

■ Dr. Öğr. Üyesi Ebru AKDUMAN ■

TAHKİM ANLAŞMASININ ASIL SÖZLEŞMEDEN AYRILABİLİRLİĞİ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE GEÇERLİLİĞİ

VALIDITY OF THE ARBITRATION AGREEMENT WITHIN
THE FRAMEWORK OF SEPARABILITY PRINCIPLE

ÖZET

Tarafların uyuşmazlığın devlet mahkemesi yerine özel yargılama ile çözümlü iradesini ortaya koyan tahkim anlaşmasına asıl sözleşmeden bağımsız oluşu nedeniyle (ayrılabilirlik ilkesi) otomatik olarak asıl sözleşmenin tabi olduğu hukuk uygulanmaz. Bu durumda, tahkim anlaşmasının şekline ve esasına uygulanacak hukuku belirleme zarureti ortaya çıkmaktadır. Tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere açık veya zımni bir hukuk seçmemele-ri halinde belirlenecek bağlama noktası çoğu kez tahkim yeri olmaktadır. Tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliği, genelde konvansiyonlar ve milli hukuklarca doğrudan düzenlenmiş olduğundan dolayı daha az ihtilaf konusudur.

Anahtar Kelimeler: Ayrılabilirlik ilkesi, bağımsızlık ilkesi, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği, tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliği.

ABSTRACT

The governing law of the main contract does not automatically apply to the arbitration agreement, which sets forth the will of the parties on the special dispute resolution alternative to the court adjudication, due to its independence from the main agreement (separability principle). In this case, the governing law and form of the arbitration agreement should be defined. If the parties, explicitly or impliedly, do not select the applicable law to the arbitration agreement, the arbitration seat is the connecting point mostly. There are less disputes on the formal validity of the arbitration agreement since it is directly regulated by the conventions and the local laws.

Keywords: Separability principle, autonomy principle, applicable law to the arbitration agreement, substantive validity of the arbitration agreement, formal validity of the arbitration agreement.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 13.03.2023 Kabul Tarihi: 11.04.2023

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6462-7887>

İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD, ebru.akduman@ieu.edu.tr

1. Giriş

Tahkim yolu, uyuşmazlıkların çözümünde tarafların mahkeme yerine hakem denilen özel kişileri yetkili kılmalarını ifade eder. Tahkimin temelini tahkim anlaşması oluşturmaktadır. Devlet mahkemesi yerine bir hakem mahkemesinin yargılama yapabilmesi ancak geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde mümkündür. Kanunen zorunlu görülen istisnalar dışında tarafların anlaşması yoksa tahkime gidilemez. Bu sebeple, tahkim anlaşması, tahkim yolunun olmazsa olmaz (*conditio sine qua non*) koşuludur¹.

Bir tahkim anlaşmasına dayalı olarak yürütülen ve Türkiye’de verilen hakem kararları, tahkim yabancılik unsuru taşıyorsa esasen 4686 sayılı ve 21.06.2001 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”)²’na tabidir ve kesinleştikten sonra tenfiz davası açılmasına gerek olmaksızın Türkiye’de icra edilebilecektir.

Yabancı hakem kararlarının ise Türkiye’de tanınması ve tenfizi gerekmektedir. Bunu düzenleyen iki mevzuat vardır: 5718 sayılı ve 27.11.2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (“MÖHUK”)³ ve 10.06.1958 tarihli “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonu (“NY Konvansiyonu”)⁴. MÖHUK’da tanıma ve tenfiz düzenlenirken birçok

¹ *Comparative International Commercial Arbitration*, Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis ve Stefan M. Kröll (Ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2003, s. 99, s. 129-130; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 759-760; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku (“DHH”)*, Yenilenmiş 23. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 562; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku (“MUH”)*, Yenilenmiş 2. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 235-236; Ergin Nomer, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. I, 5. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 1-2; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 31; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. bs., Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 145.

² RG 05.07.2001/24453.

³ RG 12.12.2007/26728.

⁴ Tam metin için bkz. *United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958*, NY, Erişim Tarihi: 22.02.2023, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20330/v330.pdf>; Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi’nin Onaylandığına Dair Kanun 21.05.1991/20877 sayılı RG’de yayınlanmıştır.

konvansiyona taraf ülkede olduğu gibi NY Konvansiyonu'ndan yararlanılmış, 1991 yılında Türkiye'nin taraf olmasıyla Konvansiyon mevzuatın parçası olmuştur⁵. Yine birçok ülkede olduğu gibi Uluslararası Ticari Tahkim Hakkındaki 21.06.1985 tarihli UNCITRAL Model Kanun ("UMK")⁶ dan faydalanılmıştır.

Tahkimle ilgili bir diğer önemli milletlerarası konvansiyon 21.04.1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu ("Avrupa Konvansiyonu")⁷ dur. NY Konvansiyonu, hakem kararlarının sonuçları ile ilgilidir. Avrupa Konvansiyonu ise, hakem kararlarının tenfizi konusu ile dolaylı olarak ilgili olup tahkimin tanıma ve tenfizden önceki aşamasını düzenlemektedir. Temel hedefi, Avrupa ülkeleri arasında ticaretin gelişmesine yardım etmek, bu ülkeler arasında milletlerarası tahkimin teşkilatlanmasına ve işlemesine engel olabilecek güçlükleri gidermektir⁸.

İşbu çalışmamızda milli hukuk ve ilgili konvansiyonlar çerçevesinde taraflarca geçerli bir tahkim anlaşmasının⁹ nasıl yapılacağı ve taraflar arasında akdedilmiş olan asıl sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konularını ele almış bulunmaktayız.

2. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı ("Ayrılabilirliği")

Tahkim prosedürünün temel taşı olan ve uyumsuzluğun devlet mahkemesi yerine özel yargılama ile çözümü iradesini ortaya koyan tahkim anlaşması ya ayrı bir sözleşme olarak ya da asıl sözleşmeye konan bir

⁵ Banu Şit, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005, s. 102.

⁶ Tam metin için bkz. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006*, Vienna, Erişim Tarihi: 22.02.2023, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

⁷ Tam metin için bkz. *European Convention on International Commercial Arbitration of April 21, 1961, Geneva*, Erişim Tarihi: 22.02.2023, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20484/v484.pdf>; Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi'nin Onaylandığına Dair Kanun 23.09.1991/21000 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

⁸ Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, s. 69-70.

⁹ Çalışmamızda hem tahkim şartını hem de tahkim sözleşmesini ifade etmek üzere "tahkim anlaşması" kavramını kullandık.

şart aracılığıyla gerçekleşmektedir¹⁰. Uygulamada tarafların çok sık olarak, sözleşme dışı uyuşmazlıklar ve tarafların sonradan tahkim yolunu kararlaştırdıkları durumlar bir tarafa bırakılacak olursa, ayrı bir tahkim sözleşmesi yerine tahkim şartı düzenledikleri görülmektedir¹¹.

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı olarak kendi varlığını devam ettirebileceği olarak tanımlayabileceğimiz ayrılabilirlik ilkesi, hukukumuzda “tahkim anlaşmasının istiklali, bağımsızlığı veya ayrılabilirliği”, kıta Avrupası sisteminde “autonomy” ve Anglo-Amerikan hukuk sisteminde “seperability veya severability” kavramlarıyla ifade edilmektedir¹².

