ İtalyan hukukunda uzun süredir kabul edilen ayrılabilirlik ilkesi, 1994 yılında yapılan değişiklik ile yasal düzenlemeye de kavuşmuş ve temel sözleşme ile tahkim şartının geçerliliğinin birbirinden ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği bir yasa hükmü ile ifade edilmiştir. Domenico Di Pietro, “**Arbitration In Italy**”, *International Commercial Arbitration: A Comparative Survey*, Ed. Nuray Ekşi/Pedro J. Martinez-Fraga/William K. Sheehy, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007, s. 43. s. 42.

²⁶⁹ Amerikan tahkim hukukunda ayrılabilirlik ilkesinin, 1967 tarihli *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Corp.* kararından itibaren kabul edildiği ifade edilir. Christopher R. Drahozal,

ICC yargılamalarında uzun zamandır kabul edilen bu kural, ICC Tahkim Kuralları'nın 2012 versiyonunda da (m. 6/9) açıkça ifade edilmektedir. ICC önünde görülen uyuşmazlıklarda hakemler, kendi yetkileri hakkında karar verirken genellikle bu ilkeye de değinirler²⁷⁰.

Türk hukukunda MTK m. 4/4, tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden ayrılabilir olduğunu açıklar. Yargıtay da ayrılabilirlik ilkesini kabul eden kararlar vermiştir²⁷¹. Özellikle, temsilci aracılığıyla akdedilen temel sözleşme ve temel sözleşmede yer alan tahkim şartı için Yargıtay'ın ayrılabilirlik ilkesini kabul ettiği görülür: *“Bu durum altında, Enka A.Ş'nin vermiş olduğu (...) vekaletnameye göre şirketin yetkilisi sıfatıyla (...) sözleşmeyi imzalarken vekaletnamede mevcut yetkilerle donatıldığı için esas sözleşme maddi hukuk sözleşmesi olarak geçerlidir. Ne var ki anılan sözleşmenin 12 nci maddesindeki tahkim koşulu yani bir usul hukuk sözleşmesi olan tahkim sözleşmesi vekilin (...) vekaletnamesinde tahkim sözleşmesi imzalama yönünden özel yetkisi olmadığından hukuken geçersizdir.”*²⁷²

Yargıtay HGK'nın 11.10.2000 tarihli bir başka kararında ise, ayrılabilirlik ilkesinin bir diğer etkisi olarak, geçerliliği tartışılan temel sözleşmenin ifa edilerek geçerli kılınmasının, temel sözleşmede yer alan tahkim şartını da geçerli kılıp kılmayacağı tartışılmıştır²⁷³. Kararda yerel mahkeme, temel sözleşmeyi imzalayan

“International Arbitration in the United States”, International Commercial Arbitration: A Comparative Survey, Ed. Nuray Ekşi/Pedro J. Martinez-Fraga/William K. Sheehy, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007, s. 69. Bu konuda ayrıca bkz. Tweeddale/Tweeddale, s. 123, dn. 124.

²⁷⁰ *“tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden özerk olduğu ve bu nedenle temel sözleşmenin muhtemel hükümsüzlüğünün kendiliğinden tahkim anlaşmasının da hükümsüzlüğünü gerektirmediği kabul edilir. Bu ilke Fransız hukukunda ve uluslararası tahkim kararları tarafından oybirliğiyle kabul edilmiş ve ICC Tahkim Kuralları m. 6/4'te öngörülmüştür.”* ICC Karar no. 14470, **Collection VI**, s. 947.

²⁷¹ *“Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klostları içinde geçerlidir. Bu sebeple tahkim klotunun 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.”* Yarg. HGK, T. 22.02.2012, 2011/11-742 E., 2012/82 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²⁷² Yarg. 13. HD. 22.04.1993 T., 1993/2051 E. ve 1993/3488 K. (Şanlı, **Uluslararası Ticari Aktiller**, s. 358). Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD, 26.05.1999 T., 1998/9679 E., 1999/4500 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²⁷³ Yarg. HGK 11.10.2000 T., 2000/19-1122 E. ve 2000/1256 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

kişinin eBK m. 388/3 uyarınca özel yetkisinin bulunmaması nedeniyle tahkim şartının geçersiz olduğuna karar vermiş; Yargıtay 19. HD ise 20.12.1999 tarih ve 1999/3957 E. ve 1999/7800 K. sayılı kararı ile taraflar arasındaki temel sözleşmenin daha sonradan şirketi temsile yetkili kişi tarafından ifa edilerek onaylandığını, tahkim şartının da bu nedenle geçerli hale geldiğini tespit etmiştir. Yargıtay HGK ise, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesine dayanarak, temel sözleşmenin ifasının tahkim şartını da geçerli hale getirmeyeceğini vurgulayarak yerel mahkeme kararını onamıştır²⁷⁴.

Görüldüğü üzere ayrılabilirlik ilkesi, pek çok hukuk sisteminde yer alan ve temel amacı, temel sözleşme ile tahkim anlaşmasının geçerliliklerinin birbirlerinden etkilenmesini önlemek olan bir ilkedir.

2. *Ayrılabilirlik İlkesinin Uygulanacak Hukukun Tespiti Üzerindeki Etkisine İlişkin Görüş ve Uygulamalar*

Yukarıda ifade edildiği üzere, ayrılabilirlik ilkesi nedeniyle temel sözleşme ile tahkim anlaşmasının akıbeti kural olarak birbirinden bağımsız olarak belirlenir. Ancak, bu bağımsızlığın, sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesi üzerinde de etkili olup olmadığı, yani ayrılabilirlik ilkesinin, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile temel sözleşmeye uygulanacak hukukun farklı olmasına yol açıp açmayacağını incelenmesi gerekmektedir.

Bu sorun özellikle, temel sözleşmede bulunan tahkim şartı için geçerlidir. Uluslararası sözleşmelerde genellikle, uyuşmazlıkların çözümü maddesi ile hukuk seçimi maddeleri birlikte düzenlenir. Bu iki ayrı tercih bazen aynı cümlede, bazen

²⁷⁴ Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD 10.04.1997 T., 1997/711 E. ve 1997/2662 K.: “Ancak davacı şirketin ana sözleşmesinin 11. maddesinde şirketin yönetim kurulu üyelerinden ikisinin imzası ile ilzam edilebileceği yazılıdır. Sözleşmenin tahkim şartına ilişkin maddesi daha önce uygulanmadığından bu maddenin davacı tarafından benimsendiği düşünülemez. Bu nedenle davacı şirketin tek bir yönetim kurulu üyesi tarafından davacı adına imzalanmış sözleşmenin tahkim şartını içeren maddesi davacıyı bağlamaz.” (Batider 1997, Cilt: XIX, Sayı: 1, s. 188-189). Ayrıca bkz. Yarg. 19. HD T. 15.11.1995, 1995/9108 E. ve 1995/9685 K., Karar için bkz. Erol Ertekin/İzzet Karataş, **Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1997, s. 510 vd. ve Akıncı, **Tahkim**, s. 349, dn. 627. Doktrinde bu görüşü destekleyen açıklamalar için bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 359. Esen, **Teşmil**, s. 33-34. Bu konuda örnek kararlar için bkz. Born, s. 1151-1152. Aksi yönde bazı kararlar için ayrıca bkz. Esen, **Teşmil**, s. 24-25 ve dn. 97.

aynı maddenin iki farklı fıkrasında, bazen de takip eden maddelerde yer alır²⁷⁵. Ancak taraflar, nadiren tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku özellikle belirler²⁷⁶. Böyle bir durumda, taraflarca uyuşmazlığa uygulanması öngörülen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusudur.

Bu tartışma sırasında farklı sorunlar göz önünde tutulabilir. İlk olarak, temel sözleşmeye uygulanacak hukuk ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku farklı belirlemenin mümkün olup olmadığı incelenebilir. Başka bir ifadeyle taraflar, uygulanacak hukuk maddesinde, temel sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinin yanında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku da ayrıca belirtebilir mi? Daha sonra, taraflarca seçilen veya hakemler veya mahkemelerce temel sözleşmeye uygulanmak üzere belirlenen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması ihtimali değerlendirilebilir. Böyle bir çözüm mümkün değil ise, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenmediğinden bahisle bu hukuk ayrıca tespit mi edilmelidir?

Bu konulara ilişkin olarak doktrinde ve yargı kararlarında farklı yaklaşımlar görülür. Bu kapsamda öncelikle, temel sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiğine; daha sonra, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun temel sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız olarak belirlenmesi gerektiğine ilişkin görüş ve uygulamalara yer verilecektir.

a. Temel Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tahkim Anlaşmasına da Uygulanması

Taraflar arasındaki esas uyuşmazlığa uygulanmak üzere taraflarca belirlenen hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliğinin belirlenmesine de uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Tarafların temel sözleşme ve tahkim anlaşması arasında ayırım yapmadan tayin ettikleri uygulanacak hukukun sadece temel sözleşme için öngörülmediği, tayin edilen hukukun aksi öngörülmedikçe tahkim anlaşmasına

²⁷⁵ Bu şekilde kabul edilen hukuk seçimi maddelerinde, yapılan hukuk seçiminin tahkim anlaşmasını kapsayıp kapsamadığı veya bu hukuk seçiminin temel sözleşmenin esasına, şekline veya tarafların ehliyetine ilişkin olup olmadığı yönünde bir açıklık bulunmamaktadır.

²⁷⁶ Born, s. 454; Mayer, s. 368; Klaus Peter Berger, “**Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?**” ICCA Congress Series No. 13, 2006, s. 302.

da uygulanması düşünülebilir²⁷⁷. Gerçekten de, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının, tarafların “seçmedikleri” hukuka tabi olmak yerine - temel sözleşmeye uygulanmak üzere - seçtikleri hukuka tabi olması akla yatkındır²⁷⁸. Hatta tarafların temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere seçildiği güçlü bir karine olarak kabul edilebilir²⁷⁹. Bu doğrultuda, ayrılabilirlik ilkesinin vazgeçilmez bir ilke olması ve temel sözleşme ile tahkim anlaşmasının ayrı hukuklara tabi tutulması fikri eleştirilir²⁸⁰.

Bu kapsamda, tarafların temel sözleşme için belirledikleri hukukun tahkim anlaşmasına uygulandığı hakem ve ulusal mahkeme kararları mevcuttur²⁸¹.

Örneğin, ICC'nin 1977 tarihli bir kararında temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun zımni olarak tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiği ifade edilmiştir: “*Özel hüküm bulunmadığı sürece, temel sözleşmeye uygulanmak üzere yapılan hukuk seçiminin, tahkim şartını da zımnen düzenlediği çoğunlukla kabul edilir.*”²⁸² 1994 tarihli bir başka ICC kararında²⁸³ da hakem mahkemesi, sözleşmeyi temsilen imzalayan kişinin yetkisini, temel sözleşmeye uygulanacak hukuk olan İsviçre hukukuna göre belirlemiştir.

Almanya’da da bu görüşün kabul edildiği mahkeme kararları mevcuttur. Örneğin Hamburg İstinaf Mahkemesi 2003 tarihli bir kararında, tahkim anlaşması için özel bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde temel sözleşme için yapılan hukuk

²⁷⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 223, Redfern/Hunter, s. 166; Born, s. 455; Yeşilova, s. 243; Özel, s. 80; Lew/Mistelis/Kröll, s. 107. Yazarlar, bu görüşün İngiliz hukukunda baskın görüş olduğunu ifade eder.

²⁷⁸ Redfern/Hunter, s. 167; Mayer, s. 368.

²⁷⁹ Lew, s. 143.

²⁸⁰ Mayer, s. 368.

²⁸¹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 107; Bernardini, **Arbitration Clauses**, s. 201; Özel, s. 84; Chukwumerije, s. 36.

²⁸² ICC Karar no. 2626, Jarvin Sigvard / Yves Derains, **Collection of ICC Arbitral Awards (Receuil des Sentences Arbitrals) 1974-1985**, Cilt I, Hollanda: Kluwer Law International, 1990, s. 316 vd. Ayrıca bkz. ICC Karar no. 6379, **XVII YBCA 1992**, s. 212 – 220; ICC Karar no. 6840, Jean Jacques Arnaldez / Yves Derains / Dominique Hascher, **Collection of ICC Arbitral Awards (Receuil des Sentences Arbitrals) 1991-1995**, Cilt III, Hollanda: Kluwer Law International, 1997, s. 467 vd.; NOFOTA'nın 5 Eylül 1977 tarihli Kararı, **IV YBCA 1979**, s. 218 – 220.

²⁸³ ICC Karar no. 7047, **13 ASA Bulletin 1995**, s. 301-357.

seçiminin tahkim anlaşmasını da kapsayacağını kabul etmiştir²⁸⁴. Yine Almanya’da Thüringen İstinaf Mahkemesi, 13 Ocak 2011 tarihli kararında temel sözleşme için yapılan hukuk seçiminin tahkim şartı için de zımni bir hukuk seçimi olduğuna hükmetmiştir²⁸⁵.

Kalküta (Hindistan) Yüksek Mahkemesi’nin 20 Mart 2012 tarihli bir kararında da, temel sözleşmeye uygulanan Hindistan hukuku tahkim anlaşmasına da uygulanmıştır²⁸⁶.

İngiliz mahkemeleri, önceki yıllarda bu görüşü savunmuş ve temel sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlendiği durumlarda, belirlenen hukukun tahkim anlaşması için de zımnen seçildiğine karar vermiştir²⁸⁷. Ancak İngiliz mahkemelerinin bu görüşü son yıllardaki kararlarında terk ettiği ifade edilmektedir²⁸⁸.

Yargıtay HGK’nın 2000 tarihli bir kararı için verilen karşı oy yazısında da, tahkim anlaşması yapma yetkisinin Türk hukuku uyarınca değil, tarafların temel sözleşmeye uygulanmak üzere belirledikleri hukuk uyarınca belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁸⁹. Ancak Yargıtay uygulanacak hukuk tartışmasına girmeden doğrudan Türk hukukunu uygulamıştır.

²⁸⁴ Karar için bkz. **XXX YBCA 2005**, s. 509-523. Mahkeme, tahkim yeri hukukunun uygulanması ile aynı sonuca ulaşılacağını da ayrıca işaret etmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. Hamburg İstinaf Mahkemesi’nin 22 Eylül 1978 tarihli kararı, **V YBCA 1980**, s. 262 - 263.

²⁸⁵ Karar için bkz. **XXXVII YBCA 2012**, s. 220-222.

²⁸⁶ Kalküta Yüksek Mahkemesi’nin 20.03.2012 tarihli *Coal India Limited v. Canadian Commercial Corporation* kararı, **XXXVII YBCA 2012**, s. 242-243.

²⁸⁷ İngiltere Ticaret Mahkemesi’nin 28 Haziran 1999 tarih ve UK No. 57 kararı, **XXVI YBCA 2001**, s. 869 – 885.

²⁸⁸ İngiliz mahkemelerinin kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sabrina Pearson, “**Sulamérica v. Enesa: The Hidden Pro-validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement**”, *Arbitration International*, Cilt: 29, Sayı: 1, s. 118.

²⁸⁹ Yarg. HGK 11.10.2000 T., 2000/19-1122 E. ve 2000/1256 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Ancak bu görüş doktrinde eleştirilir ve temel sözleşmeye uygulanacak hukuk ile tahkim anlaşması için özel yetkinin aranmasının ilgisiz olduğu ifade edilir. Bu konuda bkz. Özel, s. 79.

b. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Temel Sözleşmeden Bağımsız Olarak Belirlenmesi

Doktrinde ifade edilen bir görüşe göre, tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden bağımsız olmasının bir diğer sonucu da temel sözleşmeye ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitlerinin farklı kriterlere tabi olmasıdır²⁹⁰. Tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden ayrılabilirliği, tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden farklı bir hukuka tabi kılınması ihtiyacını doğurmuştur²⁹¹. Bu görüşe göre, tahkim anlaşması ve temel sözleşme birbirlerinden ayrı olduklarından bu iki sözleşmeye uygulanacak hukuk ayrı ayrı tespit edilmelidir; edim veya yan yükümlülüklerden olmayan tahkim anlaşması temel sözleşme için geçerli olan hukuka tabi olmamalıdır²⁹².

Temel sözleşme ve tahkim anlaşmasının nitelikleri arasında yukarıda açıklanan farklar, bu iki anlaşmaya uygulanacak hukukun ayrı ayrı belirlenmesine imkan tanımakta²⁹³; temel sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da doğrudan uygulanacağı genellikle kabul edilmemekte ve bu şekilde bir varsayımın güvenli olmadığı ifade edilmektedir²⁹⁴.

Doktrinde bazı yazarlar, tarafların hukuk seçimi yaparken, seçilen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmasını genellikle düşünmediklerini ve yapılan hukuk seçiminin tahkim anlaşmasını kapsamaması gerektiğini ifade ederler²⁹⁵. New York Sözleşmesi m. V/I(a)'nın lafzının da temel sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanması ihtimalini kabul etmediği ve New York Sözleşmesi uyarınca, tahkim şartına uygulanacak hukuk ayrıca belirlenmedikçe bu şartın tahkim yeri hukukuna tabi olması gerektiği de ifade edilir²⁹⁶.

²⁹⁰ Poudret/Besson, s. 141-142; Born, s. 413; Yeşilova, s. 242.

²⁹¹ Redfern/Hunter, s. 167; Özel, s. 80.

²⁹² Yeşilova, s. 242 ve dn. 23.

²⁹³ Born, s. 413 vd.; Derains/Schwartz, s. 113; Di Pietro, s. 42.

²⁹⁴ Redfern/Hunter, s. 166.

²⁹⁵ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 222; Born, s. 455.

²⁹⁶ Mayer, s. 368; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 356.

Uygulamada ICC kararlarında da, tahkim anlaşmasının farklı bir hukuka tabi tutulabileceği görüşü kabul edilmektedir: “*Uluslararası tahkimi öngören bir tahkim şartının kapsamını ve hükümlerini belirlemek için uygulanacak hukukun kaynakları her zaman, tahkimde görülen uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ile aynı değildir. Bu hukukun ve bu hukukun kuralları her ne kadar, bazı hallerde uyuşmazlığın esasını da tahkim anlaşması gibi etkilese de, diğer bazı hallerde tahkim anlaşması, özerkliği nedeniyle - sadece kapsamı değil, hükümleri bakımından da - uyuşmazlığın esasını düzenleyen hukuktan farklı olarak kendi hukukuna tabi olabilir*”²⁹⁷. 2006 tarihli bir başka ICC kararında da bu uygulama kabul edilmiştir²⁹⁸. Bir başka ICC kararında ise temel sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması açıkça reddedilmiştir²⁹⁹.

