

MELİS SILACI KORKMAZ

YAYIN NO: ?

New York Konvansiyonu Uyarınca Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet
Melis Silacı Korkmaz

ISBN ?

?. BASKI - İSTANBUL, AY? YIL?

© **ON İKİ LEVHA YAYINCILIK A. Ş.**

Adres Prof. Nurettin Mazhar Öktel Sokak No: 6A Şişli / İSTANBUL

Telefon (212) 343 09 02

Faks (212) 224 40 02

Web www.onikilevha.com.tr

E-Posta bilgi@onikilevha.com.tr

 facebook.com/onikilevha

 twitter.com/onikilevha

 instagram.com/onikilevha

Baskı/Cilt Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No:2
Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179

Melis SILACI KORKMAZ

NEW YORK KONVANSİYONU UYARINCA TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ VE EHLİYET

Melis Sılacı Korkmaz

Melis Sılacı Korkmaz 2013 yılında Galatasaray Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş olup, yüksek lisans eēitimini Ekonomi Hukuku alanında İstanbul Bilgi  niversitesi'nde 2019 yılında tamamlamıştır. 2013 yılından bu yana Gün + Partners Avukatlık Bürosu'nda çalışmaktadır ve İstanbul Tahkim Derneēi'nde Genel Sekreterlik görevini üstlenmektedir.

ÖNSÖZ

İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı'nda yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışma, 29.11.2019 tarihinde Prof. Ziya Akıncı, Doç. Dr. Cemile Demir Gökyayla ve Dr. Öğr. Üyesi Candan Yasan Tepetaş'tan oluşan jüri karşısında savunularak oybirliğiyle başarılı bulunmuştur.

Öncelikle değerli hocam ve tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Candan Yasan Tepetaş'a, doğum iznine tesadüf eden tez yazım sürecimde bana değerli vaktini ayırarak destek olduğu için büyük bir teşekkür borçluyum. Bir diğer teşekkürüm ise kıymetli hocalarım Prof. Ziya Akıncı ve Doç. Dr. Cemile Demir Gökyayla'yadır. Kendilerine tez jürimde yer alarak beni onurlandırdıkları ve tezime değerli yorumlarını kattıkları için bir kez daha teşekkür ederim.

Öte yandan, her başarımın arkasındaki gizli kahramanlar olan anem Emel Sılacı ve babam Mehmet Sılacı, bana sundukları tüm sevgi ve destek için en büyük teşekkürü hak etmektedir.

Son olarak, hayattaki en büyük desteğim eşim Umut Korkmaz'a gerek tezimi baştan benimle birlikte ezber ederek, sıkılmadan saatlerce üzerinde konuştuğu, değerli fikirlerini kattığı için gerekse uzun çalışma saatlerinde bana verdiği moral, neşe ve destek için teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	V
İÇİNDEKİLER.....	VII
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM YABANCI HAKEM KARARLARININ TANIMASI VE TENFİZİNE GENEL BAKIŞ

1.1. YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE'DE TANINMASI VE TENFİZİ.....	3
1.1.1. Genel Olarak.....	3
1.1.2. Tanıma ve Tenfiz Kavramlarının Farkı	7
1.2. NEW YORK KONVANSİYONU'NA GÖRE YABANCI HAKEM KARARLARININ TANIMA VE TENFİZ ŞARTLARI	10
1.2.1. Uygulama Alanı.....	10
1.2.1.1. Yabancı Hakem Kararı.....	10
1.2.1.2. NYK'ya Konabilecek Çekinceler	17
1.2.1.2.1. Karşılıklılık	17
1.2.1.2.2. Ticari Uyuşmazlık	18
1.2.1.3. Daha Lehe Hükümlerin Uygulanması	20

1.2.2. NYK Uyarınca Tanıma ve Tenfiz Şartları	23
1.2.2.1. Genel Olarak.....	23
1.2.2.2. Taraflar Arasında Yazılı Tahkim Anlaşmasının Varlığı. 24	
1.2.2.3. Tenfiz Engelleri.....	25
1.2.2.4. MÖHUK ile Farklılıklar	28
1.2.3. Tanıma ve Tenfiz Usulü	31
1.2.3.1. Uygulanacak Muhakeme Usulü	31
1.2.3.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme	33
1.2.3.3. Mahkemeye Sunulacak Belgeler	34

İKİNCİ BÖLÜM
NEW YORK KONVANSİYONU UYARINCA
BİR TENFİZ ENGELİ OLARAK TAHKİM
ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ

2.1. TAHKİM ANLAŞMASININ ÖZELLİKLERİ.....	37
2.1.1. Tahkim Anlaşmasına Genel Bakış	37
2.1.2. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı	38
2.1.3. Kompetenz-Kompetenz Prensibi	42
2.1.4. Tahkim Anlaşmasının Nispiliği	43
2.1.4.1. Nispilik Prensibinin İstisnaları: Tahkim	
Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili	44
2.1.4.1.1. Külli Halefiyet.....	44
2.1.4.1.2. Cüzî Halefiyet.....	46
2.1.4.1.2.1. Alacağın Devri	46
2.1.4.1.2.2. Tahkim Şartı İçeren Konışmentonun Devri. 48	
2.1.4.1.2.3. Sigortacının Halefiyeti.....	50
2.1.4.1.3. Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri.....	51
2.1.4.1.4. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme	53
2.1.4.1.5. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve	
Dürüstlük Kuralı	54

2.2. NEW YORK KONVANSİYONU UYARINCA TAHKİM ANLAŞMASININ ESAS BAKIMINDAN GEÇERLİLİĞİ	57
2.2.1. Genel Olarak	57
2.2.2. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk	58
2.2.3. Tahkime Başvurma İradesi	61
2.2.3.1. Tahkim İradesinin Muğlâk Olması	62
2.2.3.2. Asimetrik Tahkim Anlaşmaları.....	66
2.2.3.3. Patolojik Tahkim Anlaşmaları.....	67
2.2.3.4. İradeyi Sakatlayan Sebepler	69
2.2.3.5. Aşırı yararlanma	70
2.2.3.6. Tahkim Anlaşmasının Genel İşlem Şartı Şeklinde Akdedilmesi.....	71
2.2.4. Tahkime Elverişlilik.....	72
2.3. NEW YORK KONVANSİYONU UYARINCA TAHKİM ANLAŞMASININ ŞEKLİN GEÇERLİLİĞİ.....	75
2.3.1. NYK'da Öngörülen Yazılı Şekil Şartı.....	75
2.3.2. MTK'da Öngörülen Yazılı Şekil Şartı	79
2.3.3. Şekil Eksikliğinin Sonucu	81
2.3.4. Tahkim Anlaşmasının Dili.....	82

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NEW YORK KONVANSİYONU UYARINCA BİR TENFİZ ENGELİ OLARAK EHLİYETSİZLİK

3.1. EHLİYET KAVRAMI	85
3.1.1. Hak ve Fiil Ehliyeti	85
3.1.1.1. Gerçek Kişiler	86
3.1.1.2. Tüzel Kişiler	88
3.1.1.3. Devlet ya da Devlet Kuruluşları	89
3.1.2. Ehliyetsizlik İtirazlarında Uygulanacak Hukuk.....	93

3.2. TAHKİM ANLAŞMASI YAPMA YETKİSİNİN EHLİYETLE İLİŞKİSİ	96
3.2.1. Ehliyet ve Yetki Kavramları Arasındaki Ayrım.....	96
3.2.2. Özel Yetki Şartı	99
3.2.3. Özel Yetkinin Verilme Şekli.....	101
3.2.4. Yetkisizlik İtirazlarında Uygulanacak Hukuk.....	103
3.2.4.1. Yetkinin Ehliyete Uygulanacak KİK Uyarınca Belirlenmesi	103
3.2.4.2. Yetkinin Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak KİK Uyarınca Belirlenmesi	104
3.2.4.3. Yetkinin Temsil Statüsü Uyarınca Belirlenmesi	104
3.2.4.4. Yetkinin Lex Fori'nin Maddi Hukuk Kuralları Uyarınca Belirlenmesi	106
3.2.4.5. Dürüstlük Kuralının Etkisi	109
3.3. TÜZEL KİŞİLERDE TEMSİL.....	110
3.3.1. Ultra Vires Yasağının Kalkışının Etkisi.....	110
3.3.2. Tahkim Anlaşmasının Ticaret Şirketlerinin Organları Aracılığıyla Yapılması.....	111
3.3.3. Tahkim Anlaşmasının Ticaret Şirketlerinin Temsilcisi Aracılığıyla Yapılması.....	113
SONUÇ	117
KAYNAKÇA	121

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
D.	: Danıştay
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
ETK	: 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu
HFD	: Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	: Milletlerarası Tahkim Odası
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
K.	: Karar
KİK	: Kanunlar İhtilafı Kural(lar)ı
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
No.	: Numara
NYK	: New York Konvansiyonu
Örn.	: Örneğin
para.	: Paragraf
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TD.	: Ticaret Dairesi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
v.	: Karşı (versus)
vd	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tenfizi bakımından karşılaşılan ana problem, tenfiz yargılamalarında tahkimi kaybeden tarafın tüm tenfiz engellerini bir yığın olarak ileri sürmesi, mahkemelerin bu engelleri hakem kararını neredeyse boşa çıkaracak şekilde yorumlayabilmeleri ve neticede basit yargılama usulü ile ve *revision au fond* yasağı kapsamında yapılması gereken tenfiz yargılamalarının senelerce sürüncemede kalmasıdır. Bu nedenle, tenfizin reddi sebeplerinin Türk mahkemelerince nasıl yorumlanması gerektiği Türk tahkim camiasında her daim gündemde olan meselelerden olmaya devam etmektedir. Zira Türk mahkemelerinin tenfizdeki yaklaşımı Türkiye’de hakkını aramak isteyen yabancılara güven verme açısından da son derece önemlidir.

Tahkim anlaşması tahkimin olmazsa olmaz koşulu ve gerek tahkim yargılamasının gerekse hakemlerin yetkilerinin dayanağıdır. Bu nedenle taraflar arasında geçerli ve ehliyetli kimselerce akdedilmiş bir tahkim anlaşmasının varlığı yabancı hakem kararlarının tenfizinin en önemli koşulunu oluşturmaktadır. Söz konusu tenfiz şartını kapsamlı olarak ele almaya çalıştığım tez çalışmamda tahkim anlaşmasının geçersizliği ve ehliyet kavramlarının ne şekilde anlaşılması gerektiği üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi üzerinde durularak, tanıma ve tenfiz arasındaki temel farklar açıklanacak, New York Konvansiyonu’nun uygulama alanı, tanıma ve tenfiz şartları ve usulüne ilişkin genel bilgilendirme yapılacaktır. İkinci bölümde, tenfiz şartlarının ilki olan geçerli bir tahkim

anlaşmasının bulunması hususu incelenecek, tahkim anlaşmasının özelliklerine, esas ve şekil bakımından geçerlilik şartlarına detaylı olarak değinilecektir. Üçüncü ve son bölümde ise tahkim anlaşması yapma ehliyeti üzerinde durulacak, bu kapsamda, yetki ve ehliyet kavramları, tahkim anlaşmasının iradi temsilci vasıtasıyla yapılması ile tüzel kişilerde temsil hususları incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

YABANCI HAKEM KARARLARININ TANIMASI VE TENFİZİNE GENEL BAKIŞ

1.1. YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE’DE TANINMASI VE TENFİZİ

1.1.1. Genel Olarak

Mahkeme kararlarının olduğu gibi hakem kararlarının da nihai gücü ve bağlayıcı etkisi yalnızca verildikleri ülke ile sınırlıdır¹. Zira her devlet yargı gücü ve icra egemenliğini kendi ülke sınırlarında kullanır². Yabancı hakem kararları diğer bir devletin mahkemesinde kendiliğinden dikkate alınamaz ya da bu karara dayanarak diğer devletin icra organları doğrudan harekete geçirilemez³.

Bu sebeple, bir devletin “yabancı” olarak nitelendirdiği bir hakem kararının o devletin mahkemesi yahut icra organları nezdinde hüküm ve sonuç doğurmasını sağlamak amacıyla tanıma ve tenfiz kavramları gündeme gelmekte, öncelikle bu yabancı hakem kararının söz konusu

¹ Nuray Ekşi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013, s. 1, (“Tanıma ve Tenfiz”).

² Işık Nazikoğlu, “Yabancı Memleket Mahkemelerinden Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (“AÜHF”), Sayı: 3, Cilt: 7, Ankara 1950, s. 470.

³ Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2019, s. 526.

devletin yetkili mahkemelerince tanınması ya da tenfiz edilmesi gerekmektedir⁴.

Esasen tahkimin uzlaştırmacı niteliği ve ticari hayatın olağan akışı gereği, ticari ilişki içerisinde yer alan taraflar, çoğu zaman aleyhlerinde verilen hakem kararını herhangi bir ek prosedüre gerek olmaksızın kendi rızalarıyla yerine getirmektedirler⁵. Ancak kimi durumlarda, tahkim yargılaması aleyhine sonuçlanan taraf bu kararın sonuçlarına uymadığında, bu tarafın malları kararın verildiği ülkeden farklı bir ülkede bulunuyorsa, söz konusu hakem kararının malların bulunduğu ülkede tenfizini talep etme ihtiyacı doğmaktadır⁶.

Öncelikle değinilmesi gereken husus, tanıma ve tenfiz mahkemesince yapılacak inceleme şekline ilişkindir. Yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizinde kararın esası bakımından yeniden gözden geçirilmesi, bir başka deyişle hakem kararının maddi ve hukuki tespitlerin doğruluğunun esastan yeniden incelenmesi (*révision au fond*) yasaklanmıştır⁷. Bu

⁴ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 503; Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2016, s. 335; Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 3; Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2017, s. 507, (“DHH”); Cemile Demir Gökyayla, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 56, (“Kamu Düzeni”); Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2017, s. 681; Baki Kuru/Ejder Yılmaz, “Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması”, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler – Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, s. 191.

⁵ Margaret L. Moses, The Principles and the Practice of International Commercial Arbitration, New York 2008, s. 202; Turgut Kalpsüz, “Hakem Kararlarının İcrası”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (“BATİDER”), Cilt: 25, Sayı: 2, Haziran 2009, s. 6.

⁶ Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s. 408, (“Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”).

⁷ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 536; Akıncı, s. 335; Ergin Nomer, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2018, s. 247, (“MUH”); Çelikel/Erdem, s. 690; Pelin Güven, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2013, s. 81; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 243; Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s. 75; Turgut Kalpsüz, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010, s. 188, (“Tahkim”); Moses, s. 208; Nuray Ekşi, İptal Edilmiş Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizi, İstanbul 2009, s. 50, (“İptal”); Mehmet Köle, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul”, Dicle Üniversitesi HFD, Cilt: 21, Sayı: 34, 2016, s. 45; Alan Redfern/Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, London Sweet&Maxwell, 2003, s. 461.

bakımdan tanıma veya tenfiz kararı, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümlleyen bir karar olmayıp, yalnızca yabancı hakem kararın tanıma veya tenfiz koşullarını taşıyıp taşımadığı yönüyle sınırlı bir inceleme sonucu oluşturulmaktadır. Gökyayla'nın isabetle belirttiği gibi, burada “yasak bölge”, tarafların hak ve borçları, hukuki ilişkileri, uyuşmazlığın esastan çözülmesini sağlayan vakıa değerlendirmeleri olup, bu hususlar yalnızca tenfiz şartlarının bulunup bulunmadığı hakkındaki değerlendirmeye katkıda bulunduğu ölçüde incelenebilir⁸.

Tanıma veya tenfizden bahsedebilmek için her şeyden önce bir “hakem kararının” bulunması zorunludur. Bu nedenle, örneğin bilirkişi raporları, değerlendirmeler, uzman incelemeleri, uzlaştırmacıların ya da hakem bilirkişilerin verdikleri kararlar hakem kararı niteliğinde sayılmadıklarından tanıma ya da tenfize konu olamazlar⁹.

Hukukumuzda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hususundaki ana mevzuat, 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (“MÖHUK”)¹⁰ ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 10.06.1958 tarihli New York Konvansiyonu’dur (“NYK”)¹¹. NYK ülkemizde 08.05.1991 tarihli ve 3731 sayılı Kanunla onaylanmış ve 25.09.1991 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe konmuştur¹².

Bilindiği üzere 18.10.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın (“Anayasa”)¹³ m. 90 hükmü uyarınca usulünce yürürlüğe giren uluslararası akitler kanun hükmündedir. Aynı şekilde MÖHUK m. 1’de de, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası akitler saklı tutulmuştur. Söz konusu düzenlemeler ışığında, yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi bakımından NYK hükümleri özel kanun (*lex specialis*)

⁸ Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s. 75.

⁹ Akıncı, s. 337.

¹⁰ RG. 12.12.2007 – 26728.

¹¹ RG. 21.05.1991 – 20877.

¹² RG. 25.09.1991 – 22002.

¹³ RG. 09.11.1982 – 17863.

olarak öncelikle uygulanacak, NYK'nın uygulama alanının dışında kalan tanıma ve tenfizler ise MÖHUK'a tâbi yürütülecektir¹⁴.

NYK, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olarak oldukça hızlı ve etkin bir sistem öngörmüştür¹⁵. Ayrıca NYK'ya yüz altmıştan fazla ülke taraf bulunmaktadır¹⁶. Bu vasıfları ile NYK, dünyada en geniş katılımın sağlandığı ve en etkin uluslararası sözleşmelerden biri olarak kabul edilmektedir¹⁷.

Türkiye'nin ticari ilişki içerisine girmesi muhtemel neredeyse tüm devletlerin NYK'ya taraf olması ve NYK'nın uygulama alanının da oldukça geniş çizilmesi nedeniyle, Türkiye'de yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde NYK'nın MÖHUK'a nazaran çok daha sıklıkla uygulama alanı bulduğu ve hatta MÖHUK'un uygulanma kabiliyetinin hemen hemen kalmadığı gözlenmektedir¹⁸. Bu nedenle çalışmanın içeriği de temel olarak NYK üzerinden anlatılacaktır. Böyle olmakla birlikte MÖHUK'un yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen hükümleri zaten büyük oranda NYK hükümlerinden iltibas edilmiş olup, küçük farklılıklar haricinde MÖHUK ile NYK büyük bir paralellik içerisinde¹⁹. Yeri geldikçe MÖHUK'ta yer alan hükümlerdeki farklılıklara atıfta bulunulacaktır.

¹⁴ Akıncı, s. 339; Kalpsüz, Tahkim, s. 183-184.

¹⁵ Ekşi, İptal, s. 48.

¹⁶ 2019 itibarıyla NYK'ya 161 devlet taraf bulunmaktadır. Bkz. <http://www.newyorkconvention.org/countries>

¹⁷ Julian D. M. Lew/Laukas A. Mistelis/Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, s. 694; Ekşi, İptal, s. 48.

¹⁸ Taraf devlet sayısı nedeniyle NYK'nın yabancı hakem kararlarının tenfizinde "sütun" görevi gördüğüne ilişkin bkz. Lew/Mistelis/Kröll, s. 693-694. Aynı doğrultuda bkz. Ekşi, İptal, s. 48; Kalpsüz, Tahkim, s. 184; Ergin Nomer, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve 'Görev Belgesi'", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2013, s. 3-13, ("Geçerlilik"); Ergin Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, İstanbul 2016, s. 108.

¹⁹ Kalpsüz, Tahkim, s. 184.

1.1.2. Tanıma ve Tenfiz Kavramlarının Farkı

Her hakem kararının kesin delil ve kesin hüküm olmak üzere iki temel sonucu bulunmakta; ancak nitelikleri gereği her kararın icra kabiliyeti bulunmamaktadır²⁰. Hakem kararlarından icra kabiliyeti olmayanların yalnızca tanınması söz konusu olabilir. Tenfize konu olanlar ise, niteliği gereği kesin delil ve kesin hüküm etkisine ek olarak icra kabiliyeti bulunan yabancı hakem kararlardır.

İşte tenfiz ile tanımayı gerek içerik, gerekse sonuçları yönünden birbirlerinden farklı kılan özellik söz konusu icra kabiliyetidir²¹. Zira gerek tanıma gerekse tenfiz kararı ile yabancı hakem kararı tanıma ya da tenfizin talep edildiği ülkede (*forum state*) kesin hüküm gücü ve kesin delil niteliğini haiz olmaktadır. Ancak tenfiz kararının sonucunda, tanımadan farklı olarak, yabancı hakem kararı tıpkı bir Türk hakem kararı gibi Türkiye’de icra edilebilme gücüne kavuşmaktadır.

En basit tanımıyla “tenfiz”, yabancı bir hakem kararının tenfiz talep edilen devlette icra edilip edilemeyeceğinin karara bağlanmasını ifade etmektedir²². Tenfiz talebiyle başvurulmuş mahkemenin yabancı hakem kararının tenfizini kabul etmesi hâlinde, talep sahibi kararı ilgili devletin icra organları vasıtasıyla yerine getirebilme imkânını elde etmektedir.

Diğer yandan “tanıma” ise, yabancı hakem kararının ilgili devletin mahkemelerince kesin hüküm veya kesin delil teşkil ettiğinin icra kabiliyetinden bağımsız olarak kabul edilmesi anlamına gelmektedir²³. Kararın “kesin hüküm veya kesin delil teşkil ettiğinin tanınması” ise, yabancı hakem kararıyla kazanılmış olan hakların varlığının ilgili devletin hukuk düzenince kabul edilmesi anlamına gelmektedir²⁴. Tanıma kararı sonu-

²⁰ Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 3.

²¹ Akıncı, s. 335.

²² Kemal Dayınarlı, “Yabancı Hakem Kararlarının 2675 sayılı Kanuna Göre Tenfizi”, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler – Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, s. 65; Akıncı, s. 337.

²³ Moses, s. 203; Akıncı, s. 335; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 405; Kalpsüz, Tahkim, s. 198.

²⁴ Akıncı, s. 337.

cunda da, tanıma kararına konu karar icra organlarını harekete geçirme imkânı hariç, Türk hakem kararları aynı etki ve sonuçlara sahip olur²⁵.

Tanıma, genelde tahkim yargılamasından sonra, bir başka yargılamanın kapsamında, ilgili kararın kesin hüküm etkisine dayanmak için talep edilmektedir. Bir örnek vermek gerekirse, bir tahkim yargılamasında lehine tazminata hükmedilen taraf, sonradan karşı tarafça aleyhine bir başka ülkede alacak davası açıldığında, takas savunması ileri sürmek amacıyla söz konusu hakem kararının tanınmasını talep edebilir²⁶.

Nitelikleri bakımından tespit hükmü içeren ya da yenilik doğurucu (*inşâî*) yabancı hakem kararlarının da Türkiye’de sadece tanınmaları söz konusu olabilir²⁷. Zira bu kararların tenfizinin talep edilmesinde hukuki yararın bulunmadığı ve kararın kesin hüküm veya kesin delil gücünün kabulünün yeterli olduğu kabul edilir²⁸.

Buna karşılık eda hükmü içeren yabancı hakem kararlarının ise, icra kabiliyetini haiz olduklarından ötürü tenfizleri mümkündür. Esasen, şayet yabancı hakem kararı icra kabiliyetini haiz bir karar ise kararın tenfizinden bağımsız salt tanınmasını istemekte hukuki yarar olmadığı da söylenebilir²⁹.

Görüldüğü gibi, sonuçları bakımından tenfiz tanımayı içine almaktadır. Zira bir devletin icra organlarını harekete geçirmeye kabil karar evveliyle o devlet tarafından kesin hüküm olarak tanınmıştır³⁰. Bir başka deyişle yabancı bir hakem kararının tenfizi isteminin kabulüne karar verilmesi ile *a priori* yabancı hakem kararı tanınmış olur³¹.

²⁵ Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s. 61.

²⁶ Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s. 58; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, İstanbul 2001, s. 6213.

²⁷ Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s. 57.

²⁸ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 529.

²⁹ Akıncı, s. 348-349.

³⁰ Nuray Ekşi, Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 1, Kış 2009, s. 55, (“ICC Tenfizi”); Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 405-406.

³¹ Moses, s. 203-204; Kalpsüz, Tahkim, s. 198.

Açıklanan nedenlerle tanıma ya da tenfiz talebinde bulunmadan evvel yabancı hakem kararının niteliğini tespit etmek son derece önemlidir. Ancak uygulamada bu kavramlar sıklıkla karıştırılmakta, ikisi beraber “tanıma ve tenfiz talebi” şeklinde kullanılmaktadır. Maalesef bu iki kavram arasında doğru yapılamayan ayırım zaman zaman zaman Yargıtay içtihatlarına da sirayet etmektedir³².

Yargıtay’ın konuya ilişkin 1989 tarihli bir kararında ise son derece isabetli bir şekilde tenfiz ve tanıma kavramsal olarak birbirinden ayrılmış, eda hükmü içeren karar söz konusu olduğundan ve bu karar cebri icrayı gerektirdiğinden tanıma değil tenfizinin istenmesi gerektiği belirtilerek ilk derece mahkemesi kararının gerekçesinin değiştirilerek onanmasına karar verilmiştir³³. Yine bir Yargıtay kararında ise bu kez fahiş bir hata ile NYK’nın mahkeme kararlarının da tanıma ve tenfizini kapsadığını kabul etmiş olan ilk derece mahkemesinin kararı yerinde olarak bozulmuştur³⁴. Sonuç olarak, eldeki yabancı hakem kararının niteliği ve elde edilmek istenen netice doğru bir şekilde belirlenerek hakem kararın tanınmasının mı tenfizinin mi talep edileceği hususunda dikkatli davranılması son derece önemlidir.

Değinilmesi gereken bir başka husus ise, yabancı bir hakem kararına kesin delil olarak dayanılması ya da bu karara dayanarak kesin hüküm itirazında bulunulması durumunda bağımsız bir tanıma davası mı açmak gerektiği, yoksa yabancı hakem kararının delil teşkil ettiği davada tanıma talep edilip edilemeyeceğidir. Bu durumda aynı dava içinde yabancı ha-

³² Örneğin bir Yargıtay kararında; Münih Asliye Mahkemesi’nin verdiği boşanma kararının Türkiye’de uygulanabilmesinin ancak bir tenfiz kararı verilmesi hâlinde mümkün olabileceği belirtilmiştir (Y. 8. HD. E. 2009/4595 K. 2010/805 T. 18.2.2010 (<http://www.kazanci.com>) (“Kazancı”), E.T. 18.01.2019). Yine bir başka Yargıtay kararında da bu kez nesebin reddine ilişkin yabancı mahkeme kararının tenfizinden bahsedilmektedir. (Y. 2. HD. E. 2008/4290 K. 2009/10608 T. 2.6.2009 (Kazancı), E.T. 18.01.2019). Oysa her ikisi de yenilik doğurucu hükümler olan boşanma ve nesebin reddi kararları icra kabiliyetini haiz olmayıp, ancak Türk mahkemesince tanınmalarının söz konusu olabileceği açıktır. Yargıtay’ın bu konuda verdiği isabetli bir karar için bkz. Y. 18. HD. E. 2014/3930 K. 2014/10998 T. 19.6.2014 (Kazancı), E.T. 18.01.2019).

³³ Y. 13. HD. E. 1989/1221 K. 1989/4636 T. 30.06.1989 (Kazancı, E.T. 16.01.2019).

³⁴ Y. 11. HD. E. 2011/8672 K. 2011/12200 T. 04.10.2011 (Kazancı, E.T. 16.01.2019).

kem kararının tanınmasının talep edilmesi yeterlidir. Böyle bir durumda mahkeme, delil olarak dayanılan yabancı hakem kararının tanıma şartlarını taşıyıp taşımadığını bir ön sorun olarak araştıracaktır³⁵.

Buna karşın yabancı bir hakem kararının tenfizi söz konusu olduğunda, her hâlükârda bağımsız bir tenfiz dava açılması gerekmektedir. Uygulamada Yargıtay, bir yabancı hakem kararının hem iptaline hem de te Temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisi, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. İfzine ilişkin Türkiye’de dava açılmışsa, aralarında bağlantı bulunan bu davaların birleştirilebileceğini belirtmektedir³⁶.

Cevaplanması gereken bir başka soru da, henüz yabancı hakem kararının tenfizi talep edilmeden önce, ilgili hakem kararının Türkiye’de tenfizinin mümkün olmadığına ilişkin bir tespit davası açılmasının mümkün olup olmadığıdır. Kanaatimizce Akıncının da isabetle dile getirdiği üzere, hukuki yararın bulunmadığından bahisle böyle bir dava açılması mümkün gözükmemektedir, zira tespit davasında ileri sürülebilecek tüm hususlar olası bir tenfiz davasında savunma olarak ileri sürülebilecektir³⁷. Nitekim Yargıtay da bu tip durumlarda ayrı bir tespit davası açmakta hukuki yarar bulunmadığını kabul etmektedir³⁸.

1.2. NEW YORK KONVANSİYONU’NA GÖRE YABANCI HAKEM KARARLARININ TANIMA VE TENFİZ ŞARTLARI

1.2.1. Uygulama Alanı

1.2.1.1. Yabancı Hakem Kararı

Yabancı bir hakem kararının NYK’ya mı MÖHUK’a mı göre tenfiz edileceğinin belirlenmesi için NYK’nın uygulanma sınırının belirlenmesi

³⁵ Akıncı, s. 349; Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s. 59.

³⁶ Y. 19. HD. E. 2006/2651 K. 2006/3599 T. 6.4.2006 (Kazancı, E.T. 18.01.2019).

³⁷ Akıncı, s. 350.

³⁸ YHGK. E. 2009/19-102, K. 2009/208, T. 27.5.2009 (Kazancı, E.T. 18.01.2019).

önem arz etmektedir³⁹. NYK m. I, NYK'nın uygulama alanını ikili bir kıstas getirerek oldukça detaylı bir şekilde belirlemiştir.

Anılan hüküm uyarınca NYK, tanıma ya da tenfizin istendiği devletten başka bir devlette verilmiş hakem kararlarını kapsamaktadır. Görüldüğü üzere, uygulama alanının ilk kriteri hakem kararının verildiği yer ile tenfiz yerinin farklı devletler olmasıdır. O nedenle bir hakem kararının Türkiye'de tenfizinde bakılması gereken ilk husus; hakem kararının Türkiye'de mi yoksa yabancı bir devlette mi verildiğidir⁴⁰.

Anılan maddenin devamında ise NYK'nın aynı zamanda tanıma veya tenfizin istendiği devlet tarafından milli sayılmayan hakem kararları hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla yukarıdaki ilk kriter ile eş zamanlı olarak bakılacak ikinci kriter, hakem kararının tanıma veya tenfizi istenen ülkede yerli sayılmamasıdır⁴¹. Bu kriter, hakem kararının yerli mi yabancı mı kabul edileceği hususunda farklı sistemlere sahip devletlerin uzlaşması açısından kabul edilmiştir⁴².

Ayrıca belirtmek isteriz ki, doktrinde kimi yazarlar ilk kriter olan toprak esasının “asli unsur”, ikinci kriterin ise “tali unsur” olduğu görüşünü benimsemektedirler⁴³. Yabancı doktrinde de NYK'da genel olarak tahkim yerine önem verildiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır⁴⁴. Biz bu görüşe, bu iki kriterin asli ve tali olarak nitelendirilemeyeceği kanısında olduğumuzdan katılmamaktayız. Kanaatimizce NYK tarafından toprak

³⁹ Akıncı, s. 339.

⁴⁰ Akıncı, s. 340; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 392; Kalpsüz, Tahkim, s. 199; Ekşi, İptal, s. 48.

⁴¹ Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 108-109; Gülören Tekinalp, “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası”, Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler – Tartışmalar, Ankara 1965, s. 540-541.

⁴² Rabi Koral, Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında Birleşmiş Milletler New York Konferansı ve 10 Haziran 1958 Tarihli Sözleşme, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 24, Sayı: 1-4'ten Ayrı Bası, İstanbul 1961, s. 18, (“New York Konferansı”).

⁴³ NYK'nın esas kriter olarak toprak esasını benimsediği, ikinci kriterin kaleme alınış şeklinden (“*It shall also apply*”) ek bir kriter olarak benimsendiğinin açık olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. Akıncı, s. 339-341. Aynı doğrultuda, toprak esasını temel kriter olarak gören görüş için bkz. Ekşi, İptal, s. 49.

⁴⁴ Daniel Levy, Les Abus de l'Arbitrage Commercial International, Paris 2015, s. 95.

esas kriterinin asıl kriter olarak benimsendiğinden bahsedilemeyeceği gibi, ikinci kriterin yan bir kriter olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Keza söz konusu ikinci kritere dayanarak, yabancı hakem kararlarının milliyetini otorite kriterine göre belirleyen bir devlet, kendi ülke sınırlarında verilmiş olsa dahi yabancı bir usul hukukuna tâbi tutulmuş hakem kararını yabancı addedebilecek ve NYK'ya göre tenfiz edebileceği gibi, kendi ülkesinde verilmemiş bir hakem kararını, kendi usul hukukuna tabi tutulduğundan bahisle yerli addedebilecektir.

Nitekim doktrinde Kalpsüz de bu görüşte olup, NYK'da asli olarak toprak esasının benimsenmiş olduğunu söylemenin pek doğru olmadığını savunmaktadır⁴⁵. Bilakis, NYK özellikle irade serbestisi prensibine ağırlık vermekte olup birçok hükmünde taraf iradesine atıf yapılmıştır⁴⁶. Dolayısıyla Koral'ın deyimiyle "anlaşmanın galip vasfı" irade serbestisi olarak kabul edilmelidir⁴⁷.

NYK uygulama alanına dâhil hakem kararlarına ilişkin kriterler getirmiş, fakat onların hangi kıstas uyarınca akit devletlerce yabancı kabul edileceğine ilişkin bir düzenleme yapmamıştır. Zaten kararın yerli olup olmadığını belirlemek devletlerin yargı egemenliğinde olup, karara yabancı mahkemeyi bağlayacak şekilde bir milliyet izafe edilmesine de imkân bulunmamaktadır⁴⁸. Bir yabancı hakem kararının tanınması veya tenfizi talebiyle Türk mahkemeleri önüne gidildiğinde mahkeme öncelikle bu kararın yerli sayılıp sayılmayacağını tespit etmek için Türk hukukundaki kanunlar ihtilafı kurallarına ("KİK") bakacaktır⁴⁹. Bu niteleme münhasıran Türk hukukuna ilişkindir⁵⁰.

⁴⁵ Kalpsüz, Tahkim, s. 199-203.

⁴⁶ Kalpsüz, Tahkim, s. 200, dn. 311; Rabi Koral, "Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin İkili Anlamı", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, II. Tahkim Haftası, Ankara 1983, s. 266, ("Hakem Kararlarının Milliyeti").

⁴⁷ Koral, Hakem Kararlarının Milliyeti, s. 267.

⁴⁸ Kalpsüz, Tahkim, s. 204.

⁴⁹ Kalpsüz, Tahkim, s. 203; Koral, Hakem Kararlarının Milliyeti s. 618; Turgut Kalpsüz, "Türk Hakem Kararı Kavramı", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, ("Türk Hakem Kararı"), s. 40.

⁵⁰ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 677.

Bu bağlamda, Türkiye dışında verilen bir hakem kararının usulünün de yabancı bir hukuka tabi tutulduğu durumda Türk hukukuna göre yabancı hakem kararı sayılacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Türkiye dışında verilen fakat Türk usulüne tabi tutulan bir hakem kararının ise yerli mi yabancı mı sayılacağı hususunu tartışmakta yarar bulunmaktadır.

Bu konuda Akıncı, hakem kararı başka bir ülkede verilmiş ise, usulüne Türk hukuku uygulansa dahi tereddütsüz yabancı bir hakem kararı sayılması gerektiğini vurgulamaktadır⁵¹. Akıncı bu konuda Yargıtay'ın bir kararına da atıf yaparak, Yargıtay'ın da yabancı bir ülkede verilen hakem kararını, tahkim usulüne Türk hukuku uygulansa dahi yabancı bir hakem kararı olarak addettiğini, bu kararın NYK'nın kapsamının belirlenmesi açısından son derece açıklayıcı ve doğru bir karar olduğu belirtmektedir⁵².

Ancak kanaatimizce Yargıtay'ın atıf yapılan söz konusu kararından yabancı ülkede verilmiş bir hakem kararına Türk usulü uygulansa dahi kararın yabancı olacağı sonucu çıkmamaktadır. Nitekim karara konu uyuşmazlıkta davacı Zürih'te ve İsviçre usul hükümlerine tabi olarak verilen bir hakem kararının tenfizini talep etmektedir. Davalı ise taraflar arasındaki sözleşmede tahkimin Türk usulüne tabi olacağının kararlaştırıldığından bahisle tenfizin reddini istemektedir. Yargıtay ise *"NYK m. 1 uyarınca NYK, tanınması ve icrası istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında uygulanacağından dava konusu hakem kararı da bu sözleşmenin kapsamında kalmaktadır"* demek suretiyle hakem kararının tenfizini NYK m. V/1-d uyarınca, hakemlik prosedürüne aykırı olarak Türk hukuku yerine, İsviçre usul hükümlerine tabi verilmesi nedeniyle reddetmiştir⁵³.

⁵¹ Akıncı, s. 341.

⁵² Akıncı, s. 344; Y. 15. HD. E. 1997/4213, K. 1997/5603, T. 25.12.1997 (Kazancı, E.T. 20.01.2019).

⁵³ Karar metninden anlaşıldığı üzere, Yargıtay bu kararında usule yanlış hukuk uygulandığı için hakem kararının tenfizini reddetmiştir. Yargıtay bu belirlemeyi yaparken taraflar arasındaki sözleşmede yürürlükteki Türk Kanunlarının esas alınacağını belirttiğini, bu tabirin hem maddi hukuk kurallarını ve hemde usul hukuku kurallarını içeren bir kavram olduğu, taraflar bu maddede sadece maddi hukuk kurallarını amaçlamış olsalardı

Görüldüğü gibi esasen Yargıtay'ın önüne gelen söz konusu olayda yabancı bir ülkede verilmiş olmasının yanı sıra yabancı bir usul hukukuna tabi tutulmuş bir hakem kararı bulunmaktadır. Eğer usule Türk hukuku uygulanmış olsaydı Akıncı'nın varmış olduğu sonuca ulaşmak mümkün olabilecekti. Ancak, şu ana kadar Türkiye dışında verilmesine rağmen Türk usul hukukuna tabi tutulmuş bir hakem kararı Yargıtay önüne gelmiş ve Yargıtay kararı yabancı addetmiş değildir. Kanaatimizce böyle bir durumda hakem kararının yerli sayılması daha uygun olacaktır.

Zira bilindiği üzere, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği yabancılık unsuru taşıyan tahkimler ile taraflar ya da hakemlerce 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ("MTK")⁵⁴ uygulanmasının kararlaştırıldığı uyuşmazlıklar MTK'ya tâbidir. Dolayısıyla MTK, Türkiye'de yürütülen tahkimlerin yanı sıra, usulüne MTK'nın uygulanmasının kabul edildiği uyuşmazlıkları da kapsamına almakla, esasen Türkiye dışında verilmesine rağmen usulüne Türk hukuku uygulanan hakem kararlarını yerli sayacağını açıkça kabul etmektedir.