Ayrılabilirlik ilkesi, hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi ilkesi (“competence-competence ilkesi”) ile yakından ilgilidir¹³. Competence-competence ilkesi, ayrılabilirlik prensibinin bir sonucu ve usuli bir araçtır, doğrudan devlet mahkemelerinin yetkilerinin ellerinden alınmasına yol açmaktadır¹⁴. Competence-competence ilkesi hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verebileceğine ilişkinen, ayrılabilirlik ilkesi esas hakkında karar verebileceği hakkındadır¹⁵.

Ayrılabilirlik ilkesi, ulusötesi bir kural olarak ortaya çıkmış ve gerek tahkim kanunlarında, gerekse milletlerarası tahkim merkezlerinin kurallarında yer almıştır¹⁶.

¹⁰ Lew, Mistelis ve Kröll, s. 100; Nomer, *MUH*, s. 35; Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, s. 1; Özel, s. 62; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 759-760.

¹¹ Akıncı, s. 151; Gaillard ve Savage, s. 183.

¹² Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3rd ed., Kluwer Law International, The Hague, 2021, s. 377-378; Emmanuel Gaillard ve John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, s. 198.

¹³ Born, s. 377; Gaillard ve Savage, s. 107, s. 213; Hacı Can, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 170; Lew, Mistelis ve Kröll, s. 105.

¹⁴ Nazlı Töre, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı, Geçerliliği ve Etkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 69.

¹⁵ Lew, Mistelis ve Kröll, s. 102.

¹⁶ Gaillard ve Savage, s. 202; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern ve Martin Hunter, *Redfern and Hunter On International Arbitration*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 104.

Hukukumuzda bu ilke MTK m. 7 (H) (1) hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir; “*Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.*”.

MTK düzenlemesi, UMK m. 16 (1) hükmü ile paraleldir. UMK m. 16 (1)’de, tahkim şartının geçerliliğine veya varlığına itiraz olsa bile tahkim heyetinin kendi yetkisini tesis edeceği hükme bağlamıştır. Hükmün devam eden cümlesi ise, bir sözleşmenin parçası olan tahkim şartının sözleşmenin diğer şartlarından bağımsız olduğunu ortaya koymuştur. Buna göre; “*Hakem mahkemesi, tahkim anlaşmasının varlığına veya geçerliliğine ilişkin herhangi bir itiraz dâhil, kendi yargılama yetkisi hakkında kendisi karar verir. Bu amaçla, bir sözleşmenin bir parçasını oluşturan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir anlaşma olarak ele alınır. Hakem mahkemesinin bir sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim şartının kendiliğinden geçersiz olmasını gerektirmez.*”.

NY Konvansiyonu, ayrılabilirlik ilkesi konusunda açık bir düzenleme yapmamış olmakla birlikte Konvansiyon m. II (3)’te “*Bir âkit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı manada [tahkim] anlaşma[sı] akdettikleri bir meseleye taalluk eden ihtilâfına vaziyet ettiği takdirde, [tahkim] anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunlardan birinin talebi üzerine, hakemliğe sevk eder*” hükmü yer almaktadır. Bu maddenin ifadesine göre âkit devlet mahkemeleri tahkim anlaşmasının geçersiz, tesirsiz veya tatbikinin imkânsız olup olmadığını öncelikle inceleyecek, ifade edilen noktalarda mahkemenin bir tespiti olur ise ihtilaf, devlet mahkemelerinde çözümlenecek; bu yönde bir tespit olmaz ise tahkim heyetine uyumsuzluğu çözmesi için gönderecektir¹⁷.

¹⁷ Mustafa Erkan, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 549.

MTO (“ICC”) Tahkim Kuralları m. 6 (9), “Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, hakem kurulu tahkim sözleşmesinin geçerli olduğuna karar vermiş olması kaydıyla, sözleşmenin yokluğuna veya geçersiz olduğuna dair bir iddia hakem kurulunun yetkisini ortadan kaldırmaz. Esas sözleşme yok hükümünde veya geçersiz olsa dahi, hakem kurulunun tarafların ilgili hakları ile iddia ve savunmaları hakkında karar verme hususundaki yetkileri devam eder.” şeklinde bu ilkeyi düzenlemiştir.

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız oluşu nedeniyle asıl sözleşmenin tâbi olduğu hukuk, otomatik olarak tahkim anlaşması için de söz sahibi olamaz¹⁸. İşbu ayrılabilirlik ilkesi, tahkim anlaşmasının uyumsuzluk konusu maddi hukuk sözleşmesinden konu, amaç ve işlev itibarıyla farklı olmasına dayanmaktadır¹⁹. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeden ayrıdır ve geçerliliği de ayrı olarak saptanmaktadır. Bu nedenle, tarafların ehliyeti, tahkim anlaşmasının şekli ve esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk asıl sözleşmeden bağımsız olarak ele alınmalı ve kendi akit statüsü içinde çözümlenmelidir²⁰.

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun otomatik olarak tahkim anlaşmasına teşmilini engellediği hususunda doktrin ve uygulamada görüş birliği olmakla birlikte asıl sözleşmede genel hukuk seçimi klotunda seçilen hukukun tahkim anlaşmasına yönelik bir zımni hukuk seçimi olarak dikkate alınıp alınmayacağı meselesi tartışmalıdır²¹. Mutlak bağımsızlık yaklaşımına göre, ayrılabilirlik prensibi, tahkim şartına uygulanacak hukukun tayininde asıl sözleşmenin geri kalan hükümlerinin dikkate alınmasını engelleyici bir etkiye sahiptir ve bu nedenle, asıl sözleşmedeki genel hukuk seçimi-

¹⁸ Born, s. 386-387, s. 404; Gaillard ve Savage, s. 201; Lew, Mistelis ve Kröll, s. 104; Özel, s. 79.

¹⁹ Born, s. 382; Lew, Mistelis ve Kröll, s. 102.

²⁰ Born, s. 524; Nomer, *DHH*, s. 562; Nomer, *MUH*, s. 236; Özel, s. 62; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 781; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 327.

²¹ Geniş bilgi için bkz. Ayşe Elif Uluşu, “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımni Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi”, *Tahkim ve Uygulanacak Hukuk*, Ziya Akıncı ve Berk Demirkol (Ed.), 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 38-70; Lewis, Mistelis ve Kröll, s. 104; Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, s. 159.

nin tahkim şartına yönelik zımni hukuk seçimine delalet eden bir taraf iradesi olarak yorumlanması mümkün olmamalıdır. Sınırlı bağımsızlık yaklaşımına göre ise, ayrılabilirlik prensibi, tahkim şartına uygulanacak hukukun tayininde asıl sözleşmenin geri kalan hükümlerinin dikkate alınmasını engelleyici bir etkiye sahip değildir ve asıl sözleşmedeki hukuk seçiminin tahkim şartına yönelik zımni hukuk seçimi olarak dikkate alınması mümkündür. Taraflar tahkim anlaşması için bir hukuk seçimi yapmışlar ise bu hukuk ihtilafların çözümünde etkin olacaktır. Taraflar sadece asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemişler ve tahkim anlaşması için bir hukuk tespit etmemişler ise aksine bir anlaşma olmadıkça genel olarak kabul edilen görüş asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacağı yönündedir²². Fakat tahkim anlaşması ve asıl sözleşme için tarafları hukuk seçimi yapmaya iten nedenler farklıdır. Bu nedenle, özellikle tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka göre geçersiz olduğu durumlarda tahkim anlaşmasına farklı bir hukuk uygulanabilir²³. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden farklı oluşu tahkim yerinin etkisinden açıkça anlaşılır. Tahkim yeri (“lex loci arbitri”) bağlama noktası, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde çok önem arz etmemekle beraber asıl sözleşmede açık bir hukuk seçimi olmaması halinde tahkim sözleşmesine uygulanacak hâkim hukuktur²⁴.

