

TAHKİM ŞARTININ AYRILABİLİRLİĞİ PRENSİBİNİN ASIL SÖZLEŞMENİN YOKLUĞU DURUMUNDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Mustafa ERKAN*

ÖZET:

Asıl sözleşmenin geçersiz ve iptal edilebilir olması durumlarında tahkim şartı ayrılabilirlik ilkesi sayesinde asıl sözleşmeden ayrılır ve geçerliliğini korur. Ancak, asıl sözleşmenin yokluğu durumunda, ayrılabilirlik ilkesinin tahkim şartını asıl sözleşmeden ayırıp ayıramayacağı konusunda tam bir açıklık yoktur. Bu çalışmada ayrılabilirlik ilkesinin asıl sözleşmenin yokluğunda uygulanıp uygulanamayacağı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Ayrılabilirlik İlkesi, Tahkimin Bağımsızlığı İlkesi, Sözleşmenin Yokluğu

THE DOCTRINE OF SEPARABILITY IN INTERNATIONAL ARBITRATION: WHERE THE NON-EXISTENCE OF THE CONTRACT IS ALLEGED

ABSTRACT:

If the contract is allegedly void or voidable, the arbitration clause can be separated from the contract due to the doctrine of separability. However, it is not clear whether an arbitration clause is separable from the underlying contract where non-existence of the contract is alleged. This paper analysis the operation of the doctrine of separability where the non-existence of the contract is alleged.

Keywords: Arbitration, Separability/Severability Doctrine, Autonomy, Non-Existence of the Underlying Contract

* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (mustafa.erkana@marmara.edu.tr).

GİRİŞ

Tahkimin ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yolu¹ olması nedeniyle uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceğine dair bir tahkim anlaşması² olmalıdır³. Bu durum “tahkim yolunun ‘olmazsa olmaz’ (*conditio sine qua non*) koşuludur”⁴. Tahkim anlaşması olmadan tahkim yolu ile uyuşmazlığın çözülmesi mümkün değildir⁵. Eğer ortada bir tahkim anlaşması yok ise uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir. Türk hukuku açısından bu bir anayasal zorunluluktur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁶ m. 9’a göre yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Ayrıca, hiç kimse rızası dışında kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bu durum Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 37’de düzenlenen kanuni hâkim güvencesinin bir sonucudur⁷.

¹ Bir uyuşmazlığın tahkim yöntemiyle çözülebilmesi için üç ana unsurun sağlanması gerekmektedir. Bunlardan birincisi bir tahkim anlaşmasının varlığı; ikincisi tahkim anlaşmasının kapsamının uyuşmazlığı kapsamı; üçüncüsü ise tahkim anlaşmasının tahkime elverişli olması gerekir. Daha detaylı bilgi için bkz. PARK, William W., “The Arbitrability Dicta in *First Options v. Kaplan*: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?” *The Journal of the London Court of International Arbitration*, 1996, Vol. 12, No. 2, (137-159), s. 144-146; KAPLAN, Yavuz, *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Ankara 2002, s. 25-26.

² Çalışmamızda, asıl sözleşmenin içine dercedilen tahkim maddesi için “tahkim şartı”; asıl sözleşmeden ayrı olarak düzenlenen tahkim anlaşması için “tahkim sözleşmesi”; hem tahkim şartını hem de tahkim sözleşmesini ifade etmek üzere “tahkim anlaşması” kavramını kullanacağız.

³ VAN HOUTTE, Hans, *The Law of International Trade*, 2nd ed., London Sweet&Maxwell 2002, s. 386; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B.Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, b.11, İstanbul 2012, s. 670; SPOORENBERG, Frank/FELLRATH, Isabelle, “Consent to Arbitrate: A Prerequisite to Arbitration”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, 2012, C. 1, S. 2, 241-252, s. 242.

⁴ NOMER, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, b.19., İstanbul 2011, s. 522, (NOMER, Devletler); AKINCI, Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, b. 2., Ankara 2007, s. 80; LEW, Julian D. M./MISTELIS, Loukas A./KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer International Arbitration: The Hague, London, New York 2003, s. 99.

⁵ Taraflar ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına istinaden de tahkim yargılamasına başvurabilmektedirler. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına istinaden gidilen tahkim bu çalışmanın kapsamı dışında kalacaktır. Zira buradaki tahkim yargılaması bir tahkim sözleşmesine istinaden değil de yatırım anlaşmalarına dayanarak yapılmaktadır. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında ev sahibi taraf devletler tahkim merkezinin (genellikle ICSID) yargılama yetkisini önceden kabul etmişlerdir. Bkz. NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli, *Milletlerarası Tahkim*, C. I., b. 4., İstanbul 2013, s. 110-111; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2013, s. 535; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 99; AKINCI, s. 31.

⁶ RG., 9.11.1982-17863 Mükerrer.

⁷ 19. HD., 11.3.2004T., E. 2003/2654, K. 2004/2603. Yargıtay, Anayasa m. 9’da teminat atına alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı ve tabii hakimde yar-

Tahkim anlaşması⁸ ayrı bir sözleşme olarak düzenlenebileceği gibi asıl sözleşmeye konulan bir tahkim şartı ile de düzenlenebilir⁹. Tahkim anlaşmasının ayrı bir sözleşme olarak düzenlendiği durumlarda¹⁰ her sözleşme gibi tahkim sözleşmesinin maddi ve şekli anlamda geçerliliği asıl sözleşmeden ayrı olarak (tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin asıl sözleşmenin geçerliliği şartına bağlanmamış olmak kaydıyla) değerlendirilecektir¹¹. Ayrı bir sözleşme olarak düzenlenen tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği asıl sözleşmeden bağımsızdır¹².

gılanma hakkına aykırı olacağı gerekçelerine dayanarak, tahkim şartının sözleşmeye taraf olmayan kişilere teşmil edilemeyeceğini karara bağlamıştır.

⁸ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 4/1’de tahkim anlaşması “. . . tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma. . .” olarak tanımlanmıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 412/1’de ise “tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır” şeklinde tanımlanmıştır.

⁹ Tahkimin ne şekilde kararlaştırılabileceği Türk Hukukunda değişik kanunlarda düzenlenerek konuya açıklık getirilmiştir. Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 516’da “tahkim hususi bir mukavele ile yapılabileceği gibi her hangi bir mukaveleye bundan tahaddüs etmesi muhtemel nizam hakemler vasıtasıyla halline dair bir şart da dercolunabilir” hükmü yer almıştır. Bu kanunun yerini alan 6100 sayılı HMK m. 412/2’de ise “tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir” şeklinde günümüz Türkçesi ile ifade edilmiştir. Özel bir kanun olan MTK m. 4/1 son cümlede “tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir” denilmiştir. 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyumlaşma Gereken İlkelere Dair Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasında “tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Tahkim sözleşmesi, sözleşmenin yürürlüğe konulmasındaki usule tâbi olur” hükmü yer almıştır. Ayrıca bkz, 15.HD., 27.06.2007T., E.2007/2145, K. 2007/4389; KALPSÜZ, Turgut, “Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, İstanbul 2003, (1027-1053), s. 1030, (KALPSÜZ, Tahkim Anlaşması); ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 524-525; DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, b. 2., Ankara 2013, s. 127; ÇELİKEL/ERDEM, s. 670; ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 35; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s.100; ATLIHAN, Özen, “Tahkim Sözleşmesinin Unsurlarının ve Hükümlerinin Ulusal-Uluslararası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi İşığında İncelenmesi” İstanbul Barosu Dergisi, 2010, C. 84, S. 2, s. 945; KALPSÜZ, Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, b. 2., Ankara 2010, s. 37, (KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim); NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 2.

¹⁰ Sözleşme dışı uyuşmazlıklar ve tarafların sonradan tahkim yolunu tercih ettikleri durumlar bir tarafa bırakılacak olursa tahkim şartının tahkim sözleşmesine göre daha yaygın olarak tercih edildiği görülmektedir. Bkz. AKINCI, s. 82.

¹¹ DOĞAN, s. 127; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 101.

¹² Tahkim usulünün özelliği sebebi ile bazı özel şartlara tâbi tutulsa da tahkim sözleşmesi borç-

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmenin içinde tahkim şartı olarak düzenlenmesi durumunda, tahkim şartı ile asıl sözleşme arasında bazı sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bu sorunlar, özellikle asıl sözleşmenin geçerliliğinin veya varlığının taraflar arasında ihtilafı olması durumunda kendini göstermektedir. Asıl sözleşmenin içerisinde yer alan tahkim şartının, asıl sözleşmenin iptal edilebilir, kesin hükümsüz¹³ ve yokluğu (bir sözleşmesel ilişkinin olmadığı) iddiaları durumunda nasıl etkileneceği sorusu ortaya çıkmaktadır¹⁴.

Bu çalışmada ayrılabilirlik ilkesi ve bu ilkenin var oluş sebebi üzerinde öncelikle durulacaktır. Daha sonra ise tahkimin diğer önemli ilkesi olan *kompetenz-kompetenz* ile ayrılabilirlik ilkesi arasındaki ilişkiye değinilecektir. Son olarak da asıl sözleşmenin yokluğu iddiası durumunda asıl sözleşme ile tahkim şartının birbirinden bağımsız olması sonucunu doğuran tahkim şartının ayrılabilirliği prensibinin hâlâ kendisine uygulama alanı bulup bulamayacağı değerlendirilecektir¹⁵.

lar hukuku hükümlerine tâbi bir sözleşmedir. Borçlar hukukuna göre sözleşmelerde aranan geçerlilik şartlarına sahip bir tahkim sözleşmesi geçerli olacaktır. Bkz. NOMER, Ergin, “Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, MHB, 1990, C. 10, S. 1-2, s. 130-131, (NOMER, Tahkim).

