

ASİMETRİK TAHKİM SÖZLEŞMELERİNİN GEÇERLİLİĞİ

Validity of Asymmetric Arbitration Agreements

Ayşegül POLAT*

Öz

Hukukumuzda tahkim uygulaması özellikle son yıllarda dikkat çekici şekilde artış göstermiştir. Bu durum pek çok açıdan yeni tartışmaları gündeme getirmiştir. Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği meselesi de işte bu tartışma konularından birisidir. Türk Hukukunda asimetrik tahkim sözleşmelerini doğrudan yasaklayan bir hüküm mevcut değildir; fakat bu durum bu kayıtların her zaman geçerli kabul edileceği sonucunu doğurmaz.

Bu çalışmanın ilk kısmında genel hatlarıyla asimetrik tahkim sözleşmesi ve farklı hukuk sistemlerinin bu sözleşmelere yaklaşımı üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde ise, asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği eşitlik ilkesi ve hak arama hürriyeti bağlamında inceleme konusu yapılacaktır. Daha sonra bugün için Türk hukuku bakımından asimetrik tahkimin tek kanuni örneği olduğunu tespit edilen sigorta tahkimindeki asimetrik tahkim şartının geçerliliği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Sigorta Tahkimi, Asimetrik Tahkim, Hak Arama Hürriyeti, Eşitlik İlkesi, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması, Yatay Uygulanabilirlik.

* Araştırma Görevlisi, ASBÜ Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku, aysegul.can@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3919-6747.

Makale Gönderim Tarihi: 28.06.2019.

Makale Kabul Tarihi: 18.07.2019.

Abstract

In Turkish law, practice of arbitration has remarkably increased, especially in recent years. This progress of arbitration under Turkish law has inevitably led to new debates. The issue of validity of asymmetric arbitration agreements is one topic of these debates. Currently, there is no rule under Turkish law directly prohibiting asymmetric arbitration agreements. However, this does not necessarily mean that these clauses will always be considered valid.

In the first part of this study, asymmetric arbitration agreement and the approach of different legal systems to these agreements are discussed. In the second part, the validity of asymmetric arbitration agreements is examined within the context of the principles of equality and freedom to claim rights. Finally, the validity of the asymmetric arbitration clause in insurance arbitration, which is determined to be the only example of asymmetric arbitration in terms of Turkish legal regulations, is evaluated.

Keywords: Arbitration, Insurance Arbitration, Asymmetric Arbitration, Freedom to Claim Rights, Principle of Equality, Restriction of Fundamental Rights and Liberties, Horizontal Applicability.

KISALTMALAR CETVELİ

AGBG	: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
b. n.	: başvuru numarası
dn.	: Dipnot
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Jahrg.	: Jahrgang
KİBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
m.	: Madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
Nr.	: Nummer
SK	: 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TURKS	: Türk Kurtarma Sözleşmesi
UTTDER	: Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Anayasanın 9. maddesinde ifade edildiği üzere “*Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.*” Bu madde devletin egemenlik hakları içerisinde yer alan yargı yetkisinin hakemler eliyle kullanıldığı tahkimin uyuşmazlığın mahkemede görülmesi kuralına bir istisna teşkil ettiğini göstermektedir. Oysaki tahkim; insanların toplu halde yaşamaya başlamalarıyla birlikte kendi aralarında uyuşmazlık çözümünde kullandıkları, resmi yargılama kurumlarının oluşumundan da önceye dayanan oldukça eski kökenli bir kurumdur.¹ Uyuşmazlıkların çözümünün asli mekanizma olan devlet yargılaması yerine, hakem olarak adlandırılan bağımsız ve tarafsız kişilerce yerine getirilmesini öngören tahkimden beklenen, tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması ve tahkim yargılaması süresince dengenin taraflardan herhangi biri lehine bozulmamasıdır. Bir sözleşmede karşılıklılık ilkesi uyarınca tarafların edimleri arasındaki dengenin gözetilmesi ve taraflar arası eşitliğin mümkün mertebe korunması son derece önemlidir.

İşte bu çalışmanın konusu bir sözleşmede taraflar arasındaki eşitliğin herhangi bir şekilde bozulduğu asimetrik olarak adlandırılan sözleşmelerin tahkimde ne şekilde karşımıza çıkabileceği ve bu tarz sözleşmelerin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından geçerliliği meselesidir. Bu makale kapsamında asimetri kavramının bir matematik terimi olmadığını ve taraflar arasındaki dengenin bozulmasını ifade etmek için kullanıldığını belirtmekte fayda bulunmaktadır. Bununla birlikte çalışmanın konusunu sınırlandırabilmek adına bu çalışmada tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkabilecek eşitsizliklerin kapsam dışında olduğunu ifade etmek gerekir. Bilakis burada, tahkim iradesinin ortaya koyulduğu tahkim sözleşmesinde/şartında yahut kanun

¹ Mustafa Yıldırım, *İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim* (İzmir: İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları, 2002), 32; Tahkimin kökenlerinin ne kadar eskiye dayandığının belli olmadığı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Earl S. Wolaver, “The Historical Background of Commercial Arbitration,” *University of Pennsylvania Law Review* 83, no.2 (1934): 132.

hükmüyle tahkim yolunun kabul edildiği hallerde tarafların tahkime başvurabilme imkânları açısından ortaya çıkan eşitsizlikler incelenmeye çalışılacaktır.

I. ASİMETRİK TAHKİM SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Tahkim, kanunun yasaklamadığı konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların bir sözleşme veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kişiler aracılığıyla çözümlenmesidir.² Tahkim sözleşmesinin geçerliliği bakımından yapılacak bir değerlendirmede, söz konusu sözleşmenin kanunda yer alan tanımdaki şartları taşıyıp taşımadığı dikkate alınacağından bu konuda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 412. maddesinde yer alan tahkim sözleşmesi tanımına bakılmalıdır.³ İlgili maddeye göre tahkim sözleşmesi, "tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma" dır. Ancak, Karadaş'ın da ifade ettiği gibi bu madde tahkime elverişlilik⁴ kavramını kapsamadığından eksik bir tanımlamadır.⁵

² Rasih Yeğencil, *Tahkim (L'arbitrage)* (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974), 94. Benzer tanımlar için bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt. 6 (İstanbul: Demir Yayıncılık, 2001), 5875; Âlim Taşkın, *Hakem Sözleşmesi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2000), 8; İzzet Karadaş, *Ulusal (İç) Tahkim* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 45; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 1185; Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 2593; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 780.

³ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 93-94; Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 60.

⁴ Tahkime elverişlilik, tarafların tahkim sözleşmesine yansıtabilecekleri iradenin yani irade serbestisinin hukuk tarafından çizilen sınırını ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Afşın İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 221ff.

⁵ Karadaş, *Ulusal*, 44-45.

Kural olarak tahkim sözleşmesinin, tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması esas (karşılıklılık ilkesi- *mutuality doctrine*) üzerine kurulan yani tarafları için simetrik olan bir sözleşme olduğu ifade edilir.⁶ Bir başka deyişle; tahkim sözleşmelerinde hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların taraflar arasında herhangi bir ayırım, üstünlük veya öncelik gözetilmeksizin tahkime havale edilebilmesi esastır.⁷ Eşitlik, nefaset, adalet gibi kavramları akla getiren karşılıklılık, kulağa epey sempatik gelen bir ifade olmasına karşın; simetri adaletli olmak değildir. Ayrıca yükümlülüklerin karşılıklı olması da büyük ölçüde gözden düşmüş, önemini yitirmiş bir kavram olarak ifade edilir.⁸ İşte, taraflar arasında olması beklenen bu simetriyi bir kanun hükmü ya da taraf iradesiyle (yani sözleşmede yer alacak bir hükümle) bozan sözleşmeler asimetric/ tek taraflı olarak ifade edilir.

Bir sözleşmede hak ve yükümlülüklerin dağılımındaki dengesizlik genellikle söz konusu hukuki ilişkide taraflar arasındaki dengesizlikten kaynaklanır.⁹ Özellikle taraflardan birinin tüketici olduğu ilişkilerde, kira ilişkilerinde, işçi-işveren ilişkilerinde ve bankalarla ilişkilerde taraflar arasındaki güç dengesi daha en başından taraflardan biri (genellikle satıcı/kiralayan/işveren/banka) lehine bozulmuş durumdadır. Taraflar arasındaki dengeyi ekonomik olarak da-

⁶ Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (İstanbul: Beta, 2013), 83.

⁷ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 632; Emre Esen, "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2010): 145.

⁸ Joseph M. Perijlo/ Helen Hadjiyannikas Bender, *Corbin on Contracts*, rev. ed. 1995, § 6.1 (Naklen Christopher R. Drahozal, "Nonmutual Agreements To Arbitrate," *The Journal of Corporation Law* 27, (Summer 2002): 537.

⁹ Deyan Draguiev, "Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability," *Journal of International Arbitration* 31, no. 1 (2014): 21; İurii Ustinov, "Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity," (Master's Thesis, Tilburg University), 9; Judita Perényiová, "Unilateral Option Clauses in Commercial Arbitration," (LL.M. Short Thesis, Central European University, 2014), 6.

ha güçlü olan taraf lehine bozan sözleşmeler ya da şartlar ortaya çıkardığı asimetri sebebiyle tartışmaya açık bir konudur. Asimetrik tahkim sözleşmelerinin veya şartlarının geçerliliği de bu bağlamda tartışmalı bir meseledir. Şüphesiz ki bir sözleşme kurulurken, özellikle ticari nitelikteyse edimler arası dengenin tam manasıyla sağlanması her zaman mümkün değildir. Bu sebeple eşit olmayan hak ve yükümlülükler rağmen, emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmedikçe sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olduğu da düşünülmemelidir.¹⁰

Asimetrik tahkim sözleşmelerinin uygulamada en sık karşılaşılan örnekleri taraflardan birinin hakem seçme hakkı varken diğerine bu imkânın verilmemesi veya tahkime başvurma hakkının sadece bir tarafa tanınıp diğer tarafa tahkim yolunun kapatılması şeklindedir. Tahkime başvurabilme imkânı bakımından karşımıza çıkabilecek ilk ihtimal; uyuşmazlık halinde taraflardan birinin (A) tahkim yahut mahkemeye başvurma bakımından bir seçme hakkına sahip olmasına karşın; diğer tarafın (B) sadece mahkemeye başvurma hakkının olmasıdır.¹¹ Bu durumda eğer (B) mahkemeye başvurursa, (A)'nın tahkim şartını ileri sürebilme ve yargılamanın hakemlerce görülmesini sağlama ihtimali olacaktır. Ancak süreci başlatan taraf (A) olursa onun seçtiği yola karşı (B)'nin yapabileceği bir şey olmayacaktır. İkinci ihtimal ise; bir tarafın (A) tahkime veya mahkemeye başvurma konusunda seçim hakkı olmasına rağmen, diğer tarafın (B) sadece tahkime başvurma imkânının olmasıdır.¹² Bu durumda da (A) uyuşmazlığın çözümü için hangi yolu tercih ederse (B) buna uymak zorunda olacak.

Şüphesiz ki asimetrik tahkim örnekleri bunlarla sınırlı tutulamaz. Kanaatimizce taraflar arası eşitliğin taraf iradesiyle yahut kanun hükmü ile bozulduğu her tahkim sözleşmenin asimetrik kabul edilmesi daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Burada asıl mesele sözleşme ser-

¹⁰ Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 33.

¹¹ Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 24-25; Ustinov, "Legal Validity," 11; Perényiová, "Commercial Arbitration," 8.

¹² Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 25; Ustinov, "Legal Validity," 11; Perényiová, "Commercial Arbitration," 7.

bestisinin sınırı ve dolayısıyla hangi hallerde asimetrik tahkim sözleşmesinin geçerli hangi hallerde ise geçersiz olacağı noktasındadır.

B. Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği Meselesi

Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği meselesi 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren pek çok ülkede tartışma konusu haline gelmiştir. Bu sözleşmeleri baştan itibaren geçersiz saymak çoğu ülkenin tercih ettiği bir yaklaşım olmamış; istikrarsız tutumlar olmakla beraber genel eğilim bu sözleşmeleri kabul etmekten yana olmuştur.¹³

1. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminin Yaklaşımı

Asimetrik tahkim sözleşmeleri İngiliz ve Amerikan mahkemele-ri tarafından çokça tartışılmış ve bu konuda farklı pek çok karar ortaya çıkmıştır. Ancak, yeni eğilimin irade özerkliğinin ön plana çıkarılarak asimetrik tahkim sözleşmelerini geçerli kabul etmekten yana olduğu söylenebilir.

İngiliz Temyiz Mahkemesi 1947 yılında verdiği bir kararda tüketiciye tahkime başvurma imkânı verirken depo sahibine bu yolu kapatan sözleşmede, genel olarak tahkim şartına bağlanan nitelikten mahrum bırakmaya yönelik eşit olmayan bir hüküm olmadığı gerekçesiyle asimetrik tahkim sözleşmeleri yanlısı bir tutum sergilemiştir.¹⁴ 1966 yılında ise tam tersi bir yaklaşımla, her iki tarafın da uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurabilmesinin eşit olarak kabul edilmesi halinde tahkim sözleşmesinin/şartının geçerli olabileceği ifade edilmiştir.¹⁵ Asimetrik tahkim sözleşmesine karşı gelişmiş olan bu olumsuz yaklaşım Mahkemenin 1985 tarihli *Tote Bookmakers Ltd. ve Development & Property Holding Co. Ltd.* davasında da aynen devam etmiştir. Fakat 1986 yılında karar verilen *Pittalis ve*

¹³ Ustinov, "Legal Validity." 13.

¹⁴ Woolf ve Collis Removal Service 1947, Perényiová, "Commercial Arbitration," 21.

¹⁵ Baron ve Sunderland Corp. 1966, Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. 1 (Alphen ann den Rijn: Wolters Kluwer, 2014), 866-867.

Sherefettin davasında 1966 ve 1985 tarihli bu iki karardaki yaklaşımın yanlış olduğu, taraflardan sadece birinin tahkime başvurabilmesine imkân tanıyan sözleşmenin 1950 Tahkim Kanunu'na (*Arbitration Act 1950*) göre geçersiz sayılamayacağı ifade edilmiştir.¹⁶ İngiliz hukuku bakımından dönüm noktası olan *Pittalis* davasında mahkeme ayrıca, tahkim sözleşmesinde tarafların rızasına işaret ederek tahkim şartında karşılıklılık esasının kabulünü reddetmiştir.¹⁷ Bu karardan sonra İngiliz mahkemeleri tahkim sözleşmelerinde simetri ve karşılıklılık incelemesine son vermiştir.¹⁸ İngiliz mahkemeleri güncel kararlarında asimetrik tahkim sözleşmelerini irade özerkliği ilkesi ile ilişkilendirerek İngiltere'de artık bu sözleşmelerin geçerliliği konusunda bir tereddüt olmadığını vurgulamaktadır.¹⁹

Amerikan hukuku bakımından ise asimetrik tahkim sözleşmelerini geçersiz kabul eden yerleşmiş bir içtihat bulunmamaktadır.²⁰ Amerikan mahkemelerinde asimetrik tahkim sözleşmelerin geçerliliği tartışması temelde iki mesele üzerinden sürdürülmüştür: karşılıklılık (*mutuality*) ilkesi ve hakkaniyete aykırılık (*unconscionability*).²¹

1990'lı yıllara kadar Amerikan mahkemelerinin büyük bir kısmı asimetrik tahkim sözleşmelerini karşılıklılık ilkesine aykırılık gerekçesiyle geçerli kabul etmemiştir. Örneğin, 1985 tarihli *Hull&Norcom Inc.* davasında, sadece işverene mahkemeye de başvurma konusunda seçimlik hak sunan tahkim şartının incelenmesinde, her iki tara-

¹⁶ Pittalis ve Sherefettin 1986, Duarte Gorjão Henriques, "Asymmetrical Arbitration Clauses under the Portuguese Law," *Young Arbitration Review*, Year 3 (October 2013): 51; Perényiová, "Commercial Arbitration," 21-22.

¹⁷ Alex Bevan, "Optional Arbitration Agreements: The English Position," Kasım 30, 2011, <https://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/optional-arbitration-agreements-the-english-position>.

¹⁸ Ustinov, "Legal Validity." 14.

¹⁹ Mauritius Commercial Bank Ltd ve Hestia Holdings Ltd ve diğerleri 2013, Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 26; Bas van Zelst, "Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: A Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context," *Journal of International Arbitration* 33, no. 4 (2016): 376.

²⁰ Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 26.

