

## RESMİ YARGI VE TAHKİMİN AYRI AYRI VE BİRLİKTE YETKİLENDİRİLDİĞİ TAHKİM ANLAŞMALARININ GEÇERLİLİĞİ

Ar. Gör. Nesli Şen ÖZÇELİK\*

### Öz

*Hem tahkim yargulamasının, hem de resmi yargının yetkilendirildiği tahkim sözleşmeleri ile uygulamada sıklıkla karşılaşılmakta ve bu sözleşmelerin geçerliliği sorunu gündeme gelmektedir. Bir taraftan, tespit edilecek hukuka göre sözleşmenin geçersiz addedilmesi uyuşmazlığın istenmeyen mercilerce çözümlenmesi sonucunu doğurabileceği gibi, diğer taraftan, birden fazla merciin kendini yetkili tayin edebileceği şekilde kaleme alınan tahkim anlaşmaları paralel yargulamalara, hatta birden çok ve çelişen kararların verilmesine yol açabilecek ve her bir durumda olumsuz etkilenen uyuşmazlık çözüm süreci olacaktır. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun ne şekilde belirleneceği sorunu tartışılacak, daha sonra ise tahkim ve resmi yargının birlikte veya ayrı ayrı yetkilendirildiği tahkim anlaşmalarının geçerliliği sorunu özellikle Türk hukuku bağlamında örnekler üzerinden incelenerek değerlendirilmelerde bulunulacaktır.*

**Anahtar kelimeler:** Tahkim sözleşmelerinin geçerliliğine uygulanacak hukuk, resmi yargı ve tahkimin birlikte yetkilendirilmesi, asimetrik tahkim sözleşmeleri, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü kurtarma yardım sözleşmesi, tahkime başvuru seçimlik hakkı.

### VALIDITY OF ARBITRATION AGREEMENTS IN WHICH ARBITRATION AND NATIONAL COURTS ARE JOINTLY OR SEPARATELY AUTHORISED

#### Abstract

*Arbitration agreements that authorize both national courts and arbitration are often encountered in practice and their validity questioned. On the one hand, the arbitration agreement may be rendered invalid under the applicable law, which may result in the dispute being seen and resolved before undesired authorities; and on the other hand, multiple authorities (such as arbitral tribunals and national courts) may render themselves competent to decide, which may lead to parallel proceedings and further to many and conflicting*

\* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye  
neslisen.ozcelik@khas.edu.tr

\*\* Makale Gönderim Tarihi: 28.07.2016; Makale Kabul Tarihi: 11.11.2016

*decisions be rendered, all of which may negatively effect the dispute resolution process. In this respect, we will first discuss how to determine the law applicable to the arbitration agreement, and then will analyze the validity of arbitration agreements that authorize both arbitration and national courts, with specific importance given to those governed by Turkish law, through examples.*

**Keywords:** *Law applicable to the validity of the arbitration agreement, authorization of arbitration and national courts, asymmetrical arbitration agreements, Directorate General of Coastal Safety Salvage Agreement, optional arbitration agreements.*

## GİRİŞ

Günümüzde neredeyse her uluslararası ticari uyuşmazlıkta yanıtı öncelikli olarak aranan sorulardan biri, “Bu uyuşmazlık nerede ve kimler tarafından çözümlenecektir?” olmaktadır. Bu sorunun yanıtı, uyuşmazlık çözümü için harcanacak zaman ve kaynak bir yana, uyuşmazlık sonucunda çıkacak karara ve hatta uyuşmazlığın kazanılıp kaybedilmesine kadar sonucu etkileyebilmektedir<sup>1</sup>. Tarafsızlığı, uyuşmazlığın alanında uzman kişiler tarafından çözümlenmesi, tarafların süreçte sahip oldukları irade serbestisi ve tahkim heyetince verilen kararın bağlayıcı ve icra edilebilir oluşu gibi nedenlerle tahkim, uluslararası ticari uyuşmazlıklarda en çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm yollarından biridir<sup>2</sup>.

Tahkim yolunun seçilmesi ile birlikte taraflar aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü asli çözüm mercii olan resmi yargıdan farklı bir kuruma bırakmaktadırlar. Bu nedenle, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi, ancak, taraflar arasında bu uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceğine dair geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde mümkün olmaktadır. Yine bu nedenledir ki, tahkim anlaşmasının geçerliliği tarafların bu yönde bir iradesi olduğunun temin edilmesi amacıyla sıkı şartlara bağlanmıştır. Bu şartlardan birini, tahkim anlaşmasından tarafların hangi uyuşmazlıklar bakımından tahkim yoluna başvurma iradesinin bulunduğu, ve hatta, bu iradenin bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi oluşturur. Bu çerçevede, özellikle

<sup>1</sup> Gary B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 3. Bası (Bs), Kluwer Law International, Hollanda, 2010, s. 1 (“Drafting and Enforcing” olarak anılacaktır.)

<sup>2</sup> ŞANLI, s. 291; Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, 4. Bs, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 7; Nigel BLACKABY, Constantine PARTASIDES et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. Bs, Telif: Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015, para. 1.01; Cemal ŞANLI, Emre ESEN, İnci Ataman FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 1. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 523

resmi yargı ve tahkim heyetlerinin ayrı ayrı veya birlikte yetkilendirildiği tahkim sözleşmelerin geçerliliği sorunu gündeme gelmekte ve bu sorun da bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Çalışmamız, resmi yargı ve tahkimin ayrı ayrı veya birlikte yetkilendirildiği tahkim sözleşmelerinin geçerliliğini konu almaktadır. Bu kapsamda, çalışmamızın birinci bölümünde bir tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına hangi hukuka göre değerlendirileceği sorunu incelenecektir. İkinci bölümde ise, konusu resmi yargı ve tahkimin ayrı ayrı veya birlikte yetkilendirilmesi olan tahkim sözleşmelerinin özellikle Türk hukuku açısından geçerliliği değerlendirilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki çalışmamızda ticari tahkim esas alınmış, bu kapsamda tahkime rızanın çoğunlukla devlet eli ile verildiği yatırım uyuşmazlıklarında resmi yargı ve tahkimin birlikte yetkilendirilmesi konusu çalışmamız kapsamı dışında bırakılmıştır.

## I. TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ VE UYGULANACAK HUKUK

### A. Genel Hatlarıyla Tahkim Anlaşmaları ve Geçerliliği

Devlet sınırlarını aşan ticaret ilişkilerinin her geçen gün artması ile birlikte bu ilişkilerden doğan ihtilafların hangi mercide çözümleneceği sorunu önem kazanmaktadır. Milletlerarası nitelikte bir ticari ilişkiye taraf olan kişiler için bilinmeyen unsurlar ve alınan riskler yerel bir ticari ilişkiye nazaran çoktur. Bu risklerin bir kısmı hâlihazırda ticari bir faaliyet yapıyor olmaktan kaynaklanırken, ek bir kısmı da, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümü için başvurulabilecek bir uluslararası (*supranational*) mahkeme bulunmaması<sup>3</sup> nedeniyle, uyuşmazlık çözüm sürecinde başvurulacak ulusal hukuk sistemlerinden kaynaklanacaktır. Taraflar ya artı ve eksilerini değerlendirerek devlet yargısına başvuracaklardır ki bu takdirde uyuşmazlık milletlerarası nitelikli de olsa çözüm mercii yine milli mahkemeler olacaktır ya da milli mahkemelerin tarafsızlığına, bağımsızlığına, hızına, uzmanlığına vb. ilişkin tereddütlerini bertaraf etmek amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm tekniklerine başvuracaklardır. Uluslararası ticaret uygulamaları bu riskleri en çok minimize eden uyuşmazlık çözüm yönteminin tahkim olduğunu göstermiş<sup>4</sup>

<sup>3</sup> AKINCI, s. 1.

<sup>4</sup> Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bs, Beta Basım, İstanbul, 2016, s. 291.

ve taraflar açısından bağlayıcı ve nihai çözüm sunan tahkim<sup>5</sup>, milletlerarası uyuşmazlıklar bakımından tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmiştir<sup>6</sup>.

Tahkimde taraflar, yaptıkları bir sözleşme ile belirli birtakım uyuşmazlıkların çözümü için asıl çözüm merci olan resmi yargı yerine bilgisine, deneyimine ve kararlarına güvendikleri hakem denilen özel kişileri yetkilendirmektelerdir<sup>7</sup>. Tahkim anlaşması, tahkim yolunun olmazsa olmaz (*conditio sine qua non*) koşuludur<sup>8</sup>. Taraflar, bu tahkim anlaşması ile, sözleşmeye konu uyuşmazlıkların resmi yargı haricinde ve seçilecek hakemler eliyle çözümlenmesi iradelerini yansıtmaktadırlar<sup>9</sup>. Geçerli bir tahkim anlaşması olmaksızın geçerli bir tahkim olması mümkün olmayacaktır, zira tahkim, hareket noktasını tarafların irade serbestisi prensibinden almaktadır<sup>10</sup>.

Uluslararası ticari ve ekonomik işbirliğinin gereği olarak günümüzde birçok devlet, hukuklarını milletlerarası tahkime elverişli hale getirmek, bu kapsamda özellikle tahkim anlaşmalarının tanınmasını ve tenfizini kolaylaştırmak amacıyla uluslararası tahkim konvansiyonlarına taraf olmuş veya benzer düzenlemelerini kendi iç hukuklarında kabul etmiştir<sup>11</sup>. 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu (“NY Konvansiyonu”) Türkiye Cumhuriyeti tarafından 8 Mayıs 1991 tarihinde onaylanarak yürürlüğe konmuştur<sup>12</sup>. NY Konvansiyonu, tanıma ve tenfiz konusunda adeta uluslararası bir tahkim hukuku yaratmış ve taraf olan devlet sayısının çokluğu<sup>13</sup> ile de yabancı

<sup>5</sup> ŞANLI, s.2; AKINCI, s. 7.

