

## Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk<sup>(\*)</sup>

### The Law Applicable on the Merits of the International Arbitration Agreement

Gülser Banu USLU<sup>(\*\*)</sup>

#### Öz

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk öncelikle tarafların seçmiş oldukları hukuka tabidir. Ancak uygulamada genel olarak tahkim anlaşmasının ayrı bir anlaşma olarak değil, temel sözleşmenin içerisine konulan bir tahkim şartı ile yapıldığı görülmektedir. Taraflarca çoğu zaman temel sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenmesine rağmen, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenmemektedir. Tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlememiş olması durumunda ise tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiası gündeme geldiğinde hangi hukuka göre tespit yapılacağı konusunda mahkemeler ve hakem heyetleri tarafından farklı kararlar verildiği görülmektedir.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmemiş olması durumunda temel sözleşmeye uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukuku, ulusal ülke hukukları, milletlerarası teamüller ve milletlerarası düzeyde kabul gören prensiplere göre bir belirleme yapılmaktadır. Bu durumda uygulamada genel olarak tahkim yeri hukukunun uygulandığı görülmektedir. Bunun dışında temel sözleşmeye uygulanan hukukun, tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiğine yönelik uygulamalar da mevcuttur. Ancak uluslararası tahkim anlaşmalarına uygulanabilen hukuk seçimi kuralları birçok eksikliğe sahiptir ve bu sebeple keyfi sonuçlara neden olmaktadır. Daha güçlü bir hukuk seçimi politikası için tarafların uluslararası tahkim anlaşması yapma niyetlerini esas alan bir geçerlilik ilkesi ve ayrımcılık yapmama kuralı son zamanlarda mahkemeler tarafından esas alınan diğer yaklaşımlardır.

#### Anahtar Kelimeler

Tahkim Anlaşması, Esasa Uygulanacak Hukuk, Tahkim Yeri, Temel Sözleşme, Bağımsızlık Prensibi, Geçerlilik İlkesi, Ayrımcılık Yapmama Kuralı.

#### Abstract

The law applicable on the merits of the arbitration agreement is primarily subject to the law which is chosen by the parties. However, in practice, the arbitration agreement is generally just an arbitration clause included in the contracts, not drafted as a completely separate agreement. Although the parties often determine the law to be applied to the main contract, the law appli-

(\*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 21.12.2020, Makalenin Kabul Tarihi: 20.01.2021.

(\*\*) Araştırma Görevlisi, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,

E-mail: gbuslu@anadolu.edu.tr,

Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0001-9611-7868>.



cable to the arbitration agreement is not typically determined by the parties. If the parties have not determined the law to be applied to the merits of the arbitration agreement and the issue of invalidity of the arbitration agreement comes to the agenda, in this case, different decisions have been taken by courts or the arbitral tribunals.

In the case of the parties have not determined the law to be applied to the arbitration agreement; the determination will be made according to the law applicable to the main contract, the seat of arbitration, international laws, international customs, and internationally accepted principles. The law of the seat of arbitration often applies to the arbitration agreement. There are also decisions that apply the law of the main contract to the arbitration agreement. However, the rules of choosing law that is applicable to international arbitration agreements have many shortcomings and therefore cause an arbitrary result. For a stronger choice of law policy, a validation principle based on the parties' intention to conclude an international arbitration agreement and a non-discrimination rule are other approaches recently taken by the courts.

### Keywords

Arbitration Agreement, The Law on the Merits, The Seat of Arbitration, The Main Contract, The Principle of Independence, The Validation Principle, The Non-discrimination Principle.

## I. GİRİŞ

Milletlerarası ticaret ilişkilerinin gün geçtikçe çoğalması ile bu ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünün hangi merci tarafından sağlanacağı konusunun önem kazandığı görülmektedir. Zira milletlerarası karakterli uyuşmazlıklarda hukuki uyuşmazlığın çözümünde ulaşılabilecek sonuç, uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağına ve uyuşmazlığın hangi merci tarafından çözümlendiğine göre değişiklik arz edecektir.<sup>1</sup> Milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası bir mahkeme bulunmadığından taraflar ya devlet yargısına başvuracak ya da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuracaktır.<sup>2</sup> Milletlerarası ticaret uygulamalarına bakıldığında bağlayıcı etki, icra edilebilirlik, tarafsızlık, bağımsızlık, hız, uzmanlık gibi kıstaslar bakımından hukuki riskleri en az seviyede tutan uyuşmazlık çözüm yönteminin tahkim olduğu görülmektedir.<sup>3</sup> Bu durum da taraflarca milletlerarası karakterli ticari uyuşmazlıklarda yaygın olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından tahkimin tercih edilmesine sebep olmaktadır.

Yargı devletin bir fonksiyonu olup, bu görev devlet tarafından kurulmuş mahkemelerce yerine getirilmektedir. Ancak maddi hukukta taraflara sağlanan

<sup>1</sup> AKINCI, Ziya: "Türkiye'de Milletlerarası Tahkim", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 2005, Sayfa: 13-24, s. 13.

<sup>2</sup> ÖZÇELİK, Nesli Şen: "Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği", *MHB*, Yıl 36, S. 2, Sayfa: 53-81, s. 55.

<sup>3</sup> AKINCI, "Türkiye'de Milletlerarası Tahkim", s. 13; ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİĞANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 612.

irade serbestisinin usul hukukunda uygulanması sonucunda taraflar, mahkemelere verilmiş bu yargı yetkisini aralarında yapacakları bir sözleşme ile özel kişilere verebilmektedir.<sup>4</sup> Bu şekilde taraflar özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarını tahkime götürmeye karar verdiğinde bu uyuşmazlıkların ulusal bir mahkeme tarafından karara bağlanması hakkında vazgeçerek uyuşmazlıkları hakkında karar vermek için deneyimine, bilgisine ve kararlarına güvendikleri ve kendilerine hakem denilen kişileri yetkilendirebilmektedirler.<sup>5</sup>

Uyuşmazlığın çözümünde tahkim yoluna gidilebilmesi için taraflarca geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış olması bir gerekliliktir. Taraflarca yapılmış bulunan tahkim anlaşmasının geçersiz olması halinde hakemlerce verilen kararların iptal edilmesi veya tenfiz engeliyle karşılaşması gibi hakem kararlarının icrasını engelleyici sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir durumda ise tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı konusu, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Ancak tahkim anlaşmasının şekline ve ehliyete ilişkin hususların aksine tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda bir netlik bulunmadığından esasa uygulanacak hukukun tespitinde doktrinde farklı yaklaşımlar mevcuttur.

Bu bağlamda çalışmada öncelikle tahkim anlaşması ve tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi incelenecek ve sonrasında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk incelenecektir. Son olarak da tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin tespitinde dikkate alınan yaklaşımlar ve uyuşmazlığın bulunduğu aşamaya göre, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesi konusu üzerinde durulacaktır.

## II. TAHKİM ANLAŞMASI

Aşağıda öncelikle genel olarak tahkim anlaşmasının nasıl bir sözleşme olduğu üzerinde durulduktan sonra tahkim anlaşması ve temel sözleşmenin akıbetlerinin birbirine bağlı olmadığını öngören tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi üzerinde durulacaktır.

### A. Genel Olarak

Tarafları veya konusu bakımından yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıkların, taraflarca tahkim anlaşması yapılarak uyuşmazlığın çözümünde hakemlerin

<sup>4</sup> EKŞİ, Nuray: *Millîterarası Ticaret Hukuku*, 2. Bası, Beta, 2015, s. 160.

<sup>5</sup> MOSES, Margaret L.: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3. Edition, Cambridge University Press, 2017, s. 20; PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 4. Bası, Ankara, Yetkin, 2016, s. 647; ÖZÇELİK, s. 56.



yetkilendirilmesine milletlerarası tahkim denir.<sup>6</sup> Milletlerarası tahkim yoluna gidilebilmesi için tahkim anlaşmasının yapılmış olması bir zorunluluk olduğundan tahkim anlaşmasının tahkimin temeli olduğu söylenebilir.