²¹ Henriques, "Asymmetrical Arbitration," 47; Ustinov, "Legal Validity." 14.

fın da hak ve yükümlülüklerinin birebir aynı olmayabileceği ancak çok katı bir şekilde karşılıklılık aranmasa da her iki tarafın edimleri arasında bir dengenin olması gerektiği ifade edilerek tahkim şartının geçersizliğine hükmedilmiştir.²² Ancak bugün, modern Amerikan sözleşme hukukunda hemen hemen tüm mahkemelerce karşılıklılık ilkesinin asimetrik tahkim sözleşmelerinin uygulanmasına bir engel teşkil etmediği kabul edilmektedir.²³ Bir başka deyişle, sözleşme hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde sözleşmenin geçerliliği incelemesinde edimler arası dengenin gerektiği ancak bunun yeterli olmadığı; yani eşit konumda olmayan tarafların edimleri arasında oluşabilecek muhtemel dengesizliğin, asimetrik tahkim sözleşmesinin geçersizliği için bir gerekçe olamayacağı ifade edilmektedir.²⁴ Sözleşmeler hukuku bağlamında esas olan sözleşmenin geneli itibarıyla bir dengenin sağlanması olduğundan sözleşmenin her unsuru bakımından birebir denklik aranmaz.²⁵

1990'lardan sonra Amerikan mahkemeleri asimetrik tahkime ilişkin kararlarını adil olmama/hakkaniyete aykırılık (*unconscionability*) kavramı temelinde vermeye başlamıştır. Ancak, genel olarak asimetrik tahkim sözleşmelerinin hakkaniyete aykırı yani kabul edilemez olduğu sonucuna varmak çok kolay değildir. Zira Amerikan hukukunda "*unconscionability*" kavramı tam olarak tanımlanabilmiş değildir.²⁶ Taraflardan sadece birine uyuşmazlığın tahkim ile mi yoksa mahkeme yolunu ile mi çözüleceği konusunda seçme hakkının ve

²² Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 26, dn. 20; Born, *Arbitration*, 867, dn. 1267; Drahozal, "Nonmutual Agreements," 543; Henriques, "Asymmetrical Arbitration," 48; Ustinov, "Legal Validity," 15.

²³ Born, *Arbitration*, 868; Perényiová, "Commercial Arbitration," 37; Drahozal, "Nonmutual Agreements," 544.

²⁴ Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 40-41.

²⁵ Arthur M. Kaufman and Ross M. Babbitt, "The Mutuality Doctrine in the Arbitration Agreements: The Elephant in the Road," *Franchise Law Journal* 22, no.2 (2002): 103.

²⁶ *Steinhardt ve Rudolph* davasında mahkeme tam olarak tanımlanamayan bu kavramı bukalemuna (*chameleon-like*) benzetmiştir. Bkz. Stephen Friedman, "Arbitration Provisions: Little Darlings and Little Monsters," *Fordham Law Review* 79, no. 5 (2011): 2042, dn. 49.

rilmesi önemli bir usuli avantaj olmakla birlikte; bu kişinin iki taraf-sız yargılamadan birini tercihi, karşı taraf için bir dezavantaj oluşturacak kadar temelde haksız veya tek taraflı olarak ifade edilemez.²⁷ Asimetrik tahkim bağlamında hakkaniyete aykırılığın iki yönü vardır:²⁸ usule ilişkin (*procedural*) ve esasa ilişkin (*substantive*). Usule ilişkin hakkaniyete aykırılık, bir hükmün ister kabul et ister etme (*take it or leave it*) şeklinde önerilmesi ya da satır arasına saklanması gibi pazarlık gücünün suiistimal edildiği, sözleşme oluşumuna ilişkin durumlara dayanmaktadır.²⁹ Esasa ilişkin hakkaniyete aykırılık ise, bir sözleşme hükmünün aşırı derece acımasız ya da tek tarafın mantıksızca etkili olması halinde söz konusu olur.³⁰

Asimetrik tahkim sözleşmelerine ilişkin açılan davalar bakımından oldukça geniş bir yelpazeye sahip olan Amerikan hukuku içtihadı özellikle tüketici ve iş sözleşmelerinde yoğunlaşmaktadır.³¹ Amerikan mahkemeleri asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçersiz kabul edilmesinde; bu hükümlerin, tüketici/işçi gibi hukuki ilişkinin zayıf olan tarafı (*little guys*) için haksız olup olmadığı noktasında bir değerlendirme yapmaktadır.³² Her ne kadar genel olarak karşılıklılık ilkesinin etkisini yitirmiş olduğu ifade edilse de, Amerikan mahkemeleri tüketici ve iş sözleşmelerinde tahkim şartını güçlü tarafın avantajını karşı tarafa empoze etmesi şeklinde yorumlayarak geçersiz saymaktadır.³³

Simetri bir sözleşmenin geçerlilik şartı olmadığı gibi asimetri, ancak diğer tarafa kalan seçeneğin gerçekten haksız olması halinde haksız olarak nitelendirilebilir.³⁴ Bu bağlamda karşılıklı olmayan

²⁷ Born, *Arbitration*, 867, dn. 1269.

²⁸ David Horton, "Unconscionability in the Law of Trusts," *Notre Dame Law Review* 84, no. 4 (2009): 1694; David Horton, "Unconscionability Wars," *Northwestern University Law Review* 105, no. 1 (2012): 393.

²⁹ Horton, "Law of Trusts," 1694; Horton, "Wars," 393; Ustinov, "Legal Validity." 16.

³⁰ Horton, "Law of Trusts," 1695; Horton, "Wars," 393; Ustinov, "Legal Validity." 16.

³¹ Ustinov, "Legal Validity." 14.

³² Drahozal, "Nonmutual Agreements," 540.

³³ Esen, *Tahkim Şartının Geçerliliği*, 148.

³⁴ Henriques, "Asymmetrical Arbitration," 45.

tahkim sözleşmesinin haksız olduğunu varsaymak tahkim kurumunun tamamen haksız olduğu sonucuna da götürebilecektir.³⁵ Sonuç olarak, Amerikan hukuku her iki tarafın açık iradeleri sonucu kurulmuş sözleşmeye verdiği önem gereği asimetrik tahkim sözleşmelerini korkutma, hata, gabin, ehliyetsizlik veya başkaca bir kanuni kısıtlama gibi esaslı bir ihlal olmadıkça –ki bu hallerde hükümsüzlük tüm sözleşmeler bakımından söz konusu olacaktır– tamamen geçersiz saymayı mantıklı bulmamıştır.³⁶

2. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin Yaklaşımı

Kıta Avrupası hukuk sisteminin egemen olduğu ülkelerde asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır. Bu tip sözleşmelerin/şartların geçerliliği her ülkede ayrıca tartışılmakla birlikte bunları geçerli sayan yaklaşım gitgide azınlıkta kalmaktadır. Özellikle Fransa, Rusya, Bulgaristan ve Polonya gibi ülkeler asimetrik tahkim sözleşmelerine karşı negatif bir tutum içerisinde. İtalya, İspanya, Luxemburg ve kısmen Almanya'nın ise daha pozitif bir bakış açısına sahip olduğu söylenebilir. Çalışmanın bu kısmında örnekleme olarak Alman ve Fransız hukuklarına değinilmekle yetinilecektir.

Alman hukukunda asimetrik tahkim sözleşmelerinin kendiliğinden geçersiz kabul edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Genel olarak tahkim sözleşmelerinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi (BGB §138) ve dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde taraflardan biri için haksız bir durum oluşturmaması (BGB §307) gerektiği kabul edilir.³⁷ Alman Federal Yüksek Mahkemesinin 1989 yılında verdiği bir kararda asimetrik tahkim sözleşmelerinin kamu düzenine aykırılık oluşturabileceği ifade edilmiştir.³⁸ Mahkeme bu kararında her ne kadar asimetrik tahkim şartı içeren hükmün geçerlili-

³⁵ Henriques, "Asymmetrical Arbitration," 45.

³⁶ Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 42.

³⁷ van Zelst, "Unilateral Option," 376; Perényiová, "Commercial Arbitration," 9-10.

³⁸ BGH, 26.01.1989, X ZR 23/87; Juristen Zeitung, 44. Jahrg., Nr. 12, (16.06.1989): 589-590.

ğine ilişkin çok açık ifadelere yer vermemişse de tahkim ya da mahkemeye başvurmada seçim hakkının her iki tarafa veya sadece taraflardan birine tanınmasında kural olarak bir engel olmadığını kabul etmiştir.³⁹ Bu bağlamda mahkeme kararında; taraflardan sadece birine hakem seçme hakkının tanınması gibi ölçüsüz bir üstünlük olmadıkça bir sorun olmayacağı ifade edilmiştir.

Alman hukukunda asimetrik tahkim şartı içeren hükmün tarafların üzerinde müzakere edemediği iltihaki (katılnmalı) bir sözleşmede yer alması halinde, Medeni Kanun'daki genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin (BGB §307/I) devreye girebileceği belirtilmiştir.⁴⁰ Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1998 yılında verdiği bir kararda, iltihaki sözleşmede yer alan bir asimetrik tahkim şartının AGBG §9'a göre geçersiz olduğuna hükmetmiştir.⁴¹ Taraflar arasındaki sözleşmede, uyuşmazlık çözümü için belirlenen olağan yolun mahkemede dava açmak olduğu, ancak davacı ya da davalı olduğuna bakılmaksızın taraflardan birinin uyuşmazlığı tahkime götürmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda mahkeme, asimetrik tahkim şartı içeren hüküm aleyhine olan tarafın mahkemeye başvurmaktan başka şansı yokken, diğer tarafın tahkim itirazı ile yapılan işlemleri hükümsüz hale getirilebileceğini ve dava açan tarafın gereksiz yere yargılama masraflarını ödemek zorunda kalabileceğini belirterek genel işlem şartı niteliğindeki tahkim hükmünün geçersizliğine karar vermiştir.

Fransız hukukunda ise Fransız Yüksek Mahkemesinin *Sicaly ve Grasso*⁴² kararı ışığında asimetrik sözleşmelere yönelik yaklaşımının olumlu olduğu düşünülmekte iken, 2012 yılında verilen *Rothschild*⁴³

³⁹ Gerhard Walter, "Zur Sittenwidrigkeit eines Schiedsvertrages," *Juristen Zeitung*, 44. Jahrg., Nr. 12, Haziran 16, 1989, 590.

⁴⁰ Perényiová, "Commercial Arbitration," 10.

⁴¹ BGH, 24.09.1998, III ZR 133/97: www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_133-97.

⁴² S. A. Sicaly ve Grasso Stacon Koninklijke Machine Fabrieken NV, Cour de Cassation, 15.05.1974, Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 28, dn. 29; Perényiová, "Commercial Arbitration," 12.

⁴³ Mme "X" ve Banque Privée Edmond de Rothschild, Cour de Cassation, 26.09.2012, Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 28, dn. 30; Perényiová, "Commercial Arbitration," 13-14.

kararı ile Mahkeme düşünülmenin aksine bir pozisyon almıştır. Bu yeni yaklaşım Mahkemenin 2015 yılında *Credit Suisse* davasında vermiş olduğu karar ile tekrarlanmıştır.⁴⁴ Esasında bu kararlar tahkimle ilgili olmamasına rağmen, Fransız mahkemelerinin asimetrik hükümlere olan bakışını sergilemesi bakımından son derece önemlidir.⁴⁵ *Rothschild* davasında özellikle taraflardan sadece birini bağlayan/sınırlandıran hükmün emredici (*potestative*) nitelikte olması ve bunun Fransız hukukuna aykırılık teşkil etmesi üzerinde durulurken; taraf eşitliği prensibinden ve sözleşmenin zayıf tarafının tüketici olmasından bahsedilmemiş olması dikkat çekicidir.⁴⁶ Bu sebeple bu karar tartışmaya açık bir hale gelmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesinin uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tek taraflı hükümler ile ilgili bu son kararları muhtemel asimetrik tahkim sözleşmeleri/şartları bakımından da benzer bir tutum içinde olunabileceğinin sinyallerini vermektedir.⁴⁷

3. Türk Hukuk Sisteminin Yaklaşımı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tahkim m. 407-444 arasında düzenlenmiş ve şekli hususlar ayrıntılı olarak belirlenmesine karşın tahkim sözleşmesinin ne zaman esastan geçersiz sayılacağına yer

⁴⁴ Danne ve Credit Suisse, Cour de Cassation, 15.03.2015, Simon James, Kate Gibbons and Habib Motani, "Another knock for unilateral jurisdiction clauses in Europe, Clifford Chance," May, 2015, https://www.cliffordchance.com/briefings/2015/05/another_knock_forunilateraljurisdictionclause.html; Deyan Draguiev, "French Court of Cassation Confirms Invalidity of Unilateral (Asymmetrical) Jurisdiction Clauses," *Kluwer Arbitration Blog*, Mayıs 21, 2015, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/21/french-court-of-cassation-confirms-invalidity-of-unilateral-asymmetrical-jurisdiction-clauses/>.

⁴⁵ Ustinov, "Legal Validity." 21.

⁴⁶ Ustinov, "Legal Validity." 22.

⁴⁷ *Credit Suisse* davasından sonra karara bağlanan *Apple Sales International v. eBizcuss* (2015) davasında asimetrik sözleşmelere karşı tutumun değişmiş olabileceği akla gelebilir. Ancak Apple davasında Fransız Yüksek Mahkemesi, hukukeni güvenlik ve öngörülebilirliğin şartları sağlandığı için asimetrik olduğu düşünülebilecek olan hükmün geçersizliğine hükmetmemiştir. Yoksa Fransız hukukunun asimetrik sözleşme hükümlerine karşı tutumunun bu kararla değiştiğinin söylenemeyeceği kanaatindeyiz.

verilmemiştir. Sadece iptal davası başlıklı 439. maddenin ikinci fıkrasında tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu tespit edilirse hakem kararının iptal edilebileceği ifade edilmiştir. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4/III' de de tahkim sözleşmesinin; tarafların anlaşmasına ya da tahkim sözleşmesine uygulanmak üzere seçtikleri hukuka, bir hukuk seçimi yoksa da Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli olacağı kabul edilmiştir. Asimetrik tahkim sözleşmelerinde geçerlilik meselesi şekil ile ilgili değil, esasa ilişkin bir konu olduğundan son derece önemli ve tespiti de bir o kadar zordur.⁴⁸ Hal böyleyken iç tahkim bakımından asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği incelemesinin genel hükümlere göre yapılması gerekecektir. Şüphesiz ki Türk Hukukunda asimetrik tahkim sözleşmelerini doğrudan yasaklayan bir hüküm mevcut değildir; fakat bu durum, bu kayıtların her zaman geçerli kabul edileceği sonucunu doğurmayacaktır.

Borçlar hukukuna hakim olan ilkelerden biri olan irade özerkliği, bireye özel hukuk ilişkilerinde kendi kendine norm koyma, kendi kanunu yapma yetki ve gücünü verir.⁴⁹ Sözleşme özgürlüğü ve eşitlik ilkeleri ise irade özerkliğinden doğan alt ilkeler olarak düşünülebilir.⁵⁰ Asimetrik tahkim sözleşmeleri bakımından temel tartışma irade özerkliğinin sınırsız olmamasından, buna kanun koyucu tarafından birtakım sınırlandırmalar getirilmiş olmasından kaynaklanır. İrade özerkliği ve onun ayrılmaz sınırları ise her ülkenin kendi pozitif hukuku tarafından düzenlenir.⁵¹ Taraflar arasındaki eşitliğin bir ölçüde bozulduğu bu sözleşmelerin, ne zaman sözleşme yapma özgürlüğü bağlamında geçerli, ne zaman kanun koyucunun sınırlandırmalarına takılarak geçersiz sayılacağı, meselenin esasına girilerek somut olaya göre değerlendirilebilecek bir husustur.

Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için öncelikle tarafların tam fiil ehliyetine sahip olması (TBK m. 15); sözleşmenin kanunun em-

⁴⁸ Ekşi, *Tahkim*, 90; Aydemir, *Tahkim*, 128.

⁴⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 298.

⁵⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, 16-18.

⁵¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 299.

redici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması (TBK m. 27/I); sözleşmenin konusunun baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız bulunmaması (TBK m. 27/I); kanunun emrettiği bir geçerlilik şartı varsa buna uyulması (TBK m. 12/II); sözleşmenin muvazaalı olmaması (TBK m. 19/I); taraf iradelerinde yanılma (hata), aldatma (hile) veya korkutma (tehdit) sebebiyle sakatlık bulunmaması (TBK m. 30 vd.); tarafların edimleri arasında aşırı yararlanma (gabin) olmaması (TBK m. 28) gerekir.⁵²

a. Kesin Hükümsüzlük

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde "*taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" ifadesiyle sözleşme özgürlüğü düzenlenmiştir. Sözleşmenin içeriğini belirlemeye yönelik bu kural, sadece sözleşmenin konusunu değil sözleşmenin koşullarını da kapsar.⁵³ Sözleşme düzenleme özgürlüğünün sınırları ise TBK m. 27/I' de çizilmiştir. Buna göre; sözleşmeler kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına⁵⁴ aykırı veya konusu imkânsız olması halinde kesin olarak hükümsüz olacaktır. Öğretide kamu düzeni, ahlak ve kişilik hakları kriterlerinin sınırlayıcı olmadığı; bunlara özellikle sosyo-ekonomik açıdan zayıf olanları korumak amacıyla çıkarılmış hükümlerin de eklenmesi gerektiği yönünde bir eğilimin olduğu; ancak bu hallerin çoğunlukla kamu düzenine aykırılığın hatta yerine göre ahlaka aykırılığın özel bir görünümü olabileceği de ifade edilmektedir.⁵⁵

⁵² Aydemir, *Tahkim*, 352; Eren, *Borçlar Hukuku*, 332.

