

^HULUSLARARASI TAHKİMDE “TAHKİM ANLAŞMASININ HÜKÜMSÜZ, TESİRSİZ VEYA İCRASININ İMKANSIZ OLMASI” KAVRAMLARI

*Arş. Gör. A. İpek SARIOZ BÜYÜKALP**

GİRİŞ

Bilindiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti, uyuşmazlıkların devlet yargısı dışındaki çözüm yolları arasında önemli bir yere sahip olan uluslararası ticari tahkimin gelişmesi amacıyla, yaklaşık 150 devletin imzalayarak yürürlüğe koyduğu, 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu’nu (“NYK”) 08.05.1991 tarihinde onaylayarak yürürlüğe koymuştur¹. Aynı amaçla, 21.06.2001 tarihli

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

¹ **Onay Belgelerinin Tarihi:** 08.05.1991; **Onay Belgelerinin Resmi Gazete (R.G.) Yayın Tarihi:** 21.05.1991; **Yürürlüğe Giriş Kararnamesinin Tarihi:** 15.08.1991; **Yürürlüğe Giriş Kararnamesinin R.G. Yayın Tarihi:** 25.09.1991, bkz. T.C. Dışişleri Bakanlığı resmi internet sitesi: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/ipek.sarioz/My%20Documents/Downloads/ok-yabanci%20hakem%20kararlari-3731.pdf> (erişim tarihi:02.12.2013).

NYK’nın yürürlüğe girmesinden önce yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (“MÖHUK”) 43 ilâ 45. maddelerinde yer alan hükümler çerçevesinde düzenlenmekteydi. Benzer hükümler 5718 sayılı MÖHUK’un 60 ilâ 62. maddelerinde yer almakta olup, NYK’nın uygulama alanına girmeyen yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bu hükümlere göre gerçekleştirilmektedir. Bununla beraber, uluslararası ticari hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde NYK’nın oldukça geniş uygulama alanı (âkit

ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu² (“MTK”) kabul edilmiş, böylece yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde uygulama alanı bulacak kurallara ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

Tahkime teşvik iradesi yalnızca uluslararası uyuşmazlıklarda değil, aynı zamanda yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklar açısından da kendisini göstermektedir. 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu³ (“HMK”) da 407 ve devamı maddelerinde ulusal (iç) tahkime ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

Konumuz açısından önem taşıyan hükümler, uluslararası ticari bir sözleşmede yer alan tahkim şartına rağmen bir tarafın uyuşmazlığı devlet yargısına götürmesi, diğer tarafın ise tahkim itirazında bulunması halinde,

devlet sayısının çokluğu) karşısında, MÖHUK’un ilgili hükümlerinin çok da fazla uygulanmadığını belirtmek gerekmektedir.

² R.G.: 05.07.2001; Sayı: 24453.

³ R.G.: 04.02.2011; Sayı: 27836. HMK’nın tahkim ile ilgili hükümlerinin uygulama alanını belirten 407. maddesi uyarınca “[tahkim kısmında yer alan] hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır”. HMK m.407 ile, MTK’nın “yabancılık unsuru” başlıklı 2. maddesine yapılan açık atıf, her iki kanunun uygulama alanı bakımından yapılan tartışmalara açıklık getirmektedir. Kanımızca HMK’nın bu hükmü, MTK’nın uygulama alanını açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre MTK, m.2 anlamında yabancılık unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya yine yabancılık unsuru içermekle beraber MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca uygulanmak üzere seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır. (m. 1/f. 2). Zaten bu yorum tarzı T.C. Anayasası’nın 125. maddesinde yer alan “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir*” şeklindeki ifade ile de uyumludur.

Diğer taraftan, kanımızca MTK m. 2 çerçevesinde yabancılık unsuru içeren bir tahkimde taraflar uygulanacak kurallar açısından HMK’daki hükümlere atıf yapabileceklerdir. Zira MTK’nın “tahkim yargılamasında uygulanacak kurallar” ile ilgili 8. maddesinde, “*tarafların, tahkim yargılamasına uygulanacak kuralları, MTK’nın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla serbestçe seçebilecekleri*” ifade edilmiştir. Bu hükümden çıkan sonuç uyarınca, taraflar, gerek HMK, gerekse başka yargılama kuralları seçmek suretiyle, tahkim yargılamasında uygulanacak kurallar konusunda MTK’nın emredici hükümlerinin çizdiği çerçeve içinde serbest olacaklardır.

mahkemenin uyuşmazlığın çözümünü “gerçek (yetkilendirilmiş) forum” a yani hakem heyetine bırakmasını düzenleyen hükümlerdir.

MTK’nın genel gerekçesinde, “Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan kanun örneği ve karşılaştırmalı uluslararası tahkim hukukundaki çağdaş anlayış, gelişme ve ilkelerin esas alındığı” belirtilmektedir⁴. Gerçekten de Kanun’un birçok maddesinde, UNCITRAL Model Kanunu’nun 1985 yılı düzenlemesindeki⁵ hükümlere yer verildiği görülmektedir. Buna ilaveten, HMK’nın iç tahkime ilişkin hükümleri açısından da Model Kanun’dan esinlendiği, böylece aslında MTK ve HMK’nın tahkim hükümlerinin birbirine -birkaç farklı nokta haricinde- uyumlu hale getirildiği görülmektedir.

Çalışmamızda öncelikle tahkim itirazı ile ilgili mevzuat incelenecektir. Daha sonra tahkim itirazının incelenmesi açısından MTK ve NYK’da yer alan hükümlerin uygulama alanları üzerinde durulacaktır. Son olarak, tahkim itirazı ile karşılaşan Türk hâkiminin inceleme konusu yapacağı “tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması” kavramları açıklanmaya çalışılacaktır.

I. TAHKİM İTİRAZINA İLİŞKİN MEVZUATIN İNCELENMESİ

MTK’nın 5. maddesi uyarınca “tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun [6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun] ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.”

Model Kanun’un 1985 yılı düzenlemesinin 8. maddesi uyarınca, “tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlık ile ilgili olarak kendisine başvurulmuş mahkeme, bir tarafın [davalının] en geç uyuşmazlığın

⁴ Bkz. MTK’nın genel gerekçesi: <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf> (erişim tarihi: 20.11.2013).

⁵ Bkz. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf (erişim tarihi: 20.11.2013).

esasına dair savunmalarının yer aldığı cevap dilekçesine kadar tahkim itirazında bulunması halinde, tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olduğunu tespit etmediği sürece, tarafları tahkime sevketmelidir.” Aynı hüküm, HMK’nın “tahkim itirazı” başlıklı 413. maddesinde yer almakta ve tahkim itirazının Türk Medeni Usul Hukuku anlamında bir “ilk itiraz” olarak kabul edildiği belirtilmektedir⁶. Bununla beraber, anılan bu hükme 15.08.2010 tarihinden itibaren geçerli olan UNCITRAL Model Kanunu’nun 2010 versiyonunda yer verilmediği görülmektedir⁷.

Yukarıda değinildiği üzere, UNCITRAL Model Kanunu’nu esas alan MTK, tahkim itirazını düzenleyen 5. maddesinde Model Kanun’dan ayrılmıştır. MTK m. 5’in gerekçesinde bu farklılığa ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Buna karşın, hakem heyetinin tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilmesine (*competence-competence* ilkesine) ilişkin MTK m. 7/H hükmü düzenlenirken, UNCITRAL Model Kanunu’nun 16. maddesi ile paralel bir hüküm kabul edilmiştir.

Diğer taraftan, MTK’nın 5. maddesinde yer verilmeyen ancak UNCITRAL Model Kanunu’nun (1985) 8. maddesinde yer alan ifadenin, NYK’nın tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin II. maddesinin 3. fıkrasında da düzenlendiğini belirtmek gerekmektedir. Buna göre, “*bir âkit devlet*

⁶ Türk Medeni Usul Hukuku açısından, MTK m. 5, HMK m. 116 ve ulusal tahkimde de HMK m. 413’ün açık düzenlemeleri karşısında, tahkim itirazının bir ilk itiraz olduğu çok açıktır (Hakan **Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Yetkin Yayınları, 2013, s. 542). Bu düzenlemelerden önce, tahkim itirazının teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp, sözleşmeye dayalı bir def’i olduğu yönündeki görüş ve Yargıtay kararları için bkz. Cevdet **Yavuz**, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, *MÜHF II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu*, 14 Şubat 2009, s. 165 vd.

⁷ Bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (erişim tarihi: 20.11.2013). Aşağıda tartışılacağı üzere, tahkim heyetinin kendi yetkisi hakkında karar vermesini (*competence-competence*) düzenleyen Model Kanun’un (2010) 23. maddesi, mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleme yetkisi ile ilgili hiçbir düzenlemeye yer vermemektedir. Anılan hüküm yalnızca, hakem heyetinin, yetkisi ile ilgili herhangi bir devlet mahkemesinde görülen yargılamadan bağımsız olarak tahkim yargılamasına devam edebileceğini ve karar verebileceğini düzenlemektedir (bkz. UNCITRAL Model Kanunu (1985) m. 8/f. 2).

mehkemesi, tarafların [II. maddenin] anladığı mânâda anlaşma akdettikleri bir meseleye taallük eden ihtilâfına vaziyed ettiği takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları birinin talebi üzerine hakemliğe sevkeder”.

Aynı şekilde, Türkiye'nin de taraf olduğu Uluslararası Ticari Tahkime Dair 1961 tarihli Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun⁸ VI. maddesinin 3. fıkrasında, “bir uyumsuzluk ile ilgili olarak devlet mahkemelerine başvurulmadan önce hakem heyetine başvurulmuşsa, tahkim anlaşmasının yokluğunun, geçersizliğinin veya hükümden düşmüş olup olmadığının tespiti için kendisine başvuru alan âkit devlet mahkemelerinin, ciddi sebepler olmadıkça, hakem heyetinin yetkisi konusunda karar vermeyi, hakem kararının verilmesine dek ertelemekle yükümlü oldukları” belirtilmektedir.

Görüldüğü üzere, gerek UNCITRAL Model Kanunu'nda (1985), gerekse HMK'da düzenlenen tahkim anlaşmasının geçersizliği ile ilgili mahkemece yapılacak incelemeye ilişkin hükmün temelinde NYK'da yer alan bu ifade bulunmaktadır. MTK'da yer almayan bu düzenlemenin ne anlama geldiğine, neden aynı ifadeye MTK'da yer verilmediğine, tahkim anlaşmasının “hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması”ndan ne anlaşılması gerektiğine, ilişkin açıklık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, tahkim anlaşmasının “hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması”na karar vermek konusunda mahkemelerin mi, hakem(ler)in mi yetkili olduğu hususunun ayrı bir tartışma konusu olduğunu belirtmek gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin MTK m. 5'in lafzı, konumuz ile yakın irtibatlı bu tartışmanın temelini oluşturmaktadır⁹.

⁸ European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961.

⁹ MTK m.5'in UNCITRAL Model Kanunu'na oranla yalnız sayılabilecek ifadesinin, özellikle MTK m. 7/H hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, aslında tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında hakem heyeti lehine yetki devri yaptığı, mahkemeye nazaran hakem heyetinin tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği hakkında öncelikli karar verme yetkisi olduğu düşünülebilirse de, bu sefer MTK'nın 1985 UNCITRAL Model Kanunu m. 8/f. 2'de yer alan ifadeyi neden hükme bağlamadığı sorusu ile karşılaşılacaktır. Zira, Model Kanun m. 8/f. 2 uyarınca, tahkim anlaşmasına konu bir uyumsuzluğun mahkeme önüne götürülmesi ve davanın derdest olması, hakem heyetinin yapacağı yargılamanın başlatılmasına, devamına ve hakem kararının verilmesine engel teşkil

Aynı şekilde, çalışmamız kapsamında olmamakla birlikte, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemenin, MTK'nın hakem kararının iptali sebeplerini düzenleyen 15. maddesi ve MTK'nın uygulama alanına girmeyen yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tanınması ve tenfizine ilişkin red sebeplerini düzenleyen NYK'nın V. maddesi üzerindeki etkisinin de tartışılması gerektiği açıktır¹⁰. Ancak bu sorun da, gerek doktriner

etmeyecektir. HMK'nın 413. maddesinde bu husus "*Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir*" şeklinde düzenlenmektedir. MTK'nın gerekçesinde, MTK'nın 5. maddesinde bu ifadeye neden yer verilmediğine, kanun koyucunun, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin mahkeme ve hakem heyeti nezdinde devam etmekte olan davaların derdestlik ilişkisinin düzenlenmesi konusunda neden suskun kaldığına ilişkin bir açıklama da yer almamaktadır. Bu hükmün MTK'da düzenlenmemiş olmasının hakem heyeti aleyhine bir durum yaratıp yaratmadığı da sorgulanması gereken bir husustur. Burada belki de İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İsv. MÖHK) ile ilgili bir hatırlatma yapmakta fayda vardır. 18.12.1987 tarihli İsv. MÖHK'da da MTK'da olduğu gibi tahkim yargılaması ile başka bir devlet veya tahkim mahkemesi nezdinde yürütülen paralel yargılamalar ile ilgili derdestlik ilişkisi düzenlenmemekteydi. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, 14.05.2001 tarihli Fomento kararında, (bkz. ATF 127 III 279; http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F127-III-279%3Afr; erişim tarihi: 25.12.2013) uyuşmazlığın esasına ilişkin davanın öncelikle yabancı mahkemede açılmış olması karşısında, " tarafları ve konusu aynı olan davanın yabancı bir ülke mahkemesinde önceden açılmış olması ve yabancı mahkemenin vereceği kararın İsviçre mahkemelerince tanınıp tenfiz edilebileceği kanaatine varması halinde, İsviçre mahkemelerinin davayı askıya almakla yükümlü olduğunu" düzenleyen İsv. MÖHK. m. 9/f. 1 hükmünü kıyasen uygulayarak İsviçre'de yürütülmüş tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının iptaline karar vermiştir. Federal Mahkeme'nin bu çok eleştirilen kararından sonra İsv. MÖHK m.186'ya yapılan ek ile (m.186/I bis), yabancı mahkeme veya tahkim yargılamalarının İsviçre'de yürütülen tahkim yargılamaları üzerinde, ciddi bir gerekçe var olmadığı sürece, hiçbir etki yaratmayacağı, İsviçre'deki tahkim yargılamasının askıya alınmayacağı düzenlenmiştir. Kararın incelemesi ve İsv. MÖHK m.186'ya yapılan ek düzenlemenin incelenmesi ile ilgili bkz. Domitille **Baizeau**, "Modification de l'article 186 de la LDIP Suisse: procédures parallèles et litispendance, clarification du législateur après la jurisprudence Fomento", (http://www.lalive.ch/data/publications/dab_Modification_de_l'article_186_de_la_LDIP_suisse_2007.pdf; erişim tarihi: 15.01.2014).

¹⁰ Örneğin, MTK'nın uygulama alanına giren bir tahkim anlaşması kapsamındaki uyuşmazlığın söz konusu olması ve fakat uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin önüne getirilmesi halinde, MTK m. 5 uyarınca mahkemenin tahkim anlaşmasını geçersiz sayarak

anlamda gerekse uygulama açısından derinlemesine tartışılması gereken ayrı bir husustur.