<sup>6</sup> ŞANLI, s. 291; AKINCI, s. 7; BLACKABY, et.al., para. 1.01; ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE, s. 523.

<sup>7</sup> Gary B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2. Bs, Kluwer Law International, 2014, s. 69 (“*International Commercial Arbitration*” olarak anılacaktır); AKINCI, s. 93; Burak HUYSAL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 1. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 13, 14.

<sup>8</sup> AKINCI, s. 93.

<sup>9</sup> BLACKABY, et.al., para 2.01; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 225.

<sup>10</sup> Emre ESEN, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, 1. Bs., Beta Basım, İstanbul, 2008, s. 7 (“*Teşmil*” olarak anılacaktır); Cevdet YAVUZ, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler* (Çevrimiçi) [http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/Il.%20Uluslararası%C4%B1%20%C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/3prof.dr.cevdet\\_yavuz.pdf](http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/Il.%20Uluslararası%C4%B1%20%C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/3prof.dr.cevdet_yavuz.pdf), 9 Mart 2016.

<sup>11</sup> ŞANLI, s. 293; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 229.

<sup>12</sup> 25.09.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmi Gazete.

<sup>13</sup> Örn. NY Konvansiyonu’na taraf devlet sayısı 18 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla 156’dır.

nitelikli tahkim kararlarının diğer ülkelerde tanınması ve tenfizini oldukça kolaylaştırmıştır<sup>14</sup>. Türkiye tarafından iç hukuku milletlerarası tahkime elverişli hale getirmek için atılan bir diğer adım ise, yerel düzenlemeler yapılırken uluslararası model düzenlemelerden yararlanılmış olmasıdır. Yabancı unsurlu tahkimlere ilişkin hükümlerin yer aldığı 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ("MTK") genel gerekçesinde, "*Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan kanun örneği ve karşılaştırmalı uluslararası tahkim hukukundaki çağdaş anlayış, gelişme ve ilkelerin esas alındığı*" belirtilmektedir<sup>15</sup>. Benzer şekilde, yabancı unsur içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar bakımından tahkimi, yani iç tahkimi, düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("HMK") tahkim hükümlerinin de MTK'da yer alanlar ile – birkaç farklı nokta haricinde – uyumlu hale getirildiği görülmektedir<sup>16</sup>.

MTK m. 4, uygulama alanına giren tahkim yargılamaları bakımından tahkim anlaşmasını, "Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynak-

---

Bkz. UNCITRAL NY Convention Status, (Çevrimiçi) [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html), 18 Temmuz 2016.

<sup>14</sup> ŞANLI, s. 293; NY Konvansiyonu'nun adeta bir icra edilebilirlik karinesi oluşturduğunu ve çoğu mahkemenin NY Konvansiyonu'nda yer alan icra edilmeme nedenlerini oldukça dar yorumlayacağı ve çoğu kararın bu nedenle tenfiz edileceği konusunda bkz. Margeret L. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2. Bs., Cambridge University Press, Amerika Birleşik Devletleri, 2012, s. 3; Bu durum, aslında tahkimin resmi yargı karşısındaki en önemli avantajlarından birini oluşturmaktadır zira tahkim kararları resmi yargı kararlarına kıyasla daha kolay ve daha yaygın surette icra edilebilmektedir. Örneğin, Türk hukuku bakımından 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da ("MÖHUK") yer alan yabancı hakem kararları ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi şartları farklılık göstermekte ve yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tenfizi için yabancı mahkeme kararının verildiği ülke ile karşılıklılık koşulunun gerçekleşmesi aranmaktadır.

<sup>15</sup> Bkz. MTK Genel Gerekçesi, (Çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf>, 27 Mart 2016; Belirtilen model kanun, 72 devlet ve 102 yargı yetkisince kabul edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 Status, (Çevrimiçi), [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html), 27 Mart 2016.

<sup>16</sup> Hakan PEKCANİTEZ, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES, *Medeni Usul Hukuku*, 12. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 735; A. İpek SARIÖZ-BÜYÜKALP, *Uluslararası Tahkimde 'Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması' Kavramları*, (Çevrimiçi) <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/%C4%B0PEK-SARI%C3%96Z-B%C3%96YÜKALP.pdf>, 9 Mart 2016, s. 2017.

lansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır” şeklinde tanımlamıştır<sup>17</sup>. Bu tanım, aslında NY Konvansiyonu II(1)<sup>18</sup> maddesi dikkate alınarak hazırlanmış bir hükümdür. Sair uluslararası tahkim konvansiyonlarında da benzer tanımlar yer almaktadır<sup>19</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, bir tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için, her ne kadar sayılacak şartlar ulusal hukuklar bakımından kısmen farklılık gösterebilir ise de, yaygın olarak, taraflar arasında (i) sözleşmeden kaynaklansın ya da kaynaklanmasın, (ii) yabancı veya uluslararası nitelikte (iii) ticari bir ilişkiden kaynaklanan (iv) “belirli bir hukuki ilişki”ye (*defined legal relationship*) dair (v) doğmuş veya doğacak olan (v) uyuşmazlık veya uyuşmazlıkların (vi) tahkim yolu ile çözümlenmesine dair bir iradenin bulunması gerekeceği söylenebilir<sup>20</sup>. Tahkim anlaşmasına dair bir tanım bulunmasının en önemli sonucu, bu tanıma uymayan tahkim şart ve sözleşmelerinin geçersiz sayılacak olmasıdır<sup>21</sup>. Peki tarafların bağlayıcı olarak bir tahkim anlaşması yapıp yapmadığı, tarafların tahkim iradelerinin geçerli olup olmadığı, tahkim anlaşmasının kimlere ve hangi uyuşmazlıklara uygulanacağı mahkemeler veya tahkim heyetleri tarafından hangi hukuk esas alınarak tespit edilecektir? Zira, her ne kadar tahkim an-

<sup>17</sup> MTK ile uyumlu hâle getirilen HMK’da da tahkim anlaşması tanımı şu şekilde yer almaktadır, “Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.” Yine, benzer şekilde, tahkim anlaşmasının tanımı UNCITRAL Model Kanunu’nun 7. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.” (Çevrimiçi), [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf), 27 Mart 2016.

<sup>18</sup> İlgili hüküm aşağıdaki şekildedir, “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.”, bkz. (Çevrimiçi), <http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf>, 27 Mart 2016.

<sup>19</sup> BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 232.

<sup>20</sup> BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 236.

<sup>21</sup> AKINCI, s.94.

laşmasının geçerliliği tarafların bu konudaki iradesine temellendirilmekte ise de, tahkim anlaşmalarının asıl uygulanabilirliği ancak bu anlaşmaların ulusal ve uluslararası düzenlemeleri tatbik eden ulusal mahkemeler veya tahkim heyetleri nezdinde geçerli ve icra edilebilir addedilmesi üzerine mümkündür<sup>22</sup>. Bu kapsamda, tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığı değerlendirmesinin ilk aşaması olan tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi, çalışmamızın konusu olan resmi yargı ve tahkimi ayrı ayrı veya birlikte yetkilendiren tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin saptanması bakımından da temel teşkil edecektir.

## B. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

Belirtildiği üzere, tahkim anlaşmasının mevcut olup olmadığı, tarafların iradeleri, anlaşmanın kapsamı gibi hususlara tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk tespit edilerek yanıt aranacaktır. Bilindiği üzere, tahkim anlaşması ya bağımsız bir sözleşme olarak ya da asıl sözleşmeye eklenen bir kloz olarak akdedilebilmektedir. Ancak, esas sözleşmede bir kloz olarak akdedildiği takdirde dahi bağımsız bir sözleşme olma niteliğini korumakta, dolayısıyla doğrudan esas sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olmamaktadır<sup>23</sup>. Bu bakımdan da, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti, bir uyuşmazlık halinde ilk çözümlenmesi gereken problemlerden biri olacaktır<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 228.

<sup>23</sup> Sibel ÖZEL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, 1. Bs., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 80; SARIOZ-BÜYÜKALP, s. 2030, dn. 31; Hüseyin Afşın İLHAN, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, 1. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 29; Tahkim sözleşmesinin bu bağımsız niteliği doktrinde ayrılabilirlik prensibi ile açıklanmaktadır. Buna göre tahkim sözleşmesi sözleşmenin içerisinde bir kloz olarak akdedilse dahi bunun geçerliliği içinde bulunduğu maddi hukuk sözleşmesinden ayrı olarak değerlendirilecektir, zira tahkim sözleşmesi bağımsız niteliktedir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Mustafa ERKAN, *Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, ss. 535-562, s. 539 vd.

<sup>24</sup> Bu noktada ayrıca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ve tahkime elverişliliğin farklarına da dikkat çekmek gerekir. Bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülebilmesi için tarafların bir tahkim anlaşması yapmış olması açıklandığı üzere gerekli ancak yeterli değildir: Uyuşmazlık konusunun da tahkime elverişli olması gerekir (bkz. AKINCI, s. 5; HUYSAL, s. 13). Kural olarak, bir tahkim anlaşmasında taraflar dilerlerse her türlü uyuşmazlığın hakem veya hakemler tarafından karara bağlanacağını kararlaştırabilirler. Bununla birlikte, devletlerin büyük çoğunluğu kimi konuların tahkim eliyle çözümlenmesini engelleyici ya da sınırlayıcı hükümler getirmiş ve özellikle kamu düzeni gerekçesiyle bu konular hakkında karar vermeye münhasıran resmi yargıyı yetkili kılmıştır (bkz. HUY-

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk belirlenirken uyuşmazlığın hangi aşamasında bulunduğu ve geçerlilik tespitinin kim tarafından yapılacağı önem arz edecektir. Bu bağlamda, tahkimin hangi aşamada olduğuna göre doktrinde yapılan sınıflandırma<sup>25</sup> ile paralel şekilde tahkim anlaşmasına hangi hukukun uygulanacağını ayrı ayrı incelemenin faydalı olacağı kanısındayız:

- i. Tahkim anlaşmasının varlığının resmi yargı önünde ileri sürülmesi,
- ii. Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin hakem heyeti önünde ileri sürülmesi,
- iii. Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin iptal davası aşamasında ileri sürülmesi ve
- iv. Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin hakem kararının tenfizi aşamasında ileri sürülmesi.