Bu kapsamda uygulamada, iki farklı yaklaşım dikkati çeker. Bunlardan ilki, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanması; diğeri ise, aralarında farklar bulunmakla birlikte, Fransız, İsviçre ve Türk hukuklarında da kabul edilen ve uygulanacak hukuk konusunda doğrudan bir ülke hukukunun veya uluslararası ilkelerin tahkim anlaşmasına uygulanmasını öngören yaklaşımdır. Aşağıda bu iki farklı yaklaşım ayrı ayrı incelenecektir.

i. Tahkim Yeri Hukukunun Tahkim Anlaşmasına Uygulanması

Temel sözleşme ile tahkim anlaşmasına farklı hukukların uygulanması gerektiğini kabul eden hakem ve mahkeme kararlarında tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna göre belirlendiği sıklıkla görülür³⁰⁰.

Bu yaklaşımın farklı nedenleri vardır. Öncelikle, New York Sözleşmesi m. V/1(a) ve Model Kanun m. 36/1, tahkim anlaşmasının öncelikle taraflarca seçilen hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa kararın verildiği ülke hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtir. Buna ek olarak, tahkim anlaşması bakımından,

²⁹⁷ *Dow Chemical France et al. v. Isover Saint Gobain* kararı, **IX YBCA 1982**, s. 131 vd.

²⁹⁸ **Collection VI**, s. 795 vd., Ayrıca bkz. ICC Karar no. 4504, **Collection II**, s. 279 vd., ICC Karar no. 5730, **Collection II**, s. 410 vd.

²⁹⁹ ICC Karar no. 4131 için bkz. **IX YBCA 1982**, s. 131 vd.

³⁰⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 223; Lew/Mistelis/Kröll, s. 107; Yeşilova, s. 243; Bernardini, **Arbitration Clauses**, s. 201; Özel, s. 84; Chukwumerije, s. 36.

en yakın ilişkili yer hukukunun tahkim yeri hukuku olduğu ileri sürülür³⁰¹. Ancak, bu uygulamanın bir sonucunun, belki de sebebinin, tahkim anlaşmasını geçerli tutmak olduğu da ifade edilir³⁰².

ICC kararlarında tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna göre belirlendiği görülür³⁰³. Bu düzlemde bazı kararlarda tarafların tahkim yeri seçimi ile zımni olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku da seçtikleri kabul edilir³⁰⁴.

Aynı yaklaşımın mahkemeler tarafından da kabul edildiği görülür. Örneğin Rotterdam Mahkemesi 28 Eylül 1995 tarihli bir kararında açıkça, tarafların New York'u tahkim yeri olarak seçmekle, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak zımnen New York hukukunu seçtiklerini ifade eder³⁰⁵. Yine *XL Insurance Limited v. Owens Corning* kararında İngiliz mahkemesi, tahkim yeri seçiminin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk hakkında örtülü bir seçim olduğunu kabul eder³⁰⁶.

Yukarıda ileri sürülen görüşler ışığında, İngiltere Yüksek Mahkemesi, 2012 tarihli *Sulamerica* kararında, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına da uygulanacağına karar vermiştir³⁰⁷. Yine Londra Patent Mahkemesi'nin, Habaş Sınai ve Tıbbi Gazlar İstihsal Endüstrisi A.Ş. aleyhine verdiği 19 Aralık 2013 tarihli kararında, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir³⁰⁸.

³⁰¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 225; Redfern/Hunter, s. 168; Yeşilova, s. 262. Ayrıca bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s. 121-122.

³⁰² Redfern/Hunter, s. 170; Pearson, s. 126.

³⁰³ Örneğin bkz. ICC Karar no. 4392, **Collection I**, s. 473 vd; ICC Karar no. 5730, **Collection II**, s. 415.

³⁰⁴ Yeşilova, s. 262, dn. 80. Bu yönde bkz. ICC Karar no. 5730, **Collection II**, s. 415. Bu konuda ayrıca bkz. Yves Derains'in ICC Karar no. 4392 hakkındaki yorumları, **Collection I**, s. 475-476.

³⁰⁵ Rotterdam İlk Derece Mahkemesinin 28 Eylül 1995 tarihli *Petrasol BV v. Stolt Spur Inc.* kararı, **XXII YBCA 1997**, s. 762 vd.

³⁰⁶ Karar için bkz. **XXVI YBCA 2001**, s. 869-885.

³⁰⁷ İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin 16 Mayıs 2012 tarihli *Sulamérica Cia Nacional de Seguros S.A. et al. v. Enesa Engenharia S.A. et al.* kararı, **XXXVII YBCA 2012**, s. 464-467. Karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Pearson, s. 115 – 126.

³⁰⁸ Londra Patent Mahkemesi'nin 19 Aralık 2013 tarihli *Habas Sınai ve Tıbbi Gazlar İstihsal Endüstrisi AŞ v. VSC Steel Company Ltd* kararı, **KluwerArbitration ITA Arbitration Report**, Cilt XII, Sayı 1. Ayrıca bkz. İngiltere Ticaret Mahkemesi'nin 28 Haziran 2007 tarihli

İsveç Yüksek Mahkemesi, 27 Ekim 2000 tarihli bir kararında, tarafların temel sözleşmeye uygulanmak üzere Avusturya hukukunu seçmelerine rağmen, tahkim anlaşmasının geçerliliğini tahkim yeri olan İsveç hukukuna göre değerlendirmiştir³⁰⁹. Keza 1999 tarihli İsveç Tahkim Kanunu m. 48, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemedikleri durumda tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna göre değerlendirileceğini ifade eder³¹⁰.

Yargıtay da 1995 tarihli bir kararında tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanacağını kabul eder³¹¹: *“Tahkim anlaşmasının geçerliliği taraflar arasında bir hukuk seçimi yapılmışsa bu hukuka, tahkimin tabi olacağı hukuk seçimi yapılmamışsa o taktirde hakem kararının verildiği yer hukukuna göre, somut olayda Bulgar Hukuku’na göre tespit edilecektir.”*

Görüldüğü üzere, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi, doktrinde ve yargı kararlarında destek bulmaktadır. Ancak tahkim yerinin taraflarca belirlenmediği durumlarda tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanmaması gerektiği de ifade edilir³¹².

ii. Ülke Hukukları ve Uluslararası İlkelerin Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk Olarak Belirlenmesi

Bazı ülke hukuklarında, tahkim anlaşmasına kendi hukuklarının veya milletlerarası teamülleri ve milletlerarası kabul gören prensiplerin, özellikle

kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 752 – 778. Kararda, tahkim yeri hukukunun, tahkim anlaşması için en yakın ilişkili hukuk olduğu ifade edilir.

³⁰⁹ İsveç Yüksek Mahkemesi’nin 27 Ekim 2000 tarihli *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. A.I. Trade Finance Inc.*, kararı, **XXVI YBCA 2001**, s. 291-298.

³¹⁰ Maddenin ikinci fıkrası, bu hükmün tahkim anlaşması yapma yetkisine veya tarafların usulüne uygun bir şekilde temsil edilip edilmediğine uygulanmayacağını belirtir.

³¹¹ Yarg. 19. HD T. 15.11.1995, 1995/9108 E. ve 1995/9685 K., Karar için bkz. Ertekin/Karataş, s. 510 vd. ve Akıncı, **Tahkim**, s. 349, dn. 627.

³¹² Bu yönde bkz. ICC Karar no. 4434, **Collection I**, 459. Bu uyuşmazlıkta hakem, tahkim yerinin ICC tarafından İsviçre olarak belirlendiği gerekçesiyle, İsviçre kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir. Bu konuda ayrıca Yves Derains’in ICC Karar no. 2626 kararı hakkındaki yorumları için bkz. **Collection I**, s. 318. Yazara göre, tahkim yerinin taraflar yerine bir tahkim kurumu veya *ad hoc* tahkimlerde hakemlerce belirlenmesi durumunda, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanması doğru değildir.

dürüstlük kuralının uygulanması kabul edilir³¹³. Ancak bu uygulama ülkeler arasında farklılık gösterir. Örneğin, Fransa’da herhangi bir milli hukuka atıf yapılmaksızın uluslararası ilkelerin uygulanması kabul edilmiş iken İsviçre ve Türk hukuklarında ülkeler kendi hukuklarına atıf yaparak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk meselesini düzenler.

Fransa açısından Paris İstinaf Mahkemesi, 1993 tarihli *Dalico* kararı ile, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak, herhangi bir ülkenin maddi hukuk kurallarının uygulanmasının gerekmediğini, tarafların ortak iradelerinin geçerli bir tahkim anlaşması yapmak olduğunu, bu nedenle tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tarafların iradesine dayandığını, ancak bu geçerliliğin uluslararası kamu düzeni ve - kararı veren makam Fransız mahkemeleri olduğundan - Fransız hukukunun emredici normlarına uygun olması gerektiğini tespit etmiştir³¹⁴. Fransız Temyiz Mahkemesi, daha sonra 1997 tarihli bir başka kararında bu yaklaşımı teyit etmiştir³¹⁵.

Fransız hukukunda ileri sürülen bu yaklaşımın, başta tahkim yeri Fransa olan tahkim yargılamalarında kabul edildiği görülür: “*tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak açık anlaşmalarının bulunmadığı durumlarda (...) hakem mahkemesi, tahkim anlaşmasının kapsamını ve etkilerini, herhangi bir milli hukuku özellikle uygulamaksızın, tarafların ortak iradesine ve uluslararası tahkimin teamüllerine dayanarak belirleyecektir. Bununla birlikte hakem mahkemesi, (...) kararın hukuki yaptırımı uğramaması adına gerekçelerinin, özellikle tahkim yeri olan Fransız hukuku ve milletlerarası kamu düzenine uygun olmasını gözetecektir.*”³¹⁶

³¹³ Bernardini, **Arbitration Clauses**, s. 201-202; Özel, s. 84; Chukwumerije, s. 37. Bu şekilde, uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kuralı yerine, maddi hukuk kuralları ile belirlenmesinin, nadir bir uygulama olduğu ifade edildiği yönünde bkz. Yeşilova, s. 262.

³¹⁴ Paris İstinaf Mahkemesi’nin 26 Mart 1991 tarihli *Comité populaire de la Municipalité d’El Mergeb v. société Dalico contracteurs kararı*, **Revue de l’Arbitrage**, Yıl: 1991, Sayı: 3, s. 456-461. Karar hakkında ayrıca bkz. Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 230 vd., Yeşilova, s. 263-264.

³¹⁵ Fransız Temyiz Mahkemesi’nin 21 Mayıs 1997 tarihli *Renault v. Société V. 2000 (Jaguar France)* kararı ve Emmanuel Gaillard’ın karar hakkındaki yorumları için bkz. **Revue de l’Arbitrage**, Yıl: 1997, Sayı: 4, s. 537-543.

³¹⁶ Fransız Temyiz Mahkemesi’nin 30 Mart 2004 tarihli *Société Uni-Kod v. Société Ouralkali* kararı, **Revue de l’Arbitrage**, Yıl: 2005, Sayı: 4, s. 959-960. Ayrıca bkz. Paris İstinaf Mahkemesi’nin 24 Şubat 2005 tarihli *Société Sidermetal SRL v. Société Arcelor International Export* kararı, **Revue de l’Arbitrage**, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 210 – 213; ICC Karar no. 14753, **Collection VI**, s. 973-983; ICC Karar no. 8910, Jean Jacques Arnaldez/Yvez

ICC'nin 1986 tarihli ve sözleşmeyi imzalayan kişilerin yetkilerinin incelendiği bir kararında da³¹⁷, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, milli bir hukuk sistemi yerine hukukun genel ilkeleri, uluslararası ticari tahkim teamülleri ve özellikle dürüstlük kuralı olarak belirlemiş ve dürüstlük kuralı uyarınca tahkim anlaşmasının yetkili kişilerce yapıldığına karar vermiştir.

Fransa dışında burada anılacak İsviçre ve Türk kanunları, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak kendi hukuklarını belirlerler. İsviçre hukukunda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku düzenleyen İsviçre MÖHK m. 178/2, tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka veya İsviçre hukukuna göre geçerli olmasını arar. Tahkim anlaşmasının bu hukuklardan herhangi birine göre geçerli olması yeterlidir; böylece İsviçre hukukunun, tahkim anlaşmasının geçerliliğini sağlamak üzere *in favorem validatis* prensibi uyarınca hareket ettiği görülür³¹⁸. Bu nedenle İsviçre hukukunda, tahkim anlaşmasının, temel sözleşmeye uygulanacak hukuk uyarınca geçersiz olması halinde, farklı bir hukuka göre geçerli sayılması mümkündür³¹⁹.

Benzer şekilde, İspanya Tahkim Kanunu m. 9/6, tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka, uyuşmazlığa uygulanacak hukuka veya İspanyol hukukuna göre geçerli olmasını yeterli kabul eder.

Derains/Dominique Hascher, **Collection of ICC Arbitral Awards (Receuil des Sentences Arbitrals) 1996-2000**, Cilt IV, Hollanda: Kluwer Law International, 2003, s. 569-579; ICC Karar no. 5721, **Collection II**, s. 404.

³¹⁷ ICC Karar no. 5065, **Collection II**, s. 330 vd. Ayrıca bkz. ICC Karar no. 14753, **Collection VI**, s. 973-983; ICC Karar no. 8910, **Collection IV**, s. 569-579; ICC Karar no. 5721, **Collection II**, s. 404.

³¹⁸ Özel, s. 82, Yeşilova, s. 263.

³¹⁹ Bu konuda bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 21 Mart 1995 tarihli kararı, **XXII YBCA 1997**, s. 800-806. Bu kararda yerel mahkeme tahkim anlaşmasına, temel sözleşmeye uygulanacak hukuk olan İsviçre hukukunu uygulayarak tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna karar vermiş; Federal Mahkeme ise tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesi uyarınca bu anlaşmaya temel sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı bir hukukun uygulanabileceğini, bu bağlamda, tahkim anlaşmasının kapsamının, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uyarınca belirlenmesi gerektiğini ve tahkim anlaşmasının esasına da tahkim yeri hukuku olan İsviçre hukukunun uygulanması gerektiğini belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Ayrıca bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2 Eylül 1993 tarihli ATF II 380 kararı; ICC Karar no. 10329, **XXIX YBCA 2004**, s. 108-132 ve ICC Karar no. 9781, **XXX YBCA 2005**, s. 22-41.

MTK m. 4/3 ise tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku açıkça temel sözleşmeden bağımsız tutar. Bu madde uyarınca tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yapılmadıysa Türk hukukuna göre değerlendirilir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ayrıca belirlenmeden temel sözleşme Türk hukukundan başka bir hukuka tabi kılınmış ise, tahkim anlaşması bu hukuktan etkilenmeyecek ve tahkim anlaşmasının geçerliliği doğrudan Türk hukuku uyarınca değerlendirilecektir³²⁰.

İran Tahkim Kanunu m. 33/1(b) de aynen MTK gibi, tahkim anlaşmasının geçerliliğini önce tarafların seçtiği hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa doğrudan İran hukukuna tabi kılar.

3. *Değerlendirme*

Yukarıda da ifade edildiği üzere uygulamada, tahkim anlaşmaları genellikle temel sözleşme içinde bir tahkim şartı şeklinde düzenlenir. Tahkim şartı ile birlikte düzenlenen “uygulanacak hukuk” maddesinde yer alan hukukun, tahkim anlaşmasını da kapsayıp kapsamayacağı yönünde bir irade beyanı genellikle mevcut değildir.

Ayrılabilirlik ilkesinin amacı esas olarak, tahkim anlaşması ile temel sözleşmenin geçersizliklerinin birbirini etkilememesidir. Bu ilkenin kabul edildiği düzenlemeler de bu iki metnin geçerliliklerinin birbiri üzerinde – genel olarak – bir etki doğurmayacağını ifade eder. Ancak bu amaç, temel sözleşme ile tahkim anlaşmasının her halde farklı hukuklara tabi kılınması zorunluluğunu doğurmamalıdır. Bu ilkenin amacı, temel sözleşme ile tahkim anlaşmasının geçerlilikleri aynı hukuka tabi olsa da birbirinden farklı değerlendirilmesidir. Örneğin, temel sözleşme ve tahkim şartı Türk hukukuna göre değerlendirilecek; BK m. 504/3 uyarınca tahkim anlaşması yapmak için özel yetkiyi haiz olmayan temsilcinin akdettiği temel sözleşme geçerli kalacak ancak tahkim şartı geçersiz olacaktır.

Böyle bir durumda, yani temel sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca belirlendiği ve temel sözleşme içinde bir tahkim şartının yer aldığı durumlarda,

³²⁰ Özel, s. 80-81.

tahkim şartının taraflarca – aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere – belirlenen dışında bir hukuka tabi olması gibi bir gerekliliğinin benimsenmemesi gerekir. Ayrılabilirlik ilkesi uyarınca bu iki anlaşma birbirinden “ayrılabilir” iki anlaşmadır; bu ilke anlaşmalar birbirinden tamamen “ayrılmalıdır” şeklinde yorumlanmamalıdır.

Tahkim anlaşmasının geçerli tutulmaya çalışılması yönündeki yaklaşım uyarınca tahkim anlaşmasına, bu anlaşmayı geçerli kılacak bir hukukun uygulanması, İsviçre’de olduğu gibi kanuni bir düzenleme olmadıkça, taraf iradelerine aykırı değerlendirilebilir. Zira taraflar gerçekten de temel sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlerken tahkim anlaşmasını ayrı bir hukuka tabi kılma gibi bir irade göstermezler; çoğu zaman taraflar böyle bir imkanın veya gerekliliğin farkında dahi değildirler. Her ne kadar tahkim uygulamasının teşvik edilmesi amaçlansa da, tahkim halen iradi bir yargı yoludur ve taraf iradeleri uyuşmazlığın tahkimde görülmesi yönünde olmadıkça bu uyuşmazlığın tahkimde görülmesi mümkün değildir.

