

# ULUSLARARASI TİCARÎ TAHKİMDE TAHKİM ANLAŞMALARININ ŞEKLİ

Dr. Emre ESEN\*

## A. Giriş

Uluslararası ticarî tahkime ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerin neredeyse tamamında tahkim anlaşmalarının ya yazılı olarak yapılması yahut da yazılı şekilde ispat edilmesi öngörülmüştür. Bunun gerekçesi, tahkim yargılamasının ve hakem kararının hukukî dayanağını ve hakemlerin yargılama yetkilerinin kaynağını *tahkim anlaşmasının* teşkil etmesidir. Bununla birlikte, bahse konu düzenlemelerde, 'yazılı şekil'den ne anlaşılması gerektiğinin sorunsuz bir tatbikatı temin edecek biçimde tarif edildiğini söylemek de mümkün değildir.<sup>1</sup> Bu bağlamda ulusal ve uluslararası düzenlemelerin hem birbirleriyle hem de uluslararası ticaret tatbikatıyla uyumsuzluk arz ettiğine dikkat çekilmektedir.<sup>2</sup>

Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılma veya yazılı şekilde ispat edilme zorunluluğunun altında yatan ihtiyacın, tarafların ne tür bir anlaşma yaptıkları konusunda uyarılması ve yapılan anlaşmanın kanıtlanması olduğu ileri sürülmektedir.<sup>3</sup> Zira devlet mahkemelerine

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı [emreesen@istanbul.edu.tr]

<sup>1</sup> SAMUEL Adam, **Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1989, s.79.

<sup>2</sup> LANDAU Toby, "The Written Form Requirement for Arbitration Agreements: When 'Written' Means 'Oral'", **ICCA Congress Series No:11**, Editor: Albert Jan van der Berg, Kluwer Law International 2003, s.20.

<sup>3</sup> GIRSBERGER Daniel / HAUSMANINGER Christian, "Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate", **Arbitration International**, Vol:8, No:2, 1992, s.142; HERRMANN Gerold, "The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts", **ICCA Congress Series No:6**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1993, s.44; MBAYE Kéba, "Arbitration Agreements: Condi-

müracaat hakkı hemen bütün medenî toplumlarda en temel haklardan biri olarak görülmekte ve başta Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu m.6 hükmü olmak üzere, insan haklarına ilişkin temel uluslararası düzenlemelerde yer almaktadır. Elbette bu hakkın tamamen mutlak bir mahiyet arz ettiği de söylenemez. Tarafların tahkim anlaşması yapmak suretiyle devlet mahkemelerine müracaat imkânını ortadan kaldırması mümkündür. Fakat devlet mahkemelerine müracaat etme imkânının ortadan kaldırılması çok ciddi bir aşama olarak görülmekte ve bu nedenle bu imkânı ortadan kaldıran anlaşmalarda, tarafların gerçek iradelerinin tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya konulması gerekli görülmektedir.<sup>4</sup>

Bu yaklaşımı ikna edici bulmayanlar, geleneksel olarak nitelendirdikleri bu görüşün, resmî mahkemelerin hâlâ doğal hâkim olarak kabul edildiği yerel tahkimler bakımından ayakta durduğunu ve fakat uluslararası ticarete esas olan uluslararası tahkim bakımından geçerliliğini yitirdiğini; uluslararası ticaretin tatbikatçılarının tahkime karşı değil resmî mahkemelere karşı korunması gerektiğini iddia etmektedir<sup>5</sup>. Bunlara göre yazılı şekil zorunluluğunun amacı, tahkim anlaşmasının içeriğinin ortaya konulmasıdır.<sup>6</sup> Bu görüşü savunanlar, tahkim anlaşmaları bakımından öngörülen yazılı şekil zorunluluğunun, tarafları korumayı amaçlayıp amaçlamadığı sorusuna olumsuz yanıt vermektedir. Zira uluslararası ticaretin ve uluslararası ticarî tahkimin aktörleri tacirlerdir ve bu kişilerin, ticarî faaliyetleri çerçevesinde akdettikleri tahkim anlaşmaları konusunda korunmaya ihtiyaçları bulunduğu öngörüsüyle hareket etmek mümkün değildir.<sup>7</sup>

---

*ons Governing Their Efficacy*", ICCA Congress Series No:9, Editor: Albert Jan van der Berg, Kluwer Law International 1999, s.98; WENGER Werner, "Article 178 – Arbitration Agreement", **International Arbitration in Switzerland – An Introduction to and a Commentary on Articles 176–194 of the Swiss Private International Law Statute**, Ed: Stephen V. Berti, Kluwer Law International, 2000, s.332; LANDAU (dn.2) s.22–23; SCHWAB Karl Heinz / WALTER Gerhard, **Schiedsgerichtsbarkeit**, 7. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2005, s.389.

<sup>4</sup> LANDAU (dn.2) s.21–22.

<sup>5</sup> LINDACHER Walter H., "Schiedsklauseln und allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr", **Festschrift für Walter J. Habscheid zum 65. Geburtstag**, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1989, s.168.

<sup>6</sup> REINER Andreas, "The Form the Agent's Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention and the Courts", **ICCA Congress Series No:9**, Editor: Albert Jan van der Berg, Kluwer Law International 1999, s.85–87.

<sup>7</sup> LINDACHER (dn.5) s.168; SANDROCK Otto, "Die Aufweichung einer Formvorschrift und anderes mehr", **SchiedsVZ**, 2005/1, dn.12.

Tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde yapılma yahut ispat edilme zorunluluğunun altında yatan saik tartışmalı olsa da, günümüzde hemen bütün hukuk sistemlerinin bu tür düzenlemelere sahip bulunduğu vakıadır ve bu hukuk sistemlerinin, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1958 tarihli New York Konvansiyonu<sup>8</sup> ve UNCITRAL Model Kanunu gibi uluslararası düzenlemelerde öngörülen kurallardan etkilendiğini söylemek mümkündür<sup>9</sup>. Bu itibarla öncelikle uluslararası ticarî tahkim bakımından önem taşıyan uluslararası düzenlemeler ele alındıktan sonra, millî hukuklardaki duruma yer verilecektir.

## B. New York Konvansiyonu m.II(2)

### 1. Genel Olarak

Uluslararası ticarete tahkim anlaşmalarının şekli konusunda tatbikatına en çok rastlandığı ve millî hukuklar üstü bir *uniform* kural niteliği kazandığı iddia edilen<sup>10</sup> düzenleme, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1958 tarihli New York Konvansiyonu m.II(2) hükmüdür.

Aynı konuya ilişkin daha eski düzenlemeler olan Cenevre Protokolü (1923) ve Cenevre Konvansiyonu (1927) tahkim anlaşmalarının şekli hakkında özel bir düzenleme getirmeyip, meselenin çözümünü millî hukuklara bırakmıştı. Millî hukukların hemen tamamında tahkim anlaşmaları için yazılı şekil öngörülmüş olmakla birlikte, yazılı şekilden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı anlayışlar mevcuttu.<sup>11</sup> 1958 tarihli New York Konvansiyonu ise tahkim anlaşmalarının şeklini bizzat düzenlemiştir. Konvansiyonun II(1). maddesi uyarınca tahkim anlaşmaları yazılı olarak yapılmalıdır. Yıllardır farklı ülke mah-

<sup>8</sup> RG: 25.9.1991-22002.

<sup>9</sup> LEW Julian D.M., "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause", **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.119.

<sup>10</sup> DI PIETRO Domenico, "Incorporation of Arbitration Clauses by Reference", **Journal of International Arbitration**, Vol:21, No:5, 2004, s.448.

<sup>11</sup> ALVAREZ Guillermo Aguilar, "Article II(2) of the New York Convention and the Courts", **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.68.

kemelerinin farklı yorumlarına neden olan<sup>12</sup> m.II(2) ise, ‘yazılı anlaşma’ tabirinden ne anlaşılması gerektiğini göstermektedir: “Yazılı anlaşma’ teriminden karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır.”

New York Konvansiyonu m.II(2) hükmü ile tahkim anlaşmasının şekli- ni düzenleyen yerel hukuk kuralları arasındaki üstünlük yahut öncelik meselesi söz konusu olduğunda, m.II(2) hükmünde yer alan yazılı şekil zorunluluğunun, âkit devletlerin yerel hukuk kurallarına nazaran üstünlük taşıdığı ve öncelikle uygulanması gerektiği ittifakla kabul edilmekle birlikte, bu üstünlüğün, m.II(2) hükmünden daha elverişli nitelik taşıyan yerel hukuk kurallarının uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmektedir. Aksi sonuca götürecek bir yorum, New York Konvansiyonu’nun ruhuyla ve amaçlarıyla bağdaşmayacaktır<sup>13</sup>. Zira Konvansiyon hükümlerinin yorumlanmasının gerekli olduğu hallerde, yapılacak yorumun, Konvansiyonun ruhuna uygun bir biçimde yapılması, yani tahkim yanlısı olunması ve hakem kararlarının yerine getirilmesinin sağlanması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>14</sup> Fransız Yüksek Mahkemesinin içtihatlarının da bu doğrultuda olduğu ifade edilmektedir<sup>15</sup>.

Yazılılık şartının yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesi bağlamında yerel standartların mı uygulanması gerektiği, yoksa uluslararası bir bakış açısının hâkim olması suretiyle uluslararası ticaretin tatbikatçılarının perspektifinden mi bakılması gerektiği de tereddüt konusu olmuştur. Doktrinde, uluslararası bakış açısının hâkim olması gerektiği ve salt yerel nitelikli anlayış ve standartların, uluslararası ticarî tahkimi ilgilendiren meselelerde uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır. Aksi halde uluslararası ticarî işlem güvenliği ve uluslararası ticarete öngörülebilirlik zarar görmüş olur. Zira kural olarak her bir millî hukuk, kendi yerel anlayışını yansıtmaktadır.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> ALVAREZ (dn.11) s.67.

<sup>13</sup> ALVAREZ (dn.11) s.70–71.

<sup>14</sup> MBAYE (dn.3) s.100.

<sup>15</sup> FOUCHARD Philippe / GAILLARD Emmanuel / GOLDMAN Berthold, **International Commercial Arbitration**, Ed: Emmanuel Gaillard & John Savage, The Hague: Kluwer Law International, 1999, s.374.

<sup>16</sup> BLESSING Marc, “The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.172.

Bununla birlikte, uluslararası ticaret tatbikatı ve iletişim teknolojileri 1958'den bu yana epey değiştiği için, Konvansiyonun II(2). maddesinde yer alan düzenlemenin, millî mahkemelerin yorumuna muhtaç hâle geldiği de tartışmasızdır.<sup>17</sup>

## 2. Tahkim Anlaşmasının Taraflarca İmzalanmış Bir Belgede Yer Alması

Tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin olarak New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünde yer verilen ilk olasılık, tahkim anlaşmasının, taraflarca imzalanmış bir belgede yer almasıdır.

Tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış bir sözleşmede yer alması olasılığında, sözleşmenin imzalanmış olmasının yeterli olacağı, yani tahkim şartının da ayrıca imzalanmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Ayrıca hükümde bahsedilen *imza* tabiriyle, taraflarca el yazısı ile atılmış imzanın kast edildiği ve el yazısıyla atılmamış imzaların, kaşelerin veya mühürlerin bu bağlamda yeterli olmayacağı belirtilmektedir.<sup>18</sup> Bununla birlikte, taraflar arasında teatiyi temin eden iletişim araçlarının kapsamına, günümüz şartlarına uygun bir yorum yapılması suretiyle, elektronik ortamda akdedilen sözleşmelerin de dâhil olduğu kabul edildiği takdirde, göndericinin elektronik imzasını ihtiva eden elektronik posta mesajları vasıtasıyla kurulan tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartına uygun sayılması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>19</sup>

Tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmenin veya bizzat tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış bir belgede yer alması olasılığı bakımından tatbikatta en çok soru işaretine yol açan meselenin, konşimentoda yer alan tahkim şartlarının geçerliliği olduğunu söylemek mümkündür. İsviçre Federal Mahkemesi, *Compagnie de Navigation et Transports SA v. Mediterranean Shipping Company* davasında verdiği 16.1.1995 tarih-

<sup>17</sup> MBAYE (dn.3) s.97.

<sup>18</sup> EPPING Manja, *Die Schiedsvereinbarung im internationaler Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrecht*, Münchner Universitätsschriften 145, München 1999, s.63.

<sup>19</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul, 2003, s.224.

li kararında<sup>20</sup> modern iletişim yöntemlerinin geliştirilmesi karşısında, imzalanmamış belgelerin sayısının giderek artmakta olduğuna ve bu nedenle imza zorunluluğunun uluslararası ticarete daha az önem arz eden bir konu hâline *kaçınılmaz bir biçimde* geldiğine dikkat çekerek, konşimentonun arkasında yer alan genel şartların içinde bulunan tahkim şartının geçerli olması için, bahse konu genel şartların imzalanmasına veya imzalanmış herhangi bir belgede zikredilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Federal Mahkeme bu sonuca ulaşırken, bir tutum veya davranışın, iyiniyet kuralı ışığında ele alınmak suretiyle, şekil zorunluluğunun yerine geçmesinin mümkün olduğu gerekçesine de yer vermiş ve uzun zamandır süregelen bir iş ilişkisine sahip bulunan tarafların, tahkim şartı da içeren her zamanki genel şartları kullandıklarını, yükletenin konşimentoyu bizzat doldurarak taşıyana verdiğini ve bu itibarla taşıyanın, uzun yıllardır iş yaptığı yükletenin, bizzat doldurduğu ve aralarında tahkim şartının da bulunduğu genel şartların arkasında yer aldığı akdî belgeleri onayladığına iyiniyetle inanmasının hukuken korunması gerektiğini göz önüne almıştır.<sup>21</sup>

Buna karşılık konşimentolarda yer alan tahkim şartlarının, New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünün istisnasını teşkil ettiğini kabul etmenin mümkün olmadığını savunanlar da vardır. Bu görüşü savunanlara göre, konşimentolarda yer alan tahkim şartları bakımından da New York Konvansiyonu m.II(2) hükmüne uyma zorunluluğu söz konusudur ve konşimentoda yalnızca taşıyanın imzasının bulunması hâlinde Konvansiyonun II(2). madde hükmü anlamında geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş olmaz.<sup>22</sup> Aynı görüşe sahip olduğu anlaşılan İtalyan Yüksek Mahkemesi, İtalyan mahkemelerinde açılan bir tazminat davasında, davalı tarafından, konşimentoda yer alan tahkim şartına istinaden ileri sürülen tahkim itirazını, New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünde öngörüldüğü üzere tarafların imzalarını ihtiva etmediği gerekçesiyle reddetmiş ve İtalyan mahkemelerinin yetkili olduğu sonucuna varmıştır.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> YBCA, Vol:21, 1996, s.690.

<sup>21</sup> MBAYE (dn.3) s.98-99; VAN HOUTTE Vera, "Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience", **Arbitration International**, Vol:16, No:1, 2000, s.3.

<sup>22</sup> EPPING (dn.18) s.65.

<sup>23</sup> SANDERS Pieter, "Consolidated Commentary Volumes V and VI", YBCA, Vol:6, 1981, s.206.

Taraflardan birinin, tahkim şartının yer aldığı sözleşmeyi imzalayıp diğer tarafa göndermesinden sonra diğer tarafın, tahkim anlaşmasını kabul ettiğini ne kadarlık bir süre zarfında karşı tarafa göndermesi gerektiği konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Almanya'da Cologne Temyiz Mahkemesinin, taraflar arasında teati edilen distribütörlük sözleşmesi taslağında yer alan tahkim şartının geçerliliğini karara bağladığı bir davada<sup>24</sup>, distribütörlük sözleşmesinin taslağı Fransız satıcı tarafından imzalanıp Alman alıcıya gönderilmiş ve fakat Alman alıcının taslağı imzalamaması ve satıcıya geri göndermesi üzerine, ödemeye ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkta Fransız satıcı Alman mahkemelerinde dava açmıştır. Bunun üzerine Alman alıcı, satıcının kendisine gönderdiği sözleşme taslağını imzalamış ve burada yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. Mahkeme, Alman alıcının sözleşmeyi imzaladığı tarihin önem arz etmediğinin altını çizerek tahkim anlaşmasının geçerli olduğu sonucuna varmış ve tahkim itirazını kabul etmiştir.<sup>25</sup>

Kanımızca burada geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulduğunu söylemek mümkün değildir. Zira olayda Fransız satıcı, Alman alıcıya tahkim anlaşması kurulmasına yönelik bir icapta bulunmuş ve fakat bu icap Alman alıcı tarafından kabul edilmeden önce devlet mahkemelerinde dava açmak etmek suretiyle Fransız satıcı artık tahkim iradesine sahip bulunmadığını ortaya koymuştur. Bu nedenle Alman mahkemelerinin vardığı sonucu hatalı bulmaktayız.