⁵³ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 80.

⁵⁴ Bir görüşe göre ilgili maddede kişilik haklarına aykırılığın ayrıca zikredilmiş olması gereksizdir, zira kişilik haklarına ilişkin TMK m. 23 hükmü zaten emredici hükümler kapsamına girmektedir. Bkz. Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme*, Cilt. 1 (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 531.

⁵⁵ Kocayusufoğlu, *Sözleşme*, 529, dn. 11; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 83.

Kesin olarak hükümsüz (batıl) olan bir hukuki işlem, yapıldığı düşünülen andan itibaren kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurmaz ve geçerli hale gelemmez.⁵⁶ Bir başka deyişle, başlangıçtan itibaren geçersiz bir işlem olup hiçbir zaman geçerlilik kazanmayacağı gibi; taraflarca onansa veya teyit edilse yahut edimler ifa edilse bile sağlık kazanmaz.⁵⁷ Bu nedenle de “*batıl işlem iflah olmaz*” kuralından söz edilir.⁵⁸ Kesin hükümsüzlük yaptırımının en önemli sonuçlarından biri de taraflar ya da ilgililer ileri sürmeseler dahi hakim tarafından re’sen dikkate alınabilmesidir; zira bu haller aynı zamanda kamu düzenini ve kamu yararını da ilgilendirmektedir.⁵⁹ Ancak bir görüşe göre, kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının kötüye kullanılması hallerinde kesin hükümsüzlüğü ileri süren korunmaz.⁶⁰

i. Ahlaka Aykırılık

TBK m. 27’de yer alan ahlak kavramından amaç genel ahlaktır ve bir toplumda belirli bir devirde orta zekada, dürüst ve makul kişilerin düşünce ve anlayışları o toplumun genel ahlakını meydana getirir.⁶¹ Toplumun ahlaki esaslarını korumak adına kanun koyucu, çoğu halde ahlak kurallarına aykırı davranışları emredici hukuk kurallarıyla yasaklamış olsa da her ahlak kuralı bir hukuk kuralıyla korunmuş değildir.⁶²

Asimetrik tahkim sözleşmelerinde kesin hükümsüzlük halinin olup olmadığı hususu özellikle kamu düzenine ve ahlaka aykırılık bağlamında somut olaya göre gündeme gelebilecektir. Bir sözleş-

⁵⁶ Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta, 2014), 145; Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 581.

⁵⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, 334.

⁵⁸ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 92.

⁵⁹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 93; Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 586; Eren, *Borçlar Hukuku*, 334; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 175.

⁶⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 175.

⁶¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 323.

⁶² H. Kübra Ercoşkun Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27,” *İÜHF* 74, no. 2 (2016): 726; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 85.

mede ahlaka aykırılığı sadece sözleşme hükümleri bağlamında değerlendirilmek doğru olmayacaktır. Sözleşmenin içeriği, aynı zamanda sözleşmenin kurulması aşamasındaki hal ve şartların bir yansımasıdır.⁶³ Bu sebeple sözleşmenin bir tarafının diğer taraf üzerinde genellikle ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmak suretiyle onu sözleşme yapmaya mecbur bırakması veya bu üstünlük sebebiyle eşitliği kendi lehine bozacak şekilde sözleşmeye hükümler koyması ahlaka aykırılık olarak değerlendirilmeli ve ahlaka aykırı olan tahkim sözleşmesi geçersiz kabul edilmelidir.⁶⁴ Bu durum Yargıtay'ın farklı dairelerince de dile getirilmiş ve bu şekilde kurulmuş tahkim sözleşmelerinin batıl olacağı ifade edilmiştir.⁶⁵

⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 558. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin hal ve şartların ahlaka aykırılığa yol açmayacağı; irade sakatlıkları ve gabin çerçevesinde ele alınması gerektiği yönündeki bir görüş için bkz. Ercoşkun Şenol, "TBK. m. 27," 728, dn. 104.

⁶⁴ Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973), 86; Aydemir, *Tahkim*, 362; Eren, *Borçlar Hukuku*, 327.

⁶⁵ "...Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yaridan fazlasını veya tamamının seçme imkânının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. İşçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukuken bağımlı olduğu tartışmasızdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları ile iş görür. Denetim altındadır. İrade serbestliği yoktur. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu gereğince batıl olacaktır. Ayrıca Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği iş sözleşmesinin kurulması vd. sırasında düzenlenen tahkim sözleşmesi geçersizdir..." Yar. 22. HD, E. 2016/6529, K. 2016/11095, 18.4.2016: (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. Yar. 9. HD, E. 2014/14507, K. 2014/18315, 5.6.201, Yar. 9. HD, E. 2013/1773, K. 2013/666425.2.2013; Yar. 9. HD, E. 2008/44630, K. 2009/537, 20.1.2009; Yar. 20. HD, E. 2002/1955, K. 2002/2791, 28.3.2002; Yar. HGK, E. 1991/13-606, K. 1992/56, 12.2.1992; Yar. 13. HD, E. 1990/8778, K. 1991/4492, 25.4.1991, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ii. Kamu Düzenine Aykırılık⁶⁶

Öncelikle belirtmek gerekir ki kamu düzeni kavramı, içinde bulunulan ülkeye, zamana ve hukuk düzenine göre değişkenlik arz eden bir yapıya sahiptir.⁶⁷ Hatta kamu düzeni bir ülkede farklı disiplinlerde farklı işlevler de üstlenebilir. Şöyle ki iç hukukta sözleşmeler alanında kamu düzeni, irade serbestisinin bir sınırını oluştururken, milletlerarası özel hukukta yabancı bir ülke kuralının uygulanmasını engelleyebilmekte; idare hukukunda özgürlükleri sınır-

⁶⁶ Kamu düzenine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin eski bir tarihli kararında aynen şu ifadeler yer almaktadır "...Yerli ve yabancı birçok hukuk eserinde, çeşitli alanlardaki kişi hakları sınırlayan bu terim sık sık görülmekte, fakat tarifine pek az rastlanmaktadır. Yapılan açıklamalarda ise bunun tarifinin güç olduğu kabul edildikten sonra çeşitli açılardan izahına çalışıldığı görülmektedir. Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda (Kamu düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır..." AYM, E. 1963/128, K. 1964/8, 28.01.1964. Yargıtay ise İBK ile kamu düzenini şu şekilde ifade etmektedir "...Türk kamu düzeninin ihlali gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir..." Yar. HGK, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012, RG. 20.09.2012, S. 28417.

⁶⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, 320; Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 546; Kemal Dayınlarlı, *Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları* (Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 2011), 8; Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (İstanbul: Beta, 2014), 161; Jamshed Ansari, "Party Autonomy in Arbitration: A Critical Analysis," *Researcher* 6, no. 6 (2014): 51-52

http://www.sciencepub.net/researcher/research0606/010_25323research060614_47_53.pdf.

landırmakta kullanılırken, yargılama hukukunda re'sen araştırma ilkesi bağlamında karşımıza çıkabilmektedir.⁶⁸

Tahkim sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü bağlamında burada inceleyeceğimiz kamu düzenine aykırılık, bizatihi tahkim sözleşmesinin kendisinin kamu düzenine aykırı olması halidir. Bunu HMK m. 439'da yer alan hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde iptalinin talep edilebileceğine ilişkin hüküm ile karıştırmamak gerekir. Sözleşmeler hukuku bağlamında **Eren**, uyulmasında ve korunmasında toplum ve devletin genel menfaati bulunan hukuk kurallarına kamu düzeni kuralları denileceğinden, kamu düzenine aykırı olan sözleşmelerin emredici bir hukuk normunu da ihlal edeceği için hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir.⁶⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**'na göre ise kamu düzenine aykırılığın her türlü yazılı kuraldan bağımsız biçimde bir geçersizlik sebebi sayılması zorunludur.⁷⁰ Aksi halde TBK m. 27'de emredici hükümlerle birlikte kamu düzenine aykırılığın da sayılmış olması gereksiz yere aynı şeyin tekrar edilmesi anlamını taşıyacağından Kocayusufpaşaoğlu'nun görüşü daha isabetli görünmektedir.

Taraflardan sadece birisine hakem seçme hakkı tanınması sebebiyle asimetrik kabul edilen tahkim sözleşmelerinde kamu düzenine aykırılık hali gündeme gelebilmektedir. Burada üzerinde durulması gereken nokta, hakem seçme hakkının A ya da B kişisine doğrudan mı tanındığı yoksa kişinin kim olduğuna bakılmaksızın başvurana mı tanınmış olduğudur. Taraflardan sadece birinin hakem seçme hakkının olması halinde, **Aydemir**'e göre kamu düzenine aykırılık nedeniyle bu sözleşmenin geçersizliği hak arama ve adil yargılanma hakkı ilkelerine aykırılık temeline dayanmaktadır.⁷¹ Bu konuda verilmiş bir Yargıtay kararında⁷² ifade edildiği üzere, hakem seçme

⁶⁸ Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 22; Doğan Yenisey, *İş Hukuku*, 162.

⁶⁹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 320.

⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 548.

⁷¹ Aydemir, *Tahkim*, 359-360.

⁷² "...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

hakkının şahsa değil de örneğin iddia edene tanınmış olması hali aslında bu hakkın her iki tarafa da tanındığını gösterir; bu sebeple de kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez. Fransız Yüksek Mahkemesi *Cour de cassation* ise *Dutco* kararında, hakem tayininde tarafların eşitliği prensibinin kamu düzeninden olduğunu ve bu sebeple ancak uyuşmazlık çıktıktan sonra bundan feragat edilebileceğini ifade etmiştir.⁷³

Nomer, sadece taraflardan birinin seçtiği kişi/kişilerden oluşan hakem heyetinin kuruluşu tarafsız olamayacağından, tarafsızlık içinde faaliyette bulunamayacağı şüphesinden kurtulamayacağı; böyle bir durumda da kamu düzenine aykırılık iddiasının haklı olabileceği kanaatindedir.⁷⁴ Hakem seçiminin bir tarafa tanınmasıyla yargılamada bozulan tarafsızlık nedeniyle ihlal, tarafların tahkim sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi tahkimin tabi olduğu usul hukukuna da dayanıyor olabilir; ki her iki ihtimalde de kamu düzeninin ihlali sonucu doğacaktır.⁷⁵ Elbette burada sübjektif düşünce ve hissiyatla hareket edilmemeli; tarafsızlık konusunda objektif ve mantiki olarak güvensizlik doğuran somut olay ve belirtiler ortaya koyulmalıdır.⁷⁶ Bu sebeple **Nomer**, herhangi bir kanun hükmünde

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..." Yar. 19. HD, E. 1998/3599, K. 1998/4770, 8.7.1998, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu dosya ilk derece mahkemesinin direnmesi sonucu Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. HGK da, Özel Daire'nin yukarıdaki ifadelerine yer vererek bu karara uyulması gerekirken direnme kararı usul ve yasaya aykırıdır diyerek görüşünün aynı yönde olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Yar. HGK, E. 1999/19-467, K. 1999/489, 9.6.1999, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷³ Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration* (New York: Oxford, 2004), 143.

⁷⁴ Ergin Nomer, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Müdahalesi," *MHB* 19, no. 1-2 (1999-2000): 561.

⁷⁵ Nomer, "Kamu Müdahalesi," 562.

⁷⁶ Nomer, "Kamu Müdahalesi," 569-570.

ancak tarafların ortak iradesiyle hakem seçilebileceği düzenlenmediği halde, Yargıtay'ın yukarıda değindiğimiz kararında taraflardan birine hakem seçme hakkı tanınması halinde ancak kamu düzeninin ihlal edilmiş olacağı yönündeki görüşünü eleştirmektedir.⁷⁷ **Hanağası** ise taraflardan birine hakem seçme hakkının tanınmasının silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edeceği ve bu ilkenin niteliği itibariyle kamu düzeniyle ilgili olmasından ötürü kamu düzeni müdahalesi sonucunu doğuracağını ifade eder.⁷⁸ Bu noktada Nomer'in Yargıtay kararına yönelik eleştirileri haklı görülmemektedir. Zira tahkimde tarafların eşitliği sadece yargılamanın gerçekleştiği sürece yönelik değildir, bu sebeple yargılamanın hiçbir evresinde bir taraf diğerine göre ayrıcalıklı ve üstün konumda olmamalıdır.⁷⁹

Ayrıca **Nomer**, tek başına hakem tayin edecek olan tarafın bu hakkı kullanmaması halinde, hakem tayininin diğer tarafça yapılabildiğinin kararlaştırıldığı anlaşmaları ayrı değerlendirip; görüşüne Alman ve İsviçre Federal Mahkemeleri kararlarını dayanak alarak burada kamu düzeni müdahalesini uygun görmemiştir.⁸⁰

iii. Genel İşlem Şartı

Asimetrik tahkim şartının genel işlem şartı şeklinde düzenlenmiş olması halinde ise bu şartın yazılmamış olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. TBK m. 20'de yer alan tanıma göre genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Görüldüğü gibi bu sözleşmelerin en dikkat çeken özelliklerinden biri, tarafların sözleşme hüküm-

⁷⁷ Nomer, "Kamu Müdahalesi," 573.

⁷⁸ Emel Hanağası, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 206-209.

⁷⁹ Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008), 170; Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 206.

⁸⁰ Nomer, "Kamu Müdahalesi," 561-562.

leri üzerinde pazarlık yapma gücü ve şansının olmamasıdır. Kanun koyucu TBK m. 21/I' de bu hükümlerin karşı tarafın menfaatine aykırı olması halinde, karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi gerektiğini ve karşı tarafça öğrenilip kabul edilmedikçe yazılmamış sayılacağını kabul etmiştir. Buradaki yazılmamış sayılma ifadesi **Öz**'e göre bir tür kesin hükümsüzlük hali iken; **Kılıçoğlu** ve **Eren** ise bunun yokluk türünde bir yaptırım olduğunu ifade etmişlerdir.⁸¹

Bir uyuşmazlık halinde taraflardan biri diğer tarafın lehine olan asimetrik tahkim şartının kendisine tartışma imkânı tanınmadan onun hazırladığı tek tip sözleşmeyle dayatıldığını iddia ediyorsa, hakim bu durumu tespit edip gerçekten aykırılık görürse ilgili kaydın yazılmamış sayılmasına karar vermelidir. Ayrıca TBK m. 25'te genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı ifade edilmiştir. Kanımızca bu hüküm emredici nitelikte olup bu hükme aykırılık kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Taraflardan sadece birisine tahkime başvuru imkânı tanınması tek başına aleyhe bir durum oluşturduğu şeklinde bir çıkarıma imkân vermemelidir. Burada hak arama özgürlüğünün⁸² dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kısıtlanması söz konusu ise genel işlem şartı niteliğinde olan hükmün geçersiz kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

b. İptal Edilebilirlik

Tarafların bir sözleşme kurmakla istedikleri hukuki hüküm ve sonuçların meydana gelmediği bütün hallerde geçersizlik hali söz konusu olabilir.⁸³ İptal edilebilir bir sözleşme, kesin hükümsüzlükten farklı olarak başlangıçtan itibaren geçerli olup hüküm ve sonuç doğurmakta; ancak taraflardan birinin beyanıyla veya mahkeme

⁸¹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 124; Eren, *Borçlar Hukuku*, 221; Turgut Öz, *Yeni Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 9.

⁸² Asimetrik tahkim sözleşmeleri hak arama özgürlüğü bağlamında aşağıda daha detaylı inceleneyeceğinden buradaki açıklamalarımızı sınırlı tutuyoruz.

⁸³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 332.

kararıyla geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabilir.⁸⁴ Bu sözleşmeler bozucu şarta bağlı olarak geçerli olduğundan bir askıda geçerlilik hali olduğu ifade edilir.⁸⁵ Kesin hükümsüzlüğün aksine iptal sebeplerinin ileri sürülmesi hak düşürücü süreye tabidir ve hakim tarafından da re'sen dikkate alınamaz. Ayrıca bir sözleşmenin iptali, ancak bu sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmadığı sabit olduğu zaman söz konusu olabilir.⁸⁶

İptal hakkı, ilgilinin irade beyanıyla yahut dava yoluyla kullanılabileceğinden; iptal hakkı sahibinin varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile hiçbir şekle tabi olmadan iptal sonuç doğurur.⁸⁷ İrade ile beyan arasındaki uyumsuzluk hallerinden yanılma, aldatma ve korkutma ile aşırı yararlanma iptal yaptırımına yol açan geçersizlik halleridir; ancak TBK' da bunlar için "iptal" yerine "bağlı olmama" ifadesinin kullanılmış olduğu göze çarpmaktadır.⁸⁸

i. Yanılma, Aldatma ve Korkutma

Tüm sözleşmeler gibi tahkim sözleşmesinin de iradeyi etkileyen durumlardan birinin varlığı nedeniyle geçersiz kılınması muhtemeldir. Yanılma (hata), aldatma (hile) yahut korkutma (ikrah) halleri sonucunda irade sakatlığıyla kurulmuş tahkim sözleşmesinin iptalinin talep edilebilmesi mümkündür. Ancak, bu noktada unutulmaması gereken bu hallerin sadece asıl sözleşmenin kurulmasına etkisinin yeterli olmayacağı, aynı zamanda tahkim sözleşmesinin kurulmasına da sirayet etmiş olmasıdır.⁸⁹ Bu durum asıl sözleşmenin tahkim sözleşmesinden bağımsızlığı/ayrılabilirliği ilkesinin (*the doctrine of separability*) tahkim iradesinin geçerliliğine yansımadır.⁹⁰ Başkaca bir deyişle, asıl sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle geçer-

⁸⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, 343.