Öte yandan MTK m. 8 uyarınca, taraflar bir başka devletin ya da tahkim kurallarının öngördüğü usul hukukunu seçmiş olsalar dahi söz konusu tahkim MTK'nın emredici kuralları çerçevesinde yürütülmelidir. Bu nedenle tahkim yeri Türkiye olan tahkimlerde verilen hakem kararı, yabancılık unsuru taşısa da ve kural olarak hangi usul hukuku hükümleri seçilirse seçilsin yerli bir hakem kararı olarak kabul edilmektedir⁵⁵.

Doktrinde de Türk hukuku bakımından yerli olarak addedilen hakem kararı Türk emredici usul hükümlerine riayet edilmek suretiyle verilmiş bir hakem kararı olduğu kabul edilmektedir⁵⁶.

bu takdirden "Türk maddi hukuk kuralları" demekle yetineceklerini bu nedenle hakem kararının da Türk usul kanunlarına tabi verilmiş olması gerektiğinden bahisle tenfizi reddetmiştir. Ancak MTK kabulünden sonra böyle bir yoruma olanak bulunmamaktadır. Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 12 uyarınca, uygulanacak hukuk seçiminden aksi belirtilmedikçe esasa uygulanacak hukuk anlaşılmalıdır, naklen, Akıncı, s. 344-345, dn. 640.

⁵⁴ RG. 05.07.2001 – 24453.

⁵⁵ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 677.

⁵⁶ Kalpsüz, Türk Hakem Kararı s. 49; Rabi Koral, "Hakemlik Münasebetine İfade Edilecek

Şayet tahkim yeri Türkiye olsa da, tarafların iradelerinden MTK'nın dışlandığı anlaşılıyorsa, tahkim 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na ("HMK")⁵⁷ da tâbi tutulmamış ise, söz konusu hakem kararı Türk hukuku uyarınca yabancı sayılacaktır. İşte bu noktada hakem kararı, Türkiye'de verilmiş de olsa, yabancı hakem kararı sayılacak ve Türkiye'de icra kabiliyetini kazanması için Türk mahkemelerince tenfizi gerekecektir⁵⁸.

Hakem kararlarının hangi esasa göre yabancı sayılacağı hususunda en çok kabul gören iki kriterden ilki tahkim yargılamasının tâbi olduğu hukuku (*otorite kriteri*), ikincisi ise kararın verildiği ülkeyi (*ülkesellik kriteri*) esas almaktadır. Bu konuda Yargıtay'ın tarihsel süreçteki yaklaşımına bakacak olursak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1951 tarihli bir kararında yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş ise hakem kararın yabancı sayılacağı kuralını benimsemiştir⁵⁹. Bu kararın sonrasında Yargıtay'ın vermiş olduğu istikrarlı içtihatlarda aynı kural teyit edilmiştir⁶⁰. Ancak Yargıtay 1976 tarihli Keban Barajı kararında hakem kararının aslen verildiği ülkenin tabiiyetini taşıyacağını, otorite kriterinin de (ikincil derecede) uygulanabileceğini belirtmiştir⁶¹. Bu husus doktrinde eleştiri konusu edilmiştir⁶². Nitekim 1976 tarihli ayrıksı karardan kısa bir süre sonra

Yerlilik veya Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun Otorite Kanunu Kriteri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 42, Sayı: 1-4, 1977, s. 50 vd. ("Otorite Kanunu"); Mahmut Bırsal, "Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye", Cilt: 1, Sayı: 1, Ege Üniversitesi HFD, 1980, s. 117 ("Tahkim ve Türkiye"). Hakem kararının tabiiyetini tespit ederken uygulanan usul hukuku kurallarının emredici hükümlerinin uygulanmış olmasının yeterli olduğu hakkında bkz. Kuru, s. 6182-6183.

⁵⁷ RG. 04.02.2011 – 27836.

⁵⁸ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 677-678.

⁵⁹ YGHK, T. 126/109, T. 07.11.1951. Karar metni için bkz. Emel Kalelioğlu, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 1989, s. 20; Çelikel/Erdem, s. 781. Kararın değerlendirmesi için bkz. Koral, Otorite Kanunu s. 155.

⁶⁰ Y. TD. 6320/955 T. 21.01.1952 ve Y. TD. 3397/4190 T. 21.5.1954. Kararların metni için bkz. Kalelioğlu, s. 20.

⁶¹ Y. 15. HD. E.1975/1617 K.1976/1052 T.10.3.1976. Karar metni için bkz. Kalelioğlu, s. 20-21; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 81; Kuru, s. 6157-6161. Kararın otorite kriterini bir yana bıraktığına ilişkin eleştiri için bkz. Koral, Hakem Kararlarının Milliyeti, s. 20.

⁶² Kuru, s. 6160. Ayrıksı Yargıtay kararının detaylı eleştirisi için bkz. Rabi Koral, Hakem-

Yargıtay, 1978 tarihli bir kararı ile yine eski içtihadı dönerek otorite kriterini benimsemeye devam etmiştir⁶³. Doktrinde de, bir hakem kararının yerli mi yabancı mı olduğunun tespitinde tahkim usulünün dayandığı otorite kanununun asli kriter alınacağı, bu konuda taraflarca bir anlaşma bulunmuyorsa ülkesellik kriterinin tamamlayıcı bir kriter olarak hakem kararının tabiiyetini belirleyeceğini ifade eden yazarlar bulunmaktadır⁶⁴.

Yargıtay yakın tarihli bir kararında ise yine 1976 tarihli anlayışını sürdürerek NYK'da açıkça "toprak esası" benimsendiğini ifade etmiştir⁶⁵. Ancak Yargıtay bu kararında NYK'da toprak esası benimsenmiş olmasının sonucu olarak Türkiye dışında verilen hakem kararlarının, yabancı hakem kararı sayılması gerektiği sonucuna varmaktadır.

Oysa NYK'nın, tanıma ya da tenfizin istendiği devletten başka bir devlette verilmiş hakem kararlarını yabancı saydığına zaten tereddüt bulunmamaktadır. Bizim ortaya koymaya çalıştığımız husus yukarıda da açıklandığı üzere, NYK'nın uygulama alanının aynı zamanda tanıma veya tenfizin istendiği devlet tarafından milli sayılmayan hakem kararlarını da kapsadığından bahisle, bir kriterin diğerine üstünlüğünün bulunmadığıdır. Keza, örneğin tahkim yeri Türkiye olsa da, taraflar MTK ve HMK'yı dışlamışlarsa artık salt toprak esası kriter alınarak bu hakem kararının milli olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla kanaatimizce hakem kararının milliyeti belirlenirken toprak kriteri ile otorite kriterine eş zamanlı olarak bakılmalıdır.

Yine değinilmesi gereken sorunlardan biri de hakem kararı Türkiye'de verildiği hâlde tarafların tahkim usulüne milletlerarası bir tahkim kurumu kurallarının örneğin Milletlerarası Ticaret Odası ("ICC")

liğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Hıfzı Timur'un Anısı'na Armağan'dan Ayrı Bası, İstanbul 1979, s. 419 vd. ("XV. Hukuk Dairesinin Eleştirisi").

⁶³ Y. 2. HD. E. 1978/5258 K. 1978/5916 T. 28.12.1978. Karar metni için bkz. Şeref Ünal, "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, T. İş Bankası Vakfı – Hukuk Fakültesi, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 1990, s. 61.

⁶⁴ Çelikel/Erdem, s. 781-782; Kuru, s. 6160.

⁶⁵ YHGK. E. 2011/13-568 K. 2012/47 T. 8.2.2012 (Kazancı, E.T. 31.01.2019).

Tahkim Kuralları'nın uygulanmasını karşılaştırmaları hâlidir. Bu durumda eldeki karar yerli mi yabancı mı sayılacaktır?

Yukarıda da açıklandığı gibi Türkiye'de verilen bir hakem kararı, usule milletlerarası bir tahkim kurumunun kurallarının uygulanacağı kararlaştırılsa dahi, yabancılık unsuru varsa MTK'ya yoksa HMK'ya tâbi olacak, bu kanunların emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla seçilen kurallar uygulanacaktır. Bu bakımdan verilen karar, açıkça MTK ve HMK'nın dışlandığı hâller hariç, yerli bir hakem kararı olacaktır⁶⁶. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁶⁷.

1.2.1.2. NYK'ya Konabilecek Çekinceler

1.2.1.2.1. Karşılıklılık

NYK'nın hazırlanması sırasında esas hedeflerden biri de mümkün olduğunca fazla sayıda devletin katılması olduğundan, bazı devletlerin onaylamasını kolaylaştırmak için NYK m. 1/3'te âkit devletlere iki çekince koyma imkânı tanınmıştır⁶⁸. Bunlardan ilki "karşılıklılık çekincesi" olup, çekinceyi koyan devletin yalnızca diğer bir taraf devletin toprağında verilen hakem kararlarının tanınma ve tenfizinde NYK'yı uygulayacağı anlamına gelmektedir. İkinci çekince ise "ticari iş çekincesi" olup, çekince koyan devletin yalnızca kendi milli hukukuna göre ticari iş kabul edilen hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara NYK'yı uygulayacağını ifade etmektedir. NYK'yı Türkiye, m. 1/3'te öngörülen iki çekinceyi de koymak suretiyle onaylamıştır⁶⁹.

Bunlardan ilki olan karşılıklılık çekincesini açıklayacak olursak, kural olarak NYK'nın uygulama alanına ilişkin m. 1'de, tanıma ya da

⁶⁶ Akıncı, s. 345.

⁶⁷ Y. 11. HD. E. 1985/7355 K. 1985/7099 T.19.12.1985. Kararın metni için bkz. Ata Sakmar/ Nuray Ekşi/İlhan Yılmaz, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uygulamadan Örnekler, İstanbul 1989, s. 135-137. Karara atıf için bkz. Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s. 13, ("Milletlerarası Ticari Hakem Kararları").

⁶⁸ Kalpsüz, Tahkim, s. 205-206.

⁶⁹ RG. 21.05.1991 – 20877.

tenfize konu yabancı hakem kararının mutlaka taraf devletlerden birinde verilmesi zorunluluğu öngörülmemişken, bu çekinceyi koymakla devlet, NYK'nın uygulama alanını yalnızca âkit devletlerde verilen hakem kararlarının tanınma ve tenfizi ile daraltmaktadır⁷⁰. Bu nedenle bu kayıt esasen teknik anlamda bir müteakabiliyet olmayıp, yalnızca NYK'nın uygulama alanını daraltan bir şarttır⁷¹. Türkiye gibi âkit devletlerin birçoğu bu karşılıklılık çekincesini koyarak NYK'yı onaylamışlardır. Söz konusu çekince uyarınca Türk mahkemelerinde yalnızca diğer âkit devletlerde verilmiş hakem kararlarının tanıma ve tenfizi NYK'ya tâbi olacak, âkit olmayan devletlerde verilen hakem kararlarının tanıma ve tenfizi ise MÖHUK'a tâbi olarak yürütülecektir. Ancak söz konusu çekince NYK'ya taraf devlet sayısının çokluğu nedeniyle pratik önemini hemen hemen kaybetmiştir⁷².

1.2.1.2.2. Ticari Uyuşmazlık

NYK m. II/1'e göre, kural olarak hakem kararına konu uyuşmazlık sözleşmeden doğabileceği gibi, sözleşme dışında medeni hukuk ya da ticaret hukukuna ilişkin başka bir uyuşmazlıktan da doğabilir. Ancak NYK m. I/3'te öngörülen ikinci çekince uyarınca taraf devletlerin NYK'nın uygulama alanını yalnızca kendi milli hukuklarına göre ticari nitelikte sayılan uyuşmazlıklar ile sınırlandırmaları mümkündür. Türkiye NYK'yı onaylarken söz konusu ticari uyuşmazlık kaydını koyduğundan, NYK yalnızca Türk hukuku bakımından ticari mahiyetteki uyuşmazlıklara uygulanacaktır.

Böyle olmakla birlikte, Türk hukukuna göre ticari iş kavramını belirleyen 13.1.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK")⁷³ m. 3 ve m. 19 hükümlerinin kapsamının son derece geniş olduğuna

⁷⁰ Nariman S. Fali, Some Thoughts on the Fortieth Anniversary of the New York Convention 1958, *International Arbitration Law Review* 1998, s. 163; Redfern/Hunter, s. 458.

⁷¹ Koral, New York Konferansı, s. 24; Kalpsüz, Tahkim, s. 205; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 110-111.

⁷² Bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

⁷³ RG. 14.02.2011 – 27846.

değinmek gerekir⁷⁴. Bu nedenle ticari uyuşmazlık çekincesinin pratikte NYK'nın uygulama alanını pek de daraltıcı bir etkisi bulunmadığını söylemek mümkündür⁷⁵.

Gerçekten de TTK m. 3 uyarınca, bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari iş sayılmaktadır⁷⁶. Anılan kanun maddesi ticari işletmeyi ilgilendiren işlemlerin yanı sıra fiilleri de ticari iş sayarak, hukuki işlem ya da hukuki işlem benzeri fiillerin yanında haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hâllerini de ticari iş olarak kabul etmiştir⁷⁷.

TTK m. 19 hükmüne göre ise tacirin borçlarının asıl olarak ticari iş olması karinesi benimsenmiştir. Bu karine ancak iş, işlem veya fiilin yapıldığı sırada bunun tacirin ticari işletmesi ile ilgili olmadığı ve dolayısıyla ticari iş sayılmadığının karşı tarafça açıkça bildirilmesi veya durumun gereğinden işin ticari sayılmasına olanak bulunmaması hâlinde bertaraf edilebilir⁷⁸. Ayrıca TTK m. 19/2 uyarınca, taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça diğer taraf için de ticari iş sayılır.

Öte yandan, TTK m. 19/2 hükümden yola çıkarak Akıncı NYK kapsamının belirlenmesinde, TTK'nın ticari işler için tanımladığı alanın genişletilmesi ve milletlerarası yarar alanını ilgilendiren faaliyetlerin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir⁷⁹. Buna göre bir Türk gerçek ya da tüzel kişi ile bir yabancı hukuki ilişki içerisindeyse, bu ilişki Türk hukukuna göre ticari sayılmasa da, yabancının ülkesindeki kanuna göre iş ticari sayılıyorsa TTK m. 19/2 uyarınca iş Türk taraf için de ticari iş sayılacak ve NYK'nın uygulama alanına girecektir.

Buna karşın, NYK kapsamının belirlenmesinde Türk hukuku harici bir yabancı hukukun dikkate alınmasının mümkün olmadığı zira Türkiye tarafından NYK'yı onaylarken koyulan çekince ile NYK'nın uygulama

⁷⁴ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 678.

⁷⁵ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 391; Kalpsüz, Tahkim, s. 210-2011; Ünal, s. 67.

⁷⁶ Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararı, s. 23.

⁷⁷ Kalpsüz, Tahkim, s. 209.

⁷⁸ Kalpsüz, Tahkim, s. 210.

⁷⁹ Akıncı, s.417.

alanının yalnızca “Türk hukuku” bakımından ticari mahiyetteki uyuşmazlıklarla sınırlandırıldığı doktrinde daha yaygın kabul görmektedir. Bu görüşe göre NYK yalnızca “Türk hukukuna göre” ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklara uygulanacaktır⁸⁰.

Ancak burada ilk görüşe getirilmesi gereken eleştiri çekincenin NYK’nın uygulama alanını yalnızca “Türk hukuku” bakımından ticari mahiyetteki uyuşmazlıklarla sınırlandırdığı olmamalıdır. Zira Akıncı da çekincenin bu etkisini inkâr etmemekte; fakat TTK m. 19/2’yi olduğundan da geniş yorumlamaktadır. Yine de kanaatimizce de, TTK m. 19/2 hükmünde taraflardan birine göre işin ticari olması hususunda da bakılacak olan söz konusu işin “Türk hukukuna” göre ticari olup olmadığı olup, maddeyi Türk hukukundaki tanımının dışına çıkabilecek denli geniş yorumlamaya olanak bulunmamaktadır. Zira NYK m. I/3’te de “*kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında*” demek suretiyle çekinceyi koyan devletin “iç hukukunu” nazara alarak bir ticari uyuşmazlık olup olmadığını değerlendireceğini açıkça ortaya koymaktadır.

Özetle, Türkiye tarafından bu açıklanan iki çekince koyulmakla NYK, Türk mahkemelerince yalnızca âkit devletlerde ve Türk hukuku bakımından ticari sayılan uyuşmazlıklara ilişkin verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanacaktır. Bu iki şarttan birinin dahi yerine gelmemesi hâlinde NYK’nın uygulama alanının dışına çıkılacağından, yabancı hakem kararının tanıma veya tenfizi NYK’ya değil, MÖHUK’a tâbi olacaktır.

1.2.1.3. Daha Lehe Hükümlerin Uygulanması

NYK m. VII, NYK hükümlerinin hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde âkit devletlerin arasındaki iki ya da çok taraflı anlaşmaların muteberliğine halel getirmeyeceğini ve taraflardan hiçbirini hakem kararının verildiği devletin mevzuatı ve taraf olduğu anlaşmalardan fayda-

⁸⁰ Kalpsüz, Tahkim, s. 210; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 243; Nomer, MUH, s. 248.

lanma hakkında mahrum etmeyeceğini açıkça düzenlemiştir⁸¹. Anılan madde doğrultusunda, Türk mahkemesince görülen bir tanıma ya da tenfiz davasında NYK'dan daha lehe hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ile iç hukuk düzenlemelerinin uygulanması mümkündür⁸².

Kimi yazarlar bu hükme dayanarak, NYK'nın MÖHUK'a göre bir önceliği olmadığını ileri sürmekte, tarafların iki mevzuattan birini diğerine tercih etme zorunluluğu bulunmadığını, tanıma veya tenfiz talep edenin ister MÖHUK hükümlerine, isterse NYK'ya dayanarak Türkiye'de yabancı hakem kararının tanınmasını ya da tenfizini istemek hususunda serbest bırakıldığını belirtmektedirler⁸³.

Ancak kanaatimizce söz konusu hüküm yukarıda açıklanan Anayasa m. 90 ve MÖHUK m. 1 hükümleri uyarınca usulünce yürürlüğe giren uluslararası akitlerin öncelikle uygulanması kuralını bertaraf etmemektedir. Kaldı ki, NYK m. VII'yı devreye sokmak taraflar ya da hâkime tanınan bir serbesti olmayıp, iki şartın gerçekleşmesi ile söz konusu olmaktadır: (i) Tanıma ya da tenfiz istenen devlet mevzuatında ya da devletin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda hakem kararının tanıma ve tenfizine ilişkin hükümler olmalı ve (ii) bu hükümler NYK'ya kıyasla tenfizi kolaylaştırıcı hükümler içermelidir⁸⁴. Dolayısıyla NYK'ya taraf olarak uluslararası taahhüde giren devletlerin yabancı hakem kararı tenfizinde NYK'nın uygulama alanında olunmasına karşın NYK'yı uygulamamasına imkân veren tek istisna, tenfiz devletin mevzuatının ya da taraf

⁸¹ Söz konusu maddenin İngilizce metni şöyledir: "The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of the arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon." Bkz. <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf>, (E.T. 19.01.2019).

⁸² NYK'nın kıskanç bir tutum takınmadığı benzetmesi için bkz. Ekşi, İptal, s. 49; Hamid G. Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, Kluwer Law International 2002, s. 71-73.

⁸³ Nomer, DHH, s. 566; Çelikel/Erdem, s. 804.

⁸⁴ Ekşi, İptal, s. 48.

olduğu uluslararası anlaşmaların tenfiz konusunda daha lehe hükümler barındırmasıdır. Nitekim nihai amaç, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini sağlamak ve kolaylaştırmaktır.

Gerçekten m. VII metnine baktığımızda burada bir seçimden ziyade bir zorunluluk bulunmakta olup, bu husus açıkça “mahrum kılma” (“*shall not deprive*”) şeklinde ifade edilmiştir. Yabancı doktrinde bu maddenin taraf devletlerin yerel mahkemelerinin uygulayabileceği bir “tavan” veya “maksimum kontrol seviyesi” belirlediği hususu vurgulanmıştır⁸⁵. Dolayısıyla söz konusu hüküm sadece daha lehe bir hüküm bulunması hâlinde harekete geçecek olup, talep sahibinin ister MÖHUK’a ister NYK’ya başvurabileceği şeklinde yorumlanması kanaatimizce isabetli değildir.

Yabancı yargı kararlarında da NYK m. VII hükmünün taraflara seçimlik hak tanıyan bir hükümden ziyade hâkim tarafından da resen dikkate alınması gereken emredici bir hüküm olduğunun altı çizilmiştir. Örneğin Chromalloy-Mısır davasında ABD yerel mahkemesince NYK m. V’te öngörülen takdiri duruma karşılık m. VII’nin emredici olduğu açıkça belirtilmiştir⁸⁶.

Aynı şekilde, Pabark-Norsolor davasında Fransız Yargıtay’ı NYK m. VII uyarınca daha elverişli hükümlerden yararlanılmasının mahkemenin görevi olduğunu vurgulayarak Fransız İstinaf Mahkemesi’nin kararını bozmuştur⁸⁷.

⁸⁵ Gharavi, s. 72-74; Lew/Mistelis/Kröll, s. 718-720.

⁸⁶ Chromalloy Aeroservices v. Mısır Arap Cumhuriyeti, District Court, Kolumbia Bölgesi, Amerika Birleşik Devletleri, 31 Temmuz 1996, 94-2339: “While Article V provides a discretionary standard (“may be”), Article VII of the Convention provides a mandatory standard...” İngilizce tam metin için bkz. <http://www.newyorkconvention.org/english> (E.T. 19.01.2019).

⁸⁷ Société Pabalk Ticaret Limited Şirketi v. Société Norsolor, 09 Ekim 1984, 83-11.355: “... French judges have the duty, and not just the right, to apply the more favorable right provision of Article VII (1) of the Convention ... as a result, the judge cannot refuse enforcement when his own national legal system permits it...” Karar metni için bkz. http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=118 (E.T. 18.01.2019).

Yargıtay da aynı görüşte olup, kararlarında Anayasa m. 90 uyarınca NYK'nın MÖHUK'a göre öncelikli uygulanması gerektiğinin altını çizmektedir⁸⁸.

Doktrinde de, görüşümüze paralel olarak, eğer tanınması ya da tenfiz istenen yabancı hakem kararı NYK'nın uygulama alanı içerisindeyse, MÖHUK hükümlerine açıkça atıf yapılmadıkça MÖHUK'un uygulanmayacağını belirten yazarlar çoğunluktadır⁸⁹.

Dolayısıyla Türkiye'de NYK m. VII'nin uygulanması ancak NYK'ya nazaran daha elverişli hükümlerin bulunması hâlinde söz konusu olabilecektir, burada talep sahibine verilmiş bir seçimlik haktan söz edebilmek mümkün değildir. Zira NYK'yı onaylamakla Türkiye, NYK'yı uygulamak için uluslararası bir taahhüde girdiğinden, öte yandan Anayasa m. 90 uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmünde olduğundan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde NYK'nın iç hukuk hükümlerine göre öncelikle uygulanması gerekmektedir. MÖHUK ancak NYK'nın kapsamı dışındaki hakem kararlarına uygulanabilir⁹⁰.

1.2.2. NYK Uyarınca Tanıma ve Tenfiz Şartları

1.2.2.1. Genel Olarak

MÖHUK ve NYK'da yabancı hakem kararlarının tanıma ile tenfiz şartları bakımından pek bir farklılık söz konusu değildir⁹¹. Bilakis, MÖHUK m. 63'te hakem kararlarının tanınmasının, tenfiz koşullarına tâbi olduğu açıkça düzenlenmiş, NYK'da da bu konuda hiçbir ayırım yapılmamıştır.

⁸⁸ YHGK. E. 1998/19–256 K. 1998/279 T. 15.04.1998 (Kazancı, E.T. 18.01.2019).

⁸⁹ Kalpsüz, Tahkim, s. 183-184; Akıncı, s. 339; Sibel Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 86.

⁹⁰ Kalpsüz, Tahkim, s. 183-184. Benzer görüşte bkz. Georgios C. Petrochilos, Procedural Detachment in International Commercial Arbitration: The Law Applicable to Arbitral Procedure, Oxford 2000, s. 10.

⁹¹ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 407; Nomer, MUH, s. 246.

NYK'ya göre bir hakem kararının tenfiz edilebilmesi için, (i) taraflar arasında bir yazılı tahkim anlaşması bulunmalı ve (ii) NYK m. V'te belirtilen tenfiz engelleri söz konusu olmamalıdır. MÖHUK'un konuya ilişkin getirdiği düzenleme de genel olarak NYK'ya paralel olmakla birlikte kimi küçük farklılıklarına aşağıda değinilecektir⁹².

1.2.2.2. Taraflar Arasında Yazılı Tahkim Anlaşmasının Varlığı

NYK m. II/2 hükmü uyarınca NYK'ya taraf devletler, sözleşmeye dayansın dayanmasın belli bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek, tahkime elverişli konularla ilgili uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yapılan yazılı anlaşmaları geçerli tahkim anlaşmaları sayacaklarını kabul etmektedirler. Bu şekilde söz konusu maddeye uygun yapılan tahkim anlaşmalarının taraf devletlerin tümünde geçerli kabul edilerek devlet mahkemeleri yerine tahkimin önünün açılması hedeflenmiştir⁹³.

NYK m. II/1'de yapılan tahkim anlaşması tarifi, Türkiye tarafından aynen iltibas edilmiştir. Gerçekten de, MTK m. 4, NYK m. II/1 hükmüyle birebir paralel düzenlenmiştir.

NYK tahkim anlaşmasının tanımını getirmenin yanı sıra, geçerliliğinin hangi hukuka tâbi olacağını da düzenleme altına almıştır. NYK m. V/1(a)'ya göre tahkim anlaşmasının geçerliliği taraflarca tâbi kılındığı hukuka veya böyle bir kararlaştırma yoksa hakem kararının verildiği yer hukukuna göre tayin edilecektir. Söz konusu hüküm NYK genelinde hâkim olan iradenin serbestisi prensibinin bir yansımasıdır⁹⁴.

NYK m. II/2'de ayrıca yazılı şekil şartının detayına da yer verilmiş ve karşılıklı olarak gönderilen mektup ya da telgraflarda yer alan yahut

⁹² Bkz. Bölüm 1.2.2.5.

⁹³ Kalpsüz, Tahkim, s. 211; İpek Sarıöz Büyükalp, "Uluslararası Tahkimde 'Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkansız Olması' Kavramları", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Cilt: 16, Özel Sayı: 2014, (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 2036.

⁹⁴ Kalpsüz, Tahkim, s. 212.

tarafarca imzalanmış sözleşmelerde bulunan tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinin geçerli olacağı kabul edilmiştir.

NYK m. II/3 uyarınca, NYK'ya taraf devlet mahkemelerinden birinin önüne NYK m. II/2 anlamında geçerli bir tahkim anlaşmasından doğan bir uyuşmazlık gelir ise, talep üzerine mahkemenin, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbikinin imkânsız olduğunu tespit etmediği müddetçe görevsizlik kararı vermesi ve uyuşmazlığı tahkime sevk etmesi gerekmektedir. Hâkim bu hususun tespitini NYK m. V/1(a) uyarınca tahkim anlaşmasının taraflarca tâbi kılındığı hukuka, taraflarca böyle bir hukuk kararlaştırılmamışsa, hakem kararının verildiği yer kanununa göre yapacaktır⁹⁵.

Uygulamaya bakıldığında da, tenfiz yargılamalarında karşılaşılan güçlüklerin önemli bir bölümü, tahkim anlaşmasının düzenlenmesi aşamasındaki aksaklıklardan kaynaklanmaktadır⁹⁶. Tahkim yerinin âkit devletlerden seçilmesi, çoğu ülkenin NYK'yı karşılıklılık çekincesi koyarak onayladığı göz önüne alındığında, NYK uygulama alanına girmek açısından son derece önemlidir. Yine tahkim yeri olarak tenfiz prosedürleri katı bir devlet seçilmemesinde fayda bulunmaktadır⁹⁷.

1.2.2.3. Tenfiz Engelleri

Yukarıda da bahsedildiği gibi Türk hukukunda tanıma ve tenfizi yargılamasında yabancı hakem kararlarının maddi ve hukuki olgular yönünden esasının tekrar incelenmesi (*révision au fond*) yasaklanmıştır⁹⁸. Dolayısıyla tanıma ve tenfiz talebiyle başvurulmuş mahkeme kararı sadece tenfiz engellerinden birini taşıyıp taşımadığı yönünden inceleyecektir.

Bu prensibin istisnasını kamu düzeni oluşturmaktadır⁹⁹. Ancak malesef ülkemizde Yargıtay kamu düzeni istisnasını kimi zaman oldukça geniş yorumlamakta, özellikle taraflar arasındaki sözleşmeye uygulan-

⁹⁵ Kalpsüz, Tahkim, s. 212.

⁹⁶ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 409.

⁹⁷ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 409.

⁹⁸ Bkz. dn. 7.

⁹⁹ Nomer, DHH, s. 567.

cak hukuk olarak Türk hukukunun seçildiği hâllerde kararın içeriğini de denetler şekilde karar verebilmektedir¹⁰⁰.

Tanıma ve tenfiz talebinin reddini gerektiren sebepler, NYK m. V'te tahdidi (*numerus clausus*) olarak düzenlenmiştir¹⁰¹. Bu madde NYK'nın özünü teşkil etmektedir¹⁰². Sebeplerin tahdidi olmasının nedeni, NYK ile asıl amaçlananın yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin sağlanması olmasıdır¹⁰³. Asıl olan âkit devletlerce tanıma ya da tenfizin gerçekleştirileceği taahhüdü olup, ancak talebin reddini gerektiren sebeplerin bulunması hâlinde tenfizin reddedilmesi imkânı mevcuttur¹⁰⁴.

Burada önemle değinilmesi gereken bir husus da NYK m. V hükmünün Türkçe tercümesi ile orijinal metin arasındaki farklılıktır. Şöyle ki, metnin orijinalinde m. V altında sayılan tenfiz engellerinin varlığı hâlinde tenfiz mahkemesinin tenfizi “reddedebileceği” şeklinde hâkime takdir yetkisi tanınan bir ifade yer almakta iken (“*may be refused*”-“*reddedilebilir*”)¹⁰⁵, bu ifade hatalı olarak Türkçe tercümesine “... *ispat edilmezse ... reddolunamaz*” şeklinde çevrilmiştir¹⁰⁶. Bu yüzden Türkçe tercümenin lafzından, sanki şartlardan biri dahi bulunmuyorsa, yabancı hakem kararının tenfizinin reddi gerektiği gibi katı bir anlam çıkmaktadır.

Dahası, söz konusu hükme paralel olarak düzenlenen MÖHUK m. 62 hükmünde de “*Mahkeme [...] yabancı hakem kararının tenfizi istemini*

¹⁰⁰ Örneğin bkz. YHGK. 08.02.2012, E. 2011/13-586, K. 2012/47; Y. 13. HD. E. 2012/8426 K. 2012/10349 T. 17.4.2012 (Kazancı, E.T 19.01.2019).

¹⁰¹ Devin Bray, *International Arbitration and Public Policy*, New York 2015, s. 184; Nomer, MUH, s. 246; Akıncı, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları*, s. 114; Albert Jan van den Berg, “The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation”, *Jarred Emory International Law Review*, Cilt: 22, s. 670, (“The New York Arbitration Convention of 1958”).

¹⁰² Koral, *New York Konferansı*, s. 45; Kalpsüz, *Tahkim*, s. 222.

¹⁰³ Bray, s. 15.

¹⁰⁴ Kalpsüz, *Tahkim*, s. 222-223.

¹⁰⁵ Redfern/Hunter, s. 461.

¹⁰⁶ Akıncı, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları*, s. 217; H. Ercüment Erdem, “Tahkim Yerinde İptal Edilen Hakem Kararlarının Tenfizi”, Haziran 2017, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/tahkim-yerinde-iptal-edilen-hakem-kararlarinin-tenfizi/> E.T. 1.3.2019, (“Hakem Kararlarının Tenfizi”).

reddeder.” şeklinde yanlış tercümedekine benzer bir ifade kullanıldığından, Türk mahkemelerinde NYK m. V hiçbir zaman orijinal metinde yer alan şekliyle hükmün asıl lafzı ve amacına uygun olarak uygulanmamakta, mahkemeler tenfiz engellerinden herhangi birinin varlığı hâlinde doğrudan tenfizi reddetme şeklinde hatalı bir eğilim göstermektedirler¹⁰⁷. Oysa orijinal metnin tenfiz isteminin görüldüğü mahkemeye açık bir takdir yetkisi tanıdığı ve tenfiz engeli bulunsa dahi mahkemenin bu yetkisini tenfiz lehine kullanabileceği ortadadır. Dolayısıyla, kanaatimizce metnin güncel bir tercümesinin yapılması ihtiyacı bulunmaktadır.

NYK m. V altında tahdidi olarak sayılan tenfiz engelleri; aleyhine tenfiz istenen tarafın ispat edeceği şartlar ile mahkeme tarafından resen nazara alınacak şartlar olarak iki ayrımda düzenlenmiştir. Buna göre;

- m. V/1(a): Tahkim anlaşmasının tarafları ehliyetsiz ise veya anlaşma, tâbi kılındığı hukuka, böyle bir hukukun olmaması durumunda, kararın verildiği yer hukukuna göre geçersiz ise,
- m. V/1(b): Hakem kararı aleyhine sonuçlanan tarafın adil yargılanma ve savunma hakları ihlal edilmişse,
- m. V/1(c): Hakem kararında tahkim anlaşmasının dışında kalan bir konuda karar verilmiş ya da hakemler yetkilerini aşarak karar vermişlerse,
- m. V/1(d): Hakem seçim yöntemine veya tahkimin tâbi olduğu usul kurallarına, böyle bir hukuk yoksa kararın verildiği yer usul hukukuna aykırılık varsa,
- m. V/1(e): Hakem kararı taraflar bakımından bağlayıcılık kazanmamış ya da iptal edilmişse

bu hususları aleyhine karar verilen tarafın ispat etmesi hâlinde yabancı hakem kararının tenfizi isteminin reddi mümkündür.

¹⁰⁷ Y. 15. HD. E. 1997/4213 K. 1997/5603 T. 25.12.1997: “New York Sözleşmesinin V/1-d maddesine aykırılık teşkil edeceği ve bu durum tanıma ve tenfiz isteminin reddini gerektirdiğinden” (Kazancı, E.T. 22.01.2019).

Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca ise,

- m. V/2(a): Tanıma veya tenfizi istenen hakem kararının ilişkin olduğu uyuşmazlık tanıma veya tenfiz ülkesi hukukuna göre tahkim yolu ile çözümü mümkün olmayan bir meseleye ilişkin ise (tahkime elverişli değilse),
- m. V/2(b): Hakem kararının tanınması ya da tenfizi tanıma veya tenfiz talep edilen devletin kamu düzenine aykırı ise

hâkimin tenfizi resen reddetmesi mümkündür.

Yukarıda da değindiğimiz gibi belirtilen şartları içeren yabancı hakem kararlarının âkit devletlerde tanınması ve tenfizi asıl olduğundan, tanıma veya tenfiz isteyen sadece ilgili belgeleri (tahkim anlaşması ile hakem kararını) ibraz etmesi yeterli olup, tenfiz engellerinin bulunduğunu iddia ve ispat etmek, NYK m. V/2'deki iki hâl hariç, aleyhine tenfiz talep edilene aittir. Bu engellerin bulunması hâlinde dahi, her hâlükârda yukarıda açıkladığımız üzere mahkeme tanıma ve tenfizi reddetme hususunda takdir yetkisini haizdir, yoksa mutlak suretle reddetmek mecburiyetinde değildir.

1.2.2.4. MÖHUK ile Farklılıklar

NYK'ya taraf devlet sayısının oldukça fazla olması karşısında MÖHUK'ta yer alan tenfiz şartlarının yabancı kararların tenfizinde uygulanabilirliği büyük ölçüde azalmıştır¹⁰⁸. Ancak NYK'nın uygulama alanı haricinde kalan yabancı hakem kararları bakımından yine MÖHUK hükümlerine başvurulacağından bu başlık altında kısaca NYK ile MÖHUK arasındaki farklılıklara değinilecektir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi ve tanınması, MÖHUK m. 60 - 63'te düzenlenmiştir¹⁰⁹. Bu hükümlere bakıldığında NYK'da yer alan hu-

¹⁰⁸ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 675.

¹⁰⁹ Cemal Şanlı, "Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", Milletlerarası Hukuk Bülteni ("MHB"), Sayı: 1-2, 1997-98, s. 395, ("Tenfiz").

susların MÖHUK hükümlerine de temel teşkil ettiği görülmekle birlikte, iki mevzuat arasında birkaç küçük farklılık bulunmaktadır.

Yukarda da değindiğimiz gibi her iki mevzuat arasındaki en önemli farklılık, NYK'nın orijinal metni uyarınca tenfiz mahkemesine tenfiz engellerinin varlığı hâlinde tenfizi reddetme konusunda takdir yetkisi tanınması¹¹⁰; buna karşın, MÖHUK'ta tenfiz engellerinin varlığı hâlinde tenfiz mahkemesinin tenfizi reddedeceği şeklinde takdir yetkisine alan tanımayan bir ifade kullanılmış olmasıdır.

Bir diğer farklılık ise, NYK'da yabancı hakem kararı, kapsam ve sınırı çizilerek tanımlanmışken, MÖHUK'ta bu kavramın tanımı yapılmamıştır¹¹¹. Tenfiz engellerinin düzenlendiği MÖHUK m. 62 ise NYK m. V'e oldukça paralel olmakla birlikte NYK'da tenfiz engellerinden biri olarak açıkça vurgulanan taraf ehliyeti meselesi MÖHUK m. 62'de sayılan engellerde yer almamıştır¹¹².

NYK m. V/1(a) tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetlerinin haklarında uygulanması gereken kanuna, tahkim anlaşmasının geçerliliğini ise tarafların seçtiği kanuna, açıklık yoksa hakem kararının verildiği yer kanununa tâbi tutulacağını açıkça düzenlemiştir. Yine tahkim anlaşmasının şekline ilişkin olarak ise NYK m. II'de özel bir yazılı şekil düzenlemesi yapılmıştır¹¹³. Buna karşılık MÖHUK, tahkim anlaşmasının ehliyet ve şekil bakımından tâbi olacağı kanunu düzenlenmemiştir¹¹⁴.

MÖHUK m. 60/1 ve m. 62-h uyarınca, tenfiz için yabancı hakem kararının tâbi olduğu veya verildiği yer hukukuna göre kesinleşmiş ve icra

¹¹⁰ Erdem, Hakem Kararlarının Tenfizi.

¹¹¹ Nomer, MUH, s. 262. Bu tanımın genel bir geçerliliği olmadığı, yalnız tenfiz bakımından yabancı hakem kararları ile ilgilendiği ve dolayısıyla yabancı hakem kararını da kendi konusu bakımından teşkil ve tarif ettiği hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Kalpsüz, Tahkim, s. 185-186.