ABD mahkemelerinin, New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünü farklı yorumladığı ve hükmün tatbiki bağlamında tahkim anlaşmaları ile tahkim şartlarını ayrı ele aldığı görülmektedir. ABD Beşinci Temyiz Dairesi, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış bir sözleşme içinde yer alması hâlinde yazılı şekil şartının yerine getirilmiş olacağı ve ayrıca tarafların tahkim şartını imzalamalarına gerek bulunmadığı fikrine sahipken, İkinci Daire, tahkim anlaşmasının, bir sözleşme hükmü olarak tanzim edilmiş olması hâlinde dahi taraflarca imzalanmış olmasını aramaktadır meğerki tahkim anlaşması belgelerin teatisi suretiyle kurulmuş olsun.<sup>26</sup> Beşinci Dairenin *Sphere*

<sup>24</sup> YBCA, Vol:19, 1994, s.856.

<sup>25</sup> VAN HOUTTE (dn.21) s.11-12.

<sup>26</sup> BAGOT Michael H. / HENDERSON Dana A., "Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration", *The Maritime Lawyer*, Vol:26, Sum-

*Drake* kararına<sup>27</sup> konu olayda, İngiliz sigortacı, sigortalının resmî mahkemelerde ileri sürdüğü talebin, sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartından ötürü tahkime tâbi olduğunu ileri sürmüştür. Sigortalı, tahkim şartını imzalamadığını ileri sürerek tahkim talebine itiraz etmiştir. Mahkeme, Konvansiyonun II(2). maddesinde yer verilen imza zorunluluğunun sadece tahkim anlaşmalarına ilişkin olduğu ve imzalanmış bir sözleşmede yer alan tahkim şartının, ayrıca imzalanmasına gerek olmaksızın, m.II(2) anlamında geçerli bir tahkim anlaşması teşkil ettiği gerekçesiyle reddedilmiştir. *Kahn Lucas* davasında<sup>28</sup> ise, İkinci Daire, ‘ *taraflarca imzalanmış belgelerde veya teati edilmiş mektup veya telgraflarda yer alan*’ ibaresinin hem tahkim anlaşmalarına hem de tahkim şartlarına ilişkin olduğu sonucuna vararak tahkim şartlarının da ya taraflar arasında teati edilmesi ya da imzalanması gerektiğini belirtmiş ve tarafların ticarî ilişkilerini yürütürken kullandıkları imzalı siparişlerde yer alan tahkim şartının, her iki tarafça imzalanmadığı ve tahkim şartının taraflar arasında teati edilen belgelerde yer almadığı gerekçesiyle New York Konvansiyonu m.II(2) anlamında geçerli olmadığına hükmetmiştir.<sup>29</sup>

*Kahn Lucas* davasında yapılan yorumun, New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünden kaynaklanan zorlukların aşılmasında kullanılabilecek bir yöntem olduğunu iddia eden görüş uyarınca, m.II(2) hükmünün İngilizce metninin<sup>30</sup> ortasında yer alan virgülün görmezden gelinmesi durumunda, imzalanmış veya taraflar arasında teati edilmiş bir belgede yer alma zorunluluğu sadece tahkim anlaşmaları bakımından uygulanma alanı bulacak, tahkim şartları bakımından bu zorunluluklar aranmayacaktır. Ne var ki İngilizce gramer kurallarının, böyle bir yorum yapılmasını engellediği zira bahse konu virgülün, ‘*sözleşmede yer alan tahkim şartı veya tahkim anlaşması*’ ibaresini,

---

mer 2002, s.426; HOSKING James M., “Non-Signatories and International Arbitration in the United States: The Quest for Consent”, **Arbitration International**, Vol:20, No:3, s.300; LANDAU (dn.2) s.34–35.

<sup>27</sup> *Sphere Drake Ins. PLC v. Marine Towing, Inc.*, 16 F.3d s.669 (5th Cir. 1994).

<sup>28</sup> *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark Int’l Ltd.*, 186 F.3d s.218 (2d Cir. 1999).

<sup>29</sup> LANDAU (dn.2) s.35–36; KARAMANIAN Susan L., “The Road to the Tribunal and Beyond: International Commercial Arbitration and United States Courts”, **George Washington International Law Review**, Vol:34, 2002, s.68–69.

<sup>30</sup> “The term ‘agreement in writing’ shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.”

' *taraflarca imzalanmış veya mektup yahut telgraf vasıtasıyla teati edilmiş*' ibaresinden ayırmak ve ikinci ibarenin, hem tahkim anlaşması hem de tahkim şartı bakımından söz konusu olduğunu ortaya koymak amacıyla kullanıldığı belirtilmekte; ayrıca Fransızca ve İspanyolca metinlerin de böyle bir yorumun yapılmasını olanaksız kıldığına dikkat çekilmektedir.<sup>31</sup>

Kanımızca tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış bir sözleşmede yer alması olasılığında, sözleşmenin imzalanmış olması yeterli olacak, yani tahkim şartının da ayrıca imzalanmasına gerek kalmayacaktır.

### 3. Tahkim Anlaşmasının İletişim Vasıtalarıyla Taraflar Arasında Teati Edilen Bir Belgede Yer Alması

Tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin olarak New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünde yer verilen ikinci olasılık, tahkim anlaşmasının "*...karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç...*" bulunmasıdır. Bu olasılık, taraflardan birinin diğer tarafa gönderdiği yazılı bir tahkim anlaşmasının veya yazılı bir sözleşmede yer alan tahkim şartının, diğer tarafça yazılı şekilde kabulünü gerekli görmektedir.<sup>32</sup> Bu hususa ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi, *Tracom SA v. Sudan Oil Seeds Company* davasında<sup>33</sup> verdiği kararda, m.II(2) hükmünün ikinci kısmının, tahkim anlaşmalarının mektup veya telgraf vasıtasıyla teati edilen evrakta yer verilmek suretiyle akdedilebilmesini öngörmek suretiyle, *yazılılık* kavramının kapsamını genişlettiğini belirtmiş ve bu olasılıkta yazılı bir teklifin ve yazılı bir kabulün bulunması ve bunların karşılıklı olarak teati edilmesi gerektiğine dikkat çekerek, tarafların imzalarına gerek bulunmadığı, yalnızca tarafların iradelerini yazılı olarak açıklamalarının yeterli olduğu sonucuna varmıştır.<sup>34</sup>

New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünden kaynaklanan meselelerin başında, maddede yer verilmeyen iletişim araçlarının akıbeti gel-

31 LANDAU (dn.2) s.70-71.

32 LANDAU (dn.2) s.28.

33 YBCA, Vol:12, 1987, s.514.

34 ALVAREZ (dn.11) s.73-74.

mektedir. Bu konuda gerek doktriner gerekse yargısal içtihatlarda, New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünde sayılan iletişim araçlarının tahdidî olmadığı ve hükümde telgraflara yapılan atfın, teleks, faks gibi modern iletişim araçlarına da uygulanacak biçimde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>35</sup>

UNCITRAL Model Kanun'da değişiklik yapılmasına ilişkin 2006 senesindeki 39. oturumda, Komisyon, New York Konvansiyonu m.II(2) ve m.VII(1)(a) hükümlerinin yorumlanması hakkında bir tavsiye kararı almış ve Model Kanun'un çağa uydurulması çalışmasıyla bağlantılı olarak, New York Konvansiyonu'nun yeknesak bir yorum ve tatbikatının sağlanmasının tam zamanı olduğunu ifade etmiştir. Bu tavsiye kararı, elektronik ticaretin; tahkim anlaşmalarının şekli, tahkim usûlü ve hakem kararlarının tenfizi konularında New York Konvansiyonu'na nazaran daha elverişli nitelik arz eden yerel düzenlemelerde ve yargısal içtihatlarda yer almasının yaygınlaştırılması amacıyla kaleme alınmıştır. Tavsiye kararı, New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünün uygulanmasında, hükümde yer alan unsurların tüketici olarak sayılmadığının kabul edilmesi konusunda devletleri teşvik etmektedir.<sup>36</sup>

Bu hususa ilişkin olarak Cenevre mahkemesi 1983 senesinde verdiği bir kararda<sup>37</sup>, m.II(2) hükmünün, *kopya edilebilir formatını sürekli olarak muhafaza edecek biçimdeki mesajların karşılıklı iletişimini* öngördüğünü belirterek, teleks mesajlarının da, göndericisi ve alıcısı klasik telgraflara nazaran daha sağlıklı bir biçimde tespit edilebilir olması itibarıyla m.II(2) hükmü kapsamında olduğu sonucuna varmıştır.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> VAN HOUTTE (dn.21) s.4; LANDAU (dn.2) s.27; BRANSON Cecil O. D., "The Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements in Canada", **Arbitration International**, Vol:16, No:1, 2000, s.42; ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, İstanbul, 2005, s.300 dn.252a; AKINCI Ziya, "Elektronik Tahkim", **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001**, İzmir, 2002, s.432; ÖZDEMİR KOCASAKAL (dn.19) s.223, 224; EKŞİ Nuray, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında 'Incorporation' Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul, 2004. s.157-158.

<sup>36</sup> Uluslararası Ticarî Tahkim Hakkında 1985 tarihli Model Kanun'da 2006 Senesinde Yapılan Değişikliğe İlişkin Olarak UNCITRAL Sekreterliği'nin Açıklayıcı Notu, s.39.

<sup>37</sup> YBCA, Vol:12, 1987, s.502.

<sup>38</sup> ALVAREZ (dn.11) s.74.

Hong Kong Yüksek Mahkemesinin, New York Konvansiyonu m.II(2) hükmüne getirdiği yoruma göre, m.II(2) hükmünde yer verilen 'yazılı anlaşma' tarifi tahdidî değildir zira 'shall include' ibaresi 'only' kavramıyla nitelendirilmemiştir. Bunun bir sonucu olarak, m.II(2) hükmünde yer verilen tarif, Konvansiyonun, metinde öngörülenin dışında kalan bir yazılı şekilde akdedilmiş tahkim anlaşmalarına uygulanmasını engellememelidir<sup>39/40</sup>. Aynı doğrultudaki bir başka yoruma göre, Konvansiyonun İngilizce metninde yer verilen 'shall include' ibaresi, maddede sayılan iletişim vasıtalarının tahdidî olduğu izlenimini doğursa da, Konvansiyonun Fransızca metni ise, sayılanların tahdidî olmadığı sonucuna götürecektir olan 'shall mean either' anlamındadır<sup>41</sup>. Öte yandan, İngilizce metinde 'include' tabirine yer verilmiş olmasının da, New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünde yer verilen yazılılık tarifinin tahdidî olamayacağını ortaya koyduğu belirtilmektedir<sup>42/43</sup>.

Ne var ki bu yorumun evrensel bazda kabul gördüğünü söylemek de mümkün değildir. ABD Kaliforniya mahkemeleri, *Chloe Z Fishing Co Inc v. Odyssey Re (London) Ltd* davasında<sup>44</sup>, 'shall include' ibaresinin New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünü, uyulması zorunlu hâle getirdiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre 'shall' ibaresi, yazılı bir tahkim anlaşmasından ne anlaşılması gerektiği konusunda mahkemelere çok kısıtlı bir takdir yetkisi bırakmakta ve yazılı bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için bulunması zorunlu olan unsurları bizzat göstermekteydi.

Tahkim anlaşmalarının elektronik posta yoluyla akdedilmesine ilişkin olarak Norveç Hålogaland Temyiz Mahkemesi'nin 16.8.1999 tarihli kararında<sup>45</sup>, 3500 ton ringanın Norveç'ten Ukrayna'ya taşınmasına ilişkin olarak bir geminin kiralanması konusunda elektronik pos-

<sup>39</sup> *Jiangxi Prov'l Metal & Minerals Imp. & Exp. Corp. v. Sulanser Co*; YBCA, Vol:21, 1996, s.546.

<sup>40</sup> DI PIETRO (dn.10) s.441-442.

<sup>41</sup> KARAMANIAN (dn.29) s.67.

<sup>42</sup> LANDAU (dn.2) s.68.

<sup>43</sup> New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünün en çok eleştirilen yanlarından biri de, İngilizce metni ile Fransızca metni arasında farklılıklar bulunmasıdır; SAMUEL (dn.1) s.81.

<sup>44</sup> 109 F. Supp. 2d s.1236 (2000); LANDAU (dn.2) s.69.

<sup>45</sup> YBCA, Vol:27, 2002, s.519-523.

ta vasıtasıyla akdedilen ve GENCON standart sözleşmesine atıfta bulunan sözleşmenin, New York Konvansiyonu anlamında yazılı bir tahkim anlaşması teşkil ettiğine karar veren Lotofen Bölge Mahkemesi kararı bozulmuş ve elektronik postaların içeriği müphem ve tamamlanmamış olduğu gerekçesiyle New York Konvansiyonu m.II(2) anlamında yazılı bir tahkim anlaşması bulunmadığı sonucuna varılmıştır.<sup>46</sup> Kararda, taraflar arasında iletişim araçlarıyla gerçekleşen teati vasıtasıyla geçerli bir tahkim anlaşması kurulduğunun kabulü için, taraflar arasındaki teatiden, aralarındaki uyuşmazlığı tahkime havale etmek istediklerinin tereddüde mahâl bırakmayacak surette anlaşılması zorunluluğuna uygunluk temin edilmediği gerekçesiyle geçerli bir tahkim anlaşması kurulmadığı sonucuna varılmışsa da, bahse konu zorunluluğa uyulduğu takdirde elektronik posta mesajları vasıtasıyla akdedilen tahkim anlaşmalarının m.II(2) anlamında geçerli bir tahkim anlaşması teşkil ettiği ve dolayısıyla New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünde yer verilen iletişim araçlarının tahdidî olarak sayılmadığı sonucunu çıkarmaktayız.

New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünde yer alan '*teati*' kavramı, tatbikatta karışıklığa yol açtığı, günün ihtiyaçlarına cevap vermediği ve karşılıklı belge alışverişini zorunlu kılması itibariyle aşırı ölçüde lafzî yoruma neden olduğu gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Bu bağlamda, alıcının tek taraflı alım siparişinin satıcı tarafından, alıcıya herhangi bir belge gönderilmeksizin ifa edilmesi hâlinde tahkim anlaşması dışında bütün hükümleri geçerli bir sözleşmenin oluşması karşısında tahkim anlaşmasının hâlâ geçersiz kabul edilmesi örnek gösterilmektedir. Bu nedenle doktrinde, tahkim anlaşmasının yer aldığı belgelerin teati edilmediği gerekçesine istinaden tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi hâlinde bu itirazın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> LANDAU (dn.2) s.28, 39-40; EKŞİ (dn.35) s.173.

<sup>47</sup> VAN DEN BERG Albert Jan, **The New York Arbitration Convention**, Kluwer, 1981, s.228-229; LANDAU (dn.2) s.28-29; BLESSING (dn.16) s.173; BLESSING Marc, **Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives**, Swiss Commercial Law Series No:10, 1999, s.184-185; BLESSING Marc, **International Arbitration in Switzerland - An Introduction to and a Commentary on Articles 176 - 194 of the Swiss Private International Law Statute**, Ed: Stephen V. Berti, Kluwer Law International, 2000, s.175.