⁸⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, 343.

⁸⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, 344.

⁸⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, 344.

⁸⁸ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 93; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 118.

⁸⁹ İlhan, *Tahkim*, 196.

⁹⁰ İlhan, *Tahkim*, 195.

siz olması tahkim sözleşmesinin yahut tahkim şartının da geçersiz olacağı anlamına gelmediği gibi tek başına tahkim sözleşmesinin irade sakatlığı nedeniyle geçersizliği söz konusu olabilir.

ii. Aşırı Yararlanma

Tahkim sözleşmesini geçersiz kılabilecek bir diğer hal ise taraflardan birinin zor durumda olması, düşüncesiz veya deneyimsiz olması sebebiyle edimler arasında bir oransızlık varsa aşırı yararlanma yani gabin halinin olmasıdır. Aşırı yararlanma, tarafların karşılıklı edimleri tayin edebilme konusunda sözleşme özgürlüklerine getirilmiş bir sınırlamadır ve kanun koyucu tarafından sözleşme özgürlüğünün bu şekilde kötüye kullanılmasına sözleşmenin geçersizliği yaptırımını öngörülmiştir.⁹¹ Mülga Borçlar Kanunu m. 21 hükmü aşırı yararlanma halinde sömürülene ya sözleşmeyi iptal etme ya da iptal hakkını kullanmayıp geçerli kabul edip sözleşmeyi ayakta tutma imkânı tanımaktaydı. TBK m. 28 ile aşırı yararlanma halinde zarar görene iki seçimli hak tanınmıştır: sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirme yani iptal veya sözleşme ile bağlı kalıp edimler arası oransızlığın giderilmesini talep etme. Şüphesiz ki hak düşürücü süreler içerisinde bu haklardan birini kullanmayarak sözleşmenin aynen ayakta tutulması da bir diğer ihtimal olarak gündemde kalacaktır.

Her ne kadar öğretilerde tahkim sözleşmelerinde böyle bir oransızlığın görülme ihtimali ilk bakışta pek olası karşılanmasa da kanaatimizce bu durum o kadar da ihtimal dışı değildir.⁹² Zira yukarıda bahsettiğimiz Amerikan hukukundaki örnekleri gibi asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği tartışmalarında en çok gündeme gelebilecek hususlardan biri aşırı yararlanma halinin bulunup bulunmadığıdır. Burada asıl mesele asimetrik tahkim sözleşmesinde aşırı yararlanmanın söz konusu olabileceği durumlarda kesin hükümsüzlük sebeplerinden birinin de gündeme gelebilme ihtimalinin çok

⁹¹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 224.

⁹² Aydemir, *Tahkim*, 352; İlhan, *Tahkim*, 199.

yüksek olmasıdır. Bir Yargıtay HGK kararında⁹³ da ifade edildiği gibi “*gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmağa sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir.*” Bu tanımdan da anlaşılıyor ki aşırı yararlanma hali aynı zamanda TBK m. 27 anlamında sözleşmenin ahlaka aykırılığı kapsamına da girmektedir. **Kocayusufpaşaoğlu**’na göre eğer somut olayda sadece gabinin şartları gerçekleşmişse TBK m. 27’ye göre daha özel düzenleme olması sebebiyle gabine ilişkin hükümler uygulanmalı; ancak gabin için aranan şartlar dışında ek bir unsur da gerçekleşmişse ahlaka aykırılık kavramı içerisinde değerlendirilerek kesin hükümsüzlük devreye girmelidir.⁹⁴

Karşı tarafın zor durumda olması yahut deneyimsizliği sonucu sözleşmede yer alan tek tarafa tahkime başvurma hakkı tanıyan bir şart, aynı zamanda ekonomik ve sosyal bir üstünlükle kendi lehine dayatma ile sözleşmeye konmuşsa burada ahlaka ve kamu düzenine aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzlük de gündeme gelecektir. Hal böyle iken kesin hükümsüzlük süreye tabi olmayan re’sen de dikkate alınabilen bir husus olduğu için iptal yaptırımına değil kesin hükümsüzlüğe başvurulması gerektiği fikrindeyiz. Ancak bu durum aşırı yararlanma sebebiyle iptalin uygulanma alanını oldukça sınırlandıracaktır. Bu noktada **İlhan**, tahkim sözleşmesinde edimlerin orantısızlığı halinde ve aşırı yararlanmanın şartları mevcutsa sözleşmenin iptali veya geçersiz sayılması yerine sözleşmedeki orantısızlığın giderilmesi gerektiğini; ancak orantısızlık giderilemeyecek halde ise tahkim iradesinin aşırı yararlanma ile sakatlanmış olması sebebiyle tahkim sözleşmesinin esas bakımından geçersiz olduğuna hükmedilebileceğini ifade etmiştir.⁹⁵

⁹³ Yar. HGK, E. 1971/1-376, K. 1973/24, 24.1.1973; Eren, *Borçlar Hukuku*, 417.

⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 498.

⁹⁵ İlhan, *Tahkim*, 202.

c. Asimetrik Tahkim Sözleşmesinin İspatı

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından öğretilerde maddi hukuk sözleşmesi mi yoksa usul hukuku sözleşmesi mi olduğu yönünde bir tartışma bulunmaktadır. Bu konuda hakim görüşü, bu sözleşmelerin asıl etkisini usul hukuku alanında gösteriyor olması sebebiyle tahkim sözleşmelerini usul sözleşmesi olarak kabul etmektedir.⁹⁶ Bununla birlikte, tahkim sözleşmesinin kurulması, geçerliliği, butlanı veya iptali hakkında maddi hukuka göre inceleme yapılacağı yani TBK hükümlerinin geçerli olduğu ifade edilir.⁹⁷

Borçlar hukukunda sözleşmelerin geçerliliği yazılı veya sözlü olması bakımından bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. TBK m. 12’de bu kural ifade edilmekle birlikte, kanunda sözleşmeler için herhangi bir şekil şartı öngörülümüşse bunun kural olarak geçerlilik şekli olacağı belirtilmiştir. Genel hükümler bu şekilde olmakla beraber tahkim bakımından HMK’ da özel düzenlemeler bulunmaktadır. HMK m. 412/III’ e göre tahkim sözleşmesi yazılı olarak yapılır. Bu durumda tahkim sözleşmelerinin sözlü olarak yapılabilmesi mümkün olmayacaktır.

Asimetrik tahkim sözleşmeleri bakımından da yazılılık bir geçerlilik şartı olacağından asimetrik bir hükmün ispatı pek tabii yazılı bu sözleşmeyle ortaya konabilecektir. HMK m. 412/III yazılı şekil şartı için mutlaka imzalı bir sözleşme aramadığından taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olmasını da sözleşmenin ispatı bakımından yeterli saymış olması HMK m. 199 düzenlenen belge tanımı ile de uyumludur.⁹⁸ Öğretilerde bir görüşe göre, HMK m. 412/III hükmü davacının yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığını iddia etmesi halinde davalının cevap dilekçesinde buna itiraz etmemiş olmasını da yeterli sayması sebebiyle yazılılık şartı burada esnetilmiş-

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi ve bu konudaki görüşler için bkz. Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Usul*, 2596ff.

⁹⁷ Karadaş, *Ulusal*, 46; Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Usul*, 2599, 2645.

⁹⁸ Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Usul*, 2662.

tir.⁹⁹ Bir başka görüş ise burada gerçek anlamda bir geçerlilik şartından bahsedilemeyeceğini, geçerlilik şartının katı veya esnek olması gibi bir ayırım olmayacağından sui generis bir yazılılık şartının kabulünü savunmaktadır.¹⁰⁰ Ancak doktrinde bu görüşün azınlıkta kaldığını, bizim de katıldığımız hakim görüşe göre buradaki yazılılığın geçerlilik koşulu olduğunu belirtmek gerekir.

II. EŞİTLİK İLKESİ VE HAK ARAMA HÜRRİYETİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin yukarıdaki inceleme daha çok sözleşmenin kurulmasında iradenin bir şekilde sakatlanması, taraflardan birinin sosyo-ekonomik durumunun zayıflığı gibi nedenlerle sözleşmesel ilişkide bir tarafın zayıf konumda olması sonucu sözleşmedeki dengenin bozulması üzerineydi. Burada yapacağımız değerlendirme ise eşit güçteki tarafların tamamen iradelerinin uyuşması sonucu irade özgürlüğü kapsamında sözleşmesel edimlerde dengesiz bir dağılımı bile isteye öngörmelerine ilişkin olacaktır. Dolayısıyla bu noktada temel hakların özüne ne kadar dokunabileceği, sözleşme özgürlüğü gerekçesiyle hak arama hürriyetinin sınırlandırılmasının yahut eşitlik ilkesinin kısmen göz ardı edilmesinin mümkün olup olmadığı irdelenmeye çalışılacaktır.

Feodal toplumdan sanayi toplumuna geçişin bir ürünü olan irade özerkliği; başlangıçta hukuki olmayan, kökeni itibariyle devletin sosyal hayattaki koruyucu politikalarının reddedilerek tarafların her alanda özgürlüğünü tesis etmeyi ilke edinmiş ekonomik ve politik bir felsefi hareket olarak kabul edilmiştir.¹⁰¹ 19. yüzyıldan itibaren

⁹⁹ Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 3* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 3628.

¹⁰⁰ İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuk Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 1030-1031.

¹⁰¹ Arzu Küçükyağcı, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması," *AÜHFHD* 53, no. 4 (2004): 105; Ercoşkun Şenol, "TBK. m. 27," 710.

çağdaş hukuk sistemleri, taraflara sözleşmenin şartlarını genel olarak serbest iradeleriyle kararlaştırabilecekleri bir alan bırakarak sözleşme özgürlüğü ilkesini kabul etmiştir.¹⁰²

B. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması

Anayasa'nın temel hak ve hürriyetleri düzenleyen hükümleri, Devlet ile kişiler arasındaki "dikey" ilişkiyi ilgilendirir.¹⁰³ Bu kural- ların kişiler arasındaki "yatay" ilişkiye etkisi bakımından öğretilerde savunulan iki görüşten biri, bunların kişiler arasındaki ilişkilerde de doğrudan doğruya ileri sürülebilecek özel hak niteliğinde olduğunu, diğeri ise söz konusu etkinin ancak dolaylı olabileceği zira bu hakların özel hak değil kamu hakkı niteliğinde olduğunu kabul etmektedir.¹⁰⁴ Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen 1982 Anayasası'nın 11. maddesi, Anayasa kurallarının bütün kişileri bağlayan emredici kurallar olduğunu açıkça belirtiyor olduğundan, Anayasa normlarının özel kişilerin kendi aralarındaki hukuksal ilişkilerde de geçerli olacağı yani doğrudan doğruya etki görüşünün benimsenmiş olduğu söylenebilir.¹⁰⁵ Benzer şekilde **Öden** de temel hakların yalnızca devlet organlarına ve idare makamlarına değil, özel hukuka bağlı kişi ve kuruluşlara karşı da korunması gerektiğini ve anayasa kurallarının özel hukuk ilişkilerini de etkileyeceğini ifade etmiştir.¹⁰⁶

Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğü, anayasal temel hak ve hürriyetlerden olduğundan bu hürriyetin

¹⁰² Küçükyalçın, "Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması," 105-106.

¹⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 501.

¹⁰⁴ Zafer Gören, *Temel Hak Genel Teorisi* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2000), 76-77.

¹⁰⁵ Gören, *Temel Hak*, 79-80; Aynı yönde bkz. Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri," *İÜHFEM* 53, no. 1-4 (1990): 210-211. Dolaylı etkiyi savunan aksi yönde görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 502.

¹⁰⁶ Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 155.

sınırlandırılması Anayasanın 13. maddesi¹⁰⁷ bağlamında söz konusu olabilecektir. Buna göre; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* Bu noktada ilk olarak AY m. 48’e baktığımızda madde metninde sözleşme özgürlüğüne ilişkin bir sınırlama öngörülmemiş olduğu göze çarpmaktadır. Bu durum sözleşme özgürlüğünün sınırsız mı olduğu anlamına gelecektir sorusunu gündeme getirmektedir.

Gözler, 13. maddeden genel sınırlandırma sebeplerinin kaldırılması sonucu bazı özgürlüklerin tamamen sınırsız, bazılarının ise kısmen sınırsız hale geldiğini ifade etmektedir.¹⁰⁸ Yazara göre ilgili maddede özel sınırlandırma sebebi öngörülmeyerek sözleşme özgürlüğü de tamamen sınırsız hale gelmiştir; şöyle ki artık herkes dilediği gibi sözleşme yapabilecek, başkaca hiçbir kanunda yer alan sınırlandırma artık geçerli olmayacak, hatta istenirse serbestçe uyuşturucu ticareti bile yapılabilecektir.¹⁰⁹ **Gözler**’in bu aksi görüşüne rağmen öğretilerde genel kabul görmüş anlayış, genel sınırlandırma sebeplerinin kaldırılmış olmasının sınırsızlık anlamına gelmeyeceği yani sözleşme özgürlüğünün sınırsız olmadığı yönündedir. Zira

¹⁰⁷ 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla değiştirilmeden önce bu madde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında genel sebepler olarak *“...Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı...”* ifadelerini içermekteydi. Değişiklik sonrası bu genel sebepler maddeden çıkarılmış ve her temel hak ve özgürlük için özel sınırlandırma sebepleri ilgili maddeye bırakılmıştır. İlgili maddede özel bir sınırlandırma sebebi yer almaması halinde acaba sınırsız hak veya özgürlük mü söz konusu olacak tartışmalarının fitili de böylece ateşlenmiştir.

¹⁰⁸ Kemal Gözler, *“Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri,” Ankara Barosu Dergisi*, no: 4 (2001): 64.

¹⁰⁹ Kemal Gözler, *“3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği,”* http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf.

Kapani'nin de ifade ettiği gibi sınırsız hürriyet kavramı fertler için pratikte bir anlam ifade etmediği gibi bu durum bir hürriyet vaa-dinden başka bir şey değildir.¹¹⁰

Özbudun, her hak ve hürriyetin Anayasa'da belirtilmiş olmasa bile, o hürriyetin niteliğinden doğan, başkaca bir deyişle eşyanın tabiatında gizli olan objektif sınırları olduğunu ifade eder.¹¹¹ **Tanör/Yüzbaşıoğlu** da her hak ve hürriyetin norm alanını çizen nesnel ve doğal sınırları olduğunu, bu sınırın dışında kalan taşkınlıkların yabancı cisim olup hukuken korunamayacağını; bu sebeple de bunları yasaklamak için Anayasa'da bir hüküm olmasının şart olmadığını belirtmişlerdir.¹¹² Bu objektif- doğal sınırlar her temel hak ve hürriyet için farklıdır.¹¹³ Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki görüşü ise şöyledir; "*Anayasa'nın 48. maddesinde, sözleşme özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın ilgili maddesinde özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların diğer anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılması da mümkün bulunmaktadır.*"¹¹⁴ Bu noktada öğretilen egemen görüşe ve Anayasa Mahkemesi'nin görüşlerine katılıyor ve **Gören**'in çalışmasından aldığımız şemanın açıklayıcı olacağını düşünüyoruz.¹¹⁵

¹¹⁰ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981), 231.

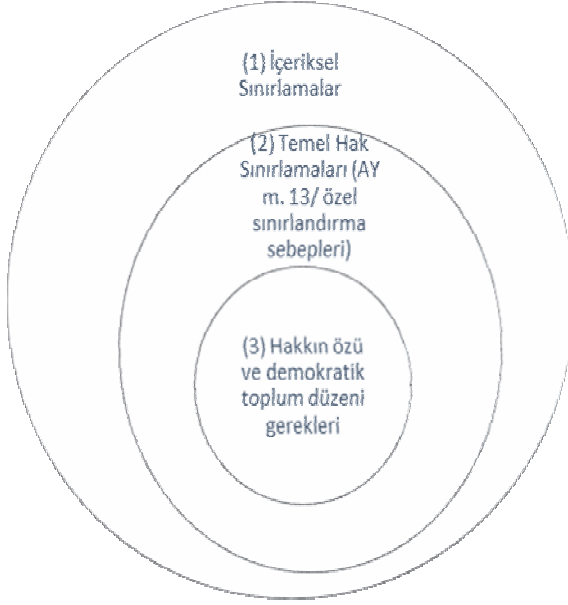
¹¹¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 115; Aynı yönde bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 57, no. 2 (2002): 18; Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982), 130.

¹¹² Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta, 2015), 136-137.