¹¹² Eleştirisi için bkz. Rabi Koral, "Milletlerarası Hakem Kararlarının Yeni Mevzuat Karşısında Tenfizi, Ex Contractu İfa Davası ve Yargıtay İçtihatları", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler – Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara, 1984, s. 86 vd. ("Ex Contractu").

¹¹³ Nomer, DHH, s. 580.

¹¹⁴ Bkz. Bölüm 2.3.1 ve 3.1.3.

kabiliyeti kazanmış veya tarafları için bağlayıcı olması ya da verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmemiş olması gerekmektedir. Maddedeki “bağlayıcı” ifadesi NYK’dan alınmıştır. Yukarıda görüldüğü gibi, NYK m. V/1(e) kararın bağlayıcı olmasını tenfiz için kâfi görmektedir ve asıl olan tenfizi gerçekleştirmek olduğundan bu hususun aksini ispatla aleyhine tenfiz istenen mükellef tutulmuştur¹¹⁵. Tahkim anlaşmasında veya tahkim usulüne uygulanacak kurallarda hakem kararının nihai ve kesin sayılacağı yahut derhâl uygulanacağı ya da tarafların temyiz yoluna başvurmadan feragat ettikleri belirtilmişse verilen hakem kararı bağlayıcı sayılacak ve teknik olarak kesinleşmesine ihtiyaç bulunmaksızın tenfizi talep edilebilecektir¹¹⁶. Yargıtay’ın konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarda da bu husus vurgulanmaktadır¹¹⁷. Bağlayıcılık kavramının mevzuatlara konulmasının esas amacı yabancı hakem kararlarının icrasında çifte tenfiz (*double exequatur*) aranmasını önlemek ve tenfizi kolaylaştırmaktır¹¹⁸.

NYK ile MÖHUK arasındaki bir başka farklılık ise, tanıma ve tenfiz koşullarını ispat külfeti altındaki taraf bakımındandır. NYK m. V uyarınca genel olarak ispat yükü aleyhine tenfiz istenen tarafa ait olup, tahkime elverişlilik ve kamu düzeni ile sınırlı durumlarda mahkeme tenfiz şartlarını resen inceleyebilmektedir. MÖHUK m. 62’de ise, tenfiz şartlarının gerçekleşmediğini iddia ve ispat külfeti, aleyhinde tenfiz talep edilen tarafa yükletilmekle birlikte, tahkim anlaşmasının yapılmamış olduğu, hakem kararının genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı olduğu ve hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmadığı iddia edilmiş ise aksini ispat yükü tenfiz isteminde bulunan tarafa yüklenmiştir¹¹⁹.

¹¹⁵ Kalpsüz, Tahkim, s. 217.

¹¹⁶ Kalpsüz, Tahkim, s. 186.

¹¹⁷ Y. 19. HD. E. 1998/3599 K. 1998/4770 T. 08.07.1998 ve bu kararı onayan YHGK. E. 19-467 K. 1999/486 T. 09.06.1999, (Yargıtay Kararları Dergisi, 2000, Sayı:2, s. 183-186).

¹¹⁸ Levy, s. 196; Albert Jan Van den Berg, “When Is an Arbitral Award Nondomestic under the New York Convention of 1958”, Pace Law Review, Cilt: 6, Sayı: 1, Güz 1985, s. 28, (“Nondomestic”); Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 459.

¹¹⁹ Adnan Deynekli, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Cilt: 16, Özel Sayı: 2014, Basım Yılı: 2015, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 105-107.

1.2.3. Tanıma ve Tenfiz Usulü

1.2.3.1. Uygulanacak Muhakeme Usulü

NYK'nın konusu ve başlığı "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi" olmasına rağmen tanıma için özel bir hüküm getirmemiş, tenfiz bakımından ise yalnız şartlarını belirlemiş, usule ilişkin bir düzenleme yapmamıştır¹²⁰. NYK m. III'te tenfiz usulüne ilişkin olarak tenfiz isteminin ileri sürüldüğü devletlerin usul hukuklarına atıfta bulunmuş, yerli hakem kararlarına kıyasla çok daha ağır koşulların aranmaması gerektiği öngörülmüştür. NYK'da tenfiz usulüne ilişkin olarak sadece NYK m. IV'te tenfiz mahkemesine sunulması gereken belgeler düzenlenmiştir¹²¹.

Sonuç olarak farklı hukuk sistemlerine tâbi âkit devlet mahkemelelerinde görülen tanıma ve tenfiz yargulamalarında usule uygulanacak hukuk bakımından bir yeknesaklık olmayacağını söylemek mümkündür¹²². Örneğin, görevli ve yetkili mahkeme, teminat, harç, kanun yolları gibi hususların tümü tenfiz talebinin yapıldığı devletlerin usul hukukuna göre farklı belirlenecektir¹²³. Bu konuda doktrinde NYK'da âkit devletlerin tenfizi sağlama taahhütlerini yerine getirmemeleri hâlinde uygulanacak bir müeyyidenin yer almamış olmasının bir eksiklik olduğuna işaret edilmektedir¹²⁴.

Türkiye'de gerçekleştirilecek yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi yargılamasında usul, NYK m. III uyarınca Türk hukukunda uygulanan kurallara tâbi olarak gerçekleştirilecek olup, MÖHUK devreye girecektir.

¹²⁰ Akıncı, s. 354.

¹²¹ Kalpsüz, Tahkim, s. 218.

¹²² Bu hususun milletlerarası tahkim kararlarının tanınması ve tenfizinde ulaşılmaya çalışılan yeknesaklığı olumsuz etkilediği, mahkemelerin farklı yorumunun kakafoniye sebep olacağı konusunda bkz. Levy, s. 96.

¹²³ Zeynep Derya Tarman, "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler", MHB, Cilt: 37, Sayı: 2, s. 801; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 679.

¹²⁴ Kalpsüz, Tahkim, s. 218.

Tanımaya ilişkin olarak, tanımanın hâlihazırda devam eden bir yargılamada ileri sürülmesi hâlinde meseleyi ön sorun olarak inceleyen Türk mahkemesi yabancı hakem kararının tanıma şartlarını haiz olduğunu belirlerse ya davanın kesin hüküm nedeniyle reddine ya da kararın kesin delil sayılmasına karar verecektir. Aksi durumda mahkeme, tanıma talebini reddederek davayı esastan incelemeye başlayacaktır¹²⁵. Önemle belirtmek gerekir ki, bu durumda tanıma talebinin reddine ilişkin karar bir ara karar olduğundan tek başına kanun yoluna götürülemeyecek, nihai hükmün beklenmesi gerekecektir. Tanımanın müstakil bir dava olarak ileri sürülmesi hâlinde ise istem basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenecek ve tanımanın reddine ilişkin karara karşı kanun yoluna başvurulabilecektir¹²⁶.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi davasında ise yargılama usulüne MÖHUK m. 61/2 atfı uyarınca kıyasen MÖHUK m. 55, 56 ve 57 uygulanacaktır. Buna göre, yabancı hakem kararının tenfizi istemi basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenecektir. Tenfiz isteminin kabulü ya da reddine ilişkin kararlara karşı başvurulacak kanun yolu genel hükümlere tâbi olacaktır. Buna göre bu kararlara karşı istinaf ve temyiz yoluna başvurulabilecektir. Ancak kanun yoluna başvuru hakem kararının icrasını durduracağından yabancı hakem kararları ancak tenfiz kararı kesinleştikten sonra icra olunabilecektir. Buna karşın, koşullarının bulunması hâlinde, kararın icrası için mahkemeden geçici hukuki koruma talebinde bulunulması mümkündür¹²⁷.

Yine bir başka önemli husus ise, yabancı bir hakem kararın Türkiye’de tenfizinin reddedilmesi hâlinde bu durumun, kararının Türk mahkemelerinde kesin hüküm ve kesin delil teşkil etmesini de önleyeceğidir¹²⁸. Bu durumda, tenfiz talebi reddedilen kimsenin tekrar tekrar aynı yabancı hakem kararına dayanarak müstakil bir tanıma davası açması yahut bir başka davada kararın kesin delil veya kesin hüküm etkisine dayanması mümkün değildir. Böyle olmakla birlikte tenfiz talebi reddedilen davacı,

¹²⁵ Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s. 59.

¹²⁶ Akıncı, s. 349.

¹²⁷ Akıncı, s. 359.

¹²⁸ Akıncı, s. 356; Kuru, s. 6219; Kalpsüz, Tahkim, s. 221-222.

Türk mahkemelerinde aynı konuda yeni bir dava açarak hakkını arayabilir ve açacağı yeni davada tenfizi reddedilen söz konusu hakem kararı takdiri delil teşkil edebilir¹²⁹.

1.2.3.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Türkiye’de gerçekleşen tanıma ve tenfiz yargılamalarında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir¹³⁰. Görevli mahkeme konusundaki belirsizlik, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 5’i değiştiren, 6545 sayılı torba kanunla¹³¹ giderilmiş olup, yeni metinde yabancı hakem kararlarının tenfizinde görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemeleri olduğu açıkça düzenleme altına alınmıştır.

Taraflar MÖHUK m. 60/2 uyarınca, yabancı hakem kararlarının tenfizi davasında yetkili mahkemeyi kararlaştırma hakkına sahiptirler. Bir yetki anlaşması yapılmış ise tenfiz davası bakımından yetkili mahkeme, yazılı olarak kararlaştırılan yer mahkemesi olacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, yetki sözleşmesinde yetkili mahkemenin sadece hakem kararının tenfizi davasında yetkili olduğunun açıkça ifade edilmesidir. Zira taraflar bu hususu açıkça ifade etmezlerse, bu yetkinin uyuşmazlığın esasını da kapsayıp kapsamadığı konusunda bir tereddüt yaşanabilecektir. Bu durumda da aşağıda görüleceği ve Yargıtay uygulamasında da benimsendiği üzere, mahkeme tahkim iradesinin net olmadığı sonucuna ulaşabilecek, tarafların bir yandan devlet yargısına alternatif bir uyuşmazlık çözümü olarak tahkim yargılamasını benimserken bir yandan devlet mahkemelerini yetkili kıldığını belirterek tahkim şartını geçersiz addedebilecektir. Bu bakımdan kararlaştırılan yetkinin “sadece yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin olduğunun” açıkça belirtilmesi bu tarz bir sorunun önüne geçecektir¹³².

¹²⁹ Kuru, s. 6221.

¹³⁰ Akıncı, s. 352; Erol Artekin/İzzet Karataş, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997, s. 475.

¹³¹ RG. 28.06.2014 – 29044.

¹³² Akıncı, s. 354.

Taraflar arasında bir yetki anlaşması bulunmuyorsa MÖHUK m. 60 uyarınca davalının Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemesi, yerleşim yeri bulunmuyorsa sakın olduğu, bu da bulunmuyorsa, davalının Türkiye'de icraya konu teşkil edebilecek mallarının bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır. Aleyhine tenfiz talep edilen kimsenin Türkiye'de yerleşim yeri veya oturduğu yer olmadığı gibi, icraya konu teşkil edebilecek malları da bulunmuyorsa, Türk mahkemeleri tenfiz kararı vermek konusunda milletlerarası yetkiye sahip değildir. Bu durumda tenfiz mahkemesi karşı tarafın yetki itirazında bulunması üzerine yetkisizlik kararı vermekle yükümlüdür¹³³.

Öte yandan TTK m. 1360'da deniz alacağına ilişkin yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin özel yetki hükmü düzenlenmiştir¹³⁴. Hükme göre, bir deniz alacağı için ihtiyati haciz kararı vermiş olan Türk mahkemesi, (o deniz alacağının esasına ilişkin verilmiş) hakem kararının tenfizi talebinin yapıldığı tarihte geminin o Türk mahkemesinin yargı çevresinde bulunması veya aynı tarihte geminin serbest bırakılması için yatırılan teminatın mahkeme kasasında bulunması şartıyla tenfiz için yetkili mahkeme sayılacaktır. Yargıtay deniz hukuku ile ilgili yabancı hakem kararlarının tenfizinde deniz ihtisas mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir¹³⁵.

1.2.3.3. Mahkemeye Sunulacak Belgeler

Tanıma ve tenfiz talebinin bir dilekçe ile yapılması, gerekli hususların dilekçeye eklenmesi gerekmektedir. Buna göre, dava dilekçesinde tarafların, vekillerin isimleri ve adresleri, talebe konu hükmün kısa özeti ve kısmi tenfiz isteniyorsa hangi kısım için tenfiz istendiğinin belirtilmesi gerekmektedir¹³⁶.

NYK m. IV uyarınca, tenfiz davasında talep sahibince sunulması gereken belgeler aşağıdaki gibidir:

¹³³ Kalpsüz, Tahkim, s. 219; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 126.

¹³⁴ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 679, dn. 601.

¹³⁵ Y.20. HD. E. 2008/15631 K. 2008/16857 T. 27.11.2008 (Kazancı, E.T. 23.01.2019).

¹³⁶ Akıncı, s. 352.

- (i) Tahkim sözleşmesi ya da şartının aslı yahut usulüne göre onaylanmış örneği,
- (ii) Hakem kararının aslı veya onaylanmış örneği,
- (iii) Yukarıdaki belgelerin tercüme edilmiş ve usulen onaylanmış örnekleri.

İşin mahiyeti gereği tenfiz talepli dilekçenin tenfiz istenen devletin resmi dilinde yazılması gerekir. Hakem kararı veya tahkim anlaşması tenfizin istenen devletin resmi dilinde yazılmamışsa, Türkiye’de genellikle tercüme noterde yeminli bir tercüman tarafından yapılarak aslına uygun tasdik olunmaktadır¹³⁷.

Tenfiz davası sonunda mahkemece hakem kararının kısmen veya tamamen tenfizine ya da tenfiz istemin reddine karar verilebilir. Bu karar yabancı hakem kararının altına yazılır ve hâkim tarafından mühürlenerek imzalanır. NYK m. VI uyarınca aleyhine tenfiz talep edilen taraf, hakem kararının taraflar için henüz bağlayıcı olmadığını, iptal edilmiş veya icrasının geri bırakılmış olduğunu iddia eder ve iddiası tenfiz mahkemesince uygun görülürse, mahkeme tenfiz hükmünün verilmesini ileriye bırakabilir. Bu hâlde kararın tenfizini isteyen tarafın talebi üzerine karşı taraf uygun bir teminat yatırmakla mükellef kılınabilir. Böylelikle kararın tenfizinin sürüncemede bırakılması yolu kapatılmış olur¹³⁸.

¹³⁷ Kalpsüz, Tahkim, s. 185.

¹³⁸ Kalpsüz, Tahkim, s. 221-222.

İKİNCİ BÖLÜM

NEW YORK KONVANSİYONU UYARINCA BİR TENFİZ ENGELİ OLARAK TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ

2.1. TAHKİM ANLAŞMASININ ÖZELLİKLERİ

2.1.1. Tahkim Anlaşmasına Genel Bakış

Anayasa m. 9 uyarınca yargı erki esas olarak devlete ait olup kişiler de gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”)¹ m. 6, gerekse Anayasa m. 36 uyarınca uyuşmazlıklarını devlet mahkemeleri ile çözümleme hakkına sahiptirler². Tarafların devlet mahkemeleri yerine özel ve istisnai bir yargılama prosedürü olan tahkim yoluna başvurmaları ancak serbest iradeleri ile mahkemelerin yargılama yetkisini bertaraf ederek bu yetkiyi hakemlere vermeleri sonucu mümkündür³.

Öte yandan tahkim yolunun öngörülmesinin mahkemeye erişim hakkı ve üst başlık olarak adil yargılanma hakkı kapsamında bir hak kaybı

¹ AİHS 04.11.1950 tarihinde Roma’da imzalanmış ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS’i 04.11.1950 tarihinde imzalamış 10.03.1954 tarihli ve 6366 sayılı Onay Kanunu ile onaylamıştır. RG. 19.03.1954 – 8662.

² Hakan Pekcanıtez/Muhammet Özkes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, Pekcanıtez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, Cilt III, İstanbul 2017, s. 2594.

³ Akıncı, s. 96; Kalpsüz, s. 36; Cemal Şanlı, “Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden Ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, MHB, Cilt:22, Sayı: 2, 2002, s. 774, (“Konişmentonun Devri”).

yaratmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) kararlarında da vurgulanmaktadır⁴.

Hem tahkim yargılamasının özünü, hem de hakemlerin yetkisinin dayanağını oluşturması ve tahkimin olmazsa olmaz koşulu olması nedeniyle tenfize konu hakem kararının geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanması son derece önemlidir⁵. NYK m. V/1(a) da yabancı hakem kararlarının tenfizi için öncelikle taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması gerektiğini hükme bağlamıştır.

2.1.2. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı

Tahkim anlaşması, uygulamada en çok karşılaşıldığı gibi asıl sözleşmeye konulan bir tahkim şartı şeklinde yapılabileceği gibi, müstakil bir tahkim sözleşmesi şeklinde de akdedilebilir. Türk hukukunda MTK m. 4/c. 2, tahkim sözleşmesi ve tahkim klotunu “tahkim anlaşması” şapkasında birleştirmektedir⁶. Peki tahkim şartının asıl sözleşme içinde yer alması onu bu sözleşmenin yazgısına mı tâbi tutacaktır? Asıl sözleşme herhangi bir nedenle geçersiz ise, tahkim anlaşması da otomatik olarak geçersiz mi addedilmelidir?

Bu soruya olumlu yanıt verilmesi hâlinde tahkime gitmek istemeyen taraf kolayca asıl sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürerek tahkim anlaşmasının da geçersizliğini sorgulatabilecek ve tahkim yolu sürünce-meye düşecektir. Özellikle tahkim anlaşmasının tarafların özel bir yargı-

⁴ Deweer v. Belçika, 27.02.1980, para. 49, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57469%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57469%22]}); Suda v. Çek Cumhuriyeti, 28.10.2010, para. 48-49, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-101333%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-101333%22]}).

⁵ Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, İstanbul 2017, s. XI.; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 683.

⁶ Ayrıca bkz, 15. HD. 27.06.2007T., E.2007/2145, K. 2007/4389; Turgut Kalpsüz, “Tahkim Anlaşması”, *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt: 2, İstanbul 2003, s. 1030, (“Tahkim Anlaşması”); Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 659-660; Çelikel/Erdem, s. 772; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul 2008, s. 34, (“Kanunlar İhtilafı”); Kalpsüz, s. 37; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 2; Mustafa Erkan, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal’a Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Ocak – Nisan 2013, Sayı: 1-2 s. 537.

lama usulüne yetki verdikleri ve amaç, konu ve niteliği bakımından asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olması karşısında tahkim şartı şeklinde akdedilse dahi ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiği benimsenmiştir⁷. Bu prensibe milletlerarası tahkim hukukunda tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi (*Autonomy/Severability/ Seperability*) denmektedir.

Türk hukukunda tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsız olduğu prensibi HMK m. 412/4 ve MTK m. 4/4'te düzenlenmiştir. Buna göre, tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyumsuzlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamayacaktır. Dolayısıyla bu prensip uyarınca, her ne kadar tahkim anlaşması asıl sözleşmenin bir parçası şeklinde akdedilse de, görünürde ortada tek sözleşme olsa da, tahkim anlaşması bağımsız irade açıklamasına dayanan müstakil bir sözleşme olarak kabul edilecektir⁸. Bu nedenle niteliği asıl sözleşmeden farklı olan tahkim anlaşmasının şekli ve maddi geçerliliği de asıl sözleşmeden ayrı değerlendirilecek, otomatik olarak asıl sözleşmenin akıbetine tâbi olmayacaktır⁹. Yani, asıl sözleşme geçersiz olsa bile tahkim anlaşması geçerli olabilecek yahut tam tersi söz konusu olabilecek, neticede tahkim anlaşmasının yazgısı asıl sözleşmenin yazgısına tâbi olmayacaktır¹⁰.

Doktrinde Umar bu ilkeyi sert bir dille eleştirmektedir¹¹. Ancak kanaatimizce mevcut kanun hükümlerinin değişmediği senaryoda bu

⁷ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 423; Emre Esen, Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, ("Teşmil"), İstanbul 2008, s. 42-43; Akıncı, s. 115-117.

⁸ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2676; İlhan, s. 12; Kuru, s. 5941; Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 35; Erkan, s. 539; Akıncı, s. 114; Esen, Teşmil, s. 53.

⁹ Fatih Aydemir, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 103; Erkan, s. 537; Lew/Mistelis/Kröll, s. 104.

¹⁰ Emre Esen, "Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli", MHB, Yıl 2008, Cilt: 28, Sayı: 1-2, s. 113, ("Şekil"); Redfern/Hunter, s. 177; Lew/Mistelis/Kröll, s. 101-102; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 422; Esen, Teşmil, s. 43.

¹¹ Umar tahkim şartının sözleşmedeki diğer maddelerden farklı değerlendirilemeyeceği bu nedenle asıl sözleşmenin geçersizliği halinde kanun ne derse desin içindeki tahkim şartının da geçersiz sayılması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıntılı açıklama için bkz. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 1198-1199.

prensibin aksinin kabulüne yer bulunmamaktadır. Kaldı ki pratik gereklilikler nedeniyle de tahkim anlaşmasının geçerliliğinin asıl sözleşmeden bağımsız olarak ele alınması yerindedir. Tarafların asıl sözleşmeye ilişkin irade açıklamaları ile özel bir yargılama usulüne yetki verdikleri uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmeye ilişkin irade açıklamaları birbirinden farklıdır¹². Örneğin bir gemi yapımına ilişkin eser sözleşmesinde, işsahibinin belirli bir bedel karşılığında bir eser inşa edilmesini istemek ile müteahhidin o bedel karşılığı eseri tamamlayarak işsahibine teslim etmek hususundaki irade açıklamaları ile bu sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözümlemek yönündeki irade açıklamaları tamamen bağımsızdır¹³. Bu ikinci irade açıklamasının bir tahkim şartı olarak eser sözleşmesinin içerisinde yer alması, onun bağımsız bir sözleşme olduğu hususuna halel getirmemektedir. Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği doktrinde uzun yıllar fikir birliğine varılamayan bir mesele olup¹⁴, son olarak 2018 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile açıkça usul hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir¹⁵.

Öte yandan bağımsızlık prensibinin temelinde *pacta sunt servanda* ilkesi yatmaktadır. Bu prensip ile amaçlanan, asıl sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek tarafların tahkimden kaçmasının ve tahkim yargılamasının bloke olmasının önüne geçmek, tahkime rızanın ayakta kalmasını sağlamaktır¹⁶. Bu bakımdan Esen'in deyimiyle, bağımsızlık prensibi tahkimin varlığını sürdürmesi için olmazsa olmazdır (*sine qua non*)¹⁷.

¹² İlhan, s. 13.

¹³ Altan Fahri Gülerci, Milletlerarası Tahkim Sözleşmesi (MTK md. 4), Birinci Baskı, Afyonkarahisar 2014, s. 105.

¹⁴ Tahkim anlaşmasının saf maddi hukuk ya da saf usul hukuku sözleşmesi olduğunu ileri süren yazarlar bulunduğu gibi, bir kısım hukukçular ise karma nitelikte bir sözleşme olduğunu ya da sui generis bir sözleşme olduğunu savunmaktadır.

¹⁵ Y. İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu E. 2016/2 K. 2018/4 T. 13.4.2018 (Kazancı E.T. 28.01.2019).

¹⁶ Andrew Tweeddale/Keren Tweeddale, Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice, New York 2010. s. 125; Lew/Mistelis/Kröll, s. 101; İlhan, s. 11.

¹⁷ Esen, Teşmil, s. 45. Akıncı'ya göre de, tahkim anlaşması tahkim yolunun olmazsa olmaz (*sine qua non*) şartıdır. Bkz. Akıncı, s. 93.

Erkan'ın tabiri ile ise bu prensip, modern tahkim hukukun köşe taşıdır¹⁸. Bu nedenlerle Umar'ın savunduğu görüşe katılmamaktayız. Yargıtay da yerleşik içtihatlarında tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibini teyit etmektedir¹⁹.

Bu itibarla tenfiz yargılamasında tahkim anlaşmasının geçerliliği itiraz konusu yapıldığında, bu değerlendirme tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan asıl sözleşmeden bağımsız yapılacaktır. Örneğin, kanunen bir şekle tâbi olmamasına rağmen taraflar asıl sözleşmenin noterde düzenlenmesi hususunda anlaşmış ama sonradan sözleşmeyi adi yazılı şekilde yaparlarsa, asıl sözleşme aralarındaki anlaşmaya aykırılık nedeniyle şeklen geçersiz olacak; fakat sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartı şekil bakımından geçerli olacaktır.

Keza tahkim anlaşmasının geçerliliğin tespitinde esas alınacak hukuk da asıl sözleşmenin geçerliliğinin tespitinde esas alınacak hukuktan farklıdır²⁰. Özellikle taraflarca bu konuda bir hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk farklılık arz edecektir²¹.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine NYK m. V/1(a) uyarınca tarafların seçmiş olduğu hukuk, taraflarca kararlaştırılmamışsa hakem kararının verildiği yerin hukuku uygulanır. Oysa tahkimin konusunu teşkil ettiği maddi hukuk sözleşmesine uygulanacak hukuk sorunu bir kanunlar ihtilafı sorunu olup; UNCITRAL Model Kanunu m. 28 ve bunun yansıması olarak MTK m. 12/C'de ortaya konulduğu gibi farklı bir konu arz etmektedir.

¹⁸ Erkan, s. 539.

¹⁹ Y. 13. HD. E. 1993/2051 K.1993/3488 T. 22.04.1993. Kararın metni için bkz. Ekşi, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, s. 393-397. Aynı doğrultuda bkz. YHGK. E. 2011/11-742 K. 2012/82 T. 22.2.2012; Y. 11. HD. E. 2008/5901 K. 2010/3203 T. 23.3.2010 (Kazancı, E.T. 02.02.2019).

²⁰ Ali Yeşilirmak, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri ("Uyuşmazlıkların Etkin Çözümü"), İstanbul 2011, s. 81.

²¹ Erkan, s. 543.

2.1.3. Kompetenz-Kompetenz Prensibi

Kompetenz-Kompetenz ile bağımsızlık prensipleri birbirinden farklı ama birbirini tamamlayan iki prensiptir²². Kompetenz-Kompetenz prensibi uyarınca hakem heyeti kendi yetkisi ve tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında hüküm verebilir²³. MTK ile gelen bu prensip²⁴, MTK m. 7/H(1)'de hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği; bu karar verilirken tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirileceği ve asıl sözleşmenin hükümsüzlüğünün kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmayacağı şeklinde ifade edilmiştir. Madde metninde birlikte ele alınmalarından da görüldüğü gibi gerek Kompetenz-Kompetenz prensibinin gerekse bağımsızlık prensibinin temel amacı erken bir safhada devlet yargısının müdahalesini ve tahkim yargılamasının bloke olmasını önlemektir²⁵.

MTK m. 7/H(5)'te hakemlerin yetkisizlik itirazını ön sorun şeklinde inceleyeceği ve karara bağlayacağı; kendilerini yetkili addederlerse, tahkim yargılamasını sürdürüp davayı karara bağlayacağı belirtilmiştir. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri karara karşı mahkemeye başvurma imkânı ise bulunmamaktadır. Hakemlerin hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduklarına karar vermeleri hâlinde, bu husus taraflarca ancak MTK m. 15 uyarınca açılacak iptal davasında ileri sürülerek hakem kararının iptali sağlanabilmektedir²⁶.

²² John J. Barcelo III, "Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Sayı: 36, 2003, s. 1116; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, İstanbul 2010, s. 181.

²³ Çelikel/Erdem, s. 793-794; Yeşilırmak, *Uyuşmazlıkların Etkin Çözümü*, s. 81; Esen, Teşmil, s. 35; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2678; Redfern/Hunter, s. 176 ve 254.

²⁴ Aydemir, s. 110.

²⁵ Esen, Teşmil, s. 42; Phillippe Fouchard/Emmanuel Galliard/ Berthold Goldman, Fouchard, Galliard, Goldman, *International Commercial Arbitration*, Düzenleme: Emmanuel Galliard & John Savage, Lahey, Kluwer Law International, 1999, s. 401.

²⁶ UNCITRAL Model Kanunu'nda hakem mahkemesinin yetkisiz olduğuna ilişkin bir iddia söz konusu olduğunda, hakem heyetinin bu iddiayı ön incelemeye alabileceği veya esasa ilişkin bir karara bağlayabileceği; eğer yetkisi olduğuna ilişkin bir karar verirse, ta-

Yargıtay da, müstakar içtihatlarında tahkim anlaşmasına ilişkin husumet ve uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması yönündeki itirazların mahkemece değil; davanın esasını çözümleyecek olan hakemlerce çözümlenmesi gerektiğini ifade etmektedir ²⁷.

Görüldüğü gibi Kompetenz-Kompetenz prensibi gereği hakemler tahkim anlaşmasının mevcut ve geçerli olup olmadığı da dâhil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar verebilmektedir. Hakem heyeti tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve kendisinin yetkili olduğuna karar verdikten sonra uyuşmazlığın esasına girerek asıl sözleşmenin geçerliliğini inceleyebilecektir.

2.1.4. Tahkim Anlaşmasının Nispiliği

Sözleşmeler hukukunun en temel ilkelerinden olan sözleşmenin nispiliği ilkesi, şahısların ancak kendi iradeleri ile yaptıkları sözleşmeden doğan hakları talep edebileceği ve borçları ifaya zorlanabileceği anlamına gelmektedir²⁸. Sözleşmenin nispiliği ilkesi tahkim anlaşmaları bakımından da söz konusudur²⁹. Zira Anayasa gereği hiç kimse tâbi olduğu devlet mahkemesi haricinde bir merci önüne çıkmaya zorlanamayacağından ve aksi durum adil yargılanma hakkının da ihlali sayılacağından irade hususu tahkimde ayrı bir önem taşımaktadır³⁰. Zira Esen'in de isabetli olarak belirttiği gibi tahkimin uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde

rafların bu karara dair ihbarnameyi almalarından itibaren otuz gün içinde mahkemeden konu hakkında karar vermesini isteyebilecekleri düzenlenmiştir. Mahkemenin vereceği karar temyiz edilmeyecektir. Mahkemede dava sürerken tahkim yargılaması devam edebilir ve hakem kararı verilebilir (m. 16/3). Bu açıdan MTK ve UNCITRAL Model Kanunu birbirinden farklı düzenlemelere sahiptir.

²⁷ Y. 11. HD. E.2004/4057 K.2005/599, 1.2.2005. Aynı yönde, Y. 14. HD. E.2010/11426 K. 2010/13965 T. 14.12.2010 (Kazancı, E.T. 26.01.2019).

²⁸ Halil Akkanat/Mesut Serdar Çekin, "Borçlar Hukuku Perspektifinden Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşmelerde Tahkim Koşulunun Üçüncü Şahsa Etkileri", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, s. 103.

²⁹ Çelikel/Erdem, s. 773; Esen, Teşmil, s. 11; Banu Şit Köşgeroğlu, Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi, Gazi Üniversitesi HFD Cilt: 15, Sayı: 31, 2011, s. 2 ("Üçüncü Kişi").

³⁰ Esen, Teşmil, s. 17.

hâkim yöntem olması, devlet mahkemelerine nazaran istisnai bir yargı yolu olduğu hususunu değiştirmez³¹. Bu nedenle kural olarak, tahkim akdidir ve yalnız anlaşmanın taraflarına yükümlülük yükler³². Bu anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişilere karşı kural olarak tahkim yargılaması başlatılamaz³³. Yargıtay'ın da kararları bu yöndedir³⁴.

Böyle olmakla birlikte, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere kimi istisnai hâllerde tahkim anlaşmasına taraf olmayan kimselerin de tahkim anlaşması ile bağlı kabul edilmesi yahut o anlaşmaya dayanabilmesi mümkün olabilmektedir³⁵. Buna milletlerarası tahkim hukukunda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili denmektedir³⁶. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili kabul edilirse, hakem kararlarının söz konusu üçüncü kişilere karşı tenfizi olasılığı ortaya çıkmaktadır³⁷.

2.1.4.1. Nispilik Prensibinin İstisnaları: Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teشمili

2.1.4.1.1. Külli Halefiyet

Nispilik prensibinin en önemli istinasını külli halefiyet hâlleri teşkil etmektedir. Zira külli halefiyet hâlinde, mamelekin hak ve borçlarıyla bir

³¹ Esen, Teşmil, s. 19. Aynı yönde Y. 19. HD. E. 2003/2654 K. 2004/2603 T. 11.3.2004; E. 2015/11441 K. 2016/8701 T. 3.12.2016 (Kazancı, E.T. 03.02.2019).

³² Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk s. 773; Esen, Teşmil, s. 10-11; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 419; Pekcanıtez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2678-2679; H. Ercüment Erdem, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Yazılılık Koşulu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXVI, Bildiriler – Tartışmalar, 14 Aralık 2012, s. 28-29.

³³ Akıncı, s. 95.

³⁴ Y 11. HD. E. 2000/1635 K. 2000/2521 T. 03.04.2000 (Kazancı, E.T. 03.02.2019).

³⁵ Nigel Blackaby/Contantine Partasides/Alan Redfern/Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, NewYork, 2009, s. 98.

³⁶ Teşmil konusunun, esas itibarıyla sözleşmelerin nispiliğine ilişkinse de, imza koşulunu yerine getirmeyen üçüncü kişilerin sözleşme ile bağlı tutulması nedeniyle ayrıca incelenmesi gerektiğine ilişkin bkz. Erdem, s. 29.

³⁷ Şit Köşgeroğlu, Üçüncü Kişi, s. 5; Esen, Teşmil, s. 16-42.

bütün olarak intikali söz konusudur³⁸. Bu hâllerde tahkim iradesi bulunmasa dahi halef kanun gereği tahkim anlaşmasının tarafı hâline gelmektedir³⁹.

Bu itibarla örneğin tahkim anlaşmasını akdeden taraflardan birinin ölümü hâlinde mirasçılarının tahkim anlaşmasına taraf hâline gelmesi söz konusu olacaktır. Aynı şekilde ticaret şirketlerinin birleşme devralmalarında da diğer şirketin hak ve borçlarını üstlenen şirket külli halefiyet gereği hak ve borçlarını devraldığı şirketin taraf olduğu tahkim anlaşmalarına taraf olacaktır⁴⁰.

Burada özellikle değinmek istediğimiz husus, bir şirketin iflası durumunda ne olacaktır. Pekcanitez'e göre tahkim anlaşmasının bir tarafının iflası hâlinde iflas idaresi müflisin yerine anlaşmanın tarafı hâline gelmektedir⁴¹. Ancak kanaatimizce Esen'in de isabetle belirttiği gibi bu durumda sadece dava takip yetkisi iflas idaresine geçmekte olup müflis dava ve taraf ehliyetini kaybetmemektedir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının iflas masasına teşmil gibi bir durum söz konusu değildir⁴².

Görüldüğü gibi külli halefiyette muvafakat aranmaksızın halef otomatikman sözleşmenin tarafı hâline gelmektedir⁴³. Öte yandan külli hale-

³⁸ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2018, s. 262; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2679.

³⁹ İlhan, s. 150-151; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2678; Akıncı, s. 95; Gülerci, s. 97; Kuru, s. 5982; Şit Köşgerlioğlu, Üçüncü Kişi s. 8. Tahkim anlaşmasının kişinin iradesi olmaksızın empoze edilmemesi gerektiğine ilişkin aksi görüşte bkz. Esen, Teşmil, s. 146.

⁴⁰ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2679; İlhan, s. 151. Tahkim anlaşmasına taraf şirketin tür değiştirmesi, tüzel kişiliği ortadan kalkmamak suretiyle birleşmesi halinde de tahkim anlaşması hükmünü sürdüreceği, ancak örneğin ilgili şirket bir başka şirketin kendisini devralması sonucu ikinci şirket içerisinde erirse ya da iki şirket birlikte yeni ve farklı bir tüzel kişilik oluştursa bu hallerde yeni şirket tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacağına ilkin aksi görüş için bkz. Esen, Teşmil, s. 146-147.

⁴¹ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2679.

⁴² Esen, Teşmil, s. 147.

⁴³ Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde külli halefiyet ile cüzî halefiyet arasında bir fark bulunmadığı, zira iki halde de halefin otomatikman sözleşmenin tarafı haline geleceğine ilişkin bkz. Kuru, s. 5982.

fiyet dışında kalan diğer halefiyet hâlleri her zaman tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili sonucunu doğurmamaktadır.

2.1.4.1.2. Cüzî Halefiyet

2.1.4.1.2.1. Alacağın Devri

Cüzî halefiyet hâllerinde ilk cevaplayacağımız soru tahkim şartına tâbi bir alacağın devri durumunda alacağı devralanın tahkim anlaşmasının tarafı hâline gelip gelmediğidir. Devreden ile borçlu arasında yapılan tahkim anlaşması devrin kapsamında mıdır? Devralan tahkim anlaşmasının tarafı hâline mi gelecektir?

Bu soruya olumlu yanıt verenler tahkim şartını alacağın ferîleri arasında görmekte ve aksine bir anlaşma yoksa tahkim şartının devralana geçeceğini savunmaktadırlar⁴⁴. Ancak tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi ışığında tahkim şartının alacağın ferî sayıldığı görüşüne kanaatimizce katılmak mümkün değildir⁴⁵.

Fransız mahkemeleri alacağın devri hâlinde tahkim şartının da devralana geçeceğini, zira tahkim şartı ile asıl sözleşmenin ayrılmaz bir ekonomik bağlılık içerisinde bulunduğunu belirtmişlerdir⁴⁶. Şanlı da bu görüşten yola çıkarak tahkim anlaşması ile devre konu alacak arasındaki bağıllığın inkâr edilemeyeceği, devralanın iradesinin devre konu alacağın kaynaklandığı sözleşmedeki tahkim şartını da içerdiği düşüncesindedir⁴⁷.

⁴⁴ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2680; Sibel Özel, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 1, 2017, s. 320-321, (“Engel”); Şanlı, Konişmentonun Devri, s. 782.

⁴⁵ Daniel Girsberger/Christian Hausmaninger, “Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate”, Arbitration International, Cilt: 8, Sayı: 2, 1.6.1992, s. 139; İlhan, s. 173.; Esen, Teşmil 194-195; Erdem, s. 34.

⁴⁶ Lew/Mistelis/Kröll, s. 148; Şanlı, Konişmentonun Devri, s. 784-785.

⁴⁷ Şanlı, Konişmentonun Devri, s. 784-785; Nihal Uluocak, “Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temliki ile İntikali-Fransız İçtihadı”, MHB, Yıl: 19-20, 1999-2000, s. 1001.

