

TAHKİM ANLAŞMASININ ŞEKLİ: YAZILI ŞEKİL ŞARTI VE İNTERNET ARACILIĞI İLE AKDEDİLEN TAHKİM ANLAŞMALARI*

Yard. Doç. Dr. Banu ŞİT**

Giriş

Tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına tâbi olması, çeşitli hukuk sistemlerinde, gerek ticarî tahkimi düzenleyen kurallar çerçevesinde¹, gerek tanıma ve tenfiz şartları çerçevesinde (temel düzenleme olarak Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfize İlişkin 10 Haziran 1958 tarihli *New York Sözleşmesi*²'nde) kabul edilmiştir.

Çeşitli hukuk sistemlerinde ve milletlerarası düzenlemelerde tahkim anlaşmasını yazılı şekil şartına tâbi tutan kurallar, genellikle yazılı şekil şartının gerçekleşmiş sayılacağı bazı kural dışı halleri de belirtmektedir. Bu haller, esas olarak ilgili kuralların hazırlandığı dönemlerde iletişim teknolojisinin sağladığı olanaklardan hareketle yazılı şekil şartının kapsamını, iradenin beyan edilme biçimlerinin artmasına bağlı olarak genişleten hallerdir. Örneğin, Türk hukukunda, tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına tâbi tutulması ile, adî yazılı şeklin gereğinin yerine getirilmesi kabul edilmektedir³. Ancak, sözü edilen düzenlemelerle esnek bir yazılı şekil şartı anlayışının hâ-

* Bu çalışma, Türkiye Bilimler Akademisi tarafından verilen burs ile Dalhousie University Law and Technology Institute'te yaptığım araştırma neticesinde hazırlanmıştır.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı

¹ Tahkim anlaşmasını yazılı şekil şartına tâbi tutan hukuk sistemlerine ve düzenlemelere örnek olarak, İsviçre hukuk sistemi ve 18 Aralık 1987 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun (Loi fédérale sur le droit international privé)'un 12. Bab, 178. maddesi hükmü; İngiliz hukuk sistemi ve 1996 İngiliz Tahkim Kanunu'nun 5. maddesi hükmü gösterilebilir. Aynı konuya ilişkin milletlerarası düzenleme olarak 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime Dair Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi (R.G. 23.9.1991, S. 21000)'nin tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasını ilke olarak öngören m. 1/2 (a) hükmü dikkate alınabilir.

² R.G. 25.9.1991, S. 21002. *New York Sözleşmesi* m. II/1 ve 2'de yazılı tahkim anlaşması şartı ifade edilmiştir.

³ KALPSÜZ, T.: "*Tahkim Anlaşması*", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, C. II, s. 1031.

kim kılınması, Türk hukukunu da etkilemiş ve önce *New York* Sözleşmesi ve Cenevre Sözleşmesi'nin kabulü ile, daha sonra da Milletlerarası Tahkim Kanunu⁴ ile yazılı şekil şartının yerine getirilmiş olduğunun varsayıldığı bazı haller öngörülmüştür.

Belirtildiği üzere, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasını kolaylaştıran düzenlemeler, esas olarak iletişim teknolojisindeki gelişmelere dayanmaktadır. Bu gelişmelerin yazılı şekil şartının gerçekleşme koşulları üzerindeki etkisine, Kıta Avrupası sisteminin veya *common law* sisteminin yargılama hukukundan kaynaklanan farklı bakış açıları ile yaklaştığı düşünülebilir. Zira *common law* sistemine mensup olan İngiliz hukukunda, 1996 İngiliz Tahkim Kanunu ile sözlü olarak akdedilen bir tahkim anlaşması dahi kayıt altına alınmış olmak şartı ile yazılı şekilde yapılmış sayılırken, yazıllığı esas alan kıta Avrupası sisteminde daha açık ve net hükümlere ihtiyaç duyulmaktadır⁵. Bu nedenle, iletişim teknolojisinin getirdiği elektronik posta yoluyla sözleşme yapılabilmesi gibi olanakların yazılı şekil şartının gerçekleşmesi bakımından tahlili söz konusu olduğunda, bu iki temel hukuk sisteminin yazıllık meselesine yaklaşımı da göz önüne alınabilir.

Ancak, bu çalışmada yeni iletişim tekniklerinin kullanımı bakımından tahkim anlaşmasında yazılı şekil şartının, esas olarak geçerlilik şartı veya ispat şartı olup olmadığı üzerinde durulacaktır. Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerekliliğinin esnek bir şekilde yorumlanabilmesi, aslında bu şartın hukukî etkisi ile doğrudan bağlantılı olduğundan söz konusu şartın geçerlilik şartı mı, yoksa ispat şartı mı olduğu belirlenmelidir⁶.

I- Tahkim Anlaşmasında Yazılı Şekil Şartının Niteliği

A) Çeşitli Düzenlemelere Göre Tahkim Anlaşmasında Yazılı Şekil Şartı

Tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına tâbi olması hemen her hukuk sisteminde ve çeşitli milletlerarası düzenlemelerde ifade edilmiş⁷ olmakla bir-

⁴ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, R.G. 5.7.2001, S. 24453.

⁵ Yargılama hukukuna ilişkin farklılıklar hakkında bkz.: BORRIS, C.: "Common Law and Civil Law: Fundamental Differences and Their Impact on Arbitration", The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1995, Vol. 4, s. 92 vd. 1996 İngiliz Tahkim Kanunu hakkında bkz. aşa. s. 3.

⁶ LIEBSCHER, C.: "Interpretation of the Written Form Requirement Art. 7(2) UNCITRAL Model Law", Int. A.L.R., 2005, 8(5), online: WESTLAW (INTALR). Türk hukukunda geçerlilik şartı görüşü için bkz. KURU, B./ YILMAZ, E. /ARSLAN, R.: *Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Ankara 2002, s. 936. İspat şartı görüşü için bkz. AKINCI, Z.: "Tahkim Giderlerinin Azaltılması ve Elektronik Tahkim", Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003 Ankara, s. 108-110.

⁷ Bkz. yuk. dn. 1.

likte, bu şartın niteliği; geçerlilik şartı mı, yoksa ispat şartı mı olduğu açık değildir. Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde olmasını hükme bağlayan mahallî ve milletlerarası düzenlemelere bakılacak olursa, bunlardan Milletlerarası Ticarî Tahkime ilişkin UNCITRAL Model Kanunu⁸'na (UNCITRAL Model Kanunu) öncelik tanınması yerinde olur. Bu model kanun, yakın tarihli mahallî milletlerarası tahkim düzenlemelerinin kaleme alınması bakımından etkili olmuş bir düzenlemedir.

UNCITRAL Model Kanunu'nun, tahkim anlaşmasının şekline ilişkin 7. maddesi ikinci fıkrasına göre, tahkim anlaşması yazılı şekilde olmalıdır. Aynı fıkranın devam eden cümlesinde yazılı şekil şartının hangi hallerde gerçekleşmiş sayılacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, eğer anlaşma taraflarca imzalanmış bir belgede veya mektup teatisinde, telekste, telgrafta veya anlaşmanın bir kaydını içeren diğer iletişim araçlarında yer alıyorsa, yahut anlaşmanın varlığı dava ve cevap dilekçeleri teatisinde bir tarafça iddia edilip diğer tarafça da inkar edilmezse, bu tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılmış sayılır. Son olarak, bir sözleşmede tahkim şartı içeren bir belgeye yapılan atıf, sözleşmenin yazılı olması ve atfın, söz konusu şartı sözleşmenin bir parçası haline getirmek amacını taşıması şartıyla, bir tahkim anlaşması oluşturur.

UNCITRAL Model Kanunu'nun bu hükmünde yazılı şekil şartının, adî yazılı şekil şartı dışında yeni iletişim teknikleri kullanılarak yerine getirilmesinin mümkün kılınması, daha sonra yürürlüğe giren milletlerarası tahkim düzenlemelerini de etkilemiştir. Gerek iletişim teknolojisindeki yenilikler, gerek UNCITRAL Model Kanunu'nun etkisi sonucunda, *common law* ve Kıta Avrupası sistemine mensup olan bazı hukuk sistemlerinde, tahkim anlaşmaları bakımından yazılı şekil şartının gerçekleşmesi esnek koşullara tâbi kılınmıştır. Bu düzenlemelere örnek olarak 1996 İngiliz Tahkim Kanunu, 18 Aralık 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'un 12. Babı, bizim hukukumuzda da 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu gösterilebilir. Bunlardan 1996 İngiliz Tahkim Kanunu'nun 5. maddesinde tahkim anlaşmasının yazılı olması gereği öngörülmüş ve yazılı şeklin hangi hallerde gerçekleşmiş sayılacağı bentler halinde düzenlenmiştir. Buna göre, eğer anlaşma a) yazılı şekilde (taraflarca imzalanmış olsun veya olmasın) yapılmışsa, b) yazılı muhaberatın teatisi yoluyla yapılmışsa veya c) yazılı olarak sabit ise, yazılı tahkim anlaşması vardır. Aynı maddede a) tarafların yazılı bir metne yazılı şekilden başka bir şekilde atıf yaparak anlaşmaları halinde yazılı bir anlaşma yaptıkları, b) yazılı şekilden başka şekilde

⁸ The Model Law on International Commercial Arbitration, UNCITRAL, Annex I, UN Doc. A/40/17 (1985), online: United Nations Commission on International Trade Law <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf> (erişim tarihi: 14.6.2006).

yapılan anlaşmanın tarafların verdiği yetkiye dayanarak taraflardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından kaydedilmesi halinde yazılı şekilde sabit olduğu, c) tahkimde veya resmi yargıda yazılı olmayan tahkim anlaşmasının varlığının bir tarafça ileri sürüldüğü dilekçelerin teatisinin, karşı tarafın buna itiraz etmemesi halinde, bu taraflar arasında yazılı anlaşma teşkil ettiği, d) son olarak, bu kısımda yazılı şekle ilişkin her türlü atıfta bu yazılı şeklin her türlü araçla kayıt altına almayı kapsadığı ifade edilmiştir.

İngiliz Tahkim Kanunu kadar ayrıntılı bir düzenleme şeklini tercih etmemiş olan İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'un 178. maddesinde tahkim anlaşmasının telgraf, teleks, faks yahut anlaşmanın bir metinle ispatını mümkün kılan diğer herhangi bir iletişim aracı ile yazılı olarak yapılması gereği öngörülmüştür.