¹¹³ Hakyemez, "Objektif Sınır," 24.

¹¹⁴ AYM, E. 2016/154, K. 2017/106, 31.5.2017, RG. 11.7.2017, S. 30121. Aynı yönde bkz. AYM, E. 2015/102, K. 2016/151, 7.9.2016, RG. 18.10.2016, S. 29861; AYM, E. 2014/126, K. 2015/86, 8.10.2015, RG. 22.10.2015, S. 29510.

¹¹⁵ Gören, *Temel Hak*, 89.



Bu şemaya göre en dıştaki birinci daire, temel hakka veya özgürlüğe Anayasa tarafından önceden çizilmiş yani başlangıçtan itibaren doğasında bulunan içeriksel sınırları gösterir; ikinci daire AY m. 13'te işaret edilen özel sınırlandırma sebeplerini ifade eder ve en içteki daire ise hiçbir sınırlandırmanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağını ve hakkın özüne dokunamayacağını belirtir.

O halde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve hakkın özü kavramlarından ne anlaşılması gerekir? Anayasa Mahkemesi'ne göre kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz ve özgürlük kısıtlamaları güdülen amaç ne olursa olsun belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye varmamalıdır.¹¹⁶ Öğretide bir görüşe göre ise, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile kastedilen, çoğulcu özgürlükçü ve katılımcı bir demokraside hürriyetlerin belirli bir seviye olması gerektiğidir.¹¹⁷

¹¹⁶ AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, 26.11.1986, RG. 14.08.1987, S. 19544.

¹¹⁷ İsmail Köküsarı, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 1 (2011): 176.

Anayasa Mahkemesi 1963 tarihli bir kararında bir hakkın veya özgürlüğün kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir biçimde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici, amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki yasal sınırlamaların hakkın özüne dokunduğunu kabul etmiştir.¹¹⁸ Başkaca bir ifadeyle hakkın özüne dokunmama, ilgili hakkı sınırlandırmanın, o hakkı anlamsız kılacak dereceye varmamasıdır.¹¹⁹ Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması noktasında dikkat edilmesi gereken bir diğer kriter de ölçülülüktür. Anayasa Mahkemesi'nin de sık sık yinelediği üzere sözleşme özgürlüğü anayasal dayanağı olan bir hürriyet olmakla beraber, sınırlandırılması söz konusuysa AY m. 13' te yer alan, amaç ile araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesi de her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.¹²⁰

Unutulmamalıdır ki temel hak ve hürriyetlerin tek olası tehlikeli düşmanı devlet değildir; bilakis onları araç olarak kullanan kişilerce de tehdit edilirler.¹²¹ Başkaca bir deyişle temel hak ve hürriyetleri kullanmak ne kadar doğalsa, onların kötüye kullanılması da o kadar doğaldır.¹²² AY m. 14/II' de "*anayasa hükümlerinden hiçbirini, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz*" ifadelerine yer verilmiştir. Bu maddeye göre bir temel hak ve hürriyetin Anayasa'da yer almış bulunması, bunun taşıyıcısının temel hak ve özgürlüğü yok etmek amacıyla faaliyette bulunmasına, bu faaliyetin de meşru sayılmasına imkân vermez.¹²³

¹¹⁸ AYM, E. 1962/208, K. 1963/1, 4.1.1963, RG. 13.3.1963, S. 11354.

¹¹⁹ Köküsarı, "Hak Arama Özgürlüğü," 173.

¹²⁰ AYM, E. 2016/154, K. 2017/106, 31.5.2017, RG. 11.7.2017, S. 30121; AYM, E. 2015/102, K. 2016/151, 7.9.2016, RG. 18.10.2016, S. 29861; AYM, E. 2014/108, K. 2015/8, 14.1.2015, RG. 21.5.2015, S. 29362.

¹²¹ Gören, *Temel Hak*, 45.

¹²² Cengiz Topel Çiftcioğlu, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasası," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2012): 192.

¹²³ Gören, *Temel Hak*, 48.

Bu bağlamda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 2/II' de “*bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” şeklinde ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılması yasağı da göz ardı edilmemelidir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, bir hakkın kullanılmasında hak sahibine hiç yararı olmadığı veya çok az ve sınırlı yararı olduğu hallerde söz konusu olup, kötüye kullanmanın başladığı yerde o hak veya hürriyetin sona ermiş sayılacağı kabul edilir.¹²⁴ Başka bir deyişle hakkın kötüye kullanılmış olduğunu kabul etmek için, o hakkın tanınmasındaki amaca aykırı olarak kullanım ve bu kullanmada kullanan bakımından menfaat yokluğu veya çok küçük bir menfaat olması gerekir.¹²⁵

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetlerden biri olarak sözleşme özgürlüğünün sınırsız olmadığı ve AY m. 48'de özel bir sınırlandırma sebebi yer almasa da hakkın özüne ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı şekilde sözleşme özgürlüğünün kullanılamayacağı kanaatindeyiz. Ayrıca tarafların kendi kanunu hükmünde olan sözleşmelerinde, Anayasanın yatay etkisi bağlamında hakkın özüne dokunmadan hareket etme yükümlülüklerinin olduğunu söyleyebiliriz.

C. Eşitlik İlkesi ve Hak Arama Hürriyeti

1. Tarafların Eşitliği

Tüm tahkim sözleşmelerinin kalbi ve ruhu irade özerkliğine dayanır; ancak bu durum mutlak sınırsız bir serbesti anlamına gelmediği gibi başta kamu düzeni, eşit muamele gibi sebeplerle sözleşmelerin sınırlandırılması sonucunu doğurabilir.¹²⁶ Açıkça ifade

¹²⁴ Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 7, 22.

¹²⁵ Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 24.

¹²⁶ Ansari, “Party Autonomy,” 47-48; Şeyda Dursun, “A Critical Examination of the Role of Party Autonomy in International Commercial Arbitration and an Assessment of Its Role and Extent,” *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2012): 181-182.

edilmiyor olsa bile, şüphesiz asimetrik tahkim şartları irade özerkliği prensibi ve onun taraflara sağladığı esneklikle uyumludur. Bununla birlikte asimetrik tahkim şartlarının uygulanmasını engelleyebilecek birtakım sınırlamalar söz konusu olabilir.¹²⁷

Sözleşme yapanların ekonomik ve sosyal yönden her zaman birbirleriyle eşit konumda olmamalarından dolayı bilhassa İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra sözleşme özgürlüğüne konulan sınırlar giderek artmıştır.¹²⁸ Kurulacak bir sözleşmenin adil olması öncelikle tarafların müzakere güçleri arasında bir eşitliğin bulunmasına bağlı olduğundan; Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan “sosyal hukuk devleti” olmanın bir gereği olarak hukuk, sözleşme adaletini sağlamak üzere sosyo-ekonomik açıdan güçsüz durumda olanları güçlülere karşı korumalıdır.¹²⁹ Zira hukuki eşitlik ilkesi uygulamada sosyo-ekonomik eşitliği sağlayamamakta, böylece güçlüler zayıflara kendi iradelerini kabul ettirebilmektedir.¹³⁰ Alman Anayasa Mahkemesi de bir kararında benzer ifadelerle yer vermiştir:¹³¹ “Bugün, sözleşme özgürlüğünün sadece taraflar arasında yaklaşık bir güç dengesinin var olması durumunda çatışan menfaatleri dengelemeye yaradığı ve zedelenmiş sözleşme eşitliğinin giderilmesinin günümüz Medeni Hukuk’unun en önemli ödevlerinden biri olduğu konusunda yaygın bir fikir birliği mevcuttur.”

Bir sözleşme yapılırken tarafların genellikle eşit konumda olmamaları nedeniyle bu eşitsizliğin mümkün mertebe giderilmesi sözleşme hükümleri ile teşvik edilmelidir. Bugün için eşitlik kavramından artık salt aritmetik bir eşitliğin anlaşılamayacağı, mutlak eşitliğin önemini kaybetmekte olduğu ortadadır. Eşitlik, herkesin pastadan eşit dilimler halinde pay alması olamaz. Anayasa Mahke-

¹²⁷ Ustinov, “Legal Validity.” 30.

¹²⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, 299.

¹²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 504.

¹³⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, 299.

¹³¹ Yeşim Atamer, “Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti- Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi,” *İÜHFİM* 55, no. 3 (1997): 427; Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 504-505.

mesi kararlarında¹³² da ifade edildiği gibi “eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle, “eşitlerin eşitliği” anlamındadır. Farklı durumda olanlara, yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani “eşit olmayanların eşitsizliği”; eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.”

Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerli olmaması gerektiği yönündeki düşüncelerin temelinde esasında tarafların eşitliği yani eşit muamele ilkesi yatar.¹³³ Bu ilke HMK m. 423'te de “*taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler*” şeklinde yer almıştır. Her ne kadar burada tahkim yargılaması esas alınmış olsa da **Umar**, tarafların tahkim sözleşmesinin içeriğini ve hakemleri belirlemede gerçekten eşit hak ve yetkiye sahip olmaları halinde ancak tahkim sürecinde de eşit hak ve yetkiye sahip olabileceğini ifade eder.¹³⁴ Ayrıca öğretilerde tarafların kendi iradeleriyle bu ilkedен vazgeçemeyecekleri dile getirilmektedir.¹³⁵ **Yeğengil** de benzer şekilde, taraflar kendi çıkarları aleyhine tasarrufta bulunmayacaklarından hakem tayinindeki eşitliği sağlayacak tedbir ve imkânları ihmal etmelerinin düşünülmemeyeceği kanaatindedir.¹³⁶ Oysaki **Öden**'in de ifade ettiği gibi hukukun genel ilkesi olan eşitlik, özel hukuk ilişkilerinde doğrudan etkiye sahip olacağından¹³⁷ kanaatimizce yukarıda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından yaptığımız açıklamalar burada geçerli olacaktır.

Sözleşmede tarafların eşitliği, hiç şüphesiz hakların ve yükümlülüklerin birebir aynı veya benzer olacağı anlamına gelmez. Asi-

¹³² AYM, E. 1988/7, K. 1988/27, 27.9.1988, RG. 26.12.1988, S. 20031; AYM, E. 1988/16, K. 1988/29, 27.9.1988, RG. 26.12.1988, S. 20031; AYM, E. 1988/9, K. 1988/28, 27.9.1988, RG. 26.12.1988, S. 20031; AYM, E. 2004/5, K. 2008/111, 29.5.2008, RG. 05.11.2008, S. 27045.

¹³³ Ustinov, “Legal Validity.” 32.

¹³⁴ Umar, *Şerh*, 1217.

¹³⁵ Serhat Sarısozen, *Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması* (İstanbul: Kazancı, 2005), 42; İbrahim Özbay ve Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 83; Akıncı, *Tahkim*, 169.

¹³⁶ Yeğengil, *Tahkim*, 17.

¹³⁷ Öden, *Eşitlik İlkesi*, 156-157.

metrik tahkim sözleşmeleri bakımından da tam olarak böyle bir durum söz konusudur. Aslında eşit muamele ilkesinin ihlali, asimetrik tahkim şartının varlığıyla ilgili değildir; yargılama sırasında tarafların usuli haklarının ihlaliyle ilgilidir.¹³⁸ Bir başka deyişle yargılama sırasında taraflardan birinin usuli haklarının ihlal edilmesi halinde asimetrik tahkim şartının geçersizliği gündeme gelebilir. AİHM içtihatlarından da anlaşıldığı üzere tarafların eşitliği ilkesinin önemi muhakkak ki inkar edilemez, ancak bu ilke başlamış bir tahkim yargılamasında devreye girmektedir.¹³⁹

Sözleşmelerde yer alan hükümler bakımından matematiksel eşitlik düşünülmemeyeceği gibi esas olması gerekenin sözleşmenin bütününe tarafların eşitliğinin gözetilmesi olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple ilk bakışta bir hüküm taraflardan birinin daha lehine görülebilir ancak başka bir hükümle diğer tarafa avantajlı bir durum yaratılıp sözleşmenin genelinde denge tarafların ortak mutabakatı ile sağlanmış olabilir ki bu durum AY m. 13'te ifadesini bulan ölçülülük ilkesi ile de uyumludur. Daha sonra -kanımızca dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde- salt aleyhine bir karar çıktığı için sözleşmede taraf eşitliğinin ihlal edilmiş olduğunun iddia edilmesini doğru olmayacaktır. Şüphesiz iradeyi saktatlayan halleri bu kapsamda değerlendirmemekteyiz.

2. Hak Arama Hürriyeti

Öğretide hak arama hürriyetinin iki yönü olduğu savunulur; adaletten yararlanma hakkı ve dinlenilme hakkı.¹⁴⁰ Hak arama hürriyetinin asli görünümünün ise mahkemeye ulaşma hakkı olduğu söy-

¹³⁸ Ustinov, "Legal Validity." 34.

¹³⁹ AİHM, *Dombo Beheer B. V. ve The Netherlands*, 27.10.1993, b.n. 14448/88, para. 33. Tarafların eşitliği ilkesinin hakem mahkemesinin oluşturulması dahil tahkim yargılamasının her aşamasında (yani yargılama başlamadan da önce) dikkate alınması, taraflardan hiçbirinin hiçbir şekilde ayrıcalıklı bir konumda olmaması gerektiği yönündeki karşı görüş için bkz. Petrochilos, *International Arbitration*, 145; Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 206; Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 170.

¹⁴⁰ Bilgehan Yeşilova, "Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği," *TBB Dergisi*, no. 86 (2009): 56.

lenebilir.¹⁴¹ Savunma hakkının temel bir güvencesi olan eşitlik ilkesi de öncelikle tarafların mahkemeye erişimde eşitliğini gerektirir.¹⁴² Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı ile sıkı bir bağ içerisinde. Şöyle ki "*herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*"

Burada ilk olarak acaba tahkim yargılaması devlet mahkemelerine başvuru yolunu kapattığı için hak arama hürriyetinin ihlali sonucu mu doğurur sorusu akla gelmektedir. Tartışma konusu olacak ikinci mesele ise asimetrik tahkim sözleşmeleri bağlamında yukarıda verdiğimiz örneklere göre, taraflardan birine mahkemeye yahut tahkime başvurma arasında bir seçim hakkı tanınırken, diğer tarafa ya sadece tahkime ya da mahkemeye başvurma hakkı tanıyan durumlarda, bunların hak arama hürriyetinin ihlali sonucunu doğurup doğurmayacağı noktasındadır.

Özekes hak arama hürriyetini düzenleyen AY m. 36'da "*yargı mercileri*" ifadesinin mahkemeler ile sınırlı olmayıp geniş anlamda yargısal faaliyet yürüten hakem mahkemesi dahil tüm yargı mercilerini kapsadığını ifade etmektedir.¹⁴³ Bugün için pek çok ülke hukukunda tahkim, uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal bir işlev icra eden müessese olarak kabul edilmektedir ki, bu noktada artık tahkimin hukuka uygun olmadığını söylemek mümkün değildir.¹⁴⁴ Kanaatimizce, taraflar tahkime başvurmak suretiyle devlet mahkemelerinin yargılamasından vazgeçmiş olsalar da bu durum hak arama hürriyetinden vazgeçildiği anlamına gelmez zira hakem heyeti de geniş anlamda mahkeme kavramı içerisinde yer almakta ve bir yargılama faaliyetini yerine getirmektedir. Kaldı ki temel hak ve hürriyetlerin özünden vazgeçilemeyeceğinden dolayı hak arama

¹⁴¹ Yeşilova, "Yargılama Diyalektiği," 57.

¹⁴² Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 39.

¹⁴³ Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 195-196. Aynı yönde bkz. Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 366; Yeşilova, "Yargılama Diyalektiği," 57, dn. 54.

¹⁴⁴ Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 142-143.

hürriyetinden tamamen vazgeçilmesi söz konusu olamaz; ancak AY m. 36'da özel sınırlandırma sebebi öngörülmemiş olduğundan ölçülülük ilkesi kapsamında özüne zarar vermeden sınırlandırılması söz konusu olabilir.¹⁴⁵

Hak arama hürriyetinin sınırlandırılmasında ölçülü davranılması için öncelikle bir hak arama yolunun öngörülmesi, yani özüne dokunulmamış olması gerekmektedir.¹⁴⁶ Bu bağlamda taraflardan birini sadece tahkime yahut sadece mahkemeye başvurma hakkı tanıyarak diğer yolları kapatan asimetrik tahkim sözleşmeleri acaba hak arama hürriyetinin ihlali midir yoksa kabul edilebilir bir sınırlandırma mıdır? Kanaatimizce bu halleri ayrı ayrı değerlendirmek daha isabetli olacaktır.

Öncelikle tahkim yahut devlet mahkemesinden dilediğine başvurmada seçimlik hakkı olan taraf (A) karşısında diğer tarafın (B) sadece tahkime başvurabilme hakkının olduğu yani devlet mahkemelerine başvuru yolunun bu taraf için kapatıldığı sözleşmelere bakacak olursak, kanaatimizce bu tip asimetrik sözleşmeler hak arama hürriyetini tamamen devre dışı bırakmayıp ölçülü bir sınırlandırma olarak kabul edilebilir. (A) kişinin seçimlik hakkını kullanarak devlet mahkemelerine başvurması halinde (B) şüphesiz tahkim itirazında bulunarak yargılamanın hakem heyetinde görülmesini sağlayabilir. Süreci başlatanın (B) olması halinde ise yargılama zaten hakem heyetinde görülecek olup (A)'nın yargılamanın devlet mahkemesine taşınmasını talep etme hakkı olmayacaktır.