¹³ Kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik durumlarında ayrılabilirlik ilkesi bu çalışmada değerlendirilmeyecektir. Kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik hallerinde ayrılabilirlik ilkesi açısından çok fazla tartışma olmaması nedeni ile burada asıl sözleşmenin yokluğu durumunda ayrılabilirlik ilkesi değerlendirilecektir. Türk hukukunda sözleşmenin hükümsüzlüğü halleri için bkz. EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 14., Ankara 2012, s. 331-345; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler: 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş, b. 10., C. I., İstanbul 2012, s. 176-186; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 21., İstanbul 2010, s. 139-143.

¹⁴ AKINCI, s. 89; EMDİ, Göknil, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Şartının Bağımsızlığı”, AÜHF Mecmua, Ankara 2008, s. 548.

¹⁵ Sözleşmenin geçersizliği, iptal edilebilir olması durumunda tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesinin uygulanması konusunda hemen hemen bir tartışma olmaması nedeni ile bu çalışmada değinilmemiştir.

I. AYRILABİLİRLİK İLKESİ

Modern tahkim hukukunun köşe taşı olan¹⁶ ayrılabilirlik ilkesi bugün milletlerarası tahkim merkezlerinin kurallarında¹⁷ ve ulusal tahkim düzenlemelerinde¹⁸ kabul edilmiştir¹⁹.

Tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrı olarak kendi varlığını devam ettirebileceğine ilişkin olan bu ilke, *Common Law* hukuk sisteminde tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrılabilirliğini veya bağımsızlığını ifade eden *severability/separability*, Kıta Avrupası'nda ise *autonomy* kavramları ile ifade edilmiştir²⁰. Türk Hukuku'nda ise, tahkim şartının “bağımsızlığı”, “ayrılabilirliği” ve “istiklali” ifadeleriyle ilke ortaya konmuştur²¹.

Tahkimin ayrılabilirliği ilkesi, asıl sözleşmeden doğacak veya asıl sözleşme ile ilgili sorunların çözümünü düzenleyen tahkim şartının şekli ve maddi bakımdan geçerliliğinin asıl sözleşmeye bağlı olmayıp ayrı değerlendirileceğinin kabul edilmesidir²². Başka bir deyişle, ayrılabilirlik ilkesi, tahkim şartının geçerliliğinin tahkim şartını içeren asıl sözleşmeye

¹⁶ SMIT, Robert H., “Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come from Nothing?”, *American Review of International Arbitration*, 2002, Vol.13, s. 23.

¹⁷ Bkz. MTO Tahkim Kuralları 2012 m. 6/9; AAA Uluslararası Tahkim Kuralları m.15/2; LCIA Tahkim Kuralları m. 23/1; WIPO Tahkim Kuralları m. 36; UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 21.

¹⁸ MTK m. 4; HMK m. 412/4; İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu 1987, m. 178/3; İngiliz Tahkim Kanunu 1996, Bölüm (Sec) 7, bkz. (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/7>, erişim 11 Şubat 2013).

¹⁹ SMIT, s. 24.

²⁰ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers 1981, s. 145, (<http://www.newyorkconvention.org/publications/nyac-i>, erişim 24 Şubat 2013). *Sojuznefteexport v. JOC OIL Ltd Co*, 4(7) INT'L ARB. REP. B1 (1989). Dava ayrıca VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer International Law, 1990, V. XV, s. 384-435'de yayımlanmıştır. Davanın bazı bölümleri için bkz. VARADY, Tibor/ BARCELO III, John J./von MEHREN, Arthur T., *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective*, 2nd ed., Thomson West 2003, s. 118-127; EMDİ, s. 548-549. Fransızlar ise *autonomie de la clause compromissoire* kavramını tercih etmektedirler.; AKINCI, s. 90.

²¹ EMDİ, s. 548-549. Ayrıca bkz. GÜLERCİ, Altan Fahri, “Separability of the Arbitration Agreement in International Arbitration”, *ABR*, 2008, Vol.1, Issue 1, s. 100-106.

²² ŞANLI, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, b.4., İstanbul 2011, s. 253, (ŞANLI, Ticari Akitler); ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 525; KALPSÜZ, Tahkim Anlaşması, s. 1041; EMDİ, s. 548; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 102; MONESTIER, Tanya J., “ ‘Nothing Comes of Nothing’... or Does It? A Critical Re-Examination of the Doctrine of Separability in American Arbitration”, *American Review of International Arbitration*, 2001, V. 12, 223-247, s. 223.

bağlı olmamasıdır²³. Bu ilkeye göre tahkim şartı, asıl sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilecek ve asıl sözleşmenin fesih edilmesiyle²⁴, süresinin sona ermesiyle veya askıya alınmasıyla tahkim şartı ortadan kalkmayacaktır²⁵. Tahkim şartının geçerliliğini korumasının bir sonucu olarak, asıl sözleşmenin geçersizliği iddiası, tahkim şartına istinaden teşekkül edecek olan hakem heyeti tarafından değerlendirilecektir.

A. AYRILABİLİRLİK İLKESİNİN GEREKLİLİĞİ

Asıl sözleşmenin varlığının veya geçerliliğinin taraflar arasında ihtilaf konusu olması durumunda tahkim şartının bundan etkilenip etkilenmeyeceği konusu ortaya çıkar²⁶. Bu durumda asıl sözleşmenin geçerli veya geçersiz olmasından ayrı olarak tahkim şartının kendi geçerliliğini ortaya koyup koyamayacağı hususu önem kazanır.

Tahkim şartının asıl sözleşmenin bir parçası olmasından dolayı, tahkim şartının geçerliliğinin asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olduğu görüşü önceleri kabul edilmiştir²⁷. Ancak, daha sonraları bu anlayıştan uzaklaşmıştır. Eğer asıl sözleşme ile tahkim şartı birlikte değerlendirilse idi asıl sözleşmenin geçerliliğine yapılan itirazlar tahkim şartının geçerliliği üzerinde etki edecek ve ortaya çıkan uyuşmazlık tahkim heyeti tarafından değil devlet mahkemesi tarafından çözümlenecekti. Özellikle, başlangıçta tahkim konusunda iradesi olmakla birlikte, sonradan tahkim yargılamasını istemeyen tarafa asıl sözleşmenin geçersizliği savını ileri sürerek uyuşmazlığın tahkim yerine devlet mahkemeleri önünde çözülmesini sağlama imkânı verecekti²⁸. Bunun doğal sonucu olarak da, tahkim şartı etkisiz hale gelmiş olacaktı. 1086 sayılı

²³ 19. HD., 15.11.1995 T., E.1995/9108, K.1995/9685; NOMER, Devletler, s. 532; ÖZEL, s. 35; MONESTIER, s. 223.

²⁴ Burada dikkat edilmesi gereken husus tahkim anlaşmasının kapsamıdır. Eğer tahkim anlaşması yeterince kapsayıcı bir şekilde kaleme alınmamış ise sözleşmenin feshedilmesi durumunda tahkim anlaşması ihtilafın çözümü için hakemlere yetki vermeyebilir. Ancak, bu durum ayrılabilirlik ilkesine tesir etmez. Zira ayrılabilirlik ilkesi sonucunda hakem heyetinin kendi yetkisini tesis etmesi sonrası yaptığı inceleme sonucunda ortaya çıkan bir durumdur.

²⁵ KALPSÜZ, Tahkim Anlaşması, s. 1041; SMIT, s. 21; HULEATT-JAMES, Mark, International Commercial Arbitration: A Handbook, London 1996, s. 13; GARNETT, Richard, A Practical Guide to International Commercial Arbitration, New York 2000, s. 37.

²⁶ AKINCI, s. 89.

²⁷ DOMKE, Martin, Commercial Arbitration, New Jersey 1965, s. 47. Yargıtay, eski tarihli kararlarında asıl sözleşmenin geçersiz olması durumunda içerisinde yer alan tahkim şartının da geçeriz olacağını belirtmiştir. Bkz. 4. HD, 25.03.1971T., E.1971/2829; 13 HD, 26.05.1976T., E.1976/7803, K. 1976/4297.

²⁸ AKINCI, s. 90; EMDİ, s. 548.

mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 519²⁹ bu durumun en güzel örneğini teşkil ediyordu. Asıl sözleşme içerisinde bulunan bir tahkim şartına istinaden tahkime başvuran davacıya, davalı asıl sözleşmenin ve dolayısıyla asıl sözleşme içerisindeki tahkim şartının geçersiz olduğunu ileri sürüyordu. Bu sebeple hakemlerin yetkisi yoktur mahiyetinde bir beyanda bulunup tahkim prosedürünü durduruyordu. Davasının tahkim heyeti önünde çözülmesini isteyen taraf, devlet mahkemesine başvurarak tahkim şartının geçerliliğine ilişkin bir tespit davası açmak durumunda kalıyordu³⁰. Davanın kazanılması ve temyiz edilir ise Yargıtay tarafından onanmasından sonra tekrar tahkim yargılamasına başlanabiliyordu³¹. Bu durum hem zaman kaybına hem de uyuşmazlığın çözüm maliyetinin artmasına neden oluyordu. Bu gibi tahkim yargılaması için olumsuzluk teşkil eden hususların ortadan kaldırılabilmesi adına ayrılabilirlik ilkesine ihtiyaç duyulmuştur. Tahkim şartının ayrılabilirliği sayesinde tahkim prosedürünün otonomisi ve bütünlüğü korunmuş olmaktadır³². Bir başka deyişle, devlet mahkemelerinin müdahalesinden kaçınılmış olur.

Tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesi doğrultusunda, taraflar arasındaki asıl borç ilişkisini düzenleyen maddi hukuk sözleşmesi ile bu sözleşmeye istinaden doğmuş veya doğacak ihtilafların halli için yapılan tahkim şartı birbirinden ayrı değerlendirilir. Bunun doğal sonucu da birinin geçersizliğinin diğerine etki etmemesidir. Yani tahkim şartı geçersiz olsa bile tahkim şartını ihtiva eden asıl sözleşme geçerliliğini koruyacağı gibi asıl sözleşmenin geçersiz olması, içinde bulundurduğu tahkim şartını geçersiz kılmaz³³. Burada

²⁹ Mülga HUMK m. 519 “ Bir nizan hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece seri usulü muhakeme ile hallolunur” hükmünü içerir. Bu hükme göre hakemlerin yetkilerinde (tahkim anlaşmasında) ihtilaf çıktığı takdirde bunun basit usulü muhakeme ile devlet mahkemelerinde çözümlenecektir.