Dünya Fikri Hakları Organizasyonu (“WIPO”) Tahkim Kuralları m. 59’a göre tahkim yerinin hukukuna göre geçerli olan bir tahkim anlaşması, tarafların asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun şartlarını taşımasa bile geçerlidir. Sadece WIPO Tahkim Kuralları, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemek için kanunlar ihtilafı kuralları düzenlemiştir. Diğer tahkim kuralları, tahkimin esasına uygulanacak hukuku belirlemeye yarayan kurallar içermektedir²⁵.

²² Born, s. 510-512; Lew, Mistelis ve Kröll, s. 107, s. 120.

²³ Lew, Mistelis ve Kröll, s. 107-108.

²⁴ Lew, Mistelis ve Kröll, s. 107.

²⁵ Lew, Mistelis ve Kröll, s. 120.

Bazı devletlerde, asıl sözleşmenin yokluk halinin ayrılabilirlik prensibinin bir istisnasını oluşturduğu belirtilmiştir. Örneğin, Bermuda Yüksek Mahkemesi'nin *Joc Oil v. Sojuznefteexport* davasına ilişkin 07.07.1989 tarihli kararında özetle; Moskova Dış Ticaret Komisyonu tarafından verilen tahkim kararının tenfiz edilmesi gereği, asıl sözleşmenin yetkisiz temsilciler tarafından imzalanmış olması nedeniyle geçersiz olduğu ama Rus hukukunda tahkim anlaşmasının ayrı bir sözleşme olarak görüldüğü ve dava konusu asıl sözleşmenin yokluğunun söz konusu olmadığı (ayrılabilirlik prensibinin istisnasını oluşturan tek durum) ifade edilmiştir²⁶.

Bazı hukuk sistemlerinde ise tahkim anlaşmasının kesinlik testine tabi olduğu, diğer deyişle bağımsız olarak doğrudan geçerliliğinin incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. İngiliz hukukunda 1996 tarihli Tahkim Kanunu'nun 7. Bölümü'nde asıl sözleşmenin yoklukla sakat olmasının tahkim şartının da hükümsüz ve yok sayılması sonucunu doğurmayaacağı belirtilmiştir²⁷. İngiliz Yüksek Mahkemesi *Fiona Trust & Holding Corporation and ors v Privalov and ors* davasında vermiş olduğu 2007 tarihli kararında özetle; davacıların çarter taraflarının yolsuzluk ve rüşvet sonucu istihdam edildikleri iddiasının tahkim anlaşmasının geçerliliğini doğrudan etkilemediğini, ayrılabilirlik prensibi sonucu doğrudan geçersizliği söz konusu olmadıkça asıl sözleşmenin yokluğu, hükümsüzlüğü veya iptalinin aynı zamanda tahkim anlaşmasının yokluğuna, hükümsüzlüğüne veya feshine yol açamayacağını belirtmiştir²⁸.

Gerek yokluk gerekse butlan hallerinin hiç sorgulanmaksızın, asıl sözleşmenin içindeki tahkim şartını geçersiz kılacağı düşüncesi doğru olmayıp, aksine asıl sözleşmenin yokluğunu/butlanını gerektiren her bir sebebin aynı zamanda tahkim şartını da yok/batıl kılıp kılmayacaklarının ayrıca değerlendirilmesine ihtiyaç vardır. Aynı yokluk/butlan sebebinin, asıl sözleşme ile birlikte o sözleşmenin içindeki tahkim şartı-

²⁶ Van Den Berg, s. 627-628; Lew, Mistelis ve Kröll, s. 103-104.

²⁷ Tam metin için bkz. *Arbitration Act 1996*, Erişim Tarihi: 12.03.2023, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

²⁸ Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, s. 339.

nı da geçersiz kılması söz konusu olabilir²⁹. Örneğin; tam fiil ehliyetine sahip bulunmayan bir kimse tarafından akdedilen asıl sözleşme kesin hükümsüz olduğu gibi, aynı kişinin gerek müstakil gerekse tahkim şartı şeklinde yapacağı bir tahkim anlaşması da hükümsüzdür. Görüldüğü üzere, buradaki tahkim şartının hükümsüzlüğü, asıl sözleşme içinde yer alması sebebine dayanmaz, aksine tam fiil ehliyetine sahip bulunmayan bir kişi tarafından imzalanmasından kaynaklanır.

Tahkim anlaşması, ister müstakil yapılmış olsun ister tahkim şartı şekilde asıl sözleşmeye konulmuş olsun her iki halde de asıl sözleşmeden bağımsızdır. Buna göre, asıl sözleşmedeki hukuka aykırılık, asıl sözleşmenin sona ermesi, feshedilmesi, süresinin sona ermesi veya askıya alınması hallerinde doğacak sonuçlardan tahkim şartı etkilenmeyecek ve varlığını devam ettireceği için asıl sözleşme ile ilgili geçerlilik iddiaları yine hakemler tarafından karara bağlanacak ve hakemlerce yapılan yargılama sonucunda içinde tahkim şartının da olduğu asıl sözleşmenin geçersiz olduğuna karar verilirse, bu durum hakem kararının geçerliliğini etkilemeyecektir³⁰.

Ayrılabilirliğin sadece tahkim şartına, bu şartın ana sözleşmeden bağımsızlığını temin için uygulanabileceği söylenebilir. UMK m. 16 (1) hükmünden bu yaklaşımı benimsediği anlaşılmaktadır. Uygulamada ayrılabilirlik prensibi daha ziyade tahkim şartı bakımından problem yaratmakta olduğundan tahkim sözleşmesi için gereksiz olduğu görülmektedir³¹. Tahkim anlaşmasının ayrı bir sözleşme olarak düzenlendiği durumlarda her sözleşme gibi tahkim sözleşmesinin maddi ve şekli anlamda geçerliliği asıl sözleşmeden ayrı olarak (tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin asıl sözleşmenin geçerliliği şartına bağlanmamış olmak kaydıyla) değerlendirilecektir³².

²⁹ Born, s. 404; Gaillard ve Savage, s. 200-201, s. 211; Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, s. 106.

³⁰ Akıncı, s. 199-200; Lew, Mistelis ve Kröll, s. 102; Özel, s. 35.

³¹ Lew, Mistelis ve Kröll, s. 102; Töre, s. 68.

³² Lew, Mistelis ve Kröll, s. 101.