Tahkim anlaşması, henüz uyuşmazlık doğmadan veya doğmuş olan uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceğinin taraflarca kararlaştırılması olarak ifade edilebilir<sup>7</sup>. Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)<sup>8</sup> m.4/1’de de “*tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünü veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma*” şeklinde tanımlanmış ve bu tanım yapılırken de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10.06.1958 Tarihli New York Sözleşmesi<sup>9</sup>’nin II(1) maddesinde yer alan “*Âkit devletlerden her biri, tarafların akte dayanan veya akdi olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder.*” hükmü dikkate alınmıştır. Ayrıca MTK m.4/1’de düzenlenmiş olduğu üzere tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlık mutlaka sözleşmeden kaynaklı olmak zorunda değildir. Bu nedenle tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlık, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme dışındaki hukuki ilişkilerden de kaynaklanabilecektir.<sup>10</sup>

Geçerli bir tahkimin varlığı için tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekmektedir. Zira tahkim, hareket noktasını tarafların irade serbestisi prensibinden almaktadır.<sup>11</sup> Geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulamamış olması hakem kararlarının iptali davası açılmasına, tanıma ve tenfiz davalarında tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi gibi sonuçlara neden olabilir.<sup>12</sup> Tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulup kurulmadığının tespitinde ise tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk önem arz etmektedir.

<sup>6</sup> EKŞİ; s. 162; YENER KESKİN, Cansu: *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Yetkisi*, Onikilevha, İstanbul, 2017, s. 6.

<sup>7</sup> BUCHER, Eugen: “Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit In Der Schweiz”, (Çev. Vedat Buz) *BATIDER*, C. XVII, S. 2, 1993, Sayfa: 1-22, s. 16; İLHAN, Hüseyin Afşin: *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 6.

<sup>8</sup> R.G. 05.07.2001 tarihli S. 24453, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu.

<sup>9</sup> R.G. 25.09.1991, S. 21002, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21002.pdf>, E.T.: 02.11.2020.

<sup>10</sup> EKŞİ, s. 160-161; İNANÇ, Adnan: “Tahkim Sözleşmesinin Ana Sözleşmeden Bağımsızlığı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 91, Sayı: 5, Sayfa: 203-212, s. 204; YENER KESKİN, s. 13.

<sup>11</sup> ÖZÇELİK, s. 56.

<sup>12</sup> ERDEM, H. Ercüment: *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, Onikilevha, 1. Baskı, 2017, s. 530.

## B. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi

Tahkim anlaşması, taraflar arasındaki temel sözleşmeden bağımsız olarak ayrı bir sözleşme şeklinde düzenlenebileceği gibi, esas sözleşme içerisine konulacak bir tahkim şartı ile de düzenlenebilir.<sup>13</sup> Bu husus MTK m.4/1’de “*Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir.*” denilmek suretiyle de açıkça düzenlenmiştir. Tahkim anlaşmasının ayrı bir sözleşme olarak düzenlendiği durumlarda, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin temel sözleşmenin geçerliliği şartına bağlanamayacağı, yani tahkim anlaşmasının maddi ve şekli anlamda geçerliliğinin temel sözleşmeden bağımsız olacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.<sup>14</sup> Tahkim anlaşmasının temel sözleşme içerisinde yer alan bir tahkim şartı şeklinde yapıldığı durumlarda ise temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşması için de geçerli olup olmadığı konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır.<sup>15</sup> Her ne kadar tahkim şartı temel sözleşme içerisinde yer alsada bu iki sözleşmenin mahiyetleri birbirinden farklıdır. Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi dolayısıyla tahkim anlaşması temel sözleşmeden ayrıdır ve geçerliliği konusunda tespit yapılırken de ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır.<sup>16</sup> Zira taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana geldiğinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin birbirlerine yönelttikleri irade beyanları ile temel sözleşmeyi kurmak amacıyla birbirlerine yönelttikleri irade beyanları birbirinden farklıdır.<sup>17</sup>

Bağımsızlık prensibi, tahkim şartının mevcudiyetinin, geçerliliğinin ve etkililiğinin temel sözleşmenin varlığı, geçerliliği ve etkililiğinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği anlamına gelir.<sup>18</sup> Bu nedenle tahkim anlaşmasının yer aldığı temel sözleşme geçersiz olsa bile tahkim anlaşmasının geçerliliği bu durumdan etkilenmez ve uyuşmazlığa karar vermek üzere hakemlerin yetkisi

<sup>13</sup> AKINCI, Ziya: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 13-24, s. 21; ERKAN, Mustafa: “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, *GÜHFD*, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, Sayfa: 535-562, s. 537; DEREN YILDIRIM, Nevhis: *Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 51; NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN, Günseli: *Milletlerarası Tahkim*, 2. Baskı, İstanbul, 2003, s. 14.

<sup>14</sup> ERKAN, s. 537.

<sup>15</sup> IŞIK, Fatih: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, 2015, s. 77; YÖNEY, Can: “Viyana Satım Sözleşmesi’nin Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk Olarak Uygulanabilirliği”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2, Temmuz 2019, Sayfa: 745-781 s. 761.

<sup>16</sup> BUCHER, s. 17; GÜLERCİ, Altan Fahri: *Milletlerarası Tahkim Sözleşmesi (MTK m.4)*, Kocatepe Akademi Yayınları, Afyonkarahisar, 2014, s. 109; İLHAN, s. 12; ÖZEL, Sibel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul, 2008, s. 62; YENER KESKİN, s. 86.

<sup>17</sup> İLHAN, s. 13; NAZZINI, s. 1.

<sup>18</sup> NAZZINI, s. 3.



devam eder.<sup>19</sup> MTK m.4/4'e göre "Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz." şeklinde bir düzenleme bulunduğundan, Türk hukukunda da tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı prensibinin kabul edildiği açıktır. Kural olarak tahkim anlaşması ve temel sözleşme birbirinden bağımsız olmasına rağmen temel sözleşmenin geçerliliğini etkileyen irade sakatlıkları, ehliyetsizlik, muvazaa gibi durumların tahkim anlaşmasını da etkiler nitelikte olması halinde tahkim anlaşmasının geçerliliği de temel sözleşmenin geçerliliğinden etkilenebilir.<sup>20</sup>

Tahkim anlaşması ve temel sözleşmenin birbirinden bağımsız olduğu düşüncesinin bir sonucu da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun temel sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı kıstaslara tabi olması gerektiğidir. Tahkim anlaşmasının bağımsız olması, temel sözleşmeye ve tahkim anlaşmasına farklı bir hukuk uygulanabilmesine imkanı sağlamaktadır.<sup>21</sup> Bu prensibe göre, temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk ile tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukuk aynı temele dayanmamaktadır.<sup>22</sup> Bu nedenle her iki sözleşmeye de uygulanacak hukukun ayrı ayrı tespiti gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden bağımsız olduğunun kabulünde temel sözleşmenin tabi olduğu hukuk otomatik olarak tahkim sözleşmesi için de söz konusu olmayacaktır.<sup>23</sup> New York Sözleşmesi m.V/I(a)'nın da lafzından temel sözleşmeye uygulanacak olan hukukun, tahkim anlaşmasına uygulanmasının kabul edilmediği, bu nedenle de tahkim şartına uygulanacak hukuk ayrıca belirtilmediği durumlarda bu şartın tahkim yeri hukukuna tabi olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>24</sup>

Yukarıda bahsedilen tüm bu sebeplerden dolayı tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk tespit edilirken doğrudan temel sözleşmeye uygulanacak hukuk esas alınamayacağından, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun ayrıca tespiti gerekmektedir.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul, 2013, s. 113; KALPSÜZ, s. 133; MOSES, s. 21.

<sup>20</sup> GÜLERCİ, s. 106; IŞIK, s. 79.

<sup>21</sup> ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 545.

<sup>22</sup> ESEN, Emre: "Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi*, İstanbul, 2008, s. 73.

<sup>23</sup> ÖZEL, s. 79.

<sup>24</sup> IŞIK, s. 88.

<sup>25</sup> ÖZEL, s. 79.

### III. TAHKİM ANLAŞMASINA UYGULANACAK HUKUK

Aşağıda öncelikle genel olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk üzerinde durulacak olup, sonrasında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ve bağımsızlık prensibi de dikkate alındığında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk tespit edilirken esas alınabilecek yaklaşımlara değinilecektir.