New York Sözleşmesi ve Avrupa Sözleşmesi’nde yer alan, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmediği durumlarda tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanacağı yönündeki kural da bu durumu değiştirmez. Zira bu düzenlemelerin, temel sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesine rağmen tahkim anlaşmasını tahkim yeri hukukuna tabi kılmak gibi bir amacı yoktur. Bu maddelerin amacı, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk bakımından objektif bir kriter sağlamaktır.

Özetle, ayrılabilirlik ilkesi uyarınca taraflar, tahkim anlaşmasını ve temel sözleşmeyi, yapacakları açık düzenlemeler ile farklı hukuklara tabi kılabilirler. Ancak tarafların bu iki anlaşmayı açıkça farklı hukuklara tabi kılmaması durumunda, ayrılabilirlik ilkesinden yola çıkarak taraflar arasındaki ilişkiye iki farklı hukukun uygulanması taraf iradeleri ile çelişebilir. Özellikle temel sözleşme için hukuk seçimi yapılan hallerde, bu seçimin tahkim şartı için de esas alınması bu çelişkiyi gidermek açısından yerinde bir uygulama olabilir.

II. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk ve Yetki Meselesi

1. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasının esas yönünden geçersizliğinin hakem heyeti önünde ileri sürülmesi durumunda hakemler öncelikle, taraf iradelerini dikkate alarak, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk uyarınca tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını inceleyeceklerdir. Avrupa Sözleşmesi m. VI/2 ve New York Sözleşmesi m. V/1(a)³²¹, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin öncelikle tarafların seçtiği hukuka tabi olduğunu ifade eder. Ancak esas sorun, taraflarca herhangi bir hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda ortaya çıkar³²².

Bu bağlamda, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukukunun belirlenmesi, hakem kararının iptalinin engellenmesi açısından faydalı olabilir. Bu uygulama, hakemlerin kararın icrası için her türlü gayreti gösterme yükümlülüğü ile de uyumludur. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde tenfiz ülkesi hukukunun da dikkate alınması düşünülebilir. Ancak, hakem kararının iptalinin talep edileceği ülkenin aksine, kararın tenfiz ülkesi tahkim yargılaması sırasında belli değildir. Bu nedenle, tenfiz ülkesi hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi her zaman mümkün olmayabilir. Bununla birlikte, tahmin edilen bir tenfiz ülkesinin varlığında, bu ülkenin hukukunun da göz önüne alınmasında fayda vardır³²³.

Tahkim anlaşmasının geçerliliği ulusal mahkemeler önünde; tenfiz aşamasında tenfiz ret sebebi olarak, hakem kararının iptalinin talep edilmesi halinde iptal sebebi

³²¹ New York Sözleşmesi ve Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemelerin hakemlere değil, mahkemelere yönelik olduğu yönünde bkz. Bernardini, **Arbitration Clauses**, s. 200. Ancak hakem kararının iptal edilmemesi veya tenfiz edilebilmesi için bu kuralların dikkate alınması gerekir.

³²² Her ne kadar yukarıda anılan düzenlemeler, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde tahkim yeri hukukunun uygulanacağını belirtse de, hakemlerin bu kural ile sıkı sıkıya bağlı kalmadan farklı kriterleri dikkate alarak sonuca ulaştıkları uygulamalar için bkz. İkinci Bölüm, §2, A, I, 2.

³²³ Örneğin, bir hisse devir sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, hisseleri devredilecek şirketin tescil edildiği ülkenin tenfiz ülkesi olması muhtemeldir.

olarak veya uyuşmazlık hakkında doğrudan ulusal mahkemelere başvurulması halinde tahkim itirazı olarak tartışma konusu olabilir.

Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkemelerde dava açılması durumunda davalı taraf tahkim itirazı ileri sürebilir. Bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde ulusal mahkemeler tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyerek tahkim itirazı hakkında karar verecektir³²⁴. Yine bir hakem kararının iptali talep edildiğinde ulusal mahkemeler tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceler. Ulusal mahkeme önünde bu şekilde gündeme gelen tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesinin, hâkimin hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca çözümleneceği ifade edilir³²⁵.

Ülke iç hukukları tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği hakkında farklı sistemler benimser³²⁶. Örneğin Türk hukukunda MTK m. 4/3 açıkça tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku temel sözleşmeden bağımsız tutar ve tahkim anlaşmasını, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yapılmadıysa doğrudan Türk hukukuna tabi kılar³²⁷.

³²⁴ Özel, s. 80. Tahkim anlaşmalarının geçerliliği hakkında ulusal mahkemelerin karar verip veremeyeceği meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, mahkemeler tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verebilir. Akıncı, **Tahkim**, s. 127-128; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 272; Ekşi, **Incorporation**, s. 65. Diğer bir görüşe göre ise *kompetenz-kompetenz* kuralı karşısında mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar vermesi mümkün değildir. Esen, **Teşmil**, s. 69 vd. Bu görüş uyarınca verilen mahkeme kararı için bkz. Yarg. 15. HD, T. 27.6.2007, 2007/2145 E. ve 2007/4389 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): “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 olmaları nedeniyle reddedeceklerdir. Şu hale göre mahkeme önüne gelen ihtilafta, HUMK'nın 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'nın 519. maddesi uyarınca tahkim şartının 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”.

³²⁵ Chukwumerije, s. 35; Ekşi, **Incorporation**, s. 65; Özel, s. 80.

³²⁶ Bazı ülke uygulamaları hakkında bkz. yukarıda İkinci Bölüm, §2, A, I, 2, b, ii.

³²⁷ Akıncı, **Tahkim**, s. 112 ve s. 276 vd. Yazar, “Türk hukuku” ifadesi ile kastedilenin Türk kanunlar ihtilafı kuralları olmadığını ifade eder.

Dolayısıyla, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflarca ayrıca belirlenmemiş ve temel sözleşme Türk hukukundan başka bir hukuka tabi kılınmış ise, tahkim anlaşması bu hukuktan etkilenmeyecek ve tahkim anlaşmasının geçerliliği doğrudan Türk hukuku uyarınca değerlendirilecektir³²⁸. Sonuç olarak da, tahkim yeri hukukuna göre geçerli bir tahkim anlaşması Türk hukuku uyarınca geçersiz kılınabilir ve hakim tahkim itirazını reddederek davayı inceleyebilir. Benzer şekilde tahkim yeri hukukuna göre geçersiz olan bir tahkim anlaşması Türk hukukuna göre geçerli kabul edilebilir ve hakim tahkim itirazını kabul ederek davayı reddedebilir.

Bununla birlikte, diğer bazı ülke hukuklarının, doğrudan bir ülke hukuku belirlemek yerine, ilişkiyle yakın bağlantılı ülke hukuklarına atıf yaptıkları da görülür. Örneğin, İsveç Tahkim Kanunu m. 48, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde, tahkim anlaşmasının tahkim prosedürünün gerçekleştiği veya gerçekleşeceği ülke hukuku uyarınca değerlendirileceğini ifade eder. Bu durumda, tarafların tahkim yeri olarak Türkiye'yi seçtiği veya tahkim yeri başka bir ülke olmakla birlikte tahkim usulüne MTK'nın uygulanmasını kabul ettikleri bir ilişki kapsamında İsveç mahkemeleri nezdinde ileri sürülecek bir tahkim itirazının veya iptal talebinin, Türk hukuku uyarınca çözümlenmesi savunulabilir.

Hakem kararlarının tanınması ve tenfizi sırasında da tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışma konusu olabilir. New York Sözleşmesi m. V/1(a), tahkim anlaşmasının taraflarca tabi kılındığı kanuna veya bu yönde bir açıklık mevcut değil ise hakem kararının verildiği yer hukukuna göre hükümsüz bulunması halinde tenfiz talebinin reddedileceğini ifade eder³²⁹.

Hakem kararının tenfizinin, tahkim anlaşmasının esastan geçersizliği nedeniyle reddedilmesi için New York Sözleşmesi'nde yer alan bağlama kuralları, MÖHUK m. 62 (e)'ye de aynen alınmıştır. Bu kapsamda, "*tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca*

³²⁸ Aynı yönde bkz. Özel, s. 80-81. Yazar, MTK'nın uygulama alanı bulmadığı (MTK m. 1 uyarınca tahkim yerinin Türkiye olmadığı veya tarafların uygulanmak üzere MTK'yı seçmediği durumlar) ancak yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlıkta, Türk mahkemelerinde açılan davada ileri sürülen bir tahkim itirazında hâkimin, tahkim anlaşmasının geçerliliğini Türk hukukuna göre değerlendireceğini ifade eder.

³²⁹ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 348. Yazar, tenfiz sırasında ileri sürülen geçersizlik itirazlarının tahkim kararının verildiği ülke hukukuna göre belirlendiğini ifade eder.

tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise” tenfiz talebi tahkim anlaşmasının geçersizliği nedeniyle reddedilir.

2. *Hakem Kararlarında Yetkinin Esas Kapsamında Değerlendirilmesi*

Bazı hakem kararlarında yetki meselesinin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uyarınca değerlendirildiği görülmektedir. Bu kararlarda hakemler öncelikle tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku tespit etmiş, daha sonra bu hukukun ilgili hükümlerini tahkim anlaşması yapma yetkisine de uygulamıştır³³⁰.

Örneğin, ICC’nin 1988 tarihli bir kararında hakem mahkemesi öncelikle, tahkim yeri hukukunu tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak belirlemiş, daha sonra da tahkim yeri olarak Fransız hukukunu esas alarak, tahkim anlaşmasının bir temsilci aracılığıyla imzalandığı sonucuna ulaşmıştır³³¹.

ICC’nin 1992 tarihli bir diğer kararında³³², tahkim anlaşmasını imzalayan kişilerin yetkisi ve tahkim anlaşmasının imzalanmasından kaynaklanan sorumluluğu, temel sözleşmeye uygulanmak üzere belirlenen Fransız hukukunun, tahkim anlaşmasına da uygulanması yoluyla Fransız hukuku uyarınca çözümlenmiştir.

ICC’nin 1986 tarihli bir diğer kararında ise hakemler³³³, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, milli bir hukuk sistemi yerine hukukun genel ilkeleri ve

³³⁰ Ancak, aşağıda anılan kararlarda, “yetki” meselesinin vasıflandırılması tartışmasına girilmeden yetki meselesi, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uyarınca değerlendirilmiştir.

³³¹ ICC Karar no. 5730, **Collection II**, s. 410 vd. Somut olayda hakem mahkemesi, temsil olunanın temsilciye açık veya yazılı bir yetki vermediğini ifade etmiş, ancak temsil olunanın davranışları ile temsilciye yetki verdiği sonucuna ulaşmış ve tahkim anlaşmasını geçerli kılmıştır. Anılan hakem kararı, bir adım öteye giderek, şu tespitte bulunmuştur: “*Hakem mahkemesi sonuç olarak Bay Z’nin, kendi adına, kendi talimatları uyarınca ve kendi varlığında, sadece Bay Z’nin iradesini yerine getiren ve herhangi bir müdahale sıfatı bulunmayan Bay E tarafından imzalanan 2 Kasım 1983 tarihli sözleşmede yer alan tahkim şartı ile bağlı olduğuna karar vermiştir.*” Bu ifade ile hakem mahkemesi, M. E’nin M. Z adına bir temsilci değil ancak temsil yetkisi olmayan bir vekil sıfatıyla hareket ettiği düşüncesindedir.

³³² ICC Karar no. 6850, **XXIII YBCA 1998**, s. 37-41. Kararda, temsil olunan şirketin Almanya’da mukim olması nedeniyle, şirket adına işlem yapan kişilerin yetkisinin, Alman şirketin “hakkında uygulanması gereken hukuk” uyarınca da incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

³³³ ICC Karar no. 5065, **Collection II**, s. 330 vd.

uluslararası ticari tahkimin teamülleri ve özellikle dürüstlük kuralı olarak belirlemiş, dürüstlük kuralı uyarınca tahkim anlaşmasının yetkili kişilerce yapıldığına karar vermiştir. Bu kararında tek hakem, herhangi bir ehliyet tartışmasının da bulunmadığını belirterek, yetkinin ehliyet kapsamında değerlendirilmediğini de örtülü olarak ifade etmiştir.

Alman Deniz Tahkimi Derneği'nin 2005 tarihli bir kararında hakemler, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere herhangi bir hukuk seçimi yapmadıklarını, bu nedenle tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının geçerliliğini tespit için kullanılacağını, bu nedenle temsil yetkisinin tahkim yeri hukuku olan Alman hukukuna göre değerlendirilmesi gerekeceğini ifade ederek yetkiyi, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uyarınca belirlemiştir³³⁴. Hakemler ayrıca, temsilci ile temsil olunan arasında yetkinin verildiği yer hukukunun uygulanmasını³³⁵ da reddetmiştir³³⁶.

3. Mahkeme Kararlarında Yetkinin Esas Kapsamında Değerlendirilmesi

Bazı ülke mahkemelerinin, tahkim anlaşması yapma yetkisini, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir husus olarak değerlendirdikleri ve tahkim anlaşması yapma yetkisini tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uyarınca tespit ettikleri görülmektedir.

Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, bir *ad hoc* hakem kararının iptali davasına ilişkin verdiği 1999 tarihli bir kararında, taraflar adına sözleşme yapan temsilcinin yetkisini, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk kapsamında

³³⁴ Alman Deniz Tahkimi Derneği'nin 8 Kasım 2005 tarihli kararı, **XXXI YBCA 2006**, s. 66-71.

³³⁵ Born, s. 561. Yazar, temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiden, bu ilişkiye yabancı olan bir üçüncü kişinin olumsuz bir şekilde etkilenmemesi gerektiğini ifade eder. Yazara göre, tahkim anlaşmasının geçerliliği gözetilerek, bazı hallerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ve bazı hallerde temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun, yetkiye uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesi uygun olur.

³³⁶ Bununla birlikte Hamburg İlk Derece Mahkemesi, 1977 tarihli bir kararında, vekâletnamenin İtalya'da verildiğini dikkate alarak yetkinin İtalyan hukuku uyarınca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Karar için bkz. **III YBCA 1978**, s. 274-275. Mahkeme, bu çözümün, üçüncü kişiler açısından olumsuz sonuçlar doğuracağını da ayrıca ifade etmiştir. Keza bu kararında mahkeme, tahkim anlaşması yapmak için verilen yetkinin İtalyan hukuku uyarınca yazılı şekilde verilmesi gerektiğini belirtmiş, bu şarta uymadan yapılan tahkim anlaşmasını geçersiz kılarak verilen hakem kararını iptal etmiştir.

değerlendirmiştir. Mahkeme, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuku İsviçre MÖHK m. 178/2 uyarınca tespit etmiş ve bu hukuku tahkim anlaşması yapma yetkisinin varlığı ve geçerliliği için de esas almıştır. Mahkeme bu şekilde davacının, meseleye temsil statüsünü düzenleyen İsviçre MÖHK m. 126'nın uygulanması talebini reddetmiş, dolayısıyla meseleyi temsil statüsü olarak yorumlamadığını beyan etmiştir³³⁷.

İtalyan Temyiz Mahkemesi de 1992 tarihli bir kararında, “yetki” meselesinin “ehliyet” veya “esasa” ilişkin bir mesele olarak değerlendirilebileceğine işaret etmiştir³³⁸. Ancak mahkeme, hangi hukukun uygulanacağı yönünde açık bir görüş belirtmeden, yetkisizlik iddiasının herhangi bir şekilde ispatlanmadığı gerekçesiyle hakem kararının iptali talebini reddetmiştir.

İngiltere’de Londra Patent Mahkemesi, 19 Aralık 2013 tarihli güncel bir kararında, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna göre belirlenmesi gerektiği kabul etmiştir³³⁹. Bu tercihiyle mahkemenin, tahkim anlaşması yapma yetkisini esasa ilişkin bir mesele olarak değerlendirdiği ifade edilebilir. Bu karara konu olayda davacı, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin Türk hukuku uyarınca tespit edilmesi gerektiğini ve şirketi temsilen³⁴⁰ sözleşmeyi imzalayan *Steel Park Limited* ile *Charter Alpha Limited*’in tahkim anlaşması imzalamak için Türk hukuku uyarınca yetkilerinin bulunmadığını iddia ederek, aleyhinde verilen hakem kararının iptalini talep etmiştir. Mahkeme ise, tahkim anlaşmasının Türk hukukuna göre değil, tahkim yeri olan İngiliz hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiğini kabul ederek tahkim anlaşmasının yetkisiz kişilerce yapıldığı iddiasını reddetmiştir.

³³⁷ İsviçre Federal Mahkemesi’nin 8 Aralık 1999 tarihli *Arthur Andersen Business Unit Member Firms v. Andersen Consulting Business Unit Member Firms* kararı, **18 ASA Bulletin 2000**, s. 546-557. Bununla birlikte bu uygulamanın, Federal Mahkeme’nin yerleşik içtihadı olduğunu söylemek güçtür Zira aşağıda da görüleceği üzere, Federal Mahkeme’nin yetkiyi farklı şekilde değerlendirdiği kararları da mevcuttur.

³³⁸ İtalyan Temyiz Mahkemesi’nin 15 Ocak 1992 tarihli *Privilegiata Fabbrica Maraschino Excelsior Girolamo Luxardo SpA v. Agrarcommerz AG* kararı, **XVII YBCA 1993**, s. 427-432. Ayrıca bkz. Poudret/Besson, s. 241.

³³⁹ Londra Patent Mahkemesi’nin 19 Aralık 2013 tarihli *Habas Sinai ve Tıbbi Gazlar İstihsal Endüstrisi AŞ v. VSC Steel Company Ltd* kararı, **Kluwer Arbitration ITA Arbitration Report**, Cilt XII, Sayı 1.

³⁴⁰ Burada, iradi temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapması söz konusudur.

Yargıtay da 1995 tarihli bir kararında, her ne kadar ehliyete ilişkin kanunlar ihtilafi kurallarına da atıf yapsa da, sözleşmenin şirket yetkilisi tarafından imzalanıp imzalanmadığını tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, somut olayda tahkim yeri olan Bulgar hukuku uyarınca tespit etmiştir³⁴¹.