Yukarıda ele alınan her üç metinde tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması kabul edilmiş ve bu yazılı şeklin hangi hallerde gerçekleşmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Bunlardan en ayrıntılı düzenleme biçimini tercih eden İngiliz Tahkim Kanunu'nda yazıllık niteliğinin olabildiğince esnek şekilde yorumlanmaya açık olduğu; taraf imzalarının bulunmaması halini de kapsayacak şekilde anlaşılabilmesi görülmektedir. İngiliz Tahkim Kanunu'nun, *common law* geleneğinde iradenin şeklinden çok kendisine ağırlık tanıyan, bu nedenle de sözlülüğü özellikle yargılama usulünde esas kabul eden bir sistemin parçası olduğu gerçeği, söz konusu madde bakımından dikkat çekmektedir. Ancak, hukukun, özellikle UNCITRAL Model Kanunu gibi milletlerarası düzenlemelere yansıyan yaklaşımların çeşitli kaynaklardan beslendiği gözönüne alınırsa, yazıllık şartının esnek bir yoruma kavuşmasının altındaki esas etmenin, sözlülüğü esas alan bir eğilimin ağırlık kazanması olmadığı fark edilmektedir. Gerçekten, günümüzde çağdaş hukuk sistemlerinde irade açıklamasının belirli kalıplar içinde yapılması aranmamakta ve şekil zorunluluğundan mümkün olduğunca kaçınılmaktadır⁹; ancak modern yaşamın hızlı akışı içinde hukukî işlemlerin karmaşıklaşması ve insanların birbirlerine olan güvenlerinin azalmakta¹⁰ olması, bu işlemlerin kayıt altına alınması yönündeki ihtiyacı canlı tutmaktadır¹¹.

İngiliz Tahkim Kanunu'na yansıyan esnek yazıllık anlayışının bu çerçevede hem *common law* geleneği ile ilişkili olduğu, hem de şekil ihtiyacının uygun bir şekilde *bypass* edilmesi olgusunun etkisi altında şekillendiği söylenebilir. Zira, her üç düzenlemenin ortak özelliği, anlaşmanın kayıt altına alınması gereğini öngörmesidir. Gerçekten, hem UNCITRAL Model Kanunu'nda, hem

⁹ ALTAŞ, H. : *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara 1998, s. 39-40.

¹⁰ ALTAŞ (dn. 9), 39.

¹¹ ALTAŞ (dn. 9), 47.

de İngiliz ve İsviçre kanunlarında yer alan hükümlerde, yazılılık şartını yerine getirmek bakımından kullanılması kabul edilen araçlarla anlaşmanın kayıt altına alınması gereği öngörülmüştür.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)'na bakılacak olursa, bu kanunun 4. maddesinin ikinci fıkrasında tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gereği ifade edilmiştir. Bu maddede "...[y]azılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır" denmektedir. Görüldüğü üzere, bu hükümde yukarıda ele alınan düzenlemeler bakımından söz konusu olan, tahkim anlaşmasının kayıt altına alınması gereğine ilişkin ifadeye yer verilmemiştir. Ancak bu eksiklik, kanunun hazırlanmasında örnek alınan UNCITRAL Model Kanunu'nun ilgili hükmü ışığında değerlendirilmeli ve Türk hukuku bakımından da tahkim anlaşmasının kayıt altına alınması gereği aranmalıdır.

Hukukumuzda tahkim anlaşmasının şekli meselesi ve yeni iletişim araçları kullanılarak tahkim anlaşması yapılması imkanı incelenirken, MTK m. 4 hükmü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nun konuya ilişkin 517. maddesi ile birlikte ele alınmalıdır. Yazılı şekil şartının niteliği değerlendirilmeden önce, bu madde hükmüne değinilecek olursa, hukukumuzda tahkim anlaşması bakımından yazılı şekil şartını öngören ilk kanun hükmü olarak HUMK m. 517'de tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmadığı takdirde geçersiz olacağı kabul edildiği görülür. Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde olması gereğinin yorumlanmasında uzun süre hareket noktası olarak kabul edilen bu hükmün geçerlilik şartı olduğu ifade edilmiştir¹².

HUMK m. 517'de düzenlenen bu yazılı şekil şartından, yapılış tarzı bakımından Borçlar Kanunu (BK) m. 12 vd.nda düzenlenen adı yazılı şeklin anlaşıldığı görülmektedir¹³. Hukukumuzda şekil serbestisi kural olup, BK m. 11'de ifadesini bulmuş ve şekil zorunluluğuna istisnai bir karakter tanınmıştır. Buna karşılık, kanunun herhangi bir şekli öngördüğü hallerde, kural, bu şeklin geçerlilik şartı olduğu yönündedir¹⁴.

¹² KURU/ARSLAN/YILMAZ (dn. 6), 936; ALANGOYA, Y.: *Medeni Usul Hukuku Esasları*, C. II, İstanbul 2001, s. 134.

¹³ KALPSÜZ (dn.3), 1031; AKINCI, Z. : *"Elektronik Tahkim"*, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir 2002, s. 431.

¹⁴ EREN, F. : *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 241.

B) Geçerlilik Şartı - İspat Şartı Ayırımı ve Tahkim Anlaşması

Tahkim anlaşmasının yazılı şekle tâbi olması genel olarak kabul görmekte birlikte, yukarıda görüldüğü gibi UNCITRAL Model Kanunu'nda ve Türk hukukunun da dahil olduğu diğer bazı hukuk sistemlerinde yazılı şekil şartının, hem oldukça esnek yöntemlerle gerçekleştirilebileceği hükme bağlanmış, hem de tahkim anlaşmasını kayıt altına alma amacına hizmet ettiği genellikle ifade edilmiştir. Bu halde söz konusu düzenlemelere göre yazılı şekil şartının, geçerlilik şartından çok ispat şartına yakın olduğu yönünde bir sonuç çıkarılması mümkündür¹⁵. Zira çeşitli yabancı mahkeme kararlarında da özellikle UNCITRAL Model Kanunu'nun m. 7/2 hükmüne ve *New York Sözleşmesi*'nin II/2 maddesine ilişkin olarak "yeterli ölçüde yazılı delil" yani, ispatın yazılı delillere dayandırılması kriterinin uygulandığı görülmektedir¹⁶. Örneğin, Hong Kong Yüksek Mahkemesi tarafından 1993 yılında verilen bir kararda, UNCITRAL Model Kanunu'nun madde 7/2 hükmünde yer alan "anlaşmanın bir kaydının sağlanması" ibaresi esas alınarak, taraflar arasındaki muhaberat teatisinin yeterli yazılı delil sağladığı hükme bağlanmıştır¹⁷.

Şekil zorunluluğunun amacı açısından konuya bakıldığında ise, geçerlilik şartı olan yazılı şeklin amacının, sözleşmenin taraflarının korunması yanında, kamu düzeni ve işlem güvenliğinin de korunmasını kapsadığı görülmektedir¹⁸. İspat şekli ise, esas olarak taraf menfaatlerine ilişkindir. Bu noktada tahkimin niteliği göz önüne alınabilir. Zira, tahkimin ve tahkim anlaşmasının niteliğinden kaynaklanan bazı hususlar da söz konusu yazılı şekil şartına ışık tutmaktadır.

Tahkim anlaşmasında yazılı şeklin niteliği belirlenirken göz önüne alınması gereken bazı hususlar şöyle belirtilebilir: İlk olarak, tahkim kamu düzenine ilişkin bir müessese değildir; bir başka deyişle, tahkim iki tarafın üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular hakkında cereyan edebilir. Örneğin, boşanma davası tahkim konusu olamaz; ancak aile ve miras hukukuna ilişkin olanlar haricinde kalan diğer borç ilişkileri kamu düzenine ilişkin değildir ve bu konularda tahkim cereyan edebilir. Hatta gayrimenkulün aynı-

¹⁵ REDFERN, A. / HUNTER, M.: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London 1999, s. 5.

¹⁶ Bu mahkeme kararları için bkz.: LIEBSCHER (dn. 6), 165-167. Aynı yönde bkz.: YU, H. L. / NASIR, M.: "Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework", *Journal of International Arbitration*, 20(5), 2003, s. 458; HOUTTE, V.: "Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience", *Arbitration International*, Vol. 16, No.1, 2000, s. 7.

¹⁷ LIEBSCHER (dn. 6), dn. 2'den naklen: CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts) Case 44, High Court of Hong Kong, February 17, 1993.

¹⁸ ALTAŞ (dn. 9), 64-66.

na ilişkin sözleşmeler hakkında tahkim yoluna gidilmesi hukukumuzda mümkün değil iken, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların tahkime götürülmesine bir engel yoktur. Zira burada kamu düzenini ilgilendiren bir işlem değil, tarafların tasarrufuna tâbi bir konu söz konusudur.

İkinci olarak, tahkim anlaşması ile taraflar aynı yönde irade beyanında bulunarak belli bir konuda yapmama borcu altına girmektedirler. Bu borç, uyuşmazlık ortaya çıktığında veya doğmuş bir uyuşmazlık söz konusu ise bu aşamada, adliye mahkemelerine başvurmama borcudur. Ancak bu borcun niteliği, tarafların birbirlerine karşı giriştikleri bir taahhütten ibarettir. Taraflardan biri tahkim anlaşmasının varlığına rağmen adliye mahkemesinde dava açma yoluna gider ve karşı taraf buna itiraz (ilk itiraz) etmezse, hâkim, tahkim anlaşmasının varlığını re'sen gözetmekle yükümlü değildir. Bu halde dava mahkemede görülmeye devam eder¹⁹. Davalının tahkim itirazını ileri sürmesi halinde mahkemenin vereceği kararın da “teknik anlamda bir görevsizlik” kararı değil, “ihtilafın halli hakeme ait olduğu” gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine ilişkin bir karar olacağı kabul edilmiştir²⁰.

Görüldüğü üzere, burada geçerlilik şekli olan yazılı şeklin koruma amacıyla yaklaştığı kamu düzeni ve işlem güvenliği menfaatinin konusu mevcut değildir. Kaldı ki, tarafların, geçerli bir tahkim anlaşması var olmasa dahi, aralarındaki uyuşmazlığın halli için tahkim yoluna gitmeleri halinde, hakemlerin geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını araştırma yükümlülüğü de yoktur; davalı taraf itiraz etmediği takdirde uyuşmazlık hakemlerce karara bağlanır²¹.

