

# Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması

## The Refusal of the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the Case of Invalidity of Arbitration Agreement



Prof. Dr. Sibel ÖZEL\*

### ÖZET

Tahkim anlaşması geçersiz ise, verilen hakem kararının tenfizi, aleyhine tenfiz istenen tarafın bunu ileri sürmesi üzerine reddedilecektir. Pek çok uluslararası sözleşme ve milletlerarası tahkim ile ilgili iç hukuk mevzuatı tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliği ile ilgili maddi kanunlar ihtilafı kuralı getirmiş ve yazılılık esasını kabul etmiştir. Diğer taraftan tahkim sözleşmesi, taraf ehliyeti açısından ve esastan da geçerli olmalıdır.

Bu makale tahkim sözleşmesinin şekli geçerlilik koşullarını, taraf ehliyetine ve tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliğine uygulanacak hukuku irdelemektedir.

**Anahtar kelimeler:** tahkim sözleşmesi, şekli geçerlilik, taraf ehliyeti, esastan geçerlilik

### ABSTRACT

Enforcement of the arbitral awards will be refused at the request of the party against whom it is invoked, if that party proves that the arbitration agreement which is essential for the arbitration proceeding is null and void. Most international conventions and national arbitration laws contain substantive conflict of law provisions in relation to form requirements which is in writing. On the other hand

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

arbitration agreements must be valid in terms of party's capacity and substantiality.

This article analyses the formal requirements of arbitration agreement as well as applicable law to capacity of the parties to enter into an arbitration agreement and to its substantive validity.

**Key words:** *arbitration agreement, formal validity, party capacity, substantial validity.*

## I. Genel Olarak

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde öncelikle ele alınması gereken husus geçerli bir tahkim sözleşmesine binaen verilmiş bir hakem kararı olup olmadığıdır. Zira tarafların uyuşmazlığı devlet yargılaması yerine, özel bir yargılama prosedürüne tâbi tutmaları bu yönde yaptıkları bir anlaşmanın sonucudur ve bu anlaşma yargılama neticesi verilen hakem kararının temelini oluşturmaktadır<sup>1</sup>.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde geniş bir uygulama alanı bulan 1958 tarihli New York Sözleşmesi<sup>2</sup> m. V(1)(a) tanıma ve tenfiz engeli olarak bu hususu “ II. Maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden taraflar, haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olur yahut da mezkur anlaşma taraflarca tâbi kılındığı kanuna ve bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği mahal kanununa göre hükümsüz bulunur ise” şeklinde düzenlenmiştir.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olarak iç hukuk düzenlememiz olan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)<sup>3</sup> m. 62(1) (a) “tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış” ise diyerek, tahkim sözleşmesi/şartının yokluğunu ve ayrıca m. 62 (1) (e) ile de “tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise” diyerek, tahkim sözleşmesinin geçersizliğini bir tanıma/tenfiz engeli saymıştır.

<sup>1</sup> Tahkimin hukuki niteliği ile ilgili teorilerle ilgili bkz. ÖZEL, Sibel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 66 vd.

<sup>2</sup> Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi RG. 25.09.1991-21002.

<sup>3</sup> RG. 12.12.2007-26728.

Dolayısıyla 1958 New York Sözleşmesi kapsamındaki yabancı hakem kararlarının tenfizinde yazılı olarak yapılması gereken tahkim sözleşmesinin ehil taraflarca esastan geçerli bir sözleşme olarak kurulması önemlidir. Tahkim sözleşmesinin bu unsurlarından biriyle sakatlanması hakem kararının tanınması/tenfizini, davalının bu yönde bir itirazıyla engelleyecektir.

New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlet ülkesinde verilen hakem kararlarının tanınması/tenfizi ise MÖHUK hükümlerine göre gerçekleşecektir<sup>4</sup>. MÖHUK'daki şartlar New York Sözleşmesi ile paralellik arz etmektedir<sup>5</sup>. Ancak New York Sözleşmesinde açıkça vurgulanan taraf ehliyeti meselesi MÖHUK'ta tenfiz kuralları içinde yer almamıştır.

Tahkim anlaşmasının yokluğu ya da geçersizliği tahkim yargılaması sırasında, hakem kararının iptali aşamasında ileri sürülebilecektir. Tenfiz aşamasında bu hususun ileri sürülmesinin iyi niyete aykırılık teşkil edip etmediğinin cevaplanması gerekmektedir.

New York Sözleşmesi ve MÖHUK tahkim sözleşmesinin geçersizliğini bir tenfiz engeli olarak açıkça düzenlemiş ve taraflara bunu ileri sürme hakkı vermiştir. Bununla birlikte tahkim yargılaması ya da iptal davası aşamasında bunu ileri sürmeyen taraf ilk kez tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ortaya koyarsa, bu hususun iyi niyete aykırı olup olmadığının ve tenfiz davasına etkisinin incelenmesi gerekmektedir.

Doktrin tahkim yargılaması sırasında tahkim sözleşmesi/şartının geçersizliği yönünde bir itirazda bulunmayan ve görev belgesini bu şekilde imzalayan davalının, tenfiz aşamasında karar aleyhine çıktığında bunu bir tenfiz engeli olarak ileri sürmesini iyi niyet kurallarına aykırılık kabul etmektedir<sup>6</sup>. Yine tahkim sözleşmesinin ifasına dönük davranışlarda bulunan yani tahkim heyetinden gelen tebligata cevap veren, hakemini seçen, tahkim heyetinin yetkisini kabul eden tarafın da tenfiz

<sup>4</sup> Bkz. AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2016, s. 424.

<sup>5</sup> AKINCI, s. 423; ŞANLI; Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s. 483.

<sup>6</sup> AKINCI, s. 122.

aşamasında tahkim sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi iyi niyete aykırılık olarak değerlendirilmektedir<sup>7</sup>.

Yargıtay 11. HD 09.04.2004 tarihli kararında davalı tarafın vekilinin tahkim sözleşmesi yapma konusunda özel yetkisinin bulunmadığı, bu nedenle tahkim sözleşmesinin geçerli olmadığına dair itirazın ilk defa tenfiz aşamasında yapılmış olmasını TMK m. 2'ye aykırı görmüştür<sup>8</sup>. Aynı şekilde Yargıtay 19. HD de 7.11.2002 tarihli kararında davalının kendisine gönderilen sayısız tahkim işlemi ve sözleşmesel yazışma karşısında suskun kalmasına rağmen, tenfiz aşamasında tahkim şartının şirket yetkilisi tarafından yapılmadığını ileri sürmesini dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur<sup>9</sup>. Ancak bu hususun Yargıtay'ın tüm kararlarında istisnasız benimsendiğini söylemek mümkün değildir. Muhtemelen davacı tarafın bu yönde bir itirazı olmaması nedeniyle tenfiz davasının davalısının tahkim anlaşmasının geçersizliğini tahkim yargılamasında yapıp yapmadığı meselesinin incelenmediği kararlar da mevcuttur. Bir kararında Yargıtay tarafların Londra Tahkim Mahkemesini kararlaştırdığı ancak Paris merkezli UTO'nun (ICC) kendini yetkili görüp hakem kararını verdiği bir olayda tenfiz aşamasında yapılan UTO'nun yetkilendirilmediği itirazını kabul etmiş ve UTO tahkim yargılamasında bu