### 1. Tahkim Anlaşmasının Varlığının Resmi Yargı Önünde İleri Sürülmesi

Bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen uyuşmazlığın taraflardan biri tarafından resmi yargı önüne getirilmesi mümkündür. Bu durum, tahkim sözleşmesinin varlığına ilişkin bir tespit talebi veya taraflar arasında tahkim sözleşmesi bulunuyor olmasına karşın davanın mahkeme nezdinde açılması üzerine tahkim anlaşmasının bulunduğu dair bir itirazın öne sürülmesinden kaynaklanabilir<sup>26</sup>. Sayılanlar arasında hangi sebepten olursa olsun, tahkim

---

SAL, s. 13). Tahkim, ancak tahkime elverişli uyuşmazlıklar bakımından mümkün olup, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar bakımından tahkim usulüne başvurulamazdır, bu kapsamda yapılan tahkim anlaşmaları da geçersiz olacaktır. Kısmen tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar bakımından ise, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmayan kısmı, tahkim mahkemesi tarafından karara bağlanamayacaktır. Genel kabul, kalan kısmın hakemlerce bağımsız olarak karara bağlanabildiği hallerde bu kısım için tahkim yargılamasına gidilebileceğidir. Detaylı bilgi için bkz. HUYUSAL, s. 344. Yine belirtilmelidir ki, tahkime elverişsizliğin bir sonucu olarak tahkim sözleşmesinin geçersizliğine karar veriliyor olsa da tahkime elverişlilik tahkim hukukunda ayrı bir başlık olarak ele alınmakta ve farklı kanunlar ihtilafı kurallarına tabi tutulmaktadır. Bkz. ÖZEL, s. 79.

<sup>25</sup> ÖZEL, s. 79; İLHAN, s. 30. Benzer bir sınıflandırma ESEN tarafından tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde uygulanacak hukukun tespit edilmesi sırasında yapılmıştır, detaylı bilgi için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 59 vd.

<sup>26</sup> ESEN, s. 68; İLHAN, s. 30.



anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir uyuşmazlık mahkeme önüne henüz bir karar alınmamışken gelirse, mahkemenin atacağı adım mahkemenin *kompetenz-kompetenz* prensibini benimsemiş bir ulusun mahkemesi olup olmadığına göre farklılık gösterecektir<sup>27</sup>. Birçok milli hukuk, kurumsal tahkim kuralları ve birtakım uluslararası konvansiyonlarda benimsenen *kompetenz-kompetenz* prensibi uyarınca, tahkim anlaşmalarının varlığı, geçerliliği ve genel olarak tahkim yetkisine ilişkin itirazlar hakem heyetince karara bağlanacaktır<sup>28</sup>.

*Kompetenz-kompetenz* prensibini tamamen benimsememiş hukuk düzenlerinde, önüne tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına dair bir uyuşmazlık gelen resmi yargının, tahkim sözleşmesinin geçerliliği üzerine bir karar vermesi gerekecektir.

Buna karşılık, *kompetenz-kompetenz* prensibini benimsemiş ulusal hukuk düzenlerinde, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı denetimi esasen tahkim mahkemelerine bırakılmıştır. Bu kapsamda, acaba resmi yargıya taşınan uyuşmazlıklarda tahkim itirazında veya tahkim sözleşmesinin tespiti talebinde bulunulması halinde mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleme yetkisi bulunmakta mıdır?<sup>29</sup> MTK m. 5 tahkim itirazının bir ilk itiraz olarak yapılabileceğini belirtmiştir ve tahkim itirazının kabulü halinde

<sup>27</sup> ESEN, s. 68

<sup>28</sup> Bu yetkinin sonradan mahkemelerin denetimine tabi olmak kaydıyla hakemlere verilen geçici nitelikte bir yetki olduğuna dair bkz. Emre ESEN, *Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi*, Atâ Sakmar'a Armağan, (Çevrimiçi), <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2015/4/prof-dr-ata-sakmar-armagan-hukuk-fakultesi-53.pdf>, 24 Mart 2016 ( "*Kompetenz-Kompetenz*" olarak anılacaktır), s. 359; ayrıca tahkim itirazına ilişkin mevzuatın detaylı bir incelemesi için bkz. SARIÖZ-BÜYÜKALP, 2017 vd.

<sup>29</sup> MTK'ya tabi uyuşmazlıklar bakımından resmi yargı tarafından yapılması gereken denetiminin kapsamı hakkında görüşler için bkz. ESEN, *Kompetenz-Kompetenz*, s.377 vd. ve SARIÖZ-BÜYÜKALP, s. 2017 vd. SARIÖZ-BÜYÜKALP'in UNCITRAL Model Kanunu'nun 1985 versiyonunun 8. Maddesinde yer alan düzenlemenin 2010 versiyonunda yer almadığı saptamasına katılmıyoruz, (bkz. SARIÖZ-BÜYÜKALP, s. 2018), UNCITRAL Model Kanunu'ndaki kapsamlı değişiklik 2006 yılında yapılmış olup bu versiyonda da bu hüküm bulunmaktadır. Bkz. (Çevrimiçi) [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf), 27 Mart 2016. Mahkemelerin de tahkim anlaşmalarının geçerliliğini değerlendirme yetkisi bulunduğu hakkındaki görüş için bkz. Yargıtay 15. HD., T. 1.7.2014, E. 2014/3330, K. 2014/4607 sayılı kararının karşı oyu (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 23 Mart 2016.

mahkemenin davayı usulden reddedeceğini düzenlemiştir. Bu noktada tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının incelenip incelenmeyeceğine dair açık bir düzenleme getirmemiştir. Bununla birlikte MTK m. 7/H düzenlemesi uyarınca, hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verecektir<sup>30</sup>. Bu kapsamda, MTK düzenlemesi göz önünde bulundurulduğunda, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin bir inceleme yapılıp yapılmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Esen tarafından *prima facie* bir incelemenin ötesine geçilemeyeceği belirtilirken<sup>31</sup>; Özel, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında mahkemenin karar vermesi gerekeceğini ve buna göre uyuşmazlığı görmeye devam etmek veya uyuşmazlıktan el çekmek hakkında karar vereceğini belirtmektedir<sup>32,33</sup>. Kanımızca da MTK m. 7/H’de hakem heyetinin yetkisini kendisinin değerlendireceği düzenlemesi karşısında resmi yargının yalnızca bir tahkim sözleşmesi olup olmadığına dair *prima facie* inceleme yapması ve tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkında bir karara varmaması yerinde olacaktır.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespitinde esas alınacak hukukun saptanması, bu incelemeler bakımından önem arz etmektedir. MTK m. 4/3 hükmü uyarınca, “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir*”. Bu kapsamda, MTK’nın uygulandığı uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşmasının geçerliliği incelemesinde öncelikle taraflar arasında tahkim sözleşmesine uygulanmak üzere belirlenen bir hukuk varsa bu, eğer böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukuku uygu-

<sup>30</sup> Belirtilmelidir ki, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin mahkeme nezdinde yapılacak inceleme konusunda MTK m. 5’te yer alan düzenleme ile UNCITRAL Model Kanunu (m.8) ve NY Konvansiyonu (m. II/3) birbirinden ayrılmaktadır. Yukarıda anılan MTK düzenlemesine karşılık, UNCITRAL Model Kanunu m. 8 ve NY Konvansiyonu m. II/3 uyarınca mahkemelerin taraflardan birinin tahkim itirazında bulunması halinde, tahkim anlaşmasının “hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız” olduğunu tespit etmedikleri sürece tarafları tahkime sevk etmeleri gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, MTK’nın aksine UNCITRAL Model Kanunu ve NY Konvansiyonu resmi yargı önüne gelen bir uyuşmazlıkta tahkim itirazında bulunulması halinde tahkim anlaşmalarının geçerli olup olmadığını karara bağlamasını öngörmektedir. HMK’da da UNCITRAL Model Kanunu’ndaki bu hüküm aynen benimsenerek mahkemenin tahkim anlaşmasının “hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız” olup olmadığını denetleme yetkisi tahkim itirazı halinde mahkemelere bırakılmıştır.

<sup>31</sup> ESEN, *Kompetenz-Kompetenz*, s. 377.

<sup>32</sup> ÖZEL, s. 80.

<sup>33</sup> Her iki görüşe ilişkin olarak ayrıca bkz. AKINCI, s. 124 vd., özellikle s. 130 vd.

lanacaktır. Unutulmamalıdır ki, MTK m. 1/2 uyarınca, bu kanunda yer alan düzenlemeler yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulama alanı bulacaktır.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer durum ise, MTK'nın uygulama alanı bulmayacağı tahkim anlaşmalarının Türk mahkemesi önüne gelmesi halinde geçerliliklerine hangi hukukun uygulanması gerekeceğidir. Doktrinde tahkim yerinin belirlenmiş olup olmaması da dikkate alınarak birçok görüş öne sürülmüş olup, hakimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak suretiyle belirlediği hukukun uygulanması; tanıma/tenfiz bakımından NY Konvansiyonu m. V/1/a'da düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralının, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin yapılacak incelemenin hangi hukuka göre yapılacağı hakkında bir düzenleme içermeyen NY Konvansiyonu m. II/3 hükmüne kıyasen uygulanması bunlardan bazılarıdır<sup>34</sup>. Bu durumda öncelikle taraflarca bir hukuk seçimi yapıldıysa bu hukuk dikkate alınacak, yoksa tahkim yargılamasının gerçekleştirileceği yer hukuku dikkate alınacaktır<sup>35</sup>.