Birçok tahkim anlaşması asıl sözleşmeye tahkim şartı konulması yoluyla yapılmaktadır. Eğer kurumsal tahkim tercih edilmişse, sözleşmeye işbu tahkim kurumunun önerdiği model tahkim şartı eklenmelidir. Bunun dışında, tarafların sözleşmelerine UNCITRAL model tahkim şartını koymaları önerilmektedir. Bunun sonucu, birçok devlet mahkemesi tarafların tahkim yönündeki arzularını geçerlilik tanyacaklardır. Bu model tahkim şartları, taraflara tahkimi baştan sona yürütmeye yarayan tüm kuralları içermekle beraber, bir tahkim şartına en azından bunlardan üç temel ögenin (hakemlerin sayısı, tahkim yeri, uygulanacak hukuk) eklenmesi önerilir³³.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda da tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız ve ondan ayrı bir anlaşma olduğu, asıl sözleşmenin geçersiz olmasının tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyeceği ya da tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olmasının asıl sözleşmeyi etkilemeyeceği ve onu geçersiz kılmayacağı belirtilerek tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilir olduğu ve asıl sözleşmede yer alan tahkim şartının geçerli olduğu ifade edilmiştir³⁴.

Tahkim şartının ayrılabilirliği sayesinde devlet mahkemelerinin müdahalesinden kaçınılmış olmaktadır. Aksi takdirde, başlangıçta tahkim konusunda iradesi olmakla birlikte, sonradan tahkim yargılamasını istemeyen tarafa asıl sözleşmenin geçersizliği savını ileri sürerek uyuşmazlığın tahkim yerine devlet mahkemeleri önünde çözülmesini sağlama imkânı verilmiş olacak ve bunun, tahkim şartı etkisiz hale gelmiş olacaktır³⁵.

³³ Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, s. 107-108.

³⁴ “Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klozları içinde geçerlidir. Bu sebeple, tahkim klozunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez.”, YHGK E. 2011/11-742 K. 2012/82 T. 22.2.2012; “Tahkim kurumunun başarıya ulaşabilmesi için getirilen tahkim şartının ayrılabilirliği ve bağımsızlığı ilkesi gereğince hakemin kendi yetkisi konusunda karar verebilmesi kabul edilmiş; HMK’nın 422. maddesinde getirilen bu düzenleme ile tahkime sürat kazandırarak tahkimin ilerleyen aşamalarında yetki itirazı ile karşılaşılmasının ya da tahkim şartının geçersizliğini ileri sürerek tahkimi bertaraf etmenin önüne geçmek amaçlanmıştır.”, YİBGK E. 2019/4 K. 2020/1 T. 19.6.2020, Erişim Tarihi: 22.02.2023, www.kazanci.com.

³⁵ Born, s. 429; ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2003, Albert J. Van den Berg (Ed.), Volume XXVIII, ICCA&Kluwer Law International, The Hague, 2003, s. 626; Lew, Mistelis ve Kröll, s. 102-103; Erkan, s. 540-542.

3. Tahkim Anlaşmasının Maddi Geçerliliği

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk (“tahkim anlaşması statüsü”), anlaşmanın esastan geçerli olup olmadığını diğer deyişle, tarafların bağlayıcı olarak tahkim anlaşması yapıp yapamayacağını belirlemektedir. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk, irade sakatlıklarına, sözleşmenin ifasına, sözleşmenin kimleri ve hangi uyumsuzlukları kapsadığı meselelerine uygulanmaktadır³⁶.

Fiil ehliyeti, yani tarafların tahkim anlaşması yapabilme ehliyetleri şahsi kanuna tabidir. Temsil ve şekil de müstakil bağlanma konuları teşkil ederler³⁷. MTK’da tahkim anlaşması yapma ehliyetine uygulanacak hukuk düzenlenmemiştir. Avrupa Konvansiyonu m. VI (2) uyarınca, “*Âkit Devlet mahkemelerinin bir hakemlik anlaşmasının mevcudiyeti veya muteberliği hakkında karar vermeleri gerektiği zaman bunu akdeden tarafların ehliyeti için haklarında tatbiki gereken kanun hükümlerine göre vereceklerdir.*”. Ancak şahsi kanunun hangisi olduğu Konvansiyon’da açıklanmamıştır. Bu husus, tahkim sözleşmesinin ehliyet bakımından tartışma konusu olduğu ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir³⁸. MÖHUK m. 9 uyarınca, gerçek kişilerin ehliyeti onların vatandaşlığında bulunduğu ülke hukukuna göre, tüzel kişilerin ehliyeti ise tüzel kişinin statüsündeki idare merkezi hukukuna göre belirlenecektir.

Tahkime elverişlilik de milletlerarası tahkim hukukunda maddi geçerlilik meselesi olarak özel şekilde ele alınmıştır³⁹. Tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının geçerliliği ilgili bir konu olsa da kavram olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğinden farklıdır. Bu iki kavram arasında içerik itibariyle olduğu kadar sonuçları itibariyle de fark vardır. Tahkime elverişlilik mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınacak bir iptal sebebiyken tahkim anlaşmasının geçerli olmaması MTK m. 15 (1) (a)

³⁶ Özel, s. 79.

³⁷ Can, s. 180; Nomer, *DHH*, s. 564; Nomer, *MUH*, s. 237; Geniş bilgi için bkz. Gaillard ve Savage, s. 242-253.

³⁸ Lew, Mistelis ve Kröll, s. 118.

³⁹ Can, s. 181.

maddesi uyarınca, ancak tarafların ileri sürmesi durumunda dikkate alınabilecek bir iptal sebebidir⁴⁰.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku “usul statüsü” ve “maddi statü”den ayırmak için “tahkim anlaşması statüsü” kullanılır. Nitekim tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, MÖHUK’un genel sözleşme statüsüne ilişkin 24. maddesine tabi tutulmayıp doğrudan MTK m. 4 (3) hükmünde özel olarak düzenlenmiştir⁴¹. Buna göre, tahkim anlaşması tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli olacaktır.

Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği dört aşamada inceleme konusu yapılabilmektedir⁴²: i) Devlet mahkemeleri önünde, ii) Hakem heyeti önünde, ii) Hakem kararının iptalinin talep edilmesi halinde iptal nedeni ya da iii) Tenfiz aşamasında tenfiz red nedeni.

Avrupa Konvansiyonu m. VI (2) uyarınca, “*Âkit devlet mahkemelerinin bir hakemlik anlaşmasının mevcudiyeti veya muteberliği hakkında karar vermeleri gerektiği zaman bunu akteden tarafların ehliyeti için haklarında tatbiki gereken kanun hükümlerine göre ve diğer hallerde: a) Tarafların hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanuna; b) Bu bapta anlaşmada sarahat yoksa hakem kararının verileceği memleket kanununa; c) Taraflar hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanun hakkında sakıt kalmışlar ve meseleye adli mahkeme el koyduğu zaman hakem kararının nerede verileceği tayin edilemiyor ise işe el koyan mahkemenin kanunlar ihtilafı kaidesi gereğince salahiyyetli olan kanun hükümlerine göre, karar vereceklerdir. İşe el koyan mahkemenin kanununa göre bir ihtilafın hakemlik yolu ile halli caiz değilse bu mahkeme hakemlik yolu anlaşmasının tanınması talebini reddedebilecektir.*”. Avrupa Konvansiyonu, tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliğine uygulanacak hukuku taraf iradesi ve tahkim yeri bağlama

⁴⁰ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 198.

⁴¹ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 197; Can, s. 184-185.

