



TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ*

Av. Ceren EYUBOĞLU**

Makalenin Geldiği Tarih: 22.05.2017 **Kabul Tarihi:** 19.06.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** İstanbul Barosu.

ÖZ

Tahkim uluslararası karakterli ticari uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yoludur. Tahkim usulünde, doğmuş veya doğabilecek olan uyuşmazlıkların devlet yargısı ile yani mahkemelerde değil, hakem adı verilen kişilerce çözülmesi öngörülmektedir. Hakem kararları milli ve milli olmayan kararlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Milli olmayan tahkim kararlarının Türkiye’de icra edilebilmesi için tenfiz edilmesi gerekmektedir. Tenfiz şartları Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ve New York Konvansiyonunda düzenlenmiştir. Günümüzde, New York Konvansiyonunu kabul eden çok fazla devlet olduğundan, tenfiz gereken hallerde, genellikle Konvansiyon hükümleri Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerinin önüne geçmektedir. Bu makalede tenfiz şartlarından biri olan tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenecektir. Tahkim anlaşmasının geçerliliği, irade açıklamalarına, yazılı şekil şartına, uyuşmazlığın tahkime elverişli ve belirli olup olmamasına ve son olarak tarafların ehliyetlerine göre incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, tahkim anlaşması, geçerlilik, New York konvansiyonu, tahkime elverişlilik.

VALIDITY OF THE ARBITRATION AGREEMENT
ACCORDING TO TURKISH LAW

ABSTRACT

The most common solution of the international commercial disputes is arbitration. In the arbitration method; it is envisaged that disputes, which arose or are going to arise will not be solved by the courts but people called arbitrators. Arbitraments are separated in two types: national and non-national. Non-national arbitraments have to be recognized for their executions in Turkey. Recognition conditions regulated in the International Arbitration Act and New York convention. Nowadays, because of there are so many countries that accepted the New York Convention, the Convention provisions are applying in state of International Arbitration Act’s provisions when the recognition needed. In this article, the validity of the arbitration agreement will be examined. The validity of the arbitration agreement is examined according to declaration of intentions, written form requirement, the arbitration convenience of the dispute, and the significance of the dispute and lastly the abilities of the parties.

Keywords: Arbitration, arbitration agreement, validity, New York Convention, arbitration convenience.

Giriş

Tahkimi düzenleyen mevzuattan yola çıkarak bir tahkim tanımı yapılacak olursa; tahkim, kanunun tahkim yoluyla çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmesi yerine, hakemler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmaları şeklinde tanımlanabilir. Bu tanımdan yola çıkılacak olursa, tahkimde devlet yargısında var olan hâkimlerin yerini hakemlerin aldığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, bu uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması konusunda anlaşmalarına tahkim denir^[1]. Uyuşmazlığı çözmekle görevli kişiler de hakemlerdir. Burada hakemlerin kendilerine havale edilen uyuşmazlığı çözmek hususunda hiçbir resmi sıfatları yoktur^[2]. Tahkim yalnızca çekişmeli hukuk uyuşmazlıkları hakkında uygulanabilir^[3].

Tahkim sözleşmesi uyuşmazlığın taraflarına sadece devlet mahkemelerine giden yolu kapatarak hakeme gitme imkanı sağlamakla kalmaz, ayrıca tahkim yargılamasının yapılacağı yer başta olmak üzere, yargılamada uyulacak tüm usul kuralları ve hakemlerin hakkaniyete uygun bir şekilde karar verip veremeyecekleri de dahil olmak üzere birçok hususu belirleme serbestisi sağlar^[4].

Günümüzde uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde en çok kullanılan yöntem tahkimdir.

-
- [1] **YAVUZ**, Cevdet: “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabii Olduğu Hükümler”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul, 2009, s. 133
- [2] **NOMER**, Ergin/**EKŞİ**, Nuray/**ÖZTEKİN**, Günseli: Milletlerarası Tahkim, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 13
- [3] **KURU**, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 780
- [4] **AYDEMİR**, Fatih: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.105

2014 yılında İstanbul'da kurulmuş olan İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (İTOTAM)^[5] ve İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC)^[6], ülkemizde tahkimin gelişmesi ve ülkemizin bir tahkim merkezi haline gelmesi konusunda atılmış önemli adımlardır.