Ancak kanaatimizce Dayınlaroğlu'nun isabetle belirttiği gibi, alacağın devrinde hukuki ilişki değil, hukuki ilişkide yer alan bir alacak üçüncü kişiye devredilmektedir⁴⁸. Nitekim bir hukuki ilişkinin tamamının tarafının değişmesi, her iki tarafın mutabakatı haricinde borçlunun rızasını gerektirir⁴⁹. Oysa 11.01.2011 tarih, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu⁵⁰ ("TBK") m. 189 gereği sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa alacağın devri için borçlunun rızası aranmamaktadır. Bu durumda borçlunun istisnai bir yargılama prosedürü olan tahkim yoluna başvurma iradesini spesifik olarak asıl sözleşmede yer alan alacaklı bakımından göstermiş olduğu nazara alındığında, alacağı devralan ile rızası olmaksızın tahkime gitmekle yükümlü tutulması tahkimin niteliği ile bağdaşmamaktadır⁵¹. Gerçekten de alacağın devrinde sadece bir hakkın devredilmesi söz konusu olup, devredeni borçluya bağlayan hukuki ilişki değişmemektedir⁵². Oysa tahkim anlaşmasının devrinde aynı zamanda yükümlülüğün devri de söz konusu olacağından, devralanın ve borçlunun karşılıklı tahkim yoluna gitmek hususunda rızası olmadan tahkim yolunu dayatmak tahkimde titizlikle aranan irade unsuru ile çelişecektir⁵³. Anglo Sakson hukukunda da devralanın tahkim anlaşmasıyla ancak rıza göstermesi halinde bağlı olacağı kabul edilmektedir⁵⁴.

Yine tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı ve yukarıda açıklanan Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı ile de tartışmasız hale geldiği üzere⁵⁵, usuli niteliği dolayısıyla devralanın ancak iradesinin bu yönde olması durumunda tahkim anlaşması ile bağlı sayılması uygun

⁴⁸ Kemal Dayınlarlı, *Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri*, Ankara 2019, ("Alacağın Devri"), s. 64.

⁴⁹ Dayınlarlı, *Alacağın Devri*, s. 65.

⁵⁰ RG. 4.2.2011 – 27836.

⁵¹ İlhan, s. 173.

⁵² Dayınlarlı, *Alacağın Devri*, s. 66.

⁵³ Aynı yönde bkz. Girsberger/Hausmaniner, s. 139; İlhan, s. 172; Osman Berat Gürzummar, "Alacağın Devri ve Tahkim Anlaşması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 3, Yıl: 2016, s. 1264.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Esen, Teşmil, s. 176 vd.

⁵⁵ Y. İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu E. 2016/2 K. 2018/4 T. 13.4.2018 (Kazancı E.T. 28.01.2019). Bkz. Bölüm 2.1.2.

olacaktır⁵⁶. Zira devralanın tahkime başvurmaya yönelik iradesinin, te-reddüde mahal bırakmayacak şekilde ispatlanabilir olması şartını bertaraf etmek için bir neden bulunmamaktadır.

TBK m. 205'te düzenlen sözleşmenin devrinde ise borç ilişkisinin bir tarafını oluşturan kişinin bu sıfatını üçüncü kişiye devretmesi söz konusu olup bu devir tarafların rızası ile gerçekleşmektedir. Bu kurumun alacağın devrinden farkı, devralanın sözleşmeyi tüm hak ve yükümlülükleri ile devralmasıdır. Yine burada sözleşmenin diğer tarafının izni ya da onayı aranmaktadır. Dolayısıyla sözleşmede bir tahkim şartı yer alıyorsa devralan tarafların iradesi ile bu anlaşmanın da tarafı hâline gelmiş sayılmalıdır⁵⁷. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir⁵⁸. Ancak bu hâlde dahi İlhan'ın da belirtmiş olduğu gibi, tahkim anlaşması müstakil olarak akdedilmiş ise, sözleşmeyi devralan devraldığı sırada böyle bir tahkim anlaşmasının varlığından haberdar olmadığı müddetçe devralanın tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığını kabul etmek uygundur⁵⁹.

2.1.4.1.2.2. Tahkim Şartı İçeren Konişmentonun Devri

Uygulamada pek sık karşılaşılan hususlardan biri de, deniz ticaretinde genellikle yükü temsil eden konişmentoların devri hâlinde devralanın tahkim şartıyla bağlı olup olmadığıdır. Burada ayrılması gereken iki hâl vardır: (i) konişmentonun yükün taşınmasına ilişkin sözleşmenin (*Charter Party*) hükümlerine atıf suretiyle tanzim edilmesi, (ii) konişmentonun arka yüzlerinde tahkim şartını da içeren genel şartlar yer alması.

İlk durumda konişmentoda atıf yapılan sözleşmede tahkim şartı bulunması hâlinde bu şart konişmentoyu devralan üçüncü kişi bakımından geçerli olacak mıdır? MTK m. 4/2 c. son uyarınca tahkim şartı içeren bir belgeye, belgeyi asıl sözleşmenin parçası hâline getirme gayesiyle atıfta bulunulması geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayması için yeterlidir,

⁵⁶ Şit Köşgeroğlu, Üçüncü Kişi, s. 10; Esen, Teşmil, s. 194.

⁵⁷ Akıncı, s. 104.

⁵⁸ Y. 19. HD. E. 2014/11942 K. 2014/17697 T. 06.02.2014. Karar atfı için bkz. Akıncı, s. 104.

⁵⁹ İlhan, s. 178.

dolayısıyla Charter Party'ye yapılan atıf geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulması için yeterlidir⁶⁰. Nitekim Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir.⁶¹

Tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulduğunu kabul ettikten sonra bu anlaşmayı devralan üçüncü kişilere teşmil edip etmeyeceğine ilişkin olarak ise doktrinde, devralanın devir sırasında Charter Party'ye ulaşabilir olması ve Charter Party'de yer alan tahkim şartının varlığından haberdar olması hâlinde tahkim anlaşması ile bağlı sayılması gerektiği ileri sürülmektedir⁶². Ancak bu konuda aksi görüşte olan Esen, taraf iradesi konusunda biraz daha hassas davranmakta ve konişmentoyu devralanın tahkim şartından haberdar olmasının yetmeyeceğini, ayrıca bu şartı kabul etmesi gerektiğini savunmaktadır⁶³. Kanaatimizce, bir standart sözleşmenin ya da genel şartların uygulanmasını atıf yoluyla kabul eden tarafın, söz konusu metinde yer alan kuralları bildiği veya bilmesi gerektiği kabul edilmelidir⁶⁴. Dolayısıyla konişmentoyu devralan kişinin tahkim şartından haberdar olması tahkim şartı ile bağlı olması için yeterli olup, Esen'in savunduğu gibi ayrıca tahkim şartıyla bağlanmak yönündeki iradesini ortaya koymasının zaruri olmadığı düşüncesindeyiz.

Yargıtay da görüşümüze uygun olarak 1995 ve 1997 senesinde verdiği iki kararında tahkim şartına atıfta bulunan konişmentoyu devralanının kural olarak tahkim şartı ile bağlı olacağına hükmetmiştir⁶⁵.

⁶⁰ Esen, Teşmil, s. 162; Özel, Engel, s. 308.

⁶¹ Y. 19. HD. E. 1996/9619 K. 1997/4669 T. 8.5.1997. Bu karar E. 1998/19-256 K. 1998/279 T. 15.4.1998 kararıyla onanmıştır (Kazancı, E.T. 28.01.2019).

⁶² Fehmi Ülgener, Çarter Sözleşmeleri, İstanbul 2000, s. 615; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 419; Erdem, m.31; Şit Köşgeroğlu, Üçüncü Kişi, s. 10.

⁶³ Esen, Teşmil, s. 173. Erdem'in karşı görüşü için bkz. Erdem, s. 31, dn. 61.

⁶⁴ Uygulamada sıklıkla "Bütün diğer şartlar Charter Party'deki (taşıma sözleşmesi) gibidir" şeklinde yapılan genel atıfların tahkim şartını kapsamadığına ancak doğrudan Charter Party'ye ve orada yer alan tahkim klotuna atıf yapılması halinde geçerli bir tahkim anlaşması kurulacağına ilişkin bkz. Şanlı, Konişmentonun Devri, s. 777. Tahkim şartının yapılan atıfta özel olarak belirtilmesinin tahkim iradesinin açıklığı bakımından faydalı olduğunu kabul etmekle birlikte, uluslararası ticaret uygulamasında gerekli olmayacağına ilişkin bkz. Erdem, s. 28.

⁶⁵ Y. 11. HD. E. 1995/1903 K. 1995/4235 T. 23.5.1995. Aynı yönde Y. 11. HD. E. 1996/6876 K. 1997/754 T. 17.2.1997 (Kazancı, E.T. 24.01.2019). Bu yönde daha çok

İkinci duruma geçecek olursak, bazen tahkim şartı doğrudan koniş-
mentonun arkasına da yazılabilmektedir. Bu durumda gerek doktrin ge-
rekse Yargıtay geçerli bir tahkim anlaşması olduğunu kabul etmektedir⁶⁶.

Tahkim anlaşmasının geçerli addedildiği durumda konişmentoyu
devralanın esasen ciro esnasında arka yüzde yer alan tahkim şartından
haberdar olduğunu ve tahkim şartına ilişkin bir çekince ileri sürmeksizin
konişmentoyu devralması hâlinde tahkim anlaşması ile bağlı olduğunu
kabul etmek gerekir⁶⁷.

Yargıtay da 1998 tarihli bir kararında kıymetli evrak olan konişmen-
toya tahkim şartının yazılmasının mümkün olup, kural olarak devralanı
bağladığını, devralanın bu şart ile bağlı olmaması için üzerini çizerek ciro
alması gerektiğini, aksi hâlde tahkim şartı ile bağlı olacağını belirtmiştir⁶⁸.

Yargıtay'ın da isabetle belirttiği gibi, konişmentoya tahkim şartı
konulması önünde hukuken bir engel bulunmamakta ve devralanın zaten
ciro sırasında vakıf olduğu tahkim şartı ile bağlı olmak istemediği takdir-
de şartın üzerini çizerek ciro alması gerekmektedir. Herhangi bir çekince
konulmamış olması kanaatimizce konişmentoyu devralan üçüncü kişinin
tahkime irade gösterdiğinin kabulü için yeterlidir.

2.1.4.1.2.3. Sigortacının Halefiyeti

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili konusunda sorulacak
sorulardan biri de sigortalının zarar verene karşı sahip olduğu haklar ara-
sında tahkim anlaşması bulunuyorsa, sigortalısının zararını gidererek ona
halef olan sigortacının bu anlaşma ile bağlı olup olmayacağıdır.

Sigortacının halefiyeti TTK m. 1472'de düzenlenmiş olup, anılan
hüküm gereği sigorta tazminatının ödenmesi ile sigortacı hukuken

karar için bkz. Şanlı, Konişmentonun Devri, s. 779.

⁶⁶ Gülerci, s. 89.

⁶⁷ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemi, s. 329; Gülerci, s. 89-90.

⁶⁸ Y. 11. HD. E. 1997/9447 K. 1998/1703 T. 13.3.1998. Aynı yönde: YHGK. E. 1994/11-765 K. 1995/39 T. 1.2.1995; Y. 19. HD. E. 1996/9619 K. 1997/4669 T. 8.5.1997 (Ka-
zancı, E.T. 03.02.3019).

sigortalının yerine geçer. Bu konuda açık düzenleme olması karşısında kanaatimizce sigortacının halefîyetinin tahkim anlaşmasını da kapsadığı kabul edilmelidir⁶⁹.

Nitekim Yargıtay'ın kararlarında da TTK m. 1472'nin (eski kanun m. 1361) açık metninde yer alan halefîyet ilkesi gereği tahkim şartının sigorta şirketini de bağlayacağı kabul edilmektedir⁷⁰.

2.1.4.1.3. Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri

Kanun gereği halefîyet sonucu doğuran bir başka kurum ise kefalet sözleşmesidir. Kefalet sözleşmesi ile alacaklı, borçlusunun malvarlığı dışında başvurabileceği bir malvarlığına kavuşur. TBK m. 596 uyarınca kefil alacaklıya ödeme yaptığı nispette alacaklının haklarına halef olur. Ancak kefalet sözleşmesi ferî bir borç yaratsa da, alacaklı ile kefil arasında akdedilir ve borçlu ile asıl borç ilişkisinden farklı bir sözleşmedir. Borçlu bu sözleşmenin tarafı değildir⁷¹.

Yeğengil ve Gülerci kefilin taahhüdünün asıl sözleşmede yer aldığı hâllerde kefilin de tahkim şartının tarafı olacağını belirtmektedir⁷². Burada halefîyet ile kefile geçen haklar alacak hakkı ile ferî haklardır⁷³. Ancak kefilin ifası ile alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiden doğan alacak para borcuna dönüşerek kefile intikal ettiğinden ve ferî nitelik taşımayan hakların geçişi söz konusu olamayacağından, bağımsız nitelikteki tahkim anlaşmasına kefilin taraf hâline gelmeyeceğinin kabulü gerekir⁷⁴. Zira kefalet sözleşmesi de tahkim şartı da asıl sözleşmeden farklı sözleşmeler ol-

⁶⁹ Şit Köşgeroğlu, Üçüncü Kişi, s. 10.

⁷⁰ Y. 11. HD. E.2002/216 K. 2002/4357 T.6.5.2002 (Kazancı, E.T. 24.01.2019). Yargıtay'ın halef olunan hakların kapsamında tahkimin bulunup bulunmadığını irdelemeksizin sigortacının tahkim anlaşması ile bağlı olduğuna kanaat getirmesinin isabetli olmadığı, halef olunan haklar kapsamında tahkim bulunmuyorsa sigortacının ancak tahkim anlaşması ile bağlı olmak konusunda irade gösterirse tahkim anlaşmasıyla bağlı olacağına ilişkin bkz. Esen, Teşmil, s. 201; Erdem, m. 33-34.

⁷¹ İlhan, s. 157.

⁷² Rasih Yeğengil, Tahkim (L'Arbitrage), İstanbul 1974, s. 189; Gülerci, s. 89.

⁷³ Burak Özen, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 472-475.

⁷⁴ İlhan, s. 158, aksi görüşte Yeğengil, s. 189.

duğundan, bir başka deyişle, alacaklının borçlu ve kefile kurduğu hukuki ilişki farklı olduğundan, kural olarak alacaklı ve borçlunun akdettikleri sözleşmede yer alan tahkim şartının kefile sirayet edeceğinden bahsetmek mümkün değildir⁷⁵. İlhan'ın da değinmiş olduğu gibi kanaatimizce bu husus ancak örneğin kefalet sözleşmesi asıl sözleşme içerisinde yer alıyorsa ve tahkim şartı tüm tarafları kapsar şekilde akdedilmişse mümkün olabilir⁷⁶.

Garanti sözleşmesi ise garanti alan alacaklı ile garantör arasında asıl borçtan bağımsız bir sözleşme olup, garantör borç konusu edim yerine getirilmezse bundan doğan zararın para olarak karşılanacağı taahhüt eder. Bu sebeple asıl borcun konusu ne olursa olsun kefil gibi garanti verenin de borcu her zaman için para borcudur. Dolayısıyla borçlunun alacaklı ile akdettiği sözleşmeden doğan taahhüdü ile garanti verenin üstlendiği taahhüt farklı ve bağımsızdır. Bu itibarla alacaklı borçlu ile arasındaki tahkim anlaşmasını garantöre karşı ileri süremez. Yargıtay da bu görüştedir⁷⁷. Dolayısıyla garantörün tahkim anlaşmasına taraf olması için ya garanti sözleşmesinde tahkim şartının bulunması ya da asıl borçlu ile akdedilen tahkim anlaşmasına atıf yapılması gerekmektedir⁷⁸.

Peki, konumuz açısından asıl sorulacak soruya gelecek olursak, garanti sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin garantör tarafından yerine getirilmesi halinde alacak para borcuna dönüşerek garantöre intikal edeceğinden, garantör borçluya karşı asıl sözleşmedeki tahkim şartına dayanabilecek midir? Kanaatimizce bu durumda garantör TBK m. 127/2 gereği alacaklının haklarına halef olsa da tahkim şartı, bağımsızlık ilkesi gereğince alacağın ferilerinden sayılamayacağından, kefalette ulaşılan sonuca benzer bir tespit yapılmalıdır. Kaldı ki garanti sözleşmesi kefalet

⁷⁵ İlhan, s. 157.

⁷⁶ İlhan, s. 157.

⁷⁷ Y. 19. HD. E. 2003/2654, K. 2004/2603 T. 11.03.2004 (Kazancı, E.T. 01.03.2019). Nurray Ekşi, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007, s. 452-453.

⁷⁸ İlhan, s. 161.

gibi ferî bir borç dahi yaratmamakta tamamen ayrı ve bağımsız bir borç meydana getirmektedir⁷⁹.

Dolayısıyla, tahkim şartının garantöre sirayet etmeyeceğini söylemek gerekir. Garantörün tahkim şartına dayanabilmesi, sadece yukarıda da belirttiğimiz gibi garanti sözleşmesi asıl sözleşme içerisinde yer alıyorsa ve tahkim şartı tüm tarafları kapsıyorsa söz konusu olabilecektir.

2.1.4.1.4. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edip edemeyeceğinin gündeme geldiği bir diğer durum da üçüncü kişi yararına sözleşme yapılmasıdır. TBK m. 129 uyarınca yararına sözleşme yapılan lehtar konumundaki kişi sözleşmedeki tahkim şartı ile bağlı olur mu sorusunu irdelemek gerekir.

Doktrinde üçüncü kişi yararına sözleşmelerde tahkimin istisnai karakterinden ötürü lehtar üçüncü kişinin açık veya zımni olarak irade göstermediği hâllerde sözleşmede yer alan tahkim şartı ile bağlı olmayacağı ileri sürülmektedirler⁸⁰.

Gerçekten de, üçüncü kişi yararına sözleşme lehtara sadece hak sağlamaktadır⁸¹. Bu nedenle kanaatimizce üçüncü kişi ancak dürüstlük kuralının haklı çıkardığı hallerde örneğin, üçüncü kişinin yararına yapılan sözleşmeden kaynaklanan menfaatleri bilmesi ve bunlara rıza göstermesi, örneğin sözleşmenin ifasında aktif rol oynaması, hâlinde sözleşmedeki tahkim şartı ile bağlı olduğu kabul edilebilir⁸².

⁷⁹ İlhan, s. 162.

⁸⁰ Esen, Teşmil, s. 224.

⁸¹ İlhan, s. 167.

⁸² İlhan, s. 168-170. Tahkim sözleşmesinin imyitaz sözleşmesinin yararlanana sirayet edeceğine ilişkin Danıştay kararı için D. 13. HD. E.2008/12346 K.2009/78 T.07.01.2009, Karar metni için bkz Çelikel/Erdem, s. 776.

2.1.4.1.5. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Dürüstlük Kuralı

Kural olarak grup şirketlerinde yer alan her bir şirket bağımsız ve ayrı bir tüzel kişi sayılır⁸³. Ancak kimi durumlarda bu prensibin katı bir şekilde uygulanması hakkaniyetsiz durumlara sebebiyet verebilmektedir⁸⁴. İşte tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığına kanaat getirildiği bu tip durumlarda, tüzel kişi perdesinin aralanması ve perde arkasındaki şirketin sorumlu tutulması sağlanmaktadır. Bu kurum dürüstlük kuralının bir yansımasıdır⁸⁵.

Peki normalde perdenin önündeki şirket ile alacaklı arasında akdedilen tahkim şartı, bu kurumun uygulanması ile sorumluluğuna gidilen perdenin arkasındaki şirketi bağlayacak mıdır?

Kurumun amacı Şanlı'nın deyimi ile "hukuk normlarının amaçları dışında kullanılmasına izin vermeyerek tüzel kişiliğin sorumluluktan kurtulma aracı olarak istismarını önlemektir"⁸⁶. Bu nedenle kanaatimizce perdenin kaldırılması ile perdenin ardındaki sorumluluğuna gidilen tüzel kişilik görünürde sözleşmeye taraf tüzel kişilik yerine tahkim anlaşmasının tarafı hâline gelmelidir⁸⁷. Zira bu kurum hakkaniyeti ve ticari dengeyi sağlamayı hedeflemektedir⁸⁸.

⁸³ Esen, Teşmil, s. 98.

⁸⁴ Veliye Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 251; Esen, Teşmil, s. 241.

⁸⁵ Emre Esen, Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişi Perdesinin Aralanması ("Tüzel Kişi Perdesi"), İstanbul 2011, s. 11. Yargıtay'ın MK m. 2'ye dayanarak tüzel kişilik perdesini kaldıran ilk derece mahkemesinin kararının onanmasına ilişkin kararı için bkz. Y. 19. HD. E. 2005/8774, K. 2006/5232 T.12.05.2006 (Kazancı E.T. 24.01.2019); İlhan, s. 143-144.

⁸⁶ Şanlı, Konışmensonun Devri, s. 786.

⁸⁷ Gary Born, International Arbitration: Law and Practice, Kluwer Law International 2012 ("Law and Practice"), s. 95; İlhan, s. 138; Redfern/Hunter, s. 282-283; Şit Köşgeroğlu, Üçüncü Kişi, s. 11.

⁸⁸ İlhan, s. 142.

Ancak Şanlı bu hâlde perdenin arkasındaki kişinin tahkim iradesinden söz edilemeyeceğini, kurumun sadece sözleşmenin maddi hükümlerinden doğan hak ve borçlar bakımından perde arkasındaki şirkete sorumluluk yüklediğini fakat bu şirketin dürüstlük kuralından bahisle tahkim şartına taraf olamayacağını savunmaktadır⁸⁹.

Kanaatimizce perdenin arkasındaki şirketi sözleşmeden hukuken sorumlu tuttuğumuz noktada, bu sözleşmenin içerisindeki tahkim şartının da tarafı bu şirket olmalıdır. Burada asıl taraf olan şirket zaten perde önündeki şirket görünümünde tahkim şartına irade göstermiştir. Burada gerçek tahkim iradesi perdenin arkasındaki şirkete ait olmakla birlikte tahkim anlaşmasına taraf olarak paravan şirket gösterilmektedir. Dolayısıyla herhangi bir uyuşmazlık halinde karşı tarafın muhatabının paravan şirket olması hakkaniyetle örtüşmeyecektir. Bu durumda somut olaya göre bir değerlendirme yaparak gerçek irade sahibinin kötüniyetle taraf olan şirketi paravan olarak kullandığı sonucuna ulaşabiliyorsak, perdenin arkasında yer alan asıl irade sahibi tüzel kişinin gerek asıl sözleşme gerekse de tahkim anlaşması ile bağlı olduğu sonucuna ulaşılmalıdır⁹⁰.

Bu konuda doktrinin temel taşıni teşkil eden ICC Dow Chemical davasında⁹¹, ICC, grup şirketlerinin bölünmez ekonomik bütünlüğüne değinerek “*grup şirketlerden bazılarının imzaladığı tahkim şartı, bu şartı ihtiva eden sözleşmenin kuruluşu, ifası veya feshinde oynadıkları rol ve tüm yargılamaya katılanların ortak iradesi gereği sözleşmenin gerçek tarafı olarak hareket eden veya bu sözleşmelerle ve onlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili görünen tüm diğer şirketleri bağlar*” demek suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilini kabul etmiştir⁹². Sonrasında bu hakem kararının iptali talep edilmişse de, Paris İstinaf Mahkemesi tarafından reddedilmiştir⁹³.

⁸⁹ Şanlı, Konişmentonun Devri, s. 787-789. Aynı yönde Özel, Engel, s. 321-322.

⁹⁰ Bu yönde bkz. İlhan, s. 142 vd.

⁹¹ 4131 No.lu ICC kararı.

⁹² Amissi Manirabona, Extension de la Convention d'Arbitrage aux Non-Signataires en Arbitrage Impliquant les Sociétés en Groupement, Revue de Droit Université de Sherbrooke (“RDUS”), Cilt: 38, Sayı: 2, 2007-2008, s. 571-572.

⁹³ Paris Cour d'Appel, 21.10.1983, Isover Saint Gobain v. Dow Chemical France; Fouc-

Aynı konuda İsviçre Federal Mahkemesi ise “tahkim şartını içeren sözleşmenin ifasına katılan üçüncü kişinin davranışlarından tahkim anlaşmasına taraf olma iradesi anlaşılabilir ise, söz konusu üçüncü kişi tahkim anlaşmasının tarafı haline gelmiştir. Güven prensibi gereği sözleşme ilişkisine giren tarafın yavru şirketle değil ana şirketle sözleşmeye girdiğine ilişkin olan inancının (oluşturulan hukuki görünümün) korunması gerekir” demek suretiyle örtülü irade kavramına ve dürüstlük kuralının bir yansıması olan güven prensibine önem vermiştir⁹⁴.

Dürüstlük kuralı uyarınca bir kişinin tahkim anlaşmasının tarafı hâline gelmesinde değinilmesi gereken bir başka konu ise bir kimsenin karşı taraf nezdinde güven uyandırdıktan sonra bu güveni boşa çıkaracak hareketlerde bulunması hâlidir. Hukukta bu davranışlar çelişkili davranış yasağı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali kabul edilmektedir⁹⁵. Bu kapsamda tahkim anlaşmasına taraf olduğuna ilişkin karşı yanda kanaat uyandıran üçüncü kişiye de tahkim anlaşmasının teşmilinden bahsedilebilecektir⁹⁶.

Bu konuda Anglosakson hukukunun kullandığı terim “Estoppel” olup, bu kavrama göre dürüstlük kuralına aykırı davranışlar çelişkili davranış yasağına takılmaktadır. Konuya ilişkin bir ABD mahkeme kararında “Bir kişi bir sözleşmeden kendi lehine doğan hakları talep ettiyse, o sözleşmede imzası bulunmadığı gerekçesiyle sözleşmede yer alan tahkim şartı bağlı olmadığını ileri süremez.” denilmek suretiyle çelişkili davranışın korunmayacağıın altı çizilmiştir⁹⁷.

hard/Galliard/Goldman, s. 287.

⁹⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 129 III 727; 4P, 48/2005; 4A_450/2013, 07.04.2014, <http://www.swissarbitrationdecisions.com/extension-of-arbitration-clause-to-non-signatories-case-of-a-gua> (E.T. 09.01.2019).

⁹⁵ Esen, Teşmil, s. 227-234. Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2681; Redfern/Hunter, s. 257-258.

⁹⁶ Aynı yönde bkz. Esen, Teşmil, s. 240; İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 1988/715, K. 1989/34, T. 27.1.1989. Kararın ilgili kısmı için bkz. Gülerci, s. 108, dn. 504.

⁹⁷ City of Detroit Police & Fire Retirement Syst. v. GSC CDO Fund Ltd., No. 289185. S, 2010 WL 1875758, s. 6-7, <https://law.justia.com/cases/michigan/court-of-appeals-unpublished/2010/20100511-c289185-70-289185-opn.html> E.T. 09.01.2019).

Yargıtay da tahkim anlaşmasının ifası yönünde hakem atamak gibi hareketlere başlayan, görev belgesini imzalayan, cevap dilekçesinde itirazda bulunmayan tarafın tahkim anlaşmasına zımnen rıza gösterdiğini ve tahkim anlaşması ile bağlı olmadığını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini kabul etmektedir⁹⁸.

Netice olarak kanaatimizce burada öne çıkan ve sirayeti mümkün kılan husus dürüstlük kuralı çerçevesinde tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan üçüncü kişinin tahkim iradesinin varlığından bahsedebilmektir. Tahkim anlaşmasına taraf olma iradesi açık ya da örtülü olarak verilebilecek olup, iradenin örtülü olduğu durumlarda, böyle bir iradenin var olup olmadığı bu kimsenin sözleşmeye taraf olma iradesini gösteren davranışlar ile ölçülecektir. Bu davranışlara örnek olarak sözleşmenin müzakere sürecinde, edimin ifasında ve feshinde aktif olarak rol almak gösterilebilir. Böyle bir değerlendirme sonunda, üçüncü kişinin tahkim iradesinin bulunduğu ve karşı tarafa sözleşmenin tarafı olduğu izlenimini oluşturulduğu sonucuna varılıyorsa, tahkim anlaşması ile bağlı olunmadığının ileri sürülmesi dürüstlük kuralına ve çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturacaktır.

2.2. NEW YORK KONVANSİYONU UYARINCA TAHKİM ANLAŞMASININ ESAS BAKIMINDAN GEÇERLİLİĞİ

2.2.1. Genel Olarak

Yukarıda ayrıntılı olarak bahsedildiği gibi geçerli bir tahkim anlaşması bulunmaksızın asıl olan devlet yargısını bertaraf ederek istisnai bir yargılama usulü olan tahkime gidebilmek mümkün değildir. Bu nedenle yabancı hakem kararlarının tenfizinin söz konusu olması için öncelikle tenfize konu kararın taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasına da-

⁹⁸ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 511. Yargıtay'ın tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde katı bir yaklaşım sergilediği kararları da bulunmaktadır. Bkz. Y. 19. HD. E. 2003/2654 K. 2004/2603 T. 11.3.2004 (Kazancı, E.T. 03.02.2019).

yanması gerekmektedir⁹⁹. Nitekim NYK m. V/1(a)'ya göre tarafların ehliyetsizliği veya tahkim anlaşmasının tarafların seçtiği hukuka, böyle bir kararlaştırma yoksa hakem kararının verildiği yer hukukuna göre geçersiz olması bir tenfiz engelidir.

Geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için öncelikle NYK m. 2'de belirtilen şekil koşullarına uyulması gerekmektedir¹⁰⁰. Tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliği aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir¹⁰¹. Tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin ise NYK'da bir hüküm bulunmamaktadır¹⁰². Bu nedenle öncelikle tahkim anlaşmasının kuruluşuna ve geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekmektedir.

2.2.2. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk

NYK m. V/1(a)'da tahkim anlaşmasının taraflarca kararlaştırılan hukuka veya anlaşma bulunmuyorsa hakem kararının verildiği yer hukukuna göre geçerli olması gerektiği belirtilmiştir.

Maddede önceliğin taraflarca tahkim anlaşmasının tâbi kılındığı hukuka verilmesi NYK'da baskın olarak irade serbestisinin bu hususta da benimsendiğinin bir göstergesidir¹⁰³. Bu bağlamda tahkim anlaşmasının geçerliliği öncelikle tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırdıkları hukuka tâbidir. Eğer bu yönde bir anlaşma yoksa tali bir bağlama kuralı olarak kararın verildiği yer hukuku devreye girmektedir¹⁰⁴.

Bu aşamada belirtmek gerekir ki tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ile asıl sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk bir-

⁹⁹ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 683.

¹⁰⁰ Bu yönde Y. 19. HD. E. 1999/7119 K. 2000/1342 T. 24.2.2000 (Kazancı E.T. 28.01.2019).

¹⁰¹ Bkz. Bölüm 2.3.

¹⁰² Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 113.

¹⁰³ Redfern/Hunter, s. 984-985; Akıncı, s. 363.

¹⁰⁴ Kalpsüz, Tahkim, s. 234. Bu bağlama kuralının çoğu zaman tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk olarak tarafların iradesini yansıtmayacağı görüşü için bkz. Redfern/Hunter, s. 985.

birinden ayrı olarak tespit edilir¹⁰⁵. Zira yukarıda açıklanan bağımsızlık prensibi gereği tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespiti, asıl sözleşmeden bağımsız olarak yapılacaktır. Diğer bir ifadeyle, asıl sözleşmenin geçerliliği ile tahkim anlaşmasının şekli ve maddi bakımdan geçerlilikleri ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunun belirlenmesi yahut herhangi bir seçim olmayıp tahkimin Türkiye’de gerçekleşmesi durumlarında Türk hukukundaki düzenlemelere bakmak gerekir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, tahkim anlaşmasının geçerliliğine Türk hukuku uygulanırken KİK’in değil; maddi hukuk kurallarının uygulanmasının amaçlandığıdır¹⁰⁶. Nitekim usul hukuku sözleşmeleri, kuruluşları ve geçerlilikleri bakımından maddi hukuka tabidir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının kuruluş, geçerlilik ve feshine Türk hukuku uygulanırken borçlar hukukunun genel hükümleri uygulanacaktır¹⁰⁷.

Öte yandan MTK m. 4/3’te de, NYK m. V/1(a)’da olduğu gibi, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının tespitinde taraf iradelerine öncelik vermiş, tespitin tarafların seçtiği hukuka, eğer hukuk seçimi bulunmuyorsa Türk hukukuna göre yapılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümdeki hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre şeklindeki belirlemenin altında yatan neden de tahkim yeridir. Zira kural olarak tahkim yeri Türkiye olduğunda MTK’nın uygulanması söz konusu olmaktadır.

Yabancı doktrinde, özellikle tahkim anlaşmasının tahkim şartı olarak düzenlendiği hâllerde, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa tahkim anlaşmasının geçerliliğinin asıl sözleşmenin esasına uygulanacak

¹⁰⁵ Blackaby/ Partasides/ Redfern/ Hunter, s. 165; Gary Born, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 2009, s. 410, (“Arbitration”); Akıncı, s. 114-115.

¹⁰⁶ Akıncı, s. 113-114.

¹⁰⁷ Tahkim sözleşmesinin Borçlar hukuku anlamında bir maddi hukuk sözleşmesi olduğuna ilişkin bkz. Cevdet Yavuz, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi Tâbi Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, 14.02.2009 Konuşmalar – Tartışmalar – Bildiriler, İstanbul 2009, s. 148; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 415; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2646; Kalpsüz, Tahkim, s. 105.

hukuka tâbi olacağını kabul eden yazarlar vardır¹⁰⁸. Kanaatimizce böyle bir yorum tahkim anlaşmasının bağımsızlık prensibi karşısında mümkün değildir.

MTK m. 4'te, tahkim anlaşmasının tanımına yer verilerek taraflar arasındaki mevcut bir sözleşmeden aralarında mevcut olan hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin yapılabileceği, bu uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesinin kararlaştırılabileceği belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi MTK'da geçerli bir tahkim anlaşmasının akdedilmesi için öncelikle bu anlaşmanın tarafları arasında belirli bir hukukî ilişki bulunması gerekliliğinin altı çizilmiştir¹⁰⁹. Dolayısıyla haksız fiil, sebepsiz zenginleşme¹¹⁰, vekâletsiz iş görme, manevi tazminat¹¹¹ da tahkim anlaşmasının konusunu oluşturabilir¹¹². Bir başka deyişle taraflar arasında mevcut bir hukukî ilişki olması şart koşulmuş ancak bu ilişkinin mutlaka bir sözleşme olması aranmamıştır.

Yine de aranan şart kapsamında örneğin taraflar arasındaki “tüm uyuşmazlıkların” tahkim yoluyla çözümleneceğine ilişkin bir tahkim anlaşmasının geçerli olduğundan bahsedilemeyecektir¹¹³. Tarafların “bundan sonra aramızda imzalanacak satış sözleşmelerinden doğan tüm uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenecektir.” şeklinde akdettikleri tahkim anlaşmaları da henüz mevcut olmayan bir hukukî ilişkiye yönelik ve belirsiz olduğundan geçerli olmayacaktır¹¹⁴.

¹⁰⁸ Jonathan Hill, *The Law Relating to International Commercial Disputes*, Hong Kong 1999, s. 621; Julian M. Lew, *The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause*, ICCA Congress Series 1998, Kluwer Law International s. 142; Blakaby/ Partasides/ Redfern/ Hunter, s. 165-166.

¹⁰⁹ Yavuz, s. 160. Y. S. HD. E. 1988/9902 K. 1989/831 T. 23.1.1989 (Kazancı, E.T. 01.02.2019).

¹¹⁰ Akıncı, s. 94.

¹¹¹ Yavuz, s. 159.

¹¹² Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2644.

¹¹³ Akıncı, s. 105.

¹¹⁴ Gülerci, s. 51.

Önemle belirtilmelidir ki, hukuki ilişkinin belirli olmasından kastedilen uyuşmazlığın da belirli olması değildir¹¹⁵. Bu nedenle uyuşmazlık doğmadan da belirli bir hukuki ilişkiden ileride doğacak uyuşmazlıkların tahkim ile çözüleceğini kararlaştırmak mümkündür¹¹⁶.

Öte yandan anılan hüküm uyarınca hukuki ilişkiden doğacak uyuşmazlıkların “tümünün” tahkim ile çözüleceğine dair bir anlaşma da zaruri değildir. Kanun açıkça uyuşmazlıkların bazılarının tahkime tâbi kılınmasını mümkün kılmıştır¹¹⁷.

Tahkim anlaşmasının asgari bir içeriği bulunmamaktadır¹¹⁸. Geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için birçok unsurun bir araya gelmesi gereklidir. Geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için, tahkime başvurma iradesi bulunmalı, ehliyet, şekil ve esas yönünden geçerli bir anlaşma olmalıdır. Bu kriterlerden ehliyet hususu aşağıda 3. Bölüm altında ayrıntılı olarak inceleneceğinden, aşağıda diğer geçerlilik şartları açıklanacaktır.

2.2.3. Tahkime Başvurma İradesi

Tarafların devlet yargısı yerine özel bir yargılama prosedürü olan tahkime gidebilmeleri için her şeyden evvel tahkim iradelerinin karşılıklı ve tereddüde mahal vermeyecek şekilde belirlenmesi gerekmektedir¹¹⁹. Zira yukarıda da bahsedildiği gibi mahkemeye başvuru öncelikle AİHS m. 6 ile korunan bir hak olduğundan, kural olarak yargılama gücü ve yetkisi devlet mahkemelerine aittir. Tahkim özel ve istisnai bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan mutlaka tarafların serbest iradeleri aranmaktadır. Öyle ki bu hususun varlığı tahkim anlaşmasını hayata geçirmeye tek başına yeterlidir; tahkim anlaşması için ayrıca zorunlu bir

¹¹⁵ Aydemir, s. 147.

¹¹⁶ Akıncı, s. 96 ve 105-106.

¹¹⁷ Bu şekilde yapılan tahkim anlaşmalarının uyuşmazlıkların çözümünü güçleştirdiği hakkında bkz. Akıncı, s. 94.

¹¹⁸ Akıncı, s. 106.

¹¹⁹ Kuru, s. 5954-5955. Akıncı, s. 99-100; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2652-2653; Yavuz, s. 150.

içerik aranmamaktadır¹²⁰. Bu bakımdan taraf iradesi tahkim anlaşmasının kurucu unsurudur¹²¹. Aşağıda hangi durumlarda irade şartının gerçekleşmemiş sayılacağı ve tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açacağı ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.2.3.1. Tahkim İradesinin Muğlak Olması

Yukarıda da belirtildiği gibi tarafların tahkime gitme iradelerinin serbest, kesin ve sarıh olmadığı, iradenin sakatlandığı hâllerde tahkim anlaşması geçersiz addedilecektir¹²². Yargıtay bu kriteri oldukça sert yorumlamakta, iradeyi kesin bulmazsa tahkim anlaşmasını geçersiz addetmektedir¹²³. Yargıtay mahkemeye başvuru hakkının temel haklardan biri olduğunu vurgulayarak, özel ve istisnai bir yargılama usulünün seçilmesi için tarafların duraksamadan uzak ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde tahkim iradelerini ortaya koymalarının gerektiğinin altını çizmektedir¹²⁴.

Bu kapsamda Yargıtay taraflarca mahkeme ve tahkim arasında terditli bir seçim yapılmasını, örneğin ihtilafın hakem yoluyla çözüme kavuşmazsa mahkemeye başvurulacağı şeklindeki hükümleri, çelişkili bulmaktadır. Bu nedenle tahkim iradesinin yeterince açık olmadığını ifade ederek neticede tahkim anlaşmasını geçersiz addetmektedir¹²⁵.