II. TAHKİM İTİRAZININ İNCELENMESİNDE MTK VE NYK'DA YER ALAN HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANLARI

A. Genel Olarak

MTK'nın 5. maddesinde yer verilmeyen, ancak UNCITRAL Model Kanunu'nda ve NYK'da yer alan “*tahkim anlaşmasının mahkemece hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız bulunması*” ifadesine pek çok ülkenin tahkim mevzuatında da rastlamak mümkündür. Örneğin 1996 yılında kabul edilen İngiliz Tahkim Kanunu'nun¹¹ 9. maddesinde, tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmesi halinde, tarafların mahkemeden yargılamayı ertelemesini (*stay of legal proceedings*) isteyebileceklerini düzenledikten sonra, aynı maddenin 4. fıkrasında, mahkemenin “*tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olduğuna*”

davayı esaslan incelemeye başlaması, bu arada hakem heyetinin de tahkim anlaşmasını geçerli sayarak hakem kararını vermesi ve hakem kararı aleyhine olan tarafın MTK m. 15 uyarınca iptal davası açması halinde, bu arada uyuşmazlığın esasına ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçersizliğine dair mahkeme kararı da kesinleşmiş ise, bu kararın kesin hüküm teşkil etmesi nedeniyle hakem kararının iptali, iptal davası açılmamışsa, icra edilebilirlik şerhi verilmemesi, yani hakem kararının hükümsüz kalması söz konusu olabilecektir.

MTK'ya göre gerçekleştirilmeyen bir tahkim yargılaması açısından da benzer bir durum söz konusu olabilir. MTK'ya tabi olmayan tahkim anlaşması kapsamındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak Türk mahkemelerinde dava açılması ve MTK m. 5 uyarınca tahkim itirazında bulunulması halinde, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna hükmederek davayı esaslan görmesi ve sonuç olarak vereceği karar ile devam etmekte olan tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda çelişmesi durumunda, hakem kararının Türkiye'de tanıma/tenfize konu edilmesi aşamasında ne gibi sorunlarla karşılaşacağı ayrı bir tartışma konusudur. Özellikle MTK m. 1/f. 3 uyarınca, MTK m. 5 ve 6'nın, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanacağı dikkate alındığında, MTK m. 5'de düzenlenen tahkim itirazı üzerine yapılacak incelemenin nitelik ve kapsamı daha da büyük bir önem kazanmaktadır.

¹¹ Arbitration Act, 1996 Chapter 23, 17.06.1996.

hükmetmesi halleri dışında yargılamayı ertelemesi gerektiği hükme bağlanmaktadır¹².

Alman Medeni Usul Kanunu'nun¹³ (Alman MUK) 1032. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, mahkeme, en geç davanın esasına dair yapılacak ilk duruşmaya kadar ileri sürülmesi gereken tahkim itirazı neticesinde, "*tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olduğunu tespit etmedikçe*", davanın reddine karar vermelidir¹⁴.

Bununla beraber, özellikle UNCITRAL Model Kanunu'ndan ayrılan ülke düzenlemelerinde daha farklı ifadelere rastlamak mümkündür. Örneğin Fransız Medeni Usul Kanunu'nun (Fr. MUK) gerek ulusal (iç), gerekse uluslararası tahkimde uygulama alanı bulan 1448. maddesinde tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmesi halinde "*mahkeme, şayet hakem heyeti henüz oluşmamışsa ve ancak tahkim sözleşmesinin açıkça hükümsüz veya açıkça uygulanamaz olduğunu tespit ederse*" kendisini yetkili sayabilecektir¹⁵.

¹² Bkz. (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/9>; erişim tarihi: 10.12.2013): "*(1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter.*

(...)

4) On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed."

¹³ Code of Civil Procedure as promulgated on 5 December 2005 (Bundesgesetzblatt (BGBl., Federal Law Gazette) I page 3202; 2006 I page 431; 2007 I page 1781), last amended by Article 3 of the Act dated 24 September 2009 (Federal Law Gazette I page 3145), (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html; erişim tarihi: 10.12.2013).

¹⁴ Bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p3447: "*(1) Should proceedings be brought before a court regarding a matter that is subject to an arbitration agreement, the court is to dismiss the complaint as inadmissible provided the defendant has raised the corresponding objection prior to the hearing on the merits of the case commencing, unless the court determines the arbitration agreement to be null and void, invalid, or impossible to implement."*

¹⁵ Fr. MUK'un tahkime ilişkin hükümleri 13.01.2011 tarihli ve 2011-48 sayılı Tahkim Reformuna İlişkin Kararname ile değiştirilmiştir: Art. 1448: "*Lorsqu'un litige relevant*

Amerikan Tahkim Kanunu'nun¹⁶ 9. bölümünün 3. paragrafında ise çok daha farklı bir ifade kullanılmaktadır. Buna göre, tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlığa ilişkin mahkemede dava açılması halinde, mahkeme, dava konusunun ilgili tahkim anlaşması kapsamında “*tahkime sevk edilebilir*” olduğuna karar verdiği takdirde yargılamayı askıya alacaktır¹⁷.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu¹⁸ (İsv. MÖHK) m. 7/b uyarınca, tahkime elverişli bir uyuşmazlığa ilişkin tahkim anlaşması akdedilmiş olması halinde, İsviçre mahkemeleri, “*tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icra edilemez olduğuna*” hükmetmediği takdirde yetkisiz olduğuna karar verecektir¹⁹. Bununla beraber, kanun koyucu, İsv. MÖHK'un 176 ve devamı maddelerinin uygulama alanına giren uluslararası tahkim yargılamalarında, mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebilmelerine olanak tanıyan herhangi bir hüküm düzenlememiş, sadece hakem heyetinin yetkisini belirleyen bir hükme yer vermiştir. İsv. MÖHK'un 186. maddesi uyarınca, hakem heyeti, yargılamayı askıya almayı gerektirecek

d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.” Bkz. (http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=AB1681972B13D05E186928484CA8FD8E.tpdjo07v_3?idSectionTA=LEGISCTA000023450936&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20131212 ; erişim tarihi: 12.12.2013).

¹⁶ US Federal Arbitration Act United States Code Title 9, Enacted February 12, 1925, Codified July 30, 1947, Amendments September 3, 1954; July 31, 1970; November 19, 1988; August 15, 1990; November 15, 1990; December 1, 1990; May 7, 2002.

¹⁷ “*If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action ...*” (<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/9/3>; erişim tarihi: 12.12.2013).

¹⁸ Loi fédérale sur le droit international privé du 18.12.1987.

¹⁹ Art 7: “*Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que: (...)*
b. le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, (...)” (<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/201307010000/291.pdf>; erişim tarihi: 12.12.2013).

ölçüde ciddi sebeplerin varlığı dışında, önündeki uyuşmazlığın diğer bir hakem heyetinin veya bir devlet mahkemesinin önünde derdest olup olmadığına bakmaksızın, kendi yetkisi hakkında karar verebilecektir²⁰.

Milletlerarası Ticaret Odası'nın (MTO) 01.01.2012 tarihinden itibaren geçerli olan yeni tahkim kurallarının "tahkim anlaşmasının etkisi" başlıklı 6. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, tahkim yargılaması ancak, MTO Tahkim Mahkemesinin -ki bu mahkeme tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın MTO Tahkim Kurallarının uygulanması yoluyla çözümünü kararlaştırmaları halinde, tahkim yargılamasının idaresini gerçekleştirecek mahkemedir- MTO Tahkim Kuralları'na uygun bir tahkim anlaşmasının varlığına dair bir ilk görünüş (*prima facie*) incelemesi neticesinde olumlu karar vermesine bağlıdır²¹.

Görüldüğü üzere, karar mercii (hakem heyetinin mi, mahkemenin mi nihai kararı vermeye yetkili olduğu) ve incelemenin kapsamına ilişkin hükümler yanında, özellikle tahkimin yaygın olarak gerçekleştirildiği ve taraflarca sıklıkla tahkim yeri olarak seçilen devlet mevzuatlarında, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine ilişkin oldukça farklı düzenlemelere rastlanmaktadır. Türk tahkim mevzuatında da, HMK m. 413, MTK m. 5 ve NYK m. II/3 birlikte değerlendirildiğinde, diğer ülkelerden farklı, kendine özgü bir düzenlemenin benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

²⁰ Art. 186: " (1) *Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. (Ibis) Il statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure.* "

²¹ ICC Arbitration Rules (2012), art 6/4: (...) *The arbitration shall proceed if and to the extent that the Court is prima facie satisfied that an arbitration agreement under the Rules may exist.*"; bkz. (<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/>; erişim tarihi: 12.12.2013).

Bununla beraber, tahkim yargılamasının bazı taraf veya talepler hakkında başlatılmayacağına ilişkin kararları dışında, MTO Tahkim Mahkemesinin vereceği tahkim yargılamasının başlamasına ilişkin (olumlu) kararlar, hakem heyetince de gözden geçirilecektir. Tahkim Mahkemesinin kendileri hakkında olumsuz karar verdiği kişiler ise, kendileri hakkında bağlayıcı bir tahkim anlaşmasının var olup olmadığı hakkında herhangi yetkili bir mahkemeye başvurabilirler. Hakem heyeti tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmettiği sürece, yargılamaya devam edecektir (bkz. m. 6/5-6-9).

B. NYK m. II/3 Hükümünün Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliğinin İncelenmesindeki Rolü

Bilindiği üzere, MTK ancak yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya taraflar ya da hakemin/hakem heyetinin tahkim usulüne MTK'nın uygulanmasını kararlaştırdıkları durumlarda uygulama alanı bulabilmektedir (MTK m. 1/f. 2). Bununla beraber, kanun koyucu MTK'nın istisnaen uygulama alanı bulabilecek iki maddesinin olduğunu hükme bağlamıştır. Buna göre, MTK uygulama alanı bulamayacak olsa bile, tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlığın Türk mahkemeleri önüne getirilmesi halinde tahkim itirazında bulunulabileceğini düzenleyen MTK m. 5 ve Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir istenebileceğini düzenleyen MTK m. 6 uygulanabilecektir. Örneğin, tarafların tahkim yerini İsviçre, tahkime uygulanacak usul kurallarını da MTO Tahkim Kuralları olarak belirlediği bir tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlık ile ilgili olarak Türk mahkemelerinde dava açılması halinde, MTK uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak Türk mahkemesinde açılan davanın davalısının tahkim itirazında bulunması halinde, yabancılık unsuru taşıyan uluslararası bir tahkim anlaşmasının varlığı nedeniyle, tahkim itirazı usul hukuku açısından MTK m. 5 çerçevesinde değerlendirilecek ve anılan hükümde belirtildiği üzere HMK'da yer alan ilk itiraza ilişkin düzenlemeler esas alınacaktır.

Bununla birlikte, aslında MTK'nın diğer hükümlerinin -özellikle de tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği de dahil olmak üzere hakem heyetinin kendi yetkisine karar verebileceğine ilişkin *competence-competence* ilkesini düzenleyen MTK m. 7/H'nin- uygulama alanı bulamaması da dikkate alınırsa tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin kararı Türk mahkemeleri verecektir.

Bu noktada, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin Türk mahkemelerinde yapılacak incelemenin hangi hükümler esas alınarak yapılacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. MTK m. 5 hükmü tahkim itirazına ilişkin usul açısından uygulama alanı bulacaktır ama tahkim anlaşmasının şekli bakımından gerekli koşulları ve esası bakımından uygulanacak hukuku belirleyen

MTK m. 4 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır²². Bu durumda, tahkim yargılamasının aslında kendisi ile hiç ilgisi bulunmayan, iptal davasına bakmakla da görevli olmayacak Türk mahkemelerinin yapacağı geçerlilik incelemesinde NYK m. II'yi dikkate alması gerekecektir. Zira, her ne kadar aslen yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemek üzere akdedilmiş olsa da, NYK'da, tahkim anlaşmasının icra edilmesi açısından taraf devletlerde yeknesaklığın sağlanması amacıyla tahkim anlaşmasının geçerliliğine (tanınmasına) ilişkin bir hükme de (m. II) yer verilmiştir²³. Kaldı ki, yukarıda verdiğimiz örnekte Türk mahkemeleri olsa olsa muhtemel bir tanıma/tenfiz mahkemesi olarak inceleme yapacaktır.

Türk mahkemelerinin, yabancılık unsuru taşıyan ancak MTK'nın uygulama alanına girmeyen tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin inceleme yaparken, uluslararası standartları esas alması gerekecektir. Bu bağlamda, her ne kadar MTK m. 5'de yer verilmemiş olsa da, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemede NYK m. II/3'de yer alan kavramlara giren bir halin söz konusu olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Bu nedenle aşağıda NYK m. II/3'de bahsedilen "tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması" kavramları incelenmeye çalışılacaktır. Ancak, anılan kavramların açıklanmasına geçmeden önce, NYK m. II/3 çerçevesinde yapılacak incelemenin hangi hukuka göre yapılacağı, yani tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda kanunlar ihtilafı meselesinin çözüme kavuşturulması gerektiği düşüncesindeyiz.

²² Aksi görüş için bkz. Sibel **Özel**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayıncılık 2008, s. 81. Yazar, tahkim yerinin Türkiye olmadığı, tahkim prosedürüne de MTK'nın uygulanmasının kararlaştırılmadığı tahkimlerde, Türk mahkemesinde ileri sürülen tahkim itirazının yine MTK m. 4/f. 3 çerçevesinde çözümleneceğini belirtmektedir.

²³ NYK m. II hükmünün çok acele kaleme alınması nedeniyle hükmün uygulama alanına ilişkin yapılması gereken düzenlemenin unutulduğu belirtilmektedir. Bununla beraber, hükmün uygulama alanının m. I'e kıyasen belirlenmesi gerektiğinin altı çizilmektedir (Albert Jan **van den Berg**, "New York Convention of 1958, Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) - XXVII (2002)", *Yearbook Comm. Arb'n XXI/III* (2003), (eser bundan böyle "van den Berg, Consolidated Commentary" olarak anılacaktır) s. 599; <file:///C:/Documents%20and%20Settings/ipek.sarioz/My%20Documents/Downloads/NYC+Commentary+2003.pdf>).

C. Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olmasına İlişkin İncelemede Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin Türk mahkemelerinde yapılacak incelemenin hangi hukuka göre yapılacağını belirtmekte fayda vardır. MTK'nın uygulama alanına giren bir tahkim anlaşmasının, şekil şartlarını da içine alacak şekilde “geniş anlamda geçerliliği” hakkında yapılacak incelemede, şekil bakımından geçerliliği düzenleyen MTK m. 4/f. 2 uygulama alanı bulacaktır. NYK'da ise şekil, m. II/1 ve 2'de düzenlenmektedir.

Tarafların tahkim anlaşması akdetme ehliyetlerine ilişkin ne MTK ne de NYK'da bir kanunlar ihtilafı kuralı yer aldığından, bu konuda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun²⁴ (MÖHUK)'un ilgili hükmü uygulama alanı bulacaktır²⁵.