Tahkimin ve tahkim anlaşmasının niteliğinden kaynaklanan bu özellikler, tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına tâbi tutulmasının, geçerlilik şartı olmaktan çok, ispat kolaylığı sağlanmasına hizmet ettiği sonucunu makul göstermektedir. Zira şekil kurallarının amacı çok yönlü olabilir. Her şekil kuralının amacı, bu kuralın yorumu sonucunda belirlenir²². Şekil kurallarının, yukarıda sözü edilen taraf menfaatlerini ve kamu düzenini koruma amacı dışında, üçüncü kişileri korumak, işlemin ispatını kolaylaştırmak, sözleşmenin kurulup kurulmadığının kesinleşmesini sağlamak ve işlemin içeriğine açıklık getirmek gibi amaçları da söz konusudur²³. Tahkim anlaş-

¹⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ (dn. 6), 937; ALANGOYA (dn. 12), 139; PEKCANITEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZEKES, M. : *Medeni Usul Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2004, s. 521.

²⁰ Bu tespiti ilişkin açıklama ve Yargıtay kararları için bkz.: ALANGOYA (dn. 12), 139.

²¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ (dn. 6), 938.

²² ALTAŞ (dn. 9), 64.

²³ ALTAŞ (dn. 9), 64.

masında yazılı şekil şartının niteliği değerlendirilirken de yazılı şekil şartının amacı ve tahkimin niteliği birlikte ele alınıp bir sonuca varılmalıdır.

Ancak, bu noktada tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasına ilişkin esnek kriterler getiren düzenlemelerde öngörülen yazılı şeklin gerçekleşme koşullarının yorumlanması da gereklidir. Zira son yıllarda yazılı şekil şartının niteliğinden çok, yeni iletişim araçları kullanılarak akdedilen tahkim anlaşmalarının yazıllık şartına uygunluğu tartışma konusu olmuştur. Her ne kadar bu tartışmanın sınırları belli ise de, yazılı şekil şartının niteliğinin tespiti bakımından da işlevsel olabileceği dikkate alınmalıdır.

II- Yazılı Şeklin Gerçekleşmesi / Unsurları

Tahkim anlaşmasının modern iletişim araçları kullanılarak akdedilmesi imkanının doğması sonucunda, hangi şartların varlığına bağlı olarak yazılı şekil şartının yerine getirilmiş kabul edileceği meselesi ortaya çıkmıştır. Zira kural, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılacağı yönündedir. Zaman içinde, bir yandan modern iletişim araçlarının kullanılması ile ortaya çıkan sonuçlar yazılı şekil şartının gereklerine uygun olarak değerlendirilmeye çalışılmış; ancak öte yandan da yazılı şekil şartının gerekleri gevşek bir biçimde anlaşılmaya başlamıştır²⁴. İşte yazılı şekil şartının gereklerinin esnek bir biçimde ele alınmaya başlaması da bu şartın her durumda geçerlilik şartı niteliği taşımaktan uzak olduğunu; başka bir ifade ile her durumun özelliklerine göre nitelendirilmesi gerektiğini düşündüren bir diğer hareket noktası olarak ortaya çıkmıştır.

Bu noktada yazılı şekil şartının unsurlarına ve mahallî ve milletlerarası düzenlemeler ile MTK'da getirilen hükümlerde yer alan yazılı şekil şartının gerçekleşme hallerinin bu unsurlarla ne ölçüde bağdaştığına bakılacak olursa, yazılı şekil şartının iki temel unsurun varlığı halinde gerçekleştiği görülmektedir. Bunlar: Metin ve imzadır²⁵. Yazılı şekil şartının gerçekleştiğinden söz edebilmek için öncelikle bir metin bulunması gerekir; bu metin beyan edilen iradeyi açıklar²⁶. Metin her türlü makine veya el yazısı ile yazılabilir. Ayrıca metnin üzerine yazıldığı maddenin de önemi yoktur; bu madde kağıt olabileceği gibi metal, taş veya ağaçtan yapılmış olabilir²⁷. Yazıllık sayesinde

²⁴ BIUKOVIC, L.: "International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments", 22 Nw. J. Int'l & Bus. 346, 2001 – 2002, online: HEINONLINE.

²⁵ KIDD, D.L. / DAUGHTREY, W.H.: "Adapting Contract Law to Accomodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions", 26 Rutgers Computer & Tech. L. J. 215, online: WESTLAW (RUCTLJ); ALTAŞ (dn. 9), 73-77; TUĞ, A.: Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Konya 1994, s. 54 vd.

²⁶ ALTAŞ (dn. 9), 73.

²⁷ ALTAŞ (dn. 9), 73-74; KIDD / DAUGHTREY (dn. 25).

de anlaşmanın, tarafların hafızasından bağımsız bir ortamda varlık kazanması sağlanır ve anlaşma sözlü beyanların uçuculuğuna karşı korunmuş olur²⁸. Hukukumuzda, BK m. 12-15 arasında düzenlenen adî yazılı şekil şartının bir unsuru metin iken, ikinci unsuru imzadır²⁹.

Şekil kuralı açısından önemli olan, metnin taraf / taraflarca imzalanmasıdır³⁰. Bir belgenin altında bulunan imzanın temel işlevi, imzalayan kişinin kimliğini göstermesidir³¹. Bunun yanında imza ile, kişi beyanı ile bağlı olduğunu ve metni kabul ettiğini ortaya koymuş olur³². Bu işlevleri göz önüne alındığında imzanın, belgeye gerçeklik (*authentication*), orijinallik niteliği kazandırdığı söylenebilir³³.

Tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına tâbi tutulması, devlet mahkemelerine başvurma hakkını kullanmama yönünde taahhütte bulunan taraflardan elde edilen maddi (fiziksel) bir delilin varlığına veya taraflarca anlaşmanın gerçekliğinin ispat edilmesine duyulan ihtiyaca dayanmaktadır³⁴. Ancak, modern iletişim araçlarının sözleşmelerin akdedilmesinde kullanılması neticesinde, bu unsurların tahkim anlaşmasının akdedilmesindeki işlevselliği tartışma konusu olmuştur. Bu çerçevede telgraf, teleks, faks ve elektronik posta (e-posta) yoluyla veya diğer herhangi bir şekilde iletişim teknolojisine dayalı araçlar üzerinden ifade edilen beyanların, yazılı şeklin “metin” unsurunu oluşturup oluşturmayacağı veya imzanın varlığı zorunlu bir unsur olup olmadığı üzerinde durulmuştur³⁵.

III- Modern İletişim Araçları ve Tahkim Anlaşması

A) Genel Olarak

Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gereği, çeşitli düzenlemelerde

²⁸ KIDD / DAUGHTERY (dn. 25).

²⁹ EREN (dn. 14), 244 vd.

³⁰ ALTAŞ (dn. 9), 74.

³¹ REED, C.: “What is a Signature?”, The Journal of Information, Law and Technology, 2000 (3), online: <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_3/reed/> (erişim tarihi: 16.6.2006); ALTAŞ (dn. 9), 74.

³² REED (dn. 31); ALTAŞ (dn. 9), 74.

³³ REED (dn. 31); YU / NASIR (dn. 16), 458.

³⁴ YU / NASIR (dn. 16), 458.

³⁵ KIDD / DAUGHTERY (dn. 25); REED (dn. 31); YU / NASIR (dn. 16), 458; VAHRENWALD, A.: “Out-of-Court Dispute Settlement Systems for E-Commerce”, Report on Legal Issues: Part IV – Arbitration, Out-of-Court Dispute Settlement Systems for E-Commerce (2000), online: <<http://www.vahrenwald.com/doc/part4.pdf>> (erişim tarihi: 16.6.2006).

yer alan anlaşma yöntemlerinin, yazılı şeklin “metin” ve “imza” unsuru bakımından değerlendirilmesine yol açmıştır. Bu düzenlemelerin başında 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin *New York Sözleşmesi*’nin II/2 maddesi ile UNCITRAL Model Kanunu’nun 7/2 maddesi gelmektedir³⁶. *New York Sözleşmesi*’nin II/2 maddesine göre, yazılı anlaşma terimi, taraflarca imzalanan bir sözleşme veya tahkim anlaşmasında veya teati edilen mektup veya telgraflarda yer alan tahkim kaydını içerir. Yukarıda belirtildiği üzere, UNCITRAL Model Kanunu’nun 7/2 maddesinde, *New York Sözleşmesi*’nde öngörülen telgraf ve mektup teatisi yanında teleks ve diğer iletişim araçlarının teatisi de, anlaşmanın bir kaydının tutulması şartıyla, “yazılı anlaşma” teriminin kapsamına alınmıştır. Aslında *New York Sözleşmesi*’nin II/2 maddesinde de sınırlayıcı bir ifade kullanılmamış; aksine “*shall include*” ibaresi ile “yazılı anlaşma” teriminin kapsamına mektup ve telgraf teatisinin gireceği; zira Sözleşme’nin kaleme alındığı dönemde bu ikisinin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır³⁷. Bu bakımdan *New York Sözleşmesi* m. II/2 hükmü, UNCITRAL Model Kanunu m. 7/2’nin uygulanmasına engel değildir³⁸. Günümüzde elektronik araçlarla (elektronik posta veya *web*-tabanlı irade beyanı) tahkim anlaşması akdedilmesinin de *New York Sözleşmesi* ve UNCITRAL Model Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir³⁹. Nitekim (MTK gibi) mahallî kanunlarda da elektronik ortamda tahkim anlaşması akdedilmesine olanak tanıyan bir eğilimin geliştiği göze çarpmaktadır.

Yazılılık şartı çerçevesinde, modern iletişim araçlarının kullanılması değerlendirilecek olursa, öncelikle, telgraf ve mektup teatisi ile başlamak gerekir. Her iki iletişim aracı bakımından günümüzde pek tartışmalı bir durum olmadığı belirtilmelidir. Bu durum, telgraf ve mektup teatisinde imza unsurunun eksik olması ihtimalinin bulunmasına rağmen böyledir. Her ne kadar

³⁶ Burada, tahkim anlaşmasının şekline ilişkin benzer bir hüküm içeren 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 2. maddesi de anılmalıdır. Anlaşma metni için bkz: R.G. 23.9.1991, S. 21000.

³⁷ GUSY, M.: “*The Validity of an Arbitration Agreement Under the New York Convention – Remarks on the Order of OLG Schleswig, March 30, 2000 (16 SchH 5/99)*”, *Journal of International Arbitration* 19 (4), 2002, s. 369; ARSIC, J.: “*International Commercial Arbitration on the Internet*”, *Journal of International Arbitration*, 14 (1), 1997, s. 215-216.