Mutlak olmayan tahkim şartındaki en önemli unsur, Demirkol'un da isabetle ifade ettiği üzere, şartın kapsamına giren uyuşmazlık hakkında devlet mahkemelerinin yetkisinin kaldırılmamasıdır. Örneğin tahkim

¹²⁰ Gülerci, s. 55.

¹²¹ Akıncı, s. 98.

¹²² Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 415; Esen, Şekil, s. 112-113.

¹²³ Y. 15. HD. E. 1994/2006 K. 1994/4808 T. 12.9.1994; Y. 15. HD. E. 1995/1588 K. 1995/1903 T. 30.3.1995; Y. 15. HD. E. 1996/2706 K. 1996/2585 T. 13.5.1996 (Kazancı, E.T.30.01.2019).

¹²⁴ Y.13. HD. E. 2006/521 K. 2006/5446 T. 12.4.2006 (Kazancı, E.T. 30.01.2019).

¹²⁵ Y. 15. HD. E. 1995/1588 K. 1995/1903 T. 30.3.1995; Y. 11. HD. E. 2012/18274 K. 2013/16901 T. 26.9.2013; Y. 15. HD. E. 2007/769 K. 2007/1572 T. 13.3.2007; Y. 15. HD. E. 2009/1438 K. 2009/2153 T. 13.4.2009; Y. 11. HD. E. 2005/4053 K. 2006/4040 T. 13.4.2006; HGK. E. 1996/15-923 K. 1997/206 T. 19.3.1997 (Kazancı, E.T. 30.01.2019). Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 416.

anlaşmasının kapsamı haricindeki uyuşmazlıklar hakkında mahkemele-
rinin yetkilendirilmesi tahkim anlaşmasının mutlak olmadığı sonucunu
doğurmamaktadır. Keza böyle bir halde, hakemler ile mahkeme arasında
paralel bir yetki mevcut değildir.¹²⁶

Öte yandan, karşılaştırmalı hukukta, münhasır olmayan milletlere-
rası tahkim anlaşmalarının da hüküm doğurduğu sonucuna ulaşılmak-
tadır.¹²⁷ Örneğin Kanada İstinaf Mahkemesi, “ tarafların sözleşmeden
doğan uyuşmazlıkları tahkime *götürebileceği*” şeklindeki tahkim şartına,
her iki tarafa da uyuşmazlığın tahkimde görülmesini isteme hakkı tanıdı-
ğı, uyuşmazlığın nihaî olarak çözülmesi için tahkime ya da mahkemeye
başvurma hususunda seçimlik hak tanıdığı gerekçesi ile mutlak olmadığı
halde geçerlilik tanımıştır.¹²⁸

Singapur Yüksek Mahkemesi de bir davada “Taraflardan biri
uyuşmazlıkla ilgili olarak Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi’nin
Tahkim Kuralları’na göre Singapur’da tahkime *başvurabilir*” şeklindeki
mutlak olmayan tahkim şartını, her iki tarafa da uyuşmazlığın tahkime
götürülmesi konusunda seçimlik hak tanıdığından bahisle geçerli kabul
etmiştir.¹²⁹ Mahkemeye göre söz konusu tahkim şartının geçerli olması,
uyuşmazlığın muhakkak tahkimde görüleceği anlamı taşımamakta, bir
başka deyişle şartın varlığına rağmen mahkemede dava açılması şartın
ihlali anlamına gelmemekte, fakat taraflardan birinin tahkim yönünde
seçim yapması hâlinde tahkim zorunlu hale gelmektedir.

Son olarak Fransız Yargıtay’ı da önüne gelen bir davada “uyuşmaz-
lığın ya tahkime ya da mahkemeye” götürüleceği şeklinde alternatifli
olarak formüle edilen tahkim şartının taraflara seçimlik hak tanıdığını

¹²⁶ Berk Demirkol, “Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”,
Galatasaray Üniversitesi HFD, Cilt: 325, Sayı: 2017/2, s. 331, (“Mutlak Olmayan Tah-
kim Anlaşmaları”).

¹²⁷ Demirkol, s. 332; Born, Arbitration, s. 786-787, 789-793.

¹²⁸ Canadian National Railway Company v. Lovat Tunnel Equipment, No. 32062,
21.11.2008, para. 12, naklen Demirkol, s. 334.

¹²⁹ WSG Nimbus Pte Ktd v Board of Control for Cricket in Sri Lanka, No. SGHC 104, 13
Mayıs 2002, para. 21., naklen Demirkol, s. 335.

belirterek, tarafları mahkemede dava açma yükümlülüğü altına sokmadığını belirtmiş ve söz konusu tahkim anlaşmasını geçerli addetmiştir¹³⁰.

İsviçre’de de, yukarıdaki örnekler gibi tahkime ya da mahkemeye başvurunun seçimlik olarak belirlenebileceği, böyle bir tahkim anlaşmasının geçerli olduğu kabul edilmekte ve hatta, böyle bir hakkın taraflardan yalnız birine tanınmasının bile mümkün olduğu ifade edilmektedir¹³¹.

Kanaatimizce de, Esen’in son derece isabetli olarak belirttiği gibi münhasır olmayan tahkim anlaşması da, tarafların tahkim iradesini yansıtmakta ve uyuşmazlığı tahkime götürme hakkı vermektedir. Dolayısıyla münhasır olmayan tahkim anlaşması, tarafları tahkimde dava açmaya zorlamamakla ve uyuşmazlığın mahkemede de görülebileceği anlamına gelmekle birlikte tarafların iradesi doğrultusunda geçerli kabul edilmelidir¹³². Ancak Yargıtay’ın bu konudaki katı tutumu karşısında hakemlere verilen yetkinin yanı sıra mahkemelerin de yetkisinin saklı tutulmasına ilişkin ifadelerden kaçınılması yerinde olacaktır¹³³.

Öte yandan bazen tahkim anlaşmasını akdederken taraflar, “dostane yollarla çözülmeye çalışılacağı”, “mühendise başvurulacağı” şeklinde ifadeler kaleme alarak uyuşmazlıkların tahkime havale edilmesinden evvel kimi ön uyuşmazlık çözümleri öngörülelebilmektedir. Bu tür ön yöntemler tahkim iradesinde herhangi bir tereddüt yaratmıyorsa kural olarak tahkim anlaşmasını sakatlamayacaktır. Zira dostane yöntemlere ya da mühendise başvurma kaydı esasen tek başına tahkim iradesini ortadan kaldırmamaktadır¹³⁴. Hatta söz konusu ön uyuşmazlık çözüm yöntemleri olmazsa olmaz kaleme alınmadığı takdirde, onları tüketmeden doğrudan tahkime başvurmak dahi problem yaratmamaktadır.

¹³⁰ Société Thermodyn v. Société M-Real Alizay ve diğerleri, No 12-22656, 12 Haziran 2013. Mahkeme kararının orijinal metninde şu şekilde ifade edilmiştir: “*c’est une faculté alternative qui est ouverte à chaque partie de recourir soit à l’arbitrage, soit à une action devant une cour du siège de l’Acheteur*”, naklen Demirkol, s. 338, dn. 40 ve 42.

¹³¹ Gabrielle Kaufmann Kohler/Antonio Rigozzi, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, Oxford University Press, 2015, naklen Demirkol, s. 338-339.

¹³² Demirkol, s. 347.

¹³³ Akıncı, s. 98-99; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2658.

¹³⁴ Aydemir, s. 169; Demirkol, s. 329.

Yargıtay da bu tip ön uyuşmazlık yöntemlerinin öngörülmesinin tahkim iradesi ile çelişmediğine kanaat getirmektedir. Yargıtay bir kararında zorunlu olarak öngörülmemiş mühendise başvurma kaydının atlanarak doğrudan tahkime başvurulmasını sorun görmemiş, mühendise başvurulsa da başvurulmasa da tahkim anlaşmasının geçerli olduğunu belirtmiştir¹³⁵. Ancak tahkim anlaşmasından söz konusu ön uyuşmazlık çözüm yöntemleri tüketilmeden tahkime gidilemeyeceği anlaşıyorsa, bu hâlde söz konusu aşamayı atlayarak doğrudan tahkime başvurulamayacaktır.

Öte yandan tarafların birden fazla kurumdan birine müracaat edebileceği şeklinde ifade barındıran tahkim anlaşmalarının geçerli olup olmadığı sorusu da gündeme gelebilir. Örneğin tarafların ICC ya da İstanbul Tahkim Merkezi (“ISTAC”) kurallarından birini tercih edebileceğini öngören bir tahkim şartı geçerli kabul edilecek midir? Yargıtay bu konuda, nihayetinde tarafların ortak iradelerinin uyuşmazlığı hakem eliyle çözmek olduğunun açık olduğuna, bu durumda terditli bir seçiminin anlaşmayı geçersiz kılmadığına karar vermiştir¹³⁶. Kanaatimizce de burada tarafların tahkim iradesi açık ve kesin olduğundan Yargıtay’ın bu kararı isabetlidir.

Son dönemde sıkça gündeme gelen bir başka husus ise, tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlık hakkında sulh sözleşmesi yapılması durumunda tahkim anlaşmasının sulh sözleşmesini de kapsayıp kapsamayacağıdır. Yargıtay 2014 tarihli bir kararında tahkim anlaşmasının sulhe sirayet etmeyeceğini belirtmiştir¹³⁷. Ancak Akıncı tarafından da isabetle bahsedildiği üzere, aynı ilişkideki ödeme koşullarını düzenleyen, farklı bir konuya yer vermeyen sulh sözleşmelerini de tahkim anlaşmasından faydalandırmak daha uygun olacaktır¹³⁸.

¹³⁵ Y. 15. HD. E. 1994/1854, K. 1994/4946 T. 15.9.1994. Karar atfı için bkz. Akıncı, s. 105, dn. 205-206. Y. 15. HD. E. 1989/1023 K. 1989/2841 T. 15.6.1989 (Kazancı, E.T. 30.01.2019).

¹³⁶ 19. HD. 08.07.1998 206/101. Karar metni için bkz. Kuru, s. 5955.

¹³⁷ Y. 11. HD. E. 2014/13227 K. 2014/19386 T. 10.12.2014 (Kazancı, 01.02.2019).

¹³⁸ Akıncı, s. 102. Günseli Öztekin Gelgel 03.06.2016 tarihli İTOTAM Tahkim Günleri Tahkim ile İlgili Gelişmeler Toplantısı’nda yapmış olduğu “Tahkim Anlaşmasında Taraf İradesinden Kaynaklanan Sorunlar” adlı konuşmasında Yargıtay ile aynı görüşte olduğunu belirtmiştir.

2.2.3.2. Asimetrik Tahkim Anlaşmaları

Uygulamada kimi zaman taraflardan yalnız birine tahkime başvurma hakkı tanıyan sözleşmeler akdedilmektedir. Bu tip sözleşmelere asimetrik tahkim anlaşması adı verilmektedir¹³⁹.

Yukarıda açıklandığı üzere, İsviçre’de taraflardan yalnız birine tahkime başvuru hakkı tanıyan tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmektedir¹⁴⁰. Aynı şekilde İngiliz mahkemeleri de 1986 tarihinde verilen bir kararda *“tercih hakkının yalnızca bir tarafa verilmiş olmasının geçerlilikle bir ilgisi yoktur”* demek suretiyle asimetrik tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmiştir¹⁴¹. Fransa ve İtalya Yargıtay’ı da benzer yönde kararlar vermişlerdir¹⁴².

Türk doktrininde Pekcanitez bu konuda benzer bir yaklaşım benimsyerek tek tarafa hakeme başvurma yönünde seçimlik hak tanınmasının eşitlik ilkesini ihlal etmediğini belirtmektedir¹⁴³. Demir Gökyayla ise, her bir asimetrik tahkim anlaşmasının somut olay özelinde değerlendirilmesi gerektiğini, taraflardan birisinin üstün konumuna dayanarak diğerine tahkim anlaşmasını dayatması söz konusu ise bu tip bir asimetrik tahkim anlaşmasının geçersiz sayılabileceği değerlendirmesinde bulunmuştur¹⁴⁴. Esen de aynı görüştedir¹⁴⁵. Kanaatimizce de sözleşme serbestisi prensibi çerçevesinde bu yorum isabetlidir.

¹³⁹ Cemile Demir Gökyayla, “Asimetrik Yetki Sözleşmeleri”, Bahçeşehir Üniversitesi HFD, Cilt: 11, Sayı: 145-146, Eylül – Ekim 2016, s. 418; Aydemir, s. 128.

¹⁴⁰ Gabrielle Kaufmann Kohler/Antonio Rigozzi, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, Oxford University Press, 2015, naklen Demirkol, s. 338-339.

¹⁴¹ Pittalis v. Sherefettin, 1986 kararı için bkz.: Emre Esen, “Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü’nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi’nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği”, İstanbul Kültür Üniversitesi HFD, Cilt: 9, Sayı: 2, Temmuz 2010, s. 146, (“Tahkime Müracaat Hakkı”).

¹⁴² İlgili kararlar için bkz.: Esen, Tahkime Müracaat Hakkı, s. 150.

¹⁴³ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2660-2661.

¹⁴⁴ Demir Gökyayla, Asimetrik Yetki Sözleşmeleri, s. 446.

¹⁴⁵ Emre Esen, Tahkime Müracaat Hakkı, s.154.

Yargıtay ise her iki tarafın da tahkime gitme yönünde eşit hakkı olması gerektiğini belirterek tek taraflı tahkime başvurma hakkının kabülünün mümkün olmadığını belirtmektedir¹⁴⁶.

Öte yandan asimetrik anlaşmalar salt bir tarafa tahkime gitme imkânı tanımak ile sınırlı değildir. Örneğin bir tarafa hakem seçme imkânı tanıma gibi ayrıcalıklı haklar tanınarak da taraflar arasındaki simetri bozulabilmektedir. Bu tip anlaşmalar da yine asimetrik tahkim anlaşması kabul edilmektedir. Yargıtay bu tip tahkim anlaşmalarını ahlaka aykırı ve dolayısıyla geçersiz addetmektedir¹⁴⁷.

2.2.3.3. Patolojik Tahkim Anlaşmaları

Bazen de tarafların tahkime gitme yönündeki irade beyanı öyle eksiklikler ihtiva eder ki, tarafların iradelerinin varlığı tartışılır hâle gelir. Bu tür tahkim anlaşmalarına milletlerarası tahkim literatüründe patolojik tahkim anlaşmaları denilmektedir¹⁴⁸. Örnek vermek gerekirse, taraflarca mevcut olmayan bir kurumsal tahkim merkezi seçilmiş, seçilen hakem ölmüş yahut bu isimde bir şahıs bulunmuyorsa tarafların iradesinin objektif olarak yorumlanmak suretiyle düzeltilip düzeltilemeyeceğine bakılır.

Bu konuda Gar Energy & Associates v. Ivanhoe Energy Inc davasına konu olayda taraflar tahkim anlaşmalarında mevcut olmayan bir tahkim kurumunu seçmiştir. Uyuşmazlığın ABD mahkemesi önüne götürülmesi sonucunda, davalı tarafından tahkim itirazında bulunulması üzerine mahkemece, *“tahkim anlaşmasının mutlak olan unsurunun tahkim iradesi olduğu, bu irade bulunuyorsa diğer hataların mahkemece düzeltilebileceği”* gerekçesi ile tahkim itirazının kabulüne karar verilmiştir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Y. 11. HD. E. 2009/3257, K. 2011/1675, T. 15.02.2011 (Kazancı, E.T. 30.01.2019). Karara ilişkin açıklama için bkz. Emre Esen, Tahkime Müracaat Hakkı, s.151-154.

¹⁴⁷ Akıncı, s. 350; Y. 13. HD. 25.04.1991 E. 1990/8778 K. 1991/4492 T. 25.4.1991 (Kazancı, E.T. 30.01.2019).

¹⁴⁸ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 686-687; Emre Esen, “Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği” Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2017, s. 81, (“Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmaması”).

¹⁴⁹ Gar Energy & Associates v. Ivanhoe Energy Inc., naklen, Esen, Tahkim Kurumunun

Esen de bu kararı hukuken isabetli bularak, mevcut ya da belirli olmayan bir kurumun yetkilendirilmiş olması halinde de tahkim iradesinin varlığından söz edilebileceğini, bu nedenle taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının *ad hoc* tahkime yönelik bir anlaşma hâline geldiğini kabul etmenin uygun olduğunu savunmaktadır¹⁵⁰. Buna karşılık Esen'e göre, tahkim anlaşması akdedilirken mevcut bir tahkim kurumunun, uyuşmazlığın yargıya intikal ettiği tarihte faaliyetine son vermiş olması durumunda ise tahkim anlaşmasının geçersiz hâle geldiğinin kabulü gerekmektedir¹⁵¹.

Öte yandan, taraflarca mevcut olmayan bir tahkim kurumuna yapılan atfı, mevcut bir kurumun kastedildiği şeklinde yorumlamak mümkün ise, yorum suretiyle tahkim anlaşmasını geçerli kabul eden yabancı içtihatlar bulunmaktadır¹⁵². Yargıtay'ın da yaklaşımı bu yöndedir¹⁵³. Ancak şayet bu şekilde bir yorumla dahi yapılan atfa bir anlam kazandırmak mümkün olmaz ise, artık ileri derecede belirsizliğin söz konusu olduğu bu durumda tahkim anlaşmasının geçersiz kabul edilmesi gerekecektir¹⁵⁴. Zira böyle bir durumda tahkim anlaşmasının ifası imkânsız hâle gelecektir¹⁵⁵.

Mevcut veya Belirli Olmaması, s. 85-86. Kararın metni için bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/caedce/1:2011cv00907/224474/85/> (E.T. 01.02.2019).

¹⁵⁰ Esen, Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmaması, s. 90.

¹⁵¹ Esen, Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmaması, s. 91.

¹⁵² Örnek yabancı içtihatlar için bkz. Esen, Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmaması, s. 99-104.

¹⁵³ Y. 11. HD. E. 1981/2726 K. 1981/3508 T. 7.7.1981 (Kazancı, E.T. 29.01.2019).

¹⁵⁴ Örnek yabancı içtihatlar için bkz. Esen, Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmaması, s. 115-120. Yetkili kılınan kurumun belirli olmadığı tahkim anlaşmasına ilişkin tenfizi reddeden Yargıtay kararı için bkz. Y. 19. HD. E. 2011/4149 K. 2011/7619 T. 7.6.2011 (Kazancı, E.T. 29.01.2019).

¹⁵⁵ Ancak tahkim kurumunun net olarak belirlenmediği ancak tahkim yerinin belirli olduğu hallerde, esasen kurumsal tahkime yönelik olan bir tahkim anlaşması, yetkilendirdiği tahkim kurumunun mevcut veya belirli olmaması nedeniyle, *ad hoc* tahkime yönelik bir tahkim anlaşmasına dönüşerek geçerli sayılabileceğine ilişkin bkz. Esen, Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmaması, s. 139 vd.

Görüldüğü üzere, eğer tarafların iradesinin yorumlanmasından örneğin aslında hangi kurumun seçildiği, gerçekte hangi şahsın hakem olarak belirlendiği anlaşılabilirse, sırf anlaşmada yazılan kurumun mevcut olmadığından bahisle tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmedilmemelidir¹⁵⁶. Ancak şayet yorum yoluyla tahkime ilişkin irade beyanının düzeltilmesi mümkün olmazsa tahkim anlaşması geçersiz addedilecek ve bu anlaşmaya dayanan bir hakem kararı tenfiz edilemeyecektir¹⁵⁷.

2.2.3.4. İradeyi Sakatlayan Sebepler

Tahkim anlaşmasının iradeyi sakatlayan sebeplerle geçersiz hâle gelmesi mümkündür¹⁵⁸. Burada da anlaşmanın geçerliliği NYK m. V/I(a) uyarınca tarafların seçtiği hukuka, hukuk seçimi bulunmaması durumunda, tahkim yeri hukukuna tâbi olacaktır.

Türk hukukuna göre yanıltma, aldatma ya da korkutma ile tahkim anlaşması akdetmiş tarafın bir yıl içerisinde sözleşmenin iptalini talep etme hakkı bulunmaktadır (TBK m. 39)¹⁵⁹.

Ancak asıl sözleşmenin yanıltma, aldatma ya da korkutma nedeniyle geçersiz olmasının doğrudan tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilediğini söylemek mümkün değildir. Asıl sözleşmenin irade sakatlığı ile iptal edilebileceği hâllerde, bu sakatlık tahkim anlaşmasını kapsamıyorsa tahkim anlaşmasının bağımsızlığı tahkim anlaşmasının iptal edilebilmesinin önüne geçecektir¹⁶⁰.

Örneğin yanılgıya düşerek A malı yerine B malını alan kişi asıl sözleşmeyi yanıltma nedeniyle iptal ettirebilecekse de, tahkim anlaşması geçerliliğini koruyacaktır. Ancak irade sakatlığı tahkim anlaşmasına da si-rayet etmiş ise, örneğin sözleşme hile veya korkutma altında imzalanmış

¹⁵⁶ Redfern/Hunter, s. 264; Born, Arbitration, s. 778.

¹⁵⁷ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 687.

¹⁵⁸ Redfern/Hunter, s. 307-308; Akıncı, s. 114.

¹⁵⁹ Yavuz, s. 159.

¹⁶⁰ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2685.

ise, bunun ispatı hâlinde¹⁶¹, sözleşmenin bir parçası olan tahkim şartı da geçersizliği ileri sürülerek iptal edilebilir¹⁶².

Burada ikili bir ayrım yapmak gerekir. Tahkim şartının asıl sözleşmesinin içerisinde yer aldığı hâllerde asıl sözleşmenin irade fesadı hâllerinden biri ile iptal edilmesi hâlinde, örneğin sözleşme hile ile imzalanmış ise, TBK'nın öngördüğü şekilde sözleşmenin iptal edilmesi hâlinde tahkim anlaşması da asıl sözleşme ile birlikte geçersiz olacaktır¹⁶³. Ancak tahkim anlaşması müstakil tahkim sözleşmesi şeklinde yapılmış ise, iradeyi sakatlayan hâllerin bu sözleşmede ayrıca aranması gerekecektir¹⁶⁴. Tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiasının hakemler önünde yapılması hâlinde, hakemlerin Kompetenz-Kompetenz prensibi gereği bu konuda karar vermeleri mümkündür¹⁶⁵.

2.2.3.5. Aşırı yararlanma

Aşırı yararlanmanın (*gabin*) varlığı hâlinde ise TBK m. 28 uyarınca zarar gören taraf borçtan kurtulmayı ya da edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini talep edebilir¹⁶⁶. Aşırı yararlanma hâlinin varlığından bahsedebilmek için taraflardan birinin zor durumda olması, düşüncesiz veya deneyimsiz olması nedeniyle tarafların edimleri arasında açık bir orantısızlık bulunması gereklidir¹⁶⁷.

Yargıtay bu gibi durumlarda aşırı yararlanma kavramını ele almaya- rak sözleşmenin ahlaka aykırı olduğunu ve mutlak butlanla geçersiz olduğunu bir kararında belirtmiştir¹⁶⁸. Oysa butlanın baştan itibaren anlaş-

¹⁶¹ 4281 No.lu ICC kararında, tahkim anlaşmasının korkutma altında imzalandığı iddiasının ispatlanmadığından bahisle tahkim itirazı reddedilmiştir. Atıf için bkz. Redfern/Hunter, s. 310.

¹⁶² İlhan, s. 197; Born, Arbitration, s. 691.

¹⁶³ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 423; Aydemir, s. 114.

¹⁶⁴ Aydemir, s. 115.

¹⁶⁵ İlhan, s. 195; Redfern/Hunter, s. 308.

¹⁶⁶ Oğuzman/Öz, s. 134.

¹⁶⁷ İlhan, s. 199.

¹⁶⁸ YHGK. E. 1991/13-606 K. 1992/56 T. 12.2.1992. Aynı yönde bkz. Y. 9. HD. E. 2007/28539 K.2007/26478 T. 17.9.2007 (Kazancı, E.T. 29.01.2019).

mayı hükümsüz kıldığı ve herkesçe her zaman ileri sürülebildiği¹⁶⁹ nazara alındığında gabinin tahkim anlaşmasına sirayet ettiği durumlarda dahi, anlaşmayı ahlaka aykırı olarak değerlendirmek yerine aşırı yararlanmaya gidilerek edimler arası orantısızlık giderilebilecek ve bu sayede mümkün mertebe tahkim anlaşması ayakta tutulabilecektir¹⁷⁰.

2.2.3.6. Tahkim Anlaşmasının Genel İşlem Şartı Şeklinde Akdedilmesi

Genel işlem şartları Türk hukukunda 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁷¹ m. 5'te tüketici işlemleri yönünden TBK m. 20-25'te de genel olarak düzenlenmiştir. Şayet tahkim şartını ihtiva eden genel şartlar, önceden bu şartları hazırlayan tarafından diğer tarafa dayatılmışsa, TBK m. 20-25 maddeleri çerçevesinde tahkim anlaşmasının geçersizliği sonucunu doğurabilir¹⁷².

TBK m. 21/1 uyarınca sözleşme taraflardan yalnız biri tarafından ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmışsa ve diğer taraf aleyhine hükümler barındırıyorsa söz konusu aleyhe hükümler yazılmamış sayılırlar. Esasen kanaatimizce tahkim şartının başlı başına diğer tarafın aleyhine bir hüküm olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Özel'e göre de tahkim şartını içeren genel işlem şartlarına yapılan atıflar geçerli bir tahkim anlaşması akdetmek için yeterlidir¹⁷³.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına konu olayda satıcı tarafından alıcıya iletilen teklif şartları tahkim şartı ihtiva etmektedir. Ancak Yargıtay, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan "*satıcının teklif şartları geçerlidir*" ibaresini alıcının tahkim iradesinin bakımından yeterli kabul etmemiş ve tahkim şartını geçersiz addetmiştir¹⁷⁴. Esasen karara konu olay incelendi-

¹⁶⁹ Oğuzman/Öz, s. 176.

¹⁷⁰ İlhan, s. 201.

¹⁷¹ RG. 28.11.2013 – 28835.

¹⁷² Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s.418.

¹⁷³ Özel, Engel, s. 319; Lew/Mistelis/Kröll, s. 142.

¹⁷⁴ Y. 19. HD. E. 2001/4789, K. 2002/476, T. 24.01.2002 (Kazancı, E.T. 30.01.2019). İlhan, s. 59.

ğinde taraflar arasındaki tahkim şartına atıf yapılan meşruhatta davacının imzası bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ancak Yargıtay bir adım ileriye gideyerek “sadece bu ibare tahkim koşulunun varlığına ilişkin irade birliğini ortaya koymayacağından, tahkim itirazının kabul edilmemesi isabetlidir” şeklinde hukuken son derece hatalı bir karar vererek incorporation yoluyla tahkim anlaşması hususunu hiçe saymıştır.

2.2.4. Tahkime Elverişlilik

Tahkime elverişlilik tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili bir konu olsa da, NYK tahkime elverişlilik konusunu, tahkim anlaşmasının geçerliliği konusundan ayrı ve farklı ele almaktadır¹⁷⁵. Tahkime elverişlilik kanuni bir sınırlama olup, mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınacak bir tenfiz engeli olarak öngörülmüşken, tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı itirazı ancak taraflarca ileri sürülebilir¹⁷⁶.

Tahkime elverişlilik tahkim yargılamasının temel unsurlarından biri olup¹⁷⁷, hangi uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebileceğini belirleyen kavramdır¹⁷⁸. Genel olarak taraflar tahkim anlaşması akdetmekte geniş bir serbesti içindelerse de tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim anlaşması yapılırsa tahkim anlaşması geçerli kabul edilemeyeceğinden hakemlere başvurulması mümkün olmayacaktır¹⁷⁹. Konu bakımından hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu hususuna objektif tahkime elverişlilik denmektedir¹⁸⁰.

Bunun yanı sıra tarafların tahkime gitmek konusunda ehliyetlerinin ya da temsil yetkilerinin olup olmadığı da tahkime elverişlilik altında ele alınmakta olup, sübjektif tahkime elverişlilik olarak adlandırılmaktadır¹⁸¹.

¹⁷⁵ Ceren Eyüboğlu, “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, s. 239.

¹⁷⁶ Lew/Mistelis/Kröll, s. 220.

¹⁷⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s. 187.

¹⁷⁸ Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 38.

¹⁷⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 221.

¹⁸⁰ Huysal, Tahkime Elverişlilik, s. 15-18.

¹⁸¹ Redfern/Hunter, s. 313; Aydemir, s. 219-220; Lew/Mistelis/Kröll, s. 187-188; Huysal, Tahkime Elverişlilik, s. 18-19; Yeşilirmak, Uyuşmazlıkların Etkin Çözümü, s. 85.

Ancak biz bu hususu çalışmanın üçüncü bölümü altında detaylı olarak inceleyeceğimizden bu başlık altında kısaca objektif tahkime elverişliliğe değinilecektir.

NYK m. V/II(a) tahkime elverişliliğin tenfiz yeri ülkesinin hukukuna tâbi olacağını açıkça düzenlemiştir¹⁸². Buna göre, Türkiye'deki bir tenfiz yargılamasında mahkeme Türk hukukuna göre tahkime elverişliliğe bakacaktır¹⁸³. MTK m. 1/4 uyarınca (i) Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile (ii) iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar tahkime konu olamayacaktır.

Aynı haklara ilişkin uyuşmazlık dendiği için örneğin tapu sicilinin terkin tahkime elverişli olmayacakken taşınmaz satış vaadindeki bir cezai şarttan doğan uyuşmazlıklar, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan tazminat sorumluluklarına ilişkin uyuşmazlıklar¹⁸⁴ aynı hakka ilişkin olmadığından tahkime elverişli olacaktır.

İki tarafın iradelerine tâbi hususlar ise, temel olarak taraflarca sulh ya da kabul olunabilen, tarafların üzerinde serbestçe anlaşabildikleri uyuşmazlıklardır¹⁸⁵.

Tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklara şu örnekler verilebilir: soybağı uyuşmazlığı, boşanma, vakıf ya da dernek kuruluşu gibi aile ve kişiler hukuku uyuşmazlıkları, ceza hukuku, vergi hukuku, imtiyaz ve idarenin özel hukuka tâbi sözleşmeleri hariç idare hukuku ve iflas hukukundan doğan uyuşmazlıklar, limited şirkette ortaklar kurulu kararının iptaline ilişkin, anonim şirketin feshine dair¹⁸⁶ ve kooperatifle üyeleri arasındaki uyuşmazlıklar¹⁸⁷.

¹⁸² Lew/Mistelis/Kröll, s. 189.

¹⁸³ Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları, s. 173-174.

¹⁸⁴ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 654-656, dn. 568.

¹⁸⁵ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2632; Aydemir, s. 227; Kuru, s. 5945-5946.

¹⁸⁶ Y. 11. HD. E. 2014/141 K. 2014/6951 T. 9.4.2014 (Kazancı, 30.01.2019).

¹⁸⁷ Aydemir, s. 239; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2636-2637.

Manevi tazminat bakımından tahkime gidilebileceği doktrinde benimsendiği gibi¹⁸⁸, Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir¹⁸⁹.

İşçi korunması gereken taraf kabul edildiğinden genel olarak işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilmemektedir¹⁹⁰. Bunun istisnası 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu¹⁹¹ m. 20'nin açık hükmü gereği işe iade davalarıdır. Yargıtay da genel olarak fesihden önce yapılan tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğunu belirtmektedir. Fesih ile bağımlılık ortadan kalkacağından fesihden sonra akdedilen tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmektedir¹⁹². Ancak Yargıtay bir kararında, kanaatimizce isabetli olarak, iş sözleşmesi devam ederken yapılan tahkim anlaşmasını işçinin iradesinin sakatlandığının ispat edilememesi gerekçesi ile geçerli kabul etmiştir¹⁹³. Bize göre de somut olay özelliğine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira asgari ücretle çalışan bir işçi ile üst düzey bir yöneticinin aynı kefeye konulması doğru bir yaklaşım değildir. Bu ikinci kesimi, iş ilişkisindeki zayıf taraf olarak değerlendirip tahkim anlaşmalarını geçersiz kabul etmek kanaatimizce pek hakkaniyetli olmayacaktır¹⁹⁴.

Karşılaşılan bir sorun da, kanun gereği mahkemelere kesin yetki veren hâllerde tahkimin mümkün olup olamayacağı sorusudur. Bu tip hâller uyuşmazlığın tahkimde görülemeyeceği anlamına gelmemektedir¹⁹⁵.

¹⁸⁸ Sözleşmenin ihlaline dayanan manevi tazminat taleplerinde sözleşmede yer alan tahkim şartına dayanılabileceği, buna karşılık sözleşmeden kaynaklanmayan ve haksız fiil niteliğinde olan manevi tazminat talebi için tarafların ayrı bir tahkim anlaşması yapmalarının gerektiği hakkında bkz. Akıncı, s. 112.

¹⁸⁹ Y. TD. 22.3.1973 610/1210. Kararın ilgili kısmı için bkz. Kuru, s. s. 5946-5947.

¹⁹⁰ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2632.

¹⁹¹ RG. 10.06.2003 – 25134.

¹⁹² Y. 9. HD. E. 2008/5830 K. 2008/29774 T. 3.11.2008; Y. 22. HD. E. 2012/12 K. 2012/14853 T. 28.6.2012, (Kazancı, E.T. 30.01.2019).

¹⁹³ Y. 9. HD. E. 2007/37878 K. 2007/35335 T. 26.11.2007, (Kazancı, E.T. 30.01.2019).

¹⁹⁴ Huysal, Tahkime Elverişlilik, s. 210-211.

¹⁹⁵ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2634.

İtirazın iptali davası ise hem Yargıtay kararlarında hem doktrinin çoğunluğu tarafından tahkime elverişli kabul edilmektedir¹⁹⁶. Hakemlerin icra inkâr tazminatına hükmedip hükmedemeyeceğine ilişkin olarak ise iki yönde de Yargıtay kararı bulunmaktadır¹⁹⁷. Pekcanitez de tahkimde itirazın iptali davasının görülebileceğini fakat Türk hukukunda sadece cebri icra hukukunda öngörülmüş olan icra inkâr tazminatına hükmedilemeyeceğini savunmaktadır¹⁹⁸. Ancak Yargıtay'ın 2008 yılında verdiği bir kararda hakemler gerek itirazın iptaline, gerekse icra inkâr tazminatına hükmetmeye yetkili kabul edilmişlerdir¹⁹⁹.

2.3. NEW YORK KONVANSİYONU UYARINCA TAHKİM ANLAŞMASININ ŞEKLEN GEÇERLİLİĞİ

2.3.1. NYK'da Öngörülen Yazılı Şekil Şartı

Tahkim anlaşmasının geçerliliğindeki en önemli sorunlardan biri de tahkim anlaşmasının uygun şekilde akdedilip akdedilmediğidir²⁰⁰. Tahkim anlaşmasına şekil şartı öngörülmesinin esas nedeni tarafları düşünmeye sevk etmek ve tarafların devlet yargısından bilinçli ve özgür iradeleri ile vazgeçtiklerini tespit etmektir²⁰¹.

Tahkim anlaşmasının şekli tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk tarafından belirlenir. Ancak NYK tahkim anlaşmasının şeklini ayrıca düzenlemiş olduğundan ve tenfiz engellerine ilişkin m. V'te de m. II'ye

¹⁹⁶ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2669 vd.; Kuru, s. 5980-5982; Akıncı, s. 133; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 654, dn. 568; Y. 19. HD. E. 2005/3125 K. 2006/209 T. 20.1.2006 (Kazancı, E.T. 01.02.2019).

¹⁹⁷ Akıncı, s. 89.

¹⁹⁸ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2671.

¹⁹⁹ Y. 15. HD. E. 2008/262 K. 2008/2138 T. 03.04.2008. Kararın ilgili kısmı için bkz. Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 2672 dn. 224. Aksi yöndeki daha eski tarihli karar için bkz. Y. 19. HD. E. 1999/7127 K. 2000/1554 T. 2.3.2000 (Kazancı, E.T. 01.02.2019). Karara atıf için bkz. Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 654, dn. 568.

²⁰⁰ Akıncı, s. 363.

²⁰¹ İlhan, s. 37.

atıfta bulunulduğundan, NYK'nın uygulama alanına giren bir tenfiz davasında tahkim anlaşmasının şekil bakımından geçerliliği için NYK m. II'ye bakılacak, ayrıca bir uygulanacak hukuk ihtilafına girilmeyecektir. Yargıtay'ın da içtihadı bu yöndedir²⁰². Dolayısıyla NYK, m. II ile tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine uygulanacak KİK yerine maddi milletlerarası özel hukuk normu getirmiştir ve bu madde iç hukuka nazaran önceliğe sahiptir²⁰³.

NYK m. II/1 hükmünde anlaşmanın yazılı yapılması öngörülmüştür. Başka bir deyişle bir belgenin varlığı, tahkim anlaşmasının varlığının ön şartı olarak belirlenmiştir²⁰⁴.

NYK m. II/2'de "yazılı anlaşma" ifadesinden tarafların imzaladıkları bir sözleşmenin veya teati edilen mektup ya da telgrafın anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Tahkim şartı imzalanmış bir sözleşme içerisinde ise, asıl sözleşmenin imzalanması maddede geçen imza zorunluluğunu yerine getirmeye yeterlidir²⁰⁵. Ancak teati edilen belgeler ile tahkim anlaşmasının akdedilmesi hâlinde doktrindeki genel kabul, tarafların tümünün imzasının gerekmemekte olduğu yönündedir²⁰⁶. Böyle hâllerde tahkim anlaşmasının tanık delili ile ispat edilebileceğine ilişkin görüşler ileri sürülmektedir²⁰⁷. Kanaatimizce de sadece tahkim anlaşmasının taraflar arasında teati edilen belge şeklinde akdedilmesi durumunda imza zorunluluğu aranmamalıdır.

Değinilmesi gereken bir başka önemli nokta ise NYK II'deki hâllerin sınırlı olarak sayılıp sayılmadığıdır²⁰⁸. Her ne kadar NYK m. II metninde

²⁰² Y. 19. HD. E. 1999/7119 K. 2000/1342 T. 24.2.2000 (Kazancı, E.T. 30.01.2019).

²⁰³ Ekşi, *Incorporation*, s. 156; Özel, Engel, s. 307; Esen, Şekil, s. 68.

²⁰⁴ Ekşi, *Incorporation*, s. 155; Gülerci, s. 82.

²⁰⁵ Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, s. 192.

²⁰⁶ Nuray Ekşi, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, 2010 İstanbul, s. 157 ("Incorporation"); Redfern/Hunter, s. 377; Erdem, s. 13, dn. 8; Esen, Şekil, s. 74.

²⁰⁷ Esen, Şekil, s. 78.

²⁰⁸ Banu Şit, "Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları", MHB, Cilt:25 Sayı:1-2, 2005-2006, Prof. Dr. Aslan Gündüz Anısına Armağan, s. 411, ("Yazılı Şekil").

teati edilmiş “mektup ve telgraf” denmekteyse de, doktrinde çoğunluk kesim, hükmün yazıldığı tarihteki teknolojik olanakları dikkate alarak ve amaçsal yorum yöntemi ile NYK m. II’yi geniş ve dinamik yorumlayarak hükmün diğer iletişim araçlarına da yaygınlaştırılacağını kabul etmektedir²⁰⁹.