<sup>7</sup> ŞANLI, s. 427. Mahkeme kararları için bkz. Id. s. 427 dn. 511. Ancak maddi hukuk sözleşmesine dönük ifa ile tahkim sözleşmesinin ifasına dönük davranışlar birbiriyle karıştırılmamalıdır. Tahkim şartı esas sözleşmenin bir hükmü olarak düzenlense de iki sözleşme birbirinden bağımsızdır. Esas sözleşmenin ifasına dönük hareketler bundan bağımsız bir sözleşme olan tahkim sözleşmesinin de ifası anlamına gelmez. İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi 27.11.1988 tarihli kararında taşıma sözleşmesinin tahkimle ilgili 43. maddesi hariç diğer maddelerine davacı tarafça itiraz edilmemiş ve fiilen uygulanmış olmasını sözleşmenin bütünü açısından kabul ederek tahkim şartını da ifa sebebiyle geçerli saymış ve tahkim sözleşmesinin geçersizliği iddiasını iyi niyete aykırı görmüştür. Temel sözleşme ifa nedeniyle geçerli olmasına rağmen tahkim sözleşmesinin ifa hareketleri yapılmadığı sürece geçerli olmadığı ve bu durumun iyi niyete aykırılık teşkil etmediği yönünde bkz. ŞANLI, s. 426-427.

<sup>8</sup> Yargıtay 11. HD. 09.04.2004 T, 2003/6774 E, 2004/3751 K sayılı kararı. Bkz. ŞANLI, s. 428-429.

<sup>9</sup> Yargıtay 19.HD. 7.11.2002 T, 2002/2249 E, 2002/7219 K sayılı kararı. Bkz. ŞANLI, s. 427-428.

itirazın yapılıp yapılmadığını, tarafların UTO'nun yetkisini kabul edip etmediğini araştırmamıştır<sup>10</sup>.

Tahkim sözleşmesinin geçerliliği şekil, taraf ehliyeti ve esastan geçerlilik açısından ele alınmalıdır. Bu hususlardan birinin sakatlığı verilen hakem kararının tenfizini engelleyecektir.

## II. Tahkim Sözleşmesinin Şeklen Geçerliliği

1958 tarihli New York Sözleşmesi tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliğine uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı yerine maddi milletlerarası özel hukuk normu getirmiştir. Madde II'ye göre tahkim anlaşması yazılı olarak yapılmalıdır. Yazılılıktan anlaşılması gereken karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye derc edilmiş bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesidir. Genel kabul gören görüş tahkim anlaşmasının yazılı olması şartının imza zorunluluğunu içermemesidir<sup>11</sup>.

Her ne kadar New York Sözleşmesi'nde yazılı anlaşmaya vurgu yapılmışsa da modern tahkim kanunlarında bu vurgudan vazgeçilmiş ve anlaşmanın bir şekilde yazılı bir belge ile açıklanması yeterli görülmüştür<sup>12</sup>. Buna göre yazılılık şartı imzalı metinler dışında, teati edilen mektup, elektronik posta gibi her çeşit telekomünikasyon ortamını ihtiva etmektedir. Bu örnekler sınırlayıcı değildir ve gelecekteki iletişim araçlarının tümünü kapsamaktadır. Önemli olan anlaşmanın yazılı kayıt verebilecek durumda olmasıdır<sup>13</sup>.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu dahil modern milletlerarası tahkim kanunları tahkim sözleşmelerinin şekli geçerliliğinde New York Sözleşmesi'nin ötesinde bir düzenleme yapmışlardır. TMTK m. 4/2'ye göre "...dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş"

<sup>10</sup> Yargıtay 19. HD. 7.06.2011 T, 2011/4149 E, 2011/7619 K sayılı karar (www.kazanci.com (20.09.2016).

<sup>11</sup> REDFERN, Alan/HUNTER, Martin: Law and Practice of International Commercial Arbitration, London Sweet&Maxwell, 2003, s. 141.

<sup>12</sup> Id. s. 142.

<sup>13</sup> ÖZEL, s. 63. UNCITRAL Model Kanun ve Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu yanında diğer milli tahkim kanunlarında konunun nasıl ele düzenlendiği konusunda bkz. ÖZEL, s. 62 vd.

olması yeterlidir. Buna göre davacı tahkim yargılamasını başlatıp dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasından bahsetmiş ve davalı da cevap dilekçesinde buna itiraz etmemiş ise tahkim anlaşmasının yazılılık şartı gerçekleşmiş sayılır. Ancak New York Sözleşmesi maddi kural olarak m. 2’de bu hususa değinmediği için tenfizi istenen hakem kararı davalının dava dilekçesinde varlığı iddia edilen tahkim sözleşmesine itiraz etmemesi neticesi verilmişse bu hakem kararının tenfizi aşamasında, m. 2’ye göre tahkim sözleşmesinin olmadığına iddia edilebileceği öne sürülmüştür<sup>14</sup>. Ancak yukarıda belirtildiği üzere tahkim yargılamasında ileri sürülmemeyen tahkim sözleşmesine ilişkin itirazın tenfiz aşamasında ileri sürülmesi iyi niyete aykırı kabul edilmekte ve hukuken korunmamaktadır. Diğer yandan New York Sözleşmesi m. VII (1) tenfiz ülkesindeki daha müsait hükümler dairesinde hakem kararının tenfize imkân tanımaktadır. MÖHUK’daki hakem kararlarının tenfizi şartları tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliğine ilişkin bir hüküm getirmemektedir. Tahkim sözleşmesinin yokluğu bir tenfiz engelidir. Tahkim yeri hukukuna göre itiraz edilmeyen dava dilekçesinde belirtilen yazılı tahkim sözleşmesine binaen hakem kararı verilmişse benzer şartı öngören Türkiye’de de hakem kararının tenfize engel teşkil eden bir durum olmayacaktır.

Tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması koşulu bazı özel durumların bu bağlamda ele alınmasını gerektirmektedir. Bunlardan ilki genel işlem şartlarına yapılan atıftır. Taraflar yaptıkları bir sözleşmede genel şartlar kategorisinde yer alan kurallara atıf yapmışlarsa (örneğin GAFTA’nın 100 nolu genel şartları) bu şartlar sözleşmenin bir parçası haline gelir ve o şartlarda yer alan tahkim klotu da sözleşmenin bir parçası olarak yazılılık koşulunu yerine getirmiş olur<sup>15</sup>.

Diğer bir özel durum konişmentoyu ciro yoluyla devralan hamilin, taşıyan ile taşıtan arasında yapılan taşıma sözleşmesi (charter party) içinde yer alan tahkim şartı ile bağlı olup olmadığı hususudur. Burada ciro edilen konişmento charter party şartlarına atıf yapmakta ve konişmento hamili de ciro etmekle atıf yapılan yazılı tahkim sözleşmesindeki tahkim şartının tarafı haline gelmektedir<sup>16</sup>. Dolayısıyla atıf

<sup>14</sup> AKINCI, s. 122.