Bu eleştiriye örnek teşkil edebilecek davalardan biri olan *Robobar Ltd v. Finncold* davasında<sup>48</sup> İtalyan Yüksek Mahkemesi, davacının gönderdiği siparişlerde yer alan ve davalı tarafından kabul edildiğine ilişkin yazılı bir belge bulunmayan bir tahkim şartının, New York Konvansiyonu m.II(2) anlamında geçerli bir tahkim anlaşması teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, tahkim şartının içinde yer aldığı esas sözleşmenin davalı tarafından ifa edilmesinin İtalyan hukuku uyarınca tahkim anlaşmasının kabul edildiği sonucunu doğuracağı itirazını, New York Konvansiyonu'nun yerel hukuklar bakımından önceliğe sahip olduğu ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ve mevcudiyetinin, esas sözleşmenin geçerlilik ve mevcudiyetinden hukuken bağımsız bulunduğu gerekçesiyle reddetmiştir.<sup>49</sup>

Münih mahkemesi de, bir hakem kararının tenfizi davasında, tahkim şartının yer aldığı davacının satış konfirmasyonları yazılı olmasına rağmen, davalının buna karşılık yazılı bir beyanda bulunmaması karşısında, New York Konvansiyonu m.II(2) anlamında geçerli bir tahkim anlaşması kurulmadığı sonucuna varmıştır.<sup>50</sup>

ABD mahkemeleri de, *Sen Mar Inc v. Tiger Petroleum Corp* davasında<sup>51</sup>, teleks mesajında yer alan tahkim anlaşmasının, bu teleks mesajına cevaben gönderilen teleks mesajlarının bir tahkim anlaşması içermemesi yahut gelen mesajdaki tahkim anlaşmasına cevaben herhangi bir bildirim ihtiva etmemesi ve bu itibarla imzalanmış bir belgede yahut teati edilmiş belgelerde yer alan bir tahkim anlaşmasından bahsedilemeyeceği gerekçesiyle geçersiz olduğuna hükmetmiştir.<sup>52</sup>

Tahkim anlaşmasının teleks yahut modern uluslararası ticaret tatbikatında artık kullanılmayan telgraf vasıtasıyla kurulması durumunda, teleksin veya telgrafın, bir otelin teleks cihazından gönderilmesi yahut telgrafın bir postaneden gönderilmesi hâlinde ilgili tarafça gönderilip gönderilmediği hususunda tereddüde düşülmesi de ihtimal dâ-

48 YBCA, Vol:20, 1995, s.739.

49 LEW (dn.9) s.120.

50 SANDERS (dn.23) s.206.

51 774 F. Supp. s.879 (SDNY 1991).

52 KARAMANIAN (dn.29) s.69.

hilindedir. Böyle hallerde bu iletişim araçlarının ilgili tarafça kullanıldığıнын sözlü tanık beyanları vasıtasıyla ispat edilebileceği ileri sürülmektedir.<sup>53</sup>

#### 4. Dava Dilekçesinde Yazılı Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığının İddia Edilmesine Davalının Cevap Dilekçesinde İtiraz Etmemiş Olması

UNCITRAL Model Kanunu m.7(2) hükmünde yer alan ve aralarında Türkiye'nin de bulunduğu birçok ülkede yasalaşan (Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>54</sup> m.4) anlayış uyarınca, davacının dava dilekçesinde varlığını iddia ettiği tahkim anlaşmasına, davalı tarafından cevap dilekçesinde itirazda bulunulmaması hâlinde de yazılı şekil şartı yerine getirilmiş sayılacaktır. Doktrinde, davalının buradaki tutumunun, tahkim anlaşmasına yönelik zımnî irade beyanı olarak kabul edildiği belirtilmektedir.<sup>55</sup> Bu yaklaşımın, New York Konvansiyonu'na tâbi davalar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu olasılığın New York Konvansiyonu'nda öngörülmemesi nedeniyle, bazı âkit devletlerde yürütülecek tenfiz davalarında sorun doğması muhtemeldir.<sup>56</sup> Nitekim Hong Kong Yüksek Mahkemesi'nin, New York Konvansiyonu'na tâbi bir tenfiz davasında, yargılama esnasındaki dilekçe teatisinde taraflardan birinin tahkim anlaşmasının varlığını iddia etmesine diğer tarafın itiraz etmemesinin şeklen geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğunun kabulü için yeterli olmadığına hükmettiği ifade edilmektedir.<sup>57</sup> Diğer görüş ise, ilk görüşün, New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünün kapsamını daraltacağını ve tahkim anlaşmasının mutlaka tahkim yargılamasından önce yapılmış olmasını zorunlu kılacağını belirterek, gerek New York Konvansiyonu'nun amacıyla gerekse millî düzenlemelerle bağdaşmadığını ileri sürmekte ve New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünün temel amacının tarafların tahkime gitme iradelerinin tereddüde yer bırakmayacak biçimde açıklanması olduğunu ve bu itibarla

53 REINER (dn.6) s.87.

54 RG: 5.7.2001-24453.

55 EKŞİ (dn.35) s.60-61.

56 AKINCI Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, 2. Baskı, Ankara, 2007, s.94.

57 YOON Byung-Chol / PARK Eun-Young, "Korea", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.130.

dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması hâlinde yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması gerektiğini benimsemektedir.<sup>58</sup>

Macaristan Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi tarafından Budapeşte'de verilen hakem kararının tenfizine ilişkin davada OLG Schleswig mahkemesinin kararı, taraflarca standart sözleşmeye yapılan atfı içeren belgelerin imzalanması vasıtasıyla geçerli bir tahkim anlaşmasının, standart şartlara sahip tarafın bunları diğer tarafa göndermemesine rağmen geçerli bir biçimde kurulup kurulamayacağına ve dava dilekçesinde bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesi ve cevap dilekçesinde buna itiraz edilmemesi karşısında, New York Konvansiyonu m.II(2) kapsamında şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulup kurulamayacağına ilişkin ilk Alman mahkeme kararıdır.<sup>59</sup> Alman hukukunda, tahkim şartı içeren standart satım sözleşmesine atıfta bulunulması vasıtasıyla New York Konvansiyonu m.II (2) anlamında şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulacağı kabul edilmektedir. Ne var ki satım sözleşmesine atıf yoluyla ithal edilen standart şartların, sözleşme metnine iliştirilmiş, eklenmiş veya arka tarafına yazılmış olması gereklidir. Bahse konu davada, standart şartlara yapılan atıf sözleşme metninin arka sayfasında yazılıydı. Ne var ki davacı belgenin sadece ön yüzünü faksla davalıya göndermişti ve gönderilen sayfada imzanın altında, küçük puntolarla, arka sayfada yer alan standart şartlarla birlikte geçerli olduğu yazılıydı. Bahse konu şartların sekizinci maddesi ise tahkim şartıydı. Davalı gönderilen belgeyi imzaladı ve yine faks yoluyla davacıya gönderdi. Davalı, mahkemede, standart şartlardan haberi olmadığını ileri sürdü. OLG Schleswig mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verirken, davalının ve davacının, siparişin teyidini, orijinal metinler birbirlerinde kalacak şekilde imzalamış olmalarına ve 1995 senesinden bu yana aynı belgeleri kullanmak suretiyle karşılıklı ticarî faaliyette bulunmalarına dayandı. Mahkemenin, şeklen geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu kararı lehindeki ikinci argüma-

<sup>58</sup> EKŞİ (dn.35) s.160–161.

<sup>59</sup> GUSY Martin Frederik, "The Validity of an Arbitration Agreement Under the New York Convention – Remarks on the Order of OLG Schleswig, March 30, 2000 (16 SchH 5/99)", *Journal of International Arbitration*, Vol:19, No:4, 2002, s.368–369.

nı, davacının tahkim anlaşmasının varlığını iddia etmesine davalının cevap dilekçesinde karşı çıkmamasıydı. Netice itibariyle davalı, tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmekten men edilmiştir.<sup>60</sup>

### 5. Dürüstlük Kuralının New York Konvansiyonu Madde II(2) Üzerindeki Etkisi

Bazı kararlarda, mahkemeler, taraflar arasında uzun zamandır süregelen iş ilişkisine veya tahkimin mutad olduğu yönündeki ticarî örf ve âdetlere aşinalıklarına dayanmak suretiyle, geçerli birer tahkim anlaşması bulunduğu sonucuna varmışlardır. Misâl olarak Alman Yüksek Mahkemesi, belirli bir sektöre ait sözleşmeler söz konusu olduğunda ve tahkim anlaşmasını akdeden tarafların bu sektörde faaliyet göstermesi durumunda, ticarî örf ve âdetin, tahkim anlaşmasının zımnen akdedildiği sonucuna ulaştırabileceğine karar vermiştir<sup>61/62</sup>.

İsviçre'de Obergericht Basel-Land tarafından verilen bir kararda<sup>63</sup> ise, New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünün, yazılı şekil aramak suretiyle, sözlü olarak veya zımnen akdedilmiş tahkim anlaşmalarını hariç tutmak istediği sonucuna varılmıştır. Mahkemeye göre bu hüküm hem asgarî hem de azamî zorunluluk öngörmektedir ve bu itibarla âkit devletlerin, m.II(2) hükmünden daha katı yahut daha esnek bir şekil kuralı getirmesi mümkün değildir.<sup>64</sup>

İsviçre Federal Mahkemesi, *Compagnie de Navigation et Transports S.A. v. Mediterranean Shipping Company* davasında verdiği 16.1.1995 tarihli kararında<sup>65</sup> modern iletişim yöntemlerinin geliştirilmesi karşısında, imzalanmamış belgelerin sayısının giderek artmakta olduğuna ve bu nedenle imza zorunluluğunun uluslararası ticarete daha az önem arz eden bir konu hâline kaçınılmaz bir biçimde geldiğine dikkat çekerek, konşimentonun arkasında yer alan genel şartların içinde bulunan tahkim şartının geçerli olması için, bahse konu genel şartla-

<sup>60</sup> GUSY (dn.59) s.370-371.

<sup>61</sup> YBCA, Vol:20, 1995, s.668.

<sup>62</sup> VAN HOUTTE (dn.21) s.5-6.

<sup>63</sup> YBCA, Vol:21, 1996, s.688.

<sup>64</sup> VAN HOUTTE (dn.21) s.6.

<sup>65</sup> YBCA, Vol:21, 1996, s.690.

rın imzalanmasına veya imzalanmış herhangi bir belgede zikredilmesine gerek olmadığına karar verirken; bir tutum veya davranışın, iyiniyet kuralı ışığında ele alınmak suretiyle şekil zorunluluğunun yerine geçmesinin mümkün olduğu gerekçesine de yer vermiş ve uzun zamandır süregelen bir iş ilişkisine sahip bulunan tarafların, tahkim şartı da içeren her zamanki genel şartları kullandıklarını, yükletenin konşimentoyu bizzat doldurarak taşıyana verdiğini ve bu itibarla taşıyanın, uzun yıllardır iş yaptığı yükletenin, bizzat doldurduğu ve aralarında tahkim şartının da bulunduğu genel şartların arkasında yer aldığı akdî belgeleri onayladığına iyiniyetle inanmasının hukuken korunması gerektiğini göz önüne almıştır.<sup>66</sup>

Yukarıda yer verdiğimiz bir karar olmakla birlikte, bu başlık altında da yer alması gereken bir dava olan, Macaristan Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi tarafından Budapeşte'de verilen hakem kararının tenfizine ilişkin davada OLG Schleswig mahkemesi, taraflarca standart sözleşmeye yapılan atfı içeren belgelerin imzalanması vasıtasıyla geçerli bir tahkim anlaşmasının, standart şartlara sahip tarafın bunları diğer tarafa göndermemesine rağmen geçerli bir biçimde kurulup kurulamayacağı ve dava dilekçesinde bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesi ve cevap dilekçesinde buna itiraz edilmemesi karşısında, New York Konvansiyonu m.II(2) kapsamında şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulup kurulamayacağı meselesiyle karşılaşmıştı. Mahkemenin bu meseleyi çözümlerken müracaat ettiği argümanlardan biri, davacının tahkim anlaşmasının varlığını iddia etmesine davalının cevap dilekçesinde karşı çıkmaması iken, diğer argüman ise, davalının ve davacının, siparişin teyidini, orijinal metinler birbirlerinde kalacak şekilde imzalamış olmaları ve 1995 senesinden bu yana aynı belgeleri kullanmak suretiyle karşılıklı ticarî faaliyette bulunmalarıydı. Netice itibariyle davalı, tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmekten men edilmiştir. Ne var ki sadece süregelen bir ilişki istinaden New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünün yerine getirildiğinin kabul edilmesi eleştiri konusuna olmaktadır.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> MBAYE (dn.3) s.98-99; VAN HOUTTE (dn.21) s.3.

<sup>67</sup> GUSY (dn.59) s.368-371.

### C. 1961 Avrupa-Cenevre Konvansiyonu

Uluslararası Ticarî Tahkime İlişkin Avrupa-Cenevre Konvansiyonu<sup>68</sup>'nun, tahkim anlaşmalarının şekli konusunda getirdiği düzenlemeye göre tahkim anlaşmaları yazılı şekilde yapılmalıdır. Tahkim anlaşmasının yahut tahkim şartının bulunduğu esas sözleşmenin taraflarca imzalanması veya tarafların birbirine yolladığı mektup, telgraf veya teleskriptör metni içinde yer alması gereklidir. Bununla birlikte, kanunları yazılı şekil aramayan ülkeler arasındaki uluslararası ticarî ilişkilere dair tahkim anlaşmalarının, bu ülkelerin kanunlarına uygun olarak yapılmış olmaları hâlinde geçerli olacakları öngörülmüştür.<sup>69</sup> Bahse konu ülkelerin, tahkim anlaşmasının taraflarının mutad meskenlerinin veya iş yerlerinin bulunduğu ülkeler olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>70</sup>

### D. UNCITRAL Model Kanunu

UNCITRAL Model Kanunu m.7 hükmüne göre tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılmalıdır. Taraflarca imzalanmış bir belgede veya telgraf, teleks yahut mektup gibi araçlar veya anlaşmanın kaydedilmesine olanak sağlayan diğer iletişim araçları vasıtasıyla teati edilmiş belgelerde yer alan tahkim anlaşmaları, yazılı şekil zorunluluğuna uygunluk arz eder. Davacının dava dilekçesinde varlığını iddia ettiği tahkim anlaşmasına davalı tarafından cevap dilekçesinde itirazda bulunulmaması hâlinde de şeklen geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş kabul edilir.<sup>71</sup>

UNCITRAL Model Kanunu'nun hazırlık çalışmaları esnasında, Komisyon, tahkim anlaşmaları için öngörülen yazılı şekil zorunluluğuna uyulmamasının yaptırımını olarak hükümsüzlüğü benimseyip benimsememe konusunda kararsızdı. Zira bazı bölgelerde veya bazı sektörlerde sözlü olarak akdedilen tahkim anlaşmalarının mevcudiyetinden haberdardı ve bu nedenle Komisyonda her türlü uluslararası ticarî

<sup>68</sup> RG: 23.9.1991-21000.

<sup>69</sup> SAMUEL (dn.1) s.78; ALVAREZ (dn.11) s.68-69; NOMER Ergin / EKŞİ Nuray / ÖZTEKİN Günseli, *Milletlerarası Tahkim*, 3. Baskı, C:I, İstanbul, 2008, s.45.

<sup>70</sup> FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN (dn.15) s.378.