³⁸ GUSY (dn. 37), 369.

³⁹ WAHAB, M.: “*The Global Information Society and Online Dispute Resolution: A New Dawn for Dispute Resolution*”, *Journal of International Arbitration*, 21(4), 2004, s. 155; *Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, 5.9 Electronic Arbitration*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.20 (24/06/03) s. 20, online: United Nations Conference on Trade and Development <http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf> (erişim tarihi: 17.6.2006) [*Dispute Settlement*].

mektupta ve telgrafın aslında imzanın bulunabileceği açık ise de⁴⁰, özellikle yabancı doktrin ve mahkeme kararlarında bunların imza unsuru bulunmasa da veya bulunmaksızın yazılı şekli gerçekleştirdiği kabul edilmektedir⁴¹. Çünkü özellikle telgraf söz konusu olduğunda, her durumda telgrafın imzalı bir aslının bulunması zorunlu ve/veya mümkün değildir⁴². Ancak hukukumuzda, BK m. 13/II'ye göre, yazılı şeklin gerçekleşebilmesi için mektubun veya telgrafın aslının imzalı olması gerekir. Bu hüküm nedeniyle bizde mektup veya telgraf aracılığıyla kurulan sözleşmeler bakımından imza unsurunun varlığı aranır⁴³. Teleks ve faks bakımından ise, yabancı doktrinde bunların mektup ve telgraf gibi değerlendirilebileceği, aralarında teknik açıdan ciddi bir fark bulunmadığı ileri sürülürken⁴⁴, bizde BK m. 13/II gibi açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle, bunların yazılı şekil şartını yerine getirip getirmediği konusunda telgrafın özellikleri esas alınarak bazı değerlendirmeler yapılmıştır. Buna göre, faks ve teleks kullanımında telgraftan farklı olarak, metnin orijinali muhataba ulaşmadığı için yazılı şekil şartı gerçekleşmiş olmaz⁴⁵. Bununla birlikte, faksta yazılı metin ve imza, fotokopi yoluyla da olsa muhataba ulaşır; bu nedenle gönderen bakımından yazılı şeklin gerçekleştiği ileri sürülmüştür; ancak metinle imzanın montaj yoluyla birleştirilmesi mümkün olduğundan şekle uygun bir irade beyanının mevcut olmadığı iddiası her zaman ortaya atılabilir⁴⁶. Teleks bakımından ise,

⁴⁰ EREN (dn.14), 247. Yazara göre, "...imzalı bir mektup, aslı borçlananlarca imzalanmış bir telgraf yazılı şekil yerine geçer. Zira telgrafın imzalı orijinal metnini posta idaresi belirli bir süre saklamak zorunda olup, muhatap isterse, bunu her zaman görebilir ve gerekirse ispat aracı olarak kullanabilir". Aynı görüşte bkz.: ALTAŞ (dn. 9), 62-64. ALTAŞ'a göre de, "...bu tür (telgraf, faks, teleks) gönderilen metnin orijinal nüshası taraflardan başka tarafsız bir kurumda (PTT idaresi gibi) kalırsa, BK 13/II'ye göre şekil kuralının gerçekleşmesine katkıda bulunabilirler".

⁴¹ Bkz.: VAHRENWALD (dn. 35); ARSIC (dn. 37), 216-217; Ayrıca bkz.: *Dispute Settlement* (dn. 39); Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından aynı görüşte bkz.: KALPSÜZ (dn. 3), 1035, dn.15. Mektup teatisinde imza unsurunun bulunmasının zorunlu olmadığı yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: HOUTTE (dn. 16), 4, dn. 7'den naklen: Obergericht Basel-Land, DIETF v. RF AG, 5 July 1994 (1996), Yearbook Commercial Arbitration, p.686, no. 3; Aynı yoruma yer veren Amerikan İstinaf Mahkemesi kararı için bkz.: LIEBSCHER (dn. 6), dn. 6'dan naklen: United States Court of Appeals 29 July 1999 (1999) 24a Yearbook Commercial Arbitration, 900.

⁴² VAHRENWALD (dn. 35); WAHAB (dn.39), 156; TUĞ (dn. 25), 64. Telgraf ve mektup teatisinin, ancak kanunun yazılı şekil için öngördüğü şartları tahakkuk ettirmeleri halinde yazılı şekle esas alınabileceği; aksi takdirde yazılı şekil olarak kabul edilmelerine imkan olmadığı yönünde bkz.: GÖKTÜRK, H. A.: Türk Hukukunda Yazılı Şekil, Ankara 1937.

⁴³ EREN (dn. 14), 247; ALTAŞ (dn. 9), 62-63.

⁴⁴ HOUTTE (dn. 16), 4; VAHRENWALD (dn. 35); WAHAB (dn. 39), 154.

⁴⁵ ALTAŞ (dn. 9), 63.

⁴⁶ EREN (dn. 14), 247; OĞUZMAN, K. / ÖZ, M. T. : *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 3.

imza atılmasına elverişli olmaması nedeniyle yazılı şeklin gerçekleşmesinin söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir⁴⁷.

Ancak, bu iletişim araçlarına aynı etkiyi haiz olmak üzere yer veren MTK m. 4 hükmü göz önüne alındığında, en azından tahkim anlaşmaları bakımından BK m. 13/II'deki istisna hükmüne başvurmaya gerek kalmadığı anlaşılmaktadır. Zira MTK m. 4'te bu iletişim araçlarının kullanımı ile yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla bizde de UNCITRAL Model Kanunu'na dayanılarak yapılan yorumlara yer verilebileceği, söz konusu iletişim araçları kullanılarak tahkim anlaşması akdedilmesi halinde anlaşmanın kaydının tutulması şartı açıkça belirtilmemiş ise de, söylenebilir.

Günümüzde modern iletişim araçlarının sözleşmelerin kurulmasına ilişkin olarak ortaya çıkardığı tartışmaların odağında bilgisayar ve internet kullanımı yer almaktadır. Mektup teatisi, telgraf, teleks gibi araçların kullanımına ilişkin yorumlar genel olarak yerleşik bir nitelik kazanmıştır. Ancak elektronik posta ve *web*-tabanlı irade beyanlarının değerlendirilmesi bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, sözleşmelerin kurulmasında internet kullanımı ve yazılı şekil şartının gerçekleşmesi ayrıca ele alınmalıdır.

B) Elektronik İletişim ve Yazılı Şekil Şartı

Son yıllarda, özellikle internetin kullanımına ilişkin olarak elektronik iletişim ve elektronik ortam kavramlarının yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir.

Bu kavramlar genel olarak ele alındığında, bir üst kavram olan "geniş anlamda elektronik iletişim" ile radyo, televizyon, teleks, faks, bilgisayar ve benzer teknolojik araçlar üzerinden kurulan iletişim kastedilmektedir⁴⁸. Dar anlamda elektronik iletişim ise, bilgilerin veri mesajı⁴⁹ şeklinde bilgisa-

Bası, İstanbul 2000, s. 119. Altaş'a göre, faksın kullanımı neticesinde yazılı şekil gerçekleşmiş olmaz, çünkü "[t]elefaks aracılığıyla karşı tarafa gönderilen metnin orijinali gönderen kişide kaldığı için henüz açıklanmış bir irade beyanından söz edilemez". ALTAŞ (dn. 9), 63.

⁴⁷ EREN (dn. 14), 247; OĞUZMAN / ÖZ (dn. 46), 119.

⁴⁸ FALCIOĞLU, M.Ö.: *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu*, Ankara 2004, s. 47.

⁴⁹ 23 Kasım 2005 tarihli Milletlerarası Sözleşmelerde Elektronik İletişim Kullanımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne göre, veri mesajı (*data message*) elektronik veri değişimi, elektronik posta, telgraf, teleks ve faksı içeren, fakat bunlarla sınırlı olmayan elektronik, manyetik, optik ve benzeri araçlarla yaratılan, gönderilen, alınan veya depolanan bilgiyi ifade eder (m. 4/c). Sözleşme metni için bkz.: United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, 23 Kasım 2005, GA/10424, L/3099, online: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/2005Convention.pdf>> (erişim tarihi: 26.6.2006).

yarlar aracılığıyla hazırlanması, iletilmesi ve bilgisayar ekranında görüntülenmesi suretiyle başta internet olmak üzere sadece ağlar üzerinden kurulan iletişimi ifade eder⁵⁰. Elektronik ortam, elektronik iletişimin bir sonucu olarak ortaya çıkar ve bilginin bilgisayarlar tarafından işlenebilecek şekilde sayısal olarak yaratıldığı, iletiildiği ve insanlar tarafından kullanıldığı sanal bir ortam olarak tanımlanabilir⁵¹.

Bu çalışmada (dar anlamda) elektronik iletişim kavramının kapsamı, sözleşmelerin kuruluşu ve tahkim anlaşması çerçevesinde değerlendirilecektir. Böylece elektronik ortamda kurulan, bir başka deyişle internet üzerinden akdedilen tahkim anlaşmalarının şekli meselesi ele alınmış olacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, kural, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması yönündedir. Sözleşmelerin elektronik ortamda kurulması halinde, klasik adî yazılı şeklin imza unsurunun yerine getirilmesi bugün pek çok hukuk sisteminde elektronik imzanın kabulü ile mümkün kılınmıştır. Bizde de 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu⁵²'nda düzenlenen güvenli elektronik imzanın elle atılan imzaya hukuken eşdeğer olduğu kabul edilmektedir⁵³. Bu nedenle, yazılı şekil şartının gerçekleşmesi bakımından güvenli elektronik imzanın kullanılması yeterlidir⁵⁴.

Ancak, elektronik ortamda kurulan iletişimin her durumda elektronik imza veya güvenli elektronik imza desteğinde olduğu söylenemez. Aksine, esas tartışma konusu olan mesele, telgraf ve teleks kullanımında olduğu gibi,

⁵⁰ FALCIOĞLU (dn. 48), 47.

⁵¹ FALCIOĞLU (dn. 48), 48.

⁵² R.G. 23.1.2004, S. 25355.

⁵³ Borçlar Kanunu m. 14/T'de yer verilen güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haiz olduğu yönündeki hükmün, BK'nın 12 ilâ 15. maddeleri arasında yazılı şekil şartının düzenlenmesi nedeniyle söz konusu hükümlerin ahengini bozduğu; ve Elektronik İmza Kanunu m. 23'te güvenli elektronik imzanın ispat gücüne ilişkin benzer bir hüküm getirildiği, aynı hususa ilişkin iki ayrı kanunda hüküm bulunmaması gerektiği; güvenli elektronik imzanın, yazılı şekil şartının imza unsuru olarak elle atılan imzaya hukuken eşdeğer olduğunun kabulü yönünde bkz.: İNAL, E.: *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, İstanbul 2005, s. 144.