<sup>15</sup> ÖZEL, s. 64.

<sup>16</sup> Türk, Alman ve İngiliz hukuklarındaki konişmento-charter party ilişkisi için bkz. ÖZEL, s. 64 vd.

yoluyla esas sözleşmenin parçası haline gelen yazılı belgede yer alan tahkim şartı tahkim sözleşmesinin yazılı olması yönündeki zorunluluğu yerine getirmektedir. Bu özel durumların taraf iradesi (tahkime rıza) açısından değerlendirilmesi şekil meselesinin dışında tahkimin esastan geçerliliğine uygulanacak hukuka göre incelenecektir.

### III. Tahkim Sözleşmesinin Taraflarının Ehliyetsizliği

#### A. Tahkim sözleşmesi yapma ehliyeti

Tahkim sözleşmesi usuli sonuçları olan bir maddi hukuk sözleşmesi olduğu için bütün sözleşmelerde olduğu gibi tarafların sözleşme yapma ehliyetini haiz olması gerekmektedir. Ehliyetsiz tarafın yaptığı sözleşme hukuken geçersizdir ve bu geçersizlik yabancı hakem kararlarının tanınması/tenfizinde bir engel olarak 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nde yerini almıştır<sup>17</sup>.

1958 New York Sözleşmesi'ne göre ehliyete uygulanacak olan hukuk tarafların haklarında uygulanması gereken hukuktur. Bu hukuk tenfiz hâkiminin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir<sup>18</sup>.

#### 1. Gerçek kişiler

Yabancı hakem kararlarının tanınması/tenfizi davası Türkiye'de açıldığında tahkim sözleşmesi yapan gerçek kişilerin ehliyetine uygulanacak olan hukuk MÖHUK m. 9(1)'e göre belirlenecektir. Buna göre gerçek kişinin hak ve fiil ehliyeti onların milli hukukuna göre belirlenecektir. Ancak m. 9(2) işlem güvenliği ilkesi nedeniyle milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişinin işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil olması halinde, yaptığı sözleşme ile bağlı olduğunu kabul etmiştir<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> MÖHUK da aynı yönde bir tenfiz engeli yer almamaktadır.

<sup>18</sup> ÖZEL, S. 68; ŞANLI, s. 412; LEW, Julian/MISTELIS, Loukas/KRÖLL, Stefan: Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, s. 117-118; JAHNG, Yong-Beum/KIM, Ryull: "The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Korea: With Focus on the US Matters" 15 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 567 (2015) s. 590. Tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafının esas alınması gerektiği görüşü için bkz. AKINCI, s. 372.

<sup>19</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2015, s. 222 vd; TEKİNALP, Gülören/UYANIK, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağ-

Dolayısıyla milli hukukuna göre tahkim sözleşmesi yapma ehliyeti olmayan veya ehliyetsiz olmasına rağmen tahkim sözleşmesinin yapıldığı ülke hukukuna göre de ehil olmadığı için işlem güvenliği ilkesinin sözkonusu olmadığı durumlarda tahkim sözleşmesi hukuken geçersiz olacak ve buna binaen verilen hakem kararlarının tanıma/tenfizine de itiraz etme imkânı olacaktır.

## 2. Şirketler

Milletlerarası tahkimde tahkim sözleşmesinin tüzel kişi olan tarafı ticari şirket olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu şirketlerin ehliyetine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 9(4) uyarınca tüzel kişilerin statülerindeki idare merkezi hukukudur<sup>20</sup>. Ancak fiili idare merkezi Türkiye’de ise Türk hukuku uygulanabilir.

Dolayısıyla şirketlerin statülerinde idare merkezi olarak gösterilen yer hukukuna göre hak ve fiil ehliyetleri belirlenecektir. Tüzel kişilerin sözleşme yapma ehliyeti meselesi gerçek kişilerden farklı olarak sadece fiil ehliyetini değil, hak ehliyeti meselesini de içermektedir. Bu itibarla bir şirketin yapmış olduğu tahkim sözleşmesinde öncelikle böyle bir şirketin hukuken var olup olmadığı (hak ehliyeti) ve ardından şirketi temsil yetkisine sahip kişilerin şirket adına tahkim sözleşmesi yapıp yapamayacağı (fiil ehliyeti) meselesinin incelenmesi gerekmektedir<sup>21</sup>. Her iki ehliyet için de statüdeki idare merkezi hukuku yetkili-

---

lama Kuralları, İstanbul 2016, s. 65 vd; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2016, s. 209 vd; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2016, s. 110 vd.

<sup>20</sup> Tüzel kişilerin ehliyetinde kuruluş yeri ve idare merkezi teorilerinin birlikte ele alınması konusunda bkz. OZEL, s. 69. Avrupa Birliği hukuku açısından bkz. OZEL, Sibel: “Avrupa Birliği’nde Şirketlerin Yerleşim Serbestisinin Lex Societis ile Olan İlişkisi” Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi no. 5, s. 905 vd.

<sup>21</sup> Yargıtay 11. HD 07.11.1989 T, 1990/2931 E, 1991/6828 K sayılı kararında müzakerelerin “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. Tic. AŞ” ile yapıldığı bir tahkim sözleşmesinde imzanın onun temsile yetkili olmayan “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. ve Ticaret Limited Şirketi” tarafından atılmış olması karşısında tenfiz davasını husumet yönünden reddetmiştir. Nakleden ŞANLI, s. 414. Aynı şekilde tenfiz konu bir hakem kararında tahkim sözleşmesindeki imzanın davalı şirket temsilcisi Osman Yıldırım’ya ait olmadığına saptanması üzerine geçerli bir tahkim şartı olmadığı gerekçesiyle tenfiz talebi reddedilmiştir. Yargıtay



dir. Ancak MÖHUK m. 9(4)'ün getirdiği tek taraflı bağlama kuralı gereği fiili idare merkezinin Türkiye olması halinde hâkim ehliyetle ilgili ihtilafları Türk hukukuna göre çözümleyebilir.

Şirketlerin hak ehliyeti meselesinde uygulanacak hukuk ultra vires teorisini kabul etmekte ise, şirketler ancak şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuu çerçevesinde işlem yapabilecektir. Şirket işletme mevzuu dışında bir konuda sözleşme yapar ve bu sözleşmeye tahkim şartı koyarsa, ehliyetsizlik sebebiyle tahkim sözleşmesinin bağlayıcı olmadığı iddia edilebilir<sup>22</sup>.