B. Tarafların Ehliyetine Uygulanacak Hukuk Uyarınca Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi

Yukarıda da ifade edildiği üzere³⁴², ehliyet ve yetki kavramları birbirinden farklıdır. Bu kavramlar arasındaki fark, milletlerarası özel hukuk alanındaki önemini, uygulanacak hukukun tespiti alanında gösterir. Zira ehliyet ve yetki meseleleri kural olarak birbirinden farklı değerlendirilmelidir.

Ehliyet ve yetki kavramları arasındaki fark ve bu farkın uygulanacak hukukun tespiti üzerindeki etkisi için İspanya Temyiz Mahkemesi'nin 1998 tarihli bir kararı önemli tespitler içerir³⁴³: “(*La Palentina*), “*tahkim anlaşmasının yokluğu ve/veya geçersizliği*” başlığı altında pek çok mesele ileri sürer. Tahkim anlaşmasını imzalayanların ehliyetsizliği ve temsil yetkilerinin bulunmaması meseleleri öncelikle incelenmelidir. Bu iki mesele birlikte ileri sürülmüş olmasına rağmen, gerçekte, birbirinden ayrı iki savunma sebebidir. Tahkim anlaşmasını imzalayanların ehliyeti, Medeni Kanun m. 9(11) ile de uyum içinde olan 5 Aralık 1988 tarihli 36 sayılı Kanun m. 60 uyarınca kişinin milliyeti uyarınca belirlenen şahsi hukukuna göre tabi iken; yetki meselesi, şayet temsil işlemi organları aracılığıyla gerçekleştirildiyse tüzel kişinin milli hukuku; veya temsil işlemi, bir vekaletname aracılığıyla üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirildiyse Medeni Kanun m. 10.11'in ikinci cümlesi uyarınca tespit edilen hukuk uyarınca belirlenir”. İsviçre Federal Mahkemesi de, 1995 tarihli bir kararında, ehliyet meselesinin diğer hukuki kavramlardan farklı bir hukuka tabi olduğunu şu şekilde ortaya koymuştur³⁴⁴: “*Kişinin şahsi hukukunun uygulandığı*

³⁴¹ Yarg. 19. HD T. 15.11.1995, 1995/9108 E. ve 1995/9685 K., Karar için bkz. Ertekin/ Karataş, s. 510 vd. ve Akıncı, **Tahkim**, s. 349, dn. 627. Ancak mahkeme bu kararda, tahkim yeri hukukunun maddi kurallarını değil, kanunlar ihtilafi kurallarını dikkate alarak yetkiye şirketin tescil edildiği ülke olan Türk hukukunu uygulamıştır.

³⁴² Birinci Bölüm, §1.

³⁴³ İspanya Temyiz Mahkemesi'nin 17 Şubat 1998 tarihli *Unión de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre v. La Palentina SA* kararı için bkz. **XXVII YBCA 2002**, s. 533-539.

³⁴⁴ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 21 Mart 1995 tarihli kararı için bkz. **XXII YBCA 1997**, s. 805.

sübjektif tahkime elverişlilik meseleleri (işlem yapma ehliyeti, hukuki ehliyet ve sözleşme yapma ehliyeti) dışında, tahkim anlaşması “ taraflarca tahkim anlaşmasının uygulanması için seçilen hukuka, böyle bir hukuk seçimi yapılmadıysa hakem kararının verildiği yer hukukuna” göre incelenmelidir.”

Kavramlar arasındaki bu farka rağmen, bazı mahkeme ve hakem kararlarında tahkim anlaşması yapma yetkisinin, tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk uyarınca belirlendiği görülmektedir. Bu görüşler çerçevesinde değerlendirme yapabilmek için öncelikle ehliyete uygulanacak hukukun tespiti ve tahkim anlaşmasının ehliyet bakımından geçersizliğinin genel olarak incelenmesi gerekmektedir.

I. Genel Olarak

Her sözleşme gibi, tahkim anlaşmasını akdeden tarafların da ilgili anlaşmayı akdetmek konusunda ehliyetli olmaları şarttır; aksi takdirde tahkim anlaşması ehliyetsizlik nedeniyle hüküm ifade etmeyecektir³⁴⁵. Kural olarak, hukuki işleme taraf olma ehliyetini haiz olan gerçek ve tüzel kişiler tahkim anlaşması yapmak konusunda da ehliyeti haizdirler. Bu kapsamda, gerçek kişiler ile şirketlerin ehliyetlerine uygulanacak hukuk benzerlikler gösterir. Ancak şirketlerin farklı nedenlerle farklı ülke hukuklarına tabi kılınabilmeleri nedeniyle, şirketlerin ehliyetine uygulanacak hukukun tespiti, gerçek kişilerin ehliyetine uygulanacak hukukun tespitine kıyasen daha karmaşıktır³⁴⁶.

New York Sözleşmesi m. V/1(a) uyarınca, tahkim anlaşmasının taraflarının sözleşme akdetmeye ehliyeti olmaması durumunda yabancı hakem kararının tenfizi reddedilebilir. Dolayısıyla New York Sözleşmesi tarafların tahkim anlaşması akdetmeye ehliyetli olmamasını ayrı bir geçersizlik hali olarak değerlendirir ve tarafların ehliyetinin mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca kendilerine uygulanması gereken hukuka göre belirlenmesi gerektiğini ifade eder³⁴⁷. MÖHUK

³⁴⁵ Doktrinde, “ehliyetsizlik” meselesinin milletlerarası ticari tahkim kapsamında sık karşılaşılan bir durum olmadığı ifade edilir. Redfern/Hunter, s. 95; Özel, s. 67.

³⁴⁶ Özel, s. 69.

³⁴⁷ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 344; Akıncı, **Tenfiz**, s. 186; Esen, **Gülören Tekinalp’e Armağan**, s. 380; Esen, **Teşmil**, s. 71. MTK uyarınca görülen iptal davaları için aynı yönde bkz. Akıncı, **Tahkim**, s. 275. Yazar, New York Sözleşmesi kapsamındaki tenfiz davaları için,

ise ehliyetsizliği bir tenfiz engeli olarak ayrıca düzenlemez³⁴⁸. Hakem kararının iptalini düzenleyen hükümler olarak MTK m. 15 ve Avrupa Sözleşmesi m. IX da, tahkim anlaşmasının taraflarının ehliyetsiz olmasını bir iptal sebebi olarak ayrıca kabul eder.

New York Sözleşmesi m. V/1(a) ve Avrupa Sözleşmesi m. VI/2 ile m. IX uyarınca tahkim anlaşmasının tarafları, “haklarında tatbiki gereken kanun” uyarınca tahkim anlaşması akdetmeye ehliyetli olmalıdırlar³⁴⁹. Tahkim anlaşmasının taraflarının “haklarında tatbiki gereken kanun” ise, kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla belirlenir³⁵⁰. Bu durumda, ehliyet meselesinin hakem mahkemesi önünde gündeme gelmesi halinde tahkim yeri kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek hukukun³⁵¹, iptalinin talep edilmesi halinde ise iptal mahkemesinin kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek hukukun meseleye uygulanması önerilir³⁵².

tahkim yeri kanunlar ihtilafı kurallarının esas alınması gerektiğini ifade eder. Akıncı, **Tahkim**, s. 352.

³⁴⁸ MÖHUK uyarınca tenfizi talep edilen hakem kararında tarafların ehliyetinin hangi hukuka göre tespit edileceği tartışılabilir. Zira ehliyetsizliğin, MÖHUK m. 62/1(e) kapsamında genel bir geçersizlik hali olması kabul edilirse, kanunun ifadesi ile, taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre belirlenmesi gerekebilir. Ancak doktrinde, MÖHUK'ta yer alan boşluğun New York Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemeye paralel olarak, MÖHUK'ta ehliyeti düzenleyen m. 9 vd. uyarınca belirlenmesi gerektiği savunulur. Bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s. 187; Esen, **Gülören Tekinalp'e Armağan**, s. 380; Şit, s. 208.

³⁴⁹ Bununla birlikte Model Kanun'un, bir iptal sebebi ve bir tenfiz engeli olarak tarafların ehliyetsizliğini, “haklarında tatbiki gereken kanun” ifadesini kullanmadan düzenlediği yönünde bkz. Özel, s. 68. Yazar, “haklarında tatbiki gereken kanun” ifadesinin eksik veya yanlış anlaşıldığı gerekçesiyle Model Kanun'da özellikle kullanılmadığını; ancak bu farklılığın somut olarak bir fark yaratmadığını, bu durumda da uygulanacak hukukun tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleneceğini ifade eder.

³⁵⁰ Redfern/Hunter, s. 96; Born, s. 553 ve s. 556; Lew/Mistelis/Kröll, s. 118; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 243-245; Poudret/Besson, s. 233; Akıncı, **Tenfiz**, s. 187; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 249, dn. 288; Razumov, s. 260; Özel, s. 68; Esen, **Gülören Tekinalp'e Armağan**, s. 380; Şit, s. 208.

³⁵¹ Bununla birlikte, hakemlerin *lex fori*'sinin bulunmadığı, bu nedenle hakemlerin herhangi bir ülke hukukunun maddi veya kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda olmadığı da unutulmamalıdır. Örneğin, ICC'nin 2008 tarihli ve 14470 sayılı kararı için, devletlerin ve kamu kurumlarının tahkim anlaşması yapma ehliyetlerinin kararda tartışılmadığı, ancak hakem kararının her türlü yaptırımından korunması amacıyla tarafların ehliyetlerinin doğrudan tahkim yeri hukuku olan Fransız hukukuna göre tartışılmasının faydalı olacağı ifade edilmiştir. Karar ve karar hakkında Eduardo Silva Romero'nun yorumu için bkz. **Collection VI**, s. 945-957 ve özellikle s. 952.

³⁵² Akıncı, **Tenfiz**, s. 116-117; Özel, s. 68.

Bir ticaret şirketinin tahkim anlaşması yapma ehliyeti, öncelikle şirketin kurulduğu ülke³⁵³ ile idare edildiği ülke hukukuna tabidir. Bu bağlamda, tüzel kişilerin ehliyetinin tespit edilmesi için kuruluş yeri teorisi veya idare merkezi teorisi kabul edilebilir. Gerçek kişilerin ehliyeti genellikle ikamet yeri hukuku, mutad mesken veya milli hukuka göre belirlenir³⁵⁴.

Bu şekilde ehliyetin, genel olarak, gerçek kişiler için milli hukuk, tüzel kişiler için ise kurulduğu veya idare edildiği yer hukuku uyarınca tespit edilmesi gerektiği ifade edilir³⁵⁵. Türk hukukunda gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti, MÖHUK m. 9/1 uyarınca milli hukuka tabidir³⁵⁶. Tüzel kişilerin ehliyeti ise genellikle tüzel kişinin gerçek veya fiili idari merkezinin bulunduğu yer veya kuruluş yeri hukukuna tabidir³⁵⁷. Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti ise fiili idare merkezi hukukuna tâbidir. Statüsünde idare merkezi farklı görünen bir tüzel kişinin fiili idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde ise Türk hukuku uygulanabilir.

MÖHUK m. 9/2, işlem güvenliği ilkesini benimser ve milli hukukuna göre ehliyetsiz olan kişilerin, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehliyetli olması halinde tarafı olduğu hukuki işlemle bağlı olacağını ifade eder³⁵⁸. Bu maddeye göre,

³⁵³ Redfern/Hunter, s. 96. Yazara göre, gerçek kişilerde olduğu gibi, uluslararası sözleşmelerin söz konusu olduğu durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukukun da göz ardı edilmemesi gerekir.

³⁵⁴ Redfern/Hunter, s. 96; Akıncı, **Tenfiz**, s. 116, dn. 396; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 11.

³⁵⁵ Born, s. 553 ve s. 556; Lew/Mistelis/Kröll, s. 118; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 243-245; Poudret/Besson, s. 233; Razumov, s. 260. Örnek olarak bkz. ICC Karar no. 4381, **Collection II**, s. 265-267; ICC Karar no. 7337, **Collection IV**, s. 310; ICC Karar no. 6474, **Collection IV**, s. 341 vd.

³⁵⁶ Akıncı, **Tahkim**, s. 275; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 11.

³⁵⁷ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 11. Yazara göre, şirketin ehliyetine uygulanacak hukuk aynı zamanda tüzel kişinin organlarının teşekkülü ile tüzel kişiyi temsil ve ilzama yetkili kişilerin belirlenmesine de uygulanır. Alman Temyiz Mahkemesi 1998 tarihli bir kararında, kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak, dış ticaret izni olmayan bir Yugoslav şirketin dış ticaret sözleşmesinde yer alan tahkim şartına taraf olma ehliyetini haiz bulunmadığı gerekçesiyle tahkim anlaşmasının geçersizliğine ve dolayısıyla tenfiz talebinin reddine karar vermiştir. Alman Temyiz Mahkemesi'nin 23 Nisan 1998 tarihli kararı, **XXIV YBCA 1999**, s. 928-944.

³⁵⁸ İşlem güvenliği hakkında ayrıntılı bilgi için Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 104-105; Ergin Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 19. Bası, İstanbul: Beta, 2011, s. 220-222; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 10. Bası, İstanbul: Beta, 2010, s. 205-206; Gülören

Türk hukuku uyarınca ehliyetli olmayan kişilerin, ehliyetli oldukları ülkede tahkim anlaşması akdetmeleri durumunda bu kişiler tahkim anlaşması ile bağlı olacaklardır³⁵⁹.

Tarafların ehliyeti konusunda işlem güvenliği ilkesi Roma I Tüzüğü (593/2008) m. 13'te de öngörülmektedir. Bu madde uyarınca, aynı ülkede bulunan iki tarafın akdettiği sözleşmede, o ülke kanunları uyarınca ilgili sözleşmeyi akdetmeye ehliyetli olan kişinin, başka bir hukuka göre ehliyetsiz olduğunu ileri sürebilmesi için, sözleşmenin karşı tarafının bu ehliyetsizliği biliyor olması veya bu ehliyetsizliği bilmemesinin kendi kusurundan kaynaklanması gerekir.

Bununla birlikte şirketler, işlemlerin aleyhlerine sonuç doğurması halinde ilk olarak, gerçekleştirilen işlemin şirketin faaliyeti alanı dışında kaldığını ve şirketin tahkim anlaşmasına taraf olmak konusunda hak ehliyetlerinin bulunmadığını iddia edebilirler³⁶⁰. Bu şekilde, *ultra vires* işlemlerin tarafları hakkında olumsuz etki doğurmalarını engellemek amacıyla ülkeler bu ilkenin sınırlandırılması veya tamamen kaldırılması yöntemlerini benimseyebilmektedir³⁶¹.

Böylece, gerçek kişi veya ticaret şirketlerinin tahkim anlaşması yapma ehliyeti, genellikle kendilerine uygulanacak hukuk uyarınca belirlenir. Ancak bu kuralın, tahkim anlaşmasına taraf devletlere de uygulanması, olumsuz sonuçlara yol

Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 81-86.

³⁵⁹ Özel, s. 68. Tüzel kişilerin ehliyeti açısından işlem güvenliği ilkesinin uygulandığı bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, 19.7.2005 T., 2005/4621 E. ve 2005/7778 K.: “(...)davalı şirketin hukuki muamele ehliyetinin MÖHUK 8 /son maddesi gereğince statülerindeki idare merkezi hukukuna tabi olmasına rağmen, aynı Yasanın işlem güvenliğine ilişkin 8/2. maddesinde idare merkezi hukukuna göre ehliyetsiz olan tüzel kişinin Türk Hukukuna göre ehil ise Türkiye’de yaptığı hukuki işlemle bağlı olacağına öngörülmesine (...)” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

³⁶⁰ Redfern/Hunter, s. 96. Doktrinde, şirketin usulüne uygun şekilde temsil edilmemesi veya yetkisiz kişilerin şirket adına işlem yapması durumu da şirketin ehliyeti kapsamında, değerlendirilmektedir. (Bkz. Özel, s. 70). Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, şirketin temsiline ilişkin hükümler, şirketin fiil ve hak ehliyeti ile ilgili değildir. Bu kapsamda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 24.12.1991 tarihli, 1990/2931 E. ve 1991/6828 K. sayılı kararının şirketlerin ehliyeti ile bir ilgisi yoktur. Karar için bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 346-347 ve dn. 342.

³⁶¹ Örneğin Türk hukukunda “*ultra vires*” ilkesi, şirketlerin hak ehliyeti bakımından TTK ile yeniden düzenlenmiş ve şirketin hak ehliyetini sınırlayan değil, ancak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm olarak TTK’da yer almıştır. Bu konuda bkz. Birinci Bölüm, §3, B, I.

açabilir³⁶². Zira devlet veya devlet organının, kendi akdettiği bir tahkim anlaşmasının, yine kendi koyduğu kuralların sebep olduğu ehliyetsizlik nedeniyle geçersizliğini ileri sürmesi geçerli bir neden olarak kabul edilmemektedir³⁶³. Bu nedenle, devletlerin ve devlet organlarının tahkim anlaşması yapma ehliyetinin kendi ülke hukuklarına tabi olması meselesi doktrinde tartışmalıdır³⁶⁴. Bu bağlamda ülke hukukları da farklı sistemleri benimser³⁶⁵. Avrupa Sözleşmesi m. II/1 ise, haklarında uygulanacak hukuk uyarınca kamu hukuku tüzel kişisi olarak vasıflandırılan tüzel kişilerin tahkim anlaşması akdetmeye ehliyetli olduklarını açıkça ifade ederek devletlerin veya kamu kuruluşlarının ehliyetsizlik itirazlarını engellemeyi amaçlar³⁶⁶.

Tahkim anlaşması yapma ehliyeti hakkında verilen genel bilgiler ışığında, tahkim anlaşması yapma yetkisinin bir ehliyet meselesi olarak değerlendirildiği bazı haller aşağıda incelenmektedir.

³⁶² Bu konuda bkz. Tunus İlk Derece Mahkemesi'nin 22 Mart 1976 tarihli *Société Tunisienne d'Electricité et de Gaz (STEG) v. Société Entrepouse, Court of First Instance of Tunis* kararı için bkz. **III YBCA 1978**, s. 283. Karar hakkındaki açıklamalar için bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s. 117, dn. 399.