⁴² Lew, Mistelis ve Kröll, s. 109-110, s. 124.

noktasını temel alarak belirlemiştir. Ancak tahkim yerinin tespit edilemediği durumda mahkeme, kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuku saptayacaktır. Diğer taraftan, bu konuyu düzenleyen birçok milletlerarası tahkim kanunu gibi MTK, belirsizliği engellemek üzere Avrupa Konvansiyonu'nun aksine açık hüküm getirmiştir.

NY Konvansiyonu m. V (1) (a) uyarınca, "1. *Aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf talepte bulunmaz ve zikri geçen kararın tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı önünde aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası isteği reddolunamaz: (a) II. maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden tarafların haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olduğu, yahut da zikri geçen anlaşmanın taraflarca tabi kılındığı kanuna ve eğer bu babta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğu;...*" şeklindeki düzenleme ve Konvansiyon'un uygulama alanı bulmadığı hallerde uygulanacak MÖHUK m. 62 (e) uyarınca, tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüzse tenfiz talebi reddedilecektir. Ancak tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlememeleri halinde tahkim yeri hukukuna bağlanması e-tahkimde sorun teşkil edebilmektedir.

Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu kararlarda tahkim yeri hukuku, asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk ve seçilen tahkim kurumlarının tahkim kuralları değerlendirmelere alınan kriterler arasındadır⁴³. Tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmemeleri halinde belirlenecek bağlama noktası çoğu kez tahkim yeri olmaktadır. Ancak tarafların henüz tahkim yerini belirlemediği veya üçüncü kişilerin tahkim yerini belirleyeceği durumlarda, özellikle e-tahkimde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun saptanması bazı güçlükler doğurabilmektedir. Bu sebeple millî tahkim kanunları, ilişkiyle yakın bağlantılı ve tespiti kolay bağlama noktaları üzerinde yoğunlaşmaktadır⁴⁴. Tahkim

⁴³ Özel, s. 84.

⁴⁴ Özel, s. 81.

yeri hukuku, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmeleri halinde de söz sahibidir. Şöyle ki; taraflar tahkim yeri hukukunun emredici hükümlerine aykırı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmazlar⁴⁵.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku m. 178 (2) düzenlemesi, geleneksel kanunlar ihtilafı kurallarından farklılık göstermektedir. Şöyle ki; genel olarak tarafların seçtiği hukuka aykırı tahkim anlaşmaları geçersizdir. Diğer taraftan bu tahkim anlaşmaları genel olarak İsviçre hukuku veya asıl sözleşmeye uygulanan hukuka göre geçerliyse mahkeme tarafından icra edilmektedir. Ancak bu durumda, tarafların hukuk seçimine aykırı bir tahkim anlaşmasına dayalı olarak verilen tahkim kararının tenfizi mümkün olmayabilir⁴⁶.

NY Konvansiyonu ve bu doğrultudaki birçok milli hukuk düzenlemesine göre, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, taraflarça hukuk seçimi yapılmamışsa ve tahkim yeri belirliyse en sıkı irtibatlı hukuk varsayılan tahkim yeri hukukudur. Çünkü tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna göre belirlenmesi ileride kararın tenfiz edilmeme ve iptal edilme risklerini azaltacaktır. Tahkim yeri, tahkim anlaşmasının ifa edileceği ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin inceleme konusu yapılabileceği iptal davalarının açıldığı yerdir⁴⁷. Aynı zamanda, hakem veya hakem kurulunun kararını vereceği yeri ifade eder. Yine tahkim yeri; tahkim usulüne uygulanacak hukukun belirlenmesi, tahkime elverişlilik ve hakem kararının tenfiz engellerinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gibi konularda önemli hukuki sonuçlar doğurmaktadır⁴⁸.

Tahkim anlaşmasının geçersizliği pek çok millî ve milletlerarası hukuk metninde bir iptal nedeni olarak düzenlenmektedir. UMK m. 34 (2) (a-i) uyarınca, hakem kararının iptali aşamasında tahkim anlaşma-

⁴⁵ Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, s. 159.

⁴⁶ Lew, Mistelis ve Kröll, s. 123.

⁴⁷ Lew, Mistelis ve Kröll, s. 123, s. 125.

⁴⁸ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 281.

sının esasına uygulanacak hukuk, taraflarca seçilen hukuka, böyle bir hukuk seçimi yapılmadıysa iptal davası açılan mahkemenin kendi hukukuna göre değerlendirilmektedir. İptalin Türk mahkemelerinde talep edilmesi halinde hakem, MTK m. 4 (3) uyarınca, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini taraflarca seçilen hukuka, böyle bir hukuk seçimi yokluğunda Türk hukukuna göre değerlendirecektir.

4. Tahkim Anlaşmasının Şeklen Geçerliliği

Bir önceki bölümde ele aldığımız üzere, NY Konvansiyonu ve bu doğrultudaki birçok milli hukuk düzenlemesine göre, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa ve tahkim yeri belirliyse en sıkı irtibatlı hukuk varsayılan tahkim yeri hukukudur. Tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliği genelde konvansiyonlar ve milli hukuklarca doğrudan düzenlenmiş bulunmaktadır⁴⁹. Bununla beraber aşağıda ele alacağımız birtakım sorunların ortaya çıkmasına engel olunamamıştır.

Ayrılabilirlik ilkesi dolayısıyla tahkim anlaşmaları asıl sözleşme için öngörülen noter tasdiki ve yazılılık gibi şekil şartlarına tabi değildir⁵⁰. Tahkim anlaşmaları ilişkin olduğu ticari anlaşmalarda olduğu gibi sözlü de yapılabilir. Gerek 2006 değişiklikleri sonrası UMK gerekse birçok milli hukuk, tahkim anlaşmalarının şekli konusunda esnek olup yazılılık şartı konusunda katı davranmamaktadır⁵¹.

Tahkim anlaşmasının şekli bakımdan geçerlilik şartları MTK'da doğrudan düzenlenmiştir. Buna göre, tahkim anlaşmaları yazılı şekle tabidir. İşbu düzenleme tahkime ilişkin konvansiyonlar ve UMK ile uyumludur⁵².

⁴⁹ Born, s. 657-658; Lew, Mistelis ve Kröll, s. 112, s. 130-131.

⁵⁰ Born, s. 704.

⁵¹ Born, s. 659.

⁵² Şanlı, s. 326.

Tahkim anlaşmasının yazılı olma şartının katı bir kural olarak algılandığı milli kanunlarda internet ortamında tesis edilen tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışmalı hale gelebilmektedir. Ancak elektronik yazı ile geleneksel yazıları eşit olarak kabul eden ülkelerde elektronik tahkim anlaşmaları şeklen geçerli kabul edilmektedir⁵³.

Konvansiyonlarda, UMK'da ve onu izleyen devletlerin tahkim hukuku düzenlemelerinde elektronik ortamda tahkim anlaşmalarının yapılabilmesi imkânı sağlanmaktadır. İlgili konvansiyonlar ile UMK'da elektronik tahkim anlaşmasının yapılabilmesine ilişkin doğrudan bir düzenleme olmamakla birlikte; elektronik ortamda tahkim anlaşmasına engel olabilecek düzenlemeler de bulunmamaktadır.