³⁰ 11. HD., 26.05.1999T., E. 1998/9679, K. 1999/4500. Ancak 2001 yılında Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girdikten sonra verilen başka bir kararda, mahkemelerin tahkim davasını değerlendirmeye yetkileri olmadığı ve bu yüzden menfi tespit davasına konu edilemeyeceği ortaya konmuştur. Bkz. 15. HD., 27.06.2007T., E. 2007/2145, K., 2007/4389; ESEN, Emre, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve *Kompetenz-Kompetenz* Prensibi”, Galatasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Atâ SAKMAR’a Armağan, s. 376, 379.

³¹ ŞANLI, Cemal, “Türkiye’de Tahkim ve ADR”, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, 9-10 Ocak 2009, Ankara, s. 171, (ŞANLI, Tahkim).

³² SMIT, s. 22.

³³ SMIT, s. 21; ŞANLI, Ticari Akitler, s. 254.

amaçlanan fayda, asıl sözleşmenin geçerliliği konusunda yapılacak itirazlar nedeni ile tahkim yargılamasının engellenmesinin önüne geçmek³⁴ ve devlet mahkemelerinin müdahalesini en aza indirmektir.

Ayrılabilirlik ilkesinin mantığı *Schwebel* tarafından şu şekilde açıklanmıştır: Taraflar, içerisinde tahkim şartı ihtiva eden bir sözleşmeyi yürürlüğe koydukları zaman bir değil iki sözleşme yapmışlardır. Tahkim şartı, asıl sözleşmenin doğumunda veya asıl sözleşmede sonradan ortaya çıkacak sorunlarda geçerliliğini korumaya devam eder³⁵. Bu mantığın altında yatan gerçek, asıl sözleşme ile tahkim anlaşması arasındaki amaç, fonksiyon ve tabiat farklarıdır³⁶.

II. TAHKİM ANLAŞMASININ AMACI, FONKSİYONU VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının maksatları, fonksiyonları ve hukuki nitelikleri farklıdır³⁷. Asıl sözleşme bir borç ilişkisinden doğar, içinde sözleşmenin icrası ve sona ermesi gibi esasları barındırır. Tahkim anlaşması ise bir uyumsuzluğun çözümü amacını güder. Tahkim anlaşmasının fonksiyonu uyumsuzluğun ortadan kaldırılması iken, asıl sözleşmenin fonksiyonu bir hakkın başkasına devri, bir borcun ifası veya bir işin görülmesidir³⁸.

Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği tartışmalıdır³⁹. Hukuki nitelik bakımından asıl sözleşme maddi hukuk sözleşmesi niteliğine sahip iken, tahkim anlaşması bazılarına göre usul hukuku sözleşmesi⁴⁰; ağırlıkta olan görüşe göre ise “usul hukuku ilişkilerine taalluk eden bir maddi hukuk sözleşmesi”⁴¹dir. Tahkim anlaşmasının usul hukuku karakterine sahip bir

³⁴ AKINCI, s. 89.

³⁵ SCHWEBEL, Stephen M., *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge Grotius Publications Limited 1987, s. 5; VARADY/ BARCELO III/von MEHREN, s. 123.

³⁶ KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1041.

³⁷ ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 253; ATLIHAN, s. 946.

³⁸ KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1041- 1042.

³⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 674; KAPLAN, s. 24.

⁴⁰ İsviçre hukukunda tahkim şartının usul hukukuna dair bir anlaşma olduğu hakkında bkz. ABDULLA, Zina, “The Arbitration Agreement” in KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/ STUCKI, Blaise (editors) *International Arbitration in Switzerland*, Kluwer Law International, The Netherlands 2004, s. 28.

⁴¹ KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1042. Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği konusunda tam olarak fikir birliği bulunmamaktadır. Bkz. NOMER, *Devletler*, s. 523; DOĞAN, s.127. Bu noktada dört farklı görüş ortaya konulmuştur. Bunlardan birincisi tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesi olduğu, ikincisi usul hukuku sözleşmesi olduğu, üçüncüsü hem

sözleşme olarak kabul edilmesi halinde, bu durum tahkim anlaşmasını *lex fori* hâkimiyetine sokar⁴². Bu bağlamda, tahkim yargılamasının yapıldığı ülke tahkim prosedürünü düzenleme ve kontrol etme gücüne sahip olur. Tahkim yargılamasının yapıldığı yerin hukuku tahkim anlaşmasının geçerliliğinde ve hükümlerinde egemen olacaktır⁴³. Bu nedenle, tahkim anlaşmasının maddi hukuk karakterini ön plana çıkararak usul hukuku karakterini arka planda bırakmak, milletlerarası ticaretin gereklerine daha uygun olacaktır. Böylelikle taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleme yetkisine sahip olacaklardır⁴⁴.

Tahkim şartı ve tahkim şartını içinde barındıran asıl sözleşme birbirinden farklı iki sözleşme niteliğinde oldukları için tahkim şartına uygulanacak hukuk ile asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk farklı olabilecektir⁴⁵. Bunun anlamı, tahkim şartının şekline ve geçerliliğine uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabileceğidir⁴⁶. Farklı ülkelerin hukukları bu iki farklı sözleşmeye uygulanabileceği gibi aynı hukukun uygulanması da mümkündür⁴⁷.

Özellikle hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti ile asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti farklılık arz edecektir. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde tahkim yeri bağlama noktası oluşturacak ve tahkim yerinin hukuku tahkim prosedürü üzerine yetkili olacaktır⁴⁸. Hukuk seçimi yapılmadığında, tahkim anlaşmasının varlığı konusunda bir ihtilaf ortaya çıkar ise tahkim yerinin

maddi hem usul hukuku sözleşmesi olduğunu ifade eden karma görüş ve sonuncu görüş ise bu görüşlerin hiçbirisine tâbi olmayan bağımsız (otonom) görüştür. Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 32-35; YAVUZ, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabii Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, 14 Şubat 2009, İstanbul, s. 140-145; CHUKWUMERIJE, Okezie, Choice of Law in International Commercial Arbitration, Quorum Books: Westport, Connecticut, London 1994, s. 9-14; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 71-83. Tahkim anlaşmasının maddi hukuk karakterinin doktrinde genel kabul gördüğü düşüncesi için bkz. DOĞAN, s. 127. Tahkim anlaşmasının usul hukukuna dair bir sözleşme olduğuna dair Türk Yargıtay’ın görüşü için bkz. KAPLAN, s. 24.

⁴² NOMER, Devletler, s. 523.

⁴³ ÖZEL, s. 32.

⁴⁴ NOMER, Devletler, s. 524. Ayrıca bkz. VARADY/ BARCELO III/von MEHREN, s. 116.

⁴⁵ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107.

⁴⁶ SMIT, s. 21.

⁴⁷ KESER BERBER, Leyla, “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara 2001, s. 125.

⁴⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107.

hukuku tahkim anlaşmasının var olup olmadığı konusundaki standartları ortaya koyacaktır⁴⁹. Ancak taraflar tahkim anlaşması için bir hukuk seçimi yapmışlar ise bu hukuk ihtilafların çözümünde etkin olacaktır. Taraflar sadece asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemişler ve tahkim anlaşması için bir hukuk tespit etmemişler ise aksine bir anlaşma olmadıkça genel olarak kabul edilen görüş asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacağı yönündedir⁵⁰. Fakat tahkim anlaşması ve asıl sözleşme için tarafları hukuk seçimi yapmaya iten nedenler farklıdır. Taraflar asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku seçerken genellikle bu hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacağını düşünmezler. Bu nedenle, özellikle tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka göre geçersiz olduğu durumlarda tahkim anlaşmasına farklı bir hukuk uygulanabilir⁵¹. Örneğin Dünya Fikri Hakları Organizasyonu (WIPO) Tahkim Kuralları m. 59'a göre tahkim yerinin tahkim hukukuna göre geçerli olan bir tahkim anlaşması, tarafların asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun şartlarını taşıyorsa bile tahkim anlaşması geçerlidir⁵².

Açıklanan nedenlerle, maksatları, fonksiyonları ve hukuki nitelikleri farklı olan bu anlaşmalar beraber yapıлып tahkim şartı asıl sözleşmenin içerisine konulmuş olsa bile bunların mukadderatları birbirinden bağımsızdır⁵³.

⁴⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107.

⁵⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107; COLLINS, Lawrence (edited), Dicey and Morris on the Conflict of Laws, 12th ed., London: Sweet &Maxwell 1993, s. 577; SUTTON, St David/KENDALL, John/GILL, Judith (edited), Russell on Arbitration, 21st ed., London: Sweet &Maxwell 1997, para. 2-094, LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107, dn. 29'dan naklen.

⁵¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107-108.

⁵² The World Intellectual Property Organizations Arbitration Rules (WIPO Arbitration Rules), İngilizce metin için bkz. (<http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html#awa2>, erişim 23 Şubat 2013); SMIT, s. 21, dn.3.

⁵³ AKINCI, s. 89, dn.148.

III. AYRILABİLİRLİK İLKESİNİN KOMPETENZ-KOMPETENZ İLKESİ İLE İLİŞKİSİ

*Kompetenz-kompetenz*⁵⁴ ilkesi⁵⁵ ile ayrılabilirlik ilkesi aynı amaca hizmet eder⁵⁶. Bu iki ilke birbirlerini tamamlayan bir fonksiyona sahiptir. Bu ilkeler, ortaya çıkacak uyuşmazlıkların tahkim marifetiyle çözüleceğine dair oluşan ortak iradenin varlığına rağmen taraflardan birinin bundan vazgeçerek veya asıl sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek tahkim yargılamasının durdurulmasını veya ertelenmesini önlerler⁵⁷. Bu yolla tahkim heyetinin yetkisini tesis ederler⁵⁸.