<sup>71</sup> EKŞİ (dn.35) s.60-61.

tahkim anlaşmasının kapsanması gerektiği görüşü ağır basmaktaydı. Komisyon, meseleyi halletmek için, sözlü bir tahkim anlaşmasının taraflarına, tahkim yargılamasına iştirak etmek suretiyle yazılı şekil eksikliğini giderme imkânı tanıyacak bir düzenleme tasarladı. Bahse konu hükme göre, sözlü tahkim anlaşmasının taraflarından biri tahkim yargılaması başlattığında, diğer âkit taraf yazılı bir tahkim anlaşması bulunmadığı itirazını en geç esasa ilişkin savunmasıyla birlikte ileri sürmeksizin tahkim yargılamasına dâhil olursa, davalı tarafın yazılı bir tahkim anlaşması bulunmadığı itirazını ileri sürme hakkından feragat ettiği kabul edilir.<sup>72</sup>

Konşimentolarda yer alan tahkim şartlarının şekli bakımından yaşanan hukukî belirsizlik, UNCITRAL Model Kanunu hazırlanırken de gündeme gelmiş ve Norveç Hükûmeti tarafından konuya ilişkin şu düzenlemenin Model Kanun'a eklenmesi teklif edilmişti: "*Bir konşimento veya taraflardan yalnız birinin imzaladığı diğer bir belge; bir sözleşme, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı yahut tahkim şartı içeren bir belgeye yapılan atfı içeren diğer bir belge hakkında yeterli delili ortaya koyduğu takdirde, yazılı bir anlaşma kabul edilir.*" Ne var ki bu düzenleme Model Kanun'da yer almamıştır.<sup>73</sup>

Model Kanun'un, tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin düzenlemesi, uluslararası ticaretin aktörleri tarafından sıklıkla kullanılan teleks gibi bir iletişim aracını öngörmeyen ve düzenleme biçimiyle tatbikatta epey tereddüt doğuran New York Konvansiyonu m.II(2) hükmün aksine, kapsamına aldığı iletişim araçlarını sınırlı biçimde saymamak suretiyle, modern iletişim vasıtalarının da nazara alınmasını sağlamıştır.<sup>74</sup> Maddenin, iletişim araçlarında vuku bulabilecek teknolojik gelişmelerin dikkate alınmasını temin edecek biçimde ifade edilmiş olması, New York Konvansiyonu'nda yapılabilecek bir değişiklik bakımından da yol gösterici olarak tanımlanmaktadır<sup>75</sup>.

UNCITRAL Model Kanunu'nun, uluslararası ticaret tatbikatında sıklıkla karşılaşılan bir durum olan, taraflardan birinin gönderdiği ve

<sup>72</sup> SZURSKI Tadeusz / CREMADES Bernarde M., "Arbitration Agreement and Competence of the Arbitral Tribunal", **ICCA Congress Series No:2**, Ed: Pieter Sanders, Kluwer Law International 1984, s.58-59.

<sup>73</sup> LANDAU (dn.2) s.32.

<sup>74</sup> SZURSKI/CREMADES (dn.72) s.60-61; LANDAU (dn.2) s.27.

<sup>75</sup> HERRMANN (dn.3) s.44.

tahkim şartı ihtiva eden bir teklife karşılık diğer tarafın farklı hükümlere sahip bir tahkim şartı içeren bir cevap vermesi üzerine ilk teklifi gönderen tarafın sözleşmeyi ifa etmeye başlaması hâlinde geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş olup olmadığı ve kurulmuş olduğunun kabulü hâlinde hangi tahkim anlaşmasının esas alınacağı meselelerine açıkça temas etmediği belirtilmektedir. Model Kanun'un bu konularda sessiz kalmasından ötürü meselenin hallinin millî mahkemelere ve millî hukuklara bırakıldığı ve millî hukukların ve millî mahkemelerin bu konularda önemli farklılıklar taşıdığı ifade edilmektedir. Bu nedenle de Model Kanun'un bu konuda sessiz kalması eleştirilmektedir.<sup>76</sup>

Kanımızca burada taraflar, aralarındaki belirli bir hukukî ilişkiden doğan uyuşmazlıkları tahkime havale etme iradesini ortaya koymaktadır. Tahkim anlaşmalarının tarafları ve konusu dışındaki içeriği talî nitelik taşımakta olup; tahkim yeri, hakem seçimi vb. hususlar bakımından söz konusu olan boşlukların veya çıkabilecek uyuşmazlıkların millî hukuklarca giderileceğinde kuşku yoktur. Aynı şekilde tarafların tahkime gitme iradesine sahip bulunduğu da kuşku bulunmamaktadır. Nitekim Model Kanun'da yapılan tahkim anlaşması tanımında, tahkim yerinin, hakemlerin sayısının, hakemlerin atanma usûlünün, tahkim yargılamasının dilinin belirlenmiş olması gibi unsurlar yer almamakta; tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın hakemler vasıtasıyla çözülmesi yönündeki iradelerinin tecellisi yeterli görülmektedir. Tahkim yeri, hakemlerin sayısı, tahkim yargılamasının dili gibi talî nitelikteki hususların taraflarca kararlaştırılmaması veya kararlaştırılmaması hâlinde tahkim yerinin neresi olacağı (m.20) yahut kaç hakemin görev yapacağı (m.10) veya tahkim yargılamasının dilinin ne olacağı (m.22) veyahut hakemlerin nasıl atanacağı (m.11) gibi hususlar hakkında Model Kanun gerekli ve yeterli hükümlere sahip bulunmaktadır.

Model Kanun m.7 hükmünün 1985 tarihli orijinal versiyonu, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasını öngören New York Konvansiyonu'nun ilgili hükmünü yakından takip etmişti. Taraflar tahkime gitmek konusunda anlaşmalarına rağmen, aralarındaki anlaşma şekli zorunluluğa uygunluk arz etmediği takdirde, taraflara, hakemlerin yargılama yetkilerine itiraz etme imkânı doğmaktaydı. Uygulamada,

<sup>76</sup> SZURSKI/CREMADES (dn.72) s.62-63.

bazı hallerde tahkim anlaşmasının yazılı şekilde tanzim edilmesinin mümkün olmadığı ve bu tür hallerde tarafların tahkime gitme iradeleri konusunda herhangi bir tereddüt söz konusu değilse, tahkim anlaşması geçerli kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle Model Kanun m.7 hükmü, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarıyla bağdaştırılmak amacıyla 2006 senesinde yenilenmiştir. Model Kanun'da 2006 senesinde yapılan yenilenme, uluslararası alanda kabul gören prensiplere yer verilmesi suretiyle Model Kanun hakkında yeknesak bir anlayışın oluşturulması amacını gütmektedir. Model Kanun'un 1985 tarihli orijinal versiyonunda yer verilen ve 1958 tarihli New York Konvansiyonu m.II hükmünde yer alan şekil kuralı üzerine biçimlendirilen şekil kuralında yapılan değişiklik, uluslararası ticaret tatbikatındaki yenilikleri ve teknolojik gelişmeleri nazara almayı amaçlamaktadır. Bu yenileme çerçevesinde Komisyon, tahkim anlaşmasının tanımı ve şekli konusundaki iki farklı yaklaşımı yansıtan iki farklı seçeneğe yer vermiştir.<sup>77</sup>

Bu seçeneklerden ilki uyarınca, tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılmalıdır [m.7(2)]. Bununla birlikte, aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, içeriği herhangi bir şekilde kayda geçirilmiş bir tahkim anlaşması, sözlü olarak, zımnî olarak veya diğer bir şekilde yapılmış olsa dahi yazılı şekilde yapılmış sayılır. Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılma zorunluluğu, içerdiği bilgi daha sonraki kullanım için tekrar ulaşılabilir nitelik taşıyan elektronik haberleşme söz konusu olduğunda yerine getirilmiş sayılır; “elektronik haberleşme”, data mesajları vasıtasıyla gerçekleştirilen her türlü iletişim anlamındadır; “data mesajı”, elektronik bilgi alışverişi [electronic data interchange (EDI)], elektronik posta, telgraf, teleks veya telekopi gibi elektronik, manyetik, optik veya benzer usûllerle oluşturulan, gönderilen, alınan veya depolanan bilgilerdir [m.7(4)]. Davacının dava dilekçesinde varlığını iddia ettiği tahkim anlaşmasına davalı tarafından cevap dilekçesinde itirazda bulunulmaması hâlinde de şeklen geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş kabul edilir [m.7(5)].

İlk seçenek, Model Kanun'un 1985 tarihli orijinal hâlini ve dolayısıyla New York Konvansiyonu m.II hükmünü takip etmek suretiyle, tah-

<sup>77</sup> Uluslararası Ticarî Tahkim Hakkında 1985 tarihli Model Kanun'da 2006 Senesinde Yapılan Değişikliğe İlişkin Olarak UNCITRAL Sekreterliği'nin Açıklayıcı Notu, s.24, 28-29.

kim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış olmasını aramakta ve fakat tahkim anlaşmasının içeriğinin herhangi bir şekilde kayda geçirilmiş olmasını da geleneksel yazılı şekle uygun kabul etmektedir. Tahkim anlaşması, içeriği kayda geçirilmiş olmak koşuluyla, sözlü de olmak üzere, herhangi bir şekilde kurulabilir. Bu yeni kural, tarafların imzalarını veya taraflar arasında bir belge teatisini lüzumlu kılmaması itibariyle dikkate değerdir. Elektronik Ticaret Hakkındaki 1996 UNCITRAL Model Kanunu'ndan ve Uluslararası Akitlerde Elektronik Haberleşme Araçlarının Kullanılması Hakkında 2005 tarihli BM Konvansiyonu'ndan ilham almak suretiyle elektronik ticaretin kullanımını nazara alan daha çağdaş bir düzenleme getirilmiştir.<sup>78</sup>

İkinci yaklaşım, tahkim anlaşmasını, şekli unsurlar hakkında izahat getirmemek suretiyle tanımlamaktadır. Komisyon, ihtiyaçları ve hukukî yaklaşımları doğrultusunda bir tercih yapabilmeleri amacıyla, bu iki seçenekten hangisinin tercih edilmesi konusunda âkit devletlere herhangi bir tavsiyede bulunmamaktadır. Her iki seçenekte tahkim anlaşmalarının New York Konvansiyonu'na uygunluk arz etmesine dikkat edilmiştir.<sup>79</sup>

## E. Millî Hukuklar

### 1. ABD

ABD hukukunda Federal Tahkim Kanunu, tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde yapılmasını öngörmektedir. Mektup veya telgraf teatisi yoluyla yapılan tahkim anlaşmaları da yazılı olma şartını yerine getirmektedir. Mahkemeler tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış olmasını aramamaktadır.<sup>80</sup>

ABD mahkemeleri, *Lieschke, Jackson & Realnetworks Inc* davasında verdikleri 11.5.2000 tarihli kararda, Federal Tahkim Kanunu'nda tahkim anlaşmaları bakımından öngörülen yazılı şekil kuralını, Ka-

<sup>78</sup> Uluslararası Ticarî Tahkim Hakkında 1985 tarihli Model Kanun'da 2006 Senesinde Yapılan Değişikliğe İlişkin Olarak UNCITRAL Sekreterliği'nin Açıklayıcı Notu, s.29.

<sup>79</sup> Uluslararası Ticarî Tahkim Hakkında 1985 tarihli Model Kanun'da 2006 Senesinde Yapılan Değişikliğe İlişkin Olarak UNCITRAL Sekreterliği'nin Açıklayıcı Notu, s.29.

<sup>80</sup> EKŞİ (dn.35) s.58.

nunun hazırlandığı dönemin şartları çerçevesinde değerlendirmiş ve kuralın, elektronik ortamda gerçekleştirilen tahkim anlaşmalarını geçersiz kılmayacağı sonucuna ulaşarak, elektronik ortamda akdedilen tahkim anlaşmasının Federal Tahkim Kanunu çerçevesinde şekillenmesi geçerli olduğuna hükmetmiştir.<sup>81</sup>

## 2. Almanya

Almanya, UNCITRAL Model Kanunu'nu birkaç küçük değişiklikle kabul etmiş ve yeni Alman Tahkim Kanunu, ZPO'nun 10. Kitabı olarak 1.1.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Alman Tahkim Kanunu hem millî hem de milletlerarası tahkimi düzenlemektedir.<sup>82</sup> Alman hukukunda tahkim anlaşmalarının şeklini düzenleyen hükümler arasında ilk zikredilmesi gereken ZPO §1031 uyarınca tahkim anlaşmasının yer aldığı belge taraflarca imzalanmış olmalı yahut mektup, faks, teleks veya veri aktarımı yoluyla karşı tarafa belge olarak iletilebilecek biçimde kayıtlı olmalıdır. Asıl sözleşmeden ayrı bir belgeye yapılan atıfla, bu belgede yer alan tahkim şartının esas sözleşmenin bir parçası hâline getirilmesi suretiyle tahkim anlaşması yapılması mümkündür. Tahkim şartı ihtiva eden bir belge bir tarafça diğer tarafa veya üçüncü bir şahısça taraflara gönderilmişse, makul süre itiraz edilmemesi durumunda bu metnin içeriği ticarî geleneklere göre sözleşmenin bir parçası kabul edilir [ZPO §1031(2)]. Tahkim anlaşmasının şekline ilişkin eksiklikler tahkim yargılamasında uyuşmazlığın esasına girilmekle giderilmiş olur [ZPO §1031(6)].<sup>83</sup>

## 3. Avustralya

Avustralya hukukunda millî ve milletlerarası tahkimler farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Milletlerarası tahkim, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tâbidir ve bu Kanun §16 hükmü, UNCITRAL Model Ka-

<sup>81</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL (dn.19) s.223 dn.621.

<sup>82</sup> SCHÄFER Erik, "Arbitration in Germany", *European Arbitration Review* 2007, s.42; WILSKE Stephan/ KRAPFL Claudia, "Germany", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.83.

<sup>83</sup> SCHÄFER (dn.82) s.42; WILSKE/KRAPFL (dn.82) s.83; EKŞİ (dn.35) s.55-56.

nunu'nu bu Kanunun bir parçası hâline getirmiştir. Bu itibarla Avusturya hukukunda tahkim anlaşmalarının şekli, UNCITRAL Model Kanunu m.7 hükmüne tâbi olduğunu söylemek hatalı olmaz.<sup>84</sup>

#### 4. Avusturya

Avusturya hukukunda millî ve milletlerarası tahkimler, Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nda 2006 senesinde yapılan değişikliğe konu olan 577–618. madde hükümlerine tâbidir. Bahse konu yeni düzenleme UNCITRAL Model Kanunu'nu baz almakta ve Avusturya tahkim hukukunda esaslı bir reform teşkil etmektedir. Bu bağlamda Avusturya milletlerarası tahkim hukukunda şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için tahkim anlaşmasının ya taraflarca imzalanmış bir belgede yer alması ya da anlaşmayı kaydetmeye elverişli nitelik taşıyan iletişim araçlarıyla taraflar arasında teati edilmiş belgelerde yer alması gerekli ve yeterlidir. Bunun yanında, tahkim anlaşmasının şekli konusundaki eksiklikler, en geç tahkim yargılamasında duruşma safhasına giriş esnasında itiraza uğramaması hâlinde tahkim anlaşmasını geçersiz kılma vasfını kaybeder.<sup>85</sup>

#### 5. Brezilya

Brezilya Tahkim Kanunu §4 uyarınca, tahkim anlaşmaları yazılı şekilde yapılmalıdır. İletişim araçlarıyla teati edilen belgelerde yer alan tahkim anlaşmaları şeklen geçerlidir. Tarafların imzaları zorunlu bir unsur olarak görülmemekle birlikte, tarafların tahkime gitme iradelerinin tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya konulması gerekmektedir. Genel işlem şartları tipindeki sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarının geçerli olabilmesi için koyu renkte (bold) yazılması yahut ayrı bir belgede tanzim edilmiş olması koşulunun yanında taraflarca imzalanmış olması da aranmaktadır.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> JONES Doug / GEHLE Björn, "Australia", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.13–14.

<sup>85</sup> HERBST Christian / WALBERT Michael, "Austria", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.22–23.

<sup>86</sup> WALD Arnaldo / DA FONSECA Rodrigo Garcia, "Brazil", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.30.

## 6. Çin

Çin hukukunda tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde akdedilmesi zorunludur. *Yazılı şekilden* ne anlaşılması gerektiği ise açık değildir. Uygulamada *yazılı şekil* tabirinin; yazılı iletişimi mümkün kılan mektup, telgraf, teleks vb. iletişim araçlarını kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Faks konusunda ise tartışma mevcuttur. Bazıları, 1958 tarihli New York Konvansiyonunda sadece telgrafa ve Çin hukuku ile Milletlerarası Mal Satışı hakkındaki Viyana Konvansiyonunda telgraf ve telekse yer verildiğini işaret ederek ve faksın kopya çıkarma fonksiyonu bulunduğunu ileri sürerek faks vasıtasıyla geçerli bir tahkim anlaşması akdedilemeyeceğini iddia etmektedir. Genel kabul gören diğer görüşe göre ise bahse konu düzenlemeler, faksın ticarî hayatta seyrek olarak kullanıldığı bir döneme ait bulunmaktadır ve günümüzdeki yoğun kullanımı karşısında faks vasıtasıyla geçerli tahkim anlaşmaları kurulabileceği benimsenmelidir.<sup>87</sup>

## 7. Danimarka

Danimarka'yı uluslararası tahkim bakımından daha cazip kılmak amacıyla 1.7.2005 tarihinde yürürlüğe giren 553 sayılı Tahkim Kanunu, UNCITRAL Model Kanunu'ndan birçok hükmü devşirmiştir. Buna karşılık Tahkim Kanunu'nun 7. maddesi Danimarka borçlar hukukunu takip etmek suretiyle tahkim anlaşmaları bakımından herhangi bir şekli düzenleme öngörmemiştir. Bu itibarla tahkim anlaşmalarının elektronik posta veya faks yoluyla ve hatta sözlü olarak dahi yapılabileceği kabul edilmektedir.<sup>88</sup> Bununla birlikte, ispat şekli olarak yazılı şeklin aranması, uygulamada tahkim şartlarının yazılı olarak yapılma zorunluluğunu doğurmaktadır.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> XIAOWEN Guo, "The Validity and Performance of Arbitration Agreements in China", *Journal of International Arbitration*, Vol:11, No:1, March 1994, s.48-49.