UMK'nın 7. maddesi, hem halihazırdaki hem de gelecekteki iletişim modellerini kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Şöyle ki; *“Tahkim anlaşması yazılı olmalıdır. Taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye ya da taraflar arasında teati edilen mektup, teleks, telgraf ya da anlaşmanın kaydını temin eden diğer bir telekomünikasyon ortamına geçirilmiş bir tahkim anlaşması varsa ya da iddia ve savunmanın teatisi halinde bir tahkim sözleşmesinin varlığı iddia edildiğinde diğer taraf bunu reddetmemişse anlaşma yazılı olarak yapılmıştır. Sözleşmede tahkim şartı ihtiva eden bir belgeye atıf yapılmışsa sözleşmenin yazılı olması ve atfın sözleşmenin bir parçası olacak şekilde yapılması halinde geçerli bir tahkim sözleşmesi meydana gelmiş olur.”* Bu ifade, veri aktarımının kâğıt kopya veya bilgisayar ortamında olması arasında bir ayrım yapmamaktadır. Burada önemli olan anlaşmanın yazılı kayıt verebilecek durumda olmasıdır. Sözlü biçimde yapılmış bir tahkim anlaşması dahi yazılı olarak kayıt altına alınmakla yazılı biçimde yapılmış sayılmaktadır⁵⁴.

Avrupa Konvansiyonu m. 2 (a) uyarınca, *“Hakemlik anlaşmasından maksat bir mukaveleye dercedilen hakem şartı veya taraflar arasında aktolunan hakem mukavelesidir; hakem şartının içinde bulunduğu muka-*

⁵³ Zeynep Özgenç ve Başdar A. Mohammed, “Milletlerarası Elektronik Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 12, S. 63, 2019, s. 1331.

⁵⁴ Gaillard ve Savage, s. 377-378; Özel, s. 63.

velenin veya hakem mukavelesinin taraflarca imzalanması, veya tarafların birbirine yolladığı mektup, telgraf yahut teleskriptör metninde mündemiç bulunması ve, kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan memleketler arasındaki münasebetlerde bu kanunların müsaade ettiği şekiller dairesinde aktedilmiş olması lazımdır.” NY Konvansiyonu m. II (2) uyarınca, *“Yazılı anlaşma terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır”*. UNCITRAL’in esnek yaklaşımı uyarınca, UMK’da olduğu gibi bu maddelerin geniş yorumlanması gerekir⁵⁵.

Elektronik formattaki tahkim, NY ve Avrupa Konvansiyonları’nın tarif ettiği anlamda yazılı şekil şartını oluşturur. NY Konvansiyonu m. II (2)’de sayılan araçların sınırlı olmadığı ve bu nedenle, maddenin modern iletişim araçlarını kapsayacak şekilde yorumlanması suretiyle e-posta teatisi ile yapılan anlaşmaların da bu maddenin kapsamına girdiği kabul edilmelidir⁵⁶.

NY Konvansiyonu maksimum bir standart getirmiş olup milli hukuklarda tahkim anlaşmalarının şeklen geçerliliği için daha katı şartlar öngörülemez. Halbuki yeknesaklaştırma anlamında minimum bir standart koymak gereklidir. Aksi takdirde tahkim yeri hukukunun öngördüğü daha esnek şekil şartlarını haiz olsa da NY Konvansiyonu’ndaki şartları sağlamayan tahkim anlaşmalarına dayalı hakem kararlarının tanınmama ve tenfiz edilmeme olasılığı vardır⁵⁷. Örneğin, Norveç Halogaland Yüksek Mahkemesi’nin Charterer v. Shipowner davasına ilişkin 16.09.1999 tarihli kararında özetle; teati edilen e-postaların NY Konvansiyonu m. 11 (2)’deki yazılılık şartını gerçekleştirmediği düşünceyle Londra’da verilen bir kararın tenfizi reddedilmiştir. Mahkeme’ye göre, tahkim yeri hukuku olan İngiliz hukukuna göre, işbu elektronik

⁵⁵ Banu Şit, “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları (“Şekil”), *MÖHB*, C. 25, S. 1-2, 2005, s. 432.

⁵⁶ Lew, Mistelis ve Kröll, s. 132; Ziya Akıncı, “Elektronik Tahkim”, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, 21-22 Mayıs 2001, s. 431-432.

⁵⁷ Born, s. 709-715; Lew, Mistelis ve Kröll, s. 113-117.

postaların teatisi geçerli ve tahkim anlaşmasını ispat için yeterli olsa da Mahkeme'ye göre, tahkim anlaşmasının geçerliliği ayrı olarak tenfiz makamı tarafından değerlendirilmelidir⁵⁸.

Türk hukukunda MTK m. 4 hükmünde tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği için taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, faks ve teleks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması yeterlidir. Şöyle ki; *“Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.”* Bazı görüşlere göre⁵⁹, MTK'da iletişim araçları sınırlayıcı değil, örnekleme yöntemiyle sayılmış; fakat yazılı bir kayıt verme kistasından bahsedilmemiş olsa da yeni teknolojik gelişmelerin sonucu olan iletişim araçlarının, yazılı bir tahkim şartı oluşturup oluşturmayacağına tespitiinde örnek alınan UMK'da olduğu gibi yazılı bir kayıt verme özelliğinin olup olmadığına bakılması gerekmektedir.

Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde genel olarak belgeye yollama yapılmasının yeterli olup olmadığı, açıkça tahkim şartına atıfta bulunulması gerekip gerekmediği tartışılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Tradax Export SA (Panama) v Amoco Iran Oil Company (US) davasına ilişkin 07.02.1984 tarihli kararında özetle; NY Konvansiyonu'nun m. 11 (2) hükmünün amacı ve korumak istediği menfaatler doğrultusunda yorumlanması gereği vurgulanmış ve tahkim şartı içeren bir belgeye genel olarak atıfta bulunulmasının geçerli bir tah-

⁵⁸ Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, s. 78.

⁵⁹ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 209; Hatice Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 220; Şit, “Şekil”, s. 415, s. 422.

kim anlaşması oluşturduğu belirtilmiştir. Birçok devlet mahkemesi de benzer yolda karar vermiştir⁶⁰.

Bilgisayar faresinin onaylaması ya da özel onay tuşları ile kabul edilen genel işlem şartları arasında bulunan tahkim şartlarının durumu yine özel olarak incelenmelidir. Zira bu tür tahkim şartları, diğer çevrim dışı ya da e-posta ile yapılan tahkim anlaşmalarından daha farklıdır. Öncelikle işlemler hızlı bir şekilde gerçekleşmektedir. Onay tuşuna basıldığında genel işlem şartları arasında üzerinde düşünülmeden onaylanmaktadır ve ilgilinin serveri üzerinde kaydedilmektedir. Bu şekilde onaylanması istenen tahkim şartının bağlayıcılığı üzerinde durulurken, bu tür işlemlerin yapılışının özelliklerine bakılmalıdır. Genel işlem şartları olarak sıralanan bu tür şartlar, internet kullanıcısı tarafından çoğu kez okunmamakta, sadece nihaî işlemin gerçekleştirilmesi için yapılması gerekli bir detay, bir formalite olarak görülmektedir. Bu halde tahkim şartını bu şekilde genel işlem şartları içinde onaylayan bir kimsenin sonrasında tahkim şartını kabul etmediğine dair çekincesi daha kabule mazhardır. Ancak söz konusu tahkim şartının açık ve anlaşılabilir şekilde internet kullanıcısının onayına sunulduğu hallerde onay tuşuna basılması halinde taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının yapıldığının kabulü gerekmektedir⁶¹.