#### A. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk tahkim anlaşmasının geçersizliği, tahkim anlaşmasının şekli, tahkim anlaşmasının esası, ehliyetsizlik ve tahkime elverişlilik gibi konulara ilişkin uyumsuzluklarda önem taşıyacaktır.<sup>26</sup> Yabancı-lık unsuru içeren tahkim anlaşmalarında, tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığı, tarafların tahkim iradelerini geçerli bir şekilde ifade edip etmediği, tahkim anlaşmasının yorumlanması gibi konularda da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun esas alınması gerekmektedir.<sup>27</sup>

Türk hukuku bakımından tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak hukuk MTK m.4/2'de açık olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılacağı kabul edilmiş olup, bu yazılı şekilden kasıt ise adi yazılı şekildir.<sup>28</sup> Ancak bu maddeye göre, yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir.<sup>29</sup> İlgili maddede tahkim anlaşmasının yazılı şekil tarifi yapılmış olduğundan bu konuda herhangi bir kanunlar ihtilafı problemi bulunmamaktadır.<sup>30</sup> Ayrıca bu düzenleme gereğince tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olması için tarafların imzasının bulunması bir zorunluluk teşkil etmemektedir.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 545.

<sup>27</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: "Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere De Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı", *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, Ocak, 2017, Sayfa: 510-534, s. 518.

<sup>28</sup> NOMER / EKŞİ / ÖZTEKİN, s. 14; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FIGANMEŞE, s. 655-656.

<sup>29</sup> AKINCI, s. 115; ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 532; EKŞİ, s. 161.

<sup>30</sup> ESEN, Emre: "Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli", C. 28, S. 1-2, 2008, Sayfa: 65-114, s. 105.

<sup>31</sup> ESEN, "Tahkim Anlaşmalarının Şekli" s. 105.



Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ise MTK m.4/3'te "Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir." şeklinde düzenlenmiştir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilen hukuk, tarafların temel sözleşmeleri için seçtikleri hukuktan farklıdır. Bu şekilde tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden bağımsız olduğunun kabulü, temel sözleşme için yapılan hukuk seçiminin tahkim anlaşması için de geçerli olduğu varsayımına engel olmaktadır.<sup>32</sup>

Uygulamaya bakıldığında tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku nadir olarak belirlediği, genel olarak tarafların yalnızca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlediği görülmektedir.<sup>33</sup> Ancak her zaman tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk ile uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk aynı olmayabilir. New York Sözleşmesi'ne göre de esas uyuşmazlığa uygulanmak üzere kararlaştırılan hukuk ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk aynı olmak zorunda değildir.<sup>34</sup> Bu sebeplerle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu ileri sürüldüğünde öncelikle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekecektir.<sup>35</sup> Böyle bir durum söz konusu olduğunda MTK m.4/3'ten hareketle, tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklarda tahkim anlaşmasının geçerliliği, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere aralarında bir hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda Türk hukukuna göre belirlenecektir. Bu durumda Türk hukukuna göre bir belirleme yapılırken Türk hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları değil, maddi hukuk kuralları uygulanacaktır.<sup>36</sup>

## B. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının taraflar arasında bağlayıcı bir nitelikte mevcut olup olmadığı, yani tahkim anlaşmasının esastan geçerli olup olmadığı milletlerarası tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka bakılarak tespit edilmekte-

<sup>32</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 518.

<sup>33</sup> ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 545; NAZZINI, Renato: The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles, *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 65, Issue 03, 2016, p. 681-703, King'sResearchPortal, s. 1; [https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/54329181/Law\\_Applicable\\_to\\_the\\_Arbitration\\_Agreement\\_Towards\\_Transnational\\_Principles.pdf](https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/54329181/Law_Applicable_to_the_Arbitration_Agreement_Towards_Transnational_Principles.pdf), (E.T: 16.12.2020); ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 518.

<sup>34</sup> ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 545.

<sup>35</sup> ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 545.

<sup>36</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 112; ERDOĞAN, Feyiz: *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Ankara, 2004, s. 205; GÜLERCI, s. 109; KALPSÜZ, Turgut: *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 132.



dir.<sup>37</sup> Tahkim anlaşmasının irade sakatlıklarının varlığı halinde veya genel sözleşmeler hukuku prensiplerine göre kesin hükümsüzlük hallerine dayanarak geçersiz olduğu iddiası durumunda tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı yine bu kapsamda tespit edileceğinden, tahkim anlaşması hazırlanırken ilgili hükümlerin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukla uyumlu olup olmadığına dikkat edilmelidir.<sup>38</sup> Tüm bunların dışında esasa uygulanacak hukuka göre değerlendirilecek diğer durumlar ise tahkim anlaşmasının taraflarının kimler olduğu, tahkim anlaşmasının hangi uyuşmazlıkları kapsadığı, tahkim anlaşmasının ifası, temliki, devri ve sona ermesine ilişkin hususlardır.<sup>39</sup>

New York sözleşmesi V(1)(a) maddesinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca serbestçe kararlaştırılabileceği, tarafların bir seçim yapmamış olması durumunda ise hakem kararının verildiği yer ülkesi hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.<sup>40</sup> Duruma MTK açısından bakacak olursak bu kanuna göre, taraflar tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin bir hukuk seçimi yapmışlar ise öncelikle bu hukuk uygulanacak olup, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda ise tahkim anlaşmasının maddi açıdan geçerli olup olmadığı Türk hukukuna göre tespit edilecektir.<sup>41</sup>

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun yukarıda da belirtildiği üzere sözleşmenin tarafları arasında açıkça belirlenmiş olması durumunda bir problem bulunmamakla birlikte tarafların seçtikleri hukuka göre tahkim anlaşmasının geçerliliği tespit edilecektir. Burada problem sözleşmenin taraflarının tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku tespit etmemeleri durumunda söz konusu olmaktadır. Türk hukukunda MTK'daki düzenleme gereği taraflar arasında bir hukuk seçimi bulunmadığı durumlarda sözleşmenin geçerliliği Türk hukukuna göre tespit edileceği açıktır.<sup>42</sup> Ancak MTK'da yabancı bir ülkede tahkimi öngören bir anlaşma bulunmasına rağmen taraflardan birinin Türk mahkemelerinde dava açmış olması durumunda tahkim şartı veya anlaşmasının geçerli olup olmaması konusunda hangi hukuka göre tespit yapacağı konusunda

<sup>37</sup> ÖZEL, s. 79; YENER KESKİN, s. 104.

<sup>38</sup> ÖZEL, s. 79; SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek: "Uluslararası Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan II, *DE-ÜHFD*, C. 16, Özel Sayı 2014, İzmir, 2015, Sayfa: 2015-2061, s. 2027; TEKİN, Selin Ece: *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk*, Onikilevha, İstanbul, 2019; YENER KESKİN, s. 104.

<sup>39</sup> ÖZEL, s. 79; YENER KESKİN, s. 104; YÖNEY, s. 753.

<sup>40</sup> AKINCI, Ziya: "Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi", Ankara, 1994, s. 119; SARIÖZ BÜYÜKALP: "Uluslararası Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları", s. 2028.

<sup>41</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 557.

<sup>42</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 112.

bir netlik bulunmamaktadır.<sup>43</sup> Uygulamada taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yapılmamış olması durumunda hakemler ve mahkemeler tarafından farklı yaklaşımlar esas alınarak bir belirleme yapılmaktadır.

### 1. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk Tespit Edilirken Esas Alınabilecek Yaklaşımlar

Taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak olan hukuk hakemler tarafından belirli ölçütler çerçevesinde belirlenmektedir. Bu ölçütlerin başında sözleşmenin esasına uygulanan hukuk ve tahkim yeri hukuku gelmekte olup,<sup>44</sup> bahsi geçen ölçütlerin belirlenmesinde tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi de dikkate alınmaktadır.

#### a. Temel Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Bu yaklaşıma göre, temel sözleşme içerisinde düzenlenen tahkim şartında veya ayrı olarak düzenlenmiş olan tahkim anlaşmasında, tarafların açıkça tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemiş olmaları durumunda, tarafların seçmiş oldukları hukuk tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacaktır. Yukarıda da değinilmiş olduğu üzere çoğu zaman taraflar temel sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmiş olmalarına rağmen temel sözleşme içerisinde tahkim şartı olarak yer verdikleri tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku ayrıca belirlememektedir. Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi gereği temel sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşması için de geçerli olduğunu söylemek tam olarak doğru olmayacaktır. Ancak bu durum tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun her zaman temel sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olması sonucunu da doğurmamaktadır.