Doktrinde Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, tahkim yerinin yabancı ülke olarak belirlendiği tahkim anlaşmasına rağmen Türk mahkemelerinde açılan davada tahkim sözleşmelerinin geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda düzenlemelerde bir boşluk olduğunu ve bu boşluğun tahkim yerinin Türkiye olduğu yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun kıyasen uygulanması yoluyla doldurulması gerektiği görüşündedir<sup>36</sup>. Aynı yönde Özel, bu tür yargılamalarda da yine yabancı unsurlu bir ihtilafta tahkim anlaşmasının geçerliliğinin değerlendirilmekte olması nedeniyle MTK m. 4/3 hükmünün uygulanması gerekeceğini belirtmiştir<sup>37</sup>. Benzer şekilde, Sarıöz-Büyükalp de tahkim yerinin belirlenmediği bir tahkim anlaşması söz konusuysa tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun nasıl tespit edilebileceğini değerlendirmiş ve mahkemenin bulunduğu yerin kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alarak tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmesi ve bu hukuku uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirmesi gerekeceğini belirtmiştir<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Doktrindeki görüşler için bkz. SARIOZ-BÜYÜKALP, s. 2028 - 2030.

<sup>35</sup> Bu durumda yalnızca taraflarca Türk hukuku seçildiyse tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin Türk hukukuna göre değerlendirilebileceği konusunda bkz. SARIOZ-BÜYÜKALP, s. 2029.

<sup>36</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 610; ayrıca bkz ŞANLI, s. 326.

<sup>37</sup> ÖZEL, s. 81.

<sup>38</sup> Detaylı bilgi için bkz. SARIOZ-BÜYÜKALP, s. 2029 – 2030.

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

Taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk seçimi yapılmayan hallerde, belirli kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamalarını emreden bir *lex forisi* olmayan ve uluslararası konvansiyonlarla da bağlı olmayan hakem heyetleri tarafından anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde farklı uygulamalar geliştirilmiştir<sup>39</sup>. Bu bağlamda, bazı hakemler tahkim yeri hukukunu uygulayarak çözüme ulaşırken, bazı hakemler esas sözleşmeye uygulanacak hukuku tahkim anlaşmasına da uygulama yoluna gitmiştir; bir diğer grup kurumsal tahkim söz konusuysa kurum kurallarını uygulamayı tercih etmiş, özellikle Milletlerarası Tahkim Odası'na bağlı hakem heyetleri ise milletlerarası kabul gören prensipleri, *lex mercatoriay*ı esas alarak anlaşmaya uygulanacak hukuku tespit etmişlerdir. Öğretide bunun yanı sıra hakem heyetlerinin tahkim prosedürünün ileri aşamalarını da dikkate alarak, her ne kadar bağlı olmasalar da NY Konvansiyonu hükümlerini gözeterek karar vermeleri gerektiğini<sup>40</sup> veya tenfiz ülkesi bilinmiyorsa dahi iptal ülkesinin bilinebileceğinden hareketle tahkim prosedürünün tabi olduğu ülke hukukuna göre de değerlendirilme yapılması gerektiği<sup>41</sup> belirtilmektedir. Kanımızca da, tahkim heyeti tarafından tahkim yargılamasının ileri aşamaları ve bu bağlamda tenfiz ülkesi veya bu bilinmiyorsa iptal ülkesi göz önünde bulundurularak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda bir karar verilmesi gerekecektir.

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

MTK ve Türkiye'nin de taraf olduğu ve farklı akit devletlerde muamele merkezi veya mutlak meskenleri bulunan gerçek ve tüzel kişilerin uluslararası ticari ilişkilerden doğan ihtilaflarının tahkim yolu ile çözümünü sağlamak amacıyla hazırlanan 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa Konvansiyonu<sup>42</sup> ("Avrupa Konvansiyonu"), tahkim yargılamasına esas tahkim anlaşmasının geçersizliğini bir iptal sebebi olarak öngörmüştür. Avrupa

<sup>39</sup> Farklı görüşler için bkz. ÖZEL, s. 83-85; ESEN, *Teşmil*, s. 65.

<sup>40</sup> ESEN, *Teşmil*, s. 66.

<sup>41</sup> ÖZEL, s. 85

<sup>42</sup> 23.09.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmi Gazete, m. I/1/a.

Konvansiyonu'nun 9/1/a maddesinde ve UNCITRAL Model Kanunu'nun 34/2/a/i maddesinde tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka veya bu yoksa tahkim yeri hukukuna göre hükümsüz olmasını bir iptal sebebi olarak düzenlerken, MTK m. 15/1/a maddesinde tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka veya bu yoksa Türk hukukuna göre hükümsüz olması iptal sebebi addedilmiştir. Bahsedilen düzenlemelerde iptal sebepleri sınırlı sayıda olarak belirtildiği ve uygulanabilecek hukuklar da açıkça zikredildiği için tahkim anlaşmasının geçerliliği tespit edilirken bu anlaşmada belirtilenler dışında bir hukukun uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>43</sup>.

#### **4. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Hakem Kararının Tenfizi Aşamasında İleri Sürülmesi**

NY Konvansiyonu'nda tanıma ve tenfiz aşamasında, hükme esas tahkim anlaşmasının geçersizliği bir ret sebebi olarak düzenlenmiştir ve hakem heyeti bu anlaşmayı NY Konvansiyonu V/1/a maddesi uyarınca taraflarca seçilen hukuka veya bu yoksa tahkim yeri hukukuna göre değerlendirilecektir. Yine Türk hukuku bakımından NY Konvansiyonu'nun uygulama alanı bulmadığı uyuşmazlıklarda MÖHUK 62/1/e maddesi devreye girecektir ve bu düzenleme de NY Konvansiyonu'na paralel şekilde tahkim sözleşmesi veya şartının taraflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz olmasını bir tenfizi ret sebebi olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla Türk mahkemelerinde açılan tenfiz davaları bakımından, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin taraflarca seçilen hukuka veya bu yoksa tahkim yeri hukukuna göre değerlendirilebileceği söylenebilecektir.

## **II. RESMİ YARGI VE TAHKİMİ BİRLİKTE VEYA AYRI AYRI YETKİLENDİREN TAHKİM ANLAŞMALARININ GEÇERLİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Uyuşmazlığın tahkime tabi kılınması ile bu uyuşmazlık bakımından asli yargılama yolu olan resmi yargının yetkisinin bertaraf ediliyor olması nedeniyle, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması tahkimin olmazsa olmazıdır. Tahkim anlaşmasının geçerliliği, yani tarafların bağlayıcı olarak

<sup>43</sup> ESEN, *Teşmil*, s. 73.

bir tahkim anlaşması yapıp yapmadığı, tarafların tahkim iradelerinin geçerli olup olmadığı, tahkim anlaşmasının kimlere ve hangi uyuşmazlıklara uygulanacağı, bir önceki bölümde tartışılan esaslar çerçevesinde tespit edilecek olan hukuk uyarınca değerlendirilecektir.

Geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edebilmek için tarafların uyuşmazlığın çözümünü karışıklığa mahal vermeyecek şekilde tahkim yargılamasına bıraktıklarının tahkim anlaşmasından anlaşılabilir olması gerekmektedir<sup>44</sup>. Resmi yargı ve tahkimin birlikte veya ayrı ayrı yetkilendirildiği klozların geçerliliği de bu bağlamda özellikle tarafların tahkim iradesinin bulunup bulunmadığının saptanması aşamasında değerlendirilmektedir.

Resmi yargı ve tahkimi ayrı ayrı veya birlikte yetkilendiren sözleşmeler birçok farklı tipte karşımıza çıkabilmektedir. Uygulamada bunların bazen belirli bir hukuki ilişkiye bağlı bazı uyuşmazlıklar bakımından tahkim, diğerleri bakımından resmi yargının yetkilendirildiği şekilde; bazen birbirlerine alternatif olarak; bazen biri diğerinden bir sonuca ulaşamaması halinde etkili olacak şekilde kademeli olarak; bazen ise aynı uyuşmazlık bakımından birlikte yetkilendirilecek surette düzenlendiği görülmektedir. Bu bölümdeki değerlendirmelerimiz uygulamada karşılaşılan farklı tipteki tahkim anlaşmaları esas alınarak yapılacaktır.