Çalışmamız bakımından asıl tartışmalı olan husus, tahkim veya devlet mahkemesinden dilediğine başvurmada seçimlik hakkın taraflardan birine (A) tanınırken, sözleşmede diğer tarafın (B) ya sadece devlet mahkemelerine başvurabileceğinin belirtilmiş olması ya da bu konuda hiçbir şey belirtmemiş olmasıdır. (B) açısından bu iki hal arasında esasen bir fark yoktur. Uyuşmazlıkların çözüm yerinin kural olarak devlet mahkemeleri, bunun istisnasının ise tahkim ol-

¹⁴⁵ Aynı yönde bkz. Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 153; Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 201.

¹⁴⁶ Köküarı, "Hak Arama Özgürlüğü," 178.

duğu göz önünde bulundurulduğunda, tahkim sözleşmesinde (B) için herhangi bir ifadeye yer verilmemesi doğrudan hak arama hürriyetinin ihlali olduğu sonucuna ulaştırmamalıdır.¹⁴⁷ Başka bir deyişle sözleşmede yer almasa dahi (B) için istisnai yol olan tahkim kabul edilmemişse devlet mahkemelerine başvurma hakkı zaten saklıdır. (B)'nin hakkını arama imkânının tamamen elinden alınması gibi bir durum söz konusu olmadığı için kanımızca bu durum hak arama hürriyetini ihlal etmez.

Burada ortaya çıkabilecek asıl sorun (B)'nin uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemelerine başvurması halinde (A)'nın tahkim itirazı ile karşı karşıya kalması ve bu itirazın yerinde görülmesinden sonra (A)'nın tahkim sürecini başlatmaması halinde (B)'nin hakkını nasıl arayacağıdır. Bu konuda verilmiş bir Yargıtay kararında¹⁴⁸ da *“bu şartın geçerli sayılması, öncelikle kurtarma-yardım hizmetinden yararlanan ilgililerin hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Zira taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana geldiği zaman, hizmet alan ilgililerin mahkemeye başvurması yolu, davalı kurumca süresinde tahkim itirazında bulunulmak suretiyle engellenecek, davalı kurumun tahkim yoluna başvurmaması halinde ise hizmeti alan ilgililerin başvurabileceği bir başka yasal yol kalmayacaktır”* ifadelerine yer verilerek söz konusu tahkim şartının geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır. Bu tespit bizce de son derece yerindedir.¹⁴⁹ Bu sebeple taraflardan sadece birisine tahkime başvurma imkânı tanıyan, diğer tarafın devlet mahkemelerinden başka yolunun olmadığı sözleşmelerde yukarıdaki örnekte olduğu gibi taraflardan birinin hakkını arama yolu tamamen kapanabileceğinden bu tip asimetrik tahkim şartlarının/sözleşmelerinin geçersiz sayılması gerekir.

Asimetrik tahkim sözleşmeleri bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer ihtimal de paralel yargılamaların ortaya çıkması tehlikesidir. Taraflardan birinin tahkime diğerinin de devlet mah-

¹⁴⁷ Aynı yönde bkz. Esen, *Tahkim Şartının Geçerliliği*, 153-154.

¹⁴⁸ Yar. 11. HD, E. 2009/3257, K. 2011/1675, 15.2.2011, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁹ Aynı yönde bkz. Ekşi, *Tahkim*, 90; Aydemir, *Tahkim*, 135; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 73. Aksi yönde görüş için bkz. İlhan, *Tahkim*, 217-218.

kemelerine başvurması halinde kendi yargılama yetkileri hakkında karar verebiliyor (*the doctrine of competence-competence*) olmaları nedeniyle her iki uyuşmazlık çözüm merciinin de kendisini uyuşmazlığı çözmekte yetkili görmesi paralel yargılamayı gündeme getirir.¹⁵⁰ Paralel yargılamaların doğuracağı olumsuz sonuçları önlemek için ülkeden ülkeye değişebilen müesseseler öngörülmüştür ki bu sebeple genel tek bir tanım yapılabilmesi güçtür.¹⁵¹ Devlet mahkemesinde tahkim ilk itirazında bulunulmaz, mahkemece bu durum re'sen de tespit edilmezse derdest olan iki yargılamada verilecek kararların birbirine muhalif olması halinde hem toplumun adalete olan inancı sarsılacak hem de gereksiz bir mali yük doğacaktır.¹⁵² Esasında bu durum asimetrik tahkim sözleşmelerine özgü değildir. Asimetrik olsun olmasın her tahkim sözleşmesi ile karşı karşıya kalınabilecek bir sorundur.¹⁵³ Zira taraflar uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceğini kararlaştırdıktan sonra taraflardan biri yine de devlet mahkemelerine başvurur ve karşı tarafça da süresinde tahkim ilk itirazında bulunulmaz ise mahkeme zaten uyuşmazlığı görmeye görevli hale gelecektir. Eş zamanlı olarak tahkim sürecinin de yürütülmesine ses çıkarılmazsa, birbirine zıt iki ayrı karar çıkma tehlikesi gündeme gelebilir. Dolayısıyla paralel yargılamalar tahkimin henüz çözülemeyen çıkmazlarından olup bizim çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır diyebiliriz.

3. Çelişki Yasası

Bir kimseyi kendi davranışlarıyla bağlı tutan, davranışları arasında tutarlılık olmasını zorunlu kılan genel bir kural olmamakla birlikte, davranışlarıyla karşısındakinde güven oluşturmuş kimse-

¹⁵⁰ Lauren D. Miller, "Is the Unilateral Jurisdiction Clause No Longer an Option? Examining Courts' Justifications for Upholding of Invalidating Asymmetrical or Unilateral Jurisdiction Clauses," *Texas International Law Journal* 51, no. 3 (2016): 326.

¹⁵¹ Gilles Cuniberti, "Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement," *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* 21, no. 2 (2006): 2.

¹⁵² Nuray Ekşi, "Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar," *UTTDER* 2, no. 2 (2013): 21.

¹⁵³ Aynı yönde bkz. Ekşi, "Paralel Davalar," 21; İlhan, *Tahkim*, 218; Aydemir, *Tahkim*, 133.

nin daha sonra bu güvenle uyumlu olmayan hareket tarzı çelişkili davranış yasağının ihlali sonucunu doğurur.¹⁵⁴ Başka bir ifadeyle, bir tarafın daha önce yaptığı bir işlem veya bulunduğu beyanla çelişen bir işlem yapmaya yeltenmesi hukuken korunamaz.¹⁵⁵ Kimsenin önceki çelişkili fiiline dayanamayacağı kuralına “*venire contra factum proprium*” denir.¹⁵⁶

Çelişkinin varlığı için kişinin kasıtlı veya ihmal ile hareket etmiş olması zorunlu olmayıp önceki davranışı sırasında daha sonra bu davranışının bazı hukuki sonuçlar doğurabileceğini objektif olarak bilebilmesi gerekir.¹⁵⁷ Önceki davranışıyla çelişen kimse eğer bir hakkını kullanırken veya borcunu yerine getirirken objektif dürüstlük kuralına aykırı davranmışsa TMK m. 2/I’ in ihlali; yok eğer muhatapta uyandırdığı güveni ihlal etmişse hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır.¹⁵⁸

Edis, geçerli bir tahkim şartı/sözleşmesi olmadığı halde kendi hakemini seçip karşı tarafın da hakem seçmesini yazılı olarak isteyen kimsenin sonradan tahkim şartının/sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri sürerek uyuşmazlığın hakem marifetiyle çözülmesini engelleyemeyeceğini ifade eder.¹⁵⁹ Yazar bu örneği doğrudan asimetric tahkim için vermemiş olsa da asimetric tahkim sözleşmesi kurulurken tarafların iradelerinin birbiriyle uyuşmuş olmasına rağmen yukarıda ifade ettiğimiz gibi ölçüsüz bir şekilde hakkın özüne dokunan temel hak ve hürriyet sınırlandırmaları sebebiyle bu tip sözleşmeler esasen geçerli olmayabilir. Ancak tarafların başlangıçta bu konuda bir itirazı olmadığı gibi, uyuşmazlığın hakem/hakemler

¹⁵⁴ Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1989), 342-343; Fatma Alaslan, “Medeni Hukuk’da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı,” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2016): 428.

¹⁵⁵ Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Ankara: S Yayınları, 1989), 108.

¹⁵⁶ Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 57.

¹⁵⁷ Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 58.

¹⁵⁸ Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 63.

¹⁵⁹ Edis, *Başlangıç Hükümleri*, 344.

önünde görülmesinden sonra tahkim sözleşmesinin geçersizliği sebebiyle hakem kararının iptali gündeme gelirse kanaatimizce çelişkili davranış yasağı devreye girecektir. Bu halde sözleşmenin geçersizliği, çelişkili davrananın muhatabının güveninin korunması için düzelmiş sayılacaktır.¹⁶⁰ İşte böyle geçerli olmadığı halde geçerli bir sözleşmenin hükümlerinin bir ilişkiye bağlanmasını ifade eden hallerde fiili sözleşme ilişkisi söz konusu olur.¹⁶¹ Fiili sözleşme ilişkilerinde bir sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan irade açıklamasının yerini maddi bazı fiili davranışlar almaktadır.¹⁶² Fiili sözleşme ilişkileri teorisi özellikle geçersiz olan veya sona ermiş olan sözleşmeye rağmen tarafların edimlerini ifa etmeleri halinde taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun bir çözüm sağlar.¹⁶³ **Akyol**, çelişki yasağının bir itiraz niteliğinde olduğunu ve hukuk hayatımıza güvenlik kazandırması bakımından hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği ifade etmektedir.¹⁶⁴

D. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("Sözleşme") m. 34'e göre, sözleşmeyi imzalayan devletin, sözleşmede ve ilgili protokollerde yer alan yükümlülüklerini ihlal etmesi nedeniyle zarar gören her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş ve kişi grupları ilgili devlete karşı iddialarını bireysel başvuru yoluyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşıyabilir. Bilindiği üzere AİHM bir temyiz mercii olmayıp, Sözleşme' de ifade edilen temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilip edilmediğini denetleyen bir mahkemedir. Bu yolda zarar görenin iddialarının muhatabı akit devlet olduğundan, ilk olarak iddia edilen ihlalin devlet kurumlarınca gerçekleştirilmiş olması gerektiği akla gelmekte, hal böyleyken hakem heyetlerinin yerine getirdiği faaliyetin denetiminin

¹⁶⁰ Şener Akyol, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 57.

¹⁶¹ Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 70.

¹⁶² Ahmet M. Kılıçoğlu, "Fiili Sözleşme İlişkileri," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 5-6 (1985): 739.

¹⁶³ Kılıçoğlu, "Fiili Sözleşme," 748.

¹⁶⁴ Akyol, *Çelişki Yasağı*, 61.

Sözleşme'nin kapsamına girip girmeyeceği tartışması ortaya çıkmaktadır. Bundan başka AİHS'nin özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi de çalışmanın bu bölümünün diğer ayağıdır.

Bir kanun hükmüyle temel hak ve hürriyetleri ihlal eden asimetrik tahkim şekli düzenlenmiş olabileceği gibi, tarafların sözleşmelerinde yer alan asimetrik tahkim hükmünün temel hak ve hürriyetleri özüne zarar verecek şekilde sınırlandırması da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda geçersizliğe ilişkin tüm iç hukuk yollarını tüketen ancak bir sonuca ulaşamayan tarafın AİHM'e başvurusu gündeme gelebilir.

Öncelikle bu çalışmada amacın mahkeme kavramından ne anlaşılması gerektiğini uzun uzun incelemek olmadığını belirterek genel hatlarıyla ve öğretilerdeki tartışmalarıyla bu kavrama kısaca değinmek yerinde olacaktır. Mahkeme kavramı dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda mahkeme, devlet tarafından görevlendirilmiş olan ve yargılama yapıp hüküm vermekle yetkilendirilmiş bulunan kuruluşları işaret ederken; geniş anlamda mahkeme, bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerine sahip, önlerine gelen hukuki uyuşmazlık ve hukuka aykırılık iddiaları ile istemler hakkında, belirli usullerle ilkeler dairesinde, yargılama yapıp karar alan tüm kurum ve kuruluşları ifade eder.¹⁶⁵ Bu bağlamda hakem heyetleri geniş anlamda mahkeme kavramı kapsamında kabul edilebilir.

Mahkeme kavramının kapsamına hakem heyetlerinin girip girmediği karmaşasına yol açan Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme kavramına yüklediği anlamdır. Sorunun asıl çıkış noktası ise İngilizce "court" ve "tribunal" kavramlarının birebir Türkçe'ye çevrilememiş olmasından ötürü çoğu defa ikisine de mahkeme denmesinden kaynaklanır.¹⁶⁶ Anayasa Mahkemesinin 31.5.2007'de verdiği bir kararda mahkeme kavramının dar anlamıyla benimsenmiş olduğunun ve hakem heyetlerinin Anayasa Mahkemesi'ne göre mahkeme kav-

¹⁶⁵ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku I* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 76-78.

¹⁶⁶ Kemal Başlar, *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı* (Ankara: Roma, 2005), 8-16.

ramı kapsamına dahil edilemeyeceğini görüyoruz.¹⁶⁷ Oysaki AİHS m. 6'da adil yargılanma hakkı bağlamında "*tribunal established by law*" ifadesi yer almakta, bu da resmi çevirilerde Türkçe'ye "*kanunla kurulmuş mahkeme*" olarak aktarılmaktadır. Bugün hala özellikle ihtiyari tahkimin AİHS'nin kapsamına girmediği yönünde görüşler olsa da, bizim de katıldığımız görüşe göre AİHS'de "*tribunal*" ifadesi ile hakem heyeti dahil yargılama faaliyetini yerine getiren tüm yargı mercileri kastedilmekte ve bilinçli bir tercihle "*courts*" yani dar anlamda mahkeme kavramından uzak durulmaktadır.¹⁶⁸

Her ne kadar bugün için henüz AİHM nezdinde AİHS hükümlerinin hakemler ve tahkime başvuran taraflar için bağlayıcılığına ilişkin bir dava gündeme gelmemiş de olsa; yukarıda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bağlamında anayasanın yatay uygulanabilirliğine ilişkin açıklamalarımız aynen burada da geçerli olup AİHS, devlet dışındaki gerçek ve tüzel kişileri de bağlamaktadır.¹⁶⁹ Şüphesiz ki Sözleşme' de yer alan hak ve özgürlükler, özel hukuk kişileri için üye devletlerle aynı yaptırım gücüne sahip olamayacaktır.¹⁷⁰ Ancak kimse AİHS uyarınca garanti altına alınan hakların ihlali sebebiyle Sözleşme' ye dayanarak karşı tarafın sorumluluğunu yerine getirmesini talep edemese de bu durum yatay etkinin olma-

¹⁶⁷ "...Yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir merciin mahkeme olarak kabul edilmesi için kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılma- larının, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir..." AYM, E. 2007/53, K. 2007/61, 31.5.2007, RG. 27.12.2007, S. 26739.

¹⁶⁸ Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 134-143; Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 197-199.

¹⁶⁹ Aynı yönde bkz. Aleksandar Jaksic, "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings A Still Unsettled Problem?" *Journal of International Arbitration* 24, no. 2 (2007): 160-161.

¹⁷⁰ Evert Albert Alkema, "The Third-Party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights," *Protecting Human Rights: The European Dimension*, *Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, ed. Franz Matscher ve Herbert Petzold (Köln: Heymanns, 1988), 37.

dığı anlamına gelmez.¹⁷¹ Yatay etki anlayışının, güvence altına alınan hakkın etkin, efektif bir biçimde korunmasını sağlamak yönünden son derece önemli bir işlevi olduğu düşünülmektedir.¹⁷² Özel hukuk kişilerinin Sözleşme ile korunan temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi halinde, üye devletin bu konuda kendi mevzuatı ile mahkemelerinin ve idari makamlarının davranışları bağlamında sorumlu tutulabileceği kabul edilmelidir ki bu da dolaylı yatay uygulanabilirlikle açıklanabilir.¹⁷³ Bu gibi durumlarda muhatap, olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğünü ihlal etmiş olması sebebiyle ilgili üye devlet olacaktır.¹⁷⁴

Tahkim yargılamasında, devletin bağımsız ve tarafsız mahkemelerinde olan yargı yetkisinin özel kişilerce kullanılıyor olması, adaletin icrasıyla ilgili bir sistemdeki noksanlıklardan ötürü devleti sorumluluktan kurtaramaz.¹⁷⁵ Özellikle tahkimde devletin denetim şeklinde bir yükümlülüğü vardır. Hukukumuzda da hakem kararlarının iptali müessesesi devletin bu denetim yükümlülüğünü yerine getiriş şeklidir. Bu sebeple devlet, güvencesi altındaki hakkın sahibi tarafından kullanılabilmesi için gerekli her türlü olumlu tedbiri almakla ve denetimsel işlevleri yerine getirmekle yükümlüdür.¹⁷⁶

İrade sakatlıkları sebebiyle geçersiz olmayan bir asimetric tahkim sözleşmesi, hak arama hürriyetini ortadan kaldırır, taraflar arasında eşitliği hakkın özüne zarar vererek bozar ya da herhangi bir temel hak ve hürriyeti ölçülülük ilkesi sınırları dışında tamamen ortadan kaldıracak yani özüne zarar verecek şekilde sınırlandırır ise tarafların tamamen serbest iradeleriyle akdetmiş oldukları sözleşme, kanaatimizce TBK m. 27'ye göre kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle geçersiz sayılmalıdır. Burada bizce kesin hükümsüzlük söz konusu olduğu halde devlet mahkemeleri tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin önüne gelen uyuşmazlıkta bu kayıtları geçerli

¹⁷¹ Jaksic, "Procedural Guarantees," 162.