⁵⁴ İNAL (dn. 53), 135 vd.; FALCIOĞLU (dn. 48), 96. Ancak milletlerarası nitelikli sözleşmeler bakımından elektronik imzanın geçerliliğinin bir başka hukuk sistemi tarafından tanınması veya imza unsurunu yerine getiren elektronik iletişimin hukukî geçerliliğine uygulanacak hukuk meseleleri ayrı bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda bkz.: *Legal Aspects of Electronic Commerce: Explanatory Note on the Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts* UNCITRAL, 39th Session, A/CN. 9/608/Add. 2, 19 June – 7 July 2006, online: United Nations Commission on International Trade Law <<http://daccessdds.un.org/doc/UN-DOC/GEN/V06/523/16/PDF/V0652316.pdf?OpenElement>> (erişim tarihi: 27.6.2006) [*Explanatory Note*].

elektronik posta ile veya *web*-tabanlı irade beyanında bulunulması yoluyla (imza unsurunun yokluğu halinde), internet üzerinden tahkim anlaşmasının akdedilmesi ve bu yöntemlerin yazılı şeklin gereğini ne ölçüde karşıladığı veya yazılı şekil kuralının nitelendirilmesini nasıl etkilediği meselesidir⁵⁵.

Günümüzde internet üzerinden kurulan iletişimin, özellikle elektronik postanın telgraf kullanımına benzetilmesi suretiyle çözüm arayışları ortaya atılmakta ve *New York* Sözleşmesi m. II/2'de öngörülen hükmün elektronik iletişim yöntemlerini kapsadığı görüşünden hareketle, tahkim anlaşmasının elektronik iletişim konusu olması halinde yazılı şeklin yerine getirilmiş sayıldığı kabul edilmektedir⁵⁶. Ancak elektronik iletişimde kullanılan yöntemlerin yazılı şekil şartının amaçları doğrultusunda ayrıca değerlendirilmesinde fayda vardır. Zira, her ne kadar telgraf ve mektup teatisinde imza unsurunun eksikliğine rağmen, yazılı şekil kuralının gereğinin yerine getirilmiş olduğu kabul edilmekte ise de, elektronik iletişimde kullanılan yöntemlerin hangi hallerde yazılı şeklin gereklerine uygun olduğu belli değildir. Benzer şekilde, yukarıda değinilen UNCITRAL Model Kanunu ve diğer milletlerarası tahkim düzenlemelerinde elektronik ortamda akdedilen tahkim anlaşmalarının yazılı şekle uygun olduğu öngörülmüş; ancak bu elektronik ortamdan ne anlaşılması gerektiği konusunda da bir açıklık getirilmemiştir.

Bu çerçevede elektronik iletişim yöntemlerinin yazılı şekil şartı açısından değerlendirilmesinde, ilk olarak bu yöntemlerin, telgraf ve mektup teatisi gibi özellikleri belli olan iletişim araçları ile karşılaştırılması ve tahkim anlaşmasında yazılı şeklin amaçları doğrultusunda irdelenmesi yoluna gidilebilir. Daha sonra, elektronik iletişim yöntemlerinin tahkim anlaşmalarının akdedilmesinde kullanılmasına ve yazılı şekil şartının yerine getirilmesine ilişkin mahallî ve milletlerarası düzenlemeler inceleme konusu yapılabilir.

Teknik açıdan elektronik posta veya *web*-tabanlı irade beyanında bulunulması ile telgraf veya mektup teatisi arasında ciddi bir fark bulunmadığı söylenmektedir⁵⁷. Elektronik iletişim yöntemleri ile telgraf ve mektup teatisi arasında görülen bazı farklılıklar⁵⁸ da sözleşmelerin kurulmasındaki işlev-

⁵⁵ WAHAB (dn. 39), 154; *Dispute Settlement* (dn. 39), 15 vd.

⁵⁶ WAHAB (dn. 39), 154 vd.; VAHRENWALD (dn. 35); *Dispute Settlement* (dn. 39), 20; HILL, R.: "On-line Arbitration: Issues and Solutions", online: <<http://www.umass.edu/dispute/hill.htm>> (erişim tarihi: 28.6.2006).

⁵⁷ HILL (dn. 56); WAHAB (dn.39), 154; ARSIC (dn. 37), 217.

⁵⁸ Bu farklılıklar arasında şunlar sayılabilir: 1) Telgraf sisteminde en azından teorik olarak gönderenin kimliğinin tespit edilmesi mümkün iken, elektronik iletişimde sahtekârlık yapılması nispeten daha kolaydır; 2) telgrafın iletilmesi sürecinde değişikliğe uğratılması teknik açıdan çok zor iken, internet üzerinden iletilen elektronik posta değiştirilmeye elverişlidir; 3) telgraf sistemlerinin çok yüksek bir kesinlik derecesi ile telgrafi iletilmesi beklenir, buna karşılık elektronik postanın iletilmemesi ihtimal dâhilindedir. Bkz.: HILL (dn. 56).

leri bakımından bu yöntemlerin benzer özelliklerinin ağır basmasına engel teşkil edecek nitelikte değildir. Özellikle imza unsurunun eksik olmasına itiraz edilmemesi, telgraf ve mektup teatisi ile elektronik iletişim yöntemlerinin belli bir ortak paydada birleşmeleri sonucunu doğurmaktadır. İşleyiş açısından elektronik iletişim yöntemlerinde mesaj konusu veri dijital formatta dönüştürülmekte, bir telekomünikasyon ağı üzerinden aktarılmakta ve son olarak insanlar tarafından okunabilir bir şekle sokulmaktadır. Bu durumda telgraf, teleks ve faks ile elektronik posta arasında mesajın alınması aşamasında ortaya çıkan tek fark, telgraf, teleks ve faksın kağıt üzerine yazılı olması; elektronik postanın ise alıcının istemesi halinde kağıt üzerinde yazılı hale getirilebilir olmasıdır⁵⁹. Ancak bu fark, elektronik iletişim yöntemlerinin telgraf ve mektup teatisinden ayrılmasını gerektiren esasa ilişkin bir farklılık değildir. Çünkü imza unsurunun bulunmaması ihtimali, bu yöntemlerin belge üzerinde somutlaşmasına veya elektronik ortamda varlığını sürdürmesine farklı bir anlam izafe edilmesini gerektirmektedir.

Burada yol gösterici olan husus, yazılı şeklin hangi amaç ve işlevinin esas alınacağıdır. Yazılı şekil kuralının hizmet ettiği amaçlar ve üstlendiği işlevler, yazılı şekil şartının niteliğini de belirleyici bir rol oynamaktadır. Bilindiği üzere, yazılı şekil şartının, tarafların korunması, üçüncü kişilerin korunması, işlemin ispatının kolaylaştırılması, sözleşmenin kurulup kurulmadığının kesinleştirilmesi gibi amaçları vardır⁶⁰. Bu amaçların gerçekleşmesinde yazılı şekil şartı belli işlevleri yerine getirir ki; söz konusu işlevler genel olarak, tarafların belli edilmesi ve belgenin taraflara atfedilebilir olması (*party authentication*), tarafların iradelerinin varlığının belgelenmesi, belgenin bütünlüğünün ve güvenilirliğinin sağlanması ve korunması (*document security*), işlemin kaydedilmesi ve delil elde edilmesi olarak belirlenebilir⁶¹. İmza unsurunun eksik olması, bu işlevlerden bazılarını etkiler; şöyle ki, imza esas olarak taraflarla belge arasındaki bağlantının kurulmasına ve belgenin güvenilirliğinin sağlanmasına hizmet ettiğinden, imzanın bulunmaması nedeniyle bu esasların varlığının tartışmalı hale geldiği düşünülebilir. Ancak bu tartışmada yazılı şekil şartının her konu bakımından ve her hukukî düzenlemede imza unsuruna bağlı olmadığı görüşüne ağırlık tanınması gerekir. Zira her ne kadar kağıt üzerinde imzanın yokluğu belgenin taraflara atfedilmesini güçleştirir ve ayrıca güvenilirliğini şüpheli hale getirir ise de, konuya ilişkin hukukî düzenlemeler incelendiğinde ve ayrıca elektronik iletişimde şifreleme tekniklerinin kullanılması değerlendirildiğinde, imza unsurunun yokluğunun her durumda yazılı şeklin gerçekleşmesini engellemediği görülmektedir.

59 HILL (dn. 56).

60 Bkz. yuk. dn. 23.

61 VAHRENWALD (dn. 35); HILL (dn. 56); WAHAB (dn.39), 156.

1. Elektronik İletişimde Güvenlik

Tahkim anlaşmasında yazılı şekle ilişkin özel düzenlemelerde ve daha genel olarak elektronik iletişime ilişkin düzenlemelerde yer alan hükümlere değinmeden önce, elektronik iletişimde güvenlik meselesine bakılacak olursa, bu alanda özellikle elektronik posta kullanımını bakımından şifreleme tekniklerinin, belgenin taraflara izafe edilmesini ve güvenilirliğini belli ölçüde sağlama kapasitesine sahip olduğu görülmektedir⁶². Böylelikle her ne kadar imza unsurunun eksikliği tartışma yaratsa da, elektronik iletişimde bu eksikliğin yazılı şeklin işlevlerinin gerçekleşmesini tam anlamıyla engellemediği; hatta engellese bile yazılı şeklin bu haliyle tahkim anlaşmaları bakımından kabul edilebilir addedildiği söylenebilir. Zira belgenin elektronik ortamda olması, taraflara atfedilebilirliği ve güvenilirliği bakımından kağıt üzerinde tecessüm eden belgeye nazaran farklı değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu değerlendirmede imzanın yeri şifreleme tekniklerine bırakılmaktadır. Ancak tahkim anlaşmaları bakımından imza zaten yazılı şeklin zorunlu bir unsuru değildir ve burada şifreleme teknikleri ile elektronik imza kastedilmemektedir. Elektronik imza elle atılan imzaya eşdeğer kabul edildiğinden elektronik imza var ise, imza unsuru zaten kağıt üzerinde olduğu gibi gerçekleşmiş demektir. Esas sorun, tahkim anlaşmasında yazılı şeklin gerçekleşmesinde imza zorunlu unsur olmadığından, belgenin taraflara atfedilmesi ve güvenilirliği hususlarında asgari ölçütlerin ne şekilde tespit edileceği sorunudur. Çünkü elektronik ortamda varlık kazanan belge, kağıt üzerinde varlık kazanan belgeden farklı olarak fizikî bir varlığa sahip değildir ve elektronik ortamın özelliklerine göre taraflara izafe edilip güvenilirliğinin tesis edilmesi gerekir. Bu özelliklerin tesis edilmesinde önem atfedilecek husus, veri mesajının kaydedilebilir ve daha sonra ulaşılabilir nitelikte olmasıdır. Eğer uygun işleyiş usulleri kullanılırsa, elektronik posta ve *web*-tabanlı irade açıklamasında telgraf ve mektup teatisinde olduğu gibi kayıt altına alma gerçekleşir⁶³. Uygun işleyiş usulleri, elektronik iletişimde tahkim anlaşmasının kayıt altına alınmasını sağlayan usullerdir. Buna göre, elektronik belge ile taraflar arasında bağlantı kurulmasını, belgenin güvenilirliğini ve mahremiyetini sağlamak amacıyla elektronik posta bakımından *Secure Multipurpose Internet Mail Exchange Protocol – S/MIME* ve *Pretty Good Privacy - PGP* gibi güvenlik artırıcıları kullanılır⁶⁴. *Web*-tabanlı iletişim bakımından ise, *Secure Sockets Layer (SSL)* ve *Hypertext Transfer Protocol – HTTP* gibi güvenlik artırıcıları işlevseldir⁶⁵. Bu usuller, elektronik