### 3. Devlet ya da devlet kuruluşları

Ehliyet meselesinde en problemlili konulardan biri tahkim sözleşmesinin bir tarafının devlet ya da devlet kuruluşu olması halinde, bu tarafın kendi hukukuna dayanarak ehliyetsiz olduğu ve bu nedenle tahkim sözleşmesiyle bağlı olmadığı iddiasıdır<sup>23</sup>. Devlet ya da kamu kuruluşunun tahkim sözleşmesi yapma imkânı tümüyle yasaklanabileceği gibi ancak bazı makamların onayı ile ya da belli kategori devlet memurlarınca yapıldığı takdirde geçerli olacağı kararlaştırılmış olabilir<sup>24</sup>.

New York Sözleşmesi'nde belirtildiği üzere ehliyet tarafa uygulanan hukuka göre belirlendiği için tahkim sözleşmesi yapma ehliyeti olmadığını ileri süren devlet veya devlet kuruluşu bizzat kendi hukukuna dayanmaktadır. Bir devletin kendi hukukuna göre tahkim sözleşmesi yapamayacağı iddiası, tahkimde yargı muafiyeti kavramından sonra ele alınması gereken bir meseledir. Zira milletlerarası hukukta devletin yargı muafiyeti bir egemen devletin bir başka ülke mahkemesinde yargılanmasına belli koşullarda engel olmaktadır<sup>25</sup>. Ancak modern hukuk

19. HD. 15.11.1995 T, 9108/9685 Nakleden ERTEKİN, Erol/KARATAŞ, İzzet: Uygulamada İhtiyati Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Ankara 1997, s. 510-514.

<sup>22</sup> REDFERN/HUNTER, s. 145-146.

<sup>23</sup> Bkz. REDFERN/HUNTER, s. 146.

<sup>24</sup> CHUCKWUMERİJE, Okezie: Choice of Law in International Commercial Arbitration, Greenwood Publishing Group. 1994, s. 41.

<sup>25</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDÜZ, Aslan: Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1984, s. 176 vd.

sistemleri tahkim sözleşmesi yapan bir devletin tahkim yargılamasında yargı bağımsızlığı iddiasında bulunamayacağını kabul etmektedir<sup>26</sup>.

Devlet tahkim sözleşmesini imzalayan kişinin devlet adına bağlayıcı bir tahkim sözleşmesi yapma hakkı olmadığını ya da kendi hukukuna göre belli makamların onayı olmadığını ileri sürerse, tahkim sözleşmesi hukuken geçersiz olacak, dolayısıyla da devletin yargı bağımsızlığı devam edecektir<sup>27</sup>.

Devlet ya da devlet kuruluşlarının tahkim sözleşmesi yapma ehliyetine sözkonusu devletin kendi hukukunun uygulanması ve buna göre ehliyetsizlik sebebiyle tahkim sözleşmesinin geçersizliği iddiası, ehliyetle uygulanacak hukukun lex arbitri olması gerektiği yönünde görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır<sup>28</sup>.

Bu yaklaşım İsviçre DÖHK<sup>29</sup> m. 177(2) hükmüyle kanunlaşmıştır. Buna göre “bir devlet ya da devlet tarafından kontrol edilen bir kurum ya da organizasyonun taraf olduğu tahkim sözleşmesinde devlet ya da devlet kuruluşu kendi hukukuna dayanarak tahkim sözleşmesine taraf olma ehliyeti olmadığını ya da uyuşmazlığın tahkim sözleşmesi kapsamına girmediğini ileri süremez”. Böylelikle devlet ya da devlet kontrolündeki bir kuruluşun tahkim sözleşmesi yapma ehliyetine, ehliyetle ilgili genel hükümleri düzenleyen İDÖHK m. 154-155 uygulan-

<sup>26</sup> Bkz. ÖZEL, Sibel: “Devletin Özel Kişilerle Yapmış Olduğu Tahkim Sözleşmesi ve Yargı Bağımsızlığı” İBD, c. 65 (1991) s. 906-907; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: “Devletin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü” MHB, Yıl: 22/Sayı: 2/2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s. 556 vd; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 745 vd; RUBINO-SAMMARTANO, Mauro: International Arbitration Law and Practice, Kluwer Law International 2001, s. 278 vd.

<sup>27</sup> Mısır devleti ile SPP arasında Mısır hukukuna göre tahkim sözleşmesi olmadığı yönünde verilen Fransız mahkeme kararı için bkz. ÖZEL (yargı bağımsızlığı) s. 906-907.

<sup>28</sup> Devletin kendi hukukuna dayanarak tahkim sözleşmesi yapma ehliyetinin olmadığını ileri sürmesinin milletlerarası kamu düzenini bozduğu yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 737.

<sup>29</sup> İngilizce metin için bkz. Swiss-American Chamber of Commerce: Swiss Federal Act on International Private Law, English Translation of Official Text, Zurich, 1989.

mayacak; yabancı devlet ya da devlet kuruluşları kendi kanunlarına göre ehliyetsiz bile olsa İsviçre’de tahkim sözleşmesi ile bağlı olacaktır<sup>30</sup>.

İsviçre düzenlemesi devletin veya devlet kuruluşlarının tahkim sözleşmesi yapma ehliyetini sübjektif tahkime elverişlilik kapsamında ele alarak meseleyi *lex fori*’ye dahil etmiştir. Dolayısıyla tahkim yerinin İsviçre olduğu bir tahkim prosedüründe hem hakemler hem de İsviçre mahkemeleri devlet ya da devlet kuruluşlarının tahkim sözleşmesi yapma konusunda kendi hukuklarında mevcut ehliyetsizlik sebeplerinden etkilenmeden tahkim sözleşmesi yapma ehliyetleri olduğunu kabul edip, tahkim sözleşmesiyle bağlı oldukları sonucuna varacaktır<sup>31</sup>.

İsviçre’de verilen bir hakem kararı Türkiye’de tenfiz edilmek istendiğinde, aleyhine tenfiz istenen devlet ya da devlet kuruluşu New York Sözleşmesi m. V(a)’ya göre ehliyetsizlik gerekçesiyle tenfize itiraz edecektir. Burada ehliyete uygulanacak olan hukuku Türk hâkiminin kanunlar ihtilafı kuralları gereği (MÖHUK m. 9) yabancı devlet hukuku olduğundan, o hukuka göre ehliyetsizlik sebepleri dikkate alınacak ve tahkim sözleşmesi geçersiz olduğundan tenfiz talebi reddedilecektir<sup>32</sup>.

#### IV. Temsilci Aracılığı ile Yapılan Tahkim Sözleşmesinde Temsilcinin Tahkim Sözleşmesi Yapma Yetkisi

Tahkim sözleşmesi taraflardan birinin 3. kişi konumunda olan temsilcisi aracılığı ile yapıldığında<sup>33</sup> bu temsilcinin tahkim sözleşmesinin diğer tarafı ile adına sözleşme yaptığı taraf arasında bağlayıcı bir tahkim sözleşmesi kurma yetkisinin olup olmadığı hususunun da ayrıca

<sup>30</sup> ABDULLA, Zina: “The Arbitration Agreement” in *International Arbitration in Switzerland* ed. By Gabrielle Kaufman-Kohler&Blaise Stucki, Kluwer Law International 2004, s. 24; ÖZEL, s. 74.