Tahkim anlaşmasının dar anlamda hükümsüzlüğüne ilişkin hususlar (irade sakatlıkları, genel sözleşmeler hukuku ilkeleri uyarınca kesin hükümsüzlük halleri) tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir²⁶. MTK'nın uygulama alanına giren tahkim anlaşmaları açısından m. 4/f. 3 uygulama alanı bulacaktır. MTK m. 4/f. 3 uyarınca, “*tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*” Buna göre, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin hükümsüzlük hallerinin Türk Hukukuna göre değerlendirilebilmesi için, taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak Türk Hukukunun seçilmiş olması veya hiçbir hukukun seçilmemiş olması gerekmektedir, ki uygulamada genelde tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin ayrı bir hukuk seçiminin yapılmadığı görülmektedir. Kanun koyucunun, tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk olarak, kanunlar ihtilafı

²⁴ R.G.: 12.12.2007; Sayı: 26728.

²⁵ MÖHUK m. 9/f. 1 uyarınca hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. Aynı maddenin 4. fıkrasında tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetlerinin, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbi olacağı, fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde ise Türk hukukunun uygulanabileceği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özel**, s. 68 vd.

²⁶ Ziya **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 112-113; **Özel**, s. 79.

kurallarına atıf yapmaksızın, doğrudan Türk Hukukunu (maddi hukuk kurallarını) belirlemesi çoğu zaman MTK'ya tabii tahkim yargılamalarının Türkiye'de gerçekleşecek olması mantığına dayanmaktadır. Ancak MTK'nın, tahkim yerinin Türkiye olmadığı fakat taraflar veya hakem(ler)in tahkime uygulanmak üzere MTK'yı seçtikleri tahkimlerde de uygulanabileceği unutulmamalıdır (MTK m.1/f. 2).

Konumuz açısından daha fazla incelenmesi gereken husus ise MTK'nın uygulama alanına girmeyen tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğinde uygulanacak hukuktur. NYK kapsamında tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk m. II'de değil, m. V/1/a hükmünde, tanıma/tenfiz talebinin reddi sebeplerinde yer alan tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin düzenleme kapsamında belirlenmiştir. Buna göre, *“tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka, böyle bir seçim yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna göre esas bakımından geçerli olmalıdır.”* Ancak, bu hükümde yabancı ülkede verilen ve Türk mahkemelerinde tanınması/tenfizi istenen bir hakem kararından bahsedildiği düşünülürse, taraflar tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere Türk Hukukunu seçmediği sürece, tanıma/tenfiz prosedürü çerçevesinde yapılacak olan tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin incelemenin Türk Hukukuna göre yapılması mümkün olmayacaktır. Oysa NYK m. II/3'de, tahkim kararının tenfizi prosedüründen değil, tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlığın Türk mahkemeleri önüne getirilmesi halinde, Türk mahkemelerinin tarafları tahkime sevk etmek üzere yapacağı incelemeden, bir anlamda *“tahkim anlaşmasının tanınmasından”* bahsedilmektedir. NYK m. II'de bu incelemenin hangi hukuka göre yapılacağı belirlenmemiş olması maddenin düzenlenişinin aceleye gelmiş olması izlenimini yaratmaktadır. Doktrinde NYK'nın tahkim yargılaması öncesi süreçte tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk ile ilgili olarak özellikle suskun kaldığı da belirtilmektedir²⁷.

Doktrinde, çeşitli fikirler ileri sürülmekle beraber, tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyecek hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca bulacağı hukukun yetkili olabileceği ya da m. V/1/a'da yer alan *“kanunlar ihtilafı”* kuralının m. II/3'e kıyas yoluyla uygulanabileceği ifade edilmek-

²⁷ Frank-Bernd Weigand, Practitioner's Handbook on International Arbitration, Staempfli Verlag 2002, s. 450.

tedir²⁸. İkinci görüş uyarınca, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği tarafların seçtiği hukuka, taraflar herhangi bir seçim yapmamışsa, tahkim yargılamasının gerçekleştirileceği yer hukukuna göre belirlenecektir. Buna göre, NYK m. II/3 kapsamında yapılacak incelemenin Türk Hukukuna göre yapılabilmesi için tarafların açıkça Türk Hukukunu seçmiş olmaları gerekir. Diğer ihtimalde, yani tahkim yerinin Türkiye olması halinde, tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlığın büyük ihtimalle MTK m. 2 anlamında yabancılik unsuru taşıyor olması nedeniyle, MTK uygulama alanı bulacaktır. Oysa, NYK kapsamına giren bir tahkim anlaşmasının söz konusu olabilmesi için, tahkim usulüne yabancı bir kanunun uygulanması gerekmektedir. Bu durumda, tahkim yerinin Türkiye olması halinde NYK m. II/3 uygulama alanı bulamayacaktır²⁹.

Bu noktada, tarafların tahkim yerini belirlememiş olmaları ihtimalini de düşünmek gerekir. Şayet taraflar hem tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmemişler, hem de tahkim yerini belirlememişlerse, Türk hâkimi tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini hangi hukuka göre inceleyecektir? Bu ihtimalde de, hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleyeceği hukukun ya da tahkim anlaşmasının dayandığı asıl

²⁸ Albert Jan **van den Berg**, “The New York Convention of 1958: An Overview”, http://www.arbitrationicca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf, s. 11; **Weigand**, s. 450.

²⁹ Bu noktada doktrinde bir görüşün, MTK m. 2 anlamında yabancılik unsuru taşımasına ve tahkim yerinin de Türkiye olarak belirlenmesine rağmen, tarafların açıkça MTK’ya (veya HMK’ya) tabi olmayacağını kararlaştırdıkları tahkim yargılamalarının “yabancı hakem kararı” sayılacağını ve böyle bir tahkim yargılaması sonucunda verilecek hakem kararının NYK’ya göre tenfiz edileceğini ileri sürdüğünü de hatırlatmak gerekir (Cemal **Şanlı**, Milletlerarası Özel Hukuk, 2.Bası, Vedat Kitapçılık 2014, s.597). MTK m.2 çerçevesinde yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkim yargılamalarının MTK’ya tabi olacağını öngören MTK. m. 1/f. 2’nin emredici olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Akıncı**, s. 59-60 ve s. 327-329.

Şanlı’nın görüşü uyarınca, MTK’nın uygulama alanına girse bile tarafların açıkça MTK’nın emredici kurallarına (aslında uygulama alanına) tabi kılmadıkları bir tahkim yargılaması mümkün olduğuna göre, tahkim anlaşmasının geçerliliğine NYK m. II/f.3’ün uygulandığı durumlar söz konusu olabilecektir. Bu durumda, taraflar tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak Türk Hukukunu seçmemiş olsalar dahi, Türk Hukuku “tahkim yeri hukuku” olarak tahkim anlaşmasının esası hakkında uygulama alanı bulabilecektir.

sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun veya tahkim yargılamasından “etkilenebilecek” devlet hukuklarının birikimli olarak uygulanabileceğine dair farklı fikirler ileri sürülmektedir³⁰.

Kanımızca, bu ihtimalde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemeyi yapan mahkemenin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak belirleyeceği yetkili hukukun uygulanması daha doğrudur. Zira, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine doğrudan asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması aşağıda değineceğimiz “tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı (*separability*)” ilkesine aykırıdır³¹. Diğer taraftan, tahkim yargılamasından etkilenebilecek devlet hukuklarının belirlenmesinin ve bu devlet hukuklarının birikimli olarak uygulanmasının yaratacağı güçlükler karşısında en makul seçenek hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamasıdır. Kaldı ki, konuyu Türk mahkemelerinde görülmekte olan davalar açısından inceleme zarureti karşısında, Türk hâkiminin MTK’nın uygulama alanına girmeyen ve NYK’da belirtilen kriterlere göre de herhangi bir belirleme yapamadığı durumlarda kendi hukukunu uygulamaktan başka bir seçeneğinin olmadığı kabul edilmelidir.

Türk hâkiminin kendi kanunlar ihtilafı kuralları yerine doğrudan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda³² (TBK) yer alan hükümleri uygulaması gerektiği ileri sürülebilirse de, kanımızca, tarafların tahkim anlaşması akdetmeye ehil olup olmadıklarının tespitine ilişkin yetkili hukukun

³⁰ Weigand, s. 451; van den Berg, Consolidated Commentary, s. 622. Yazar, ne tahkim yerinin ne de tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlendiği böyle bir durumda, “kural olarak” incelemeyi yapan hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulaması gerektiğini belirtmektedir. Bununla beraber, Amerikan Federal Mahkemesinin “tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması”na ilişkin incelemesinde “istisnaen” Federal Tahkim Kanunu’nu uyguladığını ifade etmektedir (s. 622-623).

³¹ Özel, s. 80. Yazar, MTK m. 4/f. 3 hükmünü incelemeyi önce çeşitli önerileri değerlendirirken, tahkim sözleşmesinin “temel sözleşmeden” farklı bir hukuk tarafından yönetilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Gerçekten de, tahkim sözleşmesinin geçerliliği hangi mercii önünde (devlet yargısı veya hakem heyeti) ve hangi aşamada (tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında ya da sonrasında) incelenirse incelenirse, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun doğrudan tahkim sözleşmesine de uygulanması doğru olmayacaktır.

³² R.G.: 04.02.2011, Sayı: 27836.

belirlenmesinde olduğu gibi, yabancılık unsuru taşıyan bu durumda da, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, MÖHUK'daki sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı (m. 24) uyarınca tespit edilmelidir. Tabii burada, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları nedeniyle uygulama alanı bulacak objektif bağlama kuralında (m. 24/f. 4) düzenlenen karinenin -tahkim sözleşmesinin karakteristik edim borcunu yalnızca tek tarafa yükleyen bir sözleşme olmaması nedeniyle- uygulanamayacağı düşünüldüğünde, m. 24/f. 4'ün ilk cümlesinin uygulanması gerektiği sonucuna varılması söz konusu olacaktır. Buna göre, “*tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır.*” Bu durumda, Türk hâkiminin, tahkim anlaşmasının tarafları, tahkim yargılamasına uygulanacak usul kurallarının tahkim yeri ile ilgili düzenlemeleri, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk gibi faktörleri dikkate alarak tahkim sözleşmesi ile en sıkı ilişkili hukuku tespit etmeye gayret etmesi gerekecektir. Bununla beraber, tahkim anlaşması ile sıkı ilişkili bir hukukun da tespit edilememesi halinde, uluslararası ticaret hukukunun temel prensiplerinin dikkate alınmasının yani *lex mercatoria*'nın uygulanmasının taraflar açısından hakkaniyete uygun sonuçlara ulaşmayı mümkün kılabileceği de göz ardı edilmemelidir.

Diğer taraftan, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olmasından ve usul hukukuna ilişkin konuların hâkimin kendi hukukunun (*lex fori*) maddi hükümlerine tabi olmasından hareketle, Türk hâkiminin tahkim anlaşmasının geçerliliğine TBK'nın ilgili hükümlerini uygulayabileceği söylenebilirse de, burada tahkim anlaşmasının usulî geçerliliğinden değil, maddi geçerliliğinden bahsedildiği unutulmamalıdır. Bu nedenle, kanımızca en uygun çözüm, tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili hukukun tespit edilerek bu hukukun maddi hükümlerinin uygulanması olacaktır.

III. TAHKİM ANLAŞMASININ HÜKÜMSÜZ, TESİRSİZ VEYA İCRASININ İMKANSIZ OLMASI KAVRAMLARI

A. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasının hükümsüz (*null and void*) olması tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk çerçevesinde tahkim anlaşmasının esaslı unsurlarının eksik olması, tahkim anlaşmasının gerekli şekil şartlarına uymaması -

ki bu husus aslında NYK m. II/3 çerçevesinde “dar anlamıyla” hükümsüzlük halleri arasında değerlendirilmemektedir³³, tarafların tahkim anlaşması akdetmeye ehil olmaması, irade sakatlıkları, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk tarafından belirlenen hükümsüzlük hallerinin gerçekleşmesi gibi durumları kapsarken, tahkim anlaşmasının tesirsiz (*inoperative*) veya icrasının imkânsız olması (*incapable of being performed*) tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulup hüküm ifade etmesine rağmen, daha sonra ortaya çıkan bir sebebe dayalı olarak işletilememesini, etkisini yitirmesini ifade etmektedir³⁴. Bu sebep, tahkim yargılaması başlamadan önce ortaya çıkabileceği ve tahkim anlaşmasına dayalı olarak yargılamanın başlatılmasına engel olabileceği gibi, yargılamanın devamı sırasında ortaya çıkarak hakem heyetinin karar vermesine engel olabilecek nitelikte de olabilir.

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, her ne kadar tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması durumlarından farklı ve ayrı bir biçimde değerlendirilebiliyor olsa da, tahkim anlaşmasının tesirsizliği ile icrasının imkânsızlığı çoğu zaman birbirine karışan ve birlikte ele alınan durumlara işaret etmektedir. Aşağıda da görüleceği üzere, doktrin ve içtihatlarda yer alan yorumlarda, aynı durum kimi zaman tahkim anlaşmasının tesirsizliğine, kimi zaman ise icrasının imkânsızlığına neden olmaktadır.

Tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması kavram olarak ve lafzen sadece NYK’da (ve yabancılik unsuru içer-

³³ Gerek NYK’da gerekse 1985 UNCITRAL Model Kanunu m. 8’de kullanılan İngilizce ifade “*null and void*” şeklindedir. Bu terim Türkçeye “geçersiz”, “hükümsüz” veya “batıl” olarak çevirilmektedir. Tahkim anlaşmasının geçersizliği aslında teknik olarak “hükümsüzlük” halinden daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Bu nedenle tahkim anlaşmasının uyması gereken şekil şartlarına uymaması tipik ve belki de en sık rastlanan geçersizlik halini oluştururken, aşağıda açıklayacağımız NYK m. II/3 anlamında hükümsüzlük tahkim anlaşmasının şekline ilişkin aksaklıkları kapsamayacak biçimde dar yorumlanmaktadır (Albert Jan **van den Berg**, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation Publishers 1994, s. 155).

³⁴ Max **Bonnell**, “When is an arbitration agreement “inoperative”?”, *International Arbitration Law Review*, 2008, 11(3), 111-117, www.westlaw.com, s. 111; Bilgehan **Yeşilova**, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Yayınevi, 2008, s. 546.

meyen ve dolayısıyla da çalışmamız dışında kalan ulusal tahkimi düzenleyen HMK’da) yer alıyor olsa da, aşağıda açıklanan durumların MTK’nın uygulanması açısından da önem arz ettiği unutulmamalıdır. Nitekim bazı hususlar açıklanırken MTK ile paralellik arz eden durumlar üzerinde de durulmaya çalışılacaktır.

B. Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü

Tahkim anlaşmasının hükümsüz olması, anlaşmanın aslında baştan itibaren hiçbir hukuki etki yaratmadığı anlamını taşımaktadır³⁵. Bu durum Borçlar Hukukundaki hükümsüzlük sebepleri ile bağlantılıdır. Tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğüne yol açan belli başlı sebepler arasında irade sakatlıkları, ehliyetsizlik, temsil yoluyla yapılan anlaşmalarda temsil ilişkisinden kaynaklanan eksiklikler, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun gösterdiği kamu düzeni ve emredici hukuk kurallarına aykırılık veya tahkim anlaşmasının icrasının sözleşmenin kuruluşundan itibaren objektif imkânsızlığa konu olması, muayyen kamu kurumunun tahkim yargılamasına taraf olma izni vermemiş olması gibi durumlar gösterilebilir³⁶. Yine, tahkim sözleşmesinin konusunun belirli veya belirlenebilir olması arandığından, tarafların, hangi uyuşmazlık(lar) hakkında tahkime gideceklerini belirlemiş olmaları gerekmektedir³⁷. Aksi halde tahkim anlaşması hükümsüz olacaktır.