<sup>88</sup> TERKILDSEN Dan / PETERSEN Majken Korsgård, "Arbitration Agreements in Danish Law", *European Arbitration Review* 2007, s.28-29.

<sup>89</sup> VAN HOUTTE (dn.21) s.7.

## 8. Finlandiya

Finlandiya'da yürürlükte bulunan Fin Tahkim Kanunu Aralık 1992'de yürürlüğe girmiş olup, UNCITRAL Model Kanunu'ndan esinlenmiştir. Kanunun 3 ve 4. maddeleri uyarınca tahkim anlaşmaları yazılı şekilde yapılmak zorundadır. Yazılı şeklin kapsamına, tahkim şartının yer aldığı belgelerin veya elektronik postaların teatisi de dâhildir.<sup>90</sup>

## 9. Fransa

Fransız hukukunda uluslararası ticarî tahkim sahasına giren tahkim anlaşmalarının şekli bakımından doğrudan bir düzenlemenin öngörülmemesi karşısında, meselenin hukukî rejiminin belirlenmesi bakımından farklı yöntemler ortaya atılmıştır. Bu yöntemlerden biri, kanunlar ihtilâfî kurallarının uygulanması suretiyle tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğinin tâbi olacağı hukukun belirlenmesidir. Bununla birlikte, uygulanacak kanunlar ihtilâfî kuralının hangisi olması gerektiği konusunda da –tahkim yeri hukuku, tarafların seçtiği hukuk, anlaşmanın kurulduğu yer hukuku gibi– farklı yaklaşımlar söz konusudur. Ayrıca, taraflarca bir hukukun seçilmiş olması dışındaki seçeneklerin, sunî neticeler vereceği iddia edilmektedir. İkinci yöntem ise, *lex forin*in uluslararası tahkime ilişkin maddî kurallarının uygulanmasını öngörmektedir. Bu yöntem uyarınca, meselâ Fransız mahkemelerinde bir tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığı sorunu ortaya çıktığında, Fransız hukukunun uluslararası tahkime ilişkin kurallarının uygulanması suretiyle çözüme gidilmesi gerekmektedir.<sup>91</sup>

Fransa'da yerel tahkim bakımından uygulanmakta olan Fransız Yeni Medenî Usûl Kanunu m.1443 uyarınca tahkim şartının geçerli olarak akdedilebilmesi için yazılı şekilde yapılması gerekir. Buna karşılık uluslararası ticarî tahkimlerde, aynı Kanun m.1492–1493 hükümleri gereği tahkim şartı bakımından herhangi bir şekli yükümlülük aran-

<sup>90</sup> UOTI Petteri / STORSKRUBB Eva, "Arbitration in Finland", *European Arbitration Review* 2007, s.35.

<sup>91</sup> FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN (dn.15) s.364–370.

mamakla<sup>92</sup> birlikte, hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemede, tahkim anlaşmasının ibraz edilmesi öngörüldüğü için (m.1499), tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde ispat edilme zorunluluğu bulunduğu sonucuna varılmaktadır<sup>93</sup>. Bununla birlikte, uluslararası ticarî uyuşmazlıklarda taraflar arasındaki ticarî ilişkinin özelliklerinin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>94</sup>

Tahkim anlaşmasının faks vasıtasıyla akdedilmesi hâlinde ortaya çıkan sorunlardan biri olarak, fakslanan belgenin arka yüzünün karşı tarafa otomatikman iletilmemesi gösterilmektedir. Öndeki sayfa, arka sayfada yer alan ve tahkim şartı içeren genel şartlara atıfta bulunsa dahi, faksın gönderildiği kişi tahkim şartından haberdar olmadığını bu yüzden onunla bağlı olmadığını haklı olarak ileri sürebilir.<sup>95</sup> New York Konvansiyonuna tâbi olmayan bir davada Fransız şirket *Sonetex*, Türk şirket *Topkapi* tarafından fakslanan satış sipariş teyidinin arka yüzünde yer alan tahkim şartından haberdar olmadığını iddia etmiştir. *Sonetex*, satış sipariş teyidini imzalamış ve geri göndermiştir fakat tahkim şartının yer aldığı arka yüzü imzalamamıştır. Uyuşmazlık doğduğunda *Sonetex*, Fransız mahkemelerinde *Topkapi*'yi dava etmiş, *Topkapi* ise tahkim itirazında bulunmuştur. Paris Temyiz Mahkemesinin tahkim şartı nedeniyle resmî mahkemelerin yetkisinin bulunmadığı yönündeki kararı, *Cour de Cassation* tarafından onanmıştır. *Cour de Cassation*, *Topkapi* tarafından gönderilen genel şartların *Sonetex* tarafından kabul edildiğine karar vermiştir<sup>96</sup>. Bu davada tahkim şartının yer aldığı sipariş teyidinin arka yüzünün de taraflar arasında teati edilmiş olması karşısında *Sonetex*'in tahkim şartıyla bağlı kılınması haklı görünmektedir.

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin, *Sté. Britannia v. Sté. Jézéquel et Maury* davasında<sup>97</sup> vardığı sonuç, ancak bütün tarafların tahkim iradelerinin yazılı olarak ortaya konulması hâlinde geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş olacağını işaret etmektedir. Yüksek Mahkeme, 15.7.1987 tarihli bu kararında, taraflarca telefon görüşmesi esnasında sözlü olarak

<sup>92</sup> VAN HOUTTE (dn.21) s.8; LANDAU (dn.2) s.56.

<sup>93</sup> FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN (dn.15) s.370-371; KAPLAN Charles, "France", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.76.

<sup>94</sup> EKŞİ (dn.35) s.55.

<sup>95</sup> YBCA, Vol:21, 1996, s.428.

<sup>96</sup> *Rev. Arb.* (1993) s.273; VAN HOUTTE (dn.21) s.4; EKŞİ (dn.35) s.119 dn.287.

<sup>97</sup> *Rev. Arb.* (1990) s.627; LANDAU (dn.2) s.40.

akdedilen ve daha sonra yalnızca taraflardan birinin yazılı olarak teyit ettiği tahkim anlaşmasının, diğer tarafça yazılı olarak teyit edilmediği için şeklen geçerli olmadığı sonucuna varmıştır.

Tahkim anlaşması ile esas sözleşmenin hukuken birbirlerinden bağımsız olduğuna ilişkin *bağımsızlık* prensibinin, tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliği konusunda uygulanıp uygulanmayacağına ele alındığı *Cassia* kararına<sup>98</sup> konu olayda, Lübnan şirketi *Cassia* ile iki Pakistan şirketi arasında, Karaçi'de bir stadyum inşasını konu alan bir sözleşme akdedilmişti. Sözleşme, Karaçi'de imzalandığına ilişkin bir ibare ihtiva etmesine karşın, imza tarihini içermemekteydi ve taraflarca imzalanmamış, sadece her bir sayfanın alt tarafı paraflanmıştı. Sözleşmeden bir uyuşmazlık doğması üzerine *Cassia* tarafından tahkime müracaat edilmiş ve hakem heyeti de tahkim anlaşmasının geçerli olduğu sonucuna varmıştı. Ne var ki hakem kararı, Paris Temyiz Mahkemesi tarafından, esas sözleşme geçerli bir biçimde imzalanmadığı için tahkim anlaşması geçerli olmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Paris Temyiz Mahkemesi, sözleşmenin imza edildiği yer ile ifa edildiği yerin, taraflar arasındaki ilişkinin ağırlık merkezinin Pakistan olduğunu ortaya koyduğunu ve tarafların, Pakistan hukukuna göre geçerli bir sözleşmede bulunması gereken –mühür, tarih, imza, paraf gibi– şekli unsurların farkında olmalarına rağmen bu zorunluluklara uygun hareket etmemelerinin, aralarında geçerli bir sözleşme akdetme iradesine sahip olmayacakları anlamına geleceğine ve bunun sonucu olarak da bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkime havalesini öngören bir anlaşmadan da bahsedilemeyeceğine karar vermiştir. Fransız Yüksek Mahkemesince de onanan karar, doktrinde, tahkim anlaşması ile esas sözleşmenin hukuken birbirlerinden bağımsız olduğu yönündeki prensibi doğru yorumlamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, bağımsızlık prensibinin gayesi, tahkim anlaşmasının, esas sözleşmedeki kusurlardan etkilenmemesidir. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmenin içinde bir şart olarak yer aldığı durumlarda söz konusu olan hükümsüzlük sebebinin her iki anlaşmayı da sakatlaması mümkün olmakla birlikte, müşterek geçersizlik sebepleri dışında kalan hallerde her iki anlaşmanın geçerli olup olmadığının müstakilen değerlendirilmesi gerekir<sup>99</sup>. Bu nedenle, *Cas-*

<sup>98</sup> Rev. Arb. (1990) s.855.

<sup>99</sup> ŞANLI (dn.35) s.312.

sia davasında mahkemenin sergilemesi gereken yaklaşımın, tahkim anlaşmasının imzalanıp imzalanmadığının veya farklı şekil kurallarına tâbi bulunup bulunmadığının belirlenmesi yönünde olması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>100</sup>

## 10. Güney Kıbrıs

Güney Kıbrıs hukukunda uluslararası tahkimin hukukî rejimi, UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak hazırlanan 101/87 sayılı Tahkim Kanunu ile düzenlenmiştir. Tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin yasal düzenleme de UNCITRAL Model Kanunu m.7 hükmünün aynen iktibası suretiyle yapılmıştır.<sup>101</sup>

## 11. Hırvatistan

Hırvat hukukunda da tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış olması aranmaktadır. 1976 tarihli Hırvat Medenî Usûl Kanunu'nun 1990 senesinde değiştirilen m.470 hükmüne göre tahkim anlaşmaları mektup, telgraf, teleks ve sözleşme hakkında kayıt içeren herhangi bir haberleşme şekli ile akdedildiği anda yazılı kabul edilir. Hırvat Medenî Usûl Kanunu m.470(3) uyarınca, dava dilekçesi ve davaya cevap dilekçesinde taraflardan biri bir tahkim anlaşmasının varlığını ileri sürer ve diğer taraf buna itiraz etmezse yazılı şekil şartı gerçekleşmiş sayılır.<sup>102</sup>

## 12. Hindistan

Hindistan hukukunda, UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak hazırlanan 1996 tarihli Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu §7 uyarınca tahkim anlaşmaları, taraflarca imzalanmış bir belgede veya taraflarca teati edilen mektup, teleks, telgraf veya diğer iletişim araçlarında yer

<sup>100</sup> FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN (dn.15) s.361-363.

<sup>101</sup> PITTAS Soteris, "Cyprus", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.52-53.

<sup>102</sup> BRAVAR Alexander, "Deniz Hukuku İhtilâfları Hakkında Tahkime İlişkin Bazı Meseleler", Çeviren: Şebnem Akipek, Mertol Can, *BATİDER*, S:19, No:2, 1997, s.122-123.

alması yahut taraflardan birinin tahkim şartının varlığını yazılı olarak iddia ettiği bir durumda diğer tarafça verilen yazılı cevapta buna itirazda bulunulmaması hallerinde şeklen geçerli kabul edilir.<sup>103</sup>

### 13. Hollanda

Hollanda hukukunda tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılma zureti yoktur. Tahkime ilişkin hukukî düzenlemenin yer aldığı Hollanda Medenî Usûl Kanunu'nun 1021. maddesine göre tahkim anlaşmalarının yazılı bir belge ile ispatlanması zorunludur. Diğer bir ifadeyle kural olarak tahkim anlaşmalarının özel bir şekilde yapılma zorunluluğu yoktur; sözlü olarak dahi tahkim anlaşması akdedilebilir. Fakat tahkim anlaşmasına yönelik bir itiraz durumunda tahkim anlaşmasının yazılı biçimde ispatlanması gerekmektedir.<sup>104</sup>

### 14. Hong Kong

Hong Kong hukukunda hem millî hem de milletlerarası tahkimin hukukî rejimi, 341 sayılı Tahkim Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bahse konu Kanun, UNCITRAL Model Kanunu baz alınarak hazırlanmıştır. Kanunun 2AC hükmü uyarınca tahkim anlaşmaları yazılı olarak yapılmak veya yazılı şekilde ispat edilmek zorundadır. Bir tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapıldığının kabulü için tahkim anlaşmasının, taraflarca imzalanmış veya imzalanmamış bir belgede yahut taraflar arasında iletişim vasıtalarıyla teati edilen bir belgede yer alması veyahut taraflardan birinin tahkim veya mahkeme yargılaması esnasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu iddiasına diğer tarafın itirazda bulunmaması gerekli ve yeterlidir.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> DAVE Dushyant, "Non-Party Participation – The Extent to Which Non-Contracting Parties Can be Encouraged or Compelled to Join the Proceedings", *International Arbitration Law Review*, Vol:6, No:3, 2003, s.80; SINGHVI Abhishek M., "Article II(3) of the New York Convention and the Courts", *ICCA Congress Series No:9*, Editor: Albert Jan van der Berg, Kluwer Law International 1999, s.210–211; BHASIN Lalit, "India", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.97–98.

<sup>104</sup> LEW (dn.9) s.132; LANDAU (dn.2) s.57; VAN TONGEREN Bart, "Netherlands", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, s.144; EKŞİ (dn.35) s.57.

<sup>105</sup> ALLEN Charles / CHAN Melody / CHIN Malcolm, "Hong Kong", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.89–90.

## 15. İngiltere

İngiliz Tahkim Kanunu (1996) §5 uyarınca tahkim anlaşmaları, taraflarca imzalanmaları gerekli olmaksızın, yazılı olarak yapılmaları veya yazılı olarak ispat edilmeleri hâlinde geçerlidir. Taraflarca standart şartlara atıfta bulunulması yoluyla yapılan tahkim anlaşmaları da şeklen geçerlidir.<sup>106</sup> 1950 tarihli Tahkim Kanunu tahkim anlaşmasının şekli konusunda hüküm içermezken, 1979 tarihli Tahkim Kanunu'nda, teati edilen mektup veya telgrafta vücut bulan tahkim anlaşmalarının şeklen geçerli olduğu düzenlenmişti. 1996 tarihli Tahkim Kanunu tahkim anlaşmalarının şekli konusunda ayrıntılı bir düzenleme içermektedir. Bahse konu hükme göre; taraflar arasında teati edilen mektup, teleks, telgraf veya diğer iletişim araçlarında vücut bulan tahkim anlaşmaları şeklen geçerlidir. Bununla birlikte, yazılı olarak yapılmamasına rağmen yazılı olarak ispat edilen tahkim anlaşmaları da geçerlidir [§5(2)(c)].<sup>107</sup> Bunların yanında, resmî mahkemelerde veya hakem heyetleri önünde cereyan eden yargılamalarda taraflardan biri tarafından bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetine yönelik iddiaya diğer tarafın cevabında itirazda bulunmaması hâlinde şeklen geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş sayılır [§5(5)]<sup>108</sup>.