³⁶³ Bu konuda bkz. Jan Paulsson, “**May a State Invoke Its Internal Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration**”, II Arbitration International 1986, s. 90-103. Doktrinde bazı yazarlar tarafından, bir devlet tarafından, tahkim anlaşması yapma ehliyeti konusunda getirilen kısıtlamaların bir “ehliyet” sorunu olarak değil, bir “tahkime elverişlilik” meselesi olarak görülmesi gerektiği ifade edilir. Bu görüşe göre, bir devletin kendi ehliyetini kısıtlaması, teknik anlamda - örneğin bir zihinsel engelinin ehliyetinin bulunmaması gibi - bir ehliyet kısıtlaması değildir. Zira kısıtlama devletin kendisi tarafından kabul edilmiştir ve istendiği zaman yine kendisi tarafından kaldırılabilir. Bu nedenle, devletin kendi ehliyetini kısıtlaması, “tahkime öznel elverişlilik” (subjective arbitrability) olarak değerlendirilmelidir. (Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 317).

³⁶⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Born, s. 630-635.

³⁶⁵ Redfern/Hunter, s. 97; Özel, s. 71. Örneğin Fransız Medeni Kanunu m. 2060 uyarınca kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili uyuşmazlıklar ve daha genel olarak kamu düzenini ilgilendiren meselelerin tahkim yoluyla çözümlenemeyeceği ifade edilir. Bununla birlikte, ticari veya sınai nitelikteki kamu tüzel kişiliğini haiz bazı kuruluşların tahkim anlaşması yapabilecekleri kabul edilmektedir. Keza İsviçre MÖHK m. 177/2 uyarınca, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin devlet veya devlet kontrolünde bulunan bir işletme veya kuruluş olması durumunda bu kişiler, tahkim anlaşması yapma ehliyetlerinin bulunmadığını iddia edemezler. Belçika’da da kamu hukuku tüzel kişiliklerinin tahkim anlaşması yapması yönündeki engel, 19 Mayıs 1998 tarihli Kanun’un 1676/2. maddesi ile kaldırılmıştır. Bu kanun ile yapılan düzenlemeler hakkında bkz. Bernard Hanotiau / Guy Block, “**La Loi du 19 Mai 1998 Modifiant la Législation Belge Relative à l'Arbitrage**”, 16 ASA Bulletin 1998, s. 531-532. Türk hukukunda ise, Anayasa’nın 125. maddesinde 4446 sayılı “TC Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” aracılığıyla 1999 tarihinde yapılan değişiklik ile, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülebileceği, milletlerarası tahkime ise ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebileceği ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 255; Özel, s. 71.

³⁶⁶ Akıncı, **Tenfiz**, s. 117. Yazar bu maddenin, yargı muafiyeti itirazlarını engelleyeceğini ifade eder. Devletlerin tahkim yargılamasındaki yargı bağıksızlıkları hakkında bkz. Özel, s. 71 vd.

II. Hakem Kararlarında Yetkinin Ehliyet Kapsamında Değerlendirilmesi

Hakem kararlarında genel olarak, yetki ve ehliyet kavramlarının birbirlerinden ayrıldığı ve yetkiye uygulanacak hukukun ehliyetten bağımsız olarak değerlendirildiği görülür. Bu kapsamda, hakem kararlarında yetkinin, “ehliyet” kavramının bir parçası olarak değerlendirildiğini söylemek güçtür.

Bu bağlamda hakemlerin ehliyet meselesini doğru bir şekilde değerlendirdikleri ve gerçekten ehliyeti ilgilendiren hususlara “ tarafların haklarında uygulanması gereken hukuku” uyguladıkları ifade edilebilir. Örneğin 2003 tarihli bir ICC kararında hakem mahkemesi, kuruluş işlemlerini tamamlamak için mukim olduğu ülkenin adalet bakanlığından onay belgesi almayan şirketin ehliyetsiz olduğu gerekçesiyle esasa girmeden davayı ehliyetsizlik nedeniyle reddetmiştir³⁶⁷. Burada şirketin, kurulduğu ülke hukukuna göre ehliyet kazanmadığı anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, yetki meselesinin, “ tarafların kendilerine uygulanacak hukuk” uyarınca değerlendirilmesi, yetki meselesinin her zaman “ehliyet” kavramı içinde değerlendirildiği sonucuna ulaşılmasını gerektirmez. Zira şirketin merkezinin bulunduğu ülke hukuku, aynı zamanda yetkinin kaynağı olan ülke hukuku olarak kabul edilebilir. Yetki ise genel olarak, kaynağını bulduğu ülke hukukuna tabidir³⁶⁸.

Ancak, istisnai de olsa, yetki ve ehliyet kavramlarının birlikte değerlendirildiği de görülmektedir. 1992 tarihli bir ICC kararı buna güzel bir örnektir³⁶⁹. Bu kararda davalı tarafın, bir devlet veya bir kamu kurumu olduğu anlaşılmaktadır. Davalı taraf, kendi hukukunun uygulanması gerektiğini, tahkim yeri olan İsviçre hukukunun sözleşmeyi imzalayan kişilerin yetki ve ehliyetlerine uygulanmayacağını ve kendi hukuku uyarınca, sözleşmeyi imzalayan kişilerin sözleşme imzalama ehliyeti ve yetkisi olmadığını ileri sürmüştü ve bu kapsamda üç olgunun araştırılması gerektiğini savunmuştur: (i) yetkililerin ülke hukukuna uygun davranıp davranmadığı, (ii) davacıların, özellikle hükümet yetkililerin temsil yetkisi hakkında dürüstlük kuralı

³⁶⁷ ICC Karar no. 12073, **XXXIII YBCA 2008**, s. 63-81.

³⁶⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 246.

³⁶⁹ ICC Karar no. 6474, **Collection IV**, s. 341 vd.

içinde davranıp davranmadıkları ve (iii) herhangi bir “onayın” bulunup bulunmadığı. Davacı ise, hükümet adına işlem yapan tüm bakan ve yetkililerin hükümeti temsile yetkili olduğunu, bu böyle olmasa dahi davacıdan bu yetkisizliği bilmesinin beklenemeyeceği ve sözleşmeyi imzalayan kişilerin temsile yetkili oldukları konusunda dürüstlük kuralına uygun davrandıklarını ifade etmiştir. Davacı ayrıca, davalının temel sözleşme uyarınca ifayı kabul etmekle yetkisizliği kaldırdığını da ileri sürmüştür. Hakem mahkemesi ise, tarafların tahkim anlaşması yapmalarının milli hukuklarına tabi olduğunu, yetkinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiş; ancak daha sonra, devletlerin kendi hukuklarından doğan ehliyetsizlik ve yetkisizlik sebeplerini ileri süremeyecekleri gerekçesiyle davalının savunmalarını reddetmiştir. Hakem mahkemesi, davalının itirazlarının başarılı olabilmesi için davalının, uluslararası sözleşmeler ve özellikle tahkim şartı içeren sözleşmeler hakkında bakanların ve diğer yetkililerin yetkilerini gösteren kanun ve yönetmeliklerin sunulması gerektiğini ve bu düzenlemelerin bakan ve diğer yetkililer tarafından ihlal edildiğini ispatlaması gerektiğini belirtmiş, bu gereklilikler yerine getirilmediği için de davalının itirazlarını reddetmiştir.

Yine ICC'nin 7373 sayılı kararında, tahkim anlaşması yapma yetkisinin, ehliyet ile birlikte değerlendirilerek kişinin, milli hukukuna tabi olduğu ifade edilmiştir: *“Bir sözleşme imzalama ehliyet ve yetkisi, ilgili kişinin milli hukukuna veya ikamet yeri hukukuna tabidir. Bu çözüm neredeyse tüm (...) ülke hukuk sistemlerinde kabul edilir.”*³⁷⁰

III. Mahkeme Kararlarında Yetkinin Ehliyet Kapsamında Değerlendirilmesi

Bazı mahkeme kararlarında, tahkim anlaşması yapma yetkisinin bir ehliyet meselesi olarak değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin İtalya Yüksek Mahkemesi 1997 tarihli bir kararında, İtalya'da kurulu şirket adına işlem yapan kişilerin yetkilerinin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak İsviçre hukukuna göre değil, New York Sözleşmesi uyarınca “kendilerine uygulanacak hukuka” - somut olayda şirket merkezinin bulunduğu İtalya hukukuna - göre değerlendirmiş ve tahkim

³⁷⁰ ICC Karar No. 7373, Grigera Naon, **Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration**, 289 Recueil des Cours 9, 98-99, 2001 (Born, s. 555, dn. 669'dan naklen). Bu karar hakkında ayrıca bkz. Born, s. 557.

anlaşması akdetmenin şirket yetkilileri için olağanüstü işlerden olmadığı gerekçesiyle davalı şirketin tahkim anlaşmasının geçersizliği yönündeki iddialarını reddetmiştir³⁷¹.

Bazı mahkeme kararlarında ise, mesele ehliyet kavramı içinde değerlendirilmekle birlikte, buna ilişkin itirazlar kişinin hakkında uygulanacak hukuk yerine, dürüstlük kuralı uyarınca reddedilmektedir. Örneğin Paris İstinaf Mahkemesi 2005 tarihli bir kararında³⁷², temsilci aracılığıyla imzalanan tahkim anlaşmasının geçerliliğini, vasıflandırma tartışmasına girmeden, ehliyet kapsamında değerlendirmiş ve sözleşmeyi imzalayan kişilerin yetkili olduklarına dair karşı tarafta güven uyandırıldığını ifade ederek tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir. Böylece mahkeme, konuyu ehliyet olarak nitelemesine rağmen, davacı şirketin tahkim anlaşması yapma ehliyetini “kendisine uygulanacak hukuk” olan İtalyan hukukuna değinmeden tespit etmiştir³⁷³.

İsviçre Federal Mahkemesi 1992 tarihli bir kararında, yetki meselesinin tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir mesele olmadığını, bu meselenin, ehliyet ve yetkiyi düzenleyen İsviçre kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁷⁴.

Aynı mahkeme 2004 tarihli başka bir kararında ise, konuyu bir ehliyet meselesi olarak değerlendirmiş ancak herhangi bir milli hukuka atıf yapılmasına gerek olmaksızın, uluslararası ticaret hukukunun teamüllerini ve taraf iradelerini dikkate

³⁷¹ İtalya Yüksek Mahkemesi'nin 23 Nisan 1997 tarihli *Dalmine S.p.A. v. M. & M. Sheet Metal Forming Machinery A.G.* kararı, **XXIV YBCA 1999**, s. 709-713.

³⁷² Paris İstinaf Mahkemesi'nin 24 Şubat 2005 tarihli *Société Sidermetal SRL v. Société Arcelor International Export* kararı için bkz. **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 210 - 213.

³⁷³ Bu şekilde, Tunus mahkemelerinin 1978 tarihli bir kararında da, tarafların ehliyetinin milli hukuklar yerine, uluslararası sözleşmeler için, uluslararası prensiplere göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Tunus İlk Derece Mahkemesi'nin 22 Mart 1976 tarihli *Société Tunisienne d'Electricité et de Gaz (STEG) v. Société Entrepouse, Court of First Instance of Tunis* kararı için bkz. **III YBCA 1978**, s. 283.

³⁷⁴ Karar için bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 22 Aralık 1992 tarihli *L. SA v. M. AG* kararı, **14 ASA Bulletin 1996**, s. 646-650.

olarak, davacı tarafça (hakem kararının iptali davasında) ileri sürülen ehliyetsizlik (aslında yetkisizlik) itirazını reddetmiştir³⁷⁵.

Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 01.10.1998 tarih ve 1998/389 E. ve 1998/435 K. sayılı kararında da tahkim anlaşması yapma yetkisi ehliyete uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmiştir³⁷⁶.

C. Temsil Statüsü Uyarınca Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi

Tahkim anlaşmasını imzalayan kişilerin yetkileri, bazı uyuşmazlıklarda, temsil statüsü aracılığıyla tespit edilen hukuk uyarınca tespit edilmiştir.

I. Uyuşmazlığın Hakem Önünde Tartışılması

Kural olarak, hakemlerin bağlı oldukları bir *lex fori* yoktur ve hakemler tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı değildir³⁷⁷. Bu nedenle hakemler, uygulanacak hukukun tespitinde öncelikle tahkim yargılamasına ilişkin kuralları dikkate alırlar. Sonuç olarak da uygulamada hakemlerin, bazen uygun gördükleri bağlama kuralları uyarınca tespit edilen hukuku, bazen de doğrudan maddi hukuk kurallarını uyguladıkları görülür³⁷⁸. Dolayısıyla hakem kararlarında, uygulanacak hukukun tespiti için kullanılan yöntemlerde bir birlik yoktur. Ancak hakemlerin, tahkim anlaşmalarını mümkün olduğunca geçerli tutacak şekilde hareket ettikleri ifade edilebilir³⁷⁹. Bunun yanında hakemlerin, kararın daha sonradan iptal

³⁷⁵ Paris İstinaf Mahkemesi'nin 10 Haziran 2004 tarihli *Bargues Agro Industrie SA (France) v. Young Pecan Company (US)* kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 499-504.

³⁷⁶ Karar hakkındaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, §1. Mahkeme, bu kararda şekle uygulanacak hukuku düzenleyen maddeye de atıf yapmaktadır. Karar hakkındaki bilgilere, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 26.05.1999 tarihli, 1998/9679 E. ve 1999/4500 K. sayılı kararı ile ulaşılmıştır. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) Yargıtay, yetkiye uygulanacak hukuk kapsamındaki tartışmalara değinmeden kararı, dürüstlük kuralı bakımından incelemiştir.

³⁷⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 247; Redfern/Hunter, s. 234; Poudret/Besson, s. 233-234; Akıncı, **Tenfiz**, s. 62-63; Akıncı, **Tahkim**, s. 195, dn. 346; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 244-245; Esen, **Teşmil**, s. 67; Huysal, s. 351. Finlandiya için aynı görüşte bkz. Ulla Liukkunen, s. 153. Ayrıca bkz. Yves Derains'in ICC karar no. 4132 hakkındaki yorumları, **Collection II**, s. 457.

³⁷⁸ Lew, s. 136. Örneğin, tahkim yeri Fransa olan bir yargılamada tek hakem, tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı olmadığını vurguladıktan sonra, tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamamak için herhangi bir sebep olmadığını belirterek uygulanacak hukuku tahkim yeri olan Fransız kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlemiştir. ICC karar no. 14817, **Collection VI**, s. 985-994.

³⁷⁹ Lew, s. 139.

edilmemesi veya tenfizinin engellenmemesi için, tahkim yerinin bağlama kurallarını tamamen göz ardı etmemeleri gerekir³⁸⁰.

Hakemler, tahkim anlaşması yapma yetkisini esasa veya ehliyete ilişkin bir sorun olarak görmedikçe, tahkim anlaşması yapma yetkisine hangi hukukun uygulanacağı konusunda farklı yöntemler belirler. Hakemler için bir *lex fori*'nin bulunmaması ve hakemlerin tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı olmaması, hakemler için bir serbesti olarak yorumlanabilir. Ancak hakemlerin bu serbestiyi sınırlı bir şekilde uyguladıkları ifade edilebilir. Zira aşağıda anılacak kararlarında hakemler, bir ülkenin bağlama kuralını veya uluslararası ticarete kabul edilen ortak bazı bağlama kurallarını uygulayarak, yetkiye uygulanacak hukuku tespit etmişlerdir.

Bu kapsamda hakemlerin yetkiye uygulanacak hukuk olarak, temsilcinin yerleşim yeri, temsilcinin işlem yaptığı yer hukuku veya uyuşmazlıkla en yakın ilişkili yer hukukunu seçtikleri görülür. Bununla birlikte temsilci ve temsil olunan arasındaki ilişkiye uygulanacak hukukun, bu iki kişi arasındaki ilişkiyi bilmeyen üçüncü kişiye karşı uygulanmaması ve tahkim anlaşmasını geçerli tutacak hukukun uygulanması gerektiği ifade edilir³⁸¹. Bu görüş ile paralel olarak, Alman Deniz Tahkimi Derneği'nin 2005 tarihli kararında hakemler, temsilci ile temsil olunan arasında yetkinin verildiği yer hukukunun uygulanmasını reddetmiştir³⁸².

1990 tarihli ve New York'ta görülen bir ICC davasında hakemler, müvekkilin acente tarafından akdedilen tahkim anlaşması ile bağlı olup olmadığını, temsilcinin temsil yetkisini kullanarak temel sözleşmenin akdedildiği yer olan New York hukukunu en yakın ilişkili hukuk olarak tespit etmiş, yetki meselesini bu hukuka göre değerlendirmiş ve acentenin bu işlem için yetkili olduğu sonucuna varmıştır³⁸³.

³⁸⁰ Poudret/Besson, s. 233-234.

³⁸¹ Born, s. 1148. Yazar, temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiden, bu ilişkiye yabancı olan bir üçüncü kişinin olumsuz bir şekilde etkilenmemesi gerektiğini ifade eder. Yazara göre, tahkim anlaşmasının geçerliliği gözetilerek, bazı hallerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun, bazı hallerde ise temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun, yetkiye uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesi uygun olur. Bu konuda ayrıca bkz. Born, s. 561.

³⁸² Alman Deniz Tahkimi Derneği'nin 8 Kasım 2005 tarihli kararı, **XXXI YBCA 2006**, s. 66-71.

³⁸³ ICC Karar no. 6268, **XVI YBCA 1991**, s. 119-126.