³⁵ **van den Berg**, s. 156; Gary B. **Born**, International Commercial Arbitration, Chapter 5 - Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements, Wolters Kluwer 2009, s. 710.

³⁶ **Akıncı**, s. 276-280 ve s. 344, 349; Cemal **Şanlı**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Baskı, Beta Yayınları, 2013; (eser bundan sonra “Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler” olarak anılacaktır) s. 271; Daniel **Girsberger**/Nathalie **Voser**, International Arbitration in Switzerland, Schulthess 2008, s. 56-57; Markham **Ball**, “The Essential Judge: the Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration”, *The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 22 No.1, 2006, s. 78; **Born**, s. 711; **van den Berg**, s. 156; Jean François **Poudret**/Sébastien **Besson**, Comparative Law of International Arbitration, Second Edition Updated and Reviewed, Thomson Sweet&Maxwell/Schulthess 2007, s. 133.

³⁷ **Akıncı**, s. 104, 110. Bu bakımdan tarafların, “bundan sonra aramızda çıkabilecek uyuşmazlıkların tümü tahkim yoluyla çözümlenecektir” şeklindeki anlaşmaları hükümsüz addolunmaktadır.

Tarafların tahkim iradesini yansıtmayan tahkim anlaşmaları baştan itibaren hiçbir etkiye sahip olmayacaktır³⁸. Zira tahkim anlaşmalarının hüküm ifade etmesi için belki de en önemli ve temel unsur, tarafların, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü konusunda açık ve net bir şekilde anlaşmış olmalarıdır³⁹. Örneğin, tarafların ilk derece yargı mercii olarak tahkime, tahkim kararından memnun kalmadıkları takdirde ise kararın esastan incelenmesini mümkün kılacak şekilde ikinci derece yargılama mercii olarak devlet mahkemelerine gidebileceklerini öngören bir tahkim kaydının, tarafların tahkime gitmek ve aralarındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak hakem heyetinin esastan karar vermelerini sağlamak konusundaki iradelerini yansıtmadığı kabul edilmiştir⁴⁰. Aslında,

³⁸ Aşağıda açıklanacağı üzere, tarafların tahkim iradesini yansıtmakla beraber, eksik veya dikkatsiz bir biçimde kaleme alınmaları nedeniyle birtakım karışıklıklara yol açan tahkim anlaşmaları, icrası mümkün olmayan anlaşmalar olarak ele alınmaktadır.

³⁹ **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin E. 2012/3057, K. 2012/8736 sayılı ve 24.05.2012 tarihli kararında** şöyle denilmektedir: “*Davalının ... tarihli “nihai satım teyit mektubu”nda davacı tarafın ... tarihli yazısında yer alan “tahkim kaydını” kabul ettiğini gösteren açık veya örtülü bir irade beyanı bulunmamaktadır. Bilakis, davacı tarafın yazısında yer alan tüm satım koşulları, davalı tarafça daha açık bir şekilde yazılmış veya değiştirilmiş olup, tahkime veya davacının ileri sürdüğü diğer şartlara ilişkin bir irade açıklamasına ya da kabul beyanına yer verilmemiştir. Bir tahkim akdinden söz edebilmek için öncelikle tarafların bu konuda birbirine uygun irade beyanında bulunmaları gerekir. Davacı tahkim iradesini bildirmiş olup, davalı taraf ise aynı iradeyi gösterdiğine ilişkin açık veya örtülü bir beyanda bulunmamış ya da davacının ileri sürdüğü sözleşme koşullarını ifa ederek fiili bir kabul içine de girmemiştir.*” (karar yayımlanmamıştır). Yargıtay bu kararında haklı olarak tarafların tahkime gitmek konusunda irade beyanlarının birbirine uygun olmasını aradıktan sonra, “açık veya örtülü” irade beyanından bahsetmektedir. Ancak, aşağıdaki örneklerde de görüleceği üzere, tahkim anlaşması sadece tarafların açık irade beyanı ile kurulabilir. Örtülü irade beyanı veya “esas sözleşmenin fiili uygulaması” ile tahkim sözleşmesinin kurulamayacağını belirtmek gerekir.

⁴⁰ **van den Berg**, s. 156-157; **Akıncı**, s. 100, 101. Yazar, milletlerarası inşaat sözleşmelerine özgü bir durum olarak, “*sözleşmede tahkim şartı ile birlikte uyuşmazlık halinde “mühendis”e başvurulacağı yolundaki kaydın tahkim şartını geçersiz kılmayacağını*” belirtmektedir (s.104).

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin E. 2007/2680, K. 2007/4137 sayılı ve 18.06.2007 tarihli kararından: “*Esasen bir davanın hakemde görüleceğine dair hakem sözleşmesinin veya bir sözleşmeye eklenen tahkim şartının geçerli olabilmesi için ortaya konan*

devlet yargısını hakem heyetinin kararını düzeltmek üzere bir üst yargı mercii olarak belirleyen (kademeli) tahkim şartları ile mahkemelerle hakemleri birbirlerine alternatif yargı mercii olarak belirleyen (seçimlik) tahkim anlaşmalarını ayırt etmek gerekmektedir. Kademeli tahkim anlaşmaları tarafların tahkime gitmek konusundaki iradelerini tam olarak yansıtmadıkları gerekçesiyle “hükümsüz” olarak kabul edilirken, seçimlik tahkim anlaşmaları, aşağıda inceleneceği üzere, icrası mümkün olmayan tahkim anlaşmaları

tahkim iradesinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde kesinlikte olması zorunludur. Oysa, sözleşmenin tahkim şartının düzenlendiği bölümünde, başlangıçta uyuşmazlığın tahkimde görüleceği belirtilmesine rağmen, sözleşmedeki teknik şartlar 10. maddesinde “sonuçta ihtilaflın mahkemelerde çözümleneceği” açıklanmıştır. Bu haliyle ortada kesin bir tahkim iradesinin varlığından da söz edilemeyeceğinden hakemlerce dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine karar verilmelidir.”

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin E. 2009/1438, K. 2009/2153 sayılı ve 13.04.2009 tarihli kararından: “Taraflar, yaptıkları sözleşme ile uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesini kararlaştırabilirler. Ancak, tahkim iradesinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olması gerekir. Uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi öngörüldüğü halde aynı sözleşmede yetkili mahkeme de belirtildiğinden kesin bir tahkim iradesinden söz edilemez. Mahkemelerin ihtilaflı çözmesi gerektiğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenip davanın sonuçlandırılması gerekir.” (www.kazanci.com).

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin E. 2012/4065, K. 2012/9080 sayılı ve 29.05.2012 tarihli kararından: “Taraflar arasındaki 26.07.2011 tarihli Sistem Kullanım Anlaşmasının Anlaşmazlıkların Çözümü başlıklı 14. maddesi; “TEİAŞ ile kullanıcının bu anlaşmanın hükümleri üzerinde mutabakata varamamaları halinde, anlaşmazlığın çözümü konusunda kuruma yazılı olarak başvuruda bulunabilir. Anlaşmazlıklar kurum tarafından çözüme kavuşturulur. Anlaşmazlıklar hakkındaki Kurul Kararları bağlayıcıdır.” biçiminde düzenlenmiştir. Tarafların aralarında çıkacak ihtilafların kural olarak mahkeme eliyle çözümlenmesi gerekir. Ancak taraflar imzaladıkları sözleşme ile ihtilaflın hakemler eliyle çözümlenmesini kararlaştırabilecekleri gibi, asıl sözleşmeden ayrı olarak da hakem sözleşmesi yapabilirler. Tahkim iradesi, hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilaflın hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır. Sistem kullanım Anlaşmasının 14. maddesinde ise “Tarafların anlaşmazlığın çözümü konusunda kuruma yazılı olarak başvuruda bulunabilir.” ifadesi ile kesin bir tahkim iradesinden ve tahkim şartından söz edilemeyeceğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenerek varılacak uygun sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın usülden reddi doğru görülmemiştir.” (www.kazanci.com).

kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak, Yargıtay her iki durumda da tahkim anlaşmasının hükümsüz olduğuna hükmetmektedir⁴¹.

Bir başka örnek olarak, taraflar arasındaki ilk sözleşmede tahkim şartına yer verilmesi, ancak sözleşmenin son halinde ise yetki kaydının düzenlenmiş olması karşısında, tahkim şartının “açıkça hükümsüz” olduğuna hükmedilen Fransız Yüksek Mahkemesi’nin 11.06.2006 tarihli bir kararı gösterilebilir⁴².

Diğer taraftan, “taraflardan birinin diğeri üzerinde ekonomik baskı kurarak tahkim anlaşmasında eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul

⁴¹ Bkz. “Tahkim Anlaşmasının İcrasının İmkansız Oluşu” başlıklı bölüm. Bununla birlikte, doktrinde de mahkemelerin yetkisinin tahkime alternatif olarak saklı tutulması halinde tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağını ifade eden bir görüşler vardır (**Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 1075). **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin E. 2003/1050, K. 2003/3012 sayılı ve 31.03.2003 tarihli kararından**: “Taraflar arasında kararlaştırılan tahkim şartı, taraflara hakemden sonra mahkemeye gitme yetkisi verdiğine ve uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmediğine göre geçersizdir.” (www.kazanci.com); **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin E. 2004/6686, K. 2005/3600 sayılı ve 12.04.2005 tarihli kararından**: “Hukuki uyuşmazlıkların çözüm yeri, mahkemelerdir. Ancak, bir sözleşmenin tarafları, kamu düzenini ilgilendirmeyen ve arzularına bağlı olan konularda, aralarında çıkacak uyuşmazlıkların halli için tahkim yolunu seçebilirler. Tahkim sözleşmesinde veya şartında, açıklık ve kesinlik bulunması, tahkimin en esaslı unsurunu oluşturur. Aksi halde, tahkim sözleşmesi veya şartı geçersiz duruma gelir ve uyuşmazlığa mahkemelerce bakılması gerekir. Somut olayda, taraflar arasında yapılan İnşaat Sözleşmesinin tahkime ilişkin “Hukuki Durum” başlıklı maddesinde “ Bu sözleşme hüküm ve tatbikinden doğabilecek davalar önce Bayındırlık Bakanlığı Müdürlüğünden istenecek üç kişilik tetkik elemanlarından oluşan hakem heyetine sunulacak buradan da bir sonuç alınmaması halinde Gebze mahkemelerince çözümlenecektir” şeklinde yer alan ifade karşısında taraflar arasında kararlaştırılan tahkim şartı, taraflara hakemden sonra mahkemeye gitme yetkisi verdiğine ve uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmediğine göre açıklık ve kesinlik unsuru taşımadığından geçersizdir. Bu durumda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözüm yeri mahkeme olduğundan, yazılı gerekçeyle hakem itirazının kabulü nedeniyle davanın reddine ilişkin kararın bozulması gerekmiştir.” (www.kazanci.com). Ayrıca bkz. **Yavuz**, s. 150, 35 no.lu dn.’deki **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin E. 2005/4053, K. 2006/4040 sayılı ve 13.04.2006 tarihli kararı**.

⁴² Stavros **Brekoulakis**, “The Negative Effect of Compétence Compétence: The Verdict Has To Be Negative”, *Austrian Arbitration Yearbook*, pp. 238-258, 2009, s. 241, dn. 17.

ettirmesi” (*unfair/unconscionable arbitration agreements*) halinde de tahkim anlaşmasının hükümsüz olacağı ifade edilmektedir⁴³.

Diğer taraftan, asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden bağımsız olduğunun (*separability*) ve asıl sözleşmeye ilişkin örneğin irade sakatlıkları hallerinin tahkim anlaşmasının geçersizliğine kendiliğinden (*ipso iure*) sebep olmayacağını altı çizilmelidir⁴⁴. İrade sakatlıklarının, yetkisiz kişilerce akdedilmenin veya diğer hükümsüzlük sebeplerinin doğrudan tahkim anlaşmasına yönelik olması gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının vekil aracılığıyla yapılması ve vekalet ilişkisinin Türk Hukukuna tabi olması halinde, vekilin tahkim anlaşması akdetmek konusunda özel yetkiye sahip olması gerektiği unutulmamalıdır (TBK m. 504; HMK m.74)⁴⁵.

⁴³ Akıncı, s. 344. **Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2008/44630, K. 2009/237 sayılı ve 20.01.2009 tarihli kararından:** “Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenlerden Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında doğrudan göz önünde tutulmalıdır. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hukuklar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarından fazlasını veya tamamını seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir.”

⁴⁴ van den Berg, s. 156; Poudret/Besson, s. 133-134; Akıncı, s. 114-115; Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s. 271.

⁴⁵ **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2011/11-742, K. 2012/82 sayılı ve 22.02.2012 tarihli kararından:** “... Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klotları içinde geçerlidir. Bu sebeple tahkim klotunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez. Yada tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez ve onu geçersiz kılmaz.

Yine TTK.nun 121. maddesi hükmü uyarınca hususi ve yazılı bir muvafakat olmadan acente müvekkili namına mukavele akdine salahiyetli değildir. Ayrıca, hangi hallerde vekile özel yetki verileceği, BK.nun 388/2. maddesiyle HUMK.63. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gerekir. Aksi halde müvekkili yapılan tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir...” Ayrıca bkz. Akıncı, s. 349, 627 no.lu dn’de belirtilen **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 9108/9685**

Tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine Türk Hukukunun uygulanması halinde TBK'nın sözleşmelerin geçerliliğini düzenleyen hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Kısaca ifade etmek gerekirse, TBK m. 27 uyarınca, konusu kanunun emredici hükümlerine, genel ahlâk ve kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı ya da konusu imkânsız olan tahkim sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır⁴⁶. İrade sakatlıklarına ilişkin olarak da, TBK'nın hata, hile ve ikrahi düzenleyen 30 ilâ 38. maddeleri uygulanacaktır.

sayılı ve 15.11.1995 tarihli kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2000/19-1122, K. 2000/1256 sayılı ve 11.10.2000 tarihli kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin E. 2007/380, K. 2007/5114 sayılı ve 21.05.2007 tarihli kararı.

⁴⁶ Doktrinde, konusu bakımından batıl sayılan bir tahkim sözleşmesinin varlığı halinde, hakemlerin uyuşmazlığın esasına girmeden karar verebilecekleri belirtilmektedir. Mahkeme tarafından tenfiz edilemeyecek dahi olsa bu tür sözleşmelerin hakem(ler) tarafından "incelenmeye değer bulunması" ve taraflar açısından da icra kabiliyeti kazanması halinde, sırf kanunun batıl saymasından dolayı tahkim sözleşmesinin geçerli olmadığını iddia etmenin yanlış olacağı iddia edilmektedir (Yavuz, s. 159). Böyle bir durum olsa olsa geçerliliği mahkeme önünde incelenmeyen tahkim anlaşmaları için düşünülebilirse de, hakemlerin taraflara karşı "icra edilebilir bir hakem kararı verme" yükümlülüğü altında olduklarını unutmamak gerekir. Dolayısıyla, hakemlerin tahkim anlaşmasının kesin hükümsüz olduğuna hükmetmeleri halinde yetkisizlik kararı vermeleri gerektir.