### **A. Hem Tahkim Yargılamasının, Hem De Resmi Yargının Kademeli Olarak veya Birlikte Yetkilendirildiği Sözleşmelerin Geçerliliği**

Kimi zaman tahkim anlaşmalarında taraflar bir tahkim yargılamasından sonuç alınmadığı/alınamayacağı hallerde resmi yargıyı aynı uyuşmazlık ile yetkili kılmış veya aynı sözleşme içerisinde hem tahkim hem de resmi yargıyı yetkilendirmişlerdir. Çeşitli Yargıtay kararlarında, tahkim sözleşmesinin geçerliliği için uyuşmazlığın mutlak olarak tahkimde çözümlenmesi hususunun taraflarca kararlaştırılmış olması aranmakta ve mutlak tahkim iradesinin yer almadığı durumlarda tahkim anlaşmasının geçersiz sayılacağı vurgulanmaktadır<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Erol ERTEKİN, İzzet KARATAŞ, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1997, s. 65

<sup>45</sup> AKINCI, s. 98; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 66 – Y HGK T 5.5.1965, 776/198 s. kararda, Y. HGK, “...yanlar arasındaki sözleşmenin 13. Maddesinde bu sözleşmeden doğacak ihtilaflara hakemde bakılacağı kabul edilmişse de aynı maddede ihtilafların çözümlenmemesi

Oldukça yakın tarihli bir kararında Yargıtay 15. HD, taraflar arasında kararlaştırılan “... Taraflar arasında meydana gelecek ihtilafların öncelikle tarafların her birinin ayrı ayrı tayin edeceği birer hakemden oluşan iki kişilik hakem heyetince çözülmesi esastır. 30 gün içinde bu yolla anlaşma sağlanamaması durumunda ihtilafların halinde İstanbul Mahkemeleri ve İcra Daireleri yetkilidir.” hükmünde, 30 gün içinde tahkim yoluyla anlaşma sağlanamaması halinde ihtilafların halinde İstanbul Mahkemeleri ve İcra Dairelerinin yetkili olacağını belirtildiğini, bu şekliyle uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem heyetinin kabul edilmediğini ve mahkemede de dava açma yetkisi verildiğini, bu kapsamda tahkim iradesi açık ve kesin olmadığından tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu belirterek ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir<sup>46</sup>.

---

halinde Kozaklı Mahkemelerinin görevli olacağı benimsenmiştir. Tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi ihtilafın kesin olarak hakemde görüleceğinin yazılı olmasına bağlıdır. Sözleşmedeki hakem şartı bu nitelikte olmayıp sonuçta sadece mahkemeleri görevli kıldığından hakem şartının gerçekleştiğinden söz edilemez” olduğunu belirtmiştir; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 66 – Y 15 HD, T 15.9.1994, 722/4938 s. kararda Y 15 HD, “Anılan sözleşmenin 5. Sayfasında yazılı olduğu üzere taraflar ‘işbu sözleşme ile ilgili herhangi bir konuda ihtilaf çıktığında taraflar mahkemeden önce bilirkişi ve hakeme müracaat etmeyi kabul ederler’ kuralı benimsenmiştir. Davanın hakemde görülmesi istisnai bir yoldur, bu nedenle tahkim şartının kesin olması gerekir.” şeklinde karar vermiştir.

<sup>46</sup> “Taraflar arasında imzalanan 11.1.2013 tarihli K... A... Sitesi Konut Projesi İnşaat ve Satış Vaadi Sözleşmesinin anlaşmazlıkların çözümü başlıklı 9. maddesinde “... Taraflar arasında meydana gelecek ihtilafların öncelikle tarafların her birinin ayrı ayrı tayin edeceği birer hakemden oluşan iki kişilik hakem heyetince çözülmesi esastır. 30 gün içinde bu yolla anlaşma sağlanamaması durumunda ihtilafların halinde İstanbul Mahkemeleri ve İcra Daireleri yetkilidir.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Geçerli bir tahkim şartı ya da anlaşmasından söz edebilmek için tarafların tahkim iradeleri, sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek biçimde açık ve kesin olarak belirtilmelidir. Kural olarak bir uyuşmazlığın çözümlenmesi görevi yetkili mahkemelere ait olduğundan tahkim iradesinin açık ve kesin olmaması halinde tahkim şartı ya da anlaşması geçersiz olur.

Eldeki davada kararlaştırılan tahkim şartında 30 gün içinde bu yolla ( tahkim ) anlaşma sağlanamaması halinde ihtilafların halinde İstanbul mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili olacağı belirtildiği, bu şekliyle uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem heyeti kabul edilmediği, mahkemede de dava açma yetkisi verildiği, tahkim iradesi açık ve kesin olmadığından geçersizdir.

Bu durumda mahkemece tahkim şartının geçersiz olması sebebiyle tahkim ilk itirazı reddedilerek, işin esasına girilip taraf delilleri toplandıktan sonra sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak davanın görev yönünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur” Yargıtay 15. HD, T. 22.5.2015, E. 2015/2198, K. 2015/2758, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 8 Haziran 2016.

Yargıtay yine benzer bir durumda aşağıdaki şekilde karar vermiştir<sup>47</sup>: “Yargıtay’ca geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz edilebilmesi için uyuşmazlığın mutlaka hakemde çözümleneceğinin taraflarca kararlaştırılmış olması gerektiği şartı duraksamasız olarak aranmaktadır. Çünkü tahkim kurumu, istisnai hallerde başvurulacak bir çözüm yoludur ve asıl olan uyuşmazlığın mahkemeler eliyle çözümlenmesidir. Aksi halde, örneğin sözleşmede önce tahkim şartının kararlaştırılıp sonraki maddelerde uyuşmazlığın çözümleneceği yetkili mahkemenin belirlenmesi halinde ya da aynı uyuşmazlığın hem tahkim hem de mahkeme yoluyla çözümlenebileceğinin kararlaştırılması durumunda, tahkim şartının geçersiz olacağı kabul edilmektedir”. Bu doğrultuda, Yargıtay uygulamasının tahkim ve resmi yargının birlikte yetkilendirildiği veya resmi yargının tahkimin adeta bir üst mercii gibi yetkilendirildiği tahkim sözleşmelerinin tahkim iradesinin bulunmaması nedeniyle geçersiz kabul edilmesi yönünde olduğu sonucuna varılabilir. Hem resmi yargı hem de tahkim mahkemelerini yetkilendiren bu tür sözleşmelerde tarafların iradesinin uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözmek olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı için, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığından söz edilemeyecektir.

## **B. Resmi Yargı ve Tahkim Yargılamasının Mevcut Bir Hukuki İlişkiden Doğmuş veya Doğacak Farklı Uyuşmazlıklar Bakımından Yetkilendirildiği Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği**

NY Konvansiyonu m. II(1), UNCITRAL Model Kanunu m. 7, MTK m. 4, HMK m. 412’nin her birinde ifade edildiği üzere, taraflar aralarındaki uyuşmazlığın tamamının tahkim yoluyla çözümlenebileceğini öngörebilecekleri gibi, bu uyuşmazlıkların bir kısmının tahkim yolu ile çözümlenmesini de öngörebilirler<sup>48</sup>.

Buna göre, örneğin, fesihden kaynaklanan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere bir tahkim anlaşması yapmaları halinde taraflar, aralarındaki hukuki

<sup>47</sup> Yargıtay 11. HD, T. 15.2.2011, E.2009/3257, K. 2011/1675, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 23 Mart 2016; Tahkim iradesini içermeyen sözleşmelerin hükümsüz, tesirsiz ve icra edilemeyen sözleşmeler tanımlarından hükümsüz tahkim anlaşmaları altında yer aldığına dair bkz. SARIOZ-BÜYÜKALP, s. 2035 vd.

<sup>48</sup> AKINCI, s 94; YAVUZ, s. 137; Nevhis DEREN-YILDIRIM, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, İstanbul, Alkim Yayınevi, 2004, s. 35.



ilişkidenden kaynaklı uyuşmazlıklardan yalnızca bazılarını tahkim yolu ile çözümlenme iradelerini göstermiş olmaktadır. Bu şekilde yapılacak bir tahkim anlaşması açık hüküm karşısında geçerli olacak ve fesihden kaynaklanan uyuşmazlıklar dışındaki uyuşmazlıklar bakımından resmi yargının yetkisini ortadan kaldıracaktır. Tarafların tahkim anlaşması kapsamına dahil etmedikleri “fesihden kaynaklanan uyuşmazlıklar” bakımından ise yetkili merci resmi yargı olacaktır<sup>49</sup>.

Aslında bu tür tahkim şartları doktrinde<sup>50</sup>, aynı dava içerisinde birden çok konuyu ilgilendiren uyuşmazlıkların olabileceği, paralel yargılamalara sebebiyet verebileceği ve bu suretle uyuşmazlıkların çözümünü zorlaştırabileceği gerekçesi ile eleştirilmektedir. Alangoya tarafından bahse konu şekilde birlikte yetkilendirmenin sınırı çizilmiş ve tarafların yargılamayı diledikleri gibi bölmelerine hukuk düzeninin her zaman cevaz vermeyeceği, ancak usul hukukunun uygun gördüğü ölçüde, kısmi dava açmanın mümkün olduğu hallerde resmi yargı ve hakem heyetleri arasında bölüştürmenin mümkün olduğu belirtilmiştir<sup>51</sup>. Nitekim Ekşi de ancak uyuşmazlıkların çerçevesinin tereddüde yer vermeyecek şekilde çizildiği hallerde bu şekilde bir yetkilendirmenin mümkün olabileceğini belirtmiştir<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> AKINCI, s. 94; YAVUZ, s. 137; DEREN-YILDIRIM, s. 35; Cansu YENER, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, 2015, s. 142

<sup>50</sup> Eleştiriler için bkz. AKINCI, s. 94; YAVUZ, s. 137; BLACKABY, et.al., para 2.72; Nuray EKŞİ, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 1. Bs., Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 86 (“Tahkim” olarak anılacaktır). Aynı taraflar arasındaki aynı veya birbiriyle yakın ilişkili ihtilafların birden fazla yargı merci önünde görülmesi halinde paralel yargılamaların mevcut olduğundan söz edilebilir. Öğretide paralel yargılamalar, hem uyuşmazlıkları karmaşıklaştırmakta ve çözümünü geciktirmekte, hem de zaman ve para gibi kaynakları tüketmekte olduğu için eleştirilmektedir. Ayrıca, paralel yargılamalarda birbiri ile çelişen hükümlerin/kararların verilmesi riski oldukça yüksek olup, bu bağlamda yaşanan sürecin tamamen nafiye olması sonucu doğabilecektir. Paralel yargılamalar sorununun detaylı incelemesi, örnekler ve çözüm önerileri için bkz. Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar*, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Y. 2013, C. 2, S. 2, s.15-51, s. 19; Nadja ERK, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, International Arbitration Law Library, C. 30 (Telif: Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2014), s. 25 vd.