¹⁷² Alkema, *Drittwirkung*, 44; Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 147.

¹⁷³ Alkema, *Drittwirkung*, 38; Petrochilos, *International Arbitration*, 112.

¹⁷⁴ Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 148, dn. 76.

¹⁷⁵ Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 161.

¹⁷⁶ Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 162.

kabul ederse, tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra AİHM'e bireysel başvuru yoluyla gidilebileceği fikrindeyiz. Ayrıca HMK m. 439'da hakem kararlarının iptal sebepleri arasında tahkim sözleşmelerinin geçersizliği de sayılmıştır. Geçersiz bir asimetrik tahkim sözleşmesi nedeniyle hakem kararının iptali yoluna gidildiğinde mahkeme sözleşmeyi geçerli sayar da kararı iptal etmezse yine iç hukuk yolları tüketildikten sonra AİHM'e başvuru gündeme gelecektir. Burada unutulmaması gereken, sözleşmenin sonradan geçersizliğini ileri süren tarafın bunu çelişkili davranma yasağı bağlamında hakkın kötüye kullanılması sayılabilecek şekilde hareket etmiyor olmasıdır.

III. TÜRK HUKUKUNDA ASİMETRİK TAHKİM SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Hukukumuzda tahkim uygulaması özellikle son yıllarda dikkat çekici şekilde artış göstermiştir. Bu durum pek çok açıdan yeni tartışmaları gündeme getirmiştir. Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği meselesi de işte bu tartışma konularından birisidir. Türk hukukunda bu tip sözleşmeleri doğrudan geçersiz sayan bir hüküm mevcut değildir. Asimetrik tahkim sözleşmeleri ilk defa Yargıtay'ın 2011'de verdiği bir kararla¹⁷⁷ gündeme gelmiş, bu kararda yapılan tespitler öğretilerde birtakım eleştirileri de beraberinde getirmiştir.

Taraflarca sözleşme serbestisi sınırları içerisinde yapılan asimetrik tahkim sözleşmeleri yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda kanaatimizce geçerlidir. Türk Hukukunda asimetrik tahkim sözleşmelerinin her ne kadar bu adla anılmasa da bilinen iki örneği vardır. Bunlardan birisi Sigorta Kanunu m. 30'da düzenlenen sigorta tahkimi, diğeri ise 2011'de Yargıtay tarafından da tartışılmış Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi'nde yer alan tahkim şartıdır. Öncelikle belirtmek gerekir, Yargıtay'ın önüne de gelmiş olan Kurtarma-Yardım Sözleşmesindeki asimetrik tahkim şartı artık uygulanmamaktadır. Bu Sözleşme'de 2015'te yapılan de-

¹⁷⁷ Yar. 11. HD, E. 2009/11257, K. 2011/1675, 15.2.2011, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ğişiklik sonucu asimetrik tahkim şartı ortadan kaldırılmış olduğundan artık uygulanmayan bu şarta sadece Yargıtay'ın tespitleri doğrultusunda kısaca değineceğiz.

B. Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi

Dava konusu olmuş Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi m. 6'da yer alan tahkim şartı değişiklikten önce şu şekildeydi; *“Taraflarca sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen kurtarma-yardım hizmetinden kaynaklanan kurtarma-yardım alacağıının tayinine ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde **kurtarıcının talebi üzerine İstanbul'da tahkim yolu ile hallolunur. Diğer ihtilaflar genel hükümlere göre İstanbul mahkemelerinde hal ve fasl olunur.**”*

Yargıtay 11. HD iki gerekçeyle bu hükmü geçersiz saymıştır. Birincisi, tahkim iradesinin tereddüte yer vermeyecek şekilde açık olması gerekirken hem tahkim hem de yetki sözleşmesi yapılması Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarına aykırıdır. İkincisi, taraflardan sadece birisine tahkime başvurma imkânı tanıyan sözleşme hak arama hürriyeti açısından hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmaz. Zira hizmet alan ilgililerin mahkemeye başvurması halinde davalı kurumca süresinde tahkim itirazında bulunulur ve tahkim yoluna da gidilmezse hizmet alan ilgililerin başvurabileceği başka bir yol da kalmayacaktır. Yukarıda hak arama hürriyeti bahsinde de değindiğimiz gibi biz de Yargıtay'ın ikinci gerekçesine katılıyor bu tip asimetrik sözleşmelerin geçersiz sayılması gerektiğini burada da tekrar dile getiriyoruz. Ancak öğretilerde başkaca yazarlar tarafından da kabul edilmeyen ilk gerekçenin biz de yerinde bir tespit olmadığı kanaatindeyiz.¹⁷⁸

2015 değişikliği sonrası bahsettiğimiz sözleşmenin adı Türk Kurtarma Sözleşmesi (TURKS 2015) olmuş ve m. 7'de yer verilen tahkim şartı şu şekilde düzenlenmiştir: *“Taraflarca Sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen Kurtarma hizmetinden kaynaklanan Kurtarma alacağıının veya 6. maddede belirtilen özel tazminat miktarının*

¹⁷⁸ Ekşi, *Tahkim*, 92; Aydemir, *Tahkim*, 135; İlhan, *Tahkim*, 218-219.

tain, tespit ve tahsiline ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde taraflardan birinin talebi üzerine, İstanbul' da tahkim yolu ile hallolunur. Taraflarca; tain, tespit ve tahsil için ayrı ayrı dava ikame edilemez. Kurtarma alacağının ya da özel tazminatın tain, tespit ve tahsili dışındaki sair ihtilaflar, genel hükümlere göre İstanbul Mahkemelerinde hal ve fasl olunur.” Görüldüğü üzere bu hüküm artık tahkim şartını asimetrik olmaktan çıkararak simetrik hale getirmiştir.

C. Sigorta Tahkimi

1. Genel Olarak

Sigorta Tahkimi 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile 2007 yılında hukuk hayatımıza girmiştir. “Sigortacılıkta Tahkim” başlıklı 30. maddenin gerekçesinde, uluslararası uygulamada var olan “Ombudsman Sistemi” nin işleyişi esas alınarak kendi hukukumuzla paralellik sağlanacak şekilde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (ki bugün için Hukuk Muhakemeleri Kanunu olarak düşünmek gerekir) yer alan tahkim sisteminin temel esas ve usulleri çerçevesinde sigorta tahkim sisteminin şekillendiği ifade edilmiştir.¹⁷⁹

SK m. 30/Y'e göre, “*Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir. (Ek cümle : 3/4/2013-6456/45 m.)* İlgili mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalardan kaynaklanan bu fıkra kapsamındaki uyuşmazlıklar için ilgili kuruluş sigorta tahkim sistemine üye olmasa dahi hak sahipleri bu bölüm hükümlerine göre tahkim usulünden faydalanabilir. (Ek cümle : 3/4/2013-6456/45 m.) Sigorta tahkim sistemine

¹⁷⁹ F. Dilek Kabukçuoğlu Özer, *Sigortacılık Kanunu Şerhi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 492.

üye olmayan kuruluşlar bakımından Sigorta Tahkim Komisyonu giderlerine katılım Hazine Müsteşarlığınca ayrıca belirlenir."

Bu hüküm, bize açıkça tahkim için Sigorta Tahkim Komisyonu'na sadece sigorta kuruluşu ile uyuşmazlık yaşayanın gidebileceğini yani sigorta kuruluşunun bu kanun kapsamında tahkime başvurma şansı olmayıp uyuşmazlık halinde olağan yol olarak mahkemede hakkını arayabileceğini göstermektedir. Şüphesiz bu, asimetrik bir tahkim şartıdır. Bu şartın geçerliliği incelemesine geçmeden önce sigorta tahkiminin niteliği üzerinde kısaca durmakta fayda görüyoruz.

2. Sigorta Tahkiminin Niteliği ve Özellikleri

Sigorta tahkiminin bir tür zorunlu tahkim mi yoksa ihtiyari tahkim mi olduğu konusu öğretilerde tartışmalıdır. Ulaş'a göre SK m. 30'da düzenlenen tahkim zorunlu bir tahkim niteliğinde olmayıp, sigortacılık yapan kuruluşların sisteme katılmaları kendi isteklerine bağlı tutulduğundan ve tahkime başvuran açısından tahkime başvurmak yerine dava yolunun da açık olması sebebiyle tarafların isteğine bağlı yani ihtiyari bir tahkimdir.¹⁸⁰ Yazar bu görüşünü 2013 değişikliği öncesinde ifade etmiş olduğundan belki o zaman için savunulabilir bir görüş olmasına rağmen; 2013 değişikliğiyle zorunlu sigortalar¹⁸¹ bakımından sigorta kuruluşu sisteme üye olmasa bile

¹⁸⁰ Işıl Ulaş, "Sigortacılıkta Tahkim," *BATİDER* 24, no. 2 (2007): 240. Benzer şekilde sigorta tahkiminin ihtiyari olduğu yönündeki diğer görüşler için bkz. Ecehan Yeşilova Aras ve Bilgehan Yeşilova, "Sigortacılık Tahkimi- Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırmedici Özellikleri," *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, Özel Sayı Armağan (2013): 288, 368; M. Aymelek Erdemir, *Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 13.

¹⁸¹ Zorunlu sigortalar, Sigortacılık Kanunu m. 13'te yer almaktadır. Faaliyetin niteliği gereği yüksek riskler içerdiği durumlarda, bu faaliyetler sebebiyle zarar görme tehlikesi altında olanları korumak amacıyla veya kamu yararı gerekçesiyle kanun veya Bakanlar Kurulu kararıyla zorunlu sigortalar öngörülebilir. Bkz. Vural Seven, "Sigorta Güvence Hesabı'nın Kapsamı ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatı," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 157-158 (2017): 32; İlknur Uluğ Cicim, "Sigorta Hukukunda Güvence Hesabı Kavramı," *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2011): 108.

karşı tarafa tahkime başvurma imkânı kanunda tanındığından kanaatimizce tam anlamıyla ihtiyari tahkim demek güçleşmiştir.

Ulusoy ise uyuşmazlığın tahkimde görülmesinin taraflardan sadece birisinin rızasına bağlı bulunması, diğer taraf içinse zorunluluk olması sebebiyle nispi zorunlu tahkim görüşünü ileri sürmüştür.¹⁸² Yazara göre, sigorta kuruluşu ile uyuşmazlığa düşen kişiler tahkim yahut devlet mahkemelerine başvurmada serbest olduklarından bu kişiler açısından ihtiyari bir tahkim anlaşması, sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluş içinse mecburilik söz konusu olur. **Özdamar** ve **Karasu** ise bu sisteme ne zorunlu ne ihtiyari denemeyeceğinden en uygun düşen ifadenin karma tahkim sistemi olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁸³ Sigorta şirketinin sisteme üye olmasının zorunlu olmaması, ancak üye olduktan sonra sözleşmede tahkim şartı olmasa dahi tahkim başvurularını reddedememesi sistemin karma bir yapıya sahip olduğu şeklinde yorumlanmıştır.¹⁸⁴ Öğretide **Ekşi** de bu görüşlere katılarak sigorta tahkiminin kendine münhasır bir yapısı olduğunu dile getirmiştir.¹⁸⁵ **Tosun** ise bu sistemin her ne kadar tahkim denilse de tahkim bile olmadığı, ombudsmanlık sistemi benzeri kesin karar verme yetkisini içeren bir yargılama sistemi olduğunu kabul etmektedir.¹⁸⁶ **Budak** da bu sistemin dar ve teknik anlamda tahkim olarak nitelenemeyeceğini, kendine özgü bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu ifade etmiştir.¹⁸⁷

¹⁸² Erol Ulusoy, "Finans Hukukunda Tahkim," *II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu*, Şubat 14, 2009, 239-241.

¹⁸³ Mehmet Özdamar, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 1-2 (2013): 840; Rauf Karasu, "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri," *TAAD* 7, no. 26 (2016): 53.

¹⁸⁴ Özdamar, "Tahkim Sistemi," 840.

¹⁸⁵ Ekşi, *Tahkim*, 61.

¹⁸⁶ Özge Tosun, "Sigortacılıkta Tahkime Eleştirel Bir Bakış," *UTTDER* 5, no. 2 (2016): 576-577.

¹⁸⁷ Ali Cem Budak, "Sigortacılık Kanununda Tahkim: Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?" *UTTDER* 2, no. 2 (2013): 57.

Sigorta tahkiminin kendine özgü yapısı göz önünde bulundurulduğunda biz de karma bir sistem olarak kabulünün daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Özellikle zorunlu sigortalardan kaynaklı uyuşmazlıklarda sigorta kuruluşu sisteme üye olmasa da sözleşmelerinde tahkim şartı olup olmadığına bakılmaksızın hak sahiplerine Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru yolunun açılması karma sistem görüşünü iyice güçlendirmiştir.

Sigorta tahkim sisteminde, tahkimin klasik anlamıyla tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması sonucu tahkime gidilmesi yönünde sözleşme yaptıkları bir tahkim sözleşmesi olduğu söylenemez. Taraflar arasındaki sigorta sözleşmesinde bir tahkim şartı olmasa dahi bu, kanun koyucunun tanıdığı bir imkândır. Bu sebeple **Ulusoy**, sigorta tahkiminin taraflar arasındaki bir tahkim anlaşmasından değil yasadan kaynaklandığını belirtir.¹⁸⁸ Hatta zorunlu sigortalar bakımından sigorta tahkim sistemine üye olunma şartının dahi olmaması bu sistemi daha da enteresan hale getirmekte, sigorta tahkiminde gerçekten bir tahkim sözleşmesi var mı varsa bu sözleşme ne zaman kurulmuş sayılacak tereddütlerini doğurmaktadır.

Öğretide egemen görüş, sigorta tahkiminde sisteme üye olan kuruluşun aleni bir icapta bulunmuş olduğunu, sigorta ettirenin veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayanın bu sisteme başvurusunun kabul beyanı sayılacağını ve tahkim sözleşmesinin uyuşmazlığın çıkmasından sonra yapılmış olacağını kabul etmektedir.¹⁸⁹ Ancak böyle bir varsayım, 2013 değişikliğiyle gelen zorunlu sigortalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde sigorta kuruluşu sisteme üye olmamış olsa dahi karşı tarafa tanınan tahkim imkânını açıklamaya yetmez. Zorunlu sigortalar bakımından kanaatimizce kanun koyucunun iradesiyle bir tahkim sözleşmesinin varlığını kabul etmek gerekir. Bu bağlamda kanun koyucu, sisteme üye olmayan sigorta kuruluşuna karşı tahkime başvuru imkânı olan tarafa

¹⁸⁸ Ulusoy, "Finans Hukukunda Tahkim," 241.

¹⁸⁹ Selçuk Öztekin, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış," MİHDER 5, no. 13 (2009): 222; Karasu, "Sigorta Tahkimi," 54; Özdamar, "Tahkim Sistemi," 841; Yeşilova Aras ve Yeşilova, "Sigortacılık Tahkimi," 290-291.

zorunlu sigorta sözleşmesinin aktedilmesi ile uyuşmazlık halinde mahkemelere başvurmanın yanı sıra sigorta tahkim sistemine de başvurabilme imkânını tanımış olmaktadır.

3. Sigorta Tahkiminde Asimetrik Tahkim Şartının Geçerliliği

Sigortacılık Kanunu m. 30'da yer alan asimetrik tahkim hükmünün geçerli olup olmadığının ikili bir ayrıma tabi tutarak incelemek daha isabetli olacaktır. Zira zorunlu sigortalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim bu sistemde ayrıksı bir durum oluşturmaktadır.

İlk olarak zorunlu olmayan sigortalar bakımından öngörülen genel sisteme bakacak olursak, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi sigorta tahkiminde kural, sisteme üye sigorta kuruluşuna karşı Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurulabilmesidir. Burada tahkim sözleşmesinin kurulma anı bakımından yukarıda da bahsettiğimiz egemen görüşe katılıyoruz. Riski üstlenen taraf olan sigorta kuruluşu sisteme üye olmak suretiyle aleni bir icapta bulunuyor olduğundan, karşı tarafın Sigorta Tahkim Komisyonu'na tahkim için başvuru anı kabul olarak nitelendirilecek ve tahkim sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Sigorta kuruluşunun tahkime başvuru imkânının olmaması, uyuşmazlık çıktıktan sonra olağan yol olarak ancak devlet mahkemelerine başvurabilmesi acaba hak arama hürriyetinin ihlali anlamına gelir mi?