Tahkim anlaşmalarının kesin hükümsüzlüğü sorunu özellikle Türk kamu düzenine aykırı tahkim anlaşmaları çerçevesinde doğmaktadır. Bunun tipik örneği tarafların adil yargılanma hakkını ihlal eden tahkim anlaşmalarıdır. Bu çerçevede, tahkim sözleşmesinde yer alan hakem seçimine ilişkin koşullar kamu düzeni kontrolüne tabi olmaktadır. **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 19-467/489 sayılı ve 09.06.1999 tarihli kararında**, tahkim sözleşmesinin taraflarına terditli olarak hakem seçimi yapılabilmesi imkânını tanıyan hükmü kamu düzenine aykırı bulmamıştır: "*Taraflar arasındaki 8.2.1992 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde bu sözleşmeden veya bu sözleşme ile ilgili olarak doğabilecek anlaşmazlıkların taraflarca dostça çözümleneceği, bunun imkânsız olması halinde tarafların konuyu normal mahkemelere müracaat etmeden İsveç'deki Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumuna götürecekleri kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin anılan maddesine 11.9.1992 tarihinde yapılan ilave ile "Sözleşmeden doğan herhangi bir anlaşmazlık veya iddianın aynı zamanda Rusya'da Moskova Ticaret ve Sanayi Odasında Rus Malzeme Yasası ve kurallarına göre Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından çözümleneceği, tahkim heyeti gibi, taraflar sözleşmenin 9. maddesine yapılan ilave ile Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumu yanında Moskova Sanayi ve Ticaret Odası nezdindeki Uluslararası Tahkim Mahkemesini de yetkili kılmıştır. Tarafların ortak*

Bu noktada, TBK'nın 20 vd. maddelerinde düzenlenen genel işlem şartları ile ilgili hükme yer vermenin gerekli olduğu düşüncesindeyiz. TBK m. 20 uyarınca, genel işlem şartları, “bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.” TBK m. 21 genel işlem şartlarının geçerli kabul edilmeyeceği halleri düzenlemektedir. Buna göre, “karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.” Yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki sözleşme hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı m. 22'de açıkça ifade edilmiş, sözleşmeyi düzenleyenin, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği hükme bağlanmıştır. Tüm bu düzenlemeler ışığında⁴⁷, artık, asıl sözleşme içinde veya ekinde “genel işlem şartları” olarak nitelendirilen, düzenleyenin karşı taraf ile müzakere etmediği ve karşı tarafça açık bir şekilde kabul edildiği anlaşılamayan tahkim anlaşmalarının hükümsüz olacağı kabul edilmelidir.

iradesi uyumsuzluğun hakemde çözümlenmesi yönünde olduğundan ve bu şekilde tahkim heyetinin seçimine engel yasal bir düzenleme bulunmadığından, terditli hakem seçiminin geçersiz olduğuna ilişkin mahkeme gerekçesi isabetli değildir.

Ek sözleşmede tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Mahkemece bu düzenlemenin Türk kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmiştir. Tahkim sözleşmesinde veya bir sözleşmede yer alan tahkim şartında taraflardan sadece birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması halinde taraflardan biri lehine yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı geçerli değildir. Oysa somut olayda hakemleri seçme hakkı iddia edene yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böyle bir tahkim şartı ile davacı satıcı firma, yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmemiştir. Bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez.” (www.kazanci.com).

⁴⁷ Genel işlem şartları ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz**, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 11.Bası Vedat Kitapçılık, 2013, s. 164 vd.

Yukarıda sayılan ve tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğüne yol açan haller MTK m. 4/f.3 anlamında tahkim anlaşmasının “geçerliliğine” ilişkin hallerdir. MTK m. 4/f.3’deki “geçerlilik” aslında sadece tahkim anlaşmasının esas bakımından (maddi) geçerliliğini kapsamaktadır. Zira geniş anlamda tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin bir konu olan tahkim anlaşmasının şekli ve aslında tahkim anlaşmasından tamamen farklı bir konu olan tahkime elverişlilik m. 4/f.2 ve m. 1/f.4’de düzenlenerek m. 4/f.3’ün kapsamı dışında bırakılmıştır⁴⁸. Aynı durum, NYK açısından da geçerlidir. Zira tahkim anlaşmasının şekli ve tahkime elverişlilik NYK m. II/1 ve 2’de düzenlenmektedir ve m. II/3’deki haller dışında değerlendirilmektedir⁴⁹.

Yukarıda bahsi geçen ve m. 4/f.3’ün kapsamı dışında kaldığını belirttiğimiz tahkime elverişlilik, bir uyuşmazlığın konusu itibariyle tahkim yoluyla çözülebilmesinin mümkün olup olmadığını ifade eden objektif tahkime elverişlilik kavramını ifade etmektedir. Bunun yanında, tahkim anlaşmasının taraflarının, tahkim anlaşması yapabilmek için gerekli ehliyete sahip olup olmadıklarını ifade eden (daha çok kamu tüzel kişilerinin tahkim anlaşması akdetmek için gerekli yetkiye sahip olup olmadıklarını ele alan) “sübjektif tahkime elverişlilik” kavramının tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğüne ilişkin inceleme ile bağlantısından da bahsetmek gerekmektedir⁵⁰. Tahkim anlaşması akdetmeye ehil olmayan taraflar arasındaki bir tahkim anlaşmasının hükümsüz olacağını hatırlatmakta fayda vardır.

C. Tahkim Anlaşmasının Tesirsiz Oluşu

Yukarıda belirttiğimiz üzere, tahkim anlaşmasının “tesirsiz oluşu” ifadesi öncelikle NYK’da, daha sonra ise 1985 UNCITRAL Model Kanunu’nda benimsenmiş bir ifadedir. Fakat her iki metnin de kabulü sırasındaki hazırlık çalışmalarında bu ifadenin hangi anlama geleceği, ne tür

⁴⁸ Akıncı, s. 112-113. Bununla beraber tahkim anlaşmasının şekli ve tahkime elverişliliğinin MTK m. 5 çerçevesinde, mahkemece yapılacak tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemenin kapsamında olup olmadığını başka bir sorun olduğunu hatırlatmakta fayda görmekteyiz.

⁴⁹ van den Berg, s. 155.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Huysal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 14-19; Yeşilova, s. 321 vd.

durumlarda tahkim anlaşmasının tesirsiz kalabileceği irdelenmemiştir⁵¹. Bu şekilde “kapsayıcı ve kesin olmayan” bir ifadenin benimsenmesinin altında, farklı ülke mevzuatlarına göre doğabilecek çeşitli işlevsizlik hallerinin karşılığı olabilecek, her ülkenin hukukçularının kendi kanunlarına göre yorum yapabilmelerini sağlayacak alanı yaratabilecek adeta “kısa ve öz” bir terim bulma ihtiyacı yatabilir. Zira her ne şekilde ortaya çıkarsa çıksın ya da her nasıl ifade edilirse edilsin, tahkim anlaşmasının taraflarının ve farklı devlet mevzuatlarının ondan beklediği işlevi yerine getiremeyecek olması halinde “tesirsiz” bir tahkim anlaşmasından bahsedilebilecektir.

Çeşitli ülke mevzuat ve içtihatlarında bir fikir birliği oluşmadığını hatırlatmakla birlikte, özellikle *common law* sistemini uygulayan mahkemelerin, çoğu zaman, tahkim anlaşmasının taraflarca feshedildiği, tarafların tahkim anlaşmasının uygulanmasından feragat ettikleri veya tahkim anlaşmasının -tahkim veya tanıma/tenfiz yeri mevzuatlarına aykırılık nedeniyle uygulanmadığı durumlarda “tesirsiz” bir tahkim anlaşmasının varlığına hükmettikleri ifade olunmaktadır⁵².

Gerçekten de taraflar tahkim anlaşması yapmakta serbest oldukları kadar, söz konusu anlaşmayı feshetmekte de serbesttirler. Örneğin, İngiliz Yüksek Mahkemesi 2002 yılında verdiği bir kararda⁵³, tarafların davranışlarının tahkim anlaşmasının feshi anlamına gelip gelmediğini tartışmıştır. Anılan karara konu olayda, taraflardan biri (Downing) tahkim şartı içeren sözleşmeden doğan uyumsuzluk ile ilgili olarak diğer tarafa (Al Tameer) iki ayrı tarihte hakemini seçmesi için ihtar göndermiş, karşı taraf ise her seferinde tahkim şartını içeren asıl sözleşmenin var olmadığını ileri sürmüştür. Sonuç olarak Downing İngiliz mahkemelerinde dava açmış, bu sefer de Al Tameer sözleşmede tahkim şartının var olduğunu ileri sürerek tahkim itirazında bulunmuştur. *Court of Appeal* asıl sözleşmenin inkârının davalı açısından tahkim itirazının ileri sürülememesi sonucunu doğuracağını hükme bağlamıştır⁵⁴. Aslında bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, borç ilişkisinin nedeni olan asıl sözleşme ile tahkim şartının, aynı sözleşme içinde

⁵¹ **Born**, s. 708-709; **van den Berg**, s. 154; **Bonnell**, s. 111-112; **Yeşilova**, s. 534.

⁵² **Born**, s. 710-711; **Bonnell**, s. 113.

⁵³ Downing v. Al Tameer Establishment [2002] EWCA Civ 721; [2002] C.L.C 1291

⁵⁴ **Bonnell**, s. 113-114; **Yeşilova**, s. 510.

akdedilse dahi, iki ayrı sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiğidir. Aşağıda da inceleneceği üzere, bu iki sözleşmenin kaderi birbirinden tamamen ayrıdır. Asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden bağımsızlığı (*separability*) ilkesi gereğince, bir tarafın asıl sözleşmeyi feshetmesi, tahkim sözleşmesinin de feshedildiği anlamını taşımayacaktır. Ancak burada mahkeme, asıl sözleşmenin baştan itibaren yok olduğuna ilişkin davalı tarafça ileri sürülen iddianın, sözleşmenin diğer tarafına tahkim anlaşmasının feshedildiğini kabul ve devlet yargısına başvuru hakkı tanıdığına, bu durumda davalı tarafın da varlığını inkâr ettiği sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasına dayanarak tahkim itirazında bulunamayacağına hükmetmiştir. Tahkim anlaşmasının feshi, taraflardan birinin açık iradesi veya Downing davasında olduğu gibi taraflardan birinin davranışları sonucu ortaya çıkabilir. Bu çerçevede, taraf ifade ve davranışlarının yorumlanmasında genel sözleşmeler hukuku ilkelerinden yararlanılacaktır⁵⁵.

Tahkim anlaşmasından feragat edilmesi de mümkündür⁵⁶. Bu durumun en basit örneği, bir tarafın, tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlık hakkında devlet yargısında dava açtığı durumda, karşı tarafın tahkim itirazında bulunmamasıdır. Aynı şekilde, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin önce tahkimde, daha sonra da mahkemede aynı konuya ilişkin dava açması, ilgili tarafın tahkim anlaşmasından feragat ettiği şeklinde yorumlanabilir. Yargıtay'ın da tahkim sözleşmesinin taraflarının, hakem yerine devlet yargısına başvurmaları halinde, tahkim sözleşmesinin uygulanmasından vazgeçtiklerine ilişkin kararları mevcuttur⁵⁷. Avustralya Federal Mahkemesi,

⁵⁵ **Bonnell**, s. 114.

⁵⁶ **Yeşilova**, s. 509.

⁵⁷ **Akıncı**, s. 125. **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 5065/6721 sayılı ve 11.12.2009 tarihli kararından**: “Dava, yanlar arasında yapıldığı bildirilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak açılmıştır. Davacı tarafından açılan davada “tahkim itirazında” bulunan yüklenici şirket, kendi davasında sözleşmedeki tahkim koşulunu dikkate almadan genel mahkemede davasını açmıştır. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin taraflarınca davalarını hakem yerine mahkemelerde açmış olmaları durumunda; tahkim sözleşmesinin veya şartının uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını ortadan kaldırmışlardır. Açıklanan bu sebeplerle davalılarca yapılan tahkim itirazı kabul edilemez.”; **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 4423/4960 sayılı ve 04.10.2010 tarihli kararından**: “Dava, kat

tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlık ile ilgili olarak, bir tarafın devlet mahkemesine başvurması halinde, diğer tarafın davanın askıya alınması talebiyle mahkemeye başvurması ve bu başvurunun davanın esası ile ilgili olguları da içermesi ihtimalini değerlendirmiştir⁵⁸. Mahkeme, haklı olarak, aynı zamanda tahkim yargılamasını başlatan davalının devlet yargısına başvurmasının tahkim anlaşmasından feragat ettiği anlamını taşımayacağına hükmetmiştir.

Tahkim veya tenfiz yeri hukukunun, tahkim anlaşmasını özellikle uyuşmazlığın belirli bir tarafı açısından tesirsiz kılan hükümler içermesi de mümkün olabilir. Bu duruma, özellikle işçi, sigortalı veya tüketiciye karşı başlatılan tahkim yargılamalarında rastlandığı belirtilmektedir⁵⁹. Örneğin, sigortalının ancak uyuşmazlık doğduktan sonra akdedilmiş olan tahkim anlaşmasının tarafı olabileceğine veya tüketicinin ancak asıl sözleşmeden ayrı ve tüketicinin okuyup rıza gösterdiğini açıkça ispatlayan yazılı bir tahkim sözleşmesi ile bağlı olabileceğine dair hükümler böyledir. Bu durumda tahkim anlaşması, gerekli şartları gerçekleştirmediği sürece, sigortacı ve satıcı/sağlayıcı açısından geçerli sayılıp etki doğurur iken, sigortalı ve tüketici için etki doğurmayacaktır.

Türk Hukukunda, tahkime elverişlilik konusunun dışında değerlendirilen ve tahkim anlaşmasını bir taraf için etkisiz kılan bu tür hükümler yer

karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı cezai şart alacağına tahsil istemine ilişkindir. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin taraflarınca davalarını hakem yerine mahkemelerde açmış olmaları durumunda; tahkim sözleşmesinin veya şartının uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir. Çünkü T.M.K.nun 2. maddesi gereğince herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını ortadan kaldırmışlardır. Davalılarca yapılan tahkim itirazı kabul edilemez.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 1581/1652 sayılı ve 23.03.2010 tarihli kararından: “Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan gecikme tazminatı ve kira bedeli istemine ilişkindir. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin tarafları davalarını mahkemede açmışlarsa, sözleşme veya şartın uygulanmasından vazgeçmiş sayılırlar.” (www.kazanci.com).

⁵⁸ Pan Australia Shipping Pty Ltd v The Ship “Comandate” (No.2) (2006) 234 A.L.R. 483 at [484].

⁵⁹ **Bonnell**, s. 115-116.

almamaktadır⁶⁰. Bununla birlikte, her ne kadar tahkim anlaşmasının tesirsiz olması başlığı altında değerlendirilmese de, yukarıda yer verdiğimiz ve tahkim anlaşmalarının hükümsüzlüğüne yol açabilecek TBK'nın genel işlem şartları ile ilgili düzenlemeleri hatırlatmakta fayda görmekteyiz⁶¹.