⁶² HILL (dn. 56); WAHAB (dn.39), 156-157.

⁶³ HILL (dn. 56).

⁶⁴ WAHAB (dn. 39), 157.

⁶⁵ WAHAB (dn. 39), 157.

iletişimi güvenli kılmak için bilgi şifreleme teknikleri ve dijital imza yanında riski asgari ölçüde tutan araçlar olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁶.

Elektronik iletişimin bu güvenlik artırıcı usullerin refakati ile kurulması halinde, yukarıda sözü edilen asgarî güvenlik ölçütlerinin karşılandığı ve bu iletişim ortamında akdedilen tahkim anlaşmalarının istenildiğinde tekrar ulaşılabilecek şekilde kayıt altına alınmış olduğu kabul edilmelidir⁶⁷.

2. Elektronik İletişimde Yazılı Şekil Şartına İlişkin Düzenlemeler ve Tahkim Anlaşması

Elektronik iletişimde yazılı şekil şartına ilişkin düzenlemeler bu çalışma kapsamında iki kategoriye ayrılarak ele alınabilir. Birinci kategoride olmak üzere, spesifik olarak tahkim anlaşmasında yazılı şekil şartına ve elektronik iletişime ilişkin hükümler; ikinci kategoride ise, genel olarak elektronik iletişimde yazılı şekil şartına ilişkin düzenlemeler incelenmelidir.

a) İlk olarak *New York Sözleşmesi* m. II/2 hükmü ele alınacak olursa, yukarıda belirtildiği üzere, bu hükme göre yazılı anlaşma terimi, taraflarca imzalanan bir sözleşme veya tahkim anlaşmasında veya teati edilen mektup veya telgraflarda yer alan tahkim kaydını içerir. Son yıllarda özellikle yabancı doktrinde ileri sürülen görüşler, *New York Sözleşmesi*'nin ilgili hükmünün geniş yorumlanması gerektiğini ve bu yorum çerçevesinde elektronik iletişim araçlarının telgraf ve mektup teatisi gibi değerlendirilmesinin daha yerinde olduğunu ifade etmiştir⁶⁸. Söz konusu hükümde yer alan telgraf ve mektup teatisi bakımından imzanın zorunlu bir unsur olmaması nedeniyle elektronik iletişim yöntemlerinin bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi doğal karşılanmaktadır.

b) *New York Sözleşmesi*'nden daha açık bir şekilde UNCITRAL Model Kanunu'nun 7/2 maddesinde, anlaşmanın kaydedilmesi özelliğini taşıması şartıyla çeşitli iletişim tekniklerinin kullanımı yazılı şekil şartının gerçekleşmiş sayılması bakımından yeterli görülmektedir. Yukarıda ele alındığı üzere bu hükmün elektronik iletişim araçlarını kapsadığı konusunda herhangi bir tereddüt söz konusu değildir⁶⁹.

c) Hukukumuzda ise MTK m. 4'te benzer bir hükme yer verilmiş ve "elektronik ortam"dan söz edilerek, elektronik iletişim araçları kullanılmak suretiyle akdedilen anlaşmaların yazılı şekil şartını yerine getirdiği açıkça hükme bağlanmıştır.

⁶⁶ WAHAB (dn. 39), 157.

⁶⁷ HILL (dn. 56).

⁶⁸ GUSY (dn. 37), 369; HILL (dn. 56); WAHAB (dn. 39), 157; VAHRENWALD (dn. 35); ARSIC (dn. 37), 217.

⁶⁹ VAHRENWALD (dn. 35); WAHAB (dn. 39), 155.

Doğrudan doğruya milletlerarası ticarî tahkime ilişkin olan bu düzenlemeler yanında, ikinci kategori olarak belirlenen, daha genel olarak elektronik iletişime ilişkin bazı düzenlemelerde getirilen hükümler de yazılı şekilden ne anlaşılması gerektiği konusunda yol gösterici olmaktadır.

d) Bu konuda ilk olarak ele alınması gereken düzenleme, Elektronik Ticarete İlişkin UNCITRAL Model Kanunu'dur. Bu Kanun'un m. 6/1 hükmüne göre, "[y]azılı şekil şartının öngörüldüğü hallerde bu şart, eğer veri mesajında yer alan bilgi daha sonra başvurulduğunda tekrar kullanılmak üzere ulaşılabilir ise, veri mesajı ile yerine getirilmiş olur". Aynı maddenin 2. bendinde ise, 1. bentte yer alan hükmün, bu bentte öngörülen yazılı şekil şartı ister bir yükümlülük olsun, isterse hukuken bilginin yazılı şekilde olmamasına sadece sonuçlar bağlanmış olsun uygulanması öngörülmüştür⁷⁰. Bu Model Kanun'un hazırlanması çalışmaları sırasında yazılı şekil şartının işlevlerinin geniş bir kapsamda değerlendirilmesinin uygun olmayacağı; aksine işlevsel bir yaklaşımın, yazılı şekli, şekil zorunluluğu hiyerarşisinde en düşük seviyedeki şekil gerekliliği olarak sınıflandırdığı ifade edilmiştir⁷¹. Buna göre, kağıt üzerinde somutlaşan belgeler bakımından şekil zorunluluğunun çeşitli dereceleri farklı düzeylerde güvenilirlik, delil özelliği ve değişmezlik temin eder. Burada söz konusu olan yazınlık şartının, daha katı gereklilikleri olan imzalı yazınlık, imzalı orijinal nüsha veya resmî şekil ile karıştırılmaması gerekir⁷². Özellikle imza unsurunun bulunmaması serbestisi yazınlık şartının oldukça esnek bir açıdan değerlendirilmesine imkan tanımaktadır. Söz konusu Model Kanun'un 6. maddesinde imza eksikliği bakımından olduğu gibi delil niteliği ve değişmezlik özelliği bakımından da yazınlık şartının her türlü işlevi yerine getirmesi düşünülmemiştir. Bu şekilde spesifik işlevler üzerinde değil, bilgiyi içeren veri mesajının tekrar ulaşılabilir ve okunabilir olması şeklinde formüle edilen daha temel bir nosyon üzerinde durulmuş ve objektif bir kriter olarak sonraki referanslar için ulaşılabilir olma esası ortaya konulmuştur.

⁷⁰ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce m. 6. Writing:

(1) Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

(2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the information not being in writing.

⁷¹ Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996, UNCITRAL, UN Publication Sales No. E.99.V.4, ISBN 92-1-1-133607-4, New York 1999, s. 35 vd., online: United Nations Commission on International Trade Law <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf> (erişim tarihi: (28.6.2006).

⁷² Guide to UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (dn. 71), 35-36.

“Ulaşılabilir” olma ölçütü ile bilgisayar verisi formatındaki bilginin okunabilir, yorumlanabilir olması ve bu bilginin okunabilir olmasını sağlayan gerekli yazılımın elde tutulması kastedilmektedir. Söz konusu bilginin “kullanılabilir” olması ise, sadece insanlar tarafından değil, bilgisayar işleme sürecinde kullanımını da kapsar. “Daha sonraki referanslar” kavramı da, çok katı standartlar getirebilecek olan “değişmezlik” veya “dayanıklılık” gibi kavramlar ile çok subjektif ölçütler getirebilecek olan “okunabilirlik” veya “anlaşılabilirlik” gibi kavramlar yerine tercih edilmiştir⁷³.

Elektronik ortamda yazılı şeklin gerçekleşmesinde bilginin daha sonra ulaşılabilir olmasını yeterli gören bu düzenlemenin, *New York Sözleşmesi* m. II/2'nin ve Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu m. 7/2'nin yorumlanmasında yol gösterici olduğu kabul edilmelidir⁷⁴. Zira, Elektronik Ticarete İlişkin Model Kanun elektronik iletişime ilişkin spesifik ve konunun özelliklerine uygun kurallar öngörmüştür. Bu nedenle elektronik iletişimde yazılı şekle ilişkin özel hüküm niteliği taşıyan m. 6'nın, konunun değerlendirilmesinde göz ardı edilmemesi gerekir. Nitekim yukarıda ele alındığı üzere, sözü edilen düzenlemelerde öngörülen yazılı şekil şartının imza unsuru bulunmaksızın yerine getirilmiş sayılması, bu anlamda yazılı şeklin Elektronik Ticaret Model Kanunu m. 6'da öngörülen en düşük düzeyli yazılılık ile bağdaştığı sonucunu makul göstermektedir. Bu görüş uyarınca, *New York Sözleşmesi*'nin tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının aslının veya aslına uygun bir suretinin mahkemeye sunulmasını öngören m. IV/1 hükmünün de yapılan yorumla çelişmediği görülmektedir. Aksine *New York Sözleşmesi*'nin dilinin esnek olduğu ve m. IV/1'e göre, tenfiz talep eden tarafın tahkim anlaşmasının varlığını ispat etmekle yükümlü olmadığı belirtilmektedir. Örneğin, tahkim anlaşmasının orijinal metni ve nüshaları bir sel bas-kınında kaybolmuşsa, bunun hakem kararının asla tenfiz edilemeyeceği anlamına gelmediği; anlaşmaya orijinal metinden başka bir şekilde yeniden varlık kazandırılabilmesi kabul edilmelidir⁷⁵. Gerçekten, *New York Sözleşmesi*'nin kabul edildiği 1958 yılında bile teleksin mekaniğine göre alınan kağıt teleks, gönderilen orijinal belge değildir. Bu durum karşısında özellikle elektronik posta bakımından farklı bir yorum yapılması anlamsız olmaktadır⁷⁶.