Bu yaklaşımda tarafların temel sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmiş olmaları fakat tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku ayrıca seçmemiş olmaları durumunda bu hukukun sadece temel sözleşme için öngörülmediği, aksi açıkça öngörülmedikçe belirlenmiş olan bu hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacağı kabul edilmektedir.<sup>45</sup> Bu yaklaşımın temelinde tahkim anlaşmasına, tarafların seçmemiş oldukları bir hukukun uygulanmasındansa temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçmiş oldukları bir hukukun uygulanmasının daha uygun olduğu ve tahkim şartının da diğer maddeler gibi sözleşmenin bir parçası

<sup>43</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 658.

<sup>44</sup> ERDEM, *Millîterarası Ticaret Hukuku*, s. 545.

<sup>45</sup> IŞIK, s. 84; KENAR, Hasibe Gülşah: "Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 90, S. 3, 2016, Sayfa: 181-192, s. 189, ÖZEL, s. 84; TEKİN, s. 113.

olduğundan sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun tahkim şartına da uygulanması gerektiği gibi bir takım düşünceler yer almaktadır.<sup>46</sup> Ayrıca bu görüşe göre, temel sözleşme açısından taraflarca yapılan geçerli bir hukuk seçimi, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda da tarafların niyetinin güçlü bir göstergesidir.<sup>47</sup>

Buna bağlı olarak da bazı hakem heyetleri ve mahkemeler tahkim şartının geçerliliğinin belirlenmesinde temel sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması gerektiğine karar vermiştir.<sup>48</sup> Örneğin, bir ICC kararında hakem heyeti “esas sözleşmeye uygulanacak hukuk seçiminin, belirli bir hükmün yokluğunda tahkim şartının durumunu zımnen yönettiği genel olarak kabul edilmektedir.” demiştir.<sup>49</sup> Her iki sözleşme için de aynı hukukun geçerli olmasının mantıklı olduğu çünkü aksi takdirde farklı zamanaşımı sürelerine tabi olmaları gibi bir takım zorlukların ortaya çıkabileceği söylenmektedir.<sup>50</sup>

Ancak bu yaklaşım en büyük eleştirisi tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle taraflarca temel sözleşmeye için belirlenmiş olan hukukun tahkim anlaşması için de uygulanamayacak olmasıdır. Kanaatimizce de tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle taraflarca temel sözleşme için belirlenen hukukun, tahkim anlaşmasına da uygulanması uygun olmayacaktır. Ayrıca bu iki sözleşme nitelikleri ve amaçları bakımından da birbirlerinden farklı sözleşmelerdir. Zira tahkim anlaşması uyuşmazlığın çözüm usulü ile ilgili bir sözleşme iken, temel sözleşme uyuşmazlığın maddi açıdan çözümü ile ilgilidir. Temel sözleşme için taraflarca seçilen hukukun tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak nitelikte olması durumunda otomatik olarak bu hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması tarafların tahkime gitme iradeleri ile de uyuşmayacağından bu yaklaşımı benimsemek doğru olmayacaktır.

#### b. Tahkim Yeri Hukuku

Tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun belli olmaması durumunda uygulanacak hukuk belirlenirken dikkate alınacak bir diğer ölçüt ise tahkim yeri hukukudur. Model Kanun m.36/1'e göre taraflara arasında bir hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hu-

<sup>46</sup> ERDEM, H. Ercüment, “Tahkim Anlaşması”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, İstanbul, 2017, Sayfa: 242-273, s. 262; IŞIK, s. 84; TEKİN, s. 113.

<sup>47</sup> NAZZINI, s. 6.

<sup>48</sup> MOSES, s. 76.

<sup>49</sup> ICC Award in Case No. 2626, MOSES, s. 76.

<sup>50</sup> MOSES, s. 76.



kuku uyarınca belirleneceği düzenlenmiştir.<sup>51</sup> New York Sözleşmesi m.V/1(a)'da da tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tarafların bir hukuk seçimi yapmadığı halde kararın verildiği yer hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.<sup>52</sup> Bunların dışında tahkim anlaşması ile en yakın ilişkili yer hukukunun da tahkim yeri hukuku olduğu ileri sürülmekte olup, bunun temelinde ise tahkim anlaşmasını geçerli tutmak fikri olduğu düşünülmektedir.<sup>53</sup> ICC kararlarında da tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulandığı görülmektedir. Prensipler olarak ICC hakemleri tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tespitinde serbesttir. Ancak ICC Tahkim Kuralları m.35 hükmünde ICC hakemlerinin hakem kararlarının tenfiz edilebilirliğinin temini ile yükümlü oldukları öngörüldüğünden, bu hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini tahkim yeri hukukuna göre tayin etmeleri gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>54</sup> Ayrıca tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiasının iptal aşamasında ulusal mahkeme önüne gelmesi durumunda mahkeme, hakem kararının iptaline ilişkin bir karar verirken tahkim anlaşmasının geçerliliği hususunda kendi hukukuna yani tahkim yeri hukukuna göre karar verecektir.<sup>55</sup> Böylece tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna göre geçerli olması halinde ileride hakem kararının iptalinin de önüne geçilmiş olacaktır.<sup>56</sup>

Örneğin, bir ICC kararında tahkimin erken bir aşamasında esasa ilişkin bir geçerlilik tespiti istendiğinde tahkim kurulu, tahkim anlaşmasının taraflarca sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka göre geçersiz olduğu iddiası ile karşı karşıya kalmıştır.<sup>57</sup> Ancak tahkim kurulu, tahkim sözleşmesinin temel sözleşmeye uygulanacak hukuka göre değil, tahkim yeri hukukuna tabi olduğuna ve tahkim sözleşmesinin geçerli olduğuna karar vermiştir.<sup>58</sup>

Kanaatimizce de yukarıda bahsedildiği gibi tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanması hakem kararlarının ileride icra edilebilir olması ve iptali gündeme geldiğinde iptalinin önüne geçilmesi adına daha uygun bir yaklaşımdır. Ayrıca hakem kararlarının iptal yerlerinin önceden belli olması da tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulanmasını tahkim anlaşmasının ayakta tutulması açısından daha güvenli hale getirmektedir.

<sup>51</sup> MOSES, s. 75.

<sup>52</sup> International Commercial Arbitration, United Nations Conference on Trade and Development, New York and Geneva, 2005, s. 12, [https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add39\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add39_en.pdf), (E.T.: 02.12.2020).

<sup>53</sup> IŞIK, s. 89; NAZZINI, s. 9.

<sup>54</sup> ESEN, "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili", s. 76.

<sup>55</sup> TEKİN, s. 102.

<sup>56</sup> TEKİN, s. 102.

<sup>57</sup> ICC Award in Case No. 6162, MOSES, s. 75.

<sup>58</sup> MOSES, s. 75.

### c. Ülke Hukukları ve Uluslararası İlkeler

Tahkim anlaşmasına temel sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ve tahkim yeri hukukundan farklı olarak bazı ülke hukuklarında, ülkelerin kendi hukuklarının veya tahkim şartına doğrudan uygulanabilen milletlerarası teahmüller ile milletlerarası düzeyde kabul göre prensiplerin ve dürüstlük kuralının uygulanması gerektiği düşünülmektedir.<sup>59</sup> Tahkim sözleşmesinin geçerliliği konusunda hakemlerin belli bir milli hukuka dayanma zorunlulukları olmamakla birlikte, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespitinde bir milli hukuka dayanmaları da mümkündür.<sup>60</sup> Örneğin, Fransa’da uluslararası ilkelerin uygulanması kabul edilmiş olup, mahkemeler tahkim anlaşmasının varlığının ve geçerliliğinin herhangi bir ulusal hukukun hükümlerine göre değil, tarafların niyetine bağlı olduğuna karar vermiştir.<sup>61</sup> İsviçre, İran ve Türk hukuklarında ise ülkeler kendi hukuklarına göre tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemişlerdir.<sup>62</sup> İsviçre, tahkim anlaşmasının asli geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağına konusuna dair çok geniş bir kavrama sahiptir.<sup>63</sup> İsviçre MÖHUK m.178/2’de tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuka veya İsviçre hukukuna göre geçerli olması aranmaktadır.<sup>64</sup> Bu nedenle İsviçre’de taraflarca seçilen hukuka, temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuka veya İsviçre hukukuna göre geçerli ise mahkeme veya hakem heyeti tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar verecektir.<sup>65</sup> Burada tahkim anlaşmasının geçerliliğinin birden farklı yöntemle belirlenebileceği düzenlenerek tahkim anlaşmasını ayakta tutmanın amaçlandığı söylenebilir. Türk hukukunda ise bu konuya ilişkin düzenleme MTK m.4/3’te “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulamak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*” şeklinde yer almaktadır. Görüldüğü üzere Türk hukukunda taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflarca belirlenmemiş ise bu durumda temel sözleşmeye uygulanacak hukuk veya başka bir alternatif uygulanmadan doğrudan Türk hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır.