İngiltere'de 1996 tarihli Tahkim Kanunu'nu hazırlayan komisyona, tahkim anlaşmaları için öngörülen yazılı şekil kuralının kaldırılması gerektiği yönünde raporların sunulduğu fakat komisyonun, devlet mahkemelerine müracaat etme hakkının ortadan kalkmasının çok büyük önem arz etmesini gerekçe göstererek bunun sözlü olarak gerçekleştirilmesinin makûl olmadığı ve tahkim anlaşmalarının sözlü olarak akdedilebileceğinin kabulü hâlinde çok ciddi ispat problemlerinin ortaya çıkabileceği gerekçeleriyle bu raporlara itibar etmediği belirtilmektedir.<sup>109</sup>

1996 tarihli Tahkim Kanunu, İngiliz hukukunda yerleşmiş bulunan bir prensibi yasalaştırmıştır. Yazılı sözleşmeyle bağlanma iradesi hâl ve şartlardan çıkarılabildiği takdirde, sözleşmenin imzalanmış olmasına gerek yoktur. Komisyona göre, imza gerekliliği, tahkimin mutaden kullanıldığı ticarî sahalarda yerleşmiş bir kullanıma sahip bulun-

<sup>106</sup> MERKIN Robert, *Arbitration Law*, London-Singapore, 2004, s.75; ALVAREZ (dn.11) s.75; LEW (dn.9) s.131-132.

<sup>107</sup> MERKIN (dn.106) s.75; EKŞİ (dn.35) s.59.

<sup>108</sup> LEW (dn.9) s.132.

<sup>109</sup> LANDAU (dn.2) s.52-53; MERKIN (dn.106) s.75.

madığı ve başta konşimentolar ve ortaklık tüzükleri olmak üzere, ticarî hayatın önemli kısımlarında ciddi problemler doğuracağı gerekçesiyle benimsenmemiştir.<sup>110</sup>

1996 tarihli Tahkim Kanunu'nun yürürlüğünden önce karara bağlanan *Marc Rich & Co AG v. Società Italiana Impianti* davasına<sup>111</sup> konu olayda, İsviçre şirketi *Marc Rich* ile İtalyan şirketi *Impianti* arasında ham petrol satımını konu alan bir sözleşme akdedilmişti. Sözleşmenin kurulmasını takiben *Marc Rich*, *Impianti*'ye, sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun İtalyan hukuku olduğunu ve uyuşmazlık çözüm yönteminin ise Londra'da tahkim olduğunu öngören bir faks mesajı göndermiş fakat faks mesajı yazılı olarak cevaplanmamıştı. İngiliz mahkemeleri, olayda geçerli bir tahkim şartı kurulduğu sonucuna varmıştır. Bununla birlikte uyuşmazlık İtalyan mahkemelerine de götürülmüş ve fakat İtalyan mahkemeleri, yazılı bir kabul bulunmadığı için, geçerli bir tahkim anlaşması kurulmadığı sonucuna varmıştır. Tahkim anlaşmasının teati edildiğinin kabulü için taraflardan birinin iletişim araçlarıyla yazılı olarak gönderdiği icabın diğer tarafça yine iletişim araçlarıyla yazılı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Hâlbuki olayda *Marc Rich* tarafından *Impianti*'ye gönderilen ve tahkim şartı içeren faks mesajı *Impianti* tarafından yazılı olarak kabul edilmediği için, geçerli bir tahkim anlaşması kurulduğunu kabul etmek mümkün değildir.

## 16. İrlanda

İrlanda'da milletlerarası tahkime ilişkin yasal düzenlemeyi teşkil eden 1998 tarihli Tahkim Kanunu, UNCITRAL Model Kanunu'nda yer alan kuralları İrlanda hukukuna ithâl etmiştir. Bu Kanuna göre tahkim anlaşmaları yazılı olarak yapılmak zorundadır. Yazılı bir belgede yer alan yahut telgraf, mektup veya 2000 tarihli Elektronik Ticaret Kanunu'nun getirdiği bir yenilik olarak elektronik iletişim vasıtalarıyla taraflar arasında gerçekleştirilen teati suretiyle akdedilen tahkim anlaşmaları şeklen geçerlidir.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> MERKIN (dn.106) s.75.

<sup>111</sup> YBCA, Vol:17, 1992, s.233; LANDAU (dn.2) s.41.

<sup>112</sup> SOLAN Dudley, "Ireland", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.106-108.

## 17. İspanya

İspanya'da 1988 yılına kadar yürürlükte olan yasal düzenleme uyarınca, tahkim şartları bakımından aranmayan bir koşul olarak, tahkim anlaşmaları noterde tasdik ettirilmeliydi. Şu an yürürlükte olmayan 05.12.1988 tarihli yasa, noter tasdikini ortadan kaldırmış ve tahkim anlaşmasının, iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen teati yoluyla kurulmasını da imkân dâhiline sokmuştur.<sup>113</sup> İspanya'da şu an yürürlükte bulunan ve uluslararası tahkimin hukukî rejimini tayin eden 60/2003 sayılı Uluslararası Tahkim Kanunu önemli ölçüde UNCITRAL Model Kanunu'nu esas almaktadır. Uluslararası Tahkim Kanunu uyarınca yazılı olarak yapılması zorunlu olan tahkim anlaşmaları, taraflarca imzalanmış yahut mektup, telgraf, teleks, faks veya tahkim anlaşmasının kaydedilmesine olanak tanıyan diğer iletişim araçları vasıtasıyla teati edilmiş belgelerde yer almaları hâlinde şeklen geçerli kabul edilir.<sup>114</sup>

## 18. İsveç

UNCITRAL Model Kanunu'nu esas almayan ender kanunlardan biri olan 1999 tarihli İsveç Tahkim Kanunu'nda tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin bir hüküm yer almadığı için, İsveç hukukunda tahkim anlaşmasının sözlü olarak dahi yapılabileceği kabul edilmektedir.<sup>115</sup> Buna karşılık tahkim anlaşmalarının yazılı olarak ispat edilme zorunluluğu bulunduğundan, bu imkânın pratik değeri bulunmadığı ifade edilmektedir.<sup>116</sup>

<sup>113</sup> VAN HOUTTE (dn.21) s.8.

<sup>114</sup> HIERRO Antonio / HINOJOSA Rafael, "Spain", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.192-193.

<sup>115</sup> RUNESSON Eric M. / ARVMYREN Simon, "Sweden", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.198-199.

<sup>116</sup> BERGER Klaus Peter, "The Arbitration Agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act", *Arbitration International*, Vol:17, No:4, 2001, s.395-396; SEMLER Franz-Jörg, "German Arbitration Law - The 1998 Reform and Recent Case Law", *Journal of International Arbitration*, Vol:18, No:5, 2001, s.580, VAN HOUTTE (dn.21) s.7.

## 19. İsviçre

İsviçre DÖH Kanunu m.178(1) uyarınca tahkim anlaşmaları, telgraf, teleks, telekopi veya tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapıldığını ortaya koyabilecek herhangi bir iletişim aracıyla yazılı olarak yapıldıkları takdirde şeklen geçerlidir.<sup>117</sup> İsviçre Federal Mahkemesine göre, geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edebilmek için, taraflardan birinin yaptığı yazılı teklif diğer tarafça yazılı olarak kabul edilmeli ve bu kabul diğer tarafa iletilmelidir<sup>118</sup>. Tarafların, iradelerini yazılı olarak beyan etmeleri yeterlidir. Kabul beyanında tahkim şartının açıkça zikredilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Sözleşmenin bütününe ilişkin olması yeterlidir<sup>119</sup>. Tarafların, tahkim anlaşmasının şekline uygulanmak üzere bir hukuk seçme olanakları bulunmamaktadır. Yazılı şekil kuralına aykırılığın yaptırımını, tahkim anlaşmasının geçersizliğidir<sup>120</sup>.

İsviçre hukukunda şekil konusunda ilk defa geleneksel anlayışın dışına çıkan ve adî yazılı şekilden daha basit, imza edilmesi zorunlu olmayan, kopyalanması mümkün olan ve görsel olarak idrak edilebilir bir yazılı şekil öngören bir şekil kuralı olarak tarif edilen İsviçre DÖH Kanunu m.178(1)'de yer alan bu düzenleme, maddî milletlerarası özel hukuk kuralı olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca m.178(1) hükmüne uygunluktan bahsedebilmek için, tahkim iradesinin, gözle idrak edilebilir ve kopyalanması mümkün olan bir biçimde gönderilene ulaşması yeterli görüldüğü için, yazılı şekil kuralına uygun iletişim araçlarının kapsamına, maddede sayılanlar dışında, elektronik postanın da dâhil olduğu kabul edilmektedir.<sup>121</sup>

İsviçre DÖH Kanunu m.178(1)'de yer alan yazılı şekil kuralı, tahkim anlaşmasının tarafları açısından yahut tahkim anlaşmasının ilişkin olduğu münasebet bağlamında herhangi bir tür hukukî ilişki bakı-

<sup>117</sup> ALVAREZ (dn.11) s.75; VAN HOUTTE (dn.21) s.8; WENGER (dn.3) s.331; FAVRE-BULLE Xavier / WITTMANN Alex, "Switzerland", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, 2007, s.205; EKŞİ (dn.35) s.57.

<sup>118</sup> *Tracom S.A. v. Sudan Oil Seeds Company*, 5.12.1985, **YBCA**, Vol:12, 1987, s.514; VAN HOUTTE (dn.21) s.3.

<sup>119</sup> Obergericht Basel-Land, *DIETF v. RF AG*, 5.7.1994, **YBCA**, Vol:21, 1996, s.686; VAN HOUTTE (dn.21) s.4.

<sup>120</sup> WENGER (dn.3) s.332, 338.

<sup>121</sup> WENGER (dn.3) s.331-334, 337.

mından farklılık arz edecek şekilde tanzim edilmemiştir. Bu itibarla meselâ resmî yazılı şekilde yapılması gereken bir sözleşmeye ilişkin tahkim anlaşmasının da resmî yazılı şekilde yapılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca yazılı şekil zorunluluğuna, tahkim anlaşmasının bütün taraflarınca riayet edilmesi gerekmektedir. Bu riayet zorunluluğu, yazılı şekil kuralının koruyucu boyutundan ileri gelmektedir. Buna karşılık, taraflardan birinin yazılı şekil kuralına uygun bir beyanda bulunmasının ve diğer tarafın sözlü yahut zımnî bir beyanda bulunmasının yeterli olduğunu savunanlar da mevcuttur.<sup>122</sup>

Tahkim iradesinin, maddede öngörülen modern iletişim teknikleri vasıtasıyla değil de basit yazılı şekilde ortaya konulması hâlinde tarafların imzasının gerekli olup olmadığı yahut imza edilmemiş bir belgede yer alan tahkim anlaşmasının yazılı şekil kuralına uygunluk arz edip etmediği sorusu gündeme gelmektedir. Böyle durumlarda öncelikle tahkim anlaşmasının teati edilen bir belgede yer alıp almadığına bakılması gerektiği ve teati edilmesi söz konusu olmayan belgelerde yer alan tahkim anlaşmaları bakımından imza zorunluluğunun geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Bu bağlamda sözleşmenin müzakere edilmesi ve akdedilmesi esnasında tarafların teati ettikleri belgelerle sözleşmeye ilâveler veya sözleşmede değişiklikler yapmaları durumunda imza gerektiren ve gerektirmeyen belgeler arasında ayırım yapmanın kolay olmadığı belirtilmekte ve yazılı şekil kuralından ne anlaşılması gerektiğinin yorumunda, tatbikattaki mutad uygulamaların kriter olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>123</sup>

İsviçre DÖH Kanunu m.178(1) hükmünden, maddede bahsedilen iletişim araçlarında yer alan tahkim anlaşmalarının geçerli olması için, bahse konu iletişim araçlarının teatisine gerek bulunmadığı anlamının çıkarılması ilk bakışta olası görülmekle beraber, böyle bir çıkarımın hatalı olacağı da açıkça ifade edilmektedir.<sup>124</sup>

<sup>122</sup> WENGER (dn.3) s.333, 335–336.

<sup>123</sup> WENGER (dn.3) s.334–335.

<sup>124</sup> HABEGGER Philipp, "Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories and Requirements of Form", *ASA Bull*, Vol:22, No:2, 2004, s.405–406.

## 20. İtalya

İtalyan hukukunda millî ve milletlerarası tahkimlerin yasal rejimi, 2.3.2006 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle yeniden düzenlenen Medenî Usûl Kanunu m.806 vd. maddelerinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre yazılı şekilde yapılmayan tahkim anlaşmaları geçersizdir. Telgraf, teletype, faks veya elektronik araçlarla teati edilen belgelerde yer alan tahkim anlaşmaları şeklen geçerlidir.<sup>125</sup>

## 21. Japonya

Japonya'da 2003 tarihli ve 138 sayılı Tahkim Kanunu hem millî ve milletlerarası tahkimleri hem de yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Millî ve milletlerarası tahkime ilişkin hükümler UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak hazırlanmakla birlikte, farklılıklar da yok değildir. Tahkim Kanunu m.13/2 uyarınca tahkim anlaşmaları yazılı olarak yapılmalıdır. Taraflarca imzalanmış bir belgede yer alan yahut taraflar arasında mektup, telgraf, faks veya benzer iletişim vasıtalarıyla teati edilen belgelerde yer alan tahkim anlaşmaları şeklen geçerlidir. Bir başka ifadeyle tahkim anlaşmalarının illâ ki taraflarca imzalanmış bir belgede yer alması zorunlu olmayıp, tahkim anlaşmasının kaydedildiğine ilişkin olarak yeterli derecede delil teşkil edecek yazılı belgelerin varlığı aranmaktadır. Ayrıca tahkim anlaşmasının elektronik posta vasıtasıyla akdedilebileceği de açıkça öngörülmüştür (m.13/4).<sup>126</sup>

## 22. Kore

Kore hukukunda milletlerarası tahkime ilişkin yasal düzenlemeyi teşkil eden Kore Tahkim Kanunu, UNCITRAL Model Kanunu'nu önemli oranda baz alarak hazırlanmıştır. Kanun uyarınca tahkim anlaşmaları yazılı olarak yapılmalıdır. Bu bağlamda, taraflarca imza-

<sup>125</sup> ANGLANI Angelo / LIGUORI Fabio, "Italy's New Arbitration Laws", *European Arbitration Review* 2007, s.49-50; ANGLANI Angelo, "Italy", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.115-117.

<sup>126</sup> KUSAKABE Shinji / OKOCHI Ryo / KOKE Lena, "Japan", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.123-124.

lanmış bir belgede yer alan yahut muhtelif iletişim araçlarıyla yazılı olarak teati edilen belgelerde yer alan veya yargılama esnasındaki dilekçe teatisinde taraflardan birinin tahkim anlaşmasının varlığını iddia etmesine diğer tarafın itiraz etmemesiyle vücut bulan tahkim anlaşmaları şeklen geçerlidir.<sup>127</sup>

### 23. Meksika

Meksika Federal Ticaret Kanunu'nun 5. Kitabının 4. Kısmı millî tahkimi ve tahkim yerinin Meksika olduğu milletlerarası tahkimi düzenlemektedir. Federal Ticaret Kanunu'nun tahkime ilişkin bu hükümlerinin 1993 senesinde UNCITRAL Model Kanunu'nun esas alınması suretiyle tanzim edildiği ifade edilmektedir. Federal Ticaret Kanunu hükümlerine göre tahkim anlaşmaları yazılı olarak yapılmak zorundadır. Taraflarca imzalanmış bir belgede yer alan veya tahkim anlaşmasının kayıt altına alınmasını temin eden mektup, teleks, telgraf, faks gibi iletişim vasıtalarıyla gerçekleştirilen teati suretiyle kurulan yahut yargılama esnasında teati edilen dilekçelerde taraflardan birinin varlığını iddia ettiği tahkim anlaşmasına diğer tarafça itirazda bulunulmaması sayesinde vücut bulan tahkim anlaşmaları şeklen geçerlidir.<sup>128</sup>

### 24. Nijerya

Nijerya'da yürürlükte bulunan Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu uyarınca tahkim anlaşmaları yazılı şekilde yapılmalıdır. Taraflarca imzalanmış bir belgede yer alan veya tahkim anlaşmasının kayıt altına alınmasını sağlayan mektup, telgraf, faks gibi iletişim vasıtalarıyla gerçekleştirilen teati suretiyle kurulan yahut yargılama esnasında teati edilen dilekçelerde taraflardan birinin varlığını iddia ettiği tahkim anlaşmasına diğer tarafça itirazda bulunulmaması sayesinde vücut bulan tahkim anlaşmaları şeklen geçerlidir.<sup>129</sup>

<sup>127</sup> YOON/PARK (dn.57) s.129-130.