Daha muhafazakâr olan diğer görüş ise tarihsel yorum metodu kullanılarak ve NYK çalışma grubunun tutanaklarına atıf yaparak maddenin yazılı şekil şartına hem üst hem de alt sınır teşkil ettiğini savunmaktadır. Buna göre tenfiz hâkimi şekil şartını NYK m. II/2’den daha dar yorumlayamayacağı gibi daha geniş de yorumlayamaz²¹⁰.

Ancak NYK m. II/2’yi şekli olarak dar yorumlayarak teknolojik gelişmelere kayıtsız kalınması kanaatimizce hükmü işlevsiz hâle getirmekten başka bir işe yaramayacaktır. Bu kapsamda örneğin e-posta gibi diğer iletişim araçlarıyla yapılmış tahkim anlaşmalarını geçersiz kabul etmek için hiçbir sebep bulunmamaktadır²¹¹. Keza, Türkiye’nin 1961 tarihinde imzalanmakla birlikte 1991 yılında onayladığı 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi (“Avrupa Konvansiyonu”) ²¹² m. I/2(a), NYK m. II/2 ye göre daha geniş ve esnektir. Avrupa Konvansiyonu, NYK’nın aksine tenfizi düzenlemekte, tenfiz öncesindeki sürece ilişkin düzenleme getirmektedir. NYK ise salt tanıma ve tenfiz sürecine odaklanmaktadır²¹³. Dolayısıyla Avrupa Konvansiyonu NYK’nın tamamlayıcısı olarak görülmektedir²¹⁴.

²⁰⁹ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 683-684, dn. 606; Van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, s. 204-205; Akıncı, s. 119-120; Hatice Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003, s. 222-224; Ekşi, Incorporation, s. 157; Aydemir, s. 177; İlhan, s. 12; Redfern/Hunter, s. 149; Lew/Mistelis/Kröll, s. 710; Born, Arbitration, s. 410. Bu konuda UNCITRAL Tahkim Çalışma Grubunun NYK m.II/2’nin yorumlanması için taslak metin hazırlamıştır. Detaylar için bkz. Ekşi, Incorporation, s. 162-163, dn. 391.

²¹⁰ Van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, s. 179.

²¹¹ Şanlı, Konişmentonun Devri, s. 778, dn. 4; Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 63.

²¹² Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları, s. 111.

²¹³ Reinmar Wollf, New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards on 10 June 1958 Commentary, Münih 2012, s. 272.

²¹⁴ Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları, s. 111.

Tahkim anlaşmasının şekline ilişkin Avrupa Konvansiyonu m. I/2(a), öncelikle NYK'dan farklı olarak tahkim anlaşmasının mektup ve telgrafın yanı sıra teleskriptör²¹⁵ ile de yapılabileceğini belirtmektedir. Ayrıca söz konusu maddenin devamında kanunlarında yazılı şekil aramayan devletler ile kurulacak tahkim anlaşmalarının, yazılı şekle gerek olmaksızın yapılabileceği öngörülmüştür²¹⁶. Avrupa Konvansiyonu'nda öngörülen bu lehe düzenlemelerin de tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin incelenmesinde dikkate alınması gerekmektedir.

Öte yandan yukarıda değindiğimiz NYK m. VII uyarınca, yabancı bir hakem kararının tenfizi için âkit bir devlet mahkemesi önüne gidildiğinde, tenfiz yeri hukuku NYK'ya göre daha lehe düzenlemeler içeriyorsa, bu hükümler geçerli olur²¹⁷. Belirtmek gerekir ki çoğu iç hukukta tahkim anlaşmasının geçerliliğindeki yazılılık şartı NYK m. II/2'den daha geniş kapsamlıdır²¹⁸. Bu durumda milli hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda daha liberal hükümler içerdiği hâllerde milli hukukun uygulanacağı söylenmelidir²¹⁹. Örneğin tahkim anlaşmasının geçerliliğinde hiçbir şekil öngörmeyen bir devlet hukukunda²²⁰ NYK m. VII'deki daha elverişli kural ilkesi uyarınca bu zorunluluktan vazgeçilebileceği kabul edilmektedir²²¹. Zira aksi hâlde NYK yabancı hakem kararlarının tanınmasını ve tenfizini kolaylaştıran bir sözleşme olmaksızın tüm âkit devlet hukuklarında yer alan düzenlemeleri yeknesak hâle getirmeyi amaçlayan bir konvansiyon olurdu²²². Doktrinde de aksi şekilde bir düşüncenin NYK'nın amacı ve ruhuyla bağdaşmayacağı kabul edilmektedir²²³.

²¹⁵ Teleksin ilk hâli.

²¹⁶ Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 71.

²¹⁷ Ekşi, Incorporation, s. 164; Lew/Mistelis/Kröll, s. 114-115.

²¹⁸ Ekşi, Incorporation, s. 164.

²¹⁹ Redfern/Hunter, s. 374.

²²⁰ İngiltere örneği için bkz. Lew/Mistelis/Kröll, s. 115.

²²¹ Redfern/Hunter, s. 379; Özel, Engel, s. 308; Erdem, s. 23-24; Nomer, Geçerlilik, s. 6.

²²² Redfern/Hunter, s. 374.

²²³ Erdem, s. 24; Esen, Şekil, s. 68; Fouchard/Galliard/Goldman, s. 374. NYK m.II/2 düzenlemesinin revize edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Esen, Şekil, s. 111.

Tahkim anlaşmasının şekline ilişkin olarak MTK'da NYK'nın ötesinde bir şekil şartı düzenlenmiştir²²⁴. Kural olarak TBK m. 15 uyarınca yazılı şekil taraflarca ıslak imza ya da güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilmektedir. Ancak MTK m. 4/2'de aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere oldukça ayrıntılı ve geniş kapsamlı bir yazılı şekil şartı düzenlendiği ve bunun TBK anlamındaki yazılı şekilden farklı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla NYK m. VII hükmü uyarınca kanaatimizce Türkiye'deki tenfiz davalarında şekil bakımından tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenirken daha elverişli kural olarak MTK'da öngörülen düzenleme esas alınmalıdır²²⁵.

2.3.2. MTK'da Öngörülen Yazılı Şekil Şartı

MTK m. 4 uyarınca yazılı şekil şartı dört şekilde gerçekleşmiş sayılır:

- Tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgede bulunması,
- Tahkim sözleşmesinin taraflar arasında teati edilen bir iletişim aracına ya da elektronik ortama geçirilmiş olması,
- Dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının cevap dilekçesinde itiraz edilmemesi,
- Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması.

Görüldüğü gibi MTK, m. 4/2'de normalde HMK anlamında delil başlangıcı sayılan kimi hususlar dahi yazılı şeklin gerçekleşmesi için yeterli görülmüştür. Örneğin MTK kapsamında “elektronik ortama geçirilmiş olma” dahi tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından yazılı şekli yerine getirmektedir²²⁶. Bu kapsamda örneğin Skype ya da WhatsApp gibi günlük iletişim araçları ile geçerli bir tahkim anlaşması yapmak mümkün

²²⁴ Akıncı, s. 117; İlhan, s. 40-41; Özel, Engel, s. 307; Erdem, s. 15; Aydemir, s. 181.

²²⁵ NYK m.II'ye uygun yapılmayan tahkim anlaşmasının hakem kararının tenfizi aşamasında sorun yaratabileceğine ilişkin bkz. Akıncı, s. 122.

²²⁶ Akıncı, s. 120; Özdemir Kocasakal, s. 217 vd.

hâle gelmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus belgenin kimden sâdır olduğu anlaşılır şekilde elektronik ortama geçirilmesidir. Bu örnekler sınırlayıcı olmayıp ileriki zamanlarda piyasaya sürülecek iletişim araçlarına da yaygınlaştırılabilecektir²²⁷.

MTK, tahkim anlaşmasının şekil şartını yerine getirmiş sayılması bakımından elektronik ortama geçirilmesini yeterli görmekte özellikle elektronik imza²²⁸ ile imzalanmasını aramamaktadır. Günümüzde bir başkasının e-posta hesabından e-posta düzenlemenin kolaylıkla mümkün olduğu nazara alınarak, yine de elektronik ortamda hazırlanan tahkim anlaşmalarının elektronik imza ile imzalanması ileride tenfiz aşamasında karşılaşılabilecek olası itirazların önüne geçecektir²²⁹.

MTK, dava dilekçesinde tahkim anlaşmasının varlığı iddiasına davalının cevap dilekçesinde itiraz etmemesini yazılı şeklin gerçekleşmiş sayılması için yeterli görmüştür²³⁰. Bir başka deyişle davalının doğru reaksiyon vermemesine kanunen bir sonuç bağlanmıştır. Gerçekten de, davalının cevap dilekçesinde buna ilişkin bir itiraz ileri sürmemesi tahkim yoluna rıza gösterdiği anlamına gelmekte olup, sonradan tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına da aykırı olacaktır²³¹.

Son olarak maddeye göre asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması ile de geçerli bir tahkim anlaşması akdedilmektedir. Bir metnin, bir başka metne eklenerek o belgenin parçası getirilmesi literatürde “incorporation” olarak tanımlanmaktadır²³². Kanun koyucu bu hüküm ile tarafların atf

²²⁷ Özel, Engel, s. 307.

²²⁸ 23.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren 15.01.2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (RG. 23.01.2004 – 25355.) m. 5 uyarınca güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur. Öte yandan aynı kanunun m. 22’si ile TBK m. 15/1 uyarınca ikisi aynı ispat gücünü haizdir.

²²⁹ Akıncı, s. 120-121.

²³⁰ Özel, Engel, 308.

²³¹ Akıncı, s. 122; Aydemir, s. 208.

²³² Ekşi, Incorporation, s. 21 vd.; Erdem, s. 25.

yaptıkları sözleşmede yazılı tahkim şartı üzerinde iradelerinin örtüştüğünü farz etmiştir²³³.

Yargıtay MK m. 2'deki dürüstlük kuralı uyarınca, tahkim anlaşmasından doğan hak ve yükümlülükleri yerine getiren, örneğin yargılamaya katılan, hakemini seçen kişinin şekil eksikliğini ileri süremeyeceğine karar vermiştir²³⁴. Bir başka deyişle, Yargıtay MK m. 2 uyarınca örtülü iradeye dayalı tahkim anlaşmalarını geçerli addetmektedir. Ters mantıktan yola çıkarak Yargıtay, yazılı olarak yapılmış bir tahkim anlaşmasının da MK m. 2 uyarınca örtülü olarak kaldırılabilirliğini, örneğin geçerli tahkim anlaşmasının varlığına karşın taraflar davalarını mahkemede açmışlarsa, dürüstlük kuralına göre tahkim anlaşmasının uygulamasından vazgeçmiş sayılacaklarını belirtmektedir²³⁵.

2.3.3. Şekil Eksikliğinin Sonucu

Tahkim anlaşmasının şekli gereklilikleri karşılamaması anlaşmanın kesin hükümsüzlüğüne sebep olan hâllerdendir. Zira bu şekil şartı ispat değil geçerlilik şartıdır²³⁶. Ancak şekil eksikliğine rağmen taraflardan biri tarafından tahkime gidilmiş, davalı yan da tahkim sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmemiş ise MTK m. 4 uyarınca şekil eksikliğinin giderildiği söylenebilir²³⁷.

Öte yandan tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ilk defa tenfiz aşamasında ileri sürülmesinin iyi niyete ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediğinin de ayrıca irdelenmesi gerekmektedir²³⁸. Her ne kadar gerek NYK gerekse MÖHUK, bu itirazı yargılamada ileri sürme şartına bağlamaksızın bir tenfiz engeli olarak öngörmüşse de, doktrinde

²³³ Şanlı, Konışmentonun Devri, s. 775.

²³⁴ Y. 19. HD. E. 1996/6153 K. 1996/610 T. 26.11.1996 ve Y. 19. HD. E. 1996/6154 K. 1996/611, T. 26.11.1996. Kararın ilgili kısımları için bkz. Akıncı, s. 123.

²³⁵ Y. 15. HD. E. 2016/5600 K. 2017/512 T. 9.2.2017; Y. 15. HD. E. 2011/5332 K. 2011/5055 T. 12.9.2011; Y. 15. HD. E. 2010/2636 K. 2010/4724 T. 23.9.2010; Y. 15. HD. E. 2010/1581 K. 2010/1652 T. 23.3.2010 (Kazancı, E.T: 03.02.2019).

²³⁶ Aydemir, s. 365; Yavuz, s. 152.

²³⁷ Aydemir, s. 366.

²³⁸ Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 86.

çoğunlukla dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağı gereğince tahkim sırasında bu yönde bir itirazda bulunmayan ve görev belgesini bu şekilde imzalayan, tahkim heyetinden gelen tebligata cevap veren, hakemini seçen, tahkim heyetinin yetkisini kabul eden davalının, tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesini kabul etmemektedir²³⁹.

2.3.4. Tahkim Anlaşmasının Dili

805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun (“805 sayılı Kanun”) m. 1’de Türk tabiiyetindeki tüzel kişiler ile akdedilecek sözleşmelerin dilinin Türkçe olması zorunlu tutulmuştur. Ancak Kanun’un 1. ve 2. maddesinin lafzındaki farklılıktan ötürü taraflardan birinin Türk tabiiyetinden olmadığı hâllerde dahi sözleşmenin Türkçe yapılması gerekip gerekmediği doktrinde tartışma konusudur.

Gerçekten de, m. 1’de Türkçe olma zorunluluğu olan hususlar arasında Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler arasında imzalanan “mukaveleler” açıkça zikredilmişken, m. 2’de yabancı şirketlerin Türk vatandaşı gerçek ve tüzel kişilerle yapacakları işlerde m. 1’den farklı olarak mukavele kelimesine yer verilmemiş olup, bunun bilinçli bir tercih olup olmadığı açık değildir.

Bu konuda Akıncı ve Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, m. 1 ile m. 2’nin lafzı arasındaki farklılık gereği, 805 sayılı Kanun’un ancak iki tarafın da Türk tabiiyetinden olduğu hallerde uygulanacağını belirtmektedir²⁴⁰.

Nomer ise tahkim anlaşmalarının özel niteliğine vurgu yaparak gerek her iki tarafın Türk vatandaşı olduğu hallerde bile tahkim anlaşmasının hiçbir şekilde 805 sayılı Kanun’a tabi olmadığını belirtmektedir²⁴¹.

Yargıtay’ın 1986 tarihli bir kararında da Türk vatandaşı gerçek veya tüzel kişilerin yabancılarla akdedecekleri sözleşmelerin 805 sayılı Kanun kapsamında olmadığı sonucuna varılmıştır²⁴².

²³⁹ Özel, Engel, s. 305.

²⁴⁰ Akıncı, s. 124; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 660 vd., dn. 571.

²⁴¹ Nomer, DHH, s. 569; Nomer, MUH, s. 251.

²⁴² Y. 11. HD. E. 1986/4231 K. 1986/5032 T. 7.10.1986 (Kazancı, E.T. 02.03.2019).

Ancak Yargıtay, 2013 tarihli bir başka kararında 805 sayılı Kanun m. 2'nin tahkim anlaşmasını da kapsadığına dikkat çekerek, tahkim anlaşmasının Türkçe düzenlenmesi icap ederken yabancı dilde düzenlenmiş olmasının tahkim itirazının değerlendirmesinde nazara alınması gerektiğini belirtmiştir²⁴³. Yargıtay 2017 tarihinde, 2013 tarihli kararı ile aynı yönde bir karar daha vermiştir²⁴⁴.

Kanaatimizce de Akıncı ve Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe'nin isabetle değindiği üzere, 805 sayılı Kanun m. 1 ile m. 2'nin arasındaki açık farklılık gereği, taraflardan birinin yabancı olduğu hallerde tahkim anlaşmasının Türkçe olarak akdedilmesi zorunluluğu aranmamalıdır. Bu nedenle Yargıtay'ın son kararları 805 sayılı Kanun'un lafzı ile çelişki içerisindedir.

Öte yandan 805 sayılı Kanun'un tarafların Türk vatandaşı olduğu hallerde dahi sözleşmenin Türkçe yapılması zorunluluğunu öngörmesinin uluslararası ticaretin bu denli yaygınlaştığı günümüzde gerçekçi ve etkin olmadığı, bu tip bir zorunluğun Anayasa m. 48'de düzenlenen sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğu pekâlâ savunulabilir²⁴⁵.

Yine Oğuzman'ın da isabetle belirttiği gibi, sözleşmenin diline dayanan geçersizlik savunmalarının, tarafların sözleşmeyi ve içeriğini bilerek imzaladıkları açık ise TMK m. 2 çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırı sayılarak dikkate alınmaması gerekmektedir²⁴⁶.

Ancak Yargıtay aksi yönde bir uygulamayı açıkça benimsemediği sürece, doğabilecek herhangi bir riski bertaraf etmek adına, taraflardan yalnızca birinin Türk vatandaşı olması hâlinde dahi tahkim anlaşmalarında yabancı dilin yanında Türkçe versiyonuna da yer verilmesi ve çelişki halinde Türkçe metnin esas alınacağının belirtilmesi uygun olacaktır.

²⁴³ Y. 11. HD. E. 2012/4088 K. 2013/3972 T. 4.3.2013 (Kazancı, E.T. 02.03.2019).

²⁴⁴ Y. 11. HD. E. 2016/5836 K. 2017/4720 T. 26.9.2017 (Kazancı, E.T. 02.03.2019).

²⁴⁵ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 661, dn. 571.

²⁴⁶ Oğuzman/Öz, s. 143.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NEW YORK KONVANSİYONU UYARINCA BİR TENFİZ ENGELİ OLARAK EHLİYETSİZLİK

3.1. EHLİYET KAVRAMI

3.1.1. Hak ve Fiil Ehliyeti

Tüm sözleşmelerde olduğu gibi tahkim anlaşmasının da geçerlilik şartlarından bir diğeri anlaşmayı akdeden tarafların tahkim anlaşması yapmaya ehliyetli olmalarıdır¹. Ehliyetsiz gerçek ya da tüzel kişilerce yapılan tahkim anlaşmaları, bu anlaşmalara dayanarak verilen hakem kararlarının NYK m. V/I(a) uyarınca tenfizinin reddine sebep olabilmektedir². Şüphesiz ki bu madde, tahkim anlaşmasına hiçbir zaman taraf olunmadığının iddia edilmesi hallerinde de uygulama alanı bulmaktadır³.

Daha evvel değindiğimiz gibi ehliyet hususu doktrinde bazı kesim tarafından sübjektif tahkime elverişlilik olarak adlandırılmaktadır⁴.

¹ Özel, Engel, s. 309; Wollf, s. 271.

² Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 67.

³ Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Pakistan Hükümeti Din İşleri Bakanlığı: “NYK m. V/1(a) yalnızca tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin olsa da, milletlerarası yerleşik uygulama uyarınca, hükmün kapsamına bir tarafın hiçbir zaman tahkim anlaşmasına taraf olmadığından bahisle anlaşmanın bağlayıcı olmadığını ileri sürmesinin de girdiği şüphesizdir.” Karar metni için bkz. https://www.arbitration-icca.org/media/0/12996309461120/dallah_real_estate_v_ministry_of_religious_affairs.pdf; Wollf, s. 271.

⁴ Huysal, Tahkime Elverişlilik, s. 18-19; Redfern/Hunter, s. 313; Aydemir, s. 219-220; Lew/Mistelis/Kröll, s. 187-188; Yeşilırmak, Uyuşmazlıkların Etkin Çözümü, s. 85.

Ehliyetle uygulanacak hukuk NYK kapsamında tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuktan daha farklı belirlendiği için tarafların ehliyetsizliği tahkim anlaşmasının geçersizliğinden farklı bir tenfiz reddi sebebi olarak ele alınmaktadır⁵. Bu nedenle çalışmamızda da ayrı bir bölümde ele alınmıştır.

Bir kimsenin bir başka kişi adına ve hesabına tahkim anlaşması akdetmesi hâlinde ise ehliyetten farklı olarak bu kişinin tahkim anlaşması yapma hususunda yetkili olup olmadığı gündeme gelmektedir⁶. Tahkim anlaşmasını akdederken özellikle ehliyet ve yetki konularına ve bu iki kavram arasındaki ayrıma hassasiyet gösterilmesi önem arz etmektedir.

İlk olarak ele alacağımız kavram olan ehliyet; literatürde hak ehliyeti ve fiil ehliyeti olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır⁷. Kişinin hak ve borçlara sahip olabilme ehliyeti hak ehliyetini ifade ederken, bu kişinin eylemleri ve davranışları ile hak ve borçlara taraf olabilmesi fiil ehliyeti olarak tanımlanmaktadır⁸.

3.1.1.1. Gerçek Kişiler

Türk hukukuna göre gerçek kişiler 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁹ (“TMK”) m. 8 uyarınca doğmakla hak ehliyetini kazanırlar. Dolayısıyla hak ehliyeti fiil ehliyetinden farklı olarak kişi olma vasfı ile kazanılır¹⁰. Fiil ehliyeti ise TMK m. 92’ye göre kişilerin kendi eylem ve davranışları ile hak ve borç yüklenebilme yetkisini ifade etmektedir¹¹. Hak ehliyetini haiz olup fiil ehliyetine sahip olmayan kişiler aşağıda açıklanacağı gibi ancak veli ya da vasileri aracılığı ile hukuken sonuç doğurucu işlemler yapabilirler.

⁵ Wollf, s. 271.

⁶ Fatih Işık, Milletlerarası Ticari Takimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2015, s. 8.

⁷ Akıncı, s. 371; Kalpsüz, Tahkim, s. 130-131; Işık, s. 9.

⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2018, s. 40, 48.

⁹ RG. 08.12.2001 – 24607.

¹⁰ Işık, s. 10.

¹¹ Işık, s. 11.

Bu kapsamda fiil ehliyeti yönünden kişiler üç kategoriye ayrılmaktadır: (i) tam ehliyetliler, (ii) sınırlı ehliyetsizler ve (iii) tam ehliyetsizler.

- (i) TMK m. 10 uyarınca ayırt etme gücüne sahip, reşit ve kısıtlanmamış olan herkes tam ehliyetli olarak kabul edilmektedir.
- (ii) Buna karşın eğer bir kimse ayırt etme gücünden yoksun ise tam ehliyetsiz sayılmakta olup bu kimselerin yapmış olduğu hukuki işlemler kendiliğinden kesin olarak hükümsüzdür. Tam ehliyetsiz adına ancak yasal temsilcisi işlem yapabilir¹².
- (iii) Kişi ayırt etme gücüne sahip fakat küçük ya da kısıtlıysa, bu halde üçüncü kategori olan sınırlı ehliyetsiz statüsünde olduğu kabul edilir. Sınırlı ehliyetsizler TMK m. 448 uyarına yasal temsilcilerinin rızası ile borç altına girerler¹³. TMK m. 452/2 uyarınca, eğer vesayet altındaki kişi tam ehliyetli olduğu ya da yasal temsilcisinden gerekli izni aldığı şeklinde hukuki işlemde bulunduğu tarafı yanıltırsa, karşı tarafın güvenden doğan zararlarını tazminle yükümlü olur¹⁴. Dolayısıyla sınırlı ehliyetsiz bu tarz bir yanıltma ile bir tahkim anlaşması akdederse, bu durum tahkim anlaşmasını geçerli hâle getirmeyecek ancak karşı tarafın güvenden doğan zararlarını tazmin yükümlülüğü doğuracaktır. TMK m. 453'e göre ise vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından meslek ve sanatının yürütülmesi için bir izin verilmişse, kişi ayrıca bir izin gerekmeksizin bu konu ile ilgili olağan işleri yapmaya yetkili sayılacaktır. Bu hükme göre, şayet vesayet makamı tarafından mesleğinin icrası yönünden verilen iznin kapsamında bu konuda tahkim anlaşması akdetmek de yer alıyorsa, tahkim anlaşması geçerli sayılır. Dolayısıyla bize göre, TMK m. 452/2'den farklı olarak TMK m. 453 ile getirilen istisna kapsamında sınırlı ehliyetsiz tarafından geçerli bir tahkim anlaşması akdedilebilecektir.

¹² Aydemir, s. 356.

¹³ Gerçek kişilerin fiil ehliyetine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, s. 80-112.

¹⁴ İlhan, s. 111.

3.1.1.2. Tüzel Kişiler

Tüzel kişiler bakımından hak ve fiil ehliyetine gelecek olursak, gerçek kişilerdeki doğum gibi tüzel kişilerde de usulüne uygun kurularak tüzel kişiliğin kazanılması hak ehliyetinin kazanılması için yeterlidir. Ticaret şirketleri insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (TMK m. 48, TTK m. 125).

Burada belirtmek gerekir ki, 6762 sayılı Eski Ticaret Kanunu (“ETK”) m. 137, ticaret şirketlerinin hak ehliyetini sadece şirketin faaliyet alanı ile sınırlıyordu. Bu nedenle hak ehliyetinin sınırını esas sözleşmede yazan faaliyet alanı çiziyordu. Faaliyet alanıyla doğrudan ya da dolaylı bağlı olmayan (*ultra vires*) işlem yok hükmünde kabul ediliyor ve şirketi bağlamıyordu¹⁵. Ancak TTK m. 125 bu düzenlemeden ayrılarak şirketin hak ehliyetini esas sözleşmede yazan faaliyet alanıyla sınırlamamıştır. Böylelikle eski kanun döneminde hüküm süren *ultra vires* yasağı kalkmıştır¹⁶.

Tüzel kişilerin fiil ehliyeti ise gerekli organların oluşturulması ile kazanılır (TMK m. 49)¹⁷. Zira TMK m. 50 uyarınca tüzel kişinin irade oluşturması ve fiilleri ile hak ve borçlara taraf olabilmesi organları teşkil eden kişilerin bireysel ya da kolektif iradesi ile mümkündür¹⁸.

Öte yandan bilindiği üzere, tahkim sözleşmelerine sıkça rastlanan joint-venture’lar (*ortak girişim*), iki veya daha fazla tüzel kişinin belirli bir işi kazanç amacıyla gerçekleştirmek üzere tüzel kişilik oluşturmaksızın bir araya gelerek oluşturdukları adi ortaklıktır¹⁹. Peki, hukuki niteliği bir adi şirket olan joint-venture’ı oluşturan ortaklar ne şekilde tahkim anlaşması akdedebileceklerdir? Burada esas soru ortaklardan birinin ak-

¹⁵ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku Cilt: I, İstanbul 2019, s. 387.

¹⁶ *Ultra vires* yasağın kalkmasıyla tüzel kişilerin hak ehliyetinin sınırı bulunmamakla birlikte temsil yetkisinin sınırı ile ilgili daha detaylı bilgilendirme için bkz. Bölüm 3.4.1.

¹⁷ Şener Akyol, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 160.

¹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 301-313.

¹⁹ Nami Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 283 vd.

dedeceği tahkim anlaşmasının joint-venture'ı ve diğer ortakları bağlayıp bağlamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Akıncı'nın bu konuda benimsediği görüş, joint-venture'ı oluşturan ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu ve birlikte tahkim yoluna müracaat etmeleri gerektiği, ancak tahkim anlaşmasına taraf olmamış ortakların tahkime dâhil olması mümkün olmadığından tahkim anlaşmasının geçersiz hale geleceği yönündedir²⁰.

Esen'e göre ise bir adi ortaklık olan joint-venture'ı oluşturan gerçek ya da tüzel kişiler, gerekli temsil yetkisiyle donatılmışsalar joint-venture'ı temsilen diğer ortakları bağlayıcı geçerli bir tahkim anlaşması akdedebilirler. Böyle bir temsil yetkisi yoksa tahkim anlaşması salt tahkim anlaşmasını akdeden ortak/ortaklar bakımından geçerli olur²¹.

Kanaatimizce, joint-venture'ın iradesi ancak tüm ortakların katılımı suretiyle oluşacağından, bir ortağın tek başına joint-venture'da yer alan diğer ortakları bağlayıcı bir tahkim anlaşması akdedebilmesi ancak o ortağın adi ortaklık adına hareket etmeye yetkili kılınması halinde mümkündür. Ancak bu halde temsilci sıfatıyla hareket eden ortağın, aşağıda anlatılacağı üzere²², tahkim anlaşmasını akdetmek konusunda TBK m. 504/3 uyarınca özel yetkiye sahip olması gerekmektedir.

3.1.1.3. Devlet ya da Devlet Kuruluşları

Tahkim anlaşmalarının bir tarafının devlet ya da devlet kuruluşu olması, tenfiz yargılamalarında problem yaratabilmektedir, o yüzden bu tip ilişkilerde muhatabın tahkim konusundaki ehliyetine özellikle dikkat edilmelidir²³. Zira âkit devlet ve devlet kuruluşlarının milli hukuklarında

²⁰ Ziya Akıncı, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, s. 205, dn. 567 ("İnşaat Sözleşmeleri").

²¹ Esen, Teşmil, s. 98.

²² Bkz. Bölüm 3.2.

²³ Feyiz Erdoğan, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004, s. 115; Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları, s. 116; Lew/Mistelis/Kröll, s. 708; Wollf, s. 272; Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 71.

tahkim anlaşması akdetme ehliyetleri bulunmayabileceği gibi bazı sınır ve onaylara tâbi tutulmuş olabilir²⁴.

Bu halde eğer devlet sözleşmeyi imzalayan kişinin devlet adına bağlayıcı bir tahkim anlaşması yapamayacağını ortaya koyarsa yargı bağışıklığını ileri sürebilecektir²⁵. Devlet veya devlet kuruluşunun ehliyetsiz olduğuna ilişkin yapılan itirazlar, prensip olarak iyiniyet kurallarına aykırı düşmedikçe devlet veya devlet kuruluşlarının hukuklarına istinaden karara bağlanacaktır²⁶. Bu kapsamda öncelikle taraf devletin mevzuatı ve taraf olduğu uluslararası sözleşmelere bakılacak, buna göre bir tespit yapılamazsa, tenfiz devletin hukuku dikkate alınarak çözüme gidilecektir²⁷.

Ancak günümüzde gitgide yaygınlaşan bir eğilim doğrultusunda gerek kimi uluslararası sözleşmelerde²⁸ gerekse birçok ulusal kanunda²⁹ devletin tahkim anlaşmasını akdetmesi hâlinde sonradan ilgili herhangi bir prosedürde ehliyetsizliğini ileri süremeyeceği kabul edilmektedir³⁰.

Örneğin Avrupa Konvansiyonu m. II/1'de devlet ve devlet kuruluşlarının taraf olma ehliyeti özel olarak düzenlenmiştir. Hükme göre, haklarında uygulanacak hukuk uyarınca kamu hukuku tüzel kişisi olarak vasıflandırılan tüzel kişilerin tahkim anlaşması akdetmeye ehliyetli oldukları açıkça belirtmektedir. Avrupa Konvansiyonu'nun ilgili hükmü ile de devlet kuruluşlarının yargı muafiyeti itirazının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır³¹.

²⁴ Eyüboğlu, s. 238.

²⁵ Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 72.

²⁶ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 414-415.

²⁷ Erdoğan, s. 116; Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları, s. 116-117.

²⁸ NYK, Avrupa Konvansiyonu, 1975 tarihli Amerika Devletleri Arası Konvansiyon, 1965 tarihli ICSID Konvansiyonu, 1972 tarihli Devletlerin Yargı Muafiyetleri Hakkında Avrupa Konvansiyonu, naklen, Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 72, dn. 217.

²⁹ 1976 tarihli Amerika Yabancı Devletin Yargı Muafiyeti Kanunu, 1981 tarihli Pakistan Devlet Bağışıklığı Kanunu, 1979 tarihli Singapur Devlet Yargı Muafiyeti Kanunu, 1982 tarihli Güney Afrika Yabancı Devlet Yargı Muafiyeti Kanunu, MÖHUK m. 49, naklen, Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 72, dn. 218.

³⁰ Redfern/Hunter, s. 425.

³¹ Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları, s. 117.

Türkiye’de de Anayasa’da yapılan değişikliklerle³² kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinin öngörülebileceği kabul edilmiştir³³.

Öte yandan milletlerarası ticari tahkimde, tarafların tahkim anlaşması imzaladıktan sonra “kendi” ehliyetsizliklerini ileri süremeyeceği kabul edilmektedir³⁴. Bu gibi durumlarda, çoğu kez bu devlet ya da devlet kuruluşunun yargılama aleyhine sonuçlanınca tenfiz aşamasında ehliyetsizlik itirazında bulunması doktrinde dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmektedir³⁵.

Nitekim ICC’nin vermiş olduğu birçok kararda da devlet ya da devlet kuruluşunun milletlerarası bir tahkim anlaşması akdederken karşı yanda haklı olarak yarattığı güveni, daha sonra tahkim yargılamasında ya da tenfiz safhasında ehliyetsiz olduğunu ileri sürerek boşa çıkarmayacağı, bu hususun dürüstlük kuralına aykırı olduğu vurgulanmıştır³⁶. Dolayısıyla devletin ya da devlet kuruluşunun bir kez tahkim anlaşması yaptıktan sonra kendisini temsil eden kişinin tahkim anlaşması yapma yetkisi olmadığını ileri sürmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı kabul edilmektedir.

İsviçre de bu eğilim doğrultusunda kendi milletlerarası özel hukuk kanunlarına bir madde ekleyerek, devlet ya da devlet kuruluşunun taraf olduğu tahkim anlaşmalarında kendi hukukuna göre ehliyetsizlik itirazında bulunamayacağını hükme bağlamıştır³⁷. Buna göre İsviçre hukuku uyarınca cereyan eden bir tahkimde gerçekten kendi hukukuna göre ehliyetsiz de

³² RG. 14.8.1999 – 23786.

³³ Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 71; Aydemir, s. 252. Ayrıca, 30.12.2017 tarihli ve 30286 sayılı mükerrer RG’de yayımlanan Kamu İhale Uygulama Yönetmelikleri’nde yapılan değişiklikler ile 19.01.2018 ve sonrasında gerçekleşen ihaleler neticesinde yapılan kamu ihale sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar bakımından da tahkim yoluna başvurunun önü açılmıştır. Bkz. http://www.ihale.gov.tr/Duyuru/243/sozlesme_uyusmazliklari-nin_cozumunde_tahkim_yolunun_tercih_edilebilmesine_yonelik_duzenlemeler_yayimlandi.html (E.T: 03.02.2019).

³⁴ Wollf, s. 273.

³⁵ Tweeddale/Tweeddale, s. 128; Wollf, s. 273.

³⁶ 1939/1971 No.lu ICC Kararı; 1512 No.lu ICC Kararı. Kararların ilgili kısımları için bkz. Tweeddale/Tweeddale, s. 128-129.

³⁷ Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 74.

olsa, devlet ya da devlet kuruluşunun tahkim anlaşması ile bağlı olduğuna kanaat getirilebilir. Böyle olmakla birlikte, olası bir tenfiz yargılamasında tenfiz mahkemesince devlet ya da devlet kuruluşunun hukukuna dayanılarak ehliyetsizlik ve tahkim anlaşmasının geçersizliği sonucuna varılabilecek ve bu sebeple tenfizin reddi söz konusu olabilecektir³⁸.

Konuya ilişkin bir başka örnek ise meşhur Southern Pacific Properties (Middle East) Limited – Mısır davasıdır. Somut olayda, Southern Pacific Properties şirketi ile Mısır devlet kuruluşu olan Egyptian General Organization for Tourism and Hotels arasında, devlet kuruluşu tarafından Mısır devletinin de onayı alınarak içinde tahkim şartı da bulunan bir çerçeve anlaşma akdetmiştir. Uyuşmazlık üzerine Southern Pacific Properties şirketi Mısır devleti aleyhine tahkim yargılaması başlatmış, Mısır devleti ise tahkim anlaşmasına taraf olmadığını belirtmiştir. Verilen kararda, yatırımcıya yatırım yapması konusunda hükümet otoritesi güvencesi ile haklı bir güven yarattıktan sonra devletin bu itirazda bulunamayacağı belirtilmiş ve Mısır devleti aleyhine hüküm tesis edilmiştir³⁹. Ancak söz konusu hakem kararından sonra Mısır devleti tarafından bu karara karşı Fransa'da açılan iptal davasında Fransız mahkemeleri doğrudan Mısır hukukuna göre yorum yaparak Mısır devletinin sadece anlaşmayı onayladığını ve taraf olmadığını belirtmiştir. Söz konusu iptal kararı Fransız Yargıtay'ı tarafından da onanmıştır⁴⁰.

Görüldüğü üzere devletin tahkime yönelik rızasının var olup olmadığı olası bir uyuşmazlıkta devletin kendi hukukuna göre belirlenmektedir⁴¹. Bu durum nazara alınarak devlet ya da devlet kuruluşunun tahkim konusundaki ehliyeti, gerekli izinlerin alındığı, gerekli formalitelerin sağlandığı ve özellikle devletin müdahalesi varsa devletin açıkça anlaşmaya taraf olup olmadığı konularında hassas davranmakta fayda bulunmaktadır.

³⁸ Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 74-75.

³⁹ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Mısır Arap Cumhuriyeti, ICSID Davası No. ARB / 84/3, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/Online-Awards/C135/DC671_En.pdf E.T. 19.02.2019). Kararın yorumu için bkz. Lew/Mistelis/Kröll, s. 740-741. Kararın Türkçe özeti için Bkz. Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 72-73.

⁴⁰ Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 73.

⁴¹ Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 73; Lew/Mistelis/Kröll, s. 741.

3.1.2. Ehliyetsizlik İtirazlarında Uygulanacak Hukuk

Bir kimsenin tahkim anlaşması akdetmek hususunda ehliyetli olduğundan bahsedebilmek için, bu kimsenin gerçek veya tüzel kişiliğe sahip olmasının (hak ehliyetini haiz olmasının) ve fiilleri ile hak ve borçlara taraf olabilmesinin (fiil ehliyetini haiz olmasının) gerektiği ve kişinin hak ehliyetine sahip olmasının, fiil ehliyetine de sahip olduğu anlamına gelmediğini yukarıda incelemeye çalıştık. Peki, Türkiye’de yürütülen bir tenfiz yargılamasında taraflardan birinin ehliyetsiz olduğu itirazı ile karşılaştan Türk mahkemesi ehliyetin varlığını hangi hukuka göre belirleyecektir?

Bu husus üzerinde özellikle durmak gerekmektedir zira MTK’da tarafların ehliyetine uygulanacak hukuku düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır⁴². Yine NYK’da da ehliyetsizlik bir tenfiz engeli olarak düzenlenmekle birlikte, ne ehliyetin tanımı yapılmakta⁴³, ne de ehliyetsizlik itirazı ile karşılaşıldığında, ehliyet konusunda hangi devletin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınacağı hususu belirtilmektedir⁴⁴. MÖHUK’a gelecek olursak, yukarıda da bahsedildiği gibi tarafların ehliyetsizliği hakem kararlarının tenfizinde ayrı bir tenfiz engeli olarak dahi düzenlenmemiştir⁴⁵.