<sup>31</sup> Ayrıntılı değerlendirme için bkz. ÖZEL, s. 74.

<sup>32</sup> Hakem kararı New York Sözleşmesi’ne taraf olmayan bir ülkede verilirse tenfiz talebi MOHUK şartlarına göre incelenecektir. Karar İsviçre düzenlemesine benzer bir hükmü esas alan bir ülkede verilirse, MOHUK m. 62 tahkim sözleşmesinin taraflarının ehliyeti ile ilgili tenfiz engeli getirmediği için, hakem kararı tenfiz edilebilecektir.

<sup>33</sup> Tüzel kişiyi temsil eden kişinin yapmış olduğu tahkim sözleşmesinde bu kişinin gerçekte tüzel kişiyi temsil yetkisinin olup olmaması tüzel kişinin fiil ehliyeti ile ilgilidir. Üçüncü kişi temsilci ise tüzel kişinin yetkili organı olmayan dışarıdan bir kişinin tüzel kişi adına tahkim sözleşmesi yapmasını ifade etmektedir.

incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda özellikle avukatların tahkim sözleşmesi yapmalarına imkân veren özel yetkiyle donatılıp donatılmadıklarının tahkim sözleşmesinin geçerliliği üzerindeki etkisi bir vasıflandırma sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bazı hukuklarda avukatın tahkim sözleşmesi yapması için özel yetki aranmazken<sup>34</sup>, Türkiye<sup>35</sup> dahil bazı hukuk sistemleri avukatın özel bir yetkiyle donatılmasını tahkim sözleşmesi yapabilmesi için zorunlu kabul etmektedir<sup>36</sup>. Temsilci aracılığıyla yapılan tahkim sözleşmesinde temsilcinin yetkisi meselesindeki vasıflandırma farklılıkları, tahkim sözleşmesinin bu bağlamdaki geçerliliğine uygulanacak hukukun da farklı olmasına yol açacaktır.

Doktrinde bir görüş temsilcinin temsil olunan adına tahkim sözleşmesi yapma yetkisini tahkim sözleşmesinin esasına ait bir mesele olarak vasıflandırmaktadır. Temsil olunanın temsilciye tahkim anlaşması yapma yönünde özel bir yetki vermemiş olması taraf iradesiyle ilgilidir ve irade sakatlıklarına uygulanacak hukuk temsil yetkisi için de uygulanmalıdır<sup>37</sup>.

Diğer bir görüş ise New York Sözleşmesi'nin V. Maddesinde kullanılan "incapacity-ehliyetsizlik" teriminin tahkim sözleşmesini imzalayan kişinin tahkim anlaşmasının tarafını temsil yetkisine sahip olmama ihtilafını da kapsadığını ileri sürerek, temsilcinin özel yetkiye sahip olmamasını da V. Madde anlamında tenfiz reddi saymakta, dolayısıyla meseleyi taraf ehliyeti başlığı altında vasıflandırmaktadır<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Örneğin İngiliz, Hollanda, İsviçre, Amerikan hukuklarında avukatın tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel bir yetki ile donatılması gerekli değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 75-76.

<sup>35</sup> Türk BK m. 388/III'e göre "Hususi bir selahiyeti haiz olmadıkça vekil dava ikame edemez. Sulh olamaz, tahkim edemez. Kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlayamaz, bir gayrimenkulü temlik veya hak ile takyit edemez". Aynı şekilde HMK m. 74'e göre avukatın tahkim sözleşmesi yapabilmesi için kendisine özel yetki verilmesi gerekir.

<sup>36</sup> Örneğin İtalyan, İspanyol, İsveç hukuklarında avukatın tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetkiye sahip olması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 76.

<sup>37</sup> ESEN, Emre: "Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 tarihli Yargıtay HGK Kararı" MHB, Yıl: 23/Sayı: 1-2/2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 386-387, 401. (Yetkisiz Temsilci)

<sup>38</sup> AKINCI, s. 372. Müellifin atf yaptığı ABDULLA'ya göre ehliyet kavramı iki hususu bünyesinde barındırmaktadır: Bir yanda tahkim sözleşmesinin tarafı olan

Kanaatimizce temsilcinin tahkim sözleşmesi yapma konusunda özel yetkiye sahip olup olmaması temsil statüsü olarak vasıflandırılmadır<sup>39</sup>. Buradaki mesele temsilcinin, temsil olunan adına bağlayıcı bir sözleşme yapıp yapamayacağı meselesidir. Bu itibarla taraf ehliyeti ya da sözleşmenin esastan geçerliliği ile ilgili bir husus değildir.

MÖHUK m. 30(2) temsil yetkisi ile ilgili özel bir bağlama kuralı getirmiştir. Buna göre “Temsilcinin bir fiilin temsil olunanı üçüncü bir kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyerinin bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanır”.

Dolayısıyla Türkiye’de işyeri olan bir avukat müvekkili kim olursa olsun tahkim sözleşmesi yapmak için BK m. 388/III uyarınca özel bir yetkiye sahip olmalıdır. Buna karşılık Türk şirketi işyeri İngiltere’de olan bir avukat aracılığıyla tahkim sözleşmesi yaparsa, İngiliz avukatın tahkim sözleşmesi yapma yetkisi işyeri olan İngiliz hukukuna tâbidir ve İngiliz hukukunda özel bir yetki aranmadığı için Türk şirketi adına sözleşme yapma yetkisi alan İngiliz avukat bu sözleşmeye, vekâletnamesinde özel bir yetki olmasa da tahkim şartı koyabilir. Ancak İngiliz avukat temsil yetkisini bilfiil Türkiye’de kullanır ve müvekkili adına sözleşmeyi Türkiye’de imzalarsa, tahkim şartı için özel yetki ile donatılması gerekir.

Yargıtay HGK’nun karara bağladığı bir olayda<sup>40</sup> taraflar ekmeklik buğday alımı konusunda yaptıkları anlaşmaya GAFTA hakemliği şar-

---

kişinin ehliyeti; diğer yanda tahkim sözleşmesini başkası adına yapan kişinin ehliyeti (s. 24). Bununla birlikte müellif başkası adına tahkim sözleşmesi yapan kişinin ehliyetine, adına sözleşme yaptığı tarafın ehliyetine uygulanacak hukukun uygulanacağı sonucunu çıkarmamaktadır. Dolayısıyla temsilcinin özel yetkiye sahip olup olmaması meselesini “temsilci ehliyeti” olarak adlandırmak taraf ehliyetine uygulanacak hukukun temsilci yetkisine de uygulanacağı anlamına gelmemektedir. New York Sözleşmesi haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsizlikten bahsettiği için temsilcinin yetkisi bu başlık altında ele alındığında da temsil yetkisinin tâbi olduğu hukukun tespiti gerekmektedir.

<sup>39</sup> Aynı yönde bkz. ŞANLI, s. 412.