<sup>59</sup> IŞIK, s. 92; NAZZINI, s. 11.

<sup>60</sup> ESEN, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, s. 77; TEKİN, s. 119.

<sup>61</sup> MOSES, s. 76; TEKİN, s. 97.

<sup>62</sup> IŞIK, s. 93.

<sup>63</sup> MOSES, s. 75.

<sup>64</sup> MOSES, s. 75; NAZZINI, s. 4.

<sup>65</sup> MOSES, s. 75.



#### d. Geçerlilik İlkesi ve Uluslararası Ayrımcılık Yapmama Kuralı

Yukarıda tartışılan çeşitli hukuk seçimi kurallarının uygulanmasından kaynaklanan tutarsızlıkların tahkim sürecinin amaçlarıyla veya New York Sözleşmesi ve Model Kanunla uyumlu olmadığı, bu nedenle bu uluslararası belgelerin amaçlarıyla ve tarafların uluslararası tahkim anlaşmalarının yapılmasındaki amaçlarıyla daha uyumlu ve daha tutarlı ilkeli bir çözüme ihtiyacı olduğu düşünülmektedir. Diğer yaklaşımların sebep olduğu karmaşıklıklar ve belirsizlikler nedeniyle bazı yetkililer, uluslararası tahkim anlaşmalarının uluslararası hukukun tek tip ilkelerine veya alternatif olarak özel bir geçerlilik ilkesine tabi olduğuna karar vermişlerdir.<sup>66</sup>

Geçerlilik ilkesi, bir uluslararası tahkim anlaşmasının uygulanabilir hukuk seçeneklerinden herhangi biri kapsamında geçerli olmasa bile, anlaşmanın geçerli olduğu başka bir uygulanabilir hukuk aranacağı ve kendisi için potansiyel olarak geçerli olabilecek bir hukuka göre önemli ölçüde geçerli olması durumunda geçerliliğinin korunacağını öngörür.<sup>67</sup> Tarafların uluslararası tahkim anlaşmalarını akdetmelerindeki öncelikli amaç, geçerli ve uygulanabilir bir anlaşma yaparak ticari anlaşmazlıklarını çözmek için etkili ve tarafsız bir yol sağlamaktır.<sup>68</sup> Uluslararası tahkim anlaşmalarına uygulanan hukuku belirlemek için keyfi bağlayıcı faktörleri uygulamak yerine, tarafların tahkim anlaşmaları yapma niyetine, yani uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözüme kavuşturma niyetine bakmalıdır.<sup>69</sup> Tarafların gerçek niyetlerini yerine getirmenin en iyi yolu mahkemelerin ve hakem heyetlerinin tahkim anlaşmasını geçersiz kılan hukuktan ziyade tahkim anlaşmasını onaylayan hukuku uygulamaları gerektiğidir.<sup>70</sup>

Bu ilke yalnızca sağlam bir hukuk seçimi analizi için değil, aynı zamanda New York Sözleşmesi Madde II ve Madde V (1) (a)'nın ve Model Kanun'un 8, 34 ve 36. maddeleri şartları ve amaçları için de gereklidir.<sup>71</sup> Zira New York Sözleşmesi'nin temel amaçlarından biri, uluslararası tahkim anlaşmalarının tanınmasını ve uygulanmasını kolaylaştırmaktır.<sup>72</sup> Sözleşmeyi hazırlayanlar, tahkim anlaşmalarını tek tip uluslararası standartlara uygun olarak daha kolay uygulanabilir hale getirmeyi amaçlamışlardır.

<sup>66</sup> BORN, Gary B: "The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective", *Singapore Academy of Law Journal*, (2014) 26, Sayfa: 814-848, s. 834.

<sup>67</sup> BORN, s. 834; NAZZINI, s. 17.

<sup>68</sup> BORN, s. 835.

<sup>69</sup> BORN, s. 835.

<sup>70</sup> BORN, s. 835.

<sup>71</sup> BORN, s. 837.

<sup>72</sup> BORN, s. 836.

İsviçre, milletlerarası tahkim anlaşmalarına geçerlilik ilkesini uygulayan ilk yargı alanlarından biridir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 178 (2). maddesinde şu şekilde bir geçerlilik ilkesi öngörülmüştür: İsviçre hukuku, tahkim şartını sürdürmek için öncelikle tarafların hukuk seçimini dikkate alacak, tarafların seçtiği hukuku göre tahkim anlaşması geçersizse tahkim anlaşmasını ayakta tutabilmek için ya temel sözleşmeyi düzenleyen yasayı ya da İsviçre hukukunu uygulayacaktır.<sup>73</sup> Bu ilke giderek ulusal mahkemeler ve hakem heyetleri tarafından daha yaygın olarak kullanılmaya başlamıştır. Örneğin bir ICC kararında, tarafların uyuşmazlıklarını tahkime sunma niyetlerini hayata geçirmek için tahkim anlaşmalarının geçerliliğini koruyacak şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.<sup>74</sup>

İngiliz Temyiz Mahkemesi, Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engelharia kararında tarafların maddi sözleşmeyi idare etmek için Brezilya hukukunu açıkça seçmesinin tahkim anlaşmasını da yönetmek için Brezilya hukukunun zımni olarak seçimine dair yeterli kanıt oluşturmadığından ve bu hukukun uygulanması anlaşmayı önemli ölçüde zayıflatacağından Brezilya hukukunu uygulamayı reddetmiştir.<sup>75</sup> Mahkeme “en yakın ve en gerçek bağlantı” analizine atıfta bulunarak tahkim yeri olan İngiliz hukukunu uygulamıştır. Bahsedildiği gibi mahkeme tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak hukukun uygulanmasından kaçınarak tahkim anlaşmasını onaylayan farklı bir hukuku uyguladığından Sulamérica kararı, geçerlilik ilkesinin bir uygulaması olarak anlaşılmalıdır.<sup>76</sup>

ABD ve Fransa’da tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak veya kısıtlayacak başka uygulanabilir ulusal yasalara bakılmaksızın, uluslararası ilkelerin doğrudan uygulanması, geçerlilik ilkesinin bir çeşidi olarak görülmektedir.<sup>77</sup> Son yirmi yılda Fransız mahkemeleri, uluslararası tahkim anlaşmalarının herhangi bir ulusal hukuk sisteminden “özerk” olduğuna ve sonuç olarak doğrudan uluslararası hukukun genel ilkelerine tabi olduğuna karar vermişlerdir.<sup>78</sup>

Daha sınırlı da olsa ABD mahkemeleri New York Sözleşmesi'nin esaslı bir uluslararası ayrımcılık yapmama kuralına yol açtığına karar vermiştir. Bu analizin dayanağı uluslararası tahkim anlaşmalarına uygulanan ulusal hukuk kuralla-

<sup>73</sup> BORN, s. 839; NAZZINI, s. 17.

<sup>74</sup> ICC Award in Case No. 11869, NAZZINI, s. 17.

<sup>75</sup> BORN, s. 840.

<sup>76</sup> BORN, s. 841.

<sup>77</sup> BORN, s. 844.