Ayrılabilirlik ilkesi ile hakemlerin yetkisine etki edebilecek asıl sözleşmedeki hukuka aykırılık ve sona erme sebeplerinden etkilenmeyerek hakemlere uyuşmazlığı çözümlene şansı verilir⁵⁹. *Kompetenz-kompetenz* ise

⁵⁴ Fransızca *Compétence-Compétence*, Almandaca ise *Kompetenz-Kompetenz* olarak ifade edilmektedir. *Born* kullanılan bu kavramların yanlış anlaşılmaya meydan verdiği gerekçesi ile “*jurisdictional competence*” kavramının tercih edilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Bkz. BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2009, V.1., s. 855; HAINING, Kristy/ZELLER, Bruno, “Can Separability Save *Kompetenz-Kompetenz* When There is a Challenge to the Existence of a Contract?”, *Arbitration*, 2010, V. 76, Issue 3, 493-502, s. 494.

⁵⁵ Kaynağını Alman hukukundan alan *kompetenz-kompetenz* ilkesi milletlerarası düzenlemelerde ve ulusal düzenlemelerde kendisine yer bulmuştur. Örneğin, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihinde New York’ta Yapılan Sözleşme m. II/3, bkz. RG., 25.09.1991-21002; Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda 21 Nisan 1961 Tarihinde Cenevre’de Yapılan Avrupa Sözleşmesi m. V/3, bkz. RG., 23.09.1991-21000; Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme m. 41, bkz. RG., 06.12.1988-20011; İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu (IPRG) m. 186/1, IPRG’nin İngilizce metni için bkz. (<http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>, erişim 20 Şubat 2013); KARRER, Pierre /ARNOLD, Karl, *Switzerland’s Private International Law Statute 1987: The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation*, 2nd ed., Deventer-Boston 1989; İngiliz Tahkim Kanunu 1996, Bölüm (Sec) 30; Avusturya Medeni Usul Kanunu m. 592/1; Türk hukukunda ise *kompetenz-kompetenz* kuralı iki ayrı kanunda mevcuttur. 2001 yılında kabul edilen MTK ile hakem veya hakem heyeti tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını ve kendisinin yetkili olup olmadığına ilişkin kararı kendisi verecektir (MTK m. 7/H). 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 422. maddesi de MTK m. 7/H’ye paralel bir düzenleme getirmiştir. HMK m. 422 göre hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir.

⁵⁶ BARCELO III, John J., “Who Decides the Arbitrator’s Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, V. 36, 1115-1136, s. 1116.

⁵⁷ PARK, s. 154; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 102, 331-333; ESEN, s. 357.

⁵⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 102, 332, 334; BARCELO III, s. 1116.

⁵⁹ ÖZEL, s. 35; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 102

tahkim anlaşmasının geçersizliğine veya hakem heyetinin yetkisine ilişkin ihtilafla ilgili olarak karar verme yetkisinin hakem heyetinde olduğunu ortaya koyar⁶⁰. Bu ilkelerin ortaya konuş amacı; tahkim yargılamasına devlet mahkemelerinin müdahalesini en aza indirmektir. Milletlerarası tahkimde devlet mahkemeleri genellikle tahkim kararının iptalinde ve kararın tenfizi sırasında tahkim yargılamasına müdahale edebilmektedir⁶¹. Kural olarak bu durumların dışında devlet mahkemelerinin tahkim yargılamasına müdahalesi söz konusu değildir⁶².

Kompetenz-kompetenz kuralı tahkim heyetine kendi yetkisi üzerinde karar verme imkânı verirken, ayrılabilirlik ilkesi de hakem heyetine uyumsuzluğun esasına ilişkin karar verme yetkisi temin edilir⁶³. Başka bir ifadeyle, tahkim heyeti ayrılabilirlik ilkesi olmadan *kompetenz-kompetenz* ilkesine dayanarak kendi yetkisine karar verse bile davanın esası hakkında yetkisinin olmadığını ortaya koymak durumunda kalacaktır. Çünkü asıl sözleşmedeki geçersizlik tahkim şartına da etki ederek onu geçersiz hale getirecektir⁶⁴. Ayrılabilirlik ilkesi olmadan *kompetenz-kompetenz* kuralı, hakem heyetinin asıl sözleşmenin geçersizliğine ilişkin olarak vermiş olduğu kararın geçerliliğini koruyamaz⁶⁵.

Bu konuyu farazi bir örnek ile açıklayalım: Tahkim şartı ihtiva eden yurt dışında yapılmış bir alım satım sözleşmesi bulunmaktadır. Satıcı konumundaki şirketin sahibi, yapılan satış işleminin satış elamanına rüşvet verilmesi üzerine yapıldığını ve normal ticari ilişkiler içerisinde bu şartlarda bir sözleşmenin yapılmasının imkânsız olduğunu iddia etmiştir. Bu nedenle sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmüştür. Birçok ülkede rüşvet üzerine kurulu sözleşmeler batıl olarak kabul edilmiştir. Şimdi sözleşmenin rüşvete binaen mi

⁶⁰ 15.HD., 27.06.2007T., E.2007/2145, K. 2007/4389; PARK, s. 154; ÇELİKEL/ERDEM, s. 688; ÖZEL, s. 102; YEŞİLOVA, Bilgehan, “Tahkim (İlk İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. 11, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, I. Cilt, s. 742-757; ERKAN, Mustafa, International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses, Kluwer Law International 2011, s. 246; TAŞKIN, Alim, “Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1998, C. II, S. I-II, bkz. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_10.pdf, erişim 20 Şubat 2012); BARCELO III, s. 1118.

⁶¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 688.

⁶² ÇELİKEL/ERDEM, s. 688.

⁶³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 102.

⁶⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 334.

⁶⁵ PARK, s. 155.

kurulduğu sorusuna kim cevap verecektir? Hâkim veya hakem? Ayrılabilirlik ilkesi burada kendisini göstermektedir. Tahkim heyeti ayrılabilirlik ilkesi sayesinde asıl sözleşme içerisindeki tahkim şartını asıl sözleşmeden ayrı değerlendirip ihtilafı çözümlenecektir. Ancak, ayrılabilirlik ilkesi tek başına devlet mahkemesinin sözleşmenin kurulmasında rüşvet olup olmadığını belirleme yetkisine mani olamaz. Başka bir ifadeyle, devlet mahkemelerinin müdahalesine engel olamaz. Bu noktada *kompetenz-kompetenz* ilkesi devreye girecektir. Mahkemeler *kompetenz-kompetenz* ilkesi sebebi ile ihtilaf konusu uyuşmazlığı çözüme yetkisini hakemlere bırakacaklardır. Hakemler ise *kompetenz-kompetenz* ilkesinden dolayı kendi yetkilerini ortaya koyarak davayı karara bağlayacaklardır. Dava sonucunda tahkim heyeti sözleşmenin rüşvetten dolayı hükümsüz olduğuna karar verir ise asıl sözleşme geçersiz olarak kabul edilecektir. Asıl sözleşme içerisindeki tahkim şartına istinaden teşekkül eden hakem heyetinin asıl sözleşmenin geçersiz olduğuna hükmetmesi, tahkim şartının geçerliliğine etki etmeyecektir⁶⁶. Bu durum tahkim şartının geçersizliğini ortaya koymayacağı gibi tahkim heyetince verilen kararın geçersiz olduğu sonucunu da doğurmaz⁶⁷.

Sonuç olarak, *Kompetenz-kompetenz* ilkesi ile ayrılabilirlik ilkesi arasındaki temel ilişki, ayrılabilirlik ilkesinin öncelikle ortaya çıkarak tahkim şartının geçerliliğini ortaya koyması ve bunun sonucu olarak da hakemlerin kendi yetkisini *kompetenz-kompetenz* ilkesi çerçevesinde belirlemesi ve uyuşmazlığı çözmesidir⁶⁸. Diğer bir ifade ile *kompetenz-kompetenz* ilkesinin uygulanması ayrılabilirlik ilkesinin uygulanmasının bir sonucudur.

IV. ASIL SÖZLEŞMENİN VE/VEYA TAHKİM ŞARTININ YOKLUĞU DURUMUNDA AYRILABİLİRLİK İLKESİ

Asıl sözleşmenin varlığı eğer tartışma konusu ise, varlığı iddia edilen sözleşmenin içerisinde yer alan tahkim şartına ayrılabilirlik ilkesi uygulanabilir mi? Tabii burada kabul edilen husus, asıl sözleşmenin yokluğunda⁶⁹ onun bir parçası hükmünde olan tahkim şartının da yok hükmünde olacağıdır. Bu bir karine olarak kabul edilebilir. Ancak bu karinenin aksi her zaman ispat edilebilir.

⁶⁶ UNCITRAL Model Kanunu m. 16/1.

⁶⁷ AKINCI, s. 90.

⁶⁸ HAINING/ZELLER, s. 495.

⁶⁹ Sözleşmenin yokluğu, bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yani sözleşmenin kurucu unsurlarının mevcut olmamasıdır. Diğer bir ifade ile sözleşmenin kurucu unsurları olmayan bir sözleşme hukuk düzeni içerisinde hiç doğmamıştır. Bkz. EREN, s. 331; OĞUZMAN/ÖZ, s. 177.

Zira taraflar asıl sözleşmenin hükümleri konusunda anlaşmaya varmadan yani icap ve kabul gerçekleşmeden sözleşme içerisine dercedecekleri tahkim şartı konusunda önceden anlaşmış olabilirler⁷⁰.