Son olarak, hakem heyetinin taraflarca veya tahkime uygulanacak usul kurallarınca belirlenen süre içinde karar vermemesi, yargılamanın örneğin hakemlerin farklı görüşte olmaları nedeniyle sonlandırılmaması halinde de, tahkim anlaşmasının tesirsiz kaldığından söz edilmektedir⁶². Bu durumlara ek olarak tahkim yargılamasının taraflarından birisinin taraf ehliyetini kaybetmesi ve ilgili tarafın haleflerinin tahkim yargılamasına devam etmeyeceklerini bildirmeleri ya da hiçbir bildirimde bulunmamaları halinde de tahkim anlaşmasının tesirsiz kaldığı kabul edilmelidir.

Aslında, tahkim anlaşmasının “görevi”, yani tarafların tahkim anlaşmasından beklentisi, tahkim anlaşmasının sadece yargılamayı başlatmaya değil, aynı zamanda yargılama sonunda “icra edilebilir” bir karar almaya da elverişli olmasıdır⁶³. Yani tahkim anlaşmasının tesirsizliğine sebep olabilecek bir durum, hakem kararı verinceye ve hatta hakem kararı icra edilinceye kadar ortaya çıkabilir. Bu çerçevede, hakem kararının iptal edilmiş olmasının da tahkim anlaşmasını tesirsiz kılacağı dile getirilmektedir⁶⁴.

⁶⁰ Türk Hukukunda zayıf tarafın korunması amacıyla kabul edilen müdahaleci ve emredici kuralların kamu düzeni ve tahkime elverişlilik açısından değerlendirilmesi için bkz. **Huysal**, s. 93 vd.

⁶¹ Özellikle tüketici hukukunda genel işlem şartları ile ilgili olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 171 vd.

⁶² **Poudret/Besson**, s. 131; **van den Berg**, s. 158. MTK'nın 11. maddesinin (B)/4 hükmü uyarınca “tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talebin reddedilmesi” ve (B)/5 hükmü gereğince, “taraflarca, hakem kararının oybirliği ile verilmesi öngörülmesi olmasına rağmen hakemlerin farklı görüşte olmaları” tahkim yargılamasını sona erdiren haller arasında sayılmaktadır.

⁶³ “*Tahkim anlaşması kural olarak amacına ulaşması ile yani uyumsuzluk hakkında karar verilmesiyle sona erer.*” (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1073).

⁶⁴ **van den Berg**, s. 158. Yazar, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, aynı uyumsuzluğa ilişkin kesinleşmiş bir hakem veya mahkeme kararının verilmiş olmasının da kesin hüküm ilkesi (*res judicata*) uyarınca tahkim anlaşmasını tesirsiz kılacağı ifade etmektedir. Bununla beraber, bir hakem kararının, ancak tahkim yerinde “icra edilebilir” olduğuna karar verilmesi veya tanıma/tenfizinin istendiği ülkede tanındığı/tenfiz edildiği

D. Tahkim Anlaşmasının İcrasının İmkânsız Oluşu

Tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız olması, daha çok tarafların tahkim anlaşmasını akdederken dikkatsiz davranmaları sonucunda ortaya çıkan, tahkim anlaşmasının -genelde hakem heyeti oluşmadığı için- mahkemelerde de yorum yoluyla tamamlanamadığı ve etki doğurmasının sağlanamadığı durumları ifade etmektedir. Tahkim anlaşmasının icra edilebilir olması için, tahkim yerinin veya hakem heyetinin ne şekilde oluşturulacağına ilişkin usulün ya da tahkim usulüne uygulanacak kuralların belirlenmesi gerekir. Bu hususlardan birinin tereddüde yer vermeyecek biçimde belirlenmesi halinde, tahkim yeri usul kuralları ya da hakem heyeti veya tarafların seçtikleri usul kuralları eksik kalan noktaların tamamlayarak tahkim anlaşmasının icra edilebilmesini sağlayacaktır⁶⁵.

Tahkim anlaşmasının bu unsurlardan hiçbirini içermemesi, örneğin tarafların “işbu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenecektir” gibi bir tahkim şartı -ki bu tür ifadeler doktrinde “beyaz tahkim şartı (white clauses) denilmektedir- öngörmeleri halinde, şayet tahkim anlaşmasını tamamlayıcı bir bağlama unsurunun (*subsidiary connecting factor*) da uygulama alanı bulamadığı bir durum söz konusu ise, “icrası imkânsız bir tahkim şartı”ndan bahsetmek gerekecektir⁶⁶. Örneğin, tahkim yerinin

takdirde kesin hüküm niteliğine kavuşacağı unutulmamalıdır. Keza, bir devlet mahkemesinde geçerli bir tahkim anlaşmasına aykırı olarak dava görülmüş ve hüküm kesinleşmişse, bu durum ancak bu devletin tahkim yeri veya tanıma/tenfiz yeri devleti olması halinde hakem kararının icrasına (ilk ihtimalde iptal prosedürü, ikinci ihtimalde ise tanıma/tenfizin reddi sonucunda) engel olabilecektir.

⁶⁵ Bazı tahkim kanunlarında tahkim yerinin, hakem kurulunun ve hatta uygulanacak usul kurallarının belirlenmediği hallerde dahi tahkim anlaşmasının icra edilebilir kılacak çareler öngörülmüştür. Örneğin, Alman Medeni Usul Kanunu m. 1025/f.3 uyarınca, tarafların tahkim yerini belirlememiş olmaları halinde, taraflardan birinin işyeri veya mutad meskeninin Almanya’da bulunması halinde, mahkeme hakem heyetinin oluşması için gerekli atamaların yapılması görevini icra edecektir (**Poudret/Besson**, s. 126; Stefan M. **Kröll**, “The “Incapable of Being Performed” Exception in Article II (3) of the New York Convention”, in: *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, the New York Convention in practice*, ed. E. Gaillard/D. Di Pietro, Cameron May Ltd 2008 s. 338).

⁶⁶ **Poudret/Besson**, s. 130; **Kröll**, s. 331. Bununla birlikte, Hong Kong Yüksek Mahkemesi, taraflarca “üçüncü bir ülkede, üçüncü bir ülkenin kurallarına ve Uluslararası Ticari

Türkiye olarak belirlenmesi halinde, şayet uyuşmazlık MTK m. 2 anlamında yabancılik unsuru taşımaktaysa, MTK uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda tarafların hiçbir belirleme yapmamaları halinde dahi, MTK'ya göre hakem heyeti belirlenebilecek ve tahkim yargılaması bu kurallar uyarınca sürdürülerek hakem kararının verilmesi sağlanabilecektir. Yine, şayet taraflar hakemlerin seçim usulünü tam olarak belirlemişlerse, oluşan hakem heyeti tahkime uygulanacak usul kurallarını belirleme yetkisine sahip olacak ve örneğin -yine uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıması halinde- MTK m. 1/f. 2 uyarınca, MTK'nın uygulanmasına karar verebileceklerdir.

Tahkim anlaşmasının icrasına yönelik sorunların genellikle *ad hoc* tahkimde yaşandığını belirtmek gerekir. Yine de bu sorunlar, mahkemelerin, tarafların tahkime gitmek yönündeki iradelerini saptamaları üzerine, muğlak ya da birbiriyle çelişen ifadeler içeren tahkim anlaşmalarını yorum yolu ile mümkün olduğunca ayakta tutmak yönünde çaba sarf etmeleri sonucunda çözümlenebilmektedir⁶⁷. Örneğin, tarafların aralarındaki sözleşmede, hem

Tahkim Birliği usul kurallarına uygun olarak yapılacağı" öngörülen bir tahkim şartına dahi geçerlilik tanımıştır. Mahkeme burada tarafların tahkim iradesinin açıkça anlaşıldığı hükmüne varmıştır. (Lucky-Goldstar International (H.K.) Limited v. Ng Moo Kee Engineering Limited, 5 May 1993, Excerpts published in [1993] 2 Hong Kong Law Reports (HKLR), 73, Abstract prepared by the Secretariat: "The plaintiff, a Hong Kong company and subsidiary of a Korean company, sold sets of elevators to the defendant, a Hong Kong company. The contract contained an arbitration clause which provided for arbitration in a "3rd country, under the rule of the 3rd country and in accordance with the rules of procedure of the International Commercial Arbitration Association". The plaintiff sued for damages in the Hong Kong courts and the defendant sought a stay of the proceedings pursuant to article 8 MAL. The plaintiff argued that the arbitration agreement should be considered null since it referred by mistake to an unspecified third country, or inoperative since it referred to a non-existent organization and non-existent rules. The court found that the arbitration clause sufficiently indicated the parties' intention to arbitrate. It held that the reference to an unspecified third country, to a non-existent organization and non-existent rules did not render the arbitration agreement inoperative or incapable of being performed since arbitration could be held in any country other than the countries where the parties had their places of business and under the law of the place of arbitration, which could be chosen by the plaintiff. The court granted the stay of proceedings sought by the defendant and ordered the plaintiff to pay the costs of the proceedings.")

⁶⁷ Kröll, s. 330.

belirli bir devlet mahkemesini hem de tahkimi yetkili kılmaları halinde (seçimlik anlaşmalar), tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna, seçim hakkının davacı olduğuna hükmedilmektedir⁶⁸. Bununla beraber Yargıtay’ın yetkili

⁶⁸ Bu yöndeki Fransız mahkemelerince yerleşik içtihatlar için bkz. **Brekoulakis**, s. 241; **Poudret/Besson**, s. 130; **Yeşilova**, s. 539. Yazar, bu tür seçimlik anlaşmalarda, yetkili mahkeme kaydının yanında, tahkime sadece belirli bir tarafça gidilebileceğinin de kararlaştırılabilmekte olduğunu; bu gibi durumlarda dahi, sözleşmede belirlenen tarafın tahkim yargılaması başlatması halinde geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Diğer taraftan, Alman Federal Mahkemesi 1998 yılında verdiği bir kararda, böyle bir tahkim şartını, “seçim hakkının, tarafın sadece davacı olacağı durumlarda sınırlandırılmamış olması ve diğer tarafın gereksiz yargılama giderlerini karşılamak zorunda bırakılmayacağı” gerekçeleriyle geçersiz saymıştır (**Yeşilova**, s. 540).

Doktrinde, tarafların tahkim şartının yanında yetkili mahkemeyi de belirlemeleri (*forum selection*) halinde, belirlenen mahkemenin ancak tahkime yardımcı olabileceği hususlarda yetkili olabileceği ifade edilmektedir (**Kröll**, s. 331). Ancak şunu unutmamak gerekir ki, tahkim yargılamasında ihtiyati tedbir alınması, hakemlerin seçimi, delillerin toplanması gibi mahkemenin yardımını gerektiren hallerde yetkili mahkeme çoğu zaman tahkim yeri mahkemeleri (tahkimin gerçekleştiği ülke mahkemeleri) olacaktır ve bu durum tahkimin tabii olduğu kurallarda (örneğin tahkimin MTK’ya göre yapıldığı durumda MTK m. 3’de) düzenlenmektedir. Böyle bir durumda, örneğin İstanbul’da ICC kurallarına göre tahkimi öngören bir tahkim şartı yanında seçimlik olarak Cenevre mahkemelerinin de yetkilendirilmiş olması ihtimalinde, Cenevre mahkemeleri mi tahkim yargılamasına yardımcı olacaktır? Kanımızca, bu sorun uygulanan tahkim kurallarında yer alan yetki kuralının, örneğimizde MTK m.3’ün niteliği ile ilgilidir. Şayet MTK m.3’de yer alan yetki kuralının Türk mahkemeleri açısından münhasır yetki yarattığı düşünülürse yabancı mahkemeden alınan tahkim yargılamasına ilişkin kararın Türkiye’de icrası mümkün olmayacaktır (MÖHUK m.54/b bendi). Bu düşünce çerçevesinde, MTK m. 3’de belirtilen mahkeme dışında yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi de mümkün değildir (MÖHUK m. 47/f. 1). Bununla beraber, yabancı mahkemeden tahkim yargılaması ile ilgili verilebilecek kararlara baktığımızda, bu kararların nitelik itibarıyla tanıma/tenfize müsait olmadığı, dolayısıyla yabancı mahkemenin yetkilendirilebileceği düşünülse dahi, bunun pratik bir sonucu olmayacağı söylenebilir. Diğer taraftan, doktrinde, tahkim yargılaması için gerekli olan mahkeme yardımının tahkim yeri mahkemelerinden başka mahkemelerde de sağlanabileceği ifade edilmektedir (**Kröll**, s. 342).

Doktrinde, MTK’nın uygulama alanındaki bir tahkim yargılamasında, yetkili mahkemenin seçimi konusunda taraflara irade serbestisinin tanınmadığı belirtilmiş, bu konuda bir yetki sözleşmesinin yapılamayacağı ifade edilmiştir (**Akıncı**, s. 101-102). Diğer taraftan

mahkeme ve tahkime birlikte atıf yapıldığı durumlarda tahkim şartını geçersiz saydığı görülmektedir⁶⁹. Şunu belirtmek gerekir ki, tahkim şartı ile yetkili mahkemeyi belirleyen kaydın seçimlik değil de kademeli olarak düzenlenmesi halinde, tarafların tahkim iradesinin açık olmaması nedeniyle geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedilemeyecektir⁷⁰.

Tarafların hem kurumsal hem de ad hoc tahkime birlikte atıf yapmaları halinde de, mahkemelerce tahkim anlaşmasının mümkün olduğunca işletilebilir olması yönünde yorum yapıldığı ifade edilmektedir⁷¹. Bu gibi durumlarda tarafların gerçek iradelerinin araştırılıp hakem heyetinin oluşturulmasının sağlanması yerinde olacaktır. Zira artık birçok tahkim mevzuatında kabul edildiği üzere, hakem heyeti, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2007/2145, K. 2007/4389 sayılı ve 27.06.2007 tarihli kararında “taraflarca yetkili mahkemenin belirlenmesinin 4686 sayılı MTK’nın 3. maddesindeki açıklamalara uygun olduğuna” hükmetmiştir. Bu karardan Yargıtay’ın tahkimde yetkili mahkemenin taraflarca belirlenmesine cevaz verip vermediği tam olarak anlaşılammaktadır. Zira, karara konu olayda tarafların seçtiği mahkeme ile MTK m. 3’ün belirlediği mahkemenin örtüşüyor olması kuvvetle muhtemeldir.

⁶⁹ **Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 5385/5667 sayılı ve 08.12.1975 tarihli kararından:** “Dava, davaya dayanak olan istisna sözleşmesinin 9. maddesi uyarınca davalılar lehine tesis edilen ipoteğin terkinine ilişkindir. Bu sözleşmenin 14. maddesinde aynen “anlaşmazlıklar tarafların tayin edeceği ve meslek odasından çağrılacak 1 er mimardan kurulu hakem heyetince çözümlenecektir. Bu heyet tarafından çözümlenmeyen problemler için İzmir Mahkemeleri yetkilidir” demişlerdir. Bu halîyle çekişmenin halli için hem hakemleri, hem de mahkemeyi görevli kabul etmişlerdir. Genel ilke olarak bir hukukî çekişmenin çözümünde asıl görevli mercii mahkemeleridir. Tarafların sözleşmeyle bu konuda hakemleri yetkili kılması istisna bir işlemdir. Bu nedenle tahkim sözleşmesinde taraflar hem hakemleri hem de tabii mercii olan mahkemeleri görevli kabul edemezler. Bu tür tahkim sözleşmeleri geçersiz olduğundan çekişmenin davanın olduğu mahkemede çözümlenmesi şarttır.” (www.kazanci.com).