<sup>51</sup> Yavuz ALANGOYA, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, s. 32.

<sup>52</sup> EKŞİ, *Tahkim*, s. 96

### C. Resmi Yargı ve Tahkim Yargılamasının Birbirlerine Alternatif Olarak Yetkilendirildiği Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği

Uygulamada tahkim anlaşmasında tahkime ve mahkemeye başvuru konusunda taraflara seçimlik hak tanınan sözleşmeler ile de karşılaşmaktadır. Doktrinde Alangoya tarafından bu tür sözleşmelerin geçerli olduğu savunulmuştur: Buna göre, seçimlik haklardan biri kullanıldığı takdirde uyuşmazlık çözüm yoluna ilişkin belirsizlik ortadan kalkacak ve örneğin, kullanılan yolun tahkim olduğu hallerde, mahkemeye gidecek yol tamamen kapanacaktır<sup>53</sup>. Bu tür sözleşmelerde tahkim iradesinin bulunduğu sabittir, zira tahkim mahkemesinin yargılaması ve hükmü değer kaybetmemekte, seçim ile birlikte mahkemeye gitme imkânı tamamen ortadan kalktığı ve uyuşmazlığın çözümü için tek yetkili merci tahkim mahkemesi haline geldiği için de karşı taraf bir belirsizliğe düşmemektedir<sup>54</sup>. Aynı yönde Deren-Yıldırım<sup>55</sup> da, “Adli mahkemelere başvurma imkanı bertaraf edilmemiştir” şeklindeki bir ifadenin de bu konuda taraflara bir seçim hakkı tanındığı şeklinde yorumlanması gerekeceği ve burada tarafların iradesinin mahkemeyi bir üst kontrol mercii olarak yetkilendirmek olmadığı için bu tür sözleşmelerin geçerli olacağı yönündedir. Seçimlik hakkın kullanılmasının diğer tarafı bağlayıp bağlamadığının tespiti somut olay bakımından değerlendirilecektir<sup>56</sup>.

Bu tür tahkim anlaşmalarının, hem resmi yargı hem de tahkim yargılamasını yetkili kıldığı ve bu kapsamda tahkim iradesinin bulunmadığından hareketle geçersiz addedilmesi gerekeceği savunulabilecektir. Burada önem arz eden husus, somut olayda taraflarca tahkim veya resmi yargının seçilmesi ile birlikte seçim hakkının tükenerek uyuşmazlık bakımından diğer uyuşmazlık çözüm yöntemini yetkisiz kılıp kılmadığıdır. Nitekim somut olay bazında yapılacak incelemede taraflardan birinin kararlaştırılan iki merciden birine başvurması ile birlikte diğer merci yetkisiz hale geliyorsa, burada tahkim iradesinin bulunmadığından bahsedilemeyeceği görüşündeyiz.

2015 tarihli bir kararında Yargıtay<sup>57</sup>, tahkim ile resmi yargının birbirlerine

<sup>53</sup> ALANGOYA, s. 32. Bu görüşle ilgili olarak ayrıca bkz. DEREN-YILDIRIM, s. 36

<sup>54</sup> ALANGOYA, s. 33

<sup>55</sup> DEREN-YILDIRIM, s. 36

<sup>56</sup> DEREN-YILDIRIM, s. 36

<sup>57</sup> “Davacı vekili; müvekkili ile davalı arasında sekiz adet ortaklar kurulu kararından ve 0614 sayılı protokolden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 4.7.2012 tarihli anlaşmanın imzalandığını, söz konusu anlaşmada taraflar arasındaki ihtilaflın çözümünde

alternatif olarak yetkilendirildiği bir tahkim sözleşmesini inceleyen ilk derece mahkemesinin, anlaşmada tahkim usulünün öngörüldüğü ve bunun geçerli olup olmadığı denetiminin ilgili tahkim heyetince yapılacağı gerekçesiyle verdiği görevsizlik kararını onamıştır.

---

*uygulanacak yolların, ne miktarda cezai şart ödeneceğinin belirlendiğini, bu anlaşmanın 2. maddesinin (b) bendinde taraflar arasında yaşanacak ihtilafların karşılıklı müzakere ile çözülememesi halinde tahkim yoluyla çözüleceğinin kararlaştırıldığını, aynı maddenin (h) bendinde ise “buradaki hiçbir husus taraflardan birinin söz konusu işlemin telafisi mümkün olmayan zararlardan kaçınmak, satış imkanının yok etmemek için geçici bir kısıtlayıcı mahkeme emri, ihtiyati tedbir veya diğer geçici benzer tedbir alınmasını ya da yukarıdaki maddeler ile ilgili dava açılmasını yasaklamayacaktır” denilmek suretiyle tahkim yetkisine alternatif bir yol olarak mahkemelerin yetkisinin saklı tutulduğunu, taraflar arasında düzenlenen anlaşmada uygulanacak hüküm bakımından HUMK hükümlerine atıf yapıldığını, tahkim sözleşmesinde hem mahkemenin hem de tahkimin yetkili kılınması durumunda tahkim şartının geçersiz olduğunu, sözleşmede uygulanacak kanun yönünde atıf yapılan HUMK’nın 519. maddesi uyarınca uyuşmazlığın çözümünde tahkim şartının uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin ihtilafların mahkemece seri yargılama usulü hükümlerince çözümleneceğinin düzenlendiğini ileri sürerek HUMK’nın 519. maddesi uyarınca taraflar arasında imzalanın 4.7.2012 tarihli anlaşmanın 2. maddesinde yer alan tahkim şartının hükümsüzlüğünün tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir:*

*Davalı vekili; tahkim sözleşmesinin HMK’nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapıldığını, sözleşmede HUMK’na yapılan atıfların dil alışkanlığı nedeniyle maddi hataya dayalı olarak gerçekleştiğini, kaldı ki anlaşma tarihi itibarıyla HMK’nın yürürlükte olması nedeniyle uyuşmazlıklarda bu kanun hükümlerinin uygulanacağını, sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olduğunu, geçersizliğin ve tahkimin yetkisizliğinin ileri sürülmesi durumunda HMK’nın 422. maddesi uyarınca bu hususta hakem heyetince karar verileceğini, davacı tarafından davaya mesnet gösterilen HUMK’nın 519. maddesine HMK’da yer verilmediğini, davacının daha öncesinde uyuşmazlıklar nedeniyle müvekkiline gönderdiği ihtar-nameler ile tahkim yoluna giderek müvekkilinden anlaşma uyarınca hakem belirlenmesini talep ettiğini, bu doğrultuda Tahkim Kurulunun oluşturulduğunu, davacının kötü niyetle yargılama sürecini uzatmak için bu davayı açtığını, sözleşmenin 2/h bendinde yer alan düzenle ile HMK’nın 414. maddesine atıf yapıldığını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre; taraflar arasında yapılan 4.7.2012 tarihli anlaşmanın 2. maddesinde ihtilafların çözümü için tahkim usulünün öngörüldüğü, HMK’nın 422. maddesi uyarınca tahkim sözleşmesinin geçersizliğine dair itirazları değerlendirme yetkisinin tahkim kuruluna ait olduğu, mahkemenin bu konuda görevli bulunmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir.*

*Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.*

*Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” Yargıtay 11. HD, T. 2.11.2015, E. 2015/4467, K. 2015/11347, (Çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, 8 Haziran 2016.*

### D. Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği

Asimetrik tahkim anlaşmaları, taraflardan birine tahkime müracaat etme hakkının tanınması suretiyle taraflar arasındaki eşitliğin bozulduğu sözleşmelerdir<sup>58</sup>. Bu kapsamda taraflardan birine uyuşmazlık halinde isterse tahkim yoluna, isterse resmi yargıya başvurma imkanı tanınmış olabilir.

Türk hukuk öğretisinde bir görüş, asimetrik tahkim sözleşmelerinin genellikle geçerli kabul edilmesi gerekeceğini belirtmekle birlikte, özellikle bir tarafın zayıf konumda bulunduğu sözleşmeler bakımından söz konusu klotların yargı yollarına başvurmadan feragat teşkil etmediğine dikkat edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>59</sup>. Diğer bir görüş ise, her somut olayın özelliklerine göre bu tür sözleşmelerin geçerliliğinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>60</sup>. Kanımca da somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak bu sözleşmelerin geçerliliğinin değerlendirilmesi gerekecektir.

Asimetrik tahkim klotları bakımından milletlerarası uygulamada da farklı yaklaşımlar bulunmaktadır<sup>61</sup>. Önceleri bu klotların her iki tarafa da aynı yetkinin tanınmaması gerekçesiyle geçersiz olduğuna hükmeden mahkemeler, yakın dönemdeki kararlarında çoğunlukla bu klotların geçerli ve icra edilebilir olduğuna karar vermektedir. Örneğin, *Law Debenture Trust Corporation plc v. Elektrim Finance B.V.*<sup>62</sup> davasında, taraflarca kararlaştırılan uyuşmazlık çözüm mercii İngiliz mahkemeleri iken hissedarlara diledikleri takdirde tahkim yargılamasına başvurma imkanı tanınmıştır. Mahkeme, bunların taraflardan birine ek bir menfaat, bir avantaj sağladığını, ancak sözleşmedeki zaten birçok hükmün taraflardan biri için daha avantajlı

<sup>58</sup> Ayrıntılı bilgi 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 Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 9, C. IX, S. 2, 2010, s. 145-155, s. 145 vd. ("Asimetrik Tahkim" olarak anılacaktır); BLACKABY et.al., para 2.94-2.98; ŞANLI, s. 329; EKŞİ, *Tahkim*, s. 83; SARIOZ-BÜYÜKALP, s. 2047; İLHAN, s. 211.