A. YARGI KARARLARINDA KONUNUN İNCELENMESİ

Ayrılabilirlik ilkesinin, sözleşmenin varlığına ilişkin bir tartışma olması durumunda uygulanamayacağı yönünde pek çok yargı kararı bulunmaktadır⁷¹. Asıl sözleşmenin hiçbir zaman var olmadığı yani ‘yok’ olduğu durumlarda asıl sözleşmenin içerisinde bulunan tahkim şartının da ‘yok’ hükmünde olacağı, zira hakemlerin olmayan bir sözleşmeden tahkim şartını ayırabilmesinin mümkün olmadığı *Pollux Marine Agencies*⁷² davasında ortaya konmuştur. Benzer bir şekilde, *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp. Ltd*⁷³ davasında *House of Lords* ayrılabilirlik ilkesinin sözleşmenin yokluğu durumlarında uygulama alanı bulamayacağını belirtmiştir. *Premium Nafta Products*⁷⁴ davasında, tahkim anlaşmasının yokluğunun ayrılabilirlik ilkesi ile telafi edilemeyeceği tespiti yapılmıştır⁷⁵. *Sojuznefteexport v. JOC OIL Co*⁷⁶ davasında, ayrılabilirlik ilkesinin *kompetenz-kompetenz* ilkesinden önce uygulanması gerektiğini ve sözleşmenin yokluğu iddiasında tahkim heyetinin yetkisi olmadığını ifade etmiştir⁷⁷. Ancak, dünyadaki yargı kararlarında bu konuda birlik mevcut değildir. Sözleşmenin yok hükmünde olması durumunda dahi hakem heyetinin yetkili olduğu yönünde kararlar vardır. Örneğin *Navimpex*⁷⁸ davasında sözleşmenin yokluğu iddiasının tahkim şartını geçersiz hale getirmeyeceği ortaya konulmuştur. Yine *Ducler* davasında Paris Temyiz

⁷⁰ SMIT, s. 21, dn. 5.

⁷¹ *Cargill Philippines Inc v. Hon. Lucia Violago Isnani* Unreported CA-G.R. SP. No. 50304 Nakleden HAINING /ZELLER, s. 498; *Sojuznefteexport v. JOC OIL Co*, 4(7) INT'L ARB. REP. B1 (1989); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp. Ltd*. [1981] A. C 909; *Harbour Assurance Co (UK) Ltd v. Kansa General International Insurance Co Ltd* [1992] 1 Lloyd's Rep. 81; *Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus Corp.*, 455 F. Supp. 211, 219 (S.D.N.Y. 1978).

⁷² *Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus Corp.*, 455 F. Supp. 211, 219 (S.D.N.Y. 1978).

⁷³ *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp. Ltd*. [1981] A. C 909.

⁷⁴ *Premium Nafta Products Limited v. Fili Shipping Company Limited* [2007] UKHL 40.

⁷⁵ MCNEILL, Mark S./JURATOWITCH, Ben, “Agora: Thoughts on Fiona Trust- The Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate”, *Arbitration International*, 2008, Vol. 24, No. 3, 475-487, s. 480.

⁷⁶ *Sojuznefteexport v. JOC OIL Ltd Co.*, 4(7) INT'L ARB. REP. B1 (1989).

⁷⁷ ÖZEL, s. 36-37.

⁷⁸ *Navimpex* (1989) Rev. Arb 641 Cas., s. 645-650.

Mahkemesi, tahkim şartının asıl sözleşmeden tamamen ayrı olduğunu ve asıl sözleşmenin yokluğunun veya geçersizliğinin tahkim şartına etki etmeyeceğini ortaya koymuştur. Bu kararı pekiştirir nitelikte *Omenex v. Hugon*⁷⁹ davasında da temyiz mahkemesi (*the Court of Cassation*) tahkim şartının geçerliliğinin hiçbir şekilde asıl sözleşmenin yokluğuna ve geçersizliğine bağlı olmadığını belirtmiştir.

B. ULUSLARARASIVE ULUSALDÜZENLEMELERİLE TAHKİM MERKEZLERİNİN KURALLARINDA KONUNUN İNCELENMESİ

Asıl sözleşmenin yokluğu durumunda tahkim şartının ayrılabilirliğini daha iyi değerlendirebilmek için uluslararası düzenlemelere, tahkim merkezlerinin kurallarına, UNCITRAL Model Kanununun uygulamasına ve ulusal düzenlemelere bakmakta da yarar vardır.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihinde New York'ta yapılan sözleşme⁸⁰ (New York Sözleşmesi) ayrılabilirlik ilkesi konusunda suskun kalmış⁸¹ ve açık bir düzenleme yapmamıştır⁸². New York Sözleşmesi m. II/3'te “*Bir âkit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı manada [tahkim] anlaşma[sı] akdettikleri bir meseleye taalluk eden ihtilâfına vaziyet ettiği takdirde, [tahkim] anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunlardan birinin talebi üzerine, hakemliğe sevk eder*” hükmü yer almaktadır. Bu maddenin ifadesine göre âkit devlet mahkemeleri tahkim anlaşmasının geçersiz, tesirsiz veya tatbikinin imkânsız olup olmadığını öncelikle inceleyecek, ifade edilen noktalarda mahkemenin bir tespiti olur ise ihtilaf, devlet mahkemelerinde çözümlenecek; bu yönde bir tespit olmaz ise tahkim heyetine uyuşmazlığı çözmesi için gönderecektir. Burada ifade edilen ilke *kompetenz-kompetenz* ilkesi olmakla beraber, tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirme yetkisinin bugünkü anlayıştan farklı olarak devlet mahkemeleri tarafından kullanılabileceğini kabul etmiştir. Ancak, *Schwebel*'in söylediği gibi, bu maddede ayrılabilirlik ilkesinin ima yoluyla ortaya konmuş olduğu kabul edilebilir⁸³. Madde metninde sadece tahkim anlaşmasının geçersiz, tesirsiz veya tatbikinin imkânsız olup olmadığını belirtmesi yani

⁷⁹ *Omenex v. Hugon* (2006) Rev. Arb. 103.

⁸⁰ RG., 25.09.1991-21002.

⁸¹ SMIT, s. 23.

⁸² VAN DEN BERG, s. 146.

⁸³ SCHWEBEL, s. 22. Karşı fikir için bkz. VAN DEN BERG, s. 146. *Van den Berg* New York sözleşmesinin ayrılabilirlik ilkesine kayıtsız kaldığını ifade etmiştir.

asıl sözleşmeyle irtibat kurulmadan tahkim anlaşmasına ilişkin hükümsüzlük hallerinin ortaya konması bizi ayrılabilirlik ilkesinin fonksiyonu olan iki ayrı sözleşmenin varlığının ortaya konduğu sonucuna götürebilir. Fakat New York Sözleşmesi'nde, asıl sözleşmenin yokluğu iddiasına karşı tahkim şartının nasıl değerlendirileceği düzenlenmemiştir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ve tatbikinin imkânsız olup olmadığının değerlendirmesini mahkemeye bırakan bu düzenlemenin, asıl sözleşmenin yokluğu iddiasında tahkim şartının varlığını değerlendirme yetkisini evveliyetle mahkemeye bırakacağı açıktır. UNCITRAL Model Kanunu⁸⁴ m. 16/1'de, tahkim şartının geçerliliğine veya varlığına itiraz olsa bile tahkim heyeti kendi yetkisini tesis edeceğini hükme bağlamıştır. Model Kanun m.16/1'in devam eden cümlesinde ise, bir sözleşmenin parçası olan tahkim şartının sözleşmenin diğer şartlarından bağımsız olduğunu ortaya koymuştur. Bunun anlamı, tahkim şartının geçerliliğinin asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olmamasıdır. Ancak, burada tahkim heyeti yetkisini bir sözleşme içerisindeki tahkim şartından almaktadır. Bunun mantıksal sonucu sadece geçerli bir tahkim anlaşması tahkim heyetinin yetkisini tesis edebilir. Bu yüzden, *Haining* ve *Zeller*'in dediği üzere analizin sözleşmeden başlaması gerektiği kabul edilmelidir⁸⁵. Başka bir ifade ile bir ihtilafın tahkim heyeti tarafından çözüme kavuşturulabilmesi için her şeyden önce tahkime dayanak olacak geçerli bir tahkim anlaşması olması gerekmektedir⁸⁶. Ayrılabilirlik ilkesinin *kompetenz-kompetenz* ilkesinden önce gelip hakem heyetinin yetkisine dayanak teşkil etmesinin gerekçesi budur⁸⁷.

İsveç Uluslararası Tahkim Kuralları⁸⁸ m. 21/2'de UNCITRAL Model Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hükme göre tahkim heyetinin tahkim şartının içerisinde yer aldığı asıl sözleşmenin varlığı ve geçerliliği konusunda karar verme yetkisi vardır. Tabii burada yine ayrılabilirlik ilkesi mi yoksa *kompetenz-kompetenz* ilkesi mi önce gelir sorunu ortaya çıkıyor. İsveç tahkim kuralları sanki sözleşmelerin kuruluş teorisini

⁸⁴ United Nations Committee on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (United Nations Document A/40/17), with Amendment as adopted in 2006, United Nations, Vienna 2008, (http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, erişim 8 Şubat 2013).

⁸⁵ HAINING/ZELLER, s. 495.

⁸⁶ EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, b. 2., İstanbul 2010, s. 44.

⁸⁷ HAINING/ZELLER, s. 495.

⁸⁸ Swiss Rules of International Arbitration, Swiss Chambers' Arbitration Institutions, June 2012, (https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_english_2012.pdf, erişim 11 Şubat 2013).

atlayarak sözleşme kurulmadan içerisindeki bir hükme yetki tanımaktadır⁸⁹. Ayrılabilirlik ilkesinin öncelikli uygulanması ve bu doğrultuda geçerli bir tahkim şartının var olması gerekir iken yok olan bir asıl sözleşmede tahkim şartı da büyük bir olasılıkla yok hükmünde olacağından, hakemlere yargılama yetkisi veren ayrılabilirlik ilkesi burada dayanağını bulamayabilecektir. Bu durumun istisnası, tarafların asıl sözleşme görüşmeleri sırasında henüz sözleşmenin kurulması için gerekli olan öneri (icap) ve kabul olmadan tahkim şartı konusunda tarafların iradeleri örtüşmüş ise bu durumda asıl sözleşmenin yokluğu tahkim şartına etki etmeyecektir. İsveç Uluslararası Tahkim Kuralları'nın 21. maddesi ile hemen hemen aynı ifadeleri içeren Amerikan Tahkim Derneğinin Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözüm Prosedürleri⁹⁰ m. 15 için de benzer yorumların yapılması mümkündür.