<sup>78</sup> BORN, s. 844.



rının, ayrımcı veya kendine özgü ulusal hukuk hükümlerinin uygulanmasını engelleyen uluslararası sınırlamalara tabi olduğudur.<sup>79</sup> Ayrımcılık yapmama ilkesine göre, tahkim anlaşmasının geçerliliği için bir ulusal hukuk halen geçerli olmasına rağmen, tahkim anlaşmasını geçersiz kılan ulusal politika çıkarları hariç tutulmaktadır. Bu yaklaşıma göre, bir tahkim anlaşması ancak uluslararası ölçekte tarafsız olarak uygulanabilecek gerekçelerle geçersiz kılınabilir.<sup>80</sup> Örneğin, Ledee v Ceramiche Ragno davasında, ABD temyiz mahkemesi, New York Sözleşmesi'nin II (3). maddesine dayanarak otomobil bayi sözleşmelerindeki tahkim hükümlerini geçersiz kılan Porto Riko hukuku kurallarını uygulamayı reddetmiştir.<sup>81</sup>

Kanaatimizce de tahkim anlaşmasının geçerliliği tespit edilirken tarafların tahkime gitme iradelerinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu ilkeler, tarafların uyuşmazlıklarını tahkime götürme niyetleri ve New York sözleşmesi ve Model Kanun'un hedefleriyle de uyumludur. Uygulamada belirsiz sonuçlara neden olabilecek bağlama noktalarının tercih edilmesinden geçermelik ilkesi dikkate alınarak tahkim anlaşmasını ayakta tutan hukuku uygulamak taraf iradelerine saygı gösterilmesi açısından kabul edilebilir bir yaklaşımdır.

## 2. Uyuşmazlığın Bulunduğu Aşamaya Göre ve Geçermelik Tespitini Kimin Yapacağına Göre Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

Yukarıda bahsedilen bağımsızlık prensibinin yorumu dışında tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde uyuşmazlığın hangi aşamada olduğu ve geçermelik tespitinin kim tarafından yapılacağı da önem arz etmektedir. Bu bağlamda tahkim anlaşmasının varlığının resmi yargı önünde ileri sürülmesi, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin hakem heyeti önünde ileri sürülmesi, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin iptal davası aşamasında ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçersizliğinin hakem kararının tenfizi aşamasında ileri sürülmesi şeklinde bir sınıflandırma yapılmıştır.<sup>82</sup>

### a. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Ulusal Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi

MTK m.5/1'e göre, "*Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazla-*

<sup>79</sup> BORN, s. 845.

<sup>80</sup> NAZZINI, s. 15.

<sup>81</sup> BORN, s. 845; NAZZINI, s. 15.

<sup>82</sup> ÖZÇELİK, s. 60; ÖZEL, s. 79.



*ra ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.” Görüldüğü üzere, taraflar arasında akdedilmiş bulunan bir tahkim anlaşması bulunmasına rağmen, uyuşmazlığın ulusal mahkeme önüne götürüleşi halinde davalıya tahkim itirazında bulunma ve davanın reddini talep etme imkanı verilmiştir.<sup>83</sup> Esen’e göre, MTK m.5/1’de yer alan “Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir.” ifadesi mahkemenin tahkim itirazını değerlendirirken, tahkim anlaşmasının geçerliliğini de inceleyeceği izlenimi verdiği tereddütlere neden olmaktadır.<sup>84</sup> Doktrinde genel olarak, taraflardan birinin tahkim anlaşmasının varlığına rağmen ulusal mahkemede dava açması durumunda, diğer tarafın da uyuşmazlığın tahkimde görülmesini arzu etmesi halinde tahkim itirazında bulunması ve davanın reddini talep etmesi üzerine, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>85</sup> Zira tahkim anlaşmasının geçerli olması durumunda mahkemenin o uyuşmazlığı esastan inceleyip karar vermesi mümkün olmadığından, uyuşmazlıktan el çekerek yargılamaya devam etmeyecektir. Buna karşılık tahkim anlaşmasının geçerli olmaması durumunda ise mahkeme yargılamaya devam edecektir.<sup>86</sup>*

Mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin izleyeceği uygulama, kompetenz-kompetenz prensibini<sup>87</sup> benimsemiş bir ulusun mahkemesi olup olmadığına göre farklılık gösterecektir.<sup>88</sup> Kompetenz- kompetenz prensibinin temelinde bir uyuşmazlık hakkında devlet mahkemelerinde dava açılmış olması durumunda mahkemelerin yalnız kendi yetkilerini düzenleyen kurallara göre değil, hakem heyetinin yetki sınırlarını belirleyen hükümler de dahil olmak üzere tahkim mevzuatının tümüne, daha da önemlisi tahkim kanunlarının ruhuna uygun bir inceleme yaparak tahkim yargılamasının teşvikine ilişkin eğilim ve

<sup>83</sup> ESEN, Emre: “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak 2011, C. 10, S. 1, s. 355-380, s. 355.

<sup>84</sup> ESEN, “Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, s. 356.

<sup>85</sup> AYDEMİR, Fatih: *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, İstanbul, 2017, s. 373; IŞIK, s. 98. ÖZEL, s. 80.

<sup>86</sup> AYDEMİR, s. 374; ÖZEL, s. 80.

<sup>87</sup> Kompetenz-kompetenz prensibi, hakemlerin kendi yetkileri hakkında kendilerinin karar vermesi anlamına gelmektedir. Bu prensibe göre, tahkim anlaşmasının geçersizliğine veya hakem heyetinin yetkisine ilişkin ihtilaflarla ilgili olarak karar verme yetkisi hakemlere ait bulunmaktadır. ESEN, “Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, s. 357; TÖRE, Nazlı, “Tahkim Yargılamasında Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 6, S. 11, 2019, Sayfa: 208-216, s. 208.

<sup>88</sup> ÖZÇELİK, s. 61.

amaçları dikkate alarak karar vermesi yatmaktadır.<sup>89</sup> Kompetenz-kompetenz prensibinin benimsendiği milli hukuk, kurumsal tahkim kuralları ve birtakım uluslararası konvansiyonlarda tahkim anlaşmalarının varlığı, geçerliliği ve genel olarak tahkim yetkisine ilişkin itirazlar hakem heyetince karara bağlanacaktır.<sup>90</sup> Kompetenz-kompetenz prensibinin benimsenmediği hukuk düzenlerinde tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı konusundaki uyuşmazlığın mahkemenin önüne gelmesi durumunda mahkeme bu konuda karar verebilecektir.

Kompetenz-kompetenz prensibinin benimsendiği hukuk sistemlerinde uyuşmazlığın mahkemeye taşınması durumunda tahkim itirazı ile birlikte mahkemenin tahkim anlaşması konusunda karara varıp varamayacağı ile ilgili tartışmalar mevcuttur. MTK'nın mahkemede tahkim itirazı ve anlaşması başlıklı 5. maddesinde tahkim anlaşmasının geçerliliği yönünde bir inceleme yapılacağı konusunda bir düzenleme yapılmamıştır.<sup>91</sup> Buna karşılık MTK m.7/H'de tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına hakem veya hakem kurulunun karar vereceği düzenlenmiştir.<sup>92</sup>

Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespitinde esas alınacak hukuk konusunda, ulusal mahkeme önünde gelişen bu durumda hakimin kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edeceği hukuk uygulanacaktır. Yukarıda değinildiği üzere MTK m.4/3 hükmüne göre tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya taraflar ya da hakem kurulunun MTK hükümlerini seçmiş olmaları durumlarında tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlememiş olmaları halinde ikinci basamakta yer alan Türk hukuku uygulanacaktır.<sup>93</sup> Yani taraflar temel sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçmiş olsa dahi bu tahkim anlaşması için genişletilemez ve taraflarca tahkim anlaşması için bir hukuk seçimi yapılmamışsa Türk hukuku uygulanır.

<sup>89</sup> SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek: "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 121-122, Sayfa: 195-224, s. 204.

<sup>90</sup> ÖZÇELİK, 61.

<sup>91</sup> MTK m.5'e göre, "Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder."

<sup>92</sup> MTK m.7/H'ye göre, "Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup, olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz."

<sup>93</sup> SARIÖZ BÜYÜKALP, Uluslararası Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları, s. 2028.