Yazılı şekil şartının amacının, esas olarak taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin delil sağlanması olduğu görülmektedir. Bu neden-

⁷³ *Guide to UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* (dn. 71), 36; FALCIOĞLU (dn. 48), 81, dn. 185.

⁷⁴ VAHRENWALD (dn. 35).

⁷⁵ VAHRENWALD (dn. 35).

⁷⁶ VAHRENWALD (dn. 35).

le de, delil elde etme amacı yerine getirildiği müddetçe, “yazılılık” niteliğinin kağıt üzerinde gerçekleşip gerçekleşmemesi önem arz etmemektedir⁷⁷.

i) Nitekim UNCITRAL Çalışma Grubu'nun (*Working Group II*) Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Model Kanun'un 7. maddesinin yeniden düzenlenmesini öngörerek bir taslak metin⁷⁸ hazırladığı toplantılarının sonuncusunda (23-27 Ocak 2006, *New York*) tahkim anlaşmasında yazılı şeklin amacı tartışılmış ve tarafların iradesinin mi, yoksa anlaşmanın içeriğinin mi kayıt altına alınmasının ağır bastığı anlaşılmaya çalışılırken, ifade edilen görüşler genel olarak anlaşmanın içeriğinin kayıt altına alınmasının esas olduğu noktasında birleşmiştir. Bu toplantılarda hazırlanan ve 7. maddenin değiştirilmesini öngören taslak metinde de Elektronik Ticaret Model Kanunu m. 6'da öngörülen “yazılı şekil” tanımına ağırlık tanındığı görülmektedir. Zira söz konusu metinde tahkim anlaşmasının yazılı şekilde olması kuralı öngörüldükten sonra, anlaşmanın sözlü olarak, fiilî olarak veya diğer herhangi bir araç kullanılarak akdedilmesi halinde, içeriği herhangi bir şekilde kayıt altına alınmışsa yazılı olarak yapılmış olduğu kabul edilmiştir. Devam eden bentte ise, elektronik iletişime ilişkin özel hüküm getirilerek, Elektronik Ticaret Model Kanunu'nun 6/1 maddesindeki hüküm aynen alınmış ve elektronik iletişim yöntemlerine başvurulmuş olması halinde, bilginin daha sonraki referanslarda kullanılabilir olması için “ulaşılabilir” nitelik taşıması şartına yer verilmiştir. UNCITRAL'in yukarıda ele alınan 39. toplantısının kayıtlarına göre, Çalışma Grubu'nun toplantılarında tahkim anlaşmasının varlığına dair yazılı delil bulunmakla birlikte, ilgili millî hukuk düzenlemesinin dar yorumlanması sonucunda anlaşmanın geçerliliğinin tartışma-

⁷⁷ VAHRENWALD (dn. 35).

⁷⁸ *Revised Draft Article 7 of the Arbitration Model Law:*

(1) ...

(2) *The arbitration agreement shall be in writing.*

(3) *An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.*

(4) *The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference...*

Metin için bkz.: *Settlement of Commercial Disputes – Form of Arbitration Agreement*, Note by the Secretariat, UNCITRAL, 39th Session, Doc. No. A/CN.9/606, 19 June – 7 July 2006, s. 2-4, online: United Nations Commission on International Trade Law <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/530/25/PDF/V0653025.pdf?OpenElement>> (erişim tarihi: 7.7.2006) [*Settlement of Commercial Disputes*]. Yukarıda yer verilen metin UNCITRAL tarafından 7 Temmuz 2006 tarihinde 39. oturumda kabul edilmiştir. Bkz. UNCITRAL online: <<http://www.unis.unvienna.org/unis/press-rels/2006/unisl102.html>> (erişim tarihi: 10.7.2006).

lı hale geldiği hallerin, Model Kanun'un kapsamında değerlendirilmesi gereği de örneklerle ifadesini bulmuştur⁷⁹.

ii) *New York* Sözleşmesi'ne ilişkin olarak ise, UNCITRAL Çalışma Grubu'nun çeşitli tarihlerde yapılan toplantılarında Sözleşme'nin yazılı şekle ilişkin II/2 maddesi ile VII/1 maddesi hükümlerinin yorumlanmasında esas alınması gereken değerlendirmelerde bulunulmuştur⁸⁰. Buna göre, başlangıçta m. II/2'de değişiklik öngören bir protokol hazırlanması öngörülmüş, ancak daha sonra bunun çeşitli devletlerin kabulüne sunulacak olması nedeniyle zaman alacağı ve belirsizliğin sürmesi sonucunun kaçınılmaz olacağı göz önüne alınarak, söz konusu maddenin yorumlanmasına ilişkin esasları belirleyen bir bildiri veya açıklamanın daha uygun düşeceği kanaatine varılmıştır⁸¹. Madde II/2'nin farklı devlet mahkemeleri tarafından yeknesak şekilde yorumlanması amacını taşıyan bildiri taslağında, ilk önce söz konusu hükmün, UNCITRAL Model Kanunu m. 7 hükmünün içeriğini kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak toplantılarda m. II/2'nin, Model Kanun'un yeniden düzenlenen 7. maddesini kapsamasının pek mümkün görünmediği; zira örneğin, m. 7'ye göre yazılı tahkim şartına atıf yapılan sözlü tahkim anlaşması bu madde kapsamında geçerli sayılmakla birlikte, m. II/2'nin pek çok hukuk sisteminde bu kadar geniş yorumlanamayacağı görüşleri dile getirilmiştir. Son olarak Çalışma Grubu'nun 23 – 27 Ocak 2006 tarihleri arasında yapılan 44. toplantısında Sözleşme'nin yazılı şekle ilişkin II/2 maddesi yerine, daha elverişli hükümler varsa bunların uygulanmasını öngören VII. maddesinin yorumlanmasına ilişkin değerlendirmeler ortaya konulmuş ve Sözleşme hükümlerinden daha lehe hükümler getiren hukukun veya düzenlemenin uygulanması imkanı tanıyan m. VII hükmünün yazılı şekil şartı konusunda uygulanmasına ilişkin görüş beyan edilmiştir. Buna göre, m. II/2'nin devletlere kendi hukuk sistemlerinde daha elverişli hükümler bulunması halinde bunu uygulama izni verip vermediği açık değildir; ancak m. VII'nin uygulanmasının avantajı açıktır. Bu avantaj, m. II/2'ye göre şekil şartının yerine getirilemediği hallerde, tahkim anlaşma-

⁷⁹ [Settlement of Commercial Disputes] (dn. 78), 3-6.

⁸⁰ *Settlement of Commercial Disputes – Draft Declaration Regarding the Interpretation of Article II, Paragraph (2), and Article VII, Paragraph (1), of the New York Convention*, Note by the Secretariat, UNCITRAL, 39th Session, Doc. No. A/CN.9/607, 19 June – 7 July 2006, online: United Nations Commission on International Trade Law <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/530/31/PDF/V0653031.pdf?OpenElement>> (erişim tarihi: 7.7.2006) [Draft Declaration]. Bu değerlendirmeler de UNCITRAL tarafından 7 Temmuz 2006 tarihinde 39. oturumda tavsiye kararı (*recommendation*) olarak kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. online: United Nations Commission on International Trade Law <<http://www.unis.unvienna.org/unis/pressrels/2006/unisl102.html>> (erişim tarihi: 10.7.2006).

⁸¹ [Draft Declaration] (dn. 80), 4.

sının geçerliliğini sağlayan daha elverişli hükümlerin uygulanabilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır ve bildiri taslağına göre pek çok mahkeme bu yönde kararlar vermiştir⁸². Söz konusu uygulama sonucunda daha geniş bir ihtimaller yelpazesinde tahkim anlaşmasının geçerliliğini temin eden kuralların gelişmesi de sağlanmış olacaktır.

UNCITRAL'in *New York Sözleşmesi*'nin yazılı şekil şartı çerçevesinde değerlendirilmesi bakımından benimsediği yaklaşımın son derece esnek olduğu görülmektedir. Bu yaklaşım gereğince, madde II/2'nin geniş yorumlanması; bu yorumun yetersiz kalması durumunda ise, eğer daha elverişli hükümlere başvurmak imkanı var ise m. VII'nin uygulanması söz konusu olabilecektir.

e) Tahkim anlaşmalarında yazılı şekil şartının incelenmesi çerçevesinde son olarak ele alınması gereken düzenleme 23 Kasım 2005 tarihli Milletlerarası Sözleşmelerde Elektronik İletişim Kullanılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁸³'dir. Milletlerarası karakterli özel hukuk sözleşmelerinde elektronik iletişimin kullanılmasına ilişkin hükümler içeren bu Sözleşme'nin "Şekil Şartı" başlıklı 9. maddesi⁸⁴'nde elektronik ortamda şekil şartının yerine getirilmesi ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu maddede, yuka-

⁸² [Draft Declaration] (dn. 80), 6.

⁸³ Bkz. yuk. dn. 49.

⁸⁴ *Article 9 of the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts:*

1. *Nothing in this Convention requires a communication or a contract to be made or evidenced in any particular form.*

2. *Where the law requires that a communication or a contract should be in writing, or provides consequences for the absence of a writing, that requirement is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.*

3. *Where the law requires that a communication or a contract should be signed by a party, or provides consequences for the absence of a signature, that requirement is met in relation to an electronic communication if:*

(a) *A method is used to identify the party and to indicate that party's intention in respect of the information contained in the electronic communication; and*

(b) *The method used either:*

(i) *As reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; or*

(ii) *Proven in fact to have fulfilled the functions described in the subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence.*

4. *Where the law requires that a communication or a contract should be made available or retained in its original form, or provides consequences for the absence of an original, that requirement is met in relation to an electronic communication if:*

(a)...