<sup>128</sup> CALVILLO Enrique Gonzáles / VARGAS Gonzalo / RUANO Sofía Gómez, "Mexico", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.136-137.

<sup>129</sup> UWA Etigwe / OGUNSHOTE Oladele / ADEREMI Adeyinka / UNAEGBUNAM China-sa, "Nigeria", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.157-158.

## 25. Norveç

Norveç hukukunda 2004 senesinde yürürlüğe giren Norveç Tahkim Kanunu'ndan önceki düzenlemede, tahkim anlaşmalarının yazılı olması gerektiği öngörülmüştü (Medenî Usûl Kanunu m.452). 'Yazılı anlaşma' tabiriyle kast edilenin ise, tarafların tahkime gitme iradelerinin, taraflarca imzalanmış bir belgede yahut taraflar arasında teati edilmiş mektup veya telgraflarda vücut bulması olduğu ve bununla birlikte, tarafların tahkim yargılamasında ilerleme kaydetmiş olmalarının, tahkim anlaşmasının yazılı şekil kuralına uygunluk arz etmediğini ileri sürmelerine engel teşkil edeceği ifade edilmekte idi.<sup>130</sup> 2004 senesinde yürürlüğe giren Norveç Tahkim Kanunu ise, tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu itibarla tahkim anlaşmalarının yazılı veya sözlü olarak kurulabileceği belirtilmekle birlikte, ispat mükellefiyeti bakımından tahkim anlaşmalarının yazılı olarak yapılması önerilmektedir.<sup>131</sup>

## 26. Polonya

Ekim 2005 tarihinde Polonya Parlamentosu, UNCITRAL Model Kanunu'nu esas alan yeni tahkim düzenlemesini, Medenî Usûl Kanunu'nda değişiklik yapmak suretiyle kabul etmiştir. Tahkim anlaşmalarına ilişkin düzenleme, Medenî Usûl Kanunu'nun II. Kısımında yer almakta ve UNCITRAL Model Kanunu'nda yer alan hükmü yansıtmaktadır.<sup>132</sup> Bu itibarla tahkim anlaşmalarının yazılı olma zorunluluğu bulunmaktadır. Tahkim anlaşmasının, mektup veya tahkim anlaşmasının kaydedilmesine olanak tanıyan diğer bir iletişim aracıyla teati edilen bir belgede yer alması hâlinde bu zorunluluk yerine getirilmiş olur.<sup>133</sup>

<sup>130</sup> ECKHOFF E. F., "National Reports: Norway", YBCA, Vol:5, 1980, s.98.

<sup>131</sup> GRANVANG Terje, "Norway", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.164-165.

<sup>132</sup> FURTEK Marek / BIELARCZYK Piotr, "Arbitration in Poland", *European Arbitration Review 2007*, s.53-54.

<sup>133</sup> HARTUNG Monika / PETRUCZENKO Katarzyna, "Poland", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.172.

## 27. Portekiz

Portekiz'de tahkimin hukukî rejimi, 29.8.1986 tarihli ve 31/86 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, yazılı şekilde yapılmayan tahkim anlaşmaları geçersizdir. Bu bağlamda taraflarca imzalanmış veya teleks, telgraf ve benzer iletişim araçlarıyla teati edilmiş belgelerde yer alan tahkim anlaşmaları şeklen geçerlidir. Bu itibarla Portekiz hukukunda tahkim anlaşmalarının şeklinin, UNCITRAL Model Kanunu'yla paralel biçimde düzenlenmiş olduğu ifade edilmektedir.<sup>134</sup>

## 28. Rusya

Rus hukukunda milletlerarası tahkime ilişkin yasal düzenleme, UNCITRAL Model Kanunu baz alınarak düzenlenmiş olan 1993 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkim Kanunu'dur. Bahse konu Kanun uyarınca tahkim anlaşmaları yazılı şekilde yapılmak zorundadır. Faks, teleks, telgraf gibi, tahkim anlaşmasının kaydedilmesine olanak sağlayan iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen teati vasıtasıyla kurulan tahkim anlaşmaları şeklen geçerlidir. Tarafların iddia ve savunmalarını içeren ve taraflardan birinin geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını iddia etmiş olması karşısında diğer tarafın itirazda bulunmadığı dilekçelerin teatisine binaen de geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş olur. Bunların yanında, tahkim anlaşmasının taraflarının, Rus hukukunda tahkim anlaşmaları bakımından öngörülen şekli zorunlulukları bertaraf etmeleri mümkün değildir.<sup>135</sup>

## 29. Singapur

Singapur'da uluslararası ticarî tahkimin hukukî rejimini, UNCITRAL Model Kanunu'nu açıkça ithâl eden Uluslararası Tahkim Kanunu tayınetmektedir. Uluslararası Tahkim Kanunu'na göre tahkim anlaşmaları yazılı şekilde yapılmalıdır. Bunun yanında, hakemdeki veya mahkemedeki yargılamada taraflardan birinin geçerli bir tahkim anlaşma-

<sup>134</sup> PINA Miguel Esperança, "Portugal", *Arbitration in 24 Jurisdictions Worldwide*, 2006, s.131.

<sup>135</sup> KUROCHKIN Dmitry / BARTH Marcel, "Russia", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.177-178.

sı bulunduğuna yönelik iddiasına diğer tarafça itirazda bulunulmaması hâlinde de şeklen geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş sayılır.<sup>136</sup>

### 30. Ukrayna

Ukrayna'da uluslararası ticarî tahkimin hukukî rejimini, 24 Şubat 1994 tarihli Uluslararası Ticarî Tahkim Kanunu tayin etmektedir. Bahse konu Kanun, birkaç ufak değişiklik dışında UNCITRAL Model Kanunu'nu esas almakta ve tahkim anlaşmalarının yazılı olması gerektiğini, tahkim anlaşmasının esas sözleşmede yahut mektup, faks veya telgraf vasıtasıyla teati edilen belgelerde yer alabileceğini öngörmektedir.<sup>137</sup>

### 31. Venezuela

Venezuela'da uluslararası tahkimin yasal dayanağını, 1998 tarihli Ticarî Tahkim Kanunu teşkil etmektedir. Ticarî Tahkim Kanunu, UNCITRAL Model Kanunu hükümlerini büyük ölçüde yansıtmaktadır. 1998 tarihli Ticarî Tahkim Kanunu'na göre tahkim anlaşmaları yazılı delille ispat edilmek zorundadır.<sup>138</sup>

### 32. Yeni Zelanda

UNCITRAL Model Kanunu'nu benimsemiş ülkelerden olan Yeni Zelanda'da yürürlükte bulunan 1996 tarihli Tahkim Kanunu'nda yer alan ve en liberal şekil düzenlemesi olarak kabul edilen düzenleme, tüketici sözleşmelerine ilişkin olmayan tüm tahkim anlaşmalarının sözlü olarak akdedilebileceğini açıkça öngörmektedir ve bunun dışında sözlü anlaşmanın bürünebileceği yahut ispat edileceği şekle ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir.<sup>139</sup>

<sup>136</sup> TAN Joy, "Singapore", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.185-186.

<sup>137</sup> SLIPACHUK Tatyana, "Ukraine", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.223-224.

<sup>138</sup> PELÁEZ-PIER Fernando / SÁNCHEZ-HOET Yulena, "Venezuela", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.243, 245.

<sup>139</sup> LANDAU (dn.2) s.57-58; BARKER Sir Ian, "New Zealand", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, 2007, s.149, 151.

### 33. Türkiye

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, New York ve Cenevre Konvansiyonlarındaki ve UNCITRAL Model Kanunundaki düzenlemeye paralel bir görünüm arz eden 4. maddesi uyarınca tahkim anlaşmaları yazılı olarak yapılmalıdır. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca tahkim anlaşmasının şeklen geçerli sayılabilmesi için tarafların imzalarını taşıması zorunlu değildir.<sup>140</sup>

MTK'ya tâbi bir tahkimde, hakem kararının iptali aşamasında tahkim anlaşmasının şekil bakımından geçerli olup olmadığı tartışma konusu olduğunda, mesele hakkında MTK m.15(A)(1)(a) uyarınca taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilmiş bulunan hukukun, böyle bir seçimin yokluğu hâlinde ise Türk hukukunun uygulanması gerektiği öne sürülmüştür<sup>141</sup>. Kanaatimizce, MTK m.4 hükmünde tahkim anlaşmaları bakımından bir yazılı şekil tarifinin öngörülmüş olması, mesele hakkında bir kanunlar ihtilâfı probleminin ortaya çıkmasına ve dolayısıyla bir önceki cümlede yapılan yorumun haklı görülmesine engel teşkil eder. Burada da, aynen New York Konvansiyonu'nda öngörülen düzenleme biçimi söz konusudur. Zira New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünde olduğu üzere, MTK'nın başlangıç hükümlerinde tahkim anlaşmasının şekil bakımından geçerlilik şartları doğrudan düzenlenmiştir. MTK m.15(A)(1)(a) hükmünde yer alan ve taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilmiş bulunan hukuka, böyle bir seçimin yokluğu hâlinde ise Türk hukukuna tâbi bulunan husus ise, *tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğidir*.<sup>142</sup>

Ticarî senetlere konulan tahkim şartının, senette imzası bulunan kişileri bağladığı, zira bu kişilerin senette yazılı tahkim şartını gördük-

<sup>140</sup> ŞANLI (dn.35) s.244.

<sup>141</sup> KALPSÜZ Turgut, "Tahkim Anlaşması", *Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal TEKİNALP'E Armağan*, C.II, İstanbul 2003, s.1041.

<sup>142</sup> ŞANLI (dn.35) s.245.

leri ve buna rıza göstererek senedi teslim etmek, kabul etmek, ciro etmek, aval vermek vs. suretiyle o senette mündemiç hakkı, yine senette yazılı bütün takyidatı ile birlikte iktisap ettikleri ifade edilmektedir. Bu yüzden poliçe, çek, bono, konşimento, hisse senedi, tahvil gibi kıymetli evraka konulmuş bulunan tahkim şartı, senedin kendisine karşı tahkim yoluna başvurulmak istenen tarafça tanzim, kabul veya ciro edilmiş olması kaydıyla geçerlidir. Teyit mektubu, şifahen veya telefon yahut telgrafla yapılan sözleşmelerin veya beyanların içeriğini teyit amacıyla tarafların birbirine gönderdikleri yazıları ifade eder (TTK m.29). Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması zorunlu olduğu için, şifahen veya telefonla tahkim anlaşması yapılması caiz değildir. Bu şekilde yapılmış bir tahkim şartının teyit mektubuna konulması ve mektuba sekiz gün içinde itiraz edilmemiş olması hâlinde tahkim şartının geçerli kabul edilmesi mümkün görülmemektedir. Telgrafla yapılan bir sözleşmenin teyit mektubuna konu yapılması hâlinde ise telgrafın aslının imzalanmış olması kaydıyla tahkim anlaşmasının geçerli olacağı ileri sürülmektedir. Daha önce yapılmış bir sözleşmenin icrasına ilişkin olarak düzenlenen bir faturaya konulan tahkim şartının; bu belgenin karşı tarafça imzalanması zorunlu olmadığı gibi, tahkim şartı faturanın münderecatına dâhil olmadığından, faturayı alan kişinin, faturayı aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde fatura münderecatı hakkında itirazda bulunmaması üzerine münderecatı kabul etmiş sayılacağı esasına binaen geçerli sayılması mümkün değildir.<sup>143</sup> Bizce de faturaya konulan veya şifahen yahut telefonla kabul edilip de teyit mektubuna konulan tahkim şartının, faturaya veya teyit mektubuna itirazda bulunulmamasına binaen şekil bakımından geçerli sayılması mümkün değildir. Zira ortada MTK m.4 anlamında teati edilmiş veya taraflarca imzalanmış bir belgede yer alan bir tahkim şartı bulunmamaktadır. Buna karşılık telgraf teatisiyle kurulan tahkim anlaşmaları, teyit mektubuna konulmasalar dahi, MTK m.4 hükmü uyarınca şeklen geçerlidir.

Çarter sözleşmesine konulan tahkim şartı, sadece çarter sözleşmesinin taraflarını bağlar. Gönderilenin, kuruluşunda iradesinin ve imzasının yer almadığı çarter sözleşmesinde yer alan tahkim şartıyla bağlı olma-

<sup>143</sup> KALPSÜZ (dn.141) s.1034-1035; KALPSÜZ Turgut, "İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları", **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, BATİDER, Ankara, 1996, s.349.

dığı kabul edilir. Gönderilenin elinde sadece konşimento vardır. Konşimento ile gider ve taşınan emtiayı alır. Konşimento bakımından ise, konşimentoda yer alması gereken kayıtları düzenleyen TTK m.1098 hükmü uyarınca konşimentoyu düzenleyen taşıyan, kaptan veya donatanın bu hususta yetkili kıldığı herhangi bir kimsenin yahut gönderilenin imzasının konşimentoda bulunmasını gerektiren bir hüküm mevcut değildir. Kanun uyarınca sadece yükleten, taşıyana talebi üzerine konşimentonun kendisi tarafından imzalanmış bir kopyasını vermeye mecburdur [TTK m.1097(3)]. Bu takdirde navlun sözleşmesinin ilgililerinden biri olan yükletenin, imzasını içeren konşimentoda yer alan tahkim şartıyla bağlı olacağı kabul edilmektedir.<sup>144</sup>

### F. Temsilci Marifetiyle Akdedilen Tahkim Anlaşmalarının Şekli

New York Konvansiyonu, temsilci marifetiyle akdedilen tahkim anlaşmaları hakkında özel bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Bu açıdan, temsilci marifetiyle akdedilen tahkim anlaşmalarının m.II(2) bağlamındaki durumu özel önem arz etmektedir zira mesele hakkında yerel hukuklar arasında çok ciddi farklılıklar bulunmaktadır.

Temsilci marifetiyle geçerli bir tahkim anlaşması akdedilebilmesi için, temsilciye özel olarak tahkim anlaşması akdetme yetkisi verilmesinin gerekli olduğu (Medenî Kanun §1008) Avusturya'da, §1008 hükmü temsil yetkisinin yazılı olarak verilmesini öngörmese de, yargısal ve doktriner içtihatlarda, tahkim anlaşması bakımından öngörülen yazılı şekil zorunluluğu tarafları koruma amacı güttüğü için, tahkim anlaşması akdetmeye yönelik temsil yetkisinin de yazılı olarak verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.<sup>145</sup> Bununla birlikte ticarî temsil yetkisinin verildiği veya Avusturya Ticaret Kanunu hükümlerinden kaynaklanan kanunî bir temsil yetkisinin söz konusu olduğu halde ayrıca bir tahkim anlaşması akdetme yetkisi verilmesine gerek bulunmadığı da belirtilmektedir.<sup>146</sup>

<sup>144</sup> KALPSÜZ (dn.141) s.1035–1036.

<sup>145</sup> REINER (dn.6) s.83; HERBST/WALBERT (dn.85) s.23.

<sup>146</sup> HERBST/WALBERT (dn.85) s.23.