Ulusal hukuklarda da tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuklar konusunda farklı bağlama noktaları belirlenmiş olmasına rağmen irade muhtariyeti ortak nokta olarak kabul edilmiştir.<sup>94</sup> Ancak yukarıda da üzerinde durulduğu üzere tarafların tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuku belirlememiş olmaları durumunda hangi hukukun uygulanacağı konusunda değişik görüşler mevcuttur. Genel olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmemiş olması ancak taraflarca tahkim yerinin belirlenmiş olması durumunda tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili hukukun tahkim yeri hukuku olduğu, taraflarca tahkim yerinin belirlenmemiş olduğu durumlarda ise temel sözleşmeye uygulanacak hukukun en yakın bağlantılı hukuk olduğu düşünülmektedir.<sup>95</sup>

Tahkim yeri yabancı bir ülke olmasına rağmen Türk mahkemelerinde dava açılmış olması durumunda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe tarafından bu durumda bir boşluk olduğu, tahkim yerinin Türkiye olduğu durumlarda tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun bu durumda da kıyasen uygulanması gerektiği söylenmekte olup, yine Özel de aynı yönde MTK 4/3 hükmünün uygulanması gerekeceğini belirtmektedir.<sup>96</sup> Tahkim yerinin belirlenmemiş olması halinde ise Sarıöz-Büyükalp'e göre mahkemenin bulunduğu yerin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınarak tahkim anlaşmasına uygulanacak olan hukukun tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>97</sup>

Kanaatimizce de tahkim yeri yabancı bir ülke olmasına rağmen tahkim anlaşmasının geçersizliğinin Türk mahkemeleri önünde ileri sürülmesi durumunda for'un kanunlar ihtilafı kurallarına göre bir belirleme yapılacağından taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenmemişse kıyasen MTK m.4/3 gereğince tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespiti Türk hukukuna göre yapılmalıdır. Ancak bu durum, tahkim itirazının mahkemeler önünde ileri sürülmesi halinde tahkim anlaşmasının geçerliliğine mahkemelerce karar verilmesi durumu için geçerlidir. Oysa ki MTK m.7/H hükmü hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar vereceğini düzenleyerek kompetenz-kompetenz prensibini kabul etmiştir. Bu nedenle mahkeme önünde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu ileri sürüldüğünde mahkeme tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı konusunda bir tespit yapmadan temel sözleşmenin bir tahkim şartı içerip içermediğinin tespitini yapmakla yetinmeli ve tahkim anlaşmasının geçerliliği hususunu hakemlere bırakmalıdır.

<sup>94</sup> ÖZEL, s. 80.

<sup>95</sup> NAZZINI, s. 18.

<sup>96</sup> ÖZEL, s. 82; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 658.

<sup>97</sup> SARIÖZ BÜYÜKALP, "Uluslararası Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları", s. 2030.

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

Tahkim anlaşmasının tarafı tahkim anlaşmasının hile veya tehdit altında yapıldığını bu nedenle de iradesinin sakatlandığını ileri sürerek hakem heyeti önünde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia edebilir.<sup>98</sup> Hakem heyeti geçersizlik iddiasını incelerken öncelikle taraf iradelerine saygı göstererek tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilen hukuka göre karar verecektir.

Tarafların bir hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda ise genel olarak ülkelerin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda bir tahkim kuralları bulunmadığından hakemler kendi kanunlar ihtilafı kurallarını kendileri belirleyecektir.<sup>99</sup> Uygulamada hakemler tarafından dört metot izlenerek tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka karar verilmektedir.<sup>100</sup> Birinci grup hakemler tahkimin cereyan ettiği ve hakem kararının verildiği yere önem atfederek hakem kararının iptalinin de engellenmesi açısından faydalı olacağı gerekçesiyle tarafların hukuk seçimi yapmamış olduğu durumlarda tahkim yeri hukukuna göre karar vermektedir.<sup>101</sup> Ayrıca New York Sözleşmesi ve Avrupa Sözleşmesi de tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanacağını düzenlemiştir.<sup>102</sup> Kararın icrası açısından da tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda tahkim yeri hukukunun esas alınması, ileride iptal davası açılabilirliği dikkate alındığında ve iptal davasını görmeye yetkili mahkeme çoğu zaman tahkim yeri mahkemesi olduğundan hakem kararının iptalinin önlenmesi bakımından önem taşımaktadır.<sup>103</sup> İkinci grup hakemler, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacak olduğunu kabul etmektedir. Zira esas sözleşmeye uygulanan hukukun tahkim anlaşması için en yakın bağlantılı hukuk olduğunu kabul edilmektedir.<sup>104</sup>

Üçüncü grup hakemler, tarafların kurumsal tahkime gittiği durumlarda bu kurumun kurallarına göre tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar vermekte olup, burada hakemler milletlerarası örf ve adetlerin dikkate alınacağı hükmüne dayanarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemiştir.<sup>105</sup> Özellikle hakem heyetlerinin Milletlerarası Tahkim Odası'na bağlı olmaları durumunda milletlerarası kabul gören prensipleri, lex mercatoriayı esas alarak anlaşmaya uygulan-

<sup>98</sup> ÖZEL, s. 83.

<sup>99</sup> TEKİN, s. 87.

<sup>100</sup> ÖZEL, s. 83; TEKİN, s. 93.

<sup>101</sup> IŞIK, s. 97; ÖZEL, s. 84; TEKİN, s. 94; YENER KESKİN, s. 106.

<sup>102</sup> IŞIK, s. 97.

<sup>103</sup> IŞIK, s. 97; ÖZEL, s. 85.

<sup>104</sup> ÖZEL, s. 84; YENER KESKİN, s. 106.

<sup>105</sup> ÖZEL, s. 84; YENER KESKİN, s. 106.

çak hukuku tespit ettikleri görülmektedir.<sup>106</sup> Ancak bu uygulamada hakemler, kararların icrası için her türlü gayreti sarf etme prensipleri gereğince tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna uygun olup olmadığını da kontrol etmektedir.<sup>107</sup> Dördüncü grup hakemler ise sözleşmesel alanda milletlerarası kabul gören prensiplere göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını incelemektedir.<sup>108</sup>

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk tespit edilirken eğer tenfiz ülkesi tahmin edilebiliyor ise tenfiz ülkesi hukuku da dikkate alınabilecek bir husustur.<sup>109</sup> Ancak hakem kararının iptalinin talep edileceği ülkenin aksine, kararın tenfiz ülkesi yargılama esasında belli olmadığından tenfiz ülkesinin hukukunu uygulamak her zaman mümkün olmayabilir.

### c. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İptal Davası Aşamasında İleri Sürülmesi

Hakem kararlarına karşı hem HMK hem de MTK'daki düzenlemeye göre, başvurulabilecek olan tek kanun yolu iptaldir. Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının geçersiz olması durumu bir iptal sebebidir.<sup>110</sup> İptal davası aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi durumunda geçersizlik, iptal davasının açıldığı mahkemenin hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenecektir.<sup>111</sup> UNCITRAL Model Kanunu'na göre, mahkeme öncelikle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka göre değerlendirme yapar. Taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde ise iptal davasının açıldığı devlet mahkemesinin kendi hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür.<sup>112</sup>

İptal davasında önemli olan iptal davasını görmeye yetkili devlet mahkemesi olup, bu mahkeme çoğu zaman tahkim yeri mahkemesi olmaktadır.<sup>113</sup> Ancak MTK m.1/2'ye göre tahkim yerinin Türkiye dışı olduğu ancak MTK hükümlerinin seçildiği hallerde de yine taraflarca seçilen bir hukuk yoksa tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin Türk hukukuna göre tespit edileceği düzenlenmiştir.<sup>114</sup>

<sup>106</sup> ÖZÇELİK, s. 64.

<sup>107</sup> ÖZEL, s. 84.

<sup>108</sup> ÖZEL, s. 84; YENER KESKİN, s. 106.

<sup>109</sup> ÖZÇELİK, s. 64; TEKİN, s. 97.

<sup>110</sup> AYDEMİR, s. 381.

<sup>111</sup> IŞIK, s. 99; ÖZEL, s. 85.

<sup>112</sup> MOSES, s. 76.

<sup>113</sup> ÖZEL, s. 85.

<sup>114</sup> ÖZEL, s. 85.