ında Elektronik Ticaret Model Kanunu'nun hazırlanması aşamasında dile getirilen yazılı şekil şartının belli derecelerinin olduğu ve yazılılık (*writing*)'tan en düşük seviyedeki yazılı şekil şartının anlaşılması gerektiği anlayışı Model Kanun'dan önce ifade edilmiştir. Gerçekten, hukuken yazılılık (*writing*) şartının arandığı veya yazılılık şartının yerine getirilmemesine sonuçlar bağlanan hallerde, bu şartın elektronik iletişimde yerine getirilmesi bilginin daha sonraki başvurularda kullanılabilir olması için ulaşılabilir olmasına bağlıdır (m. 9/2).

En düşük düzeydeki yazılı şekil şartının elektronik ortamda nasıl yerine getirileceği düzenlendikten sonra, daha nitelikli yazılı şekil şartı olarak imzalı yazılı şekil şartına ilişkin düzenleme yapılmış ve bu şartın elektronik iletişimde yerine getirilebilmesi için kişinin kimliğini ve irade beyanını ortaya koyan güvenli bir metodun kullanılması öngörülmüştür (m. 9/3). Son olarak, en yüksek düzeyli yazılı şekil şartından orijinal biçimin muhafaza edilmesinin anlaşıldığı görülmektedir. Madde 9/4'te hukuken bir iletişim veya sözleşmenin orijinal biçimde olması veya muhafaza edilmesi şartının öngörüldüğü durumlar bakımından bu şartın elektronik ortamda gerçekleşme koşulları düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin hazırlanması aşamasında UNCITRAL kağıt üzerindeki yazılılığın çeşitli şekilleri tarafından gerçekleştirilen işlevlerin incelenmesine önem vermiş ve hukuk sistemlerinin yazılı şekil şartına pek çok sebebe dayanarak yer verdiğini teşhis etmiştir⁸⁵. Fakat yazılı şekil şartının bütün fonksiyonlarını kapsayıcı bir kavramsal yaklaşımın uygun olmayacağı kanaatine varılmıştır. Bu çerçevede yazılı şekil şartının aslında kendisinden bağımsız olan imza ve orijinallik gibi kavramlarla genellikle birlikte değerlendirildiği belirtilerek, esasında yazılılık şartının şekil şartı hiyerarşisinin en düşük düzeyli elemanı olarak değerlendirilmesi gerektiği ve işlevlerinin de bu doğrultuda daha yüzeysel olduğu kabul edilmiştir⁸⁶. Bu nedenle verinin yazılı (*written form*) şekilde olması gereğinin (ki başlangıç şartı olarak adlandırılabilir) "imzalı yazılılık", "imzalı orijinal" veya "resmi" şekil gibi daha sıkı şartlar getiren şekil gerekleriyle karıştırılmaması gerekir⁸⁷. Sözü edilen yazılı şeklin elektronik ortamda gerçekleşmesi ise, yukarıda diğer düzenlemelere ilişkin olarak belirtildiği gibi, elektronik iletişimde bilginin daha sonra kullanılmak üzere ulaşılabilir olmasına bağlıdır.

Sözleşme'de yazılı şekil şartı üç dereceli olarak ele alınmakla, aslında yazılı şeklin güvence altına aldığı hususlar arasında bir ayırım yapılmış ve her yazılı şekil şartının aynı işlevleri temin etmediği ortaya konulmuştur. Bu yak-

⁸⁵ [Explanatory Note] (dn. 54), 6.

⁸⁶ [Explanatory Note] (dn. 54), 6.

⁸⁷ [Explanatory Note] (dn. 54), 6 – 7.

laşım, daha spesifik olarak tahkim anlaşmasının yazılı şekilde akdedilmesine ilişkin düzenlemelerde ortaya konulan eğilimle uyum içindedir. Özellikle UNCITRAL Model Kanunu'nun 7. maddesinin değiştirilmesi çalışmalarında ifade edilen görüşler de dikkate alındığında tahkim anlaşmasında yazılılık ile Sözleşme'nin 9/2 maddesinde düzenlenen yazılılığın örtüştüğü görülmektedir. Söz konusu UNCITRAL düzenlemelerinde yazılılığın, bilginin tekrar kullanıma hazır olmak üzere ulaşılabılır olması şeklinde formüle edilmesi karşısında, özellikle UNCITRAL Model Kanunu'nun esas alındığı millî tahkim kanunları bakımından da bu yorumun üstün tutulması gerektiği açıktır.

3. Elektronik İletişim Bakımından Tahkim Anlaşmasında Yazılı Şeklin Niteliği

Elektronik iletişimde tahkim anlaşmasının yazılı şekilde olmasından, anlaşma metninin elektronik ortamda kayıt altına alınmış ve tekrar kullanıma açık olması anlaşıldığına göre ve şeklin işlevi esasen taraflar arasındaki anlaşmanın varlığını gösterme⁸⁸ olarak tespit edildiğine göre bu şartın geçerlilik şartından çok, ispat şartına yaklaştığı görülmektedir. Zira ele alınan düzenlemelerde tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmaması halinde geçersiz olacağına dair hükümler bulunmamaktadır. Ayrıca, tahkim anlaşmasında yazılı şeklin, UNCITRAL Model Kanunu'nun değiştirilmesini öngören taslak 7. maddesinde görüldüğü gibi, şekil hiyerarşisinin en alt derecesini oluşturması karşısında, bu şekil şartının bir geçerlilik şartı olduğunu düşünmek makul değildir. Zira yukarıda ele alındığı üzere tahkim anlaşmasında şeklin işlevi esas olarak, tahkim anlaşmasının kayıt altına alınması olup, bu da delil elde edilmesi sonucuna hizmet etmektedir.

MTK gibi somut düzenlemelerde ise, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış sayılması, imzalı olsun veya olmasın yazılı metnin varlığı şartından başlayıp gittikçe zayıflayan şekil gerekliliklerine tâbi kılınmaktadır. Bu nedenle tahkimin kamu düzenine ilişkin olmaması ve tahkim anlaşmasında şekil şartının esnek ve gittikçe zayıflayan yapısı birlikte değerlendirildiğinde, bu şartın geçerlilik şartı olmadığı açıklık kazanmaktadır. Ancak dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, bu şartın ispat şartı olduğunun da kesinlik göstermediği gerçeğidir. Tahkim anlaşmasını şekil şartına tâbi tutan düzenlemelere bakıldığında, aşamalı şekilde şekil şartının gereklerinden vazgeçildiği ve öngörülen gerekliliklerin de aslında iradenin beyan edilme biçimlerini gösterdiği izlenimi uyanmaktadır. Bununla birlikte, en azından elektronik ortamda "kayıt altına alma" şartı ile ispatın düşük bir seviyede de olsa şarta bağlanmış olduğu söylenebilir. Zira aksi takdirde tahkim anlaşmasının bulunmadığını iddia eden tarafın bunu ispat etmesi güçleşmektedir.

⁸⁸ [Settlement of Commercial Disputes] (dn. 78), 4.

Sonuç ve Değerlendirme

Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması kuralı özellikle hukukumuzda geçerlilik şartı olarak değerlendirilmiş ve yazılı şekilde yapılmayan tahkim anlaşması geçersizlik yaptırımına tâbi tutulmuştur.

Ancak 10 Haziran 1958 tarihli *New York* Sözleşmesi ile başlayıp 1985 yılında kabul edilen Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Model Kanun ile devam eden sürece bakıldığında, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasından, başlangıçta telgraf ve mektup teatisi gibi imza unsurunun eksik olma ihtimalinin bulunduğu usullerin de anlaşıldığı görülmektedir. Bilgisayar ve internet kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte, elektronik posta ve *web*-tabanlı irade beyanında bulunulması yöntemlerinin kullanımı değerlendirilmeye başlamıştır. Bu değerlendirmede öncelikle telgraf ve mektup teatisi gibi usullerin, imzanın varlığını zorunlu kılmadığı gerçeğine dayanılarak bir sonuca varılmaya çalışılmış; bunun yanında da elektronik iletişimin özellikleri incelenerek yazılı şeklin işlevleri ile bu özellikler arasında bağlantı kurulmaya çalışılmıştır.

Özellikle UNCITRAL tarafından yapılan değerlendirmeler göstermektedir ki, tahkim anlaşmasında yazılı şekil şartı taraflar arasındaki anlaşmanın varlığını kayıt altına alma amacı taşımaktadır. Elektronik posta veya *web*-tabanlı irade beyanında bulunulması yöntemlerinin kullanılması, bu amacın gerçekleşmesinde bir engel olarak görülmemiş; aksine fonksiyonel eşitlik yaklaşımının esas alınması neticesinde, kağıt üzerinde somutlaşan belge ile elektronik ortamda kayıt altına alınan belgenin ortak özelliklerine ağırlık tanınarak, belli güvenlik kriterleri de var sayılmak suretiyle yazılılık niteliği temin edilmiştir.

Tahkim anlaşmasında yazılılık şartının MTK çerçevesinde değerlendirilmesi bakımından da aynı esasları göz önünde tutmak gerektiği açıktır. Zira MTK'nın hazırlanmasında da UNCITRAL Model Kanunu'ndan esinlenilmiş olması, UNCITRAL'in tahkim anlaşmasında yazılı şekil şartına ilişkin değerlendirmelerinin, MTK'nın 4/II maddesinin yorumlanmasında etkili olması gereğine işaret etmektedir. MTK m. 4/II hükmü zaten hemen hemen aynen UNCITRAL Model Kanunu m. 7/2'nin tekrarından ibarettir. İki hüküm arasında dikkat çeken tek fark, MTK m. 4/II'de, kullanılan iletişim aracının tahkim anlaşmasının bir kaydını sağlaması gereğine yer verilmemiş olmasıdır ki, aslında elektronik iletişim bakımından bilginin tekrar ulaşılabilir olmasını sağlayan da bu özelliktir. Yazılılık niteliğinin atfedilmesi elektronik iletişim konusu bilginin yeniden ulaşılabilir olmasına bağlı tutulduğundan MTK'daki bu eksikliğin UNCITRAL'in görüşü doğrultusunda yorum yoluyla giderilmesi gerekir.

Tahkim anlaşmasında yazılılığın gerçekleşmesini, anlaşmanın kayıt altına alınması halinde kabul eden ve yazılılığı şekil zorunluluğunun en düşük dereceli aşaması olarak formüle eden bu yaklaşım esas alındığında, tahkim anlaşmasında yazılı şekil şartının bir geçerlilik şartı olmadığı ortaya çıkmaktadır. Bu durum MTK'nın yürürlüğe girmesi ile Türk hukuku bakımından da geçerli hale gelmiştir.