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nin Tahkim Kuralları⁹¹ (LCIA) m. 23'e göre tahkim şartı anlaşmanın bir parçası olarak düzenlemiş olsa bile tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendirileceği hükme bağlanmıştır. Maddenin devamında, asıl sözleşmenin yokluğu veya hükümsüz olmasının tahkim şartının da yokluğu veya hükümsüz olması sonucunu doğurmayacağını hükme bağlamıştır. İngiliz Tahkim Kanunu 1996⁹² bölüm 7'de, LCIA Kuralları m. 23 ile aynı yönde, tarafların başka bir şekilde anlaşmadıkları takdirde asıl sözleşmenin geçersiz, yok veya etkisiz olmasından dolayı bu anlaşmanın bir parçası olan tahkim şartının geçersiz, yok veya etkisiz sayılamayacağını ifade etmiştir. Tahkim şartı ile asıl sözleşmenin iki ayrı anlaşma olarak değerlendirilmesinden kaynaklandığını ifade ederek düzenlemenin gerekçesini ortaya koymuştur.

Sözleşmenin yokluğu durumunda tahkim şartının geçerliliği konusu Milletlerarası Ticaret Odası'nın (MTO) 1998⁹³ ve 2012⁹⁴ tahkim kurallarında

⁸⁹ HAINING/ZELLER, s. 497.

⁹⁰ The International Dispute Resolution Procedures of the American Arbitration Association, İngilizce metni için bkz. (http://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=UCM/ADRSTG_002037&revision=latestreleased, erişim 26 Aralık 2012).

⁹¹ The Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration, İngilizce metin için bkz. (http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx , erişim 26 Aralık 2012).

⁹² Arbitration Act 1996, Section 7, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/7>, erişim 11 Şubat 2013).

⁹³ 1 Ocak 1998'den 1 Ocak 2012 tarihine kadar yürürlükte kalmış kurallardır. Bkz. ICC Rules of Arbitration in Force as from January 1998, ICC Publication Number 581, Paris 1997.

⁹⁴ MTO kuralları 2012 yılında değişikliğe tâbi tutulmuştur ve yeni kurallar 1 Ocak 2012'den itibaren yürürlüktedir. MTO kurallarının değişik dillerdeki metinleri için bkz. (<http://www>.

açıklığa kavuşturulmuştur. 1998 MTO tahkim kuralları m. 6/4'e göre taraflar başka bir şekilde anlaşmadığı takdirde, sözleşmenin geçersizliği veya yokluğu iddiasında tahkim heyetinin yetkisi ortadan kalkmayacaktır. Tahkim heyeti, sözleşmenin geçersizliği veya yokluğu iddiası olsa bile tahkim anlaşmasının geçerliliğini kabul edecek ve davayı görmeye devam edecektir. 2012 tahkim kurallarında da (m. 6/9) aynı hüküm benimsenmiştir. Tarafların asıl sözleşmesinin geçersizliği durumunda tahkim şartının ne olacağını tahkim şartında belirtmeleri mümkündür. Taraflar bu konuda bir düzenleme yaparak MTO tahkim kurallarının ortaya koyduğu ayrılabilirlik ilkesi kapsamında kalabilir veya çıkabilirler. Ancak, yok olan bir sözleşme için tarafların aksini kararlaştırarak MTO tahkim kurallarının ortaya koyduğu ayrılabilirlik ilkesi kapsamından çıkmaları çok olağan görünmemektedir.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 178/3⁹⁵'ten iktibas edilen Milletlerarası Tahkim Kanunu⁹⁶ (MTK) m.4/4'de "*tahkim anlaşmasına karşı asıl sözleşmenin geçerli olmadığı... itirazında bulunulamaz*" demek suretiyle ayrılabilirlik ilkesi açıkça Türk Hukuku'nda kabul edilmiştir. Benzer bir düzenleme iç (milli) tahkimi düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹⁷ (HMK) m. 412/4'de de yerini almıştır. Dikkat edilecek olursa Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerde ve İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemede asıl sözleşmenin veya tahkim anlaşmasının yokluğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bahsi geçen düzenlemelerde, sadece asıl sözleşmedeki geçersizlik hallerinde tahkim anlaşmasının geçerliliğine etki etmeyeceği hususu düzenlenmiştir.

C. DEĞERLENDİRME

Milletlerarası tahkim merkezlerinin tahkim kuralları genellikle asıl sözleşmenin yokluğunda da tahkim kurumunun yanında yer almış ve ayrılabilirlik ilkesini bu doğrultuda düzenlemiştir. Ancak, yargı

iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/, erişim Ocak 2013).

⁹⁵ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 178/3'de tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin olarak asıl sözleşmenin geçersiz olduğu savı ileri sürülemeyeceğini belirtilmiştir. Bkz, Swiss Arbitration Association (ASA), Dispute Resolution on International Markets : International Arbitration "Do's and Don'ts", 6th ed., ASA Special Series No: 31, Basel 2009, s. 31.

⁹⁶ RG., 05.07.2001-24453.

⁹⁷ RG., 04.02.2011-27836.

kararlarında⁹⁸ ve doktrinde⁹⁹ aksi görüşler ortaya konulmuştur. Çünkü her ne kadar milletlerarası tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında açık bir şekilde tahkim şartının içerisine yerleştirildiği sözleşmenin “yokluğunda” dahi tahkimin ayrılabilirlik ilkesinin uygulama alanı bulacağını düzenlemiş olsa da, bu durum tarafların tahkim iradelerinin olduğunu ortaya koymaz. Tahkim merkezlerinin kurallarında ortaya konan bu konunun bir “tahkim hukukundan” kaynaklandığını, “sözleşme hukukundan” kaynaklanmadığını söyleyebiliriz. Milletlerarası ticari tahkimde tahkim heyeti yetkisini tahkim anlaşmasından alır. “*Tahkim, tartışmasız bir şekilde geçerli olan bir anlaşmaya dayanıyorsa meşrudur*¹⁰⁰. *Tahkim anlaşmasının yapılmasıyla mahkemelerin yetkisi bertaraf edilmektedir. Bu, ciddi bir adımdır. Bu sebeple, tahkim yönündeki iradenin açıkça ortaya konulması gerekir*”¹⁰¹. Bu nedenle asıl sözleşmenin yokluğunda tahkim anlaşmasının varlığını iddia eden taraf *prima facie* bir delil ile tahkim anlaşmasını ortaya koyması gerekir¹⁰². Aksi takdirde, asıl sözleşmenin yokluğu durumunda tahkim anlaşmasının da olmadığı iddiası ile tahkim heyetinin yetkisinin yokluğu ileri sürülebilir¹⁰³. Kanaatimizce, varlığı iddia edilen asıl sözleşmenin kendisine rıza gösterilmemiş ise onun içindeki hiçbir hükmüne de aksi ispat edilmedikçe rıza gösterilmemiştir. Bu durumda bir sözleşme hiç kurulmamış ise o sözleşme bir bütün olarak tahkim şartı da dâhil olmak üzere yok hükmündedir¹⁰⁴. Böyle bir durumda tahkim anlaşmasının varlığını *prima facie* ortaya koyamayan taraf, yetkili devlet yargısına başvurarak tahkim anlaşmasının varlığını tespit ettirmelidir. Asıl sözleşmenin yokluğu durumunda tahkim anlaşmasının varlığını tespit etme (tahkim anlaşmasının varlığı *prima facie* ortaya koyulamıyor ise) yetkisinin hakem heyeti yerine devlet mahkemesinde olması daha uygun olacaktır¹⁰⁵.

Tarafların asıl sözleşme görüşmeleri esnasında birbirlerine sundukları taslak metinlerde benzer veya aynı tahkim şartları olsa dahi, taraflar tahkim

⁹⁸ Bkz. Bölüm III’te sözleşmenin yokluğunda tahkim anlaşmasının da yok olacağını ortaya koyan yargı kararları. Özellikle Amerikan mahkemelerinin yok hükmündeki bir sözleşmeden tahkim şartının ayrılamayacağı hakkında bkz. MONESTIER, s. 223, 229 dn. 20.

⁹⁹ SCHWEBEL, s. 11; VAN DEN BERG, s. 145; MCNEILL/JURATOWITCH, s. 476; HAINING/ZELLER, s. 494;

¹⁰⁰ DAVID, René, Arbitration in International Trade, Deventer 1985, s. 195.

¹⁰¹ EKŞİ, s. 44-45.

¹⁰² SCHWEBEL, s. 11.

¹⁰³ SCHWEBEL, s. 11.

¹⁰⁴ VAN DEN BERG, s. 145.

¹⁰⁵ HAINING/ZELLER, s. 496.

yargılaması konusunda açıkça iradelerini ortaya koymamışlar ise, buradan bir çıkarımla tahkim konusunda iradelerinin örtüştüğünü iddia etmek, dayanaktan yoksun bir şekilde irade okumanın sonucudur¹⁰⁶. Tarafların tahkim yargılaması konusunda iradeleri var ise, sözleşme görüşmeleri esnasında tahkim iradelerini açıkça ortaya koymaları gerekir¹⁰⁷. Buna ilaveten, taslak sözleşmenin taraflarından birinin gerçek niyeti tahkim yargılamasını kabul etme olmamakla birlikte, sözleşmenin kurulması durumunda ortaya çıkacak menfaat nedeniyle tahkim yargılamasını kabul edecek olabilir. Asıl sözleşme kurulmadığı için ilgili tarafın beklediği menfaatin de gerçekleşmesi mümkün olmayacak, bu durumda şartlı olan tahkim niyeti de şart gerçekleşmediği için ortadan kalkacak ve tarafların tahkim konusunda iradeleri örtüşmeyecektir. Ancak, tahkim şartı taslak bir sözleşmenin içerisinde olsa veya yapılan icap resmi olarak kabul edilmemiş olsa bile, eğer taraflar edimlerini yerine getirir ise tahkim şartının bağlayıcı hale geldiği söylenebilir¹⁰⁸. Çünkü sözleşme fiili olarak kurulmuş ve taslak sözleşmedeki tahkim şartına bir itiraz ileri sürülmemiştir.