<sup>40</sup> HGK, 11.10.2000, 2000/19-1122 E, 2000/1256 K. İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Yıl: 42, Mayıs 2002, Sayı: 497; s. 1079.

tı koymuştur. Uyuşmazlık sonucu GAFTA tarafından verilen hakem kararının Türkiye’de tenfizi talebinde davalı diğer tenfiz itirazları yanında tahkim sözleşmesinin yetkisiz temsilci tarafından imzalandığını ileri sürmüştür. HGK sözleşmeyi imzalayan MB’nin sözleşme ve tahkim şartını kabul etme yetkisinin bulunmadığını, bu konuda özel yetki verilmediğini, kamu düzeni nedeniyle BK m. 388/III’de özel yetki kuralı getirildiğini belirterek yabancı hakem kararının tenfizini reddetmiştir<sup>41</sup>.

Bu olayda Yargıtay HGK, BK. m. 388/III’ü doğrudan uygulamış, meselenin kanunlar ihtilafı yönünü görmemiştir<sup>42</sup>. BK. m. 388/III hükmü *lex causae*’nın Türk hukuku olduğu durumda uygulanacaktır. Dolayısıyla temsilcinin işyeri Türkiye’de ise veya temsil yetkisini fiilen Türkiye’de kullanıyorsa, tahkim sözleşmesi yapabilmesi için bu konuda özel yetkiye sahip olması gerekir. Ancak işyeri Türkiye değilse veya temsil yetkisini fiilen Türkiye dışında kullanmışsa artık BK m. 388/III hükmü uygulanma imkânına sahip değildir. Temsilcinin tahkim sözleşmesi yapma yetkisi temsilcinin işyeri veya temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı yer hukukuna göre belirlenmesi gerekir. Bu itibarla vekilin özel yetki olmadan tahkim sözleşmesi yaptığı hallerde BK m. 388/III hükmüne dayanarak tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu gerekçesiyle yabancı hakem kararlarının tenfizine engel olmak doğru değildir ve New York Sözleşmesi m. V(a) hükmü buna dayanak teşkil etmemektedir.

## V. Tahkim Sözleşmesinin Esastan Geçerliliği

Tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliği tarafların bağlayıcı olarak bir tahkim sözleşmesi yapıp yapmadıklarını belirleme amacı taşımaktadır. Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliğine uygulanacak olan hukuk temel olarak taraf iradelerinin geçerliliğine karar verecektir. Örneğin taraf iradesinin hata, hile, tehdit gibi etkenlerle sakatlanmasının sonucu esasa uygulanan hukuka göre saptanacaktır. Bunun yanında tahkim sözleşmesinin ifası (gecikme, imkânsızlık vs) taraflar ve uyuşmazlık açısından sözleşmenin kimleri ve hangi uyuşmazlıkları kapsadığı meseleleri de tahkimin esasına uygulanan hukuka göre çözümlenecektir<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Id, s. 1080.

<sup>42</sup> Yargıtay 19.HD. 21. 05.2007 T, 2007/380 E, 2007/5114 K sayılı kararında da BK m. 388/III hükmünü doğrudan uygulamıştır. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (20.09.2016).

<sup>43</sup> ABDULLA, s. 18; ÖZEL, s. 79.

Bu bağlamda tahkimin esastan geçersizliği ile tahkime elverişsizlik kavramlarının birbiriyle örtüşmediği de hatırlanmalıdır. Tahkime elverişli olmayan bir konuda yapılan tahkim anlaşması elbette geçersizdir ancak bu mesele milletlerarası tahkim hukukunda ayrıca ele alınmıştır. Dolayısıyla tahkime elverişsizliğe uygulanacak hukuk ile tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk farklıdır. Tahkim sözleşmesinin esastan geçersizliği yabancı hakem kararlarının tenfizi aşamasında da ayrı ve bağımsız bir bağlama noktası ile belirlenmiş, davalı tarafın ileri sürmesine bağlı bir tenfiz engeldir<sup>44</sup>.

New York Sözleşmesi tenfiz engelleri içinde tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliğini öncelikle tarafların seçtiği hukuka, böyle bir seçim yoksa hakem kararının verildiği yer hukukuna tâbi tutmuştur. Aynı düzenleme MÖHUK m. 62(e)'de de yer almıştır. Tahkim sözleşmesi usul hukuku sonuçları olan bir özel hukuk sözleşmesi olduğu için hukuk seçimi burada da kendini göstermektedir. Taraflar tahkim sözleşmesinin tâbi olacağı hukuku belirleme serbestisine sahiptir. Ancak tahkim sözleşmesinin temeldeki sözleşmeden bağımsız oluşu nedeniyle temel sözleşme için yapılan hukuk seçiminin tahkim sözleşmesi için de geçerli olduğu ileri sürülemez<sup>45</sup>.

Tarafların tahkim sözleşmesine uygulanmak üzere hukuk seçmelerini halinde, hakem kararının verildiği ülke hukukuna bakılacaktır. Hakem kararının verildiği yer tahkim yeri olarak belirlenen yerdir<sup>46</sup>. Somut olayda hakem kararının imzalandığı, taraflara gönderildiği yer belirlenen tahkim yerinden farklı ise bu yer kararın verildiği yer olarak dikkate alınmayacaktır<sup>47</sup>.

## 1. Taraf iradelerinin yorumu

Tahkim sözleşmesinin taraflarının tahkime gitme iradelerinin yorumu da tahkimin esastan geçerliliğine uygulanacak hukuka tâbidir.

<sup>44</sup> ÖZEL, s. 79.

<sup>45</sup> Uyuşmazlığın esası için yapılan hukuk seçiminin tahkim sözleşmesi için de esas alındığına ilişkin kararlar bulunmaktadır. Bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 120 dn. 69.

<sup>46</sup> CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 96.

<sup>47</sup> ÖZEL, s. 85.



Taraf iradelerinin belirsiz ve çelişkili olması durumunda tahkim anlaşması geçersiz olmaktadır<sup>48</sup>. Burada önemli olan tahkim anlaşmasının yorumunda esas alınacak siyasadır. Geçmişte mahkemelerin yargı yetkisini kısıtlayan tahkim anlaşmaları dar yorumlanarak uyuşmazlığın devlet yargısında görülmesini hedefleyen yorumlar tercih edilirken, günümüzde tahkime bakış değiştiği için tarafların tahkime gitme iradeleri daha geniş bir yorumla ele alınarak tahkim sözleşmesinin geçerliliği yönünde kararlar verilmektedir<sup>49</sup>.

Bununla birlikte yine de tahkim iradesinin açık ve net olması aranmaktadır. Örneğin uyuşmazlığın UTO (ICC)'ya götürüleceğine ilişkin şart, UTO'nun Paris'teki Uluslararası Ticaret Odası olarak anlaşılmasına rağmen, uyuşmazlığın UTO'nun tahkim kurallarıyla mı yoksa uzlaştırma veya diğer alternatif yöntemlerle mi çözülmesi gerektiği hususunda belirlilik ortaya koymadığı için geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz edilemeyecektir. Aynı şekilde UTO kurumsal tahkimine atıf yerine UTO'nun hakem olacağına ilişkin şartlar ya da tahkim veya devlet yargısına gitmenin alternatifli olacağına ilişkin klozlar da tahkim iradesini açık ve net olarak ortaya koymamaktadır<sup>50</sup>.