⁷⁰ “Taraflar arasındaki uyumsuzluğu, bağlayıcı ve nihai olarak çözüme kavuşturan bir usul, aynı türdeki bir başka usulle yarışabilir; ancak kademelendirilemez.” (Yeşilova, s. 541). Bkz. “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü” başlıklı kısım.

⁷¹ **Poudret/Besson**, s. 130. Tarafların aynı anda hem Zürih Ticaret Odası Tahkimine, hem UNCITRAL Tahkim Kurallarına, hem de -hakemlerin seçimi için- ICC kurallarına atıf yaptıkları bir tahkim şartında İsviçre Federal Mahkemesi, hakemlerin seçimi için ICC’ye yapılan atfın görmezden gelinmesi yönünde hüküm kurarak tahkim anlaşmasını geçerli saymıştır (ATF 130 III 66 sayılı karar).

de dâhil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar vermeye ehil olacaktır. Taraflar hakem heyeti oluştuktan sonra da tahkim anlaşmasının gerçek iradeleri dışında yorumlandığını ileri sürebileceklerdir. Burada önemli olan, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı bir hakem heyetinin çözmesi hususunda açık iradelerinin saptanmasıdır.

Tarafların aynı uyuşmazlığa ilişkin olarak iki ayrı ve birbiriyle çelişen tahkim anlaşması yapmaları ve bu anlaşmaların hangisinin uygulanacağına dair herhangi bir hükme yer vermemeleri halinde de birtakım sorunlar yaşanabilecektir. Bu gibi bir durumda da, yine tahkim yargılamasını başlatan tarafın (davacı) hangi tahkim anlaşmasına dayanacağını seçme hakkına sahip olacağı ifade edilmektedir⁷². Böyle bir durumda, sonraki tahkim anlaşmasının önceki anlaşmayı hükümsüz kıldığının da kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

Tarafların kurumsal tahkime atıf yapmayıp, ad hoc tahkimi seçtikleri ihtimalde, taraflarca belirlenen hakem heyetinin oluşumuna ilişkin usulün işletilmesi açısından da bazı sorunlar yaşanabilir. Her ne kadar, ulusal tahkim mevzuatlarında hakem heyetinin oluşumu açısından tamamlayıcı usuller (*fallback mechanisms*) öngörülmüş olsa da, bazen bu sorunların aşılması mümkün olmamaktadır⁷³. İki tarafın da işbirliği olmaksızın hakem heyetinin oluşturulamayacağına ilişkin hükümlerin kabulü tahkim anlaşmasının icrasına engel olabilmektedir. Örneğin, tarafların, “tahkim yargılamasını, her biri aktif olarak görev yapan hâkimlerden oluşan üç hakemli bir heyetin gerçekleştireceği” üzerinde anlaşmaları halinde, Alman Hukukunun aktif hâkimlerin ancak tarafların ortak iradesi ile veya bağımsız üçüncü bir tarafça atanabileceğine ilişkin hükmü karşısında, tarafların hakemler üzerinde anlaşamamaları halinde, tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olmadığına karar verilmiştir⁷⁴. Yine, tarafların tek hakemli bir tahkim yargılaması öngörmeleri ve hakemi de ismen belirttikleri ihtimalde, belirlenen hakemin

⁷² Poudret/Besson, s. 130.

⁷³ Kröll, s. 336-337.

⁷⁴ Karl-Heinz Böckstiegel/Stefan Michael Kröll/Patricia Nacimiento, Arbitration in Germany, The Model Law in Practise, Wolters Kluwer, 2008, s. 144; CA Salerno, 31.12.1990, Conceria Est Partenio SpA v. James Garnar&Sons Ltd, XXI Y.B. Com. Arb. 576 (1996), Kröll, s.337’den naklen.

ölmesi halinde de icra edilmesi imkânsız bir tahkim anlaşması ile karşı karşıya kalınacaktır⁷⁵.

Diğer taraftan, önceden belirlenen atama merciinin, hakem atamasını yapmaması, atanmış/önceden belirlenen hakem veya hakem heyetinin uyuşmazlığı çözmeye müsait olmaması veya görevini icra etmek istememesi gibi durumlarla da karşılaşılabilir⁷⁶. Yine, taraflarca önceden belirlenen hakem veya hakemlerin tarafsızlıklarını kaybettiği durumlar söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde, taraflarca önceden seçilen hakemlerin şahsı ön plana çıkmaktadır. Şayet tarafların, tahkime konu uyuşmazlığın sadece önceden belirledikleri hakem veya hakemlerce çözülmesini amaçladıkları anlaşılıyorsa, bu takdirde önceden belirlenen hakemlerin değiştirilmesi mümkün olmamalı, dolayısıyla tahkim anlaşmasının icrasına imkân tanınmamalıdır⁷⁷. Şayet taraflar yeni bir hakem veya hakem heyeti üzerinde anlaşma sağlayabilirlerse, artık yeni ve icra edilebilir bir tahkim anlaşmasından bahsetmek gerekecektir.

Doktrinde, Alman ve Avusturya tahkim mevzuatı uyarınca, tahkim heyetinin kendini yetkisiz sayması ve uyuşmazlıktan el çekmesi halinde de tahkim anlaşmasının icrasına imkân kalmadığı ifade edilmektedir⁷⁸. Bununla beraber, böyle bir durumun MTK m.15/A/1/d hükmü uyarınca tahkim kararının iptali sebebi olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Şayet iptal davasına bakan mahkeme de, hakemlerin yetkisizlik kararının hukuka uygun olduğuna hükmederse, bu durumda artık tahkim anlaşmasının -en azından MTK uyarınca- icra edilebilir olmadığını kabul etmek gerekir.

Tarafların tahkim yerini belirlemeleri tahkim yeri mahkemelerinin yargılamaya yardımcı olması, yargılamanın başlatılması ve devamına ilişkin kuralların belirlenmesi ve özellikle tahkim kararına karşı açılması muhtemel

⁷⁵ **Born**, s. 711; **Bonnell**, s. 111 Bununla beraber, taraflarca önceden belirlenen hakemin ölmesi hali, doktrinde, tahkim anlaşmasının tesirsiz kaldığı durumlar arasında da sayılmaktadır (**Poudret/Besson**, s. 131).

⁷⁶ **Kröll**, s. 338-339; **van den Berg**, s. 159. Yazar bu gibi durumlarda, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk uyarınca tahkim anlaşmasının “sona ermesine” hükmedebileceğini, bu açıdan tahkim anlaşmasının “tesirsiz” veya “icrasının imkânsız olması”nın önem arz etmediğini dile getirmektedir.

⁷⁷ **Kröll**, s. 339.

⁷⁸ **Böckstiegel/Kröll/Nacimiento**, s. 144; **Kröll**, s. 339-340.

iptal davaları açısından hayati önemi haizdir. Ne var ki, hakem heyetinin oluşturulması belki de tahkim yerinin belirlenmesinden çok daha önemli olabilir. Zira birçok ulusal tahkim mevzuatı uyarınca, hakem heyetinin tahkim yerini belirleme yetkisi vardır (MTK m. 9/f. 1). Bu nedenle tahkim yerinin belirlenmemesi başlı başına tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olmaması anlamını taşımayacaktır. Bununla beraber, tarafların belirlediği tahkim yerinde tahkim yargılamasının yapılamadığı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Özellikle, İran devrimi sonrasında, bir tarafın Amerikalı olduğu uyuşmazlıklarda, Amerikalı taraf için tahkim yerine gitmenin mümkün olmaması karşısında Amerikan mahkemeleri, tahkim yeri seçiminin tahkim şartının kalan kısmından ayrılamayacağı gerekçesiyle, bu tahkim anlaşmalarının icrasının mümkün olmadığına karar vermiştir⁷⁹. Diğer taraftan, taraflardan birinin tahkim yerine gidemediği her durumda, tahkim anlaşmasının kendiliğinden icra edilemez hale geldiğinin kabul edilmemesi gerektiği de vurgulanmaktadır⁸⁰. Zira birçok ulusal tahkim mevzuatında, duruşmaların tahkim yerinden farklı bir yerde de görülebileceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır (MTK m. 9/f. 2). Özellikle tarafların tahkim anlaşmasını yaparken tahkim yerinde örneğin iç savaş, çatışma gibi hallerin varlığından haberdar olmaları ve buna rağmen tahkim yerini bilerek seçmeleri durumunda tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız olduğuna karar verilmemesi gerektiği savunulmaktadır⁸¹.

Tarafların kurumsal tahkimi seçmeleri ve ilgili kurumun kurallarının uygulama alanı bulduğu tahkimlerde genellikle çok fazla sorun yaşanmamaktadır. Bununla beraber, kurumsal tahkimin öngörüldüğü hallerde de “patolojik” tahkim anlaşmalarına rastlamak mümkündür. Bu hallerin başında seçilen tahkim kurumuna yönelik yanlış veya belirsiz ifadeler, kısaltmalar ya da hiç var olmayan veya tahkim anlaşması akdedildikten sonra dağılan/faaliyetine son verilen tahkim kurumlarına yapılan atıflar gelmektedir⁸².

⁷⁹ National Iranian Oil Co. v. Ashland Oil Inc., 817 F. 2d 326 (5th Cir. 1987), **Kröll**, s. 341’den naklen; aynı karara ilişkin bkz. **Yeşilova**, s. 547, dn. 331.

⁸⁰ **Kröll**, s. 342.

⁸¹ **Kröll**, s. 342.

⁸² **Akıncı**, s. 105. Yazar, örneğin, “ICC” yerine “BCC” yazılması halinde merkezi Paris’deki MTO tahkimi yerine, Bahreyn’deki tahkim merkezine yollama yapılmış olacağını belirtmektedir. Gerçekten de, tarafların kullandıkları yanlış kısaltma veya tahkim

Uygulamada çoğu zaman, MTO (ICC) Tahkim Kurallarına yapılan atfın yanında şehir isimlerinin yer aldığı görülmektedir. Örneğin, tarafların Cenevre MTO Tahkimine atıf yapmaları durumunda, MTO Tahkim Mahkemesi ve devlet yargısı tarafından benimsenen ortak çözümün, yargılamanın Cenevre’de ve MTO Tahkim Kurallarına göre yapılacağı yönünde olduğu dile getirilmektedir⁸³. Bunun yanında, özellikle hem tahkim kurumunun isminin muğlak olması hem de tahkim yeri olarak belirlenen yerde tarafların belirlediği isme yakın bir tahkim kurumunun bulunması halinde tahkim kurumunun belirlenmesinde sorun yaşanabilmektedir. Böyle bir durumda taraflardan birinin tahkim yeri mahkemesine yapacağı başvuru sonucunda hangi tahkim kurumunun görevlendirildiğine hükmedilmesi mümkün olacaktır; mahkemenin yapması gereken “*favor validatis*” ilkesine uygun olarak tarafların gerçek iradelerinin tespiti⁸⁴. Diğer taraftan, tarafların iki ayrı tahkim kurumuna birden atıf yapmaları, tarafların bu iki kurumdan birine başvurmak konusunda seçim haklarının olacağı şeklinde yorumlanmaktadır⁸⁵.

kurumu isimleri uyumsuzluğun yanlış bir kurumda görülmesi sonucunu doğurabilmektedir. **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin E. 2011/4149, K. 2011/7619 sayılı ve 07.06.2011 tarihli bir kararı şu şekildedir:** “*Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve özellikle taraflar arasındaki sözleşmenin 10. maddesinde yer alan tahkim kaydına dayanarak hakem kararının Londra’da verilmiş bulunmasına, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (Court of International Arbitration)’nin uluslararası bir tahkim kurumu olmasına, bu tahkim kurumunun Paris’teki Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi’nden (The International Court of Arbitration of the ICC)’den farklı bulunmasına, Adalet Bakanlığı’nın 22.07.2010 tarihli yazısında Londra’daki Uluslararası Hakemlik Mahkemesinin Paris’te Kurulu Uluslararası Ticaret Odası ICC”den farklı bir kurum olduğunun belirtilmiş olmasına göre davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.*

(...) *Tenfizi istenen karar Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi’nce verilmiştir.*

Taraflar arasındaki sözleşmede bu kurum tahkim mahkemesi olarak kararlaştırılmadığı için ortada tarafların anlaşmasına uygun hakem mahkemesinden verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Bu durumda tenfiz isteminin mahkemece açıklanan gerekçeyle reddi gerekirken yetki yönünden reddi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.”

⁸³ Poudret/Besson, s. 129; Yeşilova, s. 536.

⁸⁴ Yeşilova, s. 537.

⁸⁵ Kröll, s. 330-331.

Tarafların var olmayan veya tahkim anlaşması akdedildikten sonra faaliyetine son veren tahkim kurumlarına atıf yapmaları da mümkündür. Tarafların var olmayan veya belirlenemeyen bir tahkim kurumuna atıf yapmaları halinde, çoğu zaman yukarıda belirttiğimiz üzere, mahkemeler yorum yolu ile atıf yapılan tahkim kurumunu belirleyebilmektedir. Bununla beraber, böyle bir tespit yapılamıyorsa, hakem heyetinin nasıl oluşturulacağı veya tahkimin hangi kurallara göre yürütüleceğini belirlemek de mümkün değilse, ancak o zaman tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olmadığına karar vermek gerekecektir. Atıf yapılan tahkim kurumunun dağılması halinde ise, iki farklı yaklaşım ortaya çıkmaktadır: bunlardan ilki, tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız hale geldiği, diğeri ise faaliyeti son bulan tahkim kurumunun yerine geçen/yeni kurulan tahkim kurumunun kanunî halef sıfatıyla uyuşmazlığı çözmek konusunda yetki kazanacağıdır⁸⁶. Bu durumda yapılması gereken şey, yine tarafların gerçek iradelerinin yeni kurulan tahkim kurumunun yetkisinin lehinde olup olmadığıdır: şayet atıf yapılan “dağılmış” tahkim kurumu ile bu tahkim kurumunun yerine kurulan tahkim kurumu kuralları arasında taraflar açısından önem arz etmeyen değişiklikler varsa, bu takdirde tahkim anlaşmasının icrasına izin verilmeli; aksi takdirde tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız olduğuna hükmedilmelidir⁸⁷. Bu çerçevede, her somut olayda, tahkim anlaşmasında atıf yapılan

⁸⁶ **Kröll**, s. 333-334. Bu duruma örnek olarak, Doğu Bloku ülkelerinin dağılması sırasında, Doğu Almanya Tahkim Mahkemesi'nin görevlerini, Almanya Cumhuriyeti'nin birleşmesi sonrasında, Berlin Tahkim Mahkemesi'ne devretmesi gösterilmektedir. Alman Federal Mahkemesi, 1994 ve 1995 yıllarında verdiği iki kararda, tarafların atıf yaptığı dağılan tahkim kurumu ile yeni kurulan tahkim kurumunun hakem heyetinin oluşması ile ilgili kurallarının tamamen farklı olduğu gerekçesiyle tahkim anlaşmasının tesirsiz (*inoperative*) olduğuna hükmetmiştir (Bundesgerichtshof, 20.01.1994, BGHZ 125, 7, 11 et seq.; Bundesgerichtshof, WM 1995, 1198, 1201; **Kröll**, s. 333'den naklen, ayrıca bkz. **Yeşilova**, s. 539, dn. 309). Diğer taraftan Avusturya Yüksek Mahkemesi, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) dağılmasından önce taraflarca SSCB Ticaret Odası Tahkimine yaptıkları atfın, Rusya Federasyonu kurulduktan sonra Rusya Federasyonu Ticaret Odası Tahkimini yetkili kıldığına hükmederken, yeni kurulan Federasyonun Tahkim kurumunun SSCB Tahkim kurumunun kanunî halefi olduğunu belirtmiştir (Kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz **Kröll**, s. 334 ve ayrıca bkz. **Yeşilova**, s. 539, dn. 309).