<sup>59</sup> ESEN, *Asimetrik Tahkim*, s. 154.

<sup>60</sup> EKŞİ, *Tahkim*, s. 87; İLHAN, s. 221.

<sup>61</sup> Farklı ülkelerin yaklaşımları hakkında detaylı bilgiler için bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 865 vd.; BLACKABY et.al., para. 2.94 vd.

<sup>62</sup> *Law Debenture Trust Corporation plc v Elektrim Finance BV* [2005] EWHC 1412, (Çevrimiçi), <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawRep/Law%20v%20Elektrim%202005.pdf>, 23 Mart 2016, söz konusu davada verilen karara ilişkin olarak bkz. BLACKABY et. al., para. 2.95 ve BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 865, dn. 1265.

olduğunu belirtmek suretiyle kabul etmiştir. Buna karşılık, Rusya’da, *CJSC Russian Telephone Company v. Sony Ericsson Mobile Telecommunications Rus LLC*. davasında tek tarafa tahkim yerine resmi yargıya başvurma imkanı tanıyan asimetrik tahkim klozunun usul eşitliğini etkiliyor olduğundan bahisle 2012 yılında verilen bir kararda, tahkim sözleşmesinin bu haliyle icra edilebilir olmadığına hükmedilmiş, mahkemelere başvurma imkanı her iki tarafa da tanınmıştır<sup>63</sup>.

### **E. Güncel Bir Örnek: Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma Yardım Sözleşmesi**

Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü’nün Kurtarma Sözleşmesi’nde yer alan eski 6. madde hükmü<sup>64</sup>, yukarıda bahsedilen farklı tiplerdeki tahkim sözleşmelerinin unsurlarını barındırmakta olduğu için incelenmesinde fayda görmekteyiz: “*Taraflarca sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen kurtarma-yardım hizmetinden kaynaklanan kurtarma-yardım alacağına ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde kurtarıcının talebi üzerine, İstanbul’da tahkim yolu ile hallolunur. Diğer ihtilaflar, genel hükümlere göre İstanbul Mahkemelerinde hal ve fasl olunur*”<sup>65</sup>.

Tadil edilmeden önceki hali ile 6. madde düzenlemesi öncelikle Denizcilik İhtisas Mahkemesi’nin E.2008/54-K.2008/333 sayılı ve 23.10.2008 tarihli kararına<sup>66</sup> ve sonrasında da aynı uyuşmazlığa ilişkin 2011 tarihli bir Yargıtay kararına konu olmuş, her iki karar da öğretilerde detaylı şekilde incelenmiştir<sup>67</sup>.

Bahse konu tahkim klozu asimetrik tahkim anlaşmalarının tipik bir örneğidir, nitekim söz konusu anlaşma yalnızca kurtarıcının talebi halinde tahkime başvurulabileceğini öngörmektedir. İlk derece mahkemesi olan İstanbul Deniz İhtisas Mahkemesi, sözleşmede yalnızca kurtarıcıya tahkime

<sup>63</sup> CJSC Russian Telephone Company v. Sony Ericsson Mobile Telecommunications Rus LLC, 19 Haziran 2012, (Çevrimiçi), [http://www.arbitrations.ru/userfiles/file/Case%20Law/Enforcement/Sony\\_Ericsson\\_Russian\\_Telephone\\_Company\\_Supreme\\_Court%20eng.pdf](http://www.arbitrations.ru/userfiles/file/Case%20Law/Enforcement/Sony_Ericsson_Russian_Telephone_Company_Supreme_Court%20eng.pdf), 18 Temmuz 2016. Ayrıca bkz. BLACKABY et. al., para. 2.97.

<sup>64</sup> Hüküm tadil edilmiş olup yeni hali aşağıda incelenecektir.

<sup>65</sup> EKŞİ, *Tahkim*, s. 84.

<sup>66</sup> Karar yayınlanmamış olup detaylı bilgi için bkz. ESEN, *Asimetrik Tahkim*, m. 151 vd.; ŞANLI, s. 329 vd.

<sup>67</sup> ESEN, *Asimetrik Tahkim*, s.151 vd; EKŞİ, *Tahkim*, s. 83 vd.; İLHAN, s. 216 vd.; ŞANLI s. 329 vd.

başvuru hakkı tanıyan tahkim şartına dayanarak kurtarılanın açtığı davayı görevsizlik kararı vermek suretiyle usulen reddetmiştir<sup>68</sup>. Bu şekilde bir yorum kurtarılanın kurtarma yardım ücretine ilişkin talepleri bakımından yargı yollarına başvurma imkanının ortadan kalkması sonucunu doğuracağı için doktrinde eleştirilmiştir<sup>69</sup>. Esen'e göre<sup>70</sup>, ya kurtarılanın hak arama hürriyeti kısıtlandığı için tahkim şartı geçersiz kabul edilmeli, ya da tahkim şartında tahkime başvurmayan tarafa resmi yargıya müracaat hakkı tanınması suretiyle bu tarafa hakkını araması imkanı tanınmalıdır, her ikisinin de yapılmamış olması karşısında Deniz İhtisas Mahkemesi'nin kararına katılmak mümkün olmayacaktır.

Benzer şekilde Yargıtay da, söz konusu tahkim şartının geçerliliğini değerlendirdiği 2011 tarihli bir kararında<sup>71</sup> ilgili tahkim anlaşmasını, (i) kurtarma-yardım hizmetinden yaralanan ilgililerin hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacak olması ve (ii) hem tahkim sözleşmesi hem de yetki sözleşmesi içermesi gerekçeleriyle geçersiz kabul etmiştir. Yargıtay'ın kararı şu şekildedir:

*“Yargıtay’ca geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz edilebilmesi için uyumsuzluğun mutlaka hakemde çözümleneceğinin taraflarca kararlaştırılmış olması gerektiği şartı duraksamasız olarak aranmaktadır. Çünkü tahkim kurumu, istisnai hallerde başvurulacak bir çözüm yoludur ve asıl olan uyumsuzluğun mahkemeler eliyle çözümlenmesidir. Aksi halde, örneğin sözleşmede önce tahkim şartının kararlaştırılıp sonraki maddelerde uyumsuzluğun çözümleneceği yetkili mahkemenin belirlenmesi halinde ya da aynı uyumsuzluğun hem tahkim hem de mahkeme yoluyla çözümlenebileceğinin kararlaştırılması durumunda, tahkim şartının geçersiz olacağı kabul edilmektedir.*

*Somut uyumsuzlukta ise kurtarma-yardım ücretinden doğan uyumsuzluklarla ilgili olarak sadece anılan hizmeti veren Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'ne tahkim yoluna başvurma hakkı tanınmıştır. Bu şartın geçerli sayılması, öncelikle kurtarma-yardım hizmetinden yaralanan ilgililerin hak*

<sup>68</sup> Yargıtay 11. HD, T. 15.2.2011, E. 2009/3257, K. 2011/1675, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 9 Haziran 2016.

<sup>69</sup> ESEN, *Asimetrik Tahkim*, s. 152.

<sup>70</sup> ESEN, *Asimetrik Tahkim*, s. 152, 153.

<sup>71</sup> Yargıtay 11. HD, T. 15.2.2011, E. 2009/3257, K. 2011/1675, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 9 Haziran 2016.

*arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Zira taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana geldiği zaman, hizmet alan ilgililerin mahkemeye başvurusu yolu, davalı kurumca süresinde tahkim itirazında bulunulmak suretiyle engellenecek, davalı kurumun tahkim yoluna başvurmaması halinde ise hizmeti alan ilgililerin başvurabileceği bir başka yasal yol kalmayacaktır. Nitekim somut uyuşmazlıkta da taraflar arasında bir muaraza meydana gelmiş, hizmet alanlarca açılan işbu davada davalı kurumun tahkim itirazı üzerine mahkemece dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş, davalı Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü tarafından da tahkim yoluna başvurulmamıştır.*

*Ayrıca âkit taraflardan sadece birisine tahkim yoluna başvurma hakkı tanıyan bu hükümden çıkan bir başka anlam da, kurtarma-yardım alacağıının tayinine ilişkin uyuşmazlıkta, sözleşmenin diğer tarafına mahkemeye başvurma hakkının tanınmış olduğudur. Yukarıda açıklandığı üzere aynı uyuşmazlık için hem tahkim hem de mahkemeye gitme yolunun karşılaştırılmış bulunması halinde tahkim şartı geçersiz olduğundan, somut uyuşmazlıktaki tahkim şartı bu nedenle de geçersizdir.*

*Bu durum karşısında mahkemece yukarıda açıklanan gerekçelerle taraflar arasında imzalanan kurtarma-yardım sözleşmesinin 6. maddesinde belirtilen tahkim şartının geçersiz olduğu kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”*

Öncelikle, karara konu m. 6/4’te yer alan tahkim anlaşmasında, belirli birtakım uyuşmazlıkların çözümü tahkime, diğerlerinin çözümü ise mahkemeye bırakılmıştır. Bu ayırımın sınırları net olup mevcut düzenlemeler karşısında, hüküm bu açıdan geçersiz kabul edilmemelidir.