Türk Yargıtay'ı tarafların tahkim dışında kalan resmi yargı yollarını sözleşme ile kapatmış olmasını aramaktadır. Tahkim klozu yanında resmi mahkemelere başvurulacağını belirtmesi tahkim sözleşmesinin geçersizliği olarak yorumlanmaktadır<sup>51</sup>.

Yargıtay'a konu bir olayda taraflar arasında yapılan tedarik ve satın alım münhasır genel bayiiliği sözleşmesinde uyuşmazlıkların İngiliz kanunlarına göre İngiltere'deki Uluslararası Tahkim Mahkemesine götürüleceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Davacı taraf, davasını Londra'daki Uluslararası Tahkim Mahkemesi yerine merkezi Paris'te olan Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tahkim mahkemesine götürmüş ve UTO da kendisini yetkili sayarak hakem kararını vermiştir. Bu hakem kararının tenfizi davasında Yargıtay, Londra'da Uluslararası Tahkim Merkezi bulunup bulunmadığının araştırılmasını, var ise uyuş-

<sup>48</sup> LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 150.

<sup>49</sup> LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 150-151; ÖZEL, s. 86-87.

<sup>50</sup> REDFERN/HUNTER, s. 172-173,

<sup>51</sup> Kararlar için bkz. ŞANLI, s. 416 dn. 498.



mazlığın sözkonusu tahkim mahkemesinde çözümlenmesi gerektiğini karara bağlamıştır<sup>52</sup>.

İlk derece mahkemesi bozma kararına uymuş ve taraflar arasındaki uyumsuzluğa Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesinde bakılması gerektiğini ileri sürerek tenfiz davasının reddine karar vermiştir. Bu kararın temyizi üzerine, taraflar arasındaki sözleşmenin 10. Maddesinde yer alan tahkim kaydına dayanarak hakem kararının Londra’da verilmiş bulunması, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesinin uluslararası bir tahkim kurumu olması, bu tahkim kurumunun Paris’teki Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Merkezinden farklı bulunması nedeniyle temyiz itirazları reddedilmiş ve taraflar arasındaki sözleşmede Paris merkezli UTO, tahkim mahkemesi olarak kararlaştırılmadığı için ortada tarafların anlaşmasına uygun bir hakem mahkemesinden verilmiş bir karar olmadığı gerekçesiyle tenfiz talebi reddedilmiştir<sup>53</sup>.

## 2. Tahkim şartı içeren bir belgeye yapılan yollama halinde taraf iradelerinin yorumu

Yukarıda tahkim şartının yer aldığı bir metne yapılan atfın geçerli bir tahkim sözleşmesi kurulması için yeterli olup olmadığı meselesini tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliği açısından incelemiştik. Burada aynı meseleyi taraf iradesi açısından ele alacağız. Zira yollama yapılan metinde yer alan tahkim şartını bilmeyen taraf, tahkim sözleşmesine rızası olmadığını ileri sürebilir.

### aa. Genel işlem şartlarına yapılan yollama

Yollama yoluyla tahkim sözleşmesi yapılmasının en tipik örneği tahkim şartının yer aldığı genel işlem şartlarına yapılan atıftır. Temel sözleşmenin bir parçası ya da eki olduğu açıklanan genel işlem şartları içinde tahkim klozu varsa taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Yargıtay 19.HD. 15.09.2009 T, 2009/5703 E, 2009/825 K sayılı kararı (www.kazanci.com) (20.09.2016).

<sup>53</sup> Yargıtay 19. HD. 07.06.2011 T, 2011/4149 E, 2011/7619 K sayılı kararı (www.kazanci.com) (20.09.2016).

<sup>54</sup> ÖZEL, s. 9; ŞANLI, s. 417-418; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 142.

### bb. Konişmentodan charter party'e yapılan yollama

Deniz taşımacılığında taşıyan ile taşıtan arasında yapılan taşıma sözleşmesi (charter party) içinde yer alan tahkim şartına, malın temsil eden konişmentoda atıf yapıldığında, bu konişmentoyu ciro yoluyla devralan ve taşıma sözleşmesinin tarafı olmayan hamilin tahkim klozuyla bağlı olup olmadığı<sup>55</sup> meselesi de tahkim sözleşmesinin esasına uygulanan hukuka tâbidir<sup>56</sup>.

Türk hukukunda genel atıfların yeterli olmadığı, charter party'deki tahkim klozunun konişmento hamilini bağlaması için tahkim klozuna atıf yapılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Burada önemli olan hamilin konişmentoyu devraldığı anda tereddüde yer vermeyecek şekilde tahkim sözleşmesinin varlığını anlayabilmesidir<sup>58</sup>.

### cc. Alacağın temliki

Alacağın temliki halinde alacağı temellük edenin tahkim sözleşmesi ile bağlı olup olmadığına genel kabul gören görüş devralanın otomatik olarak tahkim sözleşmesinin tarafı olacağıdır<sup>59</sup>. Türk hukukunda da sözleşmede aksine hüküm yoksa temlik edenin şahsına özgü olanlar dışındaki bütün rüçhan hakları, fer'i haklar alacakla beraber temellük

<sup>55</sup> Ulusal hukukların konuyu düzenleyiş biçimleri için bkz. ÖZEL, s. 64 vd.

<sup>56</sup> ESEN, Emre: Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul 2008, s. 73.

<sup>57</sup> ŞANLI, Cemal: "Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu" MHB, Yıl: 22/Sayı: 2/2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 776 (Konşimentonun devri); ESEN, s. 171.

<sup>58</sup> ÜLGENER, Fehmi: "Konşimento ve Navlun Sözleşmesindeki Tahkim/Yetki Klozlarının Uygulanması ile ilgili Sorunlar" Deniz Hukuku Dergisi, Yıl:4, Sayı: 1-2/Mart-Haziran 1999, s. 74. Yargıtay kararları için bkz. Id, s. 61-63. Yargıtay kararlarına göre charter party'deki tahkim şartına yapılan atıf konşimento hamilinin tahkim sözleşmesi ile bağlı olması için yeterlidir. Tahkim sözleşmesi ile bağlı olmak istemeyen konşimento hamilinin konşimentoda tahkim şartına yapılan atfı çizerek ciro etmesi gerekmektedir (ÖZEL, s. 66). Yargıtay içtihatlarının eleştirisi için bkz. ESEN, s. 173.

<sup>59</sup> LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 147. Fransız içtihatları için bkz. ULUOCAK, Nihal: "Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temliki ile İntikali-Fransız İçtihadı" MHB, Yıl: 19-20/Sayı: 1-2/1999-2000, s. 993 vd.

edene geçer. Tahkim şartı da alacağın fer'ileri arasında yer aldığı için alacağın devri ile birlikte aksine hüküm yoksa tahkim şartı da temellük edene geçer<sup>60</sup>.