Taraflardan biri tahkim anlaşmasının yokluğuna rağmen tahkime başvurmuş ise, kurumsal tahkim merkezleri bu tahkim talebini *prima facie* bir inceleme yaptıktan sonra tahkim anlaşmasının olmadığı kanaatine ulaşırlar ise talebi reddetmeleri gerekir.

MTO'nun 1998 tahkim kuralları¹⁰⁹ m. 6/2'de eğer taraflardan biri tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ve kapsamı konusunda bir tereddüt ortaya koyar ise, MTO Tahkim Divanı *prima facie* bir inceleme yapacaktır¹¹⁰. MTO Tahkim Divanı inceleme sonucunda tahkim anlaşmasının varlığına kanaat getirir ise, tahkim prosedürü devam edecektir. Ancak tarafların yetki itirazını ve tahkim anlaşmasının varlığı veya geçerliliği sorunu taraflardan birinin talep etmesi halinde oluşturulacak hakem heyeti tarafından da değerlendirilecektir. Çünkü MTO Tahkim Divanı'nın vermiş olduğu yetki kararı sadece *prima facie* bir yetkiyi ortaya koyar¹¹¹. Eğer MTO Tahkim Divanı tahkim anlaşmasının

¹⁰⁶ Karşı fikir için bkz. *Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Co.*, 937 F. 2d 469 (9th Cir.1991); *Teledyne, Inc. v. Kone Corp.* 892 F. 2d 1404 (9th Cir. 1990). SMIT, s. 37-38.

¹⁰⁷ SPOORENBERG/FELLRATH, s. 243.

¹⁰⁸ VAN HOUTTE, s. 387-388.

¹⁰⁹ MTO'nun 1998 tarihli Kurallarının İngilizce metni için bkz. (<http://www.jus.uio.no/lm/icc.arbitration.rules.1998/>, erişim 24 Şubat 2013).

¹¹⁰ ESEN, s. 356, dn. 7.

¹¹¹ SMIT, Hans, "When Is A Government Bound By A Contract, Including An Arbitration Clause, It Did Not Sign?", *The American Review of International Arbitration*, 2005, V. 16, Issue 2, s. 325, (SMIT, H, It Did Not Sign).

varlığına kanaat getirmez ise tahkim prosedürü devam etmez ve sonucu taraflara bildirilir. Bu durumda taraflardan biri yetkili bir mahkemeden geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığının tespit edilmesini talep edebilir. MTO'nun 2012 tahkim kurallarında bu konuda bir değişikliğe gidilmiştir. 2012 tahkim kuralları m. 6/3'e göre tahkim anlaşmasına ilişkin bahse konu itirazlar MTO Genel Sekreteri tarafından MTO Tahkim Divanı'na yönlendirilmedikçe bu itirazlar tahkim heyeti tarafından karara bağlanacaktır. Bu değişiklik ile MTO Genel Sekreteri'ne takdir hakkı verilmiş ve MTO Tahkim Divanı'nın *prima facie* incelemesi bu takdir yetkisinin kullanılmasına bağlı kılınmıştır.

Asıl sözleşmenin ve/veya tahkim şartının kesin hükümsüzlüğü veya iptal edilebilirliği konusunda bir ihtilaf ortaya çıkması durumunda MTO Tahkim Divanı'nın *prima facie* inceleme ile bu konuda karar vermesi doğru olmayabilir. Çünkü burada yapılması gereken detaylı bir inceleme vardır. Diğer bir anlatımla, hukuk dünyasında kurulmuş olan bir sözleşmenin sonradan iptal edilmesi veya kesin hükümsüzlük ile batıl olması durumu vardır. Kurucu unsurları var olan bir sözleşmenin içerisinde mevcut olan tahkim şartı nedeniyle asıl sözleşmedeki geçersizlik hallerinin detaylı bir inceleme ile hakem heyeti tarafından ortaya konulması daha uygun olacaktır. Ancak, bir tahkim şartı ihtiva eden asıl sözleşme taraflarca kabul edilmemiş, sözleşmenin kurucu unsurları oluşmamış ise ayrılabilirlik ilkesinin ve dolayısıyla MTO Tahkim Divanı'nın fonksiyonunun ne olması gerektiğinin net olarak ortaya konması gerekmektedir.

MTO Tahkim Divanı, 1998 tahkim kurallarına göre tahkim anlaşmasının yokluğu iddiasında veya geçerliliğinde bir tereddüdün ortaya çıkması durumunda *prima facie* bir inceleme yapıyordu. MTO 2012 kurallarında ise bu durum MTO Genel Sekreteri'nin takdir yetkisine bırakılmıştır. Yapılan bu değişikliğin bazı açılardan uygun olmadığı düşünülebilir. Şöyle ki;

Tahkim anlaşmasının varlığı hakkında yapılan itirazı, MTO Genel Sekreteri'nin MTO Tahkim Divanı tarafından incelenmesine karar vermesi durumunda konu MTO Tahkim Divanı tarafından *prima facie* incelenecektir. Aksi takdirde, tahkim anlaşmasının varlığı hakem heyeti tarafından incelenecektir. MTO Tahkim Divanı tarafından tahkim anlaşmasının varlığı hususunda *prima facie* bir inceleme yapılmaksızın varlığı iddia edilen asıl sözleşmeye taraf kişinin hakemler önünde tahkim anlaşmasının varlığına ve hakem heyetinin yetkisine itiraz etmesi bir nevi hakem heyetinin yargılama yetkisini kabul ettiği anlamına gelecektir. Dolayısıyla, kanaatimizce, özellikle tahkim anlaşmasının yokluğu konusunda var olan iddiaların MTO Tahkim Divanı tarafından ciddiyetle *prima facie* değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Aksi halde, pahalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim yargılamasının başlaması (sadece yetki konusundaki uyuşmazlığın çözümü için bile olsa) çok ciddi masraf ve zaman kaybına yol açabilecektir. Bu mağduriyetin önlenmesi için, MTO Tahkim Divanı tahkim anlaşmasının yokluğu konusundaki iddiayı *prima facie* bir inceleme yaparak karara bağlaması gerekir. Böylelikle, tahkim yargılaması konusunda iradesinin olmadığını iddia eden taraflar için hakkaniyete uygun bir durum ortaya çıkmış olacaktır¹¹². Bir başka ifadeyle, tahkim anlaşmasının varlığını iddia eden taraf anlaşmanın varlığı konusunda yeterli kanaati oluşturacak delil ortaya koymamış ise, MTO Tahkim Divanı *prima facie* yetkisizlik kararı vermelidir¹¹³. MTO Tahkim Divanı tahkim anlaşmasının yokluğuna karar verirse bu karara istinaden tahkim yargılamasını başlatan taraf yetkili bir devlet mahkemesinde tahkim anlaşmasının varlığını tespit ettirerek¹¹⁴ tahkim prosedürünü yeniden başlatabilir. Her ne kadar tahkim şartının varlığının yetkili mahkemede tespiti sonrası tahkim prosedürünün yeniden başlatılması halinde zaman kaybı ve ilave masraf ortaya çıksa da, asıl sözleşme ile birlikte tahkim şartının yokluğunda tahkim yargılamasına iradesi olmayan tarafın hakemler önünde yargılanmasının önüne geçilmesi için bu yaklaşım gereklidir ve daha âdildir.

UNCITRAL Model Kanunu, LCIA ve MTO tahkim kurallarında asıl sözleşmenin yokluğu iddiasının tahkim anlaşmasının yokluğu sonucunu ortaya koymak için yeterli olmadığını¹¹⁵ ve dolayısıyla tahkim heyetinin yetkisinin doğacağı kabul edilmiştir. Bu kabuldeki temel amaç tahkim müessesesini kuvvetlendirmek ve devlet yargısının tahkime müdahalesini en aza indirmektir. Asıl sözleşmenin yokluğunda tahkim anlaşması kendi varlığını ve geçerliliğini tesis etmiş ise burada bir tahkim anlaşmasının varlığı nedeni ile tahkim heyetinin yetkisi ortaya çıkacağından bir sorun olmayacaktır. Ancak asıl sözleşme ile birlikte tahkim şartının da yokluğu iddiası söz konusu ve ilk görünüşe göre tahkim şartının varlığı anlaşılabilir ise bu durumda, hâlâ tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesini savunmak bizi tahkimin iradiliği kuralının ayrılabilirlik ilkesi karşısında varlığını kaybetmesi sonucuna götürür. Bu durum tahkimin temel felsefesi olan iradilik kuralına aykırı olacağı için kabul edilmesi mümkün değildir.

Bir an için asıl sözleşmenin yokluğu iddiasında ve dolayısıyla ilk görünüşe göre tahkim anlaşmasının yokluğunda hakem heyetinin yargılama

¹¹² SMIT, H, It Did Not Sign, s. 325.

¹¹³ SMIT, H, It Did Not Sign, s. 325.

¹¹⁴ SMIT, H, It Did Not Sign, s. 326.