⁸⁷ **Kröll**, s. 334-335.

ve fakat sonradan dağılan tahkim kurumunun taraflar açısından arz ettiği önem araştırılmalıdır.

Tahkimden önce alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının belirlenmesi ve fakat bu yolların tüketilmemesi veya taraflarca tahkime başvurmak için belirli bir süre öngörülmesine rağmen, bu süre geçtikten sonra tahkime başvurulmasının da tahkim anlaşmasının icrasını imkânsız hale getirdiği söylenebilir. Zira tahkimden önce taraflarca başvurulması gereken arabuluculuk veya uzlaştırma gibi alternatif yollar tüketilmedikçe tahkim yargılaması başlatılamayacak, bu şekilde kendisine başvuru hakem veya hakem heyetinin de yetkisizlik kararı vermesi gerekecektir⁸⁸. Yine, tahkim başvurusunun örneğin, taraflar arasındaki müzakerelerin bitişinden itibaren otuz gün içinde yapılması gerektiğine ilişkin bir kayıt karşısında, tarafların öngörülen süre içinde tahkim başvurusunda bulunmaları gerekecektir. Aksi halde tahkim anlaşmasının icrası mümkün olmayacaktır⁸⁹.

Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin tahkime katılmak konusunda yeterli maddi imkânlarla sahip olmaması durumu da tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olup olamayacağı konusunda tartışılan bir durumdur. Konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmekle beraber, özellikle maddi sorunlar yaşayan tarafın davacı olması halinde birbiri ile çatışan iki ilkenin varlığından bahsedilmektedir: ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ve yargıya

⁸⁸ Yeşilova, s. 530-531. Yazar, üstünlük hazırlanmış, belirsiz alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına (*Alternative Dispute Resolution*) başvurmayı öngören hükümlerin geçerli olup olmadığı, bu yollara başvurma zorunlu olup olmadığı veya bu yolların ne zaman taraflarca tüketilmiş sayılması gerekeceği hususlarında sorunlar yaşanabileceğini, ancak bu sorunların “ADR anlaşmalarının tahkim üzerindeki geciktirici etkisini” bertaraf edemeyeceğini dile getirmektedir. Bu nedenle ADR anlaşmalarının mümkün olduğunca açık, tahkim anlaşmasının uygulanmasına engel olmayacak şekilde kaleme alınması gerekmektedir.

⁸⁹ Tahkim anlaşmalarında öngörülen bu süre sınırlamaları ve anılan süre sınırlamasına uyulup uyulmadığı konusunda hakemlerin mi mahkemelerin mi yetkili olduğuna ilişkin tartışmalar için bkz. William Park, “Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators”, 8 *The American Review of International Arbitration* (*Am. Rev. Int'l Arb.*) 133, 1997, (www.lexisnexis.com). Bununla birlikte, tahkim anlaşmasında öngörülen sürede tahkim başvurusunda bulunulmaması, doktrinde, tahkim anlaşmasının tesirsizliği çerçevesinde de ele alınmakta, bu konudaki kararın hakemlere bırakılması gerektiği ifade edilmektedir (van den Berg, s. 159).

ulaşma ilkeleri⁹⁰. Gerçekten de, davacının tahkim yargılamasını başlatmak için hakem kurulunca hükmedilecek avansı yatırması gerekmektedir. Şayet davacının bu avansı karşılayacak maddi kaynağı yoksa kendisine tahkim yerine devlet yargısına gitme ve böylece yargıya ulaşma imkânının tanınması gerekmektedir. Bununla beraber, bu durum davalının davacı ile akdettiği tahkim anlaşmasına ilişkin menfaatlerinin (ahde vefa ilkesini) zedelenmesine yol açacaktır. Ayrıca belki de böylece, davacıya haksız bir kazanç sağlanacak, davacının artık kendisi için avantajlı olmayan bir tahkim şartından kurtulması sağlanacaktır⁹¹.

İngiliz Hukuku açısından tarafların maddi durumlarının yetersizliği tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız hale gelmesi sonucunu yaratmamaktadır⁹². Özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklar açısından İngiliz ve Fransız mahkemelerinin daha katı davranmakta olduğu görülmektedir⁹³. Alman, Avusturya ve Hindistan yargısı ise, tahkim anlaşmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de 6. maddesinde yer alan hak arama/yargıya ulaşma hakkının önüne geçemeyeceği yönünde görüş beyan etmektedir⁹⁴. Tahkim yargılamasında, devlet yargısında olduğu gibi, adli yardım kurumunun işletilememesi nedeniyle, gerekli maddi güce sahip olmayan taraf aleyhine tahkimi ayakta tutmanın mümkün olmadığı düşüncesine karşın, taraflarca bilerek maddi imkânsızlık durumunun yaratılabileceği (*wilfully created impecuniosity*) veya bilerek yaratılmasa dahi bu imkânsızlığın kötüye kullanılabileceği düşüncesi ağır basmakta, İngiliz ve Fransız yargısı tarafından benimsenen çözümün uluslararası ticari tahkime daha uygun olacağı savunulmaktadır⁹⁵. Bununla beraber, ticari tahkimde davacının avans yatırmakla sorumlu olduğu düzenlenmekle birlikte, davalının da davacının yatıramadığı avansı yatırma ve bu şekilde tahkim yargılamasının devamını

⁹⁰ Kröll, s. 344.

⁹¹ Kröll, s. 344-345.

⁹² Kröll, s. 345; van den Berg, s. 159-160; Yeşilova, s. 547; Janoz Paczy v. Haendler Natermann.GmbH [1981] 1 Lloyd's Rep 302 (CA); Goodman v. Winchester&Alton Railway Plc [1985] 1 WLR 141.

⁹³ Kröll, s. 346.

⁹⁴ Böckstiegel/Kröll/Nacimiento, s. 144; Kröll, s. 347.

⁹⁵ Kröll, s. 349; van den Berg, s. 159-160.

sağlama imkânının olduğunu hatırlatmak gerekir. MTK m. 16/C hükmü uyarınca, “*hakem veya hakem kurulu, davacı taraftan yargılama giderleri için avans yatırmasını isteyebilir. Avans, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemişse hakem veya hakem kurulu yargılamayı durdurabilir. Yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunur, aksi halde tahkim yargılaması sona erer.*” Bu hükümden anlaşılacağı üzere, davacının hakem veya hakem kurulunca belirlenen avansı yatıramaması üzerine yargılamanın durduğunun taraflara bildirilmesi halinde, davalının da belirlenen avansı yatıramaması halinde tahkim yargılaması sona erecektir. Kanımızca, ancak böyle bir durumda tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız hale geldiğinin kabulü gerekecektir.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin Türk mahkemelerince incelenmesinde dikkat edilmesi gereken birçok nokta vardır. Bu nedenle, yapılacak incelemede, gerek MTK gerekse NYK açısından uygulama alanı bulacak tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü, tesirsiz veya icrasının imkânsız oluşu kavramlarının açıklığa kavuşturulması büyük önem arz etmektedir. Farklı devlet mevzuat ve içtihatları incelendiğinde, özellikle tahkim anlaşmasının tesirsiz ve icrasının imkânsız oluşunu ayıran çok derin bir çizginin var olmadığı görülmektedir. Bu bağlamda, aynı durum, hem tahkim anlaşmasının tesirsizliği hem de icrasının imkânsız oluşu çerçevesinde değerlendirilebilir. Bununla birlikte, uygulamada mahkemelerin bu kavramları net bir şekilde ayırt etmek yerine, NYK m. II/3’e “bir bütün halinde” atıf yaparak tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmettikleri ifade edilmektedir⁹⁶.

Bu noktada kesin olarak yapılabilen tek ayırım aslında NYK m. II/3’ün uygulama alanı ile özellikle NYK m. II/1 ve 2’nin uygulama alanına giren hususlar arasındadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, tahkim anlaşmasının şekli NYK m. II/2’de ayrıca düzenlenmektedir. Yine m. II/1’de tahkim anlaşmasının, “sözleşmesel olsun veya olmasın”, belirli bir hukuki ilişkidir

⁹⁶ van den Berg, s. 155.

doğan ve tahkim yoluyla çözümünü mümkün olan uyuşmazlıklar hakkında akdedilebileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla tahkime elverişliliğin de m. II/3 kapsamında değerlendirilemeyeceği dile getirilmektedir⁹⁷.

Tahkim anlaşmasının geçersizliği ana başlığı altında inceleyebileceğimiz NYK m. II/3 ve 1985 UNCITRAL Model Kanunu m. 8’de yer alan yukarıda değindiğimiz bu üç kavramın tümü için ortak bir nokta bulunmaktadır: Özellikle NYK’nın uygulama alanına giren durumlarda tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız oluşu hususunda yapılacak incelemede uluslararası yeknesak standartlara uyulmalı ve bu üç kavram mümkün olduğunca dar yorumlanmalıdır⁹⁸. Doktrinde bu yorum tarzı “etkili yorum (*effective interpretation*)” olarak adlandırılmakta, tahkim anlaşmasının farklı şekillerde yorumlanabileceği durumlarda, anlaşmayı etkili kılan yorumun benimsenmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁹⁹.

Gerçekten de, gerek ulusal, gerekse uluslararası tahkim mevzuatlarının amacının -günümüzde gitgide daha da açık bir şekilde ortaya konulduğu üzere- “tahkim anlaşmasının icra edilmesi” olduğu göz önüne alındığında, tahkim anlaşmasının, bu üç kavramdan hangisinin içine girerse girsin, uygulanamaması ve devlet mahkemelerinin tarafları tahkime “sevk etmemeleri”, ancak tahkim anlaşmasının açıkça geçersiz olması halinde, adeta “olağandışı bir ihtimal” olarak kabul edilmeli, taraf iradelerinin varlığı konusunda tahkim lehine yorum yapılmalıdır¹⁰⁰. Bu bağlamda, uluslararası tahkim anlaşmalarının geçerlilik karinesine (*presumptive validity and enforceability of international arbitration agreements*) tabi olduğundan bahsedilmektedir¹⁰¹.

⁹⁷ van den Berg, s. 155; Huysal, s. 170.

⁹⁸ John J. Barcelo, “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol: 36:1115, 2003, s. 1128; van den Berg, s. 155; Born, s. 709-710.

⁹⁹ Girsberger/Voser, s. 57.

¹⁰⁰ Jack Graves, “Court Litigation over Arbitration Agreements: Is it Time for a New Default Rule?” (2012), *Scholarly Works. Paper 413*, <http://digitalcommons.tourolaw.edu/scholarlyworks/413>, s. 16; Born, s. 567-568 ve 709-710.

¹⁰¹ Born, s. 567-568 ve 709-710.

Diğer taraftan, NYK'da aslında hem tahkim anlaşmasının hem de tahkim kararlarının geçerliliğinin ve icrasının bir arada düzenlenmesinden hareketle, NYK m. II hükmünün tahkim kararlarının tanınmasının/tenfizinin reddi sebeplerini düzenleyen m. V hükmü ile paralel ve uyumlu bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiği de unutulmamalıdır¹⁰².

¹⁰² **Born**, s. 711.

Kaynaklar

- Akıncı**, Ziya; Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Baizeau**, Domitille; “Modification de l’article 186 de la LDIP Suisse: procédures parallèles et litispendance, clarification du législateur après la jurisprudence Fomento”, (http://www.lalive.ch/data/publications/dab_Modification_de_l'article_186_de_la_LDIP_suisse_2007.pdf).
- Ball**, Markham; “The Essential Judge: the Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration”, *The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 22 No.1, 2006.
- Barcelo**, John J.; “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vanderbilt Journal of Taransnational Law*, Vol: 36:1115, 2003.
- Bonnell**, Max; “When is an arbitration agreement “inoperative”?”, *International Arbitration Law Review*, 2008, 11(3), 111-117 (www.westlaw.com).
- Born**, Gary B.; International Commercial Arbitration, Chapter 5 - Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements, Wolters Kluwer 2009.
- Böckstiegel**, Karl-Heinz/**Kröll**, Stefan Michael/**Nacimiento**, Patricia; Arbitration in Germany, The Model Law in Practise, Wolters Kluwer, 2008.
- Brekoulakis**, Stavros; “The Negative Effect of Compétence Compétence: The Verdict Has To Be Negative”, *Austrian Arbitration Yearbook*, pp. 238-258, 2009.
- Girsberger**, Daniel/**Voser**, Nathalie; International Arbitration in Switzerland, Schulthess 2008.
- Graves**, Jack; “Court Litigation over Arbitration Agreements: Is it Time for a New Default Rule?” (2012), *Scholarly Works Paper* 413, <http://digitalcommons.tourolaw.edu/scholarlyworks/413>.

- Huysal**, Burak; Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Kröll**, Stefan M.; “The “Incapable of Being Performed” Exception in Article II (3) of the New York Convention”, in: *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, the New York Convention in practice*, ed. E. Gaillard/D. Di Pietro, Cameron May Ltd 2008.
- Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut; 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 11.Bası Vedat Kitapçılık, 2013.
- Özel**, Sibel; Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayıncılık, 2008.
- Park**, William; “Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators”, 8 *The American Review of International Arbitration (Am. Rev. Int'l Arb.)* 133, 1997, (www.lexisnexis.com).
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Yetkin Yayınları, 2013.
- Poudret**, Jean François/**Besson**, Sébastien; Comparative Law of International Arbitration, Second Edition Updated and Reviewed, Thomson Sweet&Maxwell/Schulthess 2007.
- Şanlı**, Cemal; Milletlerarası Özel Hukuk, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Şanlı**, Cemal; Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Baskı, Beta Yayınları, 2013.
- van den Berg**, Albert Jan; “New York Convention of 1958, Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) - XXVII (2002)”, *Yearbook Comm. Arb'n XXVIII*, (2003) (<file:///C:/Documents%20and%20Settings/ipek.sarioz/My%20Documents/Downloads/NYC+Commentary+2003.pdf>).
- van den Berg**, Albert Jan; The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation, Kluwer Law and Taxation Publishers 1994.

van den Berg, Albert Jan; “The New York Convention of 1958: An Overview”, (http://www.arbitrationicca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf.)

Weigand, Frank-Bernd; Practitioner’s Handbook on International Arbitration, Staempfli Verlag 2002.

Yavuz, Cevdet; “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, *MÜHF II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu*, 14 Şubat 2009.

Yeşilova, Bilgehan; Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Yayınevi, 2008.