#### d. Tahkim Sözleşmesinin Geçersizliğinin Tenfiz Aşamasında İleri Sürülmesi

Türkiye, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1958 New York Sözleşmesi'ne de taraf olduğundan yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi hakkında 1958 New York Sözleşmesinin kapsamına giren durumlarda bu sözleşme; kapsamına girmeyen durumlarda ise MÖHUK hükümlerine göre karar verilecektir.<sup>115</sup> New York Sözleşmesine göre, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliği bir tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir.<sup>116</sup> Bu nedenle tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk tenfiz aşamasında da önem arz etmektedir. Tenfiz hakimi bu meseleyi taraflarca seçilen hukuka göre, seçilmiş bir hukuk bulunmaması halinde ise hakem kararının verildiği yer hukukuna yani, tahkim yeri olarak belirlenen yer hukukuna göre çözecektir.<sup>117</sup> MÖHUK m, 62/1-e'de de New York Konvansiyonunca belirlenen bağlama noktaları kabul edilmiş olup, taraflarca seçim yapılmamış olması durumunda tahkim sözleşmesinin geçerliliğine hakem kararının verildiği ülke hukukunun uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır.<sup>118</sup>

Ancak tarafın tahkim anlaşmasının ifası yönünde hareket etmiş, hakemini seçmiş, yargılamaya katılmış olmasına rağmen, tenfiz aşamasında New York Sözleşmesi m.V(1)(a) bendi uyarınca, tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık sözleşmenin tarafının tahkim anlaşmasının ifası ile ilgili bir girişimde bulunmamış olması durumunda ise tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil etmeyecektir.<sup>119</sup>

#### IV. SONUÇ

Bu makalede esas olarak milletlerarası hukukta tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusu üzerinde durulmuştur. Tahkim anlaşması, tahkimin temelini oluşturmakta olup, MTK m.4'e göre; tarafların, sözleşmeden kaynaklı veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma şeklinde tanımlanmaktadır. Tahkim

<sup>115</sup> AYDEMİR, s. 390; ESEN, "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili", s. 83.

<sup>116</sup> ÖZEL, s. 85.

<sup>117</sup> AYDEMİR, s. 393; DOĞAN, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 144; ESEN, "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili", s. 83; IŞIK, s. 100; ÖZEL, s. 85.

<sup>118</sup> MÖHUK 62/1-e: "Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise yabancı hakem kararının tenfiz isteminin reddine karar verilecektir."

<sup>119</sup> AYDEMİR, s. 393-394.

anlaşmalarının yabancılık unsuru içermesi durumunda tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığı, tarafların tahkim iradelerinin geçerli bir şekilde ifade edilip edilmediği, tahkim anlaşmasının yorumlanması gibi konularda tahkim anlaşmasına hangi hukukun uygulanacağı konusunda net bir görüş bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının esastan geçerli olup olmadığı milletlerarası tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka bakılarak tespit edilmektedir. Uygulamada tarafların genellikle temel sözleşmeye uygulanacak hukuku seçtikleri, ancak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yapmadıkları görülmektedir. Bu konuda herhangi bir seçim yapılmamış olması durumunda hangi hukukun uygulanacağı konusu tartışmalı bulunmaktadır. Yukarıda değinildiği üzere tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk taraflarca belirlenmemiş ise tahkim anlaşmasının geçerliliği tespit edilirken temel sözleşmeye uygulanacak hukukun, tahkim yeri hukukunun, ulusal ülke hukuklarının, milletlerarası teamüllerin ve milletlerarası düzeyde kabul gören prensiplerin esas alındığı farklı birtakım uygulamalar mevcuttur. Bu konuda genel olarak tahkim yeri hukukunun esas alındığı söylenebilir. New York Sözleşmesine ve Model Kanun'a göre de taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenmemiş olması durumunda tahkim yeri hukukunun esas alınacağı düzenlenmiştir. Her ne kadar tahkim yeri hukuku yaygın olarak uygulanmakta olsa da bu konuda herhangi net bir düzenleme bulunmamaktadır. MTK m.4/3'te tahkim anlaşmasının taraflarca seçilmiş bir hukuk bulunmadığında Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli olduğu düzenlenmiştir. Türk hukukunda sözü edilen madde dolayısıyla taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda Türk hukukunun uygulanacağı açık olarak düzenlenmiş olduğundan bu konuda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak MTK'nın uygulama alanı dışında kalan hususlarda ise geçerlilik tespitinin hangi hukuka göre tespit edileceği hususu ihtilafli olmaya devam etmektedir. Tahkim sürecinin amaçlarıyla veya New York Sözleşmesi ve Model Kanunla uyumlu olmayan, öngörülemeyen ve keyfi sonuçlara yol açan farklı yaklaşımlar yerine son zamanlarda mahkemeler tarafından tahkim anlaşmalarının yapılmasındaki amaçla daha uyumlu ve daha tutarlı olan tarafların tahkime gitme niyetlerini esas alan geçerlilik ilkesi ve ayrımcılık yapmama kuralı yaygın olarak uygulanmaya başlamıştır. Bu ilkeler, tarafların uyuşmazlıklarını tahkime götürme niyetleri ve New York sözleşmesi ve Model Kanun'un hedefleriyle de uyumludur.

Kanaatimizce de bu konuda farklı uygulamalar olması nedeniyle hakem kararlarının iptali veya tenfizi hususlarında olumsuz sonuçların meydana gelmesi için ve tarafların uyuşmazlıklarını tahkime götürme iradelerine saygılı olmak adına geçerlilik ilkesinin ve ayrımcılık yapmama kuralının önemli bir

yeri bulunmaktadır. New York Sözleşmesi'ne bu şekilde yaklaşmak da bu ilkenin tüm sözleşmeciler tarafından uygulanmasını gerektireceğinden, bu yaklaşımın tahkim anlaşmasının esasen geçerliliği konusunda tahkim anlaşmasını ayakta tutmak adına kabul edilebilir bir yaklaşım olduğu söylenebilir.



**KAYNAKÇA**

- AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994.
- AKINCI, Ziya: “Türkiye’de Milletlerarası Tahkim”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 4, Sayı 1, s. 13-24.
- AYDEMİR, Fatih: *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BORN, Gary B: “The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective”, *Singapore Academy of Law Journal*, 2014/26, s. 814-848.
- BUCHER, Eugen / (Çev.) BUZ, Vedat: “Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit In Der Schweiz”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1993, Cilt 27, Sayı 2, s. 1-22.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis: *Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004.
- DOĞAN, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.
- EKŞİ, Nuray: *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ERKAN, Mustafa: “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 17, Sayı 1-2, s. 535-562.
- ESEN, Emre: “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 10, Sayı 1, s. 355-380.
- ESEN, Emre: “Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2008, Cilt 28, Sayı 1-2, s. 65-114.
- ESEN, Emre: “Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi*, İstanbul, 2008.
- ERDEM, H. Ercüment: *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ERDEM, H. Ercüment: “Tahkim Anlaşması”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 242-273.
- ERDOĞAN, Feyiz: *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

- GÜLERCİ, Altan Fahri: *Milletlerarası Tahkim Sözleşmesi (MTK m.4)*, Kocatepe Akademi Yayınları, Afyonkarahisar, 2014.
- International Commercial Arbitration, United Nations Conference on Trade and Development, New York and Geneva, 2005 [https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add39\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add39_en.pdf).
- İŞİK, Fatih: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- İLHAN, Hüseyin Afşin: *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- İNANÇ, Adnan: “Tahkim Sözleşmesinin Ana Sözleşmeden Bağımsızlığı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 91, Sayı 5, s. 203-212.
- KALPŞÜZ, Turgut: *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- KENAR, Hasibe Gülşah: “Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2016, Cilt 90, Sayı 3, s. 181-192.
- MOSES, Margaret L.: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3. Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- NAZZINI, Renato: The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles, *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, 65(3), p. 681-703, King’s College London, [https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/54329181/Law\\_Applicable\\_to\\_the\\_Arbitration\\_Agreement\\_Towards\\_Transnational\\_Principles.pdf](https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/54329181/Law_Applicable_to_the_Arbitration_Agreement_Towards_Transnational_Principles.pdf).
- ÖZÇELİK, Nesli Şen: “Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2016, Cilt 36, Sayı 2, s. 53-81.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 510-534.
- ÖZEL, Sibel: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Eylül-Ekim 2014, Cilt 9, Sayı 121-122, s. 195-224.

- SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek: “Uluslararası Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Cilt II, 2015, s. 2015-2061.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- TEKİN, Selin Ece: *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- TÖRE, Nazlı, “Tahkim Yargılamasında Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2019, Cilt 6, Sayı 11, s. 208-216.
- YENER KESKİN, Cansu: *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi*, Onikilevha, İstanbul, 2017.
- YÖNEY, Can: Viyana Satım Sözleşmesi’nin Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk Olarak Uygulanabilirliği, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2, Temmuz 2019, s. 745-781.
- <http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf>.