Şöyle ki hak arama hürriyeti başlığı altında yaptığımız incelemelerde Yargıtay'ın bu konudaki yerinde tespitine katılarak; tahkime başvurma imkânı olmayan tarafın mahkemeye başvurması halinde, tahkim itirazı ile uyuşmazlığın mahkemede görülmesi engellenip tahkime de gidilmezse bu durumun sadece mahkemeye başvurabilen için hak arama hürriyetinin ihlali olacağı gerekçesiyle bu tip asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçersiz sayılması gerektiğini ifade etmiştik. Ancak sigorta tahkimi ilk bakışta tam olarak böyle bir asimetrik tahkim şekliymiş gibi gözükse de esasen öyle değildir. Çünkü sigorta kuruluşu mahkemeye başvurduğunda, sigorta ettiren veya menfaati zarar gören Sigorta Tahkim Komisyonu'na halen başvurmamışsa ortada kurulmuş bir tahkim sözleşmesi henüz yoktur.

Hal böyleyken tahkim itirazında da bulunulamaz. Başkaca bir deyişle sigorta kuruluşunun aleni icabına karşı henüz akdedilmiş tahkim sözleşmesi olmadığından Yargıtay kararında bahsedilen durum burada söz konusu olmayacaktır. Sigorta tahkimine başvurulmuş olması durumunda ise zaten sigorta kuruluşunun mahkemeye erişim hakkının elinden alınması gibi bir şey söz konusu olmadığından hak arama hürriyetinin ölçüsüz, hakkın özüne dokunur bir sınırlandırmaya uğradığı da düşünülemez.

Zorunlu sigortalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise tahkime başvurulabilmesi için sigorta kuruluşunun sisteme üye olup olmadığına bakılmadığından, daha sigorta sözleşmesi kurulurken kanun koyucunun tanıdığı tek taraflı bir tahkim imkânı söz konusu olur. İşte bu durumda tam Yargıtay kararında bahsedildiği şekliyle asimetrik tahkim şartının geçersizliği sonucunu doğuran, hak arama hürriyetini hakkın özüne dokunacak şekilde sınırlandırıcı bir durum ortaya çıkar. Kanaatimizce kanunun bu hükmünün, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük sınırlarını aşması ve hakkı kullanılamaz hale getirme tehlikesi sebebiyle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebilir. Hatta bu hüküm iptal edilmediği sürece, AİHM önünde hak ihlali nedeniyle dava edilme tehlikesinin gündemde olacağını söyleyebiliriz.

SONUÇ

Tahkim sözleşmesi kural olarak tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olması esası üzerine kurulan simetrik bir sözleşme olarak görülür. Ancak taraflar arasında olması beklenen bu simetriyi bir kanun hükmü ya da taraf iradesiyle yani sözleşmede yer alacak bir hükümle bozan tek taraflı/asimetrik tahkim sözleşmeleri de yapılabilir. Bu sözleşmelerin geçerliliği meselesi 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren pek çok ülkede tartışma konusu haline gelmiştir. Bunları baştan itibaren geçersiz sayma, çoğu ülkenin tercih ettiği bir yaklaşım olmamış; istikrarsız tutumlar olmakla beraber güncel eğitim irade özerkliği ön plana çıkartmak suretiyle asimetrik tahkim sözleşmelerini geçerli kabul etmekten yana olmuştur.

Asimetrik tahkim sözleşmelerinde geçerlilik meselesi şekil ile ilgili değil, esasa ilişkin bir konu olduğundan son derece önemli ve tespiti de bir o kadar zordur. Hal böyleyken iç tahkim bakımından asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği incelemesinin genel hükümlere göre yapılması gerekecektir. Şüphesiz ki Türk Hukukunda asimetrik tahkim sözleşmelerini doğrudan yasaklayan bir hüküm mevcut değildir; fakat bu durum, bu kayıtların her zaman geçerli kabul edileceği sonucunu doğurmaz.

İlk olarak TBK'da yer alan sözleşmenin geçerliliğine ilişkin hususlar bakımından yapılacak bir inceleme sonucu asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçersizliği gündeme gelebilir. Sözleşmenin bir tarafının diğer taraf üzerinde genellikle ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmak suretiyle onu sözleşme yapmaya mecbur bırakması veya bu üstünlük sebebiyle eşitliği kendi lehine bozacak şekilde sözleşmeye hükümler koyması ahlaka aykırılık gerekçesiyle geçersizlik sonucunu doğurabileceği gibi taraflardan sadece birisine hakem seçme hakkı tanınması sebebiyle asimetrik olan sözleşme kamu düzenine aykırılık söz konusu olabilir. Asimetrik tahkim sözleşmesindeki asimetri bir irade sakatlığı yahut aşırı yararlanma sonucu meydana gelmişse yine genel hükümler bağlamında bu sözleşmelerin iptal edilebilirliğinden bahsedilebilecektir.

Asimetrik tahkim sözleşmelerinde irade serbestisine ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne öncelik tanınması gerekir. Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerden biri olarak sözleşme özgürlüğünün sınırsız olmadığını ve AY m. 48'de özel bir sınırlandırma sebebi yer almasa da hakkın özüne ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı şekilde sözleşme özgürlüğünün kullanılamayacağını söyleyebiliriz. Ayrıca tarafların kendi kanunu hükmünde olan sözleşmelerinde, Anayasanın yatay etkisi bağlamında hakkın özüne dokunmadan hareket etme yükümlülüklerinin olduğunun kabulü isabetli olacaktır.

Sözleşmede tarafların eşitliği ise, hiç şüphesiz hakların ve yükümlülüklerin birebir aynı veya benzer olacağı anlamına gelmez. Asimetrik tahkim sözleşmeleri bakımından da tam olarak böyle bir durum söz konusudur. Sözleşmelerde yer alan hükümler bakımından matematiksel eşitlik düşünülemez gibi, esas olması gere-

kenin sözleşmenin bütününde tarafların eşitliğinin gözetilmesi olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple ilk bakışta bir hüküm taraflardan birinin daha lehine görülebilir; ancak başka bir hükümle diğer tarafa avantajlı bir durum yaratılıp sözleşmenin genelinde denge, tarafların ortak mutabakatı ile sağlanmış olabilir ki bu durum AY m. 13'te ifadesini bulan ölçülülük ilkesi ile de uyumludur.

Taraflar, tahkime başvurmak suretiyle devlet mahkemelerinin yargılamasından vazgeçmiş olsalar da bu durum hak arama hürriyetinden vazgeçildiği anlamına gelmez zira hakem heyeti de geniş anlamda mahkeme kavramı içerisinde yer almakta ve bir yargılama faaliyetini yerine getirmektedir. Kaldı ki temel hak ve hürriyetlerin özünden vazgeçilemeyeceğinden dolayı hak arama hürriyetinden tamamen vazgeçilmesi söz konusu olamaz; ancak AY m. 36'da özel sınırlandırma sebebi öngörülmemiş olduğundan ölçülülük ilkesi kapsamında özüne zarar vermeden sınırlandırılması söz konusu olabilir. Yargıtay kararına da konu olmuş, taraflardan birisine tahkim yolunun kapatıldığı asimetrik tahkim sözleşmelerinde hak arama hürriyetinin özüne dokunulmuş olacağından bunların geçerli kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

Geçersiz bir asimetrik tahkim sözleşmesi HMK m. 439 bağlamında iptal edilmesi gerekirken mahkeme tarafından geçerli görülürse iç hukuk yolları tüketildikten sonra AİHM'ne bireysel başvurunun da söz konusu olabileceği fikrindeyiz. Burada unutulmaması gereken, sözleşmenin sonradan geçersizliğini ileri süren tarafın bunu çelişkili davranma yasağı bağlamında hakkın kötüye kullanılması sayılabilecek şekilde hareket etmiyor olmasıdır.

Türk Hukukunda tipik bir asimetrik tahkim örneği olarak gösterilebilecek sigorta tahkiminde yapılan sigortanın zorunlu olup olmamasına göre bir değerlendirme yaptığımızda ancak zorunlu sigortalar bakımından kanundaki hükmün hak arama hürriyetini ihlal ettiği ve geçersiz olması gerektiği kanaatindeyiz. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük sınırlarını aşması ve hakkı kullanılamaz hale getirme tehlikesi sebebiyle bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebilir. Hatta bu hüküm iptal edilmediği sürece, AİHM önünde hak ihlali nedeniyle dava edilme tehlikesinin gündemde olacağını söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. Milletlerarası Tahkim. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Aktepe Artık, Sezin. Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Akyol, Şener. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Akyol, Şener. Medeni Hukukta Çelişki Yasası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Alangoya, Yavuz. Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973.
- Alaslan, Fatma. "Medeni Hukuk'da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası." *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2016): 413-434.
- Alkema, Evert Albert. "The Third-Party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights." *Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*. Editör Franz Matscher ve Herbert Petzold. Köln: Heymanns, 1988: 33-45.
- Ansari, Jamshed. "Party Autonomy in Arbitration: A Critical Analysis." *Researcher* 6, no. 6 (2014): 47-53.
http://www.sciencepub.net/researcher/research0606/010_25323research060614_47_53.pdf.
- Arslan, Ramazan. *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara: S Yayınları, 1989.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Atamer, Yeşim. "Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Ke-faleti- Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi." *İÜHF* 55, no. 3 (1997): 419-428.
- Aydemir, Fatih. *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Başlar, Kemal. *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı*. Ankara: Roma, 2005.

- Bevan, Alex. "Optional Arbitration Agreements: The English Position." Kasım 30, 2011. <https://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/optional-arbitration-agreements-the-english-position>.
- Born, Gary B.. *International Commercial Arbitration*. Vol. 1. Alphen ann den Rijn: Wolters Kluwer, 2014.
- Budak, Ali Cem. "Sigortacılık Kanununda Tahkim: Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?" *UTTDER* 2, no. 2 (2013): 53-69.
- Cuniberti, Gilles. "Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement." *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* 21, no. 2 (2006): 1-48.
- Çiftcioğlu, Cengiz Topel. "Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2012): 177-205.
- Dayınlarlı, Kemal. *Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları*. Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 2011.
- Doğan Yenisey, Kübra. *İş Hukukunun Emredici Yapısı*. İstanbul: Beta, 2014.
- Draguiev, Deyan. "Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability." *Journal of International Arbitration* 31, no. 1 (2014):19-45.
- Draguiev, Deyan. "French Court of Cassation Confirms Invalidity of Unilateral (Asymmetrical) Jurisdiction Clauses." *Kluwer Arbitration Blog*. Mayıs 21, 2015. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/21/french-court-of-cassation-confirms-invalidity-of-unilateral-asymmetrical-jurisdiction-clauses/>. (Blog)
- Drahozal, Christopher R.. "Nonmutual Agreements To Arbitrate." *The Journal of Corporation Law* 27, (Summer 2002): 537-565.
- Dursun, Şeyda. "A Critical Examination of the Role of Party Autonomy in International Commercial Arbitration and an Assessment of Its Role and Extent." *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2012): 161-188.

- Edis, Seyfullah. *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1989.
- Ekşi, Nuray. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*. İstanbul: Beta, 2013.
- Ekşi Nuray. "Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar." *UTTDER* 2, no. 2 (2013): 15-51.
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra. "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27." *İÜHFM* 74, no. 2 (2016): 709-737.
- Erdemir, M. Aymelek. *Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Erkan, Mustafa. *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Esen, Emre. "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2010): 145-155.
- Friedman, Stephen. "Arbitration Provisions: Little Darlings and Little Monsters." *Fordham Law Review* 79, no.5 (2011): 2035-2067.
- Gören, Zafer. *Temel Hak Genel Teorisi*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2000.
- Gözler, Kemal. "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (2001): 53-67.
- Gözler, Kemal. "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği." http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 57, no. 2 (2002): 17-40.

- Hanağası, Emel. *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Henriques, Duarte Gorjão. "Asymmetrical Arbitration Clauses under the Portuguese Law." *Young Arbitration Review*, Year 3 (October 2013): 44-61.
- Horton, David. "Unconscionability in the Law of Trusts." *Notre Dame Law Review* 84, no. 4 (2009): 1675-1738.
- Horton, David. "Unconscionability Wars." *Northwestern University Law Review* 105, no. 1 (2012): 387-408.
- İlhan, Hüseyin Afşın. *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Jaksic, Aleksandar. "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings A Still Unsettled Problem?" *Journal of International Arbitration* 24, no. 2 (2007): 159-171.
- James, Simon, Kate Gibbons and Habib Motani. "Another knock for unilateral jurisdiction clauses in Europe, Clifford Chance." May, 2015. https://www.cliffordchance.com/briefings/2015/05/another_knock_forunilateraljurisdictionclause.html.
- Kabukçuoğlu Özer, F. Dilek. *Sigortacılık Kanunu Şerhi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Kaneti, Selim. "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri." *İÜHF* 53, no. 1-4 (1990): 199-211.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981.
- Karadaş, İzzet. *Ulusal (İç) Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Karasu, Rauf. "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri." *TAAD* 7, no. 26 (2016): 49-69.
- Kaufman, Arthur M. and Ross M. Babbitt. "The Mutuality Doctrine in the Arbitration Agreements: The Elephant in the Road." *Franchise Law Journal* 22, no.2 (2002): 101-111.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

- Kılıçoğlu, Ahmet M.. "Fiili Sözleşme İlişkileri." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 5-6 (1985): 738-752.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme*. Cilt. 1. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Köküsarı, İsmail. "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 1 (2011): 163-208.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. Cilt. 6. İstanbul: Demir Yayıncılık, 2001.
- Küçükyalçın, Arzu. "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması." *AÜHFD* 53, no. 4 (2004): 101-124.
- Miller, Lauren D.. "Is the Unilateral Jurisdiction Clause No Longer an Option? Examining Courts' Justifications for Upholding of Invalidating Asymmetrical or Unilateral Jurisdiction Clauses." *Texas International Law Journal* 51, no. 3 (2016): 321-336.
- Nomer, Ergin. "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Müdahalesi." *MHB* 19, no. 1-2 (1999-2000): 565-577.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt. 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Okay Tekinsoy, Özge. *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Öden, Merih. *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Öz, Turgut. *Yeni Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Özbay, İbrahim ve Yavuz Korucu. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Özdamar, Mehmet. "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 1-2 (2013): 831-855.

- Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Öztek, Selçuk. "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış." *MİHDER* 5, no. 13 (2009): 221-249.
- Pekcanıtez, Hakan ve Ali Yeşilırmak. *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Perényiová, Judita. "Unilateral Option Clauses in Commercial Arbitration." LL.M. Short Thesis, Central European University, 2014.
- Petrochilos, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. New York: Oxford, 2004.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. *Medeni Usul Hukuk Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2014.
- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- Sarısözen, Serhat. *Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması*. İstanbul: Kazancı, 2005.
- Seven, Vural. "Sigorta Güvence Hesabı'nın Kapsamı ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatı." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 157-158 (2017): 31-62.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta, 2015.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku*. Cilt. 1. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Taşkın, Âlim. *Hakem Sözleşmesi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2000.
- Tosun, Özge. "Sigortacılıkta Tahkime Eleştirisel Bir Bakış." *UTTDER* 5, no. 2 (2016): 561-597.
- Ulaş, Işıl. "Sigortacılıkta Tahkim." *BATİDER* 24, no. 2 (2007): 239-266.
- Uluğ Cicim, İlknur. "Sigorta Hukukunda Güvence Hesabı Kavramı." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2011): 105-117.

- Ulusoy, Erol. "Finans Hukukunda Tahkim." *II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu*. Şubat 14, 2009.
http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyayinlari/II.%20Uluslararası%20Özel%20Hukuk%20Sempozyumu/5do_.dr.erol_ulusoy.pdf.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Ustinov, Iurii. "Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity." Master's Thesis, Tilburg University.
- Walter, Gerhard. "Zur Sittenwidrigkeit eines Schiedsvertrages." *Juristen Zeitung*, 44. Jahrg., Nr. 12, Haziran 16, 1989.
- Wolaver, Earl S.. "The Historical Background of Commercial Arbitration." *University of Pennsylvania Law Review* 83, no. 2 (1934): 132-146.
- Van Zelst, Bas. "Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: A Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context." *Journal of International Arbitration* 33, no. 4 (2016): 365-378.
- Yeğengil, Rasih. *Tahkim (L'arbitrage)*. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974.
- Yeşilova, Bilgehan. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008.
- Yeşilova, Bilgehan. "Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği." *TBB Dergisi*, no. 86 (2009): 47-101.
- Yeşilova Aras, Ecehan ve Bilgehan Yeşilova. "Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri." *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, Özel Sayı Armağan (2013): 245-379.
- Yıldırım, Mustafa. *İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*. İzmir: İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları, 2002.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Cilt. 3. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