Bununla birlikte, hak arama hürriyetinin kısıtlanmasının yanı sıra Yargıtay, taraflardan yalnızca birine tahkime başvurma imkanı verilmiş olmasının bir başka sonucunun, diğer tarafa bahse konu uyuşmazlık bakımından mahkemeye başvurma imkanı verilmiş olması olarak yorumlamış ve fakat aynı uyuşmazlık bakımından hem tahkim hem de resmi yargının yetkilendirilmiş olduğundan hareketle tahkim iradesinin bulunmadığı sonucuna ulaşarak tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğuna karar vermiştir. Kanımızca bu maddede tahkim iradesinin bulunmaması gerekçesiyle maddenin geçersiz olduğu şeklinde bir yorumdan ziyade, yukarıda bahsedilen ve tahkim

anlaşmasının seçimlik yetki olarak düzenlendiği sözleşmeler bakımından doktrinde mümkün olduğu kabul edilen ayrımı uygulamak, bu anlamda kurtarma-yardım alacağına ilişkin olarak kurtarıcının tahkim yoluna başvurmadığı ve kurtarılanın mahkemeye başvurduğu ihtimalde artık burada tahkim itirazının öne sürülemeyeceğini kabul edilerek mahkemedeki yargılamaya devam edilmesi amaca uygun bir yorum olurdu<sup>72</sup>.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, Kurtarma Sözleşmesi tadil edilmiş ve bu kapsamda 6. madde de revize edilmiştir. Güncel 7. madde düzenlemesi şu şekildedir: “*Taraflarca Sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen Kurtarma hizmetinden kaynaklanan Kurtarma alacağının veya 6. maddede belirtilen özel tazminat miktarının tayin, tespit ve tahsiline ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde taraflardan birinin talebi üzerine, İstanbul’da tahkim yolu ile hallolunur. Taraflarca; tayin, tespit ve tahsil için ayrı ayrı dava ikame edilemez. Kurtarma alacağının ya da özel tazminatın tayin, tespit ve tahsili dışındaki sair ihtilaflar, genel hükümlere göre İstanbul Mahkemelerinde hal ve fasl olunur*”<sup>73</sup>.

Görülebileceği üzere yeni maddede kurtarma alacağı veya sözleşmenin 6. maddesinde belirtilen özel tazminat miktarı hakkındaki ihtilaflar bakımından tahkim, diğer ihtilaflar için ise resmi yargı yetkili kılınmıştır. Bu anlamda hem tahkim anlaşması hem de yetki sözleşmesi içeren bu maddenin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Tahkime başvurma yetkisinin her iki tarafa birden tanınmasıyla birlikte tüm tarafların hak arama özgürlüğü güvence altına alınmış olup bu anlamda da sözleşmenin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir. Yine, her iki tarafa da tahkime başvuru yetkisi tanınmış olduğu için burada bir karma tahkim anlaşmasının varlığından söz edilebilecek olmakla birlikte, artık asimetrik bir tahkim anlaşması bulunmadığı kanısındayız<sup>74</sup>. Burada seçimlik bir tahkim anlaşmasının olduğundan da bahsedilemez, zira taraflardan birinin kurtarma alacağı veya özel tazminat miktarı ile ilgili olarak mahkemeye başvurması halinde tahkim yolu kapanmayacak, diğer taraf süresi içerisinde tahkim itirazında bulunarak ihtilafın resmi yargı önünde görülmesini engelleyebilecek, her iki tarafın tahkime başvuru hakkı baki kalacaktır.

<sup>72</sup> Aynı yönde, EKŞİ, *Tahkim*, s. 93.

<sup>73</sup> *Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü, Kurtarma Sözleşmesi*, (Çevrimiçi), [https://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/turks2015\\_tr.pdf](https://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/turks2015_tr.pdf), 9 Haziran 2016.

<sup>74</sup> Aynı yönde İLHAN, s. 213.



## SONUÇ

Çalışmamızın amacı, milletlerarası ticari tahkimde tahkim ve resmi yargıyı ayrı ayrı veya birlikte yetkilendiren tahkim sözleşmelerinin geçerliliğini tespit etmektir.

Bu kapsamda, öncelikle, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti önem taşımaktadır. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, tahkim yargılamasının hangi aşamasında değerlendirildiği ve tahkim heyeti tarafından mı yoksa resmi yargı tarafından mı değerlendirildiğine göre farklılık arz etmektedir. En güvenli yol, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmasıdır. *Kompetenz-kompetenz* prensibinin benimsenmiş olduğu hukuk sistemlerinde tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin asıl denetim ilgili tahkim mahkemesine bırakılmış olduğu için, bu sistemlerde tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin resmi yargı tarafından yapılacak denetim *prima facie* niteliğinde olmalıdır. Tahkim anlaşmasının geçerliliği hakem heyetince değerlendirilmekte ise hakem heyeti tahkimin ileri aşamalarını göz önünde bulundurarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda bir karar verilmesi gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının iptal veya tenfiz aşamasında geçerliliği değerlendirilirken ise ilgili kurallar göz önünde bulundurulacak hukukun saptanması gerekecektir.

Daha sonra, resmi yargı ve tahkimin birlikte yetkilendirildiği farklı durumlar üzerinden resmi yargı ve tahkimi birlikte yetkilendiren tahkim sözleşmelerinin geçerliliği tartışılmıştır. Türk hukukunda Yargıtay'ın genel tutumu, resmi yargı ve tahkimin birlikte veya ayrı ayrı yetkilendirildiği tahkim anlaşmalarının tahkim iradesinin bulunmadığından bahisle geçersiz olduğu yönündedir. Bununla birlikte, benimsenen *kompetenz-kompetenz* ilkesi uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliğinin belirlenmesini tahkim mahkemelerine bırakmak ve bu kapsamda bir tahkim sözleşmesinin varlığı halinde görevsizlik kararı verilerek davanın usulden reddedilmesi, tahkim anlaşması yapan taraflar bakımından daha adil sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır. Bu bağlamda, Yargıtay tarafından Kasım 2015'te verilen ve tahkim ve resmi yargının seçimlik olarak öngörüldüğü bir durumda tahkim sözleşmesinin doğrudan geçersiz olduğuna hükmedilmesi yerine bu sözleşmenin geçerliliğinin tahkim heyetince değerlendirilmesi gerektiği yönündeki ilk derece mahkemesi kararını onayan karar umut vaat etmektedir.

Uygulamada karşılaşılan ve tahkim ve resmi yargının birbirlerine alternatif olarak yetkilendirildiği tahkim sözleşmelerinin ancak bu yollardan birinin tercih edilmesi suretiyle diğerine başvuru hakkının ortadan kalkması halinde geçerli olacağı, taraflardan birine hem tahkime hem de resmi yargıya başvurma imkanı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmalarının ise öğretide geçerli kabul edilmekle birlikte incelenen Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma Yardım Sözleşmesi örneğinde olduğu üzere uygulamada geçersiz olduğu sonucuna varılabileceği belirtilmiştir.

## KAYNAKÇA

- ALANGOYA, YAVUZ *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973.
- AKINCI, ZİYA *Milletlerarası Tahkim*, 4. Bs, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- BLACKABY, NIGEL / PARTASIDES, CONSTANTINE ET AL. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. Bs, Telif: Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015.
- BORN, GARY B. *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 3. Bası (Bs), Kluwer Law International, Hollanda, 2010 (“Drafting and Enforcing” olarak anılmıştır).
- BORN, GARY B. *International Commercial Arbitration*, 2. Bs, Kluwer Law International, 2014 (“International Commercial Arbitration” olarak anılmıştır).
- DEREN-YILDIRIM, NEVHİS *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, İstanbul, Alkim Yayınevi, 2004.
- EKŞİ, NURAY *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*, 1. Bs., Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 84 (“Tahkim” olarak anılmıştır).
- EKŞİ, NURAY *Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar*, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Y. 2013, C. 2, S. 2, s.15-51 (“Paralel Davalar” olarak anılmıştır).
- ERKAN, MUSTAFA *Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, ss. 535-562.
- ERTEKİN, EROL / KARATAŞ, İZZET *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1997.
- 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 Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 9, C. IX, S. 2, 2010, s. 145-155 (“Asimetrik Tahkim” olarak anılmıştır).

- ESEN, EMRE *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, 1. Bs., Beta Basım, İstanbul, 2008 (“Teşmil” olarak anılmıştır)
- ESEN, EMRE *Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi*, Atâ Sakmar’a Armağan, (Çevrimiçi), <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2015/4/prof-dr-ata-sakmar-a-armagan-hukuk-fakultesi-53.pdf>, 24 Mart 2016 (“Kompetenz-Kompetenz” olarak anılmıştır).
- HUYSAL, BURAK *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 1. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- İLHAN, HÜSEYİN AFŞİN *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, 1. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- MOSES, MARGERET L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2. Bs., Cambridge University Press, Amerika Birleşik Devletleri, 2012.
- ÖZEL, SİBEL *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, 1. Bs., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- MTK GENEL GEREKÇESİ MTK Genel Gerekçesi, (Çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf>, 27 Mart 2016
- PEKCANITEZ, HAKAN / ATALAY, OĞUZ / ÖZEKES, MUHAMMET *Medeni Usul Hukuku*, 12. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- SARIOZ BÜYÜKALP, A. İPEK *Uluslararası Tahkimde ‘Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması’ Kavramları*, (Çevrimiçi) <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/%C4%B0PEK-SARI%C3%96Z-B%C3%96YÜKALP.pdf>, 9 Mart 2016.
- ŞANLI, CEMAL *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bs, Beta Basım, İstanbul, 2016.
- ŞANLI, CEMAL / ESEN, EMRE / ATAMAN FİGANMEŞE, İNCİM *Milletlerarası Özel Hukuk*, 1. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- UNCITRAL MODEL LAW UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 Status, (Çevrimiçi), [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html), 27 Mart 2016.

UNCITRAL NY CONVENTION STATUS UNCITRAL NY Convention Status, (Çevrimiçi) [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html), 27 Mart 2016.

YAVUZ, CEVDET *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler* (Çevrimiçi)

[http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/1l.%20Uluslararası%C4%B1%20%C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/3prof.dr.cevdet\\_yavuz.pdf](http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/1l.%20Uluslararası%C4%B1%20%C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/3prof.dr.cevdet_yavuz.pdf), 9 Mart 2016.

YENER, CANSU *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, 2015.