Tahkim yeri Cenevre olan 1988 tarihli bir ICC kararı temsil yetkisinin varlığına, kapsamına ve temsil yetkisinin verilmesine ilişkin şartlar hakkında önemli tartışmalar içerir³⁸⁴. Bu davada hakem mahkemesi, temsilci tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının temsil olunanı bağlayıp bağlamayacağını ve tahkim anlaşması yapmak için gerekli olan yetkinin verilmesinde herhangi bir şekil şartının gerekli gerekeceğini tartışmış ve yetkinin verildiği ve kullanıldığı yer hukuku olan Avusturya hukukunu uygulamıştır: “3.(c) *Temsilcinin bir yönetim organı veya iradi temsilci olarak hareket etmesi; ve iradi bir temsilcinin varlığı durumunda temsil yetkisinin varlığı ve bu yetkinin kapsamı hakkında farklı hukuklar uygulanabilir. Temsilci bir organ olarak değil de iradi bir temsilci olarak işlem yaptıysa, yetkinin varlığına ve kapsamına ilişkin meseleler ayrılmalıdır. Yetkinin varlığını, başka bir ifadeyle, tahkim anlaşmasının temsil olunanı temsile yetkili bir kişi tarafından yapıp yapılmadığı, temsil olunanın işyeri veya meskeni hukukuna göre belirlenmelidir. (...) Yetkinin kapsamına ilişkin meseleler ise temsilcinin üçüncü kişiyle tahkim anlaşmasını akdettiği yer, başka bir ifadeyle (temsil yetkisinin) etki doğurduğu yer hukukuna göre belirlenmelidir. (...) (Somut olayda) davacının işyeri Viyana’dadır. Davalının yetkilileri varlığı tartışılan yetkiyi Linz’de kullanmıştır. Bu nedenle, şahsın hukuku³⁸⁵ ve etki doğurduğu yer hukuku aynıdır ve her iki halde Avusturya hukuku uygulanmalıdır.” Bu şekilde yetkiye, temsilciye yetki verilmesi için yazılı şekil şartını arayan³⁸⁶ Avusturya hukukuna uygulayan hakemler, yetkinin yazılı bir şekilde verilmediği ve davalının davranışlarıyla bu yetkiyi verdiğinin anlaşılmadığı gerekçesiyle tahkim anlaşmasını geçersiz kabul edilmiş ve uyuşmazlığı görmeye yetkili olmadıklarını belirtmişlerdir.*

2000 tarihli bir diğer ICC kararında da tek hakem, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yeri olan İsviçre hukuku uyarınca tespit edilmesi gerektiğine karar vermiş ve tüzel kişiyi temsilen işlem yapan kişinin yetkisini bağlama kuralları uyarınca tespit etmiştir³⁸⁷: “*Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu*

³⁸⁴ ICC Karar No. 5832, **Collection II**, s. 536 vd.

³⁸⁵ Temsil olunanın işyeri veya mesken hukuku ifade edilmek istenmektedir.

³⁸⁶ Temsil yetkisinin verilmesinde şekil şartı hakkında bkz. Birinci Bölüm, §2, C.

³⁸⁷ ICC Karar no. 10329, **XXIX YBCA 2004**, s. 108-132: “*Tarafları bağlayan bir tahkim anlaşmasının varlığının incelenmesinden önce hakem, bu anlaşmaya uygulanacak hukuku tespit edecektir. Ağustos ayında, “sipariş teyidi”nde yer alan tahkim şartının yazılması sırasında davalı İsviçre dışında mukimdir. Buna ek olarak, tahkim yeri Cenevre’dir. Böylece*

Bölüm XII tahkim anlaşması yapmak için gerekli temsil yetkisine uygulanacak hukuku açıkça belirtmemektedir. İçtihat ve (...) çoğunluk görüşe göre, bir tüzel kişiyi temsile uygulanacak hukuk, o tüzel kişiye uygulanacak hukuka, yani Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 155/son³⁸⁸ ile getirilen genel kural uyarınca kurulduğu ülke hukukuna tabidir. Bu nedenle, davacı İsviçre’de mukim olduğundan, bu mesele de İsviçre hukukuna tabidir.”

Görüldüğü üzere, yetkiye uygulanacak hukukun tespiti konusunda hakemler farklı kriterler belirler. Ancak bu kriterlerin genellikle kabul edilen kriterler olduğu ifade edilebilir. Bu kriterlerin uygulanması sırasında da, tahkim anlaşmasının mümkün olduğu kadar geçerli tutulmaya çalışıldığını belirtmek yanlış olmayacaktır.

II. Uyuşmazlığın Mahkeme Önünde Tartışılması

Hakem mahkemelerinden farklı olarak ulusal mahkemelerin, *lex fori*’nin bağlama kuralları uyarınca hareket ettiği ifade edilebilir³⁸⁹. Ulusal mahkemelerin, *lex fori*’nin hangi hükmünün uygulanacağını tespit edebilmesi için öncelikle yetki meselesinin vasıflandırılması gerekir. Ancak hakem kararlarında olduğu gibi mahkeme kararlarında da bu şekilde bir vasıflandırma tartışmasının yapılmadığı görülmektedir³⁹⁰. Bazı kararlarda mahkemeler, tahkim anlaşmasının esası veya tarafların ehliyetinden ayrı olarak, *lex fori*’nin belirli bağlama kurallarıyla yetkiye uygulanacak hukuku tespit etmiş, bazen de kendi hukukunun maddi kurallarını doğrudan uygulamıştır³⁹¹.

Yukarıda ifade edildiği üzere hakemlerin bağlı oldukları bir *lex fori* ve dolayısıyla uygulamakla zorunlu oldukları bağlama kuralları yoktur. Ancak mahkemeler, buldukları ülkenin bağlama kuralları uyarınca uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku tespit etmek durumundadır. Yukarıda yer alan

Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 176/1’de yer alan şartlar gerçekleşmiştir. Sonuç olarak, anılan kanunun 12. Bölümü somut olayda uygulanır.”

³⁸⁸ Bu madde, tüzel kişilerin temsilini, şirketin organizasyonunun bulunduğu yer hukukuna bağlar. Bu nedenle bu maddenin, şirketler açısından temsil statüsü oluşturduğu ifade edilebilir.

³⁸⁹ Lew, s. 136.

³⁹⁰ Bununla beraber, ulaşıkları sonuçlar ve kararlarındaki ifadeler dikkate alınarak aşağıda bir gruptandırma yapılmaya çalışılmıştır.

³⁹¹ Bu yöndeki kararlar için bkz. İkinci Bölüm, §3, A.

vasıflandırma tartışmaları ışığında, MÖHUK'ta ve diğer ülke hukuklarında yer alan ve tahkim anlaşması yapma yetkisine uygulanmak üzere kullanılabilecek bazı bağlama kurallarına değinmekte yarar vardır.

MÖHUK m. 30³⁹², temsil konusunda bağlama kuralı getirir ve temel sözleşme ve temsil yetkisinden bağımsız bir temsil statüsü oluşturur. MÖHUK m. 30'a göre, temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir. Ancak bu hukuk, sadece temsilci ve temsil olunan arasındaki iç hukuku belirler³⁹³. Burada önemli olan mesele ise, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında uygulanacak hukuktur. Bu konuda MÖHUK m. 30, temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukukunun uygulanacağı hükmünü amirdir³⁹⁴. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanır. Temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisi, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

Diğer ülke hukukları da, MÖHUK'ta yer alan düzenlemeler ile paralel ve bazı konularda daha ayrıntılı düzenlemeler içerir.

İsviçre hukukunda, genel olarak, İsviçre MÖHK m. 35 ve m. 36 gerçek kişilerin ehliyetine, m. 124 şikle uygulanacak hukuka, m. 126 temsil statüsüne, m. 154 ve m. 155 tüzel kişilerin ehliyetine, m. 178/1 tahkim anlaşmasının şekline ve m. 178/2 tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirler. İsviçre MÖHK m. 155/i açıkça, şirket hakkında uygulanacak hukukun, şirketi temsil yetkisine de

³⁹² MÖHUK m. 30 ile getirilen düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “**Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil**”, Batider 2012, Cilt XXVIII, Sayı: 1, s. 67-108; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları**, 11. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 130 vd. Temsil yetkisine uygulanacak hukuk hakkında ayrıca bkz. Gülören Tekinalp, **Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.

³⁹³ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 135.

³⁹⁴ Bu kural, işyeri olan bir temsilci açısından temsil yetkisinin etki alanının dikkate alınmasının bir sonucudur ve temsil yetkisine uygulanacak hukuk sorununa ilişkin olarak İsviçre ve Alman hukuklarında da kabul edilen çözümdür. (Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 133).

uygulanacağını belirtir³⁹⁵. Bu maddeler yanında İsviçre MÖHK m. 158, tüzel kişilerin tabi olduğu kanunlar dolayısıyla, organlarının veya temsilcilerinin yetkisizliklerini ileri sürememesini; m. 177/2 ise bir devlet veya kamu kurumunun, kendi hukukundan doğan ehliyetsizliğini diğer kişilere karşı ileri sürememesini hüküm altına alır³⁹⁶.

İsviçre hukukunda tahkim anlaşması yapma yetkisinin, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir konu olarak değerlendirilmediği, bu nedenle yetkiye uygulanacak hukuk hakkında İsviçre MÖHK m. 178/2'in uygulanmayacağını baskın görüş olarak kabul edildiği³⁹⁷, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bu görüşü benimsediği ve dolayısıyla gerçek kişilerin yetkisine temsil statüsünü düzenleyen İsviçre MÖHK m. 126'yı, ticaret şirketlerinin temsili söz konusu olduğu durumlarda ise şirketin temsilini şirketin organizasyonun bulunduğu yer hukukuna bağlayan İsviçre MÖHK m. 155'i uyguladığı ifade edilir³⁹⁸.

Fransa, 14 Mart 1978 tarihli Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonu'na taraftır³⁹⁹. Sözleşme uyarınca temsilcinin yetkileri, temsilci ve temsil olunanın aralarındaki ilişkiye uygulanmak üzere seçtikleri hukuka (m. 5); tarafların uygulanacak hukuk konusunda anlaşmaması, zımnen böyle bir seçimin

³⁹⁵ Bu konuda bkz. ICC Karar no. 10329, **XXIX YBCA 2004**, s. 108-132.

³⁹⁶ İsviçre MÖHK m. 158 tüzel kişilerin temsilcilerinin yetkilerine ilişkin iken İsviçre MÖHK m. 177/2 devlet veya kamu kurumunun temsilcilerinin yetkisine değil, bizzat bu kurumların ehliyetine ilişkindir. Bunun yanında, İsviçre MÖHK m. 158'in uygulanmasının temelinde dürüstlük kuralının var olduğu ifade edilirken, İsviçre MÖHK m. 177'nin uygulanmasında dürüstlük kuralına aykırılığın aranmadığı ifade edilir. Bu iki maddenin arasındaki farklar için bkz. Devaud, s. 7 vd.

³⁹⁷ Tartışmalar hakkında bkz. Poudret/Besson, s. 236-237.

³⁹⁸ Devaud, s. 5; Poudret/Besson, s. 238. Ayrıca bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 22 Aralık 1992 tarihli kararı, **14 ASA Bulletin 1996**, s. 646-650. Bu kararda İsviçre Federal Mahkemesi, yetki meselesinin tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir mesele olmadığını, bu meselenin, ehliyet ve yetkiyi düzenleyen İsviçre kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilmesi gerektiğini belirtmiş ve yetkiyi bu kurallar uyarınca tespit ettiği İspanya hukuku uyarınca çözümlenmiştir. Aksi yönde bir karar için bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 8 Aralık 1999 tarihli *Arthur Andersen Business Unit Member Firms v. Andersen Consulting Business Unit Member Firms* kararı, **18 ASA Bulletin 2000**, s. 546-557. Federal Mahkeme 1 Eylül 1993 tarihli başka bir kararında ise yetkiyi, temel sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi kılmıştır. Karar için bkz. **14 ASA Bulletin 1996**, s. 623-628.

³⁹⁹ Bu sözleşmeye 2013 yılı itibariyle Fransa, Hollanda, Portekiz ve Arjantin taraftır. Anlaşma metni için bkz. "<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt27en.pdf>". Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cemil Güner, **14 Mart 1978 Tarihli Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Konvansiyonu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 62 Sayı: 3, s. 729-759.

yapıldığı sonucuna varılamaması veya yapılan hukuk seçiminin geçersiz olması durumunda, temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişki, temsilcinin temsil ilişkisinin kurulması anındaki işyeri hukukuna, temsilcinin işyerinin bulunmaması hâlinde ise temsilcinin mutlak mesken hukukuna tabidir (m. 6). Tüzel kişilerin temsilcilerinin yetkileri ise, statülerinde yer alan veya fiili idare merkezlerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

Alman hukukunda ise temsilcinin işyerinin bulunduğu yer veya işyeri bilinmiyorsa, temsil yetkinin kullanılacağı yer hukukunun uygulanacağı ifade edilir⁴⁰⁰. Bu husus mahkeme kararlarında da kabul edilir. Örneğin, Alman Temyiz Mahkemesi 2003 tarihi bir kararında, tahkim anlaşması imzalayan kişinin yetkisini, yetkinin kullanılacağı yer hukukuna göre değerlendirmiş ve tahkim anlaşmasının yetkisizlik nedeniyle geçersiz olduğuna karar vermiştir⁴⁰¹. Buna paralel olarak, Hamburg İlk Derece Mahkemesi 1977 tarihli bir kararında, temsilcinin İtalya'da mukim olduğunu ve vekâletnamenin İtalya'da verildiğini dikkate alarak, vekâletnamenin İtalyan hukuku uyarınca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁰².

§3. TAHKİM ANLAŞMASI YAPMA YETKİSİNİN MADDİ HUKUK KURALLARI UYARINCA BELİRLENMESİ

Bazı uyuşmazlıklarda mahkemeler ve hakemler, tahkim anlaşması yapma yetkisine uygulanacak hukuku tartışmaksızın bazı maddi hukuk kurallarını doğrudan uygularlar. Bu şekilde ülke mahkemelerinin *lex fori*'nin maddi hukuk kurallarını uyguladıkları görülmektedir. Bunun yanında, uluslararası bir ilke olarak kabul edilen dürüstlük kuralının da hakemler ve mahkemeler tarafından, uygulanacak hukuk tartışmasından bağımsız olarak uygulandığı görülmektedir.

⁴⁰⁰ Poudret/Besson, s. 242.

⁴⁰¹ “Sözleşme davalının yasal temsilcisi tarafından değil, yetkisizliği davalı tarafından ileri sürülen Bay U tarafından imzalanmıştır. Yetkinin verilmesi somut olayda Çin Halk Cumhuriyeti hukukuna göre belirlenmelidir. Yetkiye uygulanacak hukuk kamunda belirlenmemiştir. (...) Ancak genel olarak yetkinin kullanıldığı ülke, dolayısıyla işlemin yapılmasının beklendiği ülke hukukuna atıf yapılır. (...) Şayet burada bir yetki verildiyse, bu yetkinin Çin hukukuna göre değerlendirilmesi gerekir; zira Bay U davacıya ilişkin olarak yetkisini Çin Halk Cumhuriyeti'nde kullanacaktı.” Alman Temyiz Mahkemesi'nin 4 Eylül 2003 tarihli kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 528-535.

⁴⁰² Karar için bkz. **III YBCA 1978**, s. 274-275. Böylece Alman hukukunda, temsil yetkisinin verildiği yer hukukunun da uygulanmasının ihtimal dâhilinde olduğu ifade edilir. Poudret/Besson, s. 242.

A. *Lex Fori*'nin Maddi Hukuk Kuralları Uyarınca Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisinin Değerlendirilmesi

Ulusal mahkemelerin, önlerine gelen bazı hakem kararlarının iptali veya tenfizi taleplerinde, yetkinin vasıflandırılmasını ve yetkiye uygulanacak hukukun tespitini tartışmaksızın, doğrudan kendi hukukunun maddi kurallarını uyguladıkları da görülür. Dikkat çeken diğer maddi hukuk kuralı ise, Türk mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanan ve tahkim anlaşması yapan temsilcinin bu konuda özel olarak yetkilendirilmesini arayan BK m. 504/3 ve eBK m. 388/3'tir⁴⁰³.

Fransız doktrinde, bağlama kurallarının olumsuz sonuç doğurması ihtimaline karşı, bağlama kuralları yerine uluslararası ticaretin ihtiyaçları doğrultusunda kabul edilmiş maddi hukuk kurallarının uygulanması savunulur⁴⁰⁴. Bu görüşe göre, tahkim anlaşması yapmak için özel yetkiye ihtiyaç duyulmadan genel yetki ile tahkim anlaşması yapılabilir; şirketin idaresine yetkili olan temsilciler, şirket düzenlemeleri ve kanundan doğan sınırlamalara tabi olmaksızın şirket adına tahkim anlaşması yapmaya yetkili olmalı ve son olarak tahkim anlaşması yapma yetkisinin hiçbir şekle tabi olmamalıdır⁴⁰⁵. Bu görüşün, Fransız mahkemelerinde kabul edildiği de görülür⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Bu konuda bkz. yukarıda Birinci Bölüm, §2, B. Temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapmak için özel yetkiye ihtiyaç duyması doktrinde yabancılar için bir tuzak olarak ifade edilir. Bkz. Cemal Şanlı, “**Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 18, Sayı: 1-2, Yıl: 1997-1998, s. 408.

⁴⁰⁴ Bu konuda bkz. Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 247 vd.; Cohen, **Engagement des Sociétés**, s. 45 vd.

⁴⁰⁵ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 250 vd. Bu görüşün eleştirisi hakkında bkz. Poudret/Besson, s. 241. Yazara göre, savunulan sonuca kanunlar ihtilafı kuralları ile de ulaşılabilir ve tüm ülkelerin üzerinde anlaşabileceği maddi hukuk kurallarını tespit etmek oldukça zordur.

⁴⁰⁶ Paris İstinaf Mahkemesi'nin 10 Haziran 2004 tarihli *Bargues Agro Industrie SA (France) v. Young Pecan Company (US)* kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 499-504: “*Tahkim şartları milli düzenlemelerden bağımsız olduğundan, taraflardan birinin temsilcisinin tahkim anlaşması yapmak için ehliyetsiz olması milli bir hukuka göre değerlendirilmemiş, ancak mahkeme tarafından - anlaşmanın - diğer tarafının böyle bir yetkisizliğin bulunmadığına iyiniyetli bir şekilde inanıp inanmadığını - tespit etmek amacıyla - davanın esası ile birlikte doğrudan incelenmiştir. (...) Tahkim, uluslararası ticarete uyumsuzlukların olağan çözüm yoludur. Acentenin sipariş teyidinde yer alan tahkim şartını imzalaması Bargues'i (davacı şirket) bağlayan olağan yönetim işlemidir. Böylece Bargues, tahkim şartının geçerliliğine itiraz etmek için satış müdürünün yetkisizliğine dayanamaz.*”

Örneğin Paris İstinaf Mahkemesi, 1986 yılındaki bir kararında⁴⁰⁷, önceki senelerde özel yetkiyi arayan İtalyan hukuku uyarınca, tahkim anlaşması yapmak konusunda özel yetkisi bulunmayan şirket müdürünün yaptığı tahkim anlaşmasını uluslararası ticari ilkeleri de dikkate alarak geçerli kabul etmiştir⁴⁰⁸.