Genel temsil yetkisinin, temsilci marifetiyle geçerli bir tahkim anlaşması akdedilebilmesi için yeterli görülmediği hukuklardan biri olan İsviçre hukukunda da, özel yetki verilmesi gerektiğini düzenleyen Borçlar Kanunu m.396(3) hükmü bu yetkinin yazılı olması gerektiğini öngörmese de, doktrinde, ispat gayeli de olsa bu yetkinin yazılı şekilde verilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>147</sup> Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, tahkim şartı da ihtiva eden bir çarterparti hükümlerini atıf yoluyla ithal eden konşimentoların kaptan ve acenta tarafından imzalandığı *Tradax* davasında<sup>148</sup>, temsil olunanın temsilciye verdiği temsil yetkisinin, New York Konvansiyonu m.II(2) hükmüne uygun olması gerekmediği sonucuna varmıştır.<sup>149</sup>

Alman hukukunda tahkim anlaşmasının temsilci marifetiyle akdedilmesi hâlinde tahkim anlaşması akdetme yetkisinin yazılı olarak verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Hamburg mahkemesi 1977 senesinde verdiği bir kararda<sup>150</sup>, temsil yetkisinin sözlü olarak verilebileceğinin kabulü hâlinde, tahkim anlaşması için öngörülen şekil zorunluluğuna zarar verileceğine hükmetmiştir.<sup>151</sup> Buna karşılık doktrinde, tahkim anlaşmasının temsilci marifetiyle akdedilmesi hâlinde, söz konusu temsil yetkisinin, tahkim anlaşmasının tâbi olduğu yazılı şekil kuralına uygun olma zorunluluğu bulunmadığı da savunulmaktadır.<sup>152</sup>

Yunanistan'da, UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak hazırlanan 2375/1999 sayılı Kanun uyarınca tahkim anlaşmaları yazılı şekilde yapılmalıdır ve bu zorunluluk temsilci marifetiyle akdedilen tahkim anlaşmalarına ilişkin temsil yetkisi bakımından da söz konusudur.<sup>153</sup>

Türk hukukunda da temsilci vasıtasıyla akdedilen tahkim anlaşmalarının geçerli olabilmesi için, temsil olunan tarafından temsilciye tahkim anlaşması akdetmesi konusunda özel bir temsil yetkisi verilmesi

<sup>147</sup> REINER (dn.6) s.83.

<sup>148</sup> YBCA, Vol:11, 1986, s.535.

<sup>149</sup> ALVAREZ (dn.11) s.79-80.

<sup>150</sup> RIW/AWD (1978) s.126.

<sup>151</sup> REINER (dn.6) s.83.

<sup>152</sup> REITHMANN Christopher / HAUSMANN Rainer, **Internationales Vertragsrecht – Das internationale Privatrecht der Schuldverträge**, 5.Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 1996, s.1767.

<sup>153</sup> THOMA Ionna / LAMIS Sophie / KARAGIANNIS Kostas, "Arbitration in Greece", **European Arbitration Review 2007**, s.46.

gerekmektedir (Borçlar Kanunu m.388/III). Bu tür bir yetkinin verilmediği, meselâ genel bir temsil yetkisinin söz konusu olduğu hallerde, temsil olunanın tahkime gitme iradesine sahip bulunmadığının kabul edilmesi gerektiğini ve bu itibarla meselenin, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine ilişkin olduğunu daha evvel ifade etmiştik.<sup>154</sup> Dolayısıyla temsilci marifetiyle akdedilen tahkim anlaşmalarının şekli, diğer tahkim anlaşmalarının şeklinden farklı bir özellik arz etmez. Temsil yetkisinin şekli olarak doğrudan New York Konvansiyonu m.II hükmüne uygun olması gerektiğini kabul etmek de mümkün değildir. Temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapma yetkisine sahip olup olmadığının tartışma konusu yapılması hâlinde temsilciye temsil olunan namına tahkim anlaşması yapabilme gücünü veren bir temsil yetkisinin mevcudiyetinin ispatlanabilmesi için, tahkim anlaşması akdetme yetkisinin yazılı olarak verilmesi gerekecektir fakat bu gereklilik, tahkim anlaşmasının New York Konvansiyonu m.II hükmüne uygun olması gerektiği anlamına gelmemektedir.

### G. Değerlendirme ve Sonuç

Çalışmada yer verdiğimiz 33 ülke hukukunun 26 tanesinde UNCITRAL Model Kanunu'nda tahkim anlaşmaları bakımından öngörülen yazılı şekil kuralının ya aynısının yahut da paralel bir düzenlemenin yer aldığı görülmüştür. Bunun dışında Fransa'da, Hollanda'da, Norveç'de ve Venezuela'da tahkim anlaşmaları bakımından ispat şekli olarak yazılı şekil öngörülmüştür ve ispat şekli olarak yazılı şeklin aranması, uygulamada tahkim şartlarının yazılı olarak yapılma zorunluluğunu doğurmaktadır. Benzer şekilde Danimarka'da, İsveç'de ve Yeni Zelanda'da tahkim anlaşmaları bakımından herhangi bir şeklin aranmamış olmasının pratik olarak fazla değeri bulunmamaktadır. Zira tahkim hukukunda en çok öne sürülen itirazlar tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine ilişkindir ve tahkim anlaşması-

<sup>154</sup> ESEN Emre, "Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Akdedildiği İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı", Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Yıl 23, Sayı 1-2, 2003, s. 401. Aynı yönde CHUKWUMERIJE Okezie, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, 1994, s.50.

nın yazılı şekilde ispat edilecek tarzda yapılmamış olması hâlinde bu tür itirazları bertaraf etme olasılığı yok denecek kadar azdır. Uluslararası Ticarî Tahkime İlişkin 1961 tarihli Avrupa–Cenevre Konvansiyonu'nun tahkim anlaşmalarının şekli konusunda getirdiği düzenleme de, teleskriptör aracını öngörmesi ve kanunları yazılı şekil aramayan ülkeler arasındaki ticarî ilişkilere dair tahkim anlaşmalarının, bu ülkelerin kanunlarına uygun olarak yapılmış olmaları hâlinde geçerli olacaklarını benimsemesi dışında New York Konvansiyonu'yla özdeş mahiyet arz etmektedir. Bütün bu hususları nazara alarak, tahkim anlaşmaları bakımından söz konusu olan yazılı şekil zorunluluğu konusunda ulusal ve uluslararası düzenlemelerin hem birbirleriyle hem de uluslararası ticaret tatbikatıyla uyumsuzluk arz ettiği görüşüne<sup>155</sup> katılmamaktayız.

İsviçre DÖH Kanunu m.178(1)'de yer alan yazılı şekil kuralının, tahkim anlaşmasının tarafları yahut tahkim anlaşmasının ilişkin olduğu hukukî ilişki bakımından farklılık arz edecek şekilde tanzim edilmiş olması itibariyle, meselâ resmî yazılı şekilde yapılması gereken bir sözleşmeye ilişkin tahkim anlaşmasının da resmî yazılı şekilde yapılma zorunluluğu bulunmadığı doğrultusundaki görüşün; New York Konvansiyonu'nda, Cenevre Konvansiyonu'nda ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda tahkim anlaşmasının şeklinin açıkça tarif edilmiş olması karşısında Türk hukuku bakımından da aynen geçerli olduğu kanaatindeyiz.

Tahkim anlaşmalarının şekli bakımından uluslararası ticarî tahkim tatbikatına yeknesaklık getirmesi umuduyla tanzim edilen ve fakat getirdiği çözümlerden daha çok soruna yol açtığı gerekçesiyle hayâl kırıklığına yol açtığı ifade edilen<sup>156</sup> New York Konvansiyonu m.II(2) hükmü, tahkim anlaşması için *zorlama* gereklilikler öngördüğü ve uluslararası ticaretin ihtiyaçlarıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle şiddetle eleştirilmekte ve mutlak surette revize edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bahse konu revizenin ise ya tahkim anlaşmasının bürünebileceği her türlü şekli olasılığı öngören bir hüküm getirilmesi yahut da Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1968 tarihli Brük-

<sup>155</sup> LANDAU (dn.2) s.20.

<sup>156</sup> SAMUEL (dn.1) s.81.

sel Konvansiyonu (yeni Brüksel Tüzüğü) m.17 hükmüne paralel bir düzenleme getirilmesi suretiyle yapılması önerilmektedir. Bahse konu 17. madde, yetki anlaşmalarının yazılı olarak yapılabileceğini yahut yazılı olarak ispat edilebileceğini yahut da uluslararası ticaretin, aktörlerinin farkında olmak durumunda buldukları tatbikatıyla uyum arz eden bir şekilde yapılabileceğini öngörmektedir. Bununla birlikte, birinci önerinin, düzenlemede öngörülmeleyen meseleler bakımından çok dar yorumlanma tehlikesiyle karşılaşabileceği; ikinci önerinin ise, mevcut m.II(2) hükmüne nazaran daha çok çeşitlilik arz eden yorumlarla karşılaşılmasına yol açabileceği de ifade edilmektedir.<sup>157</sup>

New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünde değişiklik yapılması konusunda farklı istikamette görüşler de mevcuttur. Bizim de katıldığımız görüşe göre, dünyanın her bölgesinden 140 civarında devletin taraf olduğu New York Konvansiyonu epey eski bir düzenlemedir ve hem ticarî konvansiyonlar arasında en başarılı olandır hem de uluslararası ticarî tahkim sisteminin kurulmasında ve yerleşmesinde önemli bir rol oynamış *yaşayan* bir düzenlemedir. Ayrıca tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin hüküm de yıllar boyunca yapılan yorumlar neticesinde yumuşatılmış ve ticarî hayata uygun hâle getirilmiştir. Bu nedenle, yapılacak bir değişiklik, bütün bu yorumların yok olmasına yol açacaktır. Öte yandan, New York Konvansiyonu hükümlerinden kaynaklanan anlayış ve uygulama farklılıklarının sadece tahkim anlaşmasının şekline ilişkin kuraldan kaynaklanmadığı, kamu düzeni veya tahkime elverişlilik bakımından da söz konusu olduğu ve bunun olağan karşılanması gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, yapılacak değişiklik bütün âkit devletler tarafından aynı zaman zarfında imzalanmadığı takdirde, farklı âkit devletler arasında farklı statülerin yürürlükte olacağı ve bu durumun karmaşaya yol açacağı da belirtilmektedir.<sup>158</sup>

Konşimentolarda yer alan tahkim şartları bakımından da New York Konvansiyonu m.II(2) hükmüne uyma zorunluluğu söz konusudur ve konşimentoda yalnızca taşıyanın imzasının bulunması hâlinde Konvansiyonun II(2). madde hükmü anlamında geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş olmaz. Zira konşimento, ne hukukî açıdan hak ve/ve-

<sup>157</sup> VAN DEN BERG (dn.47) s.229, 231.

<sup>158</sup> LANDAU (dn.2) s.64-66.

ya yükümlülük doğurduğu tüm kişilerin imzasını taşıyan bir enstrümandır ne de taraflar arasında teati edilmesi söz konusudur.

New York Konvansiyonu m.II(2) hükmünde yer verilmeyen iletişim araçlarının akıbeti konusunda, hükümde sayılan iletişim araçlarının tahdidî olmadığı ve hükümde telgraflara yapılan atfın, teleks, faks gibi modern iletişim araçlarına da uygulanacak biçimde geniş yorumlanması gerektiğini savunan yazarlara ve mahkeme kararlarına katılmaktayız. Bu konuda, şekil kuralının Konvansiyon'un hazırlandığı dönemin şartları çerçevesinde değerlendirilmesi ve elektronik ortamda gerçekleştirilen tahkim anlaşmalarını geçersiz kılmayacağını kabulü yerinde olacaktır. Bu bağlamda UNCITRAL Model Kanunu'nun, tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin düzenlemesinin, anlaşmayı kaydetmeye yarayacak her türlü iletişim vasıtasını kapsamına almak suretiyle, iletişim araçlarında vuku bulabilecek teknolojik gelişmelerin dikkate alınmasını temin edecek biçimde ifade edilmiş olması ise oldukça isabetli bir öngörüdür.

Elektronik posta vasıtasıyla akdeden tahkim anlaşmalarının geçerli olması için, elektronik imza ihtiva etme zorunluluğu bulunmadığı kanısındayız. Zira elektronik imza, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda da öngörüldüğü üzere, kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri anlamını taşır (m.3) ve elle atılan ıslak imza ile aynı hukukî sonucu doğurur (m.4). Bu itibarla elektronik imza, tahkim anlaşmaları bakımından sadece bir ispat vasıtası teşkil etmektedir. Elektronik imza ihtiva etmeyen elektronik posta mesajları vasıtasıyla kurulan tahkim anlaşmaları da geçerlidir ve fakat elektronik posta mesajının kimden sâdır olduğu konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar ispat hukuku çerçevesinde halledilecektir.

Tahkim anlaşmaları bakımından öngörülen yazılı şekil zorunluluğunun altında yatan en temel etken tahkim yargılamasının ve hakem kararının hukukî dayanağını ve hakemlerin yargılama yetkilerinin kaynağını *tahkim anlaşmasının* teşkil etmesidir. Zira devlet mahkemelerine müracaat hakkı hemen bütün medenî toplumlarda en temel haklardan biri olarak görüldüğü ve başta Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu m.6 hükmü olmak üzere, insan haklarına ilişkin temel uluslararası düzenlemelerde yer aldığı için, tarafların tahkim anlaşması yapmak suretiyle devlet mahkemelerine müracaat imkânını ortadan kaldırması çok önemli bir eşik olarak görülmekte ve bu imkânı

ortadan kaldıran anlaşmalarda, tarafların gerçek iradelerinin tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya konulması zarurî nitelik arz etmektedir. Bu itibarla, bu görüşü, resmî mahkemelerin hâlâ doğal hâkim olarak kabul edildiği yerel tahkimler bakımından geçerli kabul eden ve fakat uluslararası ticarete esas olan uluslararası tahkim bakımından geçerliliğini yitirdiğini; uluslararası ticaretin aktörlerinin tahkime karşı değil resmî mahkemelere karşı korunması gerektiğini savunan görüşe katılmamaktayız. Zira uluslararası ticaretin tatbi-katçılarının sırf bu niteliklerinden ötürü hukukî güvenceden yoksun bırakılmalarını kabul etmek mümkün değildir.

Tahkimin, uluslararası ticarî uyuşmazlıkların meşru çözüm yolu olarak kabul görmesi ve bu kabulün endüstrileşmiş ülkelerin neredeyse tamamında yerleşmiş olması; uyuşmazlıkların esas çözüm yerinin mahkemeler olması ve tahkimin istisnaî bir yargı yolu karakteri taşıması itibariyle, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın hallini mahkemeler yerine hakemlere bıraktıklarının tereddüde mahâl vermeyecek bir şekilde anlaşılması ve kendisine taraf olan kişileri, anayasal bir prensip olan tabiî hâkim güvencesinden mahrum kılan tahkim anlaşmalarının dar yorumlanması gerektiği yönündeki prensibi ortadan kaldırmaz. Bu itibarla Alman hukukunda, tahkim şartı ihtiva eden bir belgenin diğer tarafa veya üçüncü bir şahısça taraflara gönderilmesi ve bu belgeye makul bir süre zarfında itiraz edilmemesi durumunda bu metnin içeriğini ticarî geleneklere göre sözleşmenin bir parçası kabul edileceğini ve dolayısıyla geçerli bir tahkim anlaşmasının vücuda geleceğini öngören ZPO §1031(2) hükmü, yukarıda yer verdiğimiz esaslarla bağdaşmamaktadır.

Tahkim şartı, sonuçlarını usûl hukukunda doğuran bir sözleşme iken esas sözleşme bir maddî hukuk sözleşmesi olduğu ve tahkim anlaşması ile esas sözleşme hukuken birbirinden bağımsız bulunduğu için, tahkim anlaşmasının geçerliliği esas sözleşmenin ifasından etkilenmez ve tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmenin ifa hareketleri nedeniyle geçerli olarak kurulmuş sayılması karşısında tahkim şartının da aynı ifa hareketlerine istinaden geçerli olarak kurulduğunun kabulü mümkün değildir. Benzer şekilde tarafların uzun zamandır ticarî ilişki içinde bulunmaları yahut o sektörde tahkimin mutaden kullanılıyor olması, yazılı şekil zorunluluğunun yerine getirilmesini temin etmez.

Temsilci marifetiyle akdedilen tahkim anlaşmaları da diğer tahkim anlaşmalarıyla aynı şekil kurallarına tâbi bulunmaktadır. Bununla birlikte, temsil olunanın temsilciye verdiği tahkim anlaşması akdetme yetkisinin, New York Konvansiyonu m.II(2) hükmüne uygun olması gerektiğine katılmıyoruz. Temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapma yetkisine sahip olup olmadığının tartışma konusu yapılması hâlinde temsilciye temsil olunan namına tahkim anlaşması yapabilme gücünü veren bir temsil yetkisinin mevcudiyetinin ispatlanabilmesi için, tahkim anlaşması akdetme yetkisinin yazılı olarak verilmesi gerekecektir fakat bu gereklilik, tahkim anlaşmasının New York Konvansiyonu m.II hükmüne uygun olması gerektiği anlamına gelmemektedir.