#### **dd. Grup şirket içinden yapılan tahkim sözleşmesinde tarafların belirlenmesi**

Milletlerarası tahkim uygulamasında tahkim şartının aynı grup içinde yer alan ve sözleşmeye imza atmayan ana şirket ve yavru şirketleri de kapsadığını kabul eden kararlar mevcuttur. Sözleşmenin hazırlanmasında, ifasında ana şirket ya da yavru şirket (hakim şirket ya da bağlı şirket) aktif rol oynamışsa, sözleşme o grubun içindeki tek bir şirketle değil, grubun kendisi ile yapılmış sayılmaktadır<sup>61</sup>. Grup şirketler doktrini bağlamında tahkim sözleşmesinde imzası olmayan grup içi şirketin tahkim sözleşmesi ile bağlı olup olmadığı meselesi de tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuka tabidir<sup>62</sup>

Grup şirketler doktrini ya da perdenin kaldırılması teorisi ile tahkim sözleşmesinde imzası olmayan aynı grup içindeki bir şirketin tahkim sözleşmesi ile bağlılığı Türk hukukunda kabul edilmemektedir<sup>63</sup>. Tüzel kişiliklerin hukuki ayrılığı ilkesinin sorumluluktan kurtulmak için bir araç olarak kullanılmasına dürüstlük kuralı ile engel olma çabası, tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiyi bu sözleşmeyle bağlı tutmak için yeterli görülmemektedir. Bu noktada tarafın tahkim iradesinin olmadığı kabul edilmektedir<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> ŞANLI (Konişmentonun devri) s. 782-783; ŞANLI, s. 430 vd. Bu noktada tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı ilkesi temellük edenin tahkim sözleşmesi ile bağlı olmadığını ileri sürmesine dayanak teşkil etmez. Zira tahkim şartı temel sözleşmeye ve bu sözleşmenin ekonomisine bağlıdır ve alacağın akıbetini takip eder. ULUOCAK, s. 996.

<sup>61</sup> LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 146. Grup şirketler doktrini ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ESEN, s. 98 vd. Ayrıca bkz. HANOTIAU, Bernard: "Groups of Companies in International Arbitration" in Pervasive Problems in International Arbitration ed. By Loukas A. Mistelis and Julian D.M Lew, Kluwer Law International 2006, s. 279 vd; BREKOULAKIS, Stavros: Third Parties in International Commercial Arbitration, Oxford University Press, 2010, s. 149 vd.

<sup>62</sup> BREKOULAKIS, s. 165.

<sup>63</sup> ESEN, s. 101.

<sup>64</sup> ŞANLI, s. 433-435; ŞANLI (Konişmentonun devri) s. 786-787; ESEN, s. 336.

Grup içindeki bir şirketle yapılan tahkim anlaşmasının grup içindeki bir diğer şirketi bağlayıp bağlamayacağı hususu bir yorum meselesi olarak tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuka göre belirlenecektir<sup>65</sup>. Ancak milletlerarası tahkim uygulamasında tahkim şartının kapsadığı tarafların kimler olduğuna karar verme meselesinde çok farklı bağlama noktalarının esas alındığı görülmektedir<sup>66</sup>. Bununla birlikte pek çok kararda tahkim yeri hukukunun esas alındığı ve bu hukukun da tahkim sözleşmesinin esasına uygulanan hukuk olduğu saptanmıştır<sup>67</sup>.

Grup şirketler teorisinin uygulanmasıyla tahkim anlaşmasının tarafı olarak kabul edilmiş bir şirket, verilen hakem kararının tenfizi aşamasında New York Sözleşmesi'ndeki tenfiz engellerinden biri olan m. II anlamında yazılı tahkim anlaşmasının tarafı olmadığını ileri sürerek tenfize engel olabilecektir<sup>68</sup>.

### Sonuç

Tahkim prosedürü neticesinde verilen hakem kararı taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesine dayanmaktadır. Bu itibarla tahkim sözleşmesinin geçersiz olması verilen hakem kararının da tenfiz edilmesine engel olmaktadır. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi yabancı hakem kararlarının tenfizinde sözleşme yapmaya ehil olmayan kimselerce yapılan veya esastan geçersiz olan ya da yazılılık koşulunu yerine getirmeyen bir tahkim sözleşmesine binaen verilen hakem kararlarının tenfiz edilmeyeceğini açıkça belirlemiştir.

Aslında tahkim sözleşmesinin geçersizliği tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmektedir. Ancak hakemlerin o aşamada dikkate almadıkları iddialar tenfiz hâkiminin önüne getirildiğinde, hâkim sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukuka göre inceleme yapacaktır. Diğer yandan tahkim sözleşmesindeki sakatlık iddiası tahkim yargıla-

<sup>65</sup> ÖZEL, s. 94; ŞANLI (Konişmentonun devri) s. 787-788.

<sup>66</sup> Bkz. ÖZEL, s. 94.

<sup>67</sup> GRIGERA NAON, Horacio: "Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration" 289 Collected Courses, 9 (2001), s. 137, 142,153.

<sup>68</sup> ŞANLI (Konişmentonun devri) s. 788.

masında dillendirilmemiş ve ilk defa tenfiz aşamasında ileri sürülmüşse, Türk Yargıtay'ı bu hususu TMK m. 2'ye aykırı görmektedir.

Tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliği 1958 New York Sözleşmesinde maddi kanunlar ihtilafı normu olarak düzenlenmiştir. Madde II'ye göre tahkim sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır. Tahkim sözleşmesinin yazılı olma kuralı imza zorunluluğu anlamına gelmemektedir.

Tahkim sözleşmesinin taraf ehliyeti açısından geçerliliği ehliyete uygulanacak hukuka göre belirlenmektedir. Burada tenfiz hâkimi kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre tarafların ehil olup olmadığını inceleyecektir. Temsilci aracılığıyla yapılan tahkim sözleşmesinde temsilcinin tahkim sözleşmesi yapma konusunda özel bir yetkiye sahip olup olmaması meselesi temsil statüsü olarak vasıflandırılmalı ve buna göre uygulanacak hukuk belirlenmelidir.

Tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliği tarafların bağlayıcı bir tahkim sözleşmesi yapıp yapmadıklarını belirlemektedir. Taraf iradelelerinin hata, hile, tehdit gibi etkenlerle sakatlanıp sakatlanmadığı, uyumsuzluk açısından sözleşmenin kimleri ve hangi uyumsuzlukları kapsadığı meseleleri tahkimin esasına uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir. Tahkimin esastan geçerliliği ayrı ve bağımsız bir bağlama noktasına tâbidir. Tahkim sözleşmesi usul hukuku sonuçları olan bir özel hukuk sözleşmesi olduğu için taraflara hukuk seçme hakkı verilmiştir. Ancak tahkim sözleşmesinin temeldeki sözleşmeden bağımsız oluşu nedeniyle, temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk, tahkim sözleşmesinin esası için de seçilmiş kabul edilmez. Tahkim sözleşmesinin esası için hukuk seçiminin olmadığı her durumda, tahkim sözleşmesi hakem kararının verildiği ülke hukukuna tâbidir.