Tahkim sözleşmeye dayanmaktadır. Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır^[7]. Bu çalışmada sadece tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenecektir.

I. Genel Olarak Tahkim Anlaşması

Hakem kararları, milli hakem kararları ve milli olmayan hakem kararları olarak ikiye ayrılmaktadır. Milli olmayan hakem kararları, Türkiye'de verilmemiş olan ve Türkiye'de verilse bile Milletlerarası Tahkim Kanunu'na^[8] göre verilmemiş hakem kararlarını kapsamaktadır. Milli olmayan hakem kararlarının Türkiye'de icra edilebilmesi için Türk mahkemelerinde tenfiz edilmesi gerekmektedir. Tenfizin koşulları Milletlerarası Özel Hukuk Usulü Kanunu^[9] ve New York sözleşmesinde sayılmıştır. Bu şartlar New York Sözleşmesine taraf olmayan ülkelerde verilen hakem kararları için uygulanır. 1958 tarihli New York sözleşmesi, milletlerarası katılımı en fazla olan sözleşmelerden biridir. Günümüzde New York sözleşmesine taraf olmayan devlet sayısı^[10] çok az olduğundan, genel

[5] İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (İTOTAM), İstanbul Ticaret Odası Meclisinin 16.10.2014 tarihli kararıyla kurulmuş ve bu tarih itibarıyla tahkim hukuku alanındaki yeni gelişmeler ve çağdaş kurumsal tahkim sistemleri ışığında hazırlanmış olan İTOTAM Tahkim Kuralları yürürlüğe girmiştir. Tahkim Kurallarımızla birlikte Tahkim Merkezi Divanı ve Sekreterliğinin Yapısı ve Çalışma Usulleri Hakkında İç Yönetmeliğimiz ve Tahkim Giderleri Yönetmeliğimiz de yürürlüğe girmiştir. (<https://www.itotam.com/Hakkimizda.aspx>, E.T.: 11.04.2017)

[6] İstanbul Tahkim Merkezi, 20.11.2014 tarihli ve 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kanunu'nun, 29.11.2014 tarihli ve 29190 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle kurulmuştur.

[7] **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, sf. 780

[8] Bundan sonra kısaca "MTK olarak anılacaktır.

[9] Bundan sonra kısaca "MÖHUK" olarak anılacaktır.

[10] New York Konvansiyonuna üye olmayan ülkeler; Andora, Angola, Belize, Butan, Burundi, Yeşil Burun, Çad, Komoros, Kongo, Doğu Timor, Ekvator, Ekvator Ginesi, Eritre, Etiyopya, Fiji, Gambiya, Grenada, Gine Bisav, Guyana, Kiribati, Kosova, Libya, Lihtenştayn, Makedonya, Malavi, Maldivler, Mikronezya, Myanmar, Namibya, Nauru, Niue, KKTC, Kuzey Kore, Palau, Filistin, Papua Yeni Gine, Sahrawi Demokratik Arap Cumhuriyeti, Saint Kitts ve Nevis, Saint Lucia, Samoa, Sao Tome ve Principe, Seyşeller,

olarak MÖHUK hükümlerine göre değil, New York Sözleşmesinin hükümlerine göre tenfiz yapılmaktadır.

New York sözleşmesi tahkim kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olduğundan dolayı, yalnızca bu hükümleri içermekte, tahkim prosedürüyle ilgili hükümleri içermemektedir. Başka bir ifadeyle sözleşme, tahkimden sonraki aşamaları düzenlemektedir. Ancak geçerlilik koşulları da sözleşmede ana hatlarıyla açıklanmıştır.

New York Sözleşmesinin 5. maddesinde tenfiz şartları düzenlenmiştir. Bu şartları özetleyecek olursak; taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunması; kararın, davalının savunma haklarına riayet edilerek ve hakemlerin yetkileri içerisinde verilmiş olması; kararın, tenfiz devleti hukukuna göre tahkim yolu ile çözümü mümkün bir uyuşmazlığa ilişkin ve kamu düzenine uygun olması ve son olarak da kararın, taraflar için bağlayıcı olması veya verildiği ülke hukukuna ya da tahkimin tabi olduğu ülke hukukuna göre iptal edilmemiş yahut icrası askıya alınmamış olması gerekmektedir.