NYK m. V/1(a) ile Avrupa Konvansiyonu m. VI/2 konuya ilişkin olarak sadece “tarafların haklarında uygulanması gereken” kanun uyarınca tahkim anlaşması yapma ehliyetine sahip olmaları gerektiğini düzenlemektedir. Böyle olmakla, “tarafların haklarında uygulanması gereken” kanunun hangi ülkenin KİK’ine göre tespit edileceği belirlenmiş değildir⁴⁶. Taraflardan birinin ehliyetli olup olmadığını tespit ederken tahkim yeri hukukuna mı bakılacaktır, yoksa tenfiz yeri hukukuna mı? Bu husus, ehliyetsizlik itirazının ileri sürüldüğü aşamaya, yani itirazın tahkim yar-

⁴² Ceren Eyüboğlu, *Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği*, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, s. 238.

⁴³ Wollf, s. 271.

⁴⁴ Fouchard/Galliard/Goldman, s. 241; İlhan, s. 107.

⁴⁵ Işık, s. 106.

⁴⁶ Tweeddale/Tweeddale, s. 127; Redfern/Hunter, s. 148.

gılamasında, iptal ya da tenfiz davasında gündeme getirilmesine göre farklılık arz edecek midir?

Ehliyetin gerçek kişiler yönünden milli hukukları, tüzel kişiler yönünden ise kurulduğu ülke ve idare edildiği ülke hukuku uyarınca belirleneceği uluslararası hukukta genel olarak kabul görmektedir⁴⁷.

Bu konuda doktrinde yer alan tartışmalara bakacak olursak, Akıncı'ya göre, taraflardan birinin ehliyetli olup olmadığı tahkim yerinin hukukunun KİK'ine göre çözümlenmelidir⁴⁸. Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, Özel ve doktrindeki çoğunluk kesime göre ise ehliyetin bulunup bulunmadığı tenfiz hâkiminin kendi (*lex fori*) KİK'ine göre belirlenecektir⁴⁹.

Söz konusu ikinci görüş ehliyetle ilişkin itirazın tenfiz yargılamasında ileri sürülmesi durumunda yerinde bir çözüm olacaktır. Ancak kanaatimizce Akıncı'nın da isabetle belirttiği gibi ehliyetsizlik itirazının tahkim yargılamasında ya da iptal davası esnasında yapılması hâlinde, geçerlilik hakkında karar verecek devlet mahkemesinin, yani tahkim yeri ya da iptal davasının görüldüğü yerin KİK'inin uygulanmasının daha isabetli olacağını söylemek mümkündür⁵⁰.

Ancak çalışmamızın konusu itibarıyla ikinci görüşe ağırlık vererek, Türkiye'de yürütülen bir tenfiz davasında taraflardan birinin ehliyetsiz olduğuna ilişkin itirazın Türk KİK'ine göre değerlendirileceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla burada hâkim tarafından yapılması gereken öncelikle MÖHUK m. 9'a göre ehliyetle uygulanacak hukuku belirlemek, sonrasın-

⁴⁷ Işık, s. 107-108; Fouchard/Galliard/Goldman, s. 243-245; Born, Arbitration, s. 553; Lew/Mistelis/Kröll, s. 118; Redfern/Hunter, s. 96.

⁴⁸ Akıncı, s. 372. Akıncı'nın daha eski tarihli bir diğer eserinde ise, çoğunluk doktrin görüşü ile uyumlu olarak tenfiz mahkemesinin KİK'ine gidileceği belirtilmektedir. Bkz. Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları, s. 118.

⁴⁹ 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 Kurulu Kararı", MHB, Yıl: 23, 2003, s. 380, ("Yetkisiz Temsil"); Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 684; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 412; Özel, Engel, s. 309; Wolff, s. 273-274; Lew/Mistelis/Kröll, s. 117-118; Redfern/Hunter, s. 145.

⁵⁰ Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları, s. 117. Aynı görüşte bkz. İlhan, s. 110.

da söz konusu hukuka göre tarafların ehliyetli olup olmadığını irdelemek-
tir⁵¹.

Öncelikle konuyu gerçek kişiler açısından ele alacak olursak, MÖHUK m. 9/1 hükmü açıkça gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetinin kişinin milli hukukuna göre belirleneceğini düzenleme altına almaktadır. Dolayısıyla ilk etapta kişinin milli hukukuna göre ehil olup olmadığına bakılacaktır. Buna ilaveten MÖHUK m. 9/2 işlem güvenliği ilkesini kabul etmiştir. Buna göre, milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişinin işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil olması hâlinde sözleşmeyle bağlı olduğu kabul edilecektir⁵². Söz konusu ilke uyarınca milli hukukuna göre ehliyetsiz kimsenin tahkim anlaşması akdetmesi durumunda, eğer bu kişi tahkim anlaşmasının akdedildiği ülke hukukuna göre tahkim anlaşması yapmaya ehil kabul ediliyorsa sözleşme ile bağlı olacaktır⁵³.

Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinin belirlenmesinin ise, gerçek kişilere nazaran daha karmaşık olduğundan söz etmek mümkündür⁵⁴. Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinin tespitinde iki temel bağlama noktası esas alınmaktadır: (i) kuruluş yeri teorisi ve (ii) idare merkezi teorisi. Kuruluş yeri teorisi şirketin hak ve fiil ehliyetini tespit ederken, şirketin hukuken kurulmuş sayıldığı ülkenin hukukunu dikkate almaktadır. İdare merkezi teorisinde ise, yönetim kararlarının alındığı, yönetim kurulu ve genel kurul toplantılarının gerçekleştiği, denetim kurullarının faaliyette bulunduğu yani şirketin fiilen idare edildiği yerin hukuku esas alınır⁵⁵.

Türk hukukunda ise MÖHUK m. 9/4 açıklanan kuruluş yeri ve idare merkezi teorileri birlikte ele almıştır. Gerçekten de, MÖHUK m. 9/4'ün ilk cümlesi uyarınca, tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinde statülerinde idare merkezi olarak gösterilen yer hukuku uygulanır. Aynı

⁵¹ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s.684; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 412; Burak Huysal, Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk (Mukayeseli Maddi Hukuk ve Kanunlar İhtilafı Kurallarına Birlikte), İstanbul 2015, ("Temsile Uygulanacak Hukuk"), s. 94.

⁵² Özel, Engel, s. 309-310; Işık, s. 108.

⁵³ Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 68.

⁵⁴ Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 69.

⁵⁵ Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 69.

maddenin devamında ise tek taraflı bir bağlama kuralı getirilerek, tüzel kişinin fiili idare merkezi Türkiye’de ise Türk hukuku uygulanabileceği düzenlenmiştir. MÖHUK m. 9/4’ün söz konusu ikinci cümlesine göre bir şirketin yurtdışında kurulmasına rağmen fiili olarak idare edildiği yerin Türkiye olması hâlinde, hâkime Türk hukukunu uygulayabilmek hususunda bir takdir yetkisi tanınmıştır. Böyle bir durumda şirketin hak ve fiil ehliyeti olup olmadığı hususunu tespit eden hâkim, dilerse kuruluş senedinde şirket merkezi olarak gösterilen yerin hukuku yerine Türk hukukunu uygulayabilecektir.

3.2. TAHKİM ANLAŞMASI YAPMA YETKİSİNİN EHLİYETLE İLİŞKİSİ

3.2.1. Ehliyet ve Yetki Kavramları Arasındaki Ayrım

Doktrinde ehliyet ve yetki kavramlarının birbirine yakın olduğu ifade edilmekte⁵⁶, hatta kimi zaman birbirleri yerine kullanıldıkları görülmektedir⁵⁷. Ancak esasen yetki, ehliyetin varlığına bağlı olsa da ehliyetten farklı bir kavram olup⁵⁸, özellikle çalışmamızın konusu açısından hakem kararlarının tenfizi yargılamalarında ileri sürülen ehliyetsizlik ve yetkisizlik itirazlarında ehliyet ve yetkiye uygulanacak hukukun tespiti açısından bu iki kavram arasındaki ayrımın doğru çizilmesi gerekmektedir.

Eğer bir gerçek kişi kendi adına tahkim anlaşması akdediyorsa, bu kimsenin ehliyetine bakılacak, yetki kavramı hiç gündeme gelmeyecektir. Buna karşılık, bir gerçek kişinin bir başka gerçek kişi adına tahkim anlaşması akdetmesi hâlinde, bu kimsenin tahkim anlaşması yapmak için yetkili olup olmadığı değerlendirilecektir⁵⁹. Temsil, bir kimsenin bir hukuki işlemi başkasının adına ve hesabına gerçekleştirmesini ifade etmektedir⁶⁰.

⁵⁶ Born, Arbitration, s. 559; Lew/Mistelis/Kröll, s. 708.

⁵⁷ Akıncı, s. 352; Işık, s. 8; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 412 vd.; Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 75 vd.

⁵⁸ Fouchard/Galliard/Goldman, s. 242; Işık, s. 13.

⁵⁹ Işık, s. 8.

⁶⁰ Doğrudan ve dolaylı temsil ayrımı için bkz. Oğuzman/Öz, s. 212-214; Huysal, Temsile Uygulanacak Hukuk, s. 18 vd.

Temsilcinin akdettiği sözleşmenin tarafı sözleşme kurulur kurulmaz temsil olunan olup⁶¹, temsilcinin bir an için bile sözleşmeye taraf olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir⁶². Dolayısıyla temsil yoluyla geçerli bir tahkim anlaşmasının akdedilmesinin söz konusu olması için olan temsil olunanın gerekli ehliyete sahip olması, temsilcinin ise gerekli yetkisinin bulunması gerekir.

Tüzel kişiler açısından baktığımızda ise, yukarıda da değindiğimiz gibi organlar tüzel kişilerin bir parçası olup, işlem yaparken “temsilci” sıfatı ile değil, bizzat “asıl” sıfatıyla tüzel kişiye hak ve borç yüklerler⁶³. Bir başka deyişle tüzel kişinin organı tüzel kişiye isnat edilmek üzere hukuki işlemlerde bulunurken tüzel kişiyi temsil etmez⁶⁴. Organlarca yapılan hukuki işlemin sonuçları tüzel kişinin hukuk alanında etkisini gösterir⁶⁵. TBK anlamında iradi temsilci olmamakla birlikte organların tüzel kişinin hak ehliyeti çerçevesinde yaptıkları işlemlerin tüzel kişiye isnat edilebilmesi için bu işlemlerin organının “yetkisi” dâhilinde olması gereklidir. Söz konusu yetki organ sıfatına bağlanmıştır ve organ sıfatı sürdükçe devam eder⁶⁶.

Görüldüğü gibi yetki kavramı klasik temsil ilişkisinden geniştir. Dolayısıyla her ne kadar organın “yetki”sinden bahsedilse de, bu yetki borçlar hukuku anlamında bir temsil yetkisi değildir. Bu durum doktrinde kimi yazarlar tarafından “kanuni temsil” olarak nitelendirilmekte, iradi olarak bir temsilciye yetki verilmesi ise “iradi temsil” olarak adlandırılmaktadır⁶⁷.

⁶¹ Y. 11. HD. E. 2002/7495 K. 2003/6932 T. 24.10.2002 (Kazancı, E.T. 12.02.2019).

⁶² Akçol, s. 153.

⁶³ Aydemir, s. 262; Fouchard/Galliard/Goldman, s. 242.

⁶⁴ Işık, s. 12; H. Ercüment Erdem, “Türk Hukukunda Tahkimde Temsil İçin Özel Yetki”, Aralık 2014, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/turk-hukukunda-tahkimde-temsil-icin-ozel-yetki/> E.T. 1.3.2019, (“Yetki”).

⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 306.

⁶⁶ Işık, s. 13; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 306.

⁶⁷ Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 218 vd; Huysal, Temsile Uygulanacak Hukuk, s. 13-14.

Gerçekten de, tüzel kişilerin organları dışındaki üçüncü kişileri de kendi adlarına işlem ile yetkilendirmeleri mümkündür. Bu kimseler organlardan farklı olarak klasik anlamdaki iradi temsil hükümlerine tâbi olacak ve duruma göre “yetki”lerine tahkim anlaşması akdetmenin de dâhil olması için özel olarak yetkilendirilmeleri gerekecektir⁶⁸. Organların ise tüzel kişi adına tahkim anlaşması yapmak için özel olarak yetkilendirmelerine ihtiyaç bulunmamaktadır, organların teknik anlamda temsilci değil asıl olarak işlem yapmalarının en önemli sonuçlarından biri budur⁶⁹. Tabii her hâlükârda tüzel kişi adına işlem yapacak gerçek kişilerin fiil ehliyetini haiz olmaları gerektiği açıktır⁷⁰.

Görüldüğü gibi, tüzel kişi adına bir temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşmalarında aşağıda anlatılacağı üzere⁷¹ temsilcinin tahkim anlaşması akdetme hususunda özel olarak yetkilendirilmesi gerekecek; buna karşın organın tüzel kişi adına bir tahkim anlaşması akdetmesi hâlinde anlaşmanın geçerli olması için böyle bir yetkilendirmeye ihtiyaç duyulmayacaktır⁷².

Ehliyet ve yetki kavramları açısından değinmek istediğimiz bir fark da hukuki işlemin sonuçları yönündendir. Zira hukuki işlemlerin kurucu unsurlarında, geçerlilik şartlarında ya da tamamlayıcı unsurlarında bulunan eksiklikler farklı hukuki sonuçlar meydana getirmektedir. Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının bulunmaması yokluk hâlini oluşturmaktayken, kurucu unsurları bulunmasına rağmen geçerlilik şartlarının bulunmaması kesin hükümsüzlüğe yol açmaktadır. Geçerlilik şartlarının mevcut olmasına karşın kimi eksiklikler içermesi hâlinde hukuki işlemin iptal edilebilir veya askıda hükümsüz nitelikte kabul edilmesi mümkündür⁷³.

⁶⁸ Işık, s. 14, 104.

⁶⁹ Aynı görüşte bkz. Erdem, Yetki; Işık, s. 14; Aydemir, s. 262; Esen, Yetkisiz Temsil, s. 384; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 412.

⁷⁰ Aydemir, s. 262, 356; Esen, Yetkisiz Temsil, s. 384-385.

⁷¹ Bkz. Bölüm 3.2.

⁷² Işık, s. 14.

⁷³ Oğuzman/Öz, s. 178-183.

Örnek verecek olursak, hak ehliyeti bulunmayan bir kimsenin, örneğin usulüne uygun olarak kurulmamış bir şirketin, yapmış olduğu tahkim anlaşması yok hükmünde sayılırken, fiil ehliyeti bulunmayan tam ehliyetsizlerin yapmış olduğu işlemler kesin hükümsüz kabul edilmektedir. Yine örneğin yanı sıra, aldatma ya da korkutma ile akdedilmiş bir tahkim anlaşması, irade unsurundaki sakatlık nedeniyle iptal edilebilir nitelikte iken, anlaşmanın yetkisiz bir temsilci tarafından yapılması hâlinde askıda hükümsüz olduğundan bahsedilmekte ve tahkim anlaşması temsil olunanın icazeti ile geçerli hâle gelebilmektedir⁷⁴. Temsil olunan tarafından icazet verilmeme durumunda yetkisiz işlem yapan temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu gündeme gelebilecektir.⁷⁵

Hukuki sonuçlar yönünden yetki ve ehliyet kavramları arasında açıklandığı şekilde bir farklılık bulunmakla birlikte, esasen tenfiz uygulaması açısından bu sonuçlar arasında pek bir fark bulunmamaktadır. Zira açıklanan sonuçlardan herhangi biri NYK m. V/1(a) kapsamındaki tenfiz engelinin içerisine girmektedir. Dolayısıyla tahkim anlaşması ister ehliyetsiz ister yetkisiz akdedilmiş olsun, NYK kapsamındaki tenfizlerde hâkim tarafından hakem kararının tenfizinin reddedilebilmesi için yeterli olacaktır.

Çalışmamız açısından ehliyet ve yetki kavramları arasındaki esas fark ise, tahkim anlaşması yapma ehliyeti ile tahkim anlaşması yapma yetkisine uygulanacak hukukunun farklı şekilde tespit edilmesi noktasında kendisini göstermektedir. Dolayısıyla bir tenfiz yargılamasında yapılacak ehliyetsizlik ve yetkisizlik itirazında hâkimin farklı bağlama noktalarına başvurarak ehliyet ve yetkinin varlığını tespit etmesi gerekecektir.

3.2.2. Özel Yetki Şartı

Tahkim anlaşmasının bir iradi temsilci tarafından yapılması hâlinde, örneğin müvekkili adına tahkim anlaşması akdeden bir avukatın özel olarak tahkim anlaşması akdetmek hususunda yetkilendirilmesi gerek-
mekte midir? Bazı ülke hukuklarında bu hususta herhangi bir özel yetki

⁷⁴ Işık, s. 16.

⁷⁵ Işık, s. 16-17.

öngörülmemiştir. Örneğin İngiliz, Hollanda, İsviçre, Amerikan hukuklarında özel yetkili vekâletname aranmaksızın avukat tahkim anlaşması akdedebilmektedir⁷⁶. Ancak Türk hukukunda ve İtalyan, İspanyol, Belçika, Mısır, Avusturya, Hong Kong, İsveç hukuku gibi kimi diğer ülkelerin hukuklarında⁷⁷ tahkim anlaşması yapılabilmesi için avukatın özel olarak yetkilendirilmesi zorunlu olup, aksi durum tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açmaktadır.

Türk hukukundaki düzenlemeye bakacak olursa, adi vekâlet ilişkisinde tahkim anlaşmasını akdeden vekilin bu hususta özel yetkiye sahip olması gerektiği TBK m. 504/3 ile hüküm altına alınmıştır⁷⁸. Buna göre temsil olunan tarafından özel olarak yetkilendirilmedikçe temsilcinin geçerli bir tahkim anlaşması yapabilmesi mümkün olmayacaktır.

Eğer söz konusu vekil yani iradi temsilci bir avukat ise, dava vekâletini düzenleyen HMK hükümlerine de değinmek gerekir. Davaya vekâletin kanuni kapsamı HMK m. 73’de düzenlenmiş olup, kanunda özel yetki verilmesi gereken hâller saklı tutularak yetkilerin genel çerçevesi çizilmiştir⁷⁹. HMK m. 74’te ise vekilin, açıkça yetki verilmemiş olması hâlinde, tahkim ve hakem anlaşması yapamayacağı düzenleme altına alınmıştır⁸⁰. Görüldüğü üzere, Türk hukukuna göre, ister avukat isterse bir başka iradi temsilci aracılığı ile yapılacak tahkim anlaşmalarında, temsil olunan kişinin özel olarak bu hususta yetki vermesi gerekmektedir⁸¹.

Yetkisiz temsilin hukuki sonucu olarak, temsilci tarafından özel yetki bulunmaksızın akdedilen tahkim anlaşmasının akıbeti askıda hü-

⁷⁶ Avukatın tahkim anlaşması yapmak için herhangi bir özel yetkiye ihtiyaç duymadığı devletler hakkında detaylı bilgi için bkz. Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 75-76; Işık, s. 26.

⁷⁷ Avukatın tahkim anlaşması yapmak için özel olarak yetkilendirilmesini öngören devletler hakkında detaylı bilgi için bkz. Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 75-76; Işık, s. 25-26.

⁷⁸ Her ne kadar TBK m. 504/3 hükmündeki ifade “hakeme başvuramaz” şeklinde olsa da bu hükmün “tahkim sözleşmesini yapamaz” ifadesini de içine aldığı hakkında bkz. Aydemir, s. 268-269.

⁷⁹ Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 2, Ankara 2017, s. 1394.

⁸⁰ Yılmaz, s. 1400. Bu hükmün kamu düzeninden emredici bir kural olduğuna ilişkin bkz. Nomer, Geçerlilik, s. 7-8.

⁸¹ Aydemir, s. 266.

kümsüzlük olacak ve temsil olunan icazet vermedikçe temsil olunanı bağlamayacaktır⁸². Eğer temsil olunan icazet vermediyse anlaşma hükümsüz olduğundan buna dayalı olarak verilmiş bir hakem kararının tenfizinin reddedilmesi sağlanabilecektir.

Yargıtay da TBK m. 504/3 ve HMK m. 74 kapsamında tahkim anlaşması akdetmek hususunda verilmiş özel bir yetkinin yer almadığı hâllerde tahkim anlaşmasını geçersiz saymaktadır⁸³.

Öte yandan Yargıtay bir kararında kanaatimizce son derece isabetli olarak “zımni kabul” kavramından hareketle temsilci tarafından yetkisiz olarak yapılan tahkim anlaşmasına dayanılarak temsil olunan tarafından tahkim yargılaması başlatılmasını, temsil olunanın temsilcisinin yetkisiz olarak yaptığı tahkim anlaşmasına icazet verdiği şeklinde yorumlamakta ve temsil olunanın ehliyetsizlik ve geçersizlik iddiasında bulunmasının mümkün olmadığını belirtmektedir⁸⁴. Yargıtay aynı kararda, karşı tarafın da tahkimde karşı dava açmasını, tahkim anlaşmasının geçerliliğini benimsediği şeklinde yorumlayarak, bu tarafın sonradan iptal davasında ehliyetsizlik ve geçersizlik iddiasında bulunmasının mümkün olmadığına dikkat çekmektedir.

3.2.3. Özel Yetkinin Verilme Şekli

Değinmek istediğimiz bir diğer husus ise tahkim anlaşması akdetmek hususundaki özel yetkinin verilme şeklidir. Yetkinin yazılı verilmesi zorunlu mudur yoksa sözlü de verilebilir mi? Zımnen yetkilendirme mümkün müdür?

Doktrindeki baskın görüşe göre NYK bu doğrultuda herhangi bir hüküm içermemektedir. NYK’da yer alan yazılılık şartı sadece tahkim

⁸² Akıncı, s. 372-373; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri, s. 345; Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 76; Işık, s. 18.

⁸³ Y. 19. HD. E. 2007/380 K. 2007/5114 T. 21.5.2007; Y. 11. HD. E. 2008/5901 K. 2010/3203 T. 23.03.2010 (Kazancı, E.T. 06.02.2019).

⁸⁴ Y. 15. HD. E. 2016/6273 K. 2017/3638 T. 26.10.2017 (Kazancı E.T. 06.02.2019). Bkz. Işık, s. 125.

anlaşmasının kendisi bakımından öngörülmüştür dolayısıyla verilecek temsil yetkisinin şekle tabi olması zorunlu değildir⁸⁵.

Buna karşılık Oğuzman, temsil yetkisinin sözleşmenin şekline tâbi olması gerektiğini belirtmektedir⁸⁶. Oğuzman'a göre tahkim anlaşmasının şekli tahkim anlaşmasının yapılmasına ilişkin yetkinin verilmesine de teşmil eder dolayısıyla özel yetkinin yazılı şekilde verilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde yetkinin yazılı olması gerektiğini savunan Işık ise aksi durumun devletin yargı yetkisinden vazgeçen tarafları korumayacağını belirtmektedir⁸⁷. İspat yönünden yetkinin yazılı olarak verilmesinde fayda bulunduğunu kabul etmekle birlikte, yetkinin geçerliliği açısından mutlak suretle yazılı olarak verilmesi için herhangi bir kanuni zorunluluk bulunmamaktadır.

Bu konuda Yunanistan ve Avusturya hukukları yetkinin yazılı şekilde verilmesini ararken, Fransız, İngiliz, İsviçre, Finlandiya ve İtalyan hukuklarında verilecek yetkinin herhangi bir şekle tâbi olmadığı öngörülmektedir⁸⁸. Alman hukuku ise yetkinin sözleşmenin yapılacağı şekilde verilmesi gerektiğini açıkça düzenleme altına almaktadır⁸⁹.

Öte yandan verilecek yetkinin içerik ve kapsamına ilişkin olarak, temsilcinin genel olarak tahkim anlaşması akdedebilmekle yetkili olduğuna ilişkin bir ifade yeterli sayılıp, yapılacak her bir anlaşma için ayrıca bu yetkinin verilmesi gerekmeyecektir⁹⁰.

⁸⁵ Işık, s. 27; Esen, Şekil, s. 112; H. Ercüment Erdem, "Temsilciler Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları ve Özel Yetki Meselesi", Ekim 2018, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/temsilciler-araciligiyla-akdedilen-tahkim-anlasmalari-ve-ozel-yetki-meselesi/> E.T. 1.3.2019, ("Temsilci").

⁸⁶ Oğuzman/Öz, s. 224. Aynı görüşte bkz. Işık, s. 31.

⁸⁷ Işık, s. 29.

⁸⁸ İlgili hukukların kanun maddelerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Işık, s. 29-31.

⁸⁹ Huysal, Temsile Uygulanacak Hukuk, s. 68.

⁹⁰ Işık, s. 22.

3.2.4. Yetkisizlik İtirazlarında Uygulanacak Hukuk

Yetkisizlik itirazlarının ileri sürülmesi hailinde tenfiz mahkemesinin uygulanacak hukuku tespit etmek için öncelikle yetki meselesini vasıflandırması gerekmektedir. Yetki meselesinin vasıflandırması konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır⁹¹. Kategorize edecek olursak, bu konuda dört ana görüş olduğunu söylemek mümkündür:

- (i) Yetkinin ehliyeteye uygulanacak KİK uyarınca belirlenmesi,
- (ii) Yetkinin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak KİK uyarınca belirlenmesi,
- (iii) Yetkinin temsil statüsü uyarınca belirlenmesi,
- (iv) Yetkinin maddi hukuk kuralları uyarınca belirlenmesi.

Aşağıda bu görüşler detaylı olarak açıklanacak ve ek olarak tahkim anlaşmasına yönelik yetkisizlik itirazlarının hangi hallerde mahkemeler nezdinde dürüstlük kuralı bariyerine çarptığına değinilecektir.

3.2.4.1. Yetkinin Ehliyeteye Uygulanacak KİK Uyarınca Belirlenmesi

Yetkiye uygulanacak hukuk açısından özellikle yabancı doktrinde savunucu bulan ilk görüşe göre tahkim anlaşmasını yapma yetkisi tahkim anlaşmasının ehliyetine uygulanacak KİK uyarınca belirlenmelidir⁹².

Türk doktrininde de bu görüşün savunucuları bulunmaktadır. Örneğin, Akıncı yetkiye uygulanacak hukuk ile ehliyeteye uygulanacak hukukun aynı olduğuna dikkat çekmekte, NYK m. V/1(a)'nın orijinal metninde yer alan "incapacity" ifadesinin, her ne kadar Türkçe metne "ehliyetsizlik" olarak çevrilse de hem ehliyetsizliği hem de yetkisizliği kapsadığını savunmaktadır⁹³. Akıncı'ya ek olarak İlhan da yetkinin ehliyetsizlik içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁹⁴.

⁹¹ Işık, s. 74.

⁹² Bu yönde 6850 No.lu ICC Kararı; Born, Arbitration, s. 628, dn. 788; Lew/Mistelis/Kröll, s. 141, 708.

⁹³ Akıncı, s. 372.

⁹⁴ İlhan, s. 132.

3.2.4.2. Yetkinin Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak KİK Uyarınca Belirlenmesi

İkinci görüş uyarınca tahkim anlaşması yapma yetkisinin, ehliyet kapsamında değerlendirilmesi mümkün gözükmemekte olup, yetkinin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre belirleneceği kabul edilmektedir. Özellikle İsviçre ve İtalya mahkemelerinin tahkim anlaşması yapma yetkisini tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk doğrultusunda tespit ettiklerine rastlanmaktadır⁹⁵

Türk doktrininde de Esen, yetkiyi tahkim anlaşmasının esasına ait görmektedir. Esen'in görüşüne göre temsil yetkisinin kapsamı yetkiyi veren tarafın iradesinin bir yansımasıdır. Dolayısıyla temsil olunanın temsil edeni tahkim anlaşması yapma hususunda özel olarak yetkilendirmemesi, esasen temsil olunanın tahkim anlaşması yapma hususunda bir iradesinin olmadığını göstermektedir ve bu nedenle tahkim anlaşması esasa ilişkin nedenlerle geçersiz olmaktadır⁹⁶.

Bu görüşe göre temsil olunan, temsilciye tahkim anlaşması akdetmesi yönünde özel olarak yetki vermeyerek iradesini tahkim anlaşmasının akdedilmemesi yönünde açıklasa da, yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu askıda hükümsüz tahkim anlaşmasını dilerse onayabilir ve anlaşmayı geçerli hale getirebilir. Bu onay herhangi bir şekle tâbi olmadığı için örneğin temsil olunanın tahkim anlaşmasını ifa etmek yönünde hareketlerde bulunması da onay anlamına gelebilir⁹⁷.

3.2.4.3. Yetkinin Temsil Statüsü Uyarınca Belirlenmesi

Yetkiye uygulanacak hukuk bakımından bizim de savunduğumuz görüş, yukarıda da belirtildiği gibi bunun taraf ehliyeti ya da sözleşmenin esastan geçerliliği ile ilgili bir husus olmadığını belirtmektedir. Bu üçüncü görüş, tahkim anlaşmasında yetkiye uygulanacak hukukun temsil sta-

⁹⁵ Bkz. Işık, s. 103-104'te belirtilen İsviçre Federal Mahkemesi, İtalyan Temyiz Mahkemesi ve Londra Patent Mahkemesi kararları.

⁹⁶ Esen, Yetkisiz Temsil, s. 386-387.

⁹⁷ Esen, Yetkisiz Temsil, s. 386-387, 401.

tüsüne⁹⁸ göre vasıflandırılması gerektiğini savunmaktadır⁹⁹. Dolayısıyla bir tenfiz yargılamasında yetkisizlik itirazı yapıldığında hâkimin kendi ülkesinin KİK'i uyarınca temsile uygulanacak bağlama kuralına bakması, buna göre uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekmektedir.

Gerçekten de her ne kadar tahkim yargılamasında hakemler tahkim yerinin KİK'i ile bağlı değilseler de¹⁰⁰, tenfiz yargılamasında devlet mahkemeleri *lex fori*'nin bağlama kurallarını dikkate almaktadır¹⁰¹. Türkiye'de yürütülen bir tenfiz davasında yapılacak yetki itirazlarında da, Türk mahkemelerinin MÖHUK hükümlerini yetki vasıflandırmasında uygulaması yerinde olacaktır. MÖHUK içeriğine baktığımızda MÖHUK m. 30 temsil bakımından özel bir bağlama kuralı getirmektedir.

MÖHUK m. 30/1'e göre, temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkide aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk esas alınacaktır. Ancak bu sadece temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiyi düzenlemektedir. Bizim açımızdan önemli olan temsil olunan ile üçüncü kişiler arasındaki ilişki olup, bu husus hükmün devamında düzenlenmektedir¹⁰². MÖHUK m. 30/2'ye göre, temsilcinin eylemleri ile temsil olunanın üçüncü kişilere karşı hak ve borç yüklenip yüklenmediği hususuna temsilcinin işyeri hukuku uygulanacaktır. MÖHUK m. 30/3 uyarınca Temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisi, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

Görüldüğü gibi, temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması akdetmek için özel olarak yetkilendirilmesinin gerekip gerekmeyeceği, öncelikle temsilcinin işyerinin bulunduğu yer hukukuna göre belirlenecektir. Örneğin eğer tahkim anlaşmasını akdedecek temsilcinin işyeri

⁹⁸ Gülören Tekinalp'in temsil statüsüne ilişkin deyimi "Yetkinin Etki Alanı Hukuku" şeklindedir. Bkz. Gülören Tekinalp, Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi, İstanbul 1977, s. 39.

⁹⁹ Özel, Engel, s. 315; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 412.

¹⁰⁰ Işık, s. 114; Fouchard/Galliard/Goldman, s. 247; Redfern/Hunter, s. 234; Esen, Teşmil, s. 67.

¹⁰¹ Işık, s. 118.

¹⁰² Işık, s. 119.

Türkiye’deyse, Türk hukukunda yer alan, aşağıda da ayrıntılı olarak açıklanacak olan, TBK m. 504/3 hükmü gereğince temsilcinin tahkim anlaşması akdetmek hususunda özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekecektir.

Öte yandan MÖHUK m. 30/2’nin devamında, temsilcinin işyerinin bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği yahut yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı ülke hukukunun esas alınacağı, MÖHUK 30/3’te ise temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil olunanın işyerinin bulunduğu yer hukukuna bakılacağı düzenlenmiştir¹⁰³. MÖHUK bu şekilde öngörülemeyen bir hukukun uygulanmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır¹⁰⁴.

Buna örnek verecek olursak, şayet tahkim anlaşmasını akdedecek temsilcinin işyeri İngiltere’deyse, İngiliz hukukunda temsilciye tahkim anlaşması yapmak için özel bir yetki verilmesi aranmasa da, eğer temsil yetkisini Türkiye’de kullanırsa, Türk hukuku esas alınacak ve TBK m. 504/3 hükmü gereğince temsilcinin özel yetki ile donatılması gerekecektir¹⁰⁵.

Dolayısıyla bizim de katıldığımız görüş uyarınca tenfiz yargılamasında yapılacak yetkisizlik itirazlarında hâkimin yetki meselesinin vasıflandırmasını *lex fori*’nin temsile ilişkin bağlama kuralı olan MÖHUK m. 30 uyarınca yapması gerekmektedir¹⁰⁶.

3.2.4.4. Yetkinin Lex Fori’nin Maddi Hukuk Kuralları Uyarınca Belirlenmesi

Bazen de mahkemeler tarafından tahkim anlaşmasının yapılmasında taraflardan birinin yetkisiz bulunduğu ilişkin itirazlara, hiç yetkiye

¹⁰³ Işık, s. 119; Huysal, *Temsile Uygulanacak Hukuk*, s. 171.

¹⁰⁴ Huysal, *Temsile Uygulanacak Hukuk*, s. 195.

¹⁰⁵ Işık, s. 29 vd.

¹⁰⁶ Diğer ülke hukuklarının da MÖHUK m. 30’a paralel düzenlemeler içerdiğine ilişkin bkz. Işık, m. 119-120.

uygulanacak hukuku belirlemeksizin, doğrudan *lex fori*'nin maddi hukuk kurallarının uygulandığına rastlanmaktadır¹⁰⁷.

Fransız doktrininde bu ihtiyacın uluslararası ticaretin gereklerinden kaynaklandığı, KİK yerine maddi hukuk kurallarının uygulanmasının yerinde olduğu savunulmakta, tahkim anlaşması yapmak için temsilcilerin özel olarak yetkilendirilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir¹⁰⁸. Bu görüş tahkimi uluslararası ticaret uyuşmazlıklarında olağan çözüm yöntemi olarak benimsemektedir.

Türk hukukunda da Nomer'e göre temsilcinin özel yetkisini düzenleyen TBK m. 504/3 hükmü kamu düzeninden olan emredici bir kural olduğundan gerek tahkim yargılamasında hakemlerce gerekse iptal davası ya da tenfiz yargılamasında mahkemece resen nazara alınmalıdır¹⁰⁹.

Yargıtay da bazı kararlarında TBK m. 504/3 hükmünü (ve iradi temsilcinin avukat olması halinde gidilecek özel hüküm olan HMK m. 74'ü) yetkiye uygulanacak hukuku hiç tartışmaksızın doğrudan uygulamaktadır¹¹⁰.

YHGK'nın bir kararında ise, Nomer'in görüşüne paralel olarak özel yetki kuralının kamu düzeninden olan emredici bir kural olduğu belirtilerek doğrudan uygulanmıştır¹¹¹. Söz konusu YHGK kararına konu olayda, ilk derece mahkemesi yetkisiz temsilci tarafından imzalanan tahkim anlaşmasını geçersiz saymış, ancak Yargıtay asıl sözleşmenin daha sonradan yetkili olan bir temsilci tarafından ifa edilerek kabul edildiğine değinerek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesince önceki kararda direnilmesi üzerine YHGK önüne gelen olayda YHGK ise mahkemenin gerekçesini haklı bularak kamu düzeninden olan özel yetki kuralının uygulanması gerektiğini, dolayısıyla özel yetki ile donatıl-

¹⁰⁷ Işık, s. 122.

¹⁰⁸ Fouchard/Galliard/Goldman, s. 247-250.

¹⁰⁹ Nomer, Geçerlilik, s. 7-8; Kuru, Cilt II, s. 1283.

¹¹⁰ Y. 19. HD. E. 2007/380 K 2007/5114 T. 21.5.2007; YHGK. E. 2011/11-742 K. 2012/82 T. 22.2.2012 (Kazancı, E.T. 10.02.2019).

¹¹¹ YHGK. E. 2000/19-1122 K. 2000/1256 T. 11.10.2000 (Kazancı, E.T. 10.02.2019).

mayan bir temsilcinin imzaladığı tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu belirterek mahkemenin direnme kararını onamıştır.

Türk doktrinde Özel ve Esen tarafından bu karar haklı olarak eleştirilmiştir¹¹². Özel' e göre, öncelikle mahkemece yetkinin vasıflandırılması gerekmekte ve MÖHUK m. 30 uyarınca temsilcinin işyeri Türkiye değilse veya temsil yetkisi fiilen Türkiye'de kullanılmamışsa artık özel yetkiye ilişkin TBK hükmünün uygulanmayacaktır¹¹³.

Bize göre de, tenfiz yargılamasını yürüten mahkemenin temsilcinin yetkisizliği itirazı ile karşılaştığında öncelikle temsil yetkisini vasıflandırması ve ardından ilgili bağlama kuralı olan MÖHUK m. 30 uyarınca hangi hukukun uygulanacağını tespit etmesi icap etmektedir¹¹⁴. Buna göre, örneğin temsilcinin özel yetki aramayan bir ülkede işyeri varsa, yetki fiilen Türkiye'de de kullanılmamışsa artık Türk hukukunun uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ancak Türkiye'de işyeri olan ya da fiilen yetkiyi Türkiye'de kullanan temsilcinin Türk hukukuna göre özel yetkilendirilmesi aranmalıdır.

Kaldı ki, YHGK kararına konu olayda asıl temsil yetkisi bulunan kimsenin anlaşmayı ifa yönünde hareketlerde bulunduğu göz önüne alındığında, bir alt başlıkta açıklanacak olan dürüstlük kuralı gereğince de yetkisizlik itirazının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinin değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Zira anlaşmanın ifası ile karşı yan nezdinde haklı bir güven yarattıktan sonra, tarafın yetkisiz olarak temsil olunduğundan bahisle tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi, hele ki bunu ilk defa tenfiz yargılamasında dile getirmesi, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle bize göre söz konusu itiraz hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında hukuken korunmamalıdır.

¹¹² Özel, Engel, s. 315 vd.; Esen, Yetkisiz Temsil, s. 395 vd.

¹¹³ Özel, Engel, s. 316.

¹¹⁴ Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 77.

3.2.4.5. Dürüstlük Kuralının Etkisi

Son olarak mahkemeler tarafından tahkim anlaşmasının yapılmasında taraflardan birinin yetkisiz bulunduğuna ilişkin itirazların dürüstlük kuralı uyarınca da değerlendirildiği görülmektedir¹¹⁵. Doktrinde de ehliyet ya da yetkiye ilişkin itirazı ilk defa tenfizde ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği kabul edilmektedir¹¹⁶.