¹¹⁵ MCNEILL/JURATOWITCH, s. 483.

yetkisi olduğunu kabul edelim; bu kabulün sonucu olarak yargılama hakem heyeti tarafından yapılsa ve yargılama sonucunda tahkim anlaşmasının olmadığı ortaya konulsa, bu durumda hakem heyetinin vermiş olduğu kararın geçerliliği nasıl sağlanacaktır? UNCITRAL Model Kanun m. 16/1'in son cümlesi ile İsveç Tahkim Kuralları m. 21/2'nin son cümlesi, hakem heyetinin sözleşmenin geçersizliğine karar vermesi durumunda tahkim şartının geçerliliğine ve dolayısıyla hakem kararının geçerliliğine etki etmeyeceğini ortaya koymuşlardır. Bu maddelerin ifadelerinde, sözleşmenin yokluğunda tahkim şartının geçerliliğini koruyacağı ortaya konulmamıştır. Bu düzenlemelerde bu durum açıklıkla ifade edilse dahi, hakem heyetinin vermiş olduğu kararın geçerliliği sorgulanabilir. Çünkü tahkim anlaşmasının olmadığı bir yerde tahkim heyetinin vermiş olduğu kararın geçerliliği yoktur¹¹⁶. Ayrıca, bu tür kararların da iptal davasına konu olması muhtemeldir. Örneğin, MTK'nın 15/A-1(a)'da tahkim anlaşmasının tarafların tâbi kıldıkları hukuka göre veya bir hukuk seçimi yoksa Türk Hukuku'na göre geçersiz ise hakem kararı iptal edilebilir.

SONUÇ

Tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesi nedeni ile tahkim şartının geçerli olup olmadığı asıl sözleşmeden ayrı değerlendirilecek olup bu konuda karar verme yetkisi *kompetenz-kompetenz* ilkesi uyarınca hakem heyetindedir. Ancak, tahkimin ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yolu olması nedeni ile ortada *prima facie* bir tahkim anlaşmasının varlığına ihtiyaç vardır. Ayrılabilirlik ilkesi, tahkim şartını içinde bulunduğu asıl sözleşmeden ayırsa bile tahkim yargılaması için temel unsur olan tarafların rızası olması kuralını ortadan kaldıramaz¹¹⁷. Bu nedenle, ortada ilk görünüşe göre bir tahkim anlaşması yok ise kurumsal tahkim merkezlerinin yetkili organları tahkim talebini reddetmelidir. Ayrılabilirlik ilkesi *kompetenz-kompetenz* ilkesine temel oluşturur. Bir başka ifadeyle, geçerli bir tahkim şartı olmalı ki hakemler kendi yetkisini *kompetenz-kompetenz* ilkesine dayanarak ortaya koysun ve tahkim yargılamasını yapsınlar.

Asıl sözleşmenin yokluğu durumunda ilk görünüşe göre tahkim anlaşmasının varlığı ortaya konulamıyor ise, tahkim anlaşmasının varlığını iddia eden taraf yetkili devlet mahkemelerinde tahkim anlaşmasının varlığını tespit ettirdikten sonra tekrar tahkim yargılamasına müracaat etmelidir. Tahkim

¹¹⁶ *Premium Nafta Products Limited v. Fili Shipping Company Limited* [2007] UKHL 40, para. 34.

¹¹⁷ MCNEILL, s. 476.

anlaşmasının varlığının yetkili devlet mahkemesi tarafından tespit edilmesi durumunda, tekrardan tahkim yargılamasına başlanması hem zaman kaybı hem de devlet yargılaması masrafının oluşması elbette bir olumsuzluktur. Ancak, kanaatimizce, tahkim anlaşmasının yokluğu halinde tahkim iradesi olmayan bir kişiyi tahkim heyeti huzurunda tahkim anlaşmasının yokluğunu ispatlamaya zorlamaktan daha âdildir. Zira devlet yargısı herkesin tâbi olduğu bir yargı mekanizması iken, tahkim yargılaması tahkim yargılaması için rızası olan kişilerin tâbi oldukları bir yargı mekanizmasıdır.

KAYNAKÇA

- ABDULLA, Zina, “The Arbitration Agreement” in KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/STUCKI, Blaise (editors) *International Arbitration in Switzerland*, Kluwer Law International, The Netherlands 2004.
- AKINCI, Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, b. 2., Ankara 2007.
- ATLIHAN, Özen, “Tahkim Sözleşmesinin Unsurlarının ve Hükümlerinin Ulusal-Uluslararası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi İşığında İncelenmesi” *İstanbul Barosu Dergisi*, 2010, C. 84, S. 2.
- BARCELO III, John J., “Who Decides the Arbitrator’s Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, V. 36.
- BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2009.
- CHUKWUMERİJE, Okezie, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Quorum Books: Westport, Connecticut, London 1994.
- COLLINS, Lawrence (edited), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 12th ed., London: Sweet & Maxwell 1993.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B.Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, b.11, İstanbul 2012.
- DAVID, René, *Arbitration in International Trade*, Deventer 1985.
- DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, b. 2., Ankara 2013.
- DOMKE, Martin, *Commercial Arbitration*, New Jersey 1965.

- EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, b. 2., İstanbul 2010.
- EMDİ, Göknil, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Şartının Bağımsızlığı”, AÜHF Mecmua, Ankara 2008.
- EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 14, Ankara 2012.
- ERKAN, Mustafa, International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses, Kluwer Law International 2011.
- ESEN, Emre, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve *Kompetenz-Kompetenz* Prensibi”, Galatasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Atâ SAKMAR’a Armağan.
- GARNETT, Richard, A Practical Guide to International Commercial Arbitration, New York 2000.
- GÜLERCİ, Altan Fahri, “Separability of the Arbitration Agreement in International Arbitration”, ABR, 2008, Vol.1, Issue 1.
- HAINING, Kristy/ZELLER, Bruno, “Can Separability Save *Kompetenz-Kompetenz* When There is a Challenge to the Existence of a Contract?”, Arbitration, 2010, V. 76, Issue 3.
- HULEATT-JAMES, Mark, International Commercial Arbitration: A Handbook, London 1996.
- ICC Rules of Arbitration in Force as from January 1998, ICC Publication Number 581, Paris 1997.
- KALPSÜZ, Turgut, “Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, İstanbul 2003, (KALPSÜZ, Tahkim Anlaşması).
- KALPSÜZ, Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, b. 2., Ankara 2010, (KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim).
- KAPLAN, Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002.
- KARRER, Pierre /ARNOLD, Karl, Switzerland’s Private International Law Statute 1987: The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation, 2nd ed., Deventer-Boston 1989.

- KESER BERBER, Leyla, “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara 2001.
- LEW, Julian D. M./MISTELIS, Loukas A./KRÖLL, Stefan M., Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer International Arbitration: The Hague, London, New York 2003.
- MCNEILL, Mark S./JURATOWITCH, Ben, “Agora: Thoughts on Fiona Trust-The Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate”, Arbitration International, 2008, Vol. 24, No. 3.
- MONESTIER, Tanya J., “ ‘Nothing Comes of Nothing’... or Does It? A Critical Re-Examination of the Doctrine of Separability in American Arbitration”, American Review of International Arbitration, 2001, V. 12.
- NOMER, Ergin, “Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, MHB, 1990, C. 10, S. 1-2, (NOMER, Tahkim).
- NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, b.19., İstanbul 2011, (NOMER, Devletler).
- NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli, Milletlerarası Tahkim, C. I., b. 4., İstanbul 2013.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler: 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş, b. 10., C. I., İstanbul 2012.
- ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008.
- PARK, William W., “The Arbitrability Dicta in *First Options v. Kaplan*: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?” The Journal of the London Court of International Arbitration, 1996, Vol. 12, No. 2, (137-159).
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 21., İstanbul 2010.
- Swiss Arbitration Association (ASA), Dispute Resolution on International Markets: International Arbitration “Do’s and Don’ts”, 6th ed., ASA Special Series No: 31, Basel 2009.
- ŞANLI, Cemal, “Türkiye’de Tahkim ve ADR”, Türkiye Barolar Birliği

- Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, 9-10 Ocak 2009, Ankara, (ŞANLI, Tahkim).
- ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, b.4., İstanbul 2011, (ŞANLI, Ticari Akitler).
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2013.
- SCHWEBEL, Stephen M., International Arbitration: Three Salient Problems, Cambridge Grotius Publications Limited 1987.
- SMIT, Hans, “When Is A Government Bound By A Contract, Including An Arbitration Clause, It Did Not Sign?”, The American Review of International Arbitration, 2005, V. 16, Issue 2, (SMIT, H, It Did Not Sign).
- SMIT, Robert H., “Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come from Nothing?”, American Review of International Arbitration, 2002, Vol.13.
- SPOORENBERG, Frank/FELLRATH, Isabelle, “Consent to Arbitrate: A Prerequisite to Arbitration”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 2012, C. 1, S. 2.
- TAŞKIN, Alim, “Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1998, C. II, S. I-II, bkz. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_10.pdf, erişim 20 Şubat 2012).
- VAN DEN BERG, Albert Jan (ed)., Yearbook Commercial Arbitration, The Hague: Kluwer International Law 1990, V. XV.
- VAN DEN BERG, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers 1981.
- VAN HOUTTE, Hans, The Law of International Trade, 2nd ed., London Sweet&Maxwell 2002.
- VARADY, Tibor/ BARCELO III, John J./von MEHREN, Arthur T., International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective, 2nd ed., Thomson West 2003.
- YAVUZ, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabii Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, 14 Şubat 2009, İstanbul.

YEŞİLOVA, Bilgehan, “Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. 11, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, I. Cilt.

(<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/7>, erişim 11 Şubat 2013).

(<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/7>, erişim 11 Şubat 2013).

(http://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_002037&revision=latestreleased, erişim 26 Aralık 2012).

(<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>, erişim Ocak 2013).

(<http://www.jus.uio.no/lm/icc.arbitration.rules.1998/>, erişim 24 Şubat 2013).

(http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx , erişim 26 Aralık 2012).

(<http://www.newyorkconvention.org/publications/nyac-i>, erişim 24 Şubat 2013).

(<http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf> , erişim 20 Şubat 2013).

(http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, erişim 8 Şubat 2013).

(<http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html#awa2>, erişim 23 Şubat 2013).

(https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_english_2012.pdf, erişim 11 Şubat 2013).