Yunan Temyiz Mahkemesi ise 1977 tarihli bir kararında, hangi hukukun uygulanacağını tartışmaksızın, doğrudan Yunan hukuku uyarınca karar vermiş ve yazılı şekilde yapılması gereken tahkim anlaşması için verilecek yetkinin de yazılı şekilde verilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁰⁹.

Yargıtay da bazı kararlarında, tahkim anlaşmasına ve yetkiye uygulanacak hukuku tespit etmeksizin, özel yetki kuralını doğrudan uygular⁴¹⁰. Örneğin Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 2007 tarihli bir kararında, eBK m. 388/3 uyarınca temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapabilmek için özel yetkisinin bulunması gerektiğini belirterek, yetkisizlik itirazı incelenmediği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay bu kararında Türk hukukunun olayda uygulanıp uygulanmayacağını tartışmamaktadır⁴¹¹. 2012 tarihli bir başka kararında da Yargıtay yine meseleye hangi hukukun uygulanacağını tartışmadan Türk hukukunu uygulamış, özel yetki eksikliği nedeniyle geçersiz olan tahkim şartına dayanarak verilen görevsizlik kararını bozmuştur⁴¹².

Yargıtay, doğrudan Türk hukukunu uyguladığı bazı kararlarında bu kuralı kamu düzeninden sayar. Örneğin Yargıtay HGK'nın 2000 tarihli kararına konu olan olayda yerel mahkeme, taraflar arasında temel sözleşmeyi imzalayan kişinin eBK m. 388/3 uyarınca özel yetkisinin bulunmaması nedeniyle tahkim şartının geçersiz

⁴⁰⁷ Paris İstinaf Mahkemesi'nin 21 Mart 1986 tarihli *Société CTIP v. Société Ferich International* kararı için bkz. **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 1991, Sayı: 2, s. 345.

⁴⁰⁸ Aynı yönde bkz. Paris İstinaf Mahkemesi'nin 28 Ekim 2004 tarihli *Sa Seita v. SARL International Promotion Karting* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 189-191.

⁴⁰⁹ Yunan Temyiz Mahkemesi'nin 14 Ocak 1977 tarihli *Agrimpex S.A. v. J. F. Braun & Sons, Inc., Areios Pagos* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 269.

⁴¹⁰ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 345, dn. 340.

⁴¹¹ Yarg. 19. HD, 21.5.2007 T. 2007/380 E., 2007/5114 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) Yerel mahkemenin uygulanacak hukuku tartışıp tartışmadığı, Yargıtay kararından anlaşıl原因mamaktadır. Yerel mahkeme böyle bir tartışma yürütmediyse Yargıtay'ın, bu eksiklik nedeniyle kararı bozması gerekirdi.

⁴¹² Yarg. HGK, 22.02.2012 T., 2011/11-742 E., 2012/82 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

olduğuna karar vermiş; Yargıtay 19. HD taraflar arasındaki temel sözleşmenin daha sonradan şirketi temsile yetkili kişi tarafından ifa edilerek onaylandığını, be nedenle yetkisizliğin giderildiğini belirterek kararı bozmuş; ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, özel yetki kuralının kamu düzeninden olduğunu ifade ederek yerel mahkeme kararını onamıřtır⁴¹³.

B. Dürürlük Kuralı Karşısında Yetkisizlik İtirazı

Yetki ve ehliyet meselelerinde hakemlerin ve mahkemelerin genellikle dürürlük kuralını dikkate alarak ve zayıf tarafın korunması düşüncesiyle hareket ettikleri⁴¹⁴; hukuki görünüş teorisi⁴¹⁵ veya görünüşte temsil, zımnî kabul, uyandırılan güvene aykırılık gibi kavramların kullanıldığı ve hakemlerin ve mahkemelerin, yetkisizlik itirazlarını reddetmeye açık oldukları görülür⁴¹⁶. Bu bağlamda, yetkisizlik itirazları incelenirken, şirket yetkililerinin tespiti için ticaret sicil kayıtlarına sıkı sıkıya bağlı kalmadıkları da ifade edilebilir⁴¹⁷.

I. Tahkim Yargılamasında Dürürlük Kuralı

Uluslararası tahkim uygulamasında temsil ilişkilerinde dürürlük kuralının dikkate alınması yeni bir uygulama değildir. ICC'nin 1986 tarihli ve sözleşmeyi imzalayan kişilerin yetkilerinin incelendiği bir kararında da⁴¹⁸, dürürlük kuralı uyarınca tahkim anlaşmasının yetkili kişilerce yapıldığına karar verilmiştir.

Bu kararlarda hakemlerin esas dayanak noktası dürürlük kuralıdır. Dürürlük kuralı, sadece ICC değil, diğer tahkim kurumları önünde yürütölen yargılamalarda ve

⁴¹³ Yarg. HGK 11.10.2000 T., 2000/19-1122 E. ve 2000/1256 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁴¹⁴ Lew, s. 121.

⁴¹⁵ Ticaret hukukunda hukuki görünüş teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Ülgen, **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005

⁴¹⁶ Born, s. 636; Poudret/Besson, s. 239. Uygulamada farklı kavramlar kullanılsa da, tüm bu kavramların temeli çelişkili davranış yasağına, dolayısıyla dürürlük kuralına dayanır. Aynı görüşte bkz. Esen, **Teşmil**, s. 95. Bu nedenle, bu bölümde anılan ve tüm bu farklı kavramlarda dayanan karar ve görüşler dürürlük kuralı başlığı altında toplanmıştır.

⁴¹⁷ İsviçre için aynı görüşte bkz. Devaud, s. 13. Ancak Yazar, Fransız hukukun bu konuya önem verildiğini ifade eder. Bkz. Devaud, s. 15.

⁴¹⁸ ICC Karar no. 5065, **Collection II**, s. 330 vd. Benzer şekilde dürürlük kuralına dayanarak temsil ilişkinin varlığı yönünde karar verilen bir diğer karar için bkz. ICC Karar no. 5080, **Collection II**, s. 80 vd.

ad hoc tahkimlerde de incelenir. Örneğin, 1982 tarihli bir *ad hoc* tahkimde hakemler, bir kamu şirketi olan davalının, kendi hukukundan doğan yetkisizlik itirazını, sözleşmenin imzalanmasından önce ve sonraki olgular ışığında dürüstlük kuralına aykırı bularak reddetmiştir⁴¹⁹. Cenevre Ticaret Odası bünyesinde verilen bir tahkim kararında ise, olayın özelliklerinin, sözleşmenin karşı tarafında tahkim anlaşması ile bağlı olunmasını gerektirecek şekilde bir güven uyandırmadığını belirterek tahkim anlaşmasının ilgili kişi açısından bağlayıcı olmadığına karar verilmiştir⁴²⁰.

Uygulamada dürüstlük kuralına aykırı olarak karşılaşılan hallerden biri, yetkisi tartışılan kişinin tahkim anlaşmasını şirket yetkilileri önünde imzalamasıdır. Örneğin, 1984 tarihli bir ICC kararında hakem mahkemesi, şirketin genel müdürünün katıldığı müzakereler sonucunda tahkim anlaşmasının, şirketin tahkim anlaşması yapmaya yetkili olmayan müdürü tarafından imzalanmasını geçerli kabul etmiştir⁴²¹. 1994 tarihli bir diğer ICC kararında davalı şirket, sözleşmeyi imzalayan kişinin şirket adına işlem yapmaya yetkili olmadığını, zira bu kişiye verilen vekâletname tarihinde şirketin henüz hukuken var olmadığını ifade etmiştir⁴²². Hakem mahkemesi ise sözleşmenin, şirket hissedarı ve yöneticisinin nezdinde temsilen imzalandığını, bu sürede ve sözleşmenin imzalanmasından sonra ve tahkim sürecinin başlamasına kadar şirket yöneticisinin tahkim anlaşmasına karşı herhangi bir itirazda bulunmadığını ve sözleşmede bulunan tahkim şartının zımnen onaylandığını ifade ederek, davalı şirketin itirazlarını reddetmiştir. Yine ICC'nin 2001 tarihli bir kararında sözleşmeyi şirket adına imzalayan kişinin sözleşmeyi imzalaması sırasında, şirketin bir yöneticisinin de hazır bulunmasını, sözleşmeyi imzalayan kişinin şirketi temsile yetkili olduğunu kabul ettiği şeklinde yorumlamış ve davalı şirketin tahkim

⁴¹⁹ Karar için bkz. **VIII YBCA 1983**, s. 94-117: “*hukukun genel ilkeleri ve özellikle, devletler ve “özel” kişiler arasındaki uluslararası ilişkilerde uygulama alanı bulan, dürüstlük kuralı, (...) (davacılar)’ın, doğal olarak, zorlukla karşı koyabileceği veya eleştirebileceği ihlal ve uyumsuzluklardan doğan ve ABC (davalı devlet şirketi) tarafından ileri sürülen itirazların reddini gerektirir.*”

⁴²⁰ Cenevre Ticaret Odası Tahkim Merkezi'nin 24 Mart 2000 tarihli kararı, **21 ASA Bulletin 2003**, s. 781-801.

⁴²¹ ICC Karar no. 4667, **Collection II**, s. 338-339 (Yves Derains'in ICC Karar no. 5065 için yorumlarından naklen). 1990 tarihli ve New York'ta görülen bir başka ICC davasında hakemler, müvekkilin acente tarafından akdedilen tahkim anlaşması ile bağlı olup olmadığı konusunda, kendisine sunulan belge ve olgular ışığında, acentenin müvekkili temsil yetkisinin varlığı konusunda güven uyandırıldığına kanaat getirerek davalının yetkisizlik itirazını reddetmiştir. ICC Karar no. 6268, **XVI YBCA 1991**, s. 119-126. Hakemler bu kararda yetkinin hem olgusal, hem de dürüstlük kuralı uyarınca varlığına kanaat getirmiştir.

⁴²² ICC Karar no. 7047, **13 ASA Bulletin 1995**, s. 301-357.

anlaşması ile bağlı olduğuna karar vermiştir⁴²³. Buna paralel olarak, ICC'nin 1988 tarihli bir kararında hakem mahkemesi şirket yetkilisi önünde yetkisiz olduğu iddia edilen kişi tarafından imzalanan tahkim anlaşmasını geçerli kabul etmiş⁴²⁴; Paris İstinaf Mahkemesi ise 1990 tarihli kararıyla bu hakem kararının iptali talebini, benzer sebeplerle reddetmiştir⁴²⁵.

Hakem kararlarında dürüstlük kuralına aykırı olarak yorumlanan bir diğer hal de şirketlerin yönetiminde etkin, ancak yasal olarak temsil yetkisini haiz olmayan kişilerin yetkisizliğinin ileri sürülmesidir. Örneğin, Paris Ticaret Odası'nın 8 Mart 1996 tarih ve 9246 sayılı kararına konu olayda Mısır menşeli davalı şirket, sözleşmeyi imzalayan yönetim kurulu başkanının, Mısır Medeni Kanunu m. 702 uyarınca olağan yönetim işlerinden olmayan tahkim anlaşması yapmak için özel yetkiye ihtiyaç duyduğunu ileri sürmüştü, ancak hakem mahkemesi davalı şirketin davacıya uyandırdığı güvene dayanarak davalı şirketin itirazını reddetmiştir⁴²⁶. ICC de benzer şekilde, genel müdürün (somut olayda yönetim kurulu başkanının) tahkim anlaşması yapma yetkisinin bulunmamasının uluslararası ticaret uygulamasına uygun olmadığını, davalının bu yetkisizliği davacı tarafça bilindiğini ispatlayamadığını belirtmiş ve yetkisizlik itirazını dürüstlük kuralına aykırı bularak reddetmiştir⁴²⁷.

II. Mahkeme Kararlarında Dürüstlük Kuralı

Birçok hukuk sisteminde kabul edilen dürüstlük kuralı, yetkisizlik itirazlarının ileri sürüldüğü mahkemelerde de incelenmektedir. Örneğin Beyrut İstinaf Mahkemesi 2009 tarihli bir kararında, şirketin genel müdürü tarafından imzalanan sözleşmede yer alan tahkim şartının yönetim kurulu tarafından onaylanmaması

⁴²³ ICC Karar no. 10982, **Collection V**, 672 vd. Bu olayda sözleşmeyi imzalayan kişi, aynı zamanda bir başka şirket adına hareket etmiş ve bu şirket tarafından düzenlendiği iddia edilen bir yetki belgesi sunmuştur. Ancak hakem mahkemesi, bu şirkete antetli kağıdın eşantiyon olarak verilmiş olabileceğini ve yetki belgesi üzerinde yer alan imzanın sahibi kişinin, yetki belgesinin verilmesi tarihinde 1 yıldır emekli olduğunu belirterek, ikinci şirketin, temsilci tarafından imzalanan tahkim anlaşması ile bağlı olmadığına karar vermiştir.

⁴²⁴ ICC Karar no. 5730, **Collection II**, s. 410 vd. Ancak bu inceleme sırasında hakem mahkemesi, Fransız hukukunun tahkim anlaşmasının hangi unsuruna ilişkin olarak belirlendiğine veya yetkinin vasıflandırılmasına ilişkin bir inceleme yürütmemiştir.

⁴²⁵ Paris İstinaf Mahkemesi'nin 11 Ocak 1990 tarihli *Orri v. société des Lubrifiants Elf Aquitaine* **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 1992, Sayı: 1, s. 95 – 98.

⁴²⁶ Karar için bkz. **XXII YBCA 1997**, s. 28-34.

⁴²⁷ ICC karar no. 4381, **Collection II**, s. 265.

nedeniyle geçersiz olduğu itirazını, temel sözleşmenin birkaç yıldır ifa edildiğini ve bu nedenle, şirketin itirazının dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ifade ederek reddetmiştir⁴²⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1992 tarihli bir kararında, İspanya hukukunda özel yetkinin arandığı ifade edilmiş, ancak temsil olunanın sözleşmenin imzalanmasından sonraki davranışlarıyla özel yetkinin varlığı güveninin uyandırıldığına karar vermiştir⁴²⁹. Federal Mahkeme 1984 tarihli bir başka kararında ise, tahkim anlaşması yapma yetkisi yazılı bir şekilde verilmese dahi, olayın özelliklerinden yetkinin verildiği anlaşılıyorsa, tahkim anlaşmasını geçerli kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴³⁰.

Paris İstinaf Mahkemesi, 1999 tarihli bir kararında, sözleşmenin müzakere edilmesi, imzalanması ve ifa edilmesine ilişkin olguları dikkate alarak, sözleşmeyi imzalayan kişinin yetkili olduğunun görüldüğü ifade edilerek tahkim anlaşmasını geçerli kılmıştır⁴³¹.

Bu noktada 1991 tarihli bir Yargıtay kararının özellikle anılması gerekebilir⁴³². Karara konu olayda davacı, uyuşmazlığa esas satım sözleşmesini “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. ve Tic. Anonim Şirketi” ile müzakere etmiş ancak sözleşmeyi “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. ve Tic. Limited Şirketi” ile

⁴²⁸ Karar hakkında bkz. Mouhib Maamary, **Note - 28 October 2009, Beirut Civil Court of Appeals, First Chamber**, International Journal of Arab Arbitration, Yıl: 2010, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 166-179.

⁴²⁹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 22 Aralık 1992 tarihli *L. SA v. M. AG* kararında, İspanya hukukunda özel yetkinin arandığını, ancak temsil olunanın sözleşmenin imzalanmasından sonraki davranışlarıyla özel yetki eksikliğinin giderildiğine karar vermiştir. Karar için bkz. **14 ASA Bulletin 1996**, s. 646-650.

⁴³⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 7 Şubat 1984 tarihli *Tradax Export S.A. v. Amoco Iran Oil Company* kararı, **XI YBCA 1986**, 532-535. Kararın, New York Sözleşmesi'nde yazılılık şeklinin aranıp aranmadığına ilişkin bir tartışma içermediği, ancak yetkinin varlığının dürüstlük kuralı uyarınca kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. Poudret/Besson, s. 236, dn. 570.

⁴³¹ Paris İstinaf Mahkemesi'nin 7 Ekim 1999 tarihli *Société Russanglia v. société Delom* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 2000, Sayı: 2, s. 288 vd. Ayrıca bkz. Paris İstinaf Mahkemesi'nin 24 Şubat 2005 tarihli *Société Sidermetal SRL v. Société Arcelor International Export* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 210 – 213; Paris İstinaf Mahkemesi'nin 28 Ekim 2004 tarihli *Sa Seita v. SARL International Promotion Karting* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 189-191.

⁴³² Yargıtay 11. HD. 24.12.1991 T., 1990/2931 E. ve 1991/6828 K. sayılı kararı. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 346-347 ve dn. 342.

imzalamıştır. Daha sonra “Osman Akça A.Ş” aleyhine açılan tenfiz davasında bu şirket, tahkim anlaşmasının tarafının “Osman Akça Ltd. Şti” olduğu gerekçesiyle husumet itirazı ileri sürmüştü ve bu itiraz başarılı olmuştur. Bu kararın, dürüstlük kuralının uygulanması açısından başarısız bir örnek olduğu açıktır⁴³³. Bu karara rağmen, tahkim anlaşması yapan temsilcilerin yetkisizliğine ilişkin itirazlar hakkında Yargıtay’ın dürüstlük kuralını dikkate aldığı kararlar da mevcuttur. Örneğin Yargıtay 11. HD 2004 tarihli bir kararında, temsilcinin özel yetkisi bulunmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu itirazını dürüstlük kuralına aykırı bularak reddetmiştir⁴³⁴.

⁴³³ Burada görülen yöntem, yani müzakerelerin yürütüldüğü şirket ile sözleşmenin imzalandığı şirketlerin farklı olmasına, uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Özellikle pek çok şirketi bünyesinde bulunduran grup şirketler, önemli sözleşmeleri - genellikle - o iş için özellikle kurulan yavru şirketleri aracılığıyla imzalar. Bu tür anlaşmalarda yeni kurulan şirketin ödeme gücünün hakim şirket tarafından teminat altına alındığı görülür; ancak uyumsuzluk halinde, sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarına ilişkin olarak yukarıda anılan itirazın ileri sürülmesi muhtemeldir. Bu nedenle sözleşmeyi imzalayacak yavru şirketlerin, sözleşmelerde yer alan tahkim şartları için de hakim şirket tarafından özellikle yetkilendirilmesi, ileride çıkması muhtemel sorunları önleyebilir.