Yargıtay'ın dürüstlük kuralını göz önüne alarak verdiği isabetli kararları bulunmaktadır. Örneğin 2004 tarihli bir kararında Yargıtay, vekilin tahkim anlaşması yapma konusunda özel olarak yetkilendirilmediği, bu nedenle de yapılan tahkim anlaşmasının geçerli olmadığına dair itirazın ilk defa tenfiz aşamasında yapılmış olmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını dile getirmiştir¹¹⁷.

Yargıtay, kanaatimizce de isabetli olarak, temsil olunan şirketin yetkisiz bir temsilci tarafından tahkim anlaşması yapıldığı bilgisini edinir edinmez durum hakkında karşı tarafı bilgilendirmesi gerektiği, aksi hâlde sessiz kalırsa bunun tahkim anlaşmasını benimsediği ve zımni olarak onayladığı anlamına geleceğini kabul etmektedir¹¹⁸.

Buna karşılık Yargıtay'ın dürüstlük kuralını hiç dikkate almaksızın tahkim anlaşmasını geçersiz saydığı bazı hatalı kararlar da bulunmaktadır. Örneğin bir karara konu olayda tahkim anlaşması X Limited ile imzalanmış ancak tahkim yargılaması X Anonim Şirketi ile yürütülmüş, tenfize kadar bu konuda bir itirazda bulunulmamıştır. Yargıtay, tahkim anlaşmasının X Anonim Şirketi yerine X Limited ile yapıldığı ve X Limited'in X Anonim Şirketi adına sözleşme yapma yetkisi bulunmadığı için X Anonim Şirketi'nin tahkim anlaşması ile bağlı olmadığı sonucuna ulaşmış ve

¹¹⁵ Işık, s. 122; Lew, s. 121; Born, Arbitration, s. 636.

¹¹⁶ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 427.

¹¹⁷ Y. 11. HD. E. 2003/6774 K. 2004/3751 T. 09.04.2004 (Kazancı, E.T. 05.02.2019). Bkz. Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 428-429. Karar atfı için bkz. Ekşi, Incorporation, s. 69-70, dn. 173.

¹¹⁸ Y. 11. HD. E. 2000/9903 K. 2001/1170 T. 13.2.2001; aynı yönde Y. 19. HD. E. 2002/2249 K. 2002/7219 T. 7.11.2002 (Kazancı, E.T. 12.02.2019).

husumet yokluğundan tenfiz talebini reddetmiştir¹¹⁹. Bu karar doktrinde de eleştiri konusu olmuştur¹²⁰.

Gerçekten de, özellikle pek çok şirketi bünyesinde barındıran grup şirketlerde, uygulamada tahkim anlaşması müzakerelerini yürüten şirket ile tahkim anlaşmasını yapan şirketin farklı olması durumları ile karşılaşlabilmektedir. Bu durumda yukarıda da açıklanan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi hakkın kötüye kullanılması kapsamında dikkatlice uygulanmalı, karşı taraf nezdinde yaratılan güvenin kötüye kullanılmasının önüne geçilmelidir. Biz de bu yönleriyle anılan Yargıtay kararının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

3.3. TÜZEL KİŞİLERDE TEMSİL

3.3.1. Ultra Vires Yasağının Kalkışının Etkisi

Yukarıda da değinildiği gibi ETK m. 137 uyarınca ticaret şirketlerinin hak ehliyeti sadece şirketin faaliyet alanı ile sınırlandırılmıştı ve bir işlem faaliyet alanı ile doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantılı değilse, bir başka deyişle *ultra vires* ise, şirketi bağlamıyordu. Ancak TTK m. 125 ile *ultra vires* yasağı kalkmıştır¹²¹. Bunun bir sonucu olarak, artık şirketin hak ehliyeti yönünden herhangi bir sınırlamaya tâbi olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

TTK'nin yeni düzenlemesi, hak ehliyetine herhangi bir sınır getirmemekle birlikte, iç ilişkide temsil yetkisine bir sınır getirilmiştir. Şöyle ki, anonim şirketlerin temsilini düzenleyen TTK m. 371¹²², şirketi temsile yetkili kişilerin kural olarak şirketin amacına ve işletme konusuna giren işleri yapabileceklerini, ancak bu kapsamın dışında yapılan işlemlerin de üçüncü kişilerin işlemin şirketin işletme konusu dışında olduğunu bil-

¹¹⁹ Y. 11. HD. E. 1990/2931 K. 1991/6828 T. 7.11.1989. Karar atfı için bkz. Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 414, dn. 496; Işık, s. 129.

¹²⁰ Işık, s. 129-130.

¹²¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 384.

¹²² Söz konusu madde TTK m. 629'un atfı ile limited şirketler için de geçerlidir.

mesi ya da bilebilecek durumda olması hâlleri hariç şirketi bağlayacağını düzenlemiştir.

Görüldüğü üzere ETK m. 137 hükmüne karşılık getirilen TTK m. 125 ile ultra vires yasağının kaldırılması suretiyle hak ehliyeti önünde hiçbir sınırlama kalmamışsa da, TTK m. 371, şirketin amacına ve işletme konusuna giren işler bakımından, temsil yetkisine sınır çekmektedir.

Yine de söz konusu sınır sadece iç ilişkiyi düzenlemektedir. Buna göre, işletme konusunun dışında yapılan işlemlerde temsil yetkisinin aşılması söz konusu olsa da üçüncü kişilerin durumu bildiğinin ya da bilmesi gerektiğinin ispatlanmadığı hâllerde işletme konusunun kapsamı dışında yapılan işlem şirketi bağlayacaktır¹²³. Şirket ancak işlemin işletme konusunun dışında olduğunu üçüncü kişinin bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispat ettiği takdirde işlem ile bağlı olmayabilecektir.

Kaldı ki Işık'ın da isabetle belirttiği gibi, tahkim anlaşmasının dayandığı asıl sözleşmenin şirketin işletme konusunun dışında kaldığı ve üçüncü kişilerin bunu bildiği hâllerde dahi şirket asıl sözleşme ile bağlı olmayacaksa da tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ve asıl sözleşmeden ayrılabilirliği nedeniyle ayakta kalacağını söylemek mümkündür¹²⁴.

3.3.2. Tahkim Anlaşmasının Ticaret Şirketlerinin Organları Aracılığıyla Yapılması

Yine değinildiği gibi, organlar, bir aracı olmayıp, tüzel kişinin hukuk hayatına iştirakini sağlayan kişi ya da kişilerdir¹²⁵. Organlar işlem yaparken bizzat asıl sıfatıyla tüzel kişiyi borç altına soktuklarından organların iradesi tüzel kişinin iradesini oluşturur¹²⁶.

Bu kapsamda tüzel kişilerin organları tarafından yapılan tahkim anlaşmaları bizzat “asıl sıfatıyla” tüzel kişi tarafından yapılmış kabul edilerek tüzel kişiliği bağlayacaktır. Bu nedenle organların tahkim anlaşmasını

¹²³ Işık, s. 36-37.

¹²⁴ Işık, s. 4.

¹²⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 303.

¹²⁶ Aydemir, s. 262.

imzalamak için özel olarak yetkilendirilmeleri şartı aranmaz. Organın MÖHUK m. 9 gereğince tüzel kişinin statüsündeki idare merkezi hukukuna göre sözleşme yapma yetkisini haiz olması tahkim anlaşması akdedebilmesi için yeterli kabul edilir¹²⁷.

Anonim şirketlerde şirketi üçüncü kişilere karşı temsile yetkili organ yönetim kurulumdur. Kural olarak yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa TTK m. 370/1 uyarınca şirketi çift imza ile temsil eder¹²⁸. Eğer şirkette çift imza ile temsil yükümlüğü bulunuyorsa, şirket yetkililerinden birinin tek başına imzaladığı tahkim anlaşmasına dayanan tenfiz istemleri de Yargıtay tarafından reddedilmektedir¹²⁹. Yine Yargıtay bir başka kararında şirketin yalnızca yönetim kurulu üyelerinden biri tarafından yapılmış tahkim anlaşmasının şirketi bağlamayacağına hükmetmiştir¹³⁰. Bu tür durumların baştan önüne geçmek adına henüz tahkim anlaşmasının akdedilmesine ilişkin müzakere safhasında anlaşmaya taraf olacak tüzel kişinin imza sirküleri yahut yetkilendirme belgelerinin talep edilmesi yerinde olacaktır.

Bununla birlikte yönetim kurulu bu yetkisini bizzat kullanmak zorunda olmayıp, kendi üyeleri arasından (murahhas üye) veya dışarıdan kimseleri (müdür) temsile yetkili kişi olarak belirleyebilir¹³¹. Bu kimseler de yönetim kurulu gibi şirketi temsil ve ilzama yetkili olduklarından TBK m. 504/3 uyarınca özel olarak yetkilendirilmeksizin tahkim anlaşması yapabilirler. Ancak bazen de şirketler salt bir işlemi yapmak üzere daha önce imza yetkilisi olarak yetkilendirmedikleri bir kişiyi yetkilendirebilirler. Bu durumda da iradi temsilci sıfatını taşıyan bu kimsenin TBK m. 504/3 uyarınca özel olarak yetkilendirilmesi gerekecektir.

Limited şirketlerde ise tahkim anlaşması yapmaya yetkili organ müdürler kurulumdur. TTK m. 623/1 uyarınca şirket sözleşmesi ile şirketin temsili için ortaklara ya da bunlardan birine/birkaçına ya da üçüncü ki-

¹²⁷ Işık, s. 14.

¹²⁸ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri, s. 413; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 384.

¹²⁹ Y. 11. HD. E 1998/9679.K. 1999/4500 T. 26.5.1999 (Kazancı, E.T. 06.02.2019).

¹³⁰ Y. 11. HD. E. 1997/711 K. 1997/2662 T. 10.04.1997. Kararın konu ile ilgili kısmı için bkz. İlhan, s. 136.

¹³¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 385.

şıye yetki verilir ve bu kimseler özel bir yetkiye hacet olmaksızın limited şirketi temsilen tahkim anlaşması yapabilirler¹³².

Kolektif şirketlerde temsile yetkili kişiler kural olarak ortaklardan her biri olup, şirket sözleşmesinde veya ortakların çoğunluğu ile bu yetki ortaklardan birine veya birkaçına verilebilir (TTK m. 218)¹³³. Dolayısıyla bu kimseler özel olarak yetkilendirilmeleri gerekmeksizin tahkim anlaşması yapabilirler¹³⁴.

Kolektif şirketlere yapılan atıfla (TTK m. 317) komandit şirketlerde de tahkim anlaşması yapma yetkisi kural olarak komandite ortağa aittir ve bu kimseler TBK m. 504/3 kapsamında özel yetkiyle donatılmaksızın tahkim anlaşması yapabilirler.¹³⁵

Özel hukuk tüzel kişilerinden dernek ve vakıflar da organları vasıtasıyla özel bir yetkiye lüzum olmaksızın tahkim anlaşması akdedebilirler¹³⁶.

3.3.3. Tahkim Anlaşmasının Ticaret Şirketlerinin Temsilcisi Aracılığıyla Yapılması

Yukarıda da belirtildiği gibi tüzel kişilerin bütün işlem ve eylemlerini organları vasıtasıyla yerine getirme zorunluluğu bulunmamaktadır¹³⁷. Nitekim TTK m. 371/7 uyarınca anonim şirketlerde temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyeleri ile şirkete hizmet akdiyle bağlı olanların, sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcısı olarak şirkete yönetim kurulu tarafından atanabileceği hüküm altına alınmıştır¹³⁸.

¹³² Işık, s. 49.

¹³³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 240.

¹³⁴ Işık, s. 50 vd.

¹³⁵ Işık, s. 52; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 282.

¹³⁶ Aydemir, s. 264.

¹³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 307.

¹³⁸ TTK m. 629/1 atfı ile anonim şirket hükümleri limited şirketlerde de uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla limited şirkette de şirketi temsil etmek üzere ticari temsilci veya ticari vekil atanabilmektedir.

Fıkranın ilk bölümünde yer alan “temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyeleri”, TTK m. 370/2 ve 371/7 uyarınca delegasyon ile dışarıda bırakılan, yani temsil yetkisi elinden alınan yönetim kurulu üyeleridir. Hükme göre bu kimselerle şirket çalışanları sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcısı olarak şirkete atanabilir. Üst başlık olarak “tacir yardımcıları”, kendi içinde bağımlı ve bağımsız tacir yardımcılarını olarak ayrılırlar.

Bağımlı tacir yardımcılarının ilk olarak ele alacağımız ve TBK m. 547 vd maddelerde düzenlenen ticari temsilci, tüzel kişinin organları tarafından atanır ve ticaret siciline tescil edilir. Bu kimse işletme amacına giren her türlü işlemi yapmaya yetkili olup, tacirin *alter egosu* olarak nitelendirilir ve en geniş yetkili bağımlı tacir yardımcısı kabul edilir¹³⁹. Ticari temsilci kural olarak işletmenin amacına giren her türlü olağan ve olağanüstü işleri yapmaya yetkili olduğundan TTK m. 549 uyarınca temsil yetkisi sınırlandırılmamış ise kural olarak tahkim anlaşması yapmaya yetkili olduğu kabul edilir¹⁴⁰. Nitekim Yargıtay’ın da kararları bu yöndedir¹⁴¹. Bununla birlikte TTK m. 370/2 ve 371/7 kapsamında atanan ticari temsilci ve diğer tüm tacir yardımcılarının yetkileri hükmün lafzında da belirtildiği gibi “sınırlı” bir yetki olup kapsamının ve dolayısıyla verilecekse tahkim anlaşması yapma yetkisinin TTK m. 367’ye göre hazırlanacak iç yönergede belirtilmesi gerekmektedir¹⁴².

İkinci olarak ele alacağımız bağımlı tacir yardımcılarının ticari vekilin ise ticari temsilciye göre daha dar bir temsil yetkisi bulunmaktadır¹⁴³. Ticari vekil TBK m. 551 uyarınca işletmenin alışılmış işlerini yönetmeye yetkili olup açıkça yetkili kılınmadıkça dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez¹⁴⁴. Bu bağlamda ticari vekilin tahkim anlaşması akdetmek

¹³⁹ Aydemir, s. 274; Işık, s. 54 vd.

¹⁴⁰ Sami Karahan, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2015, s. 340; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2018, s. 188; Aydemir, s. 276; Işık, s. 45; Erdem, Yetki.

¹⁴¹ Y. 19. HD. E. 2010/8903 K. 2010/11932 T. 25.10.2010; Y. 11. HD. E. 1997/11 K. 1997/2662 T. 10.4.1997. Kararların konu ile ilgili kısmı için bkz. Aydemir, s. 279.

¹⁴² Işık, s. 45.

¹⁴³ Ticari temsilci ile ticari vekil arasındaki farkları açıklayan YHGK. kararı için bkz. YHGK. E. 2011/12-549 K. 2011/644 T. 19.10.2011 (Kazancı, E.T. 11.02.2019).

¹⁴⁴ Karahan, s. 349; Arkan, s. 189.

için bu hususta özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir, aksi halde ticari vekilin tüzel kişiyi bağlayıcı tahkim anlaşması yaptığından söz edilemez¹⁴⁵.

Bağımlı tacir yardımcılarında son olarak inceleyeceğimiz pazarlamacı, TBK m. 448 vd.'de düzenlenmiş olup, en basit tanımıyla bir işletmenin mal ve hizmetlerinin daha geniş kesimlere ulaşması için faaliyet gösteren kişidir¹⁴⁶. TBK m. 452 uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça pazarlamacı sadece işlemlere aracılık eder. Kendisine işlem yetkisi yazılı olarak verilmelidir ve bu yetki verilmişse dahi söz konusu işlerin icrası için gereken olağan işleri kapsar¹⁴⁷. Söz konusu hükümler ışığında pazarlamacının ancak taraflar arasındaki sözleşmede tahkim anlaşması akdedebileceğinin özellikle ve açıkça belirtilmesi hâlinde tüzel kişi adına tahkim anlaşması yapabileceği, aksi halde tüzel kişinin söz konusu anlaşma ile bağlı olmayacağı kabul edilmelidir¹⁴⁸.

Bağımsız tacir yardımcılardan ilk inceleyeceğimiz acenteye gelecek olursak, acente belirli bir komisyon karşılığında tacir adına işlem yapan, aslında kendi nam ve hesabına çalışan kişidir¹⁴⁹. TBK m. 107 uyarınca acente özel yetki olmaksızın sözleşme yapma yetkisine sahip olmadığından ve yetkinin acente tarafından tescil ve ilanı zorunlu tutulduğundan¹⁵⁰, acentenin tüzel kişiyi bağlayıcı bir tahkim anlaşması yapabilmesi için kendisine hem tahkim anlaşması yapmak hususunda özel yetki verilmesi hem de bu yetkinin yazılı olması gerekmektedir¹⁵¹. Yargıtay da bu konuda vermiş olduğu bir kararda acentelerin temsil ettiği kişi adına tahkim anlaşması yapabilmek için bu hususta hem özel hem de yazılı olarak yetkilendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁵².

¹⁴⁵ Aydemir, s. 283; Erdem, Yetki; Işık, s. 60-61.

¹⁴⁶ Aydemir, s. 283; Karahan, s. 333; Arkan, s. 200.

¹⁴⁷ Karahan, s. 356.

¹⁴⁸ Işık, s. 62; Aydemir, s. 284-285.

¹⁴⁹ Karahan, s. 361.

¹⁵⁰ Karahan, s. 363.

¹⁵¹ İlhan, s. 134.

¹⁵² YHGK. E. 2011/11-742 K. 2012/82 T. 22.02.2012 (Kazancı, E.T. 11.02.2019).

Yine bağımsız tacir yardımcısı olan ve TBK m. 532 uyarınca vekâlet hükümlerine tâbi tutulan komisyoncunun da tahkim anlaşması yapmak için özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir¹⁵³. Komisyoncu belirli bir ücreti mukabil vekâlet verenin hesabına alım satım yaptığı için ancak özel olarak tahkim anlaşması akdetme yetkisi bulunuyorsa tahkim anlaşması yapabilir¹⁵⁴. Bu konuda Işık aksi görüşte olup, komisyoncunun doğrudan değil dolaylı temsil yetkisinin olduğunu ve çoğu zaman üçüncü kişinin karşısındakinin komisyoncu olduğundan dahi habersiz olduğunu savunmaktadır. Bu nedenle Işık'a göre kural olarak komisyoncunun tahkim anlaşması yapması mümkün olmayıp, komisyoncuya TBK m. 504/3 kapsamında özel yetki verilmesi hâlinde komisyoncunun, komisyonculuk ilişkisinin yanında, ayrıca iradi bir temsilci olarak tahkim anlaşması yapabileceğini ifade etmektedir. Sonuç olarak kanaatimizce söz konusu ayırım teorik olup, TBK m. 504/3 kapsamında yetkilendirilmesi hâlinde komisyoncunun tüzel kişi adına tahkim anlaşması akdedebileceğinin kabulü gerekmektedir.

Simsarlık sözleşmesine ise TBK m. 520 uyarınca niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekâlete ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁵⁵. Ancak simsar sözleşme kurulmasına yardımcı ve aracılık eden bir tacir yardımcısı olup yetkisi sadece bununla sınırlıdır¹⁵⁶. Dolayısıyla simsarın taraflardan herhangi birini temsil yetkisi yoktur ve o taraf adına tahkim anlaşması akdedilmesi de aynı sebepten ötürü mümkün değildir¹⁵⁷.

¹⁵³ Aydemir, s. 289; Erdem, Yetki.

¹⁵⁴ Aydemir, s. 287.

¹⁵⁵ Arkan, s. 203-204.

¹⁵⁶ Işık, s. 53.

¹⁵⁷ Aydemir, s. 286; Işık, s. 67. Bu konuda Erdem aksi görüşte olup, özel yetki verilmesi hâlinde simsarın tahkim anlaşması yapabileceğini belirtmektedir. Bkz. Erdem, Yetki.

SONUÇ

Görüldüğü gibi, tahkim yargılamasının özü ve hakemlerin yetkinin temeli olması nedeniyle tahkim yargılamasında olmazsa olmaz koşul tahkim anlaşması devlet yargısının bertaraf edilmesi suretiyle özel bir yargılama usulü olan tahkime gidilmesine olanak vermektedir. Bu nedenle tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde ve ehliyetli kimselerce akdedilmesi yabancı hakem kararlarının tenfizinin temel koşulunu oluşturmaktadır.

Bu kapsamda çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle yabancı hakem kararlarının tanınma ve tenfizi üzerinde durularak, tenfiz bakımından ana mevzuatın MÖHUK ve NYK olduğu, Anayasa m. 90 ve MÖHUK m. 1 gereğince NYK'nın *lex specialis* olarak öncelikli uygulandığına değinilmiştir. NYK'dan daha lehe hükümler içeren uluslararası anlaşmalar ile iç hukuk hükümlerinin dikkate alınacağına ilişkin NYK m. VII hükmünün, doktrinde kimi yazarlar tarafından tenfiz talebinin ister MÖHUK'a ister NYK'ya başvurulabileceği şeklinde yorumlanmasının hatalı olduğuna ilişkin görüşümüz savunulmuştur. Nitekim NYK m. VII taraflara tanınan bir serbesti değil, hâkime tanınan bir zorunluluk, olup bu husus yabancı doktrin ve içtihatlarla da teyit edilmiştir.

Sonrasında NYK'nın uygulama alanı ve Türkiye'nin koyduğu çekinçler açıklanarak, NYK ile MÖHUK'un tenfiz engelleri bakımından ufak farklılıklar harici paralel olduğu belirtilmiştir. İki mevzuat arasındaki en önemli fark olarak, NYK metninin orijinalinde tenfiz engelinin varlığı halinde tenfizin “*reddedilebileceği*” şeklinde hakime takdir yetkisi tanıyan

bir ifade bulunduğu, bunun Türkçe metne hatalı olarak “*reddolunur*” diye çevrildiğı ve MÖHUK’ta da bu şekliyle yer aldığına değinilmiştir.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğini ele aldığımız çalışmanın ikinci bölümünde, öncelikle tahkim anlaşmasının bağımsızlığı, kompetenz-kompetenz ve nispilik prensiplerine değinilmiş, kimi istisnai hâllerde tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kimselerin de tahkim anlaşması ile bağılı kabul edilmesinin mümkün olduğu açıklanmıştır. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili adı verilen bu durumda özellikle alacağın devri halinde tahkim anlaşmasının otomatik olarak devralana intikal edeceğine ilişkin doktrin yaklaşıma karşı çıkmıştır. Bu kapsamda alacak devrinde borçlunun rızası aranmadığı ve tahkim anlaşmasının bağımsızlığı dikkate alınarak devralan ile borçlunun tahkim anlaşması ile bağılı olmak için tahkim iradesi göstermesi gerektiğine ilişkin görüşümüz açıklanmıştır.

Sonrasında tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği kapsamında mutlak olamayan ve asimetrik tahkim anlaşmaları incelenmek suretiyle Yargıtay’ın tahkim iradesi konusundaki tutucu yaklaşımı eleştirilmiştir. Nitekim gerek doktrin, gerekse İsviçre, Fransa, Kanada, Singapur gibi kimi ülkeler bu anlaşmalara karşı çok daha liberal ve tahkim yanlısı bir tutum sergilemektedir. Kanaatimizce de bu anlaşmaların tahkim iradesi doğrultusunda geçerli addedilmesi gerekmektedir.

Tahkim anlaşmasının şekli kapsamında ise, bir maddi milletlerarası özel hukuk normu olan NYK m. II’deki yazılılık şartı incelenmiş, bu maddenin teknolojik gelişmeler gözetilerek geniş yorumlanması gerektiğı savunulmuştur. Tahkim anlaşmasının diline ilişkin olarak 805 sayılı Kanun’un uygulanabilirliği doktrin görüşleri ve Yargıtay uygulaması çerçevesinde tartışılmış, 805 sayılı Kanun m. 1 ile m. 2’nin arasındaki açık farklılık gereğı, taraflardan birinin yabancı olduğu hallerde tahkim anlaşmasının Türkçe olarak akdedilmesi zorunluluğı aranmaması gerektiğine değinilmiştir.

Tahkim anlaşması yapma ehliyetini konu alan üçüncü bölümde ise, ehliyet ve yetki kavramlarına değinilerek, Türkiye’de yürütölen bir tenfiz yargılamasında mahkemenin ehliyetin varlığını tenfiz yeri KİK’ine göre,

MÖHUK m. 9 uyarınca belirleyeceği, açıklanmıştır. Yetkiye uygulanacak hukuka ilişkin olarak ise kanaatimizce tenfiz yerinin temsile ilişkin KİK'i yani MÖHUK m. 30/2'in uygulanması gerektiği görüşümüz savunulmuştur. MÖHUK 30/2'ye göre yetkiye uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu hallerde TBK m. 504/3 hükmü gereğince temsilcinin özel yetki ile donatılması gerektiği, kanaatimizce bu yetkinin verilmesinin bir şekle tabi olmadığı açıklanmıştır.

Son olarak tahkim anlaşmasının tüzel kişilerin organları ve temsilcisi aracılığıyla akdedilmesi incelenmiştir. Tüzel kişilerin organları tarafından yapılan tahkim anlaşmalarının bizzat asıl sıfatıyla tüzel kişi tarafından yapılmış kabul edilerek tüzel kişiliğe isnat edileceği vurgulanmıştır. Tüzel kişinin organ harici bir iradi temsilci tarafından temsil edilmesi halinde ise, temsilcinin özel yetki ile donatılması gerekip gerekmeyeceğine ilişkin olarak, temsilcinin niteliğine göre değerlendirme yapılmış, bu kapsamda tacirin *alter egosu* olarak nitelendirilen ticari temsilcinin yetkisi sınırlandırılmamışsa kural olarak tahkim anlaşması yapmaya yetkili olduğu açıklanmıştır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya:** Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2016.
- AKINCI, Ziya:** Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, (“İnşaat Sözleşmeleri”).
- AKINCI, Ziya:** Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, (“Milletlerarası Ticari Hakem Kararları”).
- AKKANAT, Halil / ÇEKİN, Mesut Serdar:** “Borçlar Hukuku Perspektifinden Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşmelerde Tahkim Koşulunun Üçüncü Şahsa Etkileri”, İstanbul Kültür Üniversitesi HFD, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, s. 103-116.
- AKYOL, Şener:** Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009.
- ARKAN, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2018.
- ARTEKİN, Erol / KARATAŞ, İzzet:** Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997.
- AYDEMİR, Fatih:** Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- BARCELO III, John J.:** “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence–Competence in Transnational Perspective”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Sayı: 36, 2003, s. 1116-1136.
- BARLAS, Nami:** Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2016.

- BİRSEL, Mahmut T.:** “Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye”, Ege Üniversitesi HFD, Cilt: 1 Sayı: 1, 1980, s. 97-128, (“Tahkim ve Türkiye”).
- BLACKABY, Nigel / PARTASIDES, Contantine / REDFERN, Alan / HUNTER, Martin:** Redfern and Hunter on International Arbitration, New York 2009.
- BORN, Gary:** International Arbitration: Law and Practice, Kluwer Law International 2012, (“Law and Practice”).
- BORN, Gary:** International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 2009, (“Arbitration”).
- BRAY, Devin:** International Arbitration and Public Policy, New York 2015.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır:** Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2017.
- DAYINLARLI, Kemal:** Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri, Ankara 2019, (“Alacağın Devri”).
- DAYINLARLI, Kemal:** “Yabancı Hakem Kararlarının 2675 Sayılı Kanuna Göre Tenfizi”, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler – Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1984, s. 55-80.
- DEYNEKLİ, Adnan:** “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Cilt: 16, Özel Sayı: 2014, Basım Yılı: 2015, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 105-122.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile:** “Asimetrik Yetki Sözleşmeleri”, Bahçeşehir Üniversitesi HFD, Cilt: 11, Sayı: 145-146, Eylül – Ekim 2016, s. 417-458.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile:** Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2001, (“Kamu Düzeni”).
- DEMİRKOL, Berk:** “Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”, Galatasaray Üniversitesi HFD, Cilt: 325, Sayı: 2017/2, s. 325-354, (“Mutlak Olmayan Tahkim Anlaşmaları”).

- EKŞİ, Nuray:** Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013, (“Tanıma ve Tenfiz”).
- EKŞİ, Nuray:** Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul 2010, (“Incorporation”).
- EKŞİ, Nuray:** “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 1, Kış 2009, s. 54-74, (“ICC Tenfizi”).
- EKŞİ, Nuray:** İptal Edilmiş Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizi, İstanbul 2009, (“İptal”).
- ERDEM, H.ERCÜMENT:** “Temsilciler Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları ve Özel Yetki Meselesi”, Ekim 2018, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/temsilciler-araciligiyla-akdedilen-tahkim-anlasmalari-ve-ozel-yetki-meselesi/> E.T. 1.3.2019, (“Temsilci”).
- ERDEM, H.ERCÜMENT:** “Tahkim Yerinde İptal Edilen Hakem Kararlarının Tenfizi”, Haziran 2017, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/tahkim-yerinde-iptal-edilen-hakem-kararlarinin-tenfizi/> E.T. 1.3.2019, (“Hakem Kararlarının Tenfizi”).
- ERDEM, H.ERCÜMENT:** “Türk Hukukunda Tahkimde Temsil İçin Özel Yetki”, Aralık 2014, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/turk-hukukunda-tahkimde-temsil-icin-ozel-yetki/> E.T. 1.3.2019, (“Yetki”).
- ERDEM, H.ERCÜMENT:** “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Yazılılık Koşulu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXVI, Bildiriler – Tartışmalar, 14 Aralık 2012, s. 11-35.
- ERDOĞAN, Feyiz:** Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004.
- ERKAN, Mustafa:** “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal’a Armağan, Gazi Üniversitesi HFD, Cilt: 17, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2013, s. 535-562.

- ESEN, Emre:** “Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği” Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2017, s. 75-148, (“Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmaması”).
- ESEN, Emre:** Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişi Perdesinin Aranması, İstanbul 2011, (“Tüzel Kişi Perdesi”).
- ESEN, Emre:** “Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü’nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi’nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği”, İstanbul Kültür Üniversitesi HFD, Cilt: 9, Sayı: 2, Temmuz 2010, s.145-155, (“Tahkime Müracaat Hakkı”).
- ESEN, Emre:** Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul 2008, (“Teşmil”).
- ESEN, Emre:** “Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, MHB, Cilt: 28, Sayı: 1-2, Yıl: 2008, s. 65-114, (“Şekil”).
- 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 Kurulu Kararı”, MHB, Yıl: 23, 2003, s. 377-403, (“Yetkisiz Temsil”).
- EYÜBOĞLU, Ceren:** “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, s. 229-241.
- FALİ, Nariman S.:** “Some Thoughts on the Fortieth Anniversary of the New York Convention 1958”, International Arbitration Law Review 1998, s. 163-165.
- FOUCHARD, Philippe / GALLIARD Emmanuel / GOLDMAN Berthold:** Fouchard, Galliard, Goldman, International Commercial Arbitration, Düzenleme: Emmanuel Galliard & John Savage, Lahey, Kluwer Law International, 1999.
- GHARAVİ, Hamid G.:** The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award, Kluwer Law International 2002.

- GIRSBERGER, Daniel / HAUSMANINGER, Christian:** “Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate”, Arbitration International, Cilt: 8, Sayı: 2, 01.06.1992, s. 121-166.
- GÜLERCİ, Altan Fahri:** Milletlerarası Tahkim Sözleşmesi (MTK md. 4), Afyonkarahisar 2014.
- GÜRZUMAR, Osman Berat:** “Alacağın Devri ve Tahkim Anlaşması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, Yıl: 2016, s. 1257-1273.
- GÜVEN, Pelin:** Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2013.
- HILL, Jonathan:** The Law Relating to International Commercial Disputes, Hong Kong 1999.
- HUYSAL, Burak,** Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk (Mukayeseli Maddi Hukuk ve Kanunlar İhtilafı Kurallarına Birlikte), İstanbul 2015, (“Temsile Uygulanacak Hukuk”).
- HUYSAL, Burak,** Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010, (“Tahkime Elverişlilik”).
- IŞIK, Fatih:** Milletlerarası Ticari Takimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2015.
- İLHAN, Hüseyin Afşın:** Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Ankara 2016.
- KALELİOĞLU, Emel:** Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 1989.
- KALPSÜZ, Turgut:** Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010, (“Tahkim”).
- KALPSÜZ, Turgut:** “Hakem Kararlarının İcrası”, BATİDER, Cilt: 25, Sayı: 2, Haziran 2009, s. 4-24.
- KALPSÜZ, Turgut:** “Türk Hakem Kararı Kavramı”, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, s. 31-53, (“Türk Hakem Kararı”).
- KARAHAN, Sami:** Ticari İşletme Hukuku, Konya 2015.

- KORAL, Rabi:** “Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin İkili Anlamı”, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, s. 17-30, (“Hakem Kararlarının Milliyeti”).
- KORAL, Rabi:** “Milletlerarası Hakem Kararlarının Yeni Mevzuat Karşısında Tenfizi, Ex Contractu İfa Davası ve Yargıtay İçtihatları”, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, s. 81-118, (“Ex Contractu”).
- KORAL, Rabi:** Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Hıfzı Timur’un Anısı’na Armağan’dan Ayrı Bası, İstanbul 1979, s. 419-491, (“XV. Hukuk Dairesinin Eleştirisi”).
- KORAL, Rabi:** “Hakemlik Münasebetine İzafe Edilecek Yerlilik veya Yabancılaşma Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun Otorite Kanunu Kriteri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 42, Sayı: 1-4, 1977, s. 155-199, (“Otorite Kanunu”).
- KORAL, Rabi:** Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında Birleşmiş Milletler New York Konferansı ve 10 Haziran 1958 Tarihli Sözleşme, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 24, Sayı: 1-4’ten Ayrı Bası, İstanbul 1961, s. 3-67, (“New York Konferansı”).
- KÖLE, Mehmet:** “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul”, Dicle Üniversitesi HFD, Cilt: 21, Sayı: 34, 2016, s. 39-98.
- KURU, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, İstanbul 2001.
- KURU, Baki / YILMAZ, Ejder:** “Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması”, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler – Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, s. 187-205.
- LEVY, Daniel:** Les Abus de l’Arbitrage Commercial International, Paris 2015.

- LEW Julian D. M. / MİSTELİS Laukas A. / KRÖLL Stefan M.:** Comparative International Arbitration, Kluwer Law International, Lahey 2003.
- LEW, Julian D. M.:** The Law applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, ICCA Congress Series 1998, Kluwer Law International, s. 114-145.
- MANIRABONA, Amissi:** Extension de la Convention d'Arbitrage aux Non-Signataires en Arbitrage Impliquant les Sociétés en Groupement, Revue de Droit Université de Sherbrooke ("RDUS"), Cilt: 38, Sayı: 2, 2007-2008, s. 541-576.
- MOSES, Margaret L.:** The Principles and the Practice of International Commercial Arbitration, New York 2008.
- NAZİKOĞLU, Işık:** "Yabancı Memleket Mahkemelerinden Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi", AÜHFD, Sayı: 3, Cilt:7, Ankara 1950, s. 468-500.
- NOMER, Ergin:** Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2018, ("MUH").
- NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli:** Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I, İstanbul 2016.
- NOMER, Ergin:** Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2017, ("DHH").
- NOMER, Ergin:** "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve 'Görev Belgesi'", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, 2013, s. 3-13, ("Geçerlilik").
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükmümler, Cilt: I-II, İstanbul 2018.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice:** Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003.

- ÖZEL, Sibel:** “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 1, 2017, s. 303-323, (“Engel”).
- ÖZEL, Sibel:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, (“Kanunlar İhtilafı”).
- ÖZEN, Burak:** Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- PEKCANİTEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya:** Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, Cilt III, İstanbul 2017.
- PETROCHILLOS, Georgios C.:** Procedural Detachment in International Commercial Arbitration: The Law Applicable to Arbitral Procedure, Oxford 2000.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku Cilt: I, İstanbul 2019.
- REDFERN, Alan / HUNTER, Martin:** Law and Practice of International Commercial Arbitration, London Sweet&Maxwell, 2003.
- SAKMAR, Ata / EKŞİ, Nuray / YILMAZ, İlhan:** Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uygulamadan Örnekler, İstanbul 1989.
- SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek:** “Uluslararası Tahkimde ‘Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkansız Olması’ Kavramları”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Cilt: 16, Özel Sayı: 2014, (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 2015-2061.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİĞENMEŞE, İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2019.
- ŞANLI, Cemal:** Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016, (“Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”).

- ŞANLI, Cemal:** “Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve ‘Perdeyi Kaldırma Teorisi’ Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden Ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, MHB, Cilt: 22, Sayı: 2, 2002, s. 773-790, (“Konişmentonun Devri”).
- ŞANLI, Cemal:** “Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, MHB, 1997-98, Sayı: 1-2, 1997-98, s. 393-409, (“Tenfiz”).
- ŞİT, Banu:** “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları”, MHB, Cilt: 25 Sayı: 1-2, 2005-2006, Prof. Dr. Aslan Gündüz Anısına Armağan, s. 411-436, (“Yazılı Şekil”).
- ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu:** Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi, Gazi Üniversitesi HFD Cilt: 15, Sayı: 31, 2011, s. 1-30, (“Üçüncü Kişi”).
- ULUOCAK, Nihal:** “Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temliki ile İntikali-Fransız İçtihadı”, MHB, Yıl: 19-20, 1999-2000, s. 991-1002.
- ÜNAL, Şeref:** “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, T. İş Bankası Vakfı – Hukuk Fakültesi, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 1990, s. 51-78.
- TARMAN, Zeynep Derya:** “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler”, MHB, Cilt: 37, Sayı: 2, s. 798-820.
- TEKİNALP, Gülören:** Türk Devletler Hususî Hukukunda Temsil Yetkisi, İstanbul 1977.
- TEKİNALP, Gülören:** “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası”, Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler – Tartışmalar, Ankara 1965, s. 537-564.

TWEEDDALE, Andrew / TWEEDDALE, Keren: Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice, New York 2010. s. 125.

UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.

ÜLGENER, Fehmi: Çarter Sözleşmeleri, İstanbul 2000.

VAN DER BERG, Albert Jan: “The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation”, Jarred Emory International Law Review, Cilt: 22, s. 670-706, (“New York Arbitration Convention of 1958”).

VAN DER BERG, Albert Jan: “When Is an Arbitral Award Nondomestic under the New York Convention of 1958”, Pace Law Review, Cilt: 6, Sayı: 1, Güz 1985, s. 25-68, (“Nondomestic”).

WOLFF, Reinmar: New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards on 10 June 1958 Commentary, Münih 2012.

YANLI, Veliye: Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000.

YAVUZ, Cevdet: “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, 14.02.2009 Konuşmalar – Tartışmalar – Bildiriler, İstanbul 2009, s. 133-177.

YEĞENGİL, Rasih: Tahkim (L'Arbitrage), İstanbul 1974.

YEŞİLIRMAK, Ali: Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim : Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011, s. 81, (“Uyuşmazlıkların Etkin Çözümü”).

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 2, Ankara 2017.

ELEKTRONİK VERİ TABANLARI

<http://www.arbitration-icca.org>.

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.kluwerarbitration.com>

<https://law.justia.com/>

<http://www.newyorkconvention.org/>

<http://newyorkconvention1958.org/>

<http://www.swissarbitrationdecisions.com>

<http://www.uncitral.org>