NY Konvansiyonu m. II açıkça imza şartı öngörmemiştir. Karşılıklı mektuplarda yer alan tahkim anlaşmaları imza içermese dahi mektupları yazanların kimliklerinin tespitinin herhangi bir ispat vasıtasıyla mümkün olduğu müddetçe şeklen geçerlidir⁶². Tahkim anlaşması açısından yazılılık koşulunu geniş olarak anlamak gerektiğinden tarafların uyumsuzluğun tahkim yoluyla çözülmesi yönündeki iradelerinin yazılı olarak ortaya konulabildiği hallerde tarafların imzası olmasa dahi tahkim anlaşmasını geçerli kabul etmek gerekir⁶³. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi 5. Daire'nin Sphere Drake Insurance v Marine Towing da-

⁶⁰ Lew, Mistelis ve Kröll, s. 136-137.

⁶¹ Özdemir Kocasakal, s. 221.

⁶² Gaillard ve Savage, s. 377.

⁶³ Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 2. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 533.

vasında vermiş olduğu 1994 tarihli kararında özetle; sigortalı batan gemisiyle ilgili olarak tahkime gidilemeyeceğini iddia etmiştir, Mahkeme ise iddianın tersine asıl sözleşme tahkim şartı içerdiğinden dolayı ayrıca imzalanması veya taraflar arasındaki iletişimde yer almasının gerekli olmadığını belirtmiştir⁶⁴.

Konvansiyonlarda ve UMK'da elektronik ortamda akdedilen tahkim anlaşmalarının yazılı şekle uygun olduğu öngörülmekle birlikte metnin altında imzanın varlığının gerekip gerekmediği ve hangi hallerde yazılı şeklin gereklerine uygun olduğu belli değildir. Her ne kadar kâğıt üzerinde imzanın yokluğu, belgenin taraflara atfedilmesini güçleştirir ve ayrıca, güvenilirliğini şüpheli hale getirir ise de konuya ilişkin hukuki düzenlemeler incelendiğinde ve ayrıca elektronik iletişimde şifreleme tekniklerinin kullanılması değerlendirildiğinde imza unsurunun yokluğunun her durumda yazılı şeklin gerçekleşmesini engellemediği görülmektedir⁶⁵.

Türk hukukunda yazılılık şartı yazılı metin ve imza anlamına gelmektedir. 15.01.2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu⁶⁶ m. 5 ile 12.01.2011 tarihli ve 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK")⁶⁷ m. 14 (I) uyarınca, e-imza (dijital imza) elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir. Diğer taraftan MTK m. 4'e göre, örnek belgelerde olduğu gibi teati edilen bir iletişim aracı ile ve elektronik ortama geçirilmiş olan tahkim sözleşmeleri için elle imza ya da e-imza zorunluluğu öngörülmemiştir.

Tahkime kamu değil taraf menfaatini ilgilendiren meselelerde gidilebilmekte ve tarafların tahkim anlaşması taahhüt niteliğinde olup mahkemece re'sen dikkate alınmamaktadır. Tahkim ve tahkim anlaşmasının

⁶⁴ Lew, Mistelis ve Kröll, s. 137-138.

⁶⁵ Şit, "Şekil", s. 424-426, s. 434.

⁶⁶ RG T. 23.01.2004 S. 23355, Erişim Tarihi: 25.02.2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/01/20040123.htm>.

⁶⁷ RG T. 04.02.2011 S. 27836, Erişim Tarihi: 25.02.2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110204-3.htm>.

bu niteliklerinden ötürü tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına tutulması geçerlilik şartı olmaktan çok ispat kolaylığı sağlamaktadır⁶⁸. Yeni iletişim teknikleriyle yapılan tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin tespiti kadar ispatı da önem arz etmektedir. Taraflar arasında uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi sırasında davalı taraf, elektronik ortamda gönderilen irade beyanının kendisine ait olmadığını iddia ederse, elektronik ortamda dermeyan edilen iradenin davalıya ait olup olmadığını tespitinin nasıl yapılacağı belirsizdir. Zira özel güvenlik sistemleri kapsamındaki e-imzalar bir tarafa bırakılırsa, birinin adına iradeyi başka birisinin adına e-posta adresine girerek bildirmek (hacking) teknolojik olarak mümkündür⁶⁹. Elektronik iletişimi güvenli kılmak için e-imza ve bilgi şifreleme teknikleri dışında e-posta bakımından Secure Multipurpose Internet Mail Exchange Protocol (“S/MIME”), Pretty Good Privacy (“PGP”), web tabanlı iletişim bakımından ise Secure Sockets Layer (“SSL”), Hypertext Transfer Protocol (“HTTP”) gibi güvenlik artırıcıları kullanılabilir⁷⁰.

Tahkim anlaşmasının şekli ile ilgili bir başka konu, tahkim anlaşmasının dili ile ilgilidir. Her ne kadar 805 sayılı ve 10.04.1926 tarihli İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun⁷¹’un 2. maddesinde Türk vatandaşları arasında yapılacak sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi öngörülmüş olsa da Yargıtay, MTK m. 2 kapsamında uyuşmazlığın yabancı unsurlu olması durumunda 805 sayılı Kanun’a aykırılığının söz konusu olamayacağını belirtmiştir⁷². Bir görüşe göre⁷³, tahkim anlaşması, asil sözleşmeden hem bağımsızlığı hem de farklı ni-

⁶⁸ Şit, “Şekil”, s. 417-434.

⁶⁹ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 210.

⁷⁰ Gabrielle Kaufmann Kohler ve Thomas Schultz, “The Use of Information Technology in Arbitration”, *Jusletter*, December 2005, s. 14-15; Şit, “Şekil”, s. 426-427.

⁷¹ RG T. 22.04.1926 S. 353, Erişim Tarihi: 12.03.2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/353.pdf>.

⁷² Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 215; “805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun’un 2. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi öngörülmüştür. Davacı tarafından dava dilekçesine eklenen tahkim şartını içeren sözleşmenin ise İngilizce düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla mahkemece tahkim şartının geçerli olup olmadığı değerlendirilip tahkim itirazının buna göre karara bağlanması gerekirken bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.”, Y11HD E. 4088 K. 3972 T. 04.03.2013, Erişim Tarihi: 22.02.2023, www.kazanci.com.

⁷³ Nomer, *DHH*, s. 574.

telîği sebebiyle 805 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalmaktadır. Bu itibarla, Türkiye dahilinde de olsa Türk şirket ve müesseselerinin gerek yabancı şirket ve müesseselerle gerekse kendi aralarında yaptıkları tahkim anlaşmalarının Türkçe olması mecburiyeti yoktur⁷⁴.