⁴³⁴ Yarg. 11. HD, 09.04.2004 T., 2003/6774 E. ve 2004/3751 K. (Eksi, **Incorporation**, s. 69-70, dn. 173).

SONUÇ

Görüldüğü üzere, ehliyet ve yetki kavramları birbirinden ayrı kavramlardır ve yetkiye uygulanacak hukuk, ehliyete uygulanacak hukuktan farklı olarak hukuki metinlerde düzenlenmemiştir. Bu konuda hakemler, mahkemeler ve doktrin farklı çözümler önermektedir.

Yetki meselesi, kanaatimce, esasa ilişkin bir problemdir. Gerçekten de bir kimsenin temsilciye tahkim anlaşması yapma yetkisi vermemesi, o kişinin tahkim anlaşması yapma konusunda iradesinin olmaması anlamına gelir. Bir hukuki işlemin taraflarının iradeleri ise, o hukuki işlemin maddi geçerliliğini belirler. Bununla birlikte, yetkinin geçerliliğinin esasa uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Bu yetki gerçek kişi temsilciler açısından temsil statüsü olarak değerlendirilmelidir. MÖHUK m. 30'da bu konuda açık hüküm olması, Türk mahkemelerinin işini kolaylaştırır. Hakemler ise belli bir ülkenin bağlama kurallarını uygulamak zorunda olmadıklarından ve uygun gördükleri ülkenin bağlama kurallarını veya maddi kurallarını uygulayabileceklerinden, bu tespit tahkim yargılaması sırasında da uygulanabilir. Yetki meselesi tüzel kişiler için ise şahsi statüsü uyarınca değerlendirilmelidir. Ancak bu tespit, tüzel kişiler açısından, yetki meselesinin ehliyet kapsamında değerlendirildiği şekilde anlaşılmalıdır. Zira yetki kaynağını aldığı hukuka tabidir ve tüzel kişiyi temsil eden kişiler bu yetkilerini, tüzel kişiye varlığını veren hukuktan alır. Bu kapsamda tüzel kişilerin temsili açısından, her ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca, şirketin statüsünde bulunan veya fiilen idare yer edildiği ülke veya şirketin kurulduğu yer hukuku dikkate alınabilir. Keza İsviçre MÖHK m. 155/i düzenlemesi de bu yöndedir.

Ancak bu konuda şu noktaya dikkat edilmelidir. Hakemlerin bağlı oldukları bir *lex fori* yoktur ve hakemler tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı değildir. Sonuç olarak da uygulamada hakemlerin, bazen uygun gördükleri bağlama kuralları uyarınca tespit edilen hukuku, bazen de doğrudan maddi hukuk kurallarını uyguladıkları görülür. Dolayısıyla hakem kararlarında, uygulanacak hukukun tespiti için kullanılan yöntemlerde bir birlik yoktur. Ancak hakemlerin, tahkim anlaşmalarını mümkün olduğunca geçerli tutacak şekilde hareket ettikleri ifade

edilebilir. Bunun yanında hakemlerin, kararın daha sonradan iptal edilmemesi veya tenfizinin engellenmemesi için, *lex fori*'nin bağlama kurallarını tamamen göz ardı etmemeleri gerekir. Hakem mahkemelerinden farklı olarak ulusal mahkemelerin, *lex fori*'nin bağlama kuralları uyarınca hareket ettiği ifade edilebilir. Ulusal mahkemelerin, *lex fori*'nin hangi hükmünün uygulanacağını tespit edebilmesi için öncelikle yetki meselesinin vasıflandırılması gerekir. Ancak hakem kararlarında olduğu gibi mahkeme kararlarında da bu şekilde bir vasıflandırma tartışmasının yapılmadığı görülmektedir. Bazı kararlarda mahkemeler, tahkim anlaşmasının esası veya tarafların ehliyetinden ayrı olarak, *lex fori*'nin belirli bağlama kurallarıyla yetkiye uygulanacak hukuku tespit etmiş, bazen de kendi hukukunun maddi kurallarını doğrudan uygulamıştır.

Hakem ve mahkemelerin ortak hareket ettiklerini ifade edebileceğimiz bir husus ise dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülen yetkisizlik itirazlarının, hakemler ve mahkemelerce -genel olarak- kabul edilmediğidir. Bununla birlikte, Türk hukukunda BK m. 504/3 ve HMK m. 74'te yer alan özel yetki kuralının bazı Yargıtay kararlarında kamu düzenin sayılması, yetkisizlik itirazının dürüstlük kuralına aykırı olmasına rağmen kabul edilmesi sonucunu doğurabilir. Şüphesiz bu durum, uluslararası tahkim uygulamasında sorunlar çıkarmaktadır ve çıkarmaya devam edecektir.

Tahkim anlaşması için aranan özel yetki kuralı dışında, tahkim anlaşmaları açısından Türk hukukunda dikkat edilmesi gereken bir diğer mesele, TTK ile düzenlenen temsil yetkisinin devri meselesidir. Temsil yetkisinin devrini sadece yönetim kurulunun yetkisine veren TTK m. 371 uyarınca, şirketin temsilcisinin, yönetim kurulu kararı olmaksızın, bir üçüncü kişiyi yetkilendirmesi yoluyla imzalanan tahkim anlaşmalarının geçerliliği de bundan sonraki dönemde yeni tartışmalar çıkarabilecektir.

KAYNAKÇA

- Alper, Gizem** : **Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Akıncı, Ziya** : **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. Bası, 2013 (Tahkim).
- Akıncı, Ziya** : **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 44, 1994 (Tenfiz).
- Akıntürk, Turgut/ Akipek, Jale / Ateş Karaman, Derya** : **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt**, İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- Akdağ Güney, Necla** : **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Alvarez, Guillermo Aguilar** : **“Article II(2) of the New York Convention and the Courts”** ICCA Congress Series No: 9, 1998, s. 67 – 81.
- Arkan, Sabih** : **Ticari İşletme Hukuku**, 17. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2012.
- Arnaldez, Jean Jacques/ Derains, Yves/ Dominique** : **Collection of ICC Arbitral Awards (Receuil des Sentences Arbitrals) 1991-1995**, Cilt III, Hollanda: Kluwer Law International, 1997 (“Collection III”).
- Arnaldez, Jean Jacques/ Derains, Yves/ Dominique** : **Collection of ICC Arbitral Awards (Receuil des Sentences Arbitrals) 1996-2000**, Cilt IV, Hollanda: Kluwer Law International, 2003 (“Collection IV”).
- Arnaldez, Jean Jacques/ Derains, Yves/ Dominique** : **Collection of ICC Arbitral Awards (Receuil des Sentences Arbitrals) 2001-2007**, Cilt V, Hollanda: Kluwer Law International, 2009 (“Collection V”).
- Arnaldez, Jean Jacques/ Derains, Yves/ Dominique** : **Collection of ICC Arbitral Awards (Receuil des Sentences Arbitrals) 2008-2011**, Cilt VI, Hollanda: Kluwer Law International, 2013 (“Collection VI”).
- Bayata Canyaş, Asli** : **“Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Turkey. Further Steps Towards a More Arbitration-Friendly Approach”** 31 ASA

Bulletin 2013, s. 537–557.

- Berger, Klaus Peter** : **“Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?”** ICCA Congress Series No. 13, 2006, s. 301-334.
- Bernardini, Piero** : **“Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”**, ICCA Congress Series No: 9, 1998, s. 197 – 203 (**“Arbitration Clause”**).
- Bernardini, Piero** : **“L’arbitrage en Italie après la récente réforme”**, Revue de l’Arbitrage, Yıl: 1994, Sayı: 3, s. 479-498.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan** : **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Baskı, Bursa: Dora, 2012 (**“Ticari İşletme”**).
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan** : **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Bursa: Dora, 2013 (**“Şirketler Hukuku”**).
- Born, Gary** : **International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2009.
- Caprassé, Olivier** : **Les Sociétés et L’Arbitrage**, Brüksel: Bruylant, 2002, s. 251.
- Chukwumerije, Okezie** : **Choice of Law in International Commercial Arbitration**, ABD: Greenwood Press, 1994.
- Christopher, R. Drahozal,** : **“International Arbitration in the United States”**, International Commercial Arbitration: A Comparative Survey, Ed. Nuray Ekşi/Pedro J. Martinez-Fraga/William K. Sheehy, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007, s. 63-83.
- Cohen, Daniel** : **“L’engagement des Sociétés à l’Arbitrage”**, Revue de l’Arbitrage, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 35 – 64 (**“Engagement des Sociétés”**).
- Cohen, Daniel** : **Arbitrage et Société**, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.
- Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır** : **Milletlerarası Özel Hukuk**, 10. Bası, İstanbul: Beta, 2010.
- Derains, Yves / Schwartz, Eric A.** : **Guide to the ICC Rules of Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2. Baskı, 2005.
- Devaud, Pascal** : **“La Convention d’Arbitrage Signée par le Représentant sans Pouvoirs”**, 23 ASA Bulletin 2005, s. 2-21.

- Doğan, Beşir Fatih** : **Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Di Pietro, Domenico** : **“Arbitration In Italy”**, International Commercial Arbitration: A Comperative Survey, Ed. Nuray Ekşi/Pedro J. Martinez-Fraga/William K. Sheehy, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007, s. 39-62.
- Egemen, Işıl** : **“Uluslararası Tahkim Hukukunda Vekilin Özel Yetkisi Olmaksızın Tahkim Anlaşması Akdetmesinin Geçerliliği Sorunu”**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı:5, Yıl: 2006, s. 1929-1940.
- Ekşi, Nuray** : **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim**, İstanbul: Beta Yayınları, 2013 (**“Tahkim”**).
- Ekşi, Nuray** : **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul: Beta Yayınları, 2010 (**“Incorporation”**).
- Ekşi, Nuray / Martinez-Fraga, Pedro J. / Sheehy, William K.** : **International Commercial Arbitration: A Comperative Survey**, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007.
- Erdem, Ercüment** : **“Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Yazılılık Koşulu”**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXVI, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 11-35.
- Eren, Fikret** : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara: Yetkin, 2012.
- Erkan, Mustafa** : **“Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2013, Cilt 17, Sayı: 1-2, s. 535-562.
- Erkan, Mustafa** : **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Ertekin, Erol / Karataş, İzzet** : **Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1997.
- Esen, Emre** : **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul:

Beta Yayınları, 2008 (“Teşmil”).

- Esen, Emre** : **“Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 23, Sayı: 1-2, Yıl: 2003, s. 377-404 (“Gülören Tekinalp’e Armağan”).
- Esener, Turhan** : **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil**, Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- Gaillard, Emmanuel / Savage, John** : **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 1999.
- Güner, Cemil** : **“14 Mart 1978 Tarihli Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Konvansiyonu”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 62 Sayı: 3, s. 729-759.
- Hernandez Breton, Eugenio** : **“International Arbitration and the Venezuelan Law on Commercial Arbitration”**, International Commercial Arbitration: A Comperative Survey, Ed. Nuray Ekşi/Pedro J. Martinez-Fraga/William K. Sheehy, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007, s. 127-148.
- Hanotiau, Bernard / Block, Guy** : **“La loi du 19 mai 1998 modifiant la législation belge relative à l'arbitrage”**, 16 ASA Bulletin 1998, s. 531-532.
- Huysal, Burak** : **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- İmregün, Oğuz** : **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, 13. Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2005.
- İnceoğlu, Murat** : **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul: On İki Levha, 2009.
- Kalpsüz, Turgut** : **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Karahan, Sami (Editör)** : **Şirketler Hukuku**, 1. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2012.

- Kaya, Arslan** : **Türk Ticaret Kanunu Şerhi - Ticari İşletme - Acentelik**, İstanbul: Beta, 2013.
- Kendigelen, Abuzer** : **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Bası, İstanbul: On İki Levha, 2012.
- Kırca, İsmail** : “**6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi**”, Bankacılar Dergisi, Sayı 79, Yıl 2011, İstanbul, s. 72.
- Kırca, İsmail** : “**Ticaret Şirketlerinde Birlikte Temsile Yetkili Kişilerin Birbirlerine Tek Başına İşlem Yapma Yetkisi Vermeleri**” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 3, s. 455-462.
- Kırca, İsmail/ Şehirali Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar** : **Anonim Şirketler Hukuku**, Cilt 1, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2013.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir** : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Cilt: 1, 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.
- Lew, Julian D. M./ Mistelis, Loukas A. / Kröll, Stefan A.** : **Comparative International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2003.
- Lew, Julian D. M.,** : “**The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause**”, ICCA Congress Series No: 9, 1998, s. 114 – 145.
- Mayer, Pierre** : “**Les Limites de la Séparabilité de la Clause Compromissoire**”, Revue de l'Arbitrage, Yıl: 1998, Sayı: 2, s. 359-368.
- Moroğlu, Erdoğan / Kendigelen, Abuzer** : **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 10. Bası, İstanbul: On İki Levha, 2014.
- Nomer, Ergin** : **Devletler Hususî Hukuku**, 19. Bası, İstanbul: Beta, 2011.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut** : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami** : **Medeni Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 19. Bası, 2013.
- Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe** : **Kişiler Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.

- Özel, Sibel** : **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul: Legal, 2008.
- Öztañ, Bilge** : **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı Ve Organın Fiillerin Doğan Sorumluluk**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.
- Paulsson, Jan** : **“May a State Invoke Its Internal Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration”**, II Arbitration International 1986, s. 90-103.
- Pearson, Sabrina** : **“Sulamérica v. Enesa: The Hidden Pro-validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement”**, Arbitration International, Cilt: 29 Sayı: 1, s. 115 – 126.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin** : **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul: Arıkan, 9 Basıdan 10. Tıpkı Bası, 2005.
- Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi** : **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Poudret, Jean François/ Besson, Sebastien** : **Comparative Law of International Arbitration**, translated by Stephen V. Berti and Annette Ponti, Londra: Sweet & Maxwell, 2. Baskı, 2007.
- Pulaşlı, Hasan** : **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Razumov, Konstantin Leonidovich** : **“The Law Governing the Capacity to Arbitrate,”** ICCA Congress Series No: 7, 1994, s. 260 – 267.
- Redfern, Alan / Hunter, Martin / Blackaby, Nigel / Partasides, Constantine** : **Redfern and Hunter on International Arbitration**, New York: Oxford University Press, 5. Baskı, 2009.
- Reiner, Andreas** : **“The Form of the Agent's Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention,”** ICCA Congress Series No: 9, 1998, s. 82-93.
- Schifferl, Markus** : **“Recent Decisions of the Austrian Supreme Court on Arbitration,”** Austrian Arbitration Yearbook 2009, s. 421-433.
- Schifferl, Markus** : **“The Courts - A Selection of Recent Decisions of the Austrian Supreme Court on Arbitral Matters,”** Austrian Arbitration Yearbook 2008, s.

453-465.

- Sigvard, Jarvin/Derains, Yves** : **Collection of ICC Arbitral Awards (Receuil des Sentences Arbitrals) 1974-1985**, Cilt I, Hollanda: Kluwer Law International, 1990 (“**Collection I**”).
- Sigvard, Jarvin/Derains, Yves/ Arnaldez, Jean Jacques** : **Collection of ICC Arbitral Awards (Receuil des Sentences Arbitrals) 1986-1990**, Cilt II, Hollanda: Kluwer Law International, 1994 (“**Collection II**”).
- Şanlı, Cemal** : **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013 (“**Uluslararası Ticari Akitler**”).
- Şanlı, Cemal** : “**Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 18, Sayı: 1-2, Yıl: 1997-1998, s. 393-409.
- Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman Fıganmeşe, İnci** : **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Şener, Oruç Hami** : **Ortaklıklar Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2012.
- Şit, Banu** : **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2005.
- Tandoğan, Haluk** : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, 5. Baskı İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekinalp, Ünal** : **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Tekinalp, Gülören** : **Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.
- Tekinalp, Gülören** : **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Tekinalp, Gülören / Uyanık Cavoşoğlu, Ayfer** : **Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları**, 11. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla** : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tweeddale, Andrew / Keren, Tweeddale** : **Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice**,

New York: Oxford University Press, 2005.

- Uzunallı, Sevilay** : **Anonim Şirkette İşletme Konusu**, Ankara: Adalet, 2013.
- Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın** : **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Ülgen, Hüseyin** : **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.
- Ülgen, Hüseyin/ Teoman, Ömer / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, N. Füsün** : **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Van den Berg, Albert Jan** : **“Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) - XXVII (2002)” XXVIII YBCA 2003**, s. 562 – 700.
- Welser, Irene** : **“The Arbitration Agreement - Pitfalls of Competence”**, Austrian Arbitration Yearbook 2007, s. 3-28.
- Yanlı, Veliye** : **“Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından Mı Atanabilir?”**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 2013, Cilt: 71, Sayı: 2, s. 439-448.
- Yeşilova, Bilgehan** : **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi**, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No: 3, İzmir: Güncel Yayınevi, 2008.
- Yıldız, Burçak** : **“TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki ‘Ultra Vires’ Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, C. 55, S. 1, s. 321-353.
- Zengin, İbrahim Çağrı** : **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 33-34.

ÖZGEÇMİŞ

Fatih Işık, 1986 yılında Kars'ta doğmuştur. İlköğretime Çorum'da başlayan Fatih Işık, ilkokulu Kayseri'nin Talas ilçesinde Rauf Denктаş İlköğretim Okulu'nda, ortaokul ve liseyi ise yine burada bulunan Fatma Kemal Timurçin Anadolu Lisesi'nde 2004 yılında tamamlamıştır. Fatih Işık, 2010 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur ve mezuniyetinden itibaren İstanbul Barosu'na kayıtlı olarak avukatlık yapmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite Galatasaray Üniversitesi
Enstitü Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı Fatih IŞIK
Tez Başlığı Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk
Savunma Tarihi 17.04.2014
Danışmanı Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. Ziya AKINCI

Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Prof. Dr. Sibel ÖZEL

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Sibel YAMAK