5. Sonuç

Tahkim prosedürünün temel taşı olan ve uyumsuzluğun devlet mahkemesi yerine özel yargılama ile çözüm iradesini ortaya koyan tahkim anlaşması ya ayrı bir sözleşme olarak ya da asıl sözleşmeye konan bir şart aracılığıyla gerçekleşmektedir. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız oluşu nedeniyle asıl sözleşmenin tabi olduğu hukuk, otomatik olarak tahkim anlaşması için de söz sahibi olamaz. Ayrılabilirlik ilkesi olarak adlandırılan bu durum, tahkim anlaşmasının uyumsuzluk konusu maddi hukuk sözleşmesinden konu, amaç ve işlev itibarıyla farklı olmasına dayanmaktadır. Ayrılabilirlik ilkesi, ulusötesi bir kural olarak ortaya çıkmış ve gerek tahkim kanunlarında, gerekse milletlerarası tahkim merkezlerinin kurallarında yer almıştır. Uygulamada ayrılabilirlik prensibi daha ziyade tahkim şartı bakımından problem yaratmaktadır. Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun otomatik olarak tahkim anlaşmasına uygulanmayacağı yolunda doktrin ve uygulamada görüş birliği olmakla birlikte asıl sözleşmede seçilen hukukun tahkim anlaşmasına yönelik bir zımni hukuk seçimi olarak dikkate alınıp alınmayacağı meselesi tartışmalıdır. Diğer bir tartışma da asıl sözleşmenin yok sayılması halinde ayrılabilirlik ilkesinin bir istisnası olarak tahkim anlaşmasının da yok hükmünde sayılıp sayılmayacağıdır. Tahkim şartının ayrılabilirliği sayesinde devlet mahkemelerinin müdahalesinden kaçınılmış olmaktadır. Aksi takdirde, başlangıçta tahkim konusunda iradesi olmakla birlikte, sonradan tahkim yargılamasını istemeyen tarafa asıl sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek uyumsuzluğun tahkim yerine devlet mahkemeleri önünde çözülmesini sağlama imkânı verilmiş ve tahkim şartı etkisiz hale gelmiş olacaktır.

⁷⁴ Geniş bilgi için bkz. Süheyla Balkar, "805 Sayılı Kanun'un Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi". *Tahkim ve Uygulanacak Hukuk*, Ziya Akıncı ve Berk Demirkol (Ed.), 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 71-109.

Ayrılabilirlik ilkesinin sonucu, tahkim anlaşmasının şekline ve esasına uygulanacak hukuku belirleme zarureti ortaya çıkmaktadır. Tarafların asıl sözleşmeden ayrı olarak tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmemeleri halinde belirlenecek bağlama noktası çoğu kez tahkim yeri olmaktadır. Ancak tarafların tahkim yerini belirlemediği hallerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun saptanması bazı güçlükler doğurabilmektedir. Bu sebeple milli tahkim kanunları, ilişkiyle yakın bağlantılı ve tespiti kolay bağlama noktalarını tercih edebilmektedir. Kanımızca, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku asıl sözleşmeden bağımsız olarak ayrıca kararlaştırmamaları halinde milli hukukların MTK'da olduğu gibi bağlanılacak hukuku belirtmesinde fayda vardır. Aksi takdirde NY Konvansiyonu'nda öngörüldüğü şekilde tahkim yeri hukukuna bağlanılmasının tahkim yerinin taraflarca kararlaştırılmamış olması halinde e-tahkimde olduğu gibi belirsizliğe yol açması olasıdır.

Tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliği, esasa uygulanacak hukukun tespitine oranla daha kolaydır çünkü tahkim anlaşmalarının şekli konvansiyonlar ve milli hukuklarca doğrudan düzenlenmiş bulunmaktadır. Gerek tahkime ilişkin konvansiyonlar ve gerekse UMK ile uyumlu milli hukuk düzenlemelerinde tahkim anlaşmaları yazılı şekle tabidir. Ancak bu yazılı olma kuralı esnek yorumlanmaktadır ve hatta, birçok milli hukuk sisteminde sözlü tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmektedir. NY Konvansiyonu, şekil konusunda maksimum bir standart getirmiş olup milli hukuklarda tahkim anlaşmalarının şeklen geçerliliği için daha katı şartlar öngörülemez. Halbuki yeknesaklaştırma anlamında minimum bir standart koymak gereklidir. Aksi takdirde tahkim yeri hukukunun öngördüğü daha esnek şekil şartlarını haiz olsa da NY Konvansiyonu'ndaki şartları sağlamayan tahkim anlaşmalarına dayalı hakem kararlarının tanınmama ve tenfiz edilmeme olasılığı vardır. Yazılılık koşulu genellikle geniş yorumlandığından tarafların imzası olmasa dahi tahkim anlaşmasını geçerli kabul etmek gerekir. Kanımızca, tanıma ve tenfiz aşamasında sorun yaşamamak için çoğu ülkenin taraf olduğu NY Konvansiyonu'nda öngörülen şekil şartlarına uyulmasında fayda vardır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. bs., Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Akıncı, Ziya, “Elektronik Tahkim”, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, 21-22 Mayıs 2001, s. 429-437.

Balkar, Süheyla, “805 Sayılı Kanun’un Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi”, *Tahkim ve Uygulanacak Hukuk*, Ziya Akıncı ve Berk Demirkol (Ed.), 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 71-109.

Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern ve Martin Hunter, *Redfern and Hunter On International Arbitration*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.

Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 3rd ed., Kluwer Law International, The Hague, 2021.

Can, Hacı, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

Erdem,ERCÜMENT, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 2. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Erkan, Mustafa, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 535-562.

Gaillard, Emmanuel ve John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2003, **Van den Berg, Albert J. (Ed.)**, Volume XXVIII, ICCA&Kluwer Law International, The Hague, 2003.

Kaufmann Kohler, Gabrielle ve Thomas Schultz, “The Use of Information Technology in Arbitration”, *Jusletter*, December 2005, s. 1-127.

Lew, Julian D.M., Loukas A. Mistelis ve Stefan M. Kröll (Ed.), *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.

Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku (“DHH”)*, Yenilenmiş 23. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

Nomer, Ergin, *Milletlerarası Usul Hukuku (“MUH”)*, Yenilenmiş 2. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2018.

Nomer, Ergin, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. I, 5. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

Özdemir Kocasakal, Hatice, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.

Özel, Sibel, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Özgenç, Zeynep ve Bashdar A. Mohammed, “Milletlerarası Elektronik Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 12, S. 63, 2019, s. 1330-1340.

Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

Şanlı, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

Şit, Banu, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İmaj Yayinevi, Ankara, 2005.

Şit, Banu, “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları (“Şekil”)”, *MÖHB*, C. 25, S. 1-2, 2005, s. 411-436.

Ulus, Ayşe Elif, “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımni Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi”, *Tahkim ve Uygulanacak Hukuk*, Ziya Akıncı ve Berk Demirkol (Ed.), 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 31-70.

Töre, Nazlı, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı, Geçerliliği ve Etkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

İnternet Kaynakları:

Arbitration Act 1996, Erişim Tarihi: 12.03.2023, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

European Convention on International Commercial Arbitration of April 21, 1961, Geneva. Erişim Tarihi: 22.02.2023, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20484/v484.pdf>.

Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr>.
UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, Vienna. Erişim Tarihi: 22.02.2023, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958, NY. Erişim Tarihi: 22.02.2023, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20330/v330.pdf>.

YHGK E. 2011/11-742 K. 2012/82 T. 22.2.2012. Erişim Tarihi: 22.02.2023, www.kazanci.com.

YİBGK E. 2019/4 K. 2020/1 T. 19.6.2020. Erişim Tarihi: 22.02.2023, www.kazanci.com.