Tahkim anlaşmasının maddi anlamda geçerliliği tabi olduğu hukuka göre belirlenecektir. Sözleşme tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin doğrudan bir düzenleme ihtiva etmemekle birlikte II. maddesinin (1) ve (2). bentlerinde, tahkim anlaşmasının şekli konusu düzenleme altına alınmıştır. İlgili düzenlemenin 1. bendinde anlaşmanın yazılı olarak yapılması gereği, 2. bendinde ise yazılı anlaşmadan ne anlaşılması gerektiği örneklerle belirtilmiştir^[11].

MTK'nın 4. maddesine göre; "Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek^[12] uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir." MTK'da yer alan bu tanım için, New York Sözleşmesi'nin II. maddesi dikkate alınmıştır.

Sierra Leone, Solomon Adaları, Somali, Somali Land, Güney Kore, Güney Osetya, Sudan, Surinam, Svaziland, Tacikistan, Tanzanya, Togo, Tonga, Türkmenistan, Tuvalu, Vanuatu, Yemen

[11] **ÖZTEKİN GELGEL**, Günseli: New-York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 22 (2), 2011, s. 1138 (<http://dergipark.gov.tr/iumhmohb/issue/9369/117348> E.T. :11.04.2017)

[12] Taraflar konusu mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş bir uyuşmazlığı tahkimle çözebildikleri gibi daha doğmamış fakat doğabilecek bir uyuşmazlık açısından da tahkim anlaşması yapabilirler.

Tahkim yolu, uyuşmazlıkların çözümünde, tarafların, devlet yargısı yerine hakem denilen özel yetkili kişileri yetkili kılmalarını ifade eder. Bu sebeple, tahkim yolunun söz konusu olabilmesi için tarafların bir tahkim anlaşması yapması gerekir. Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceği yolunda bir anlaşma bulunmadıkça tahkim yoluna başvurmak mümkün değildir. Tahkim anlaşmasının en önemli ve vazgeçilmez unsuru, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği hususunda tarafların anlaşmış olmasıdır^[13]. Tahkim anlaşması bir uyuşmazlığın çözümü amacını güder. Tahkim anlaşmasının fonksiyonu uyuşmazlığın ortadan kaldırılmasıdır^[14].

İLHAN'a göre; "UNCITRAL Kanun Modelinin karşılaştırmalı hukukta yaygın şekilde benimsenmeye başlamasıyla, tahkim sözleşmesi yapılabilmesi giderek kolaylaştırılmış; gerek tahkim sözleşmesinin tabi olduğu yazılı şekil şartı gerek tahkime elverişlilik ve tahkim sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin kurallar favor arbitri ilkesi doğrultusunda, tahkimin uygulama alanını genişletecek şekilde yumuşatılmıştır."^[15]

MTK'nın 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılmalıdır. Burada yazılı şekil şartının yerine getirilmesi için anlaşmanın 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 anlaşmasının varlığının iddia edilmesine, davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş, olması gerekir. Burada asıl dikkat edilmesi gereken husus tahkim şartıdır. Kanun koyucu asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye gönderme yapılmasını da geçerli bir tahkim anlaşması olarak kabul etmektedir. Bu hüküm de New York Sözleşmesi'nin II. maddesinin 2. Fıkrası dikkate alınarak yazılmıştır. Yargıtay 19. H.D. 1999/7119 E. ve 2000/1342 K. sayılı kararı bu konuda verilmiş bir karardır. Kararın dayanağı MTK değil, New York Sözleşmesi'ndeki hükümdür. Bu karara göre; "Yabancı hakem kararlarının tenfizine karar verilebilmesi için gerekli olan ön koşul, taraflar arasında tahkim sözleşmesi yapılması veya esas sözleşmede çıkabilecek uyuşmazlığın hakem aracılığıyla çözümleneceğinin öngörülmüş olması gerekir. Türkiye'nin de imzalayarak iç mevzuatına dâhil etmiş olduğu New York Sözleşmesi'nin II/2. maddesinde tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesinin gerektiği, yazılı

[13] AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 95

[14] ERKAN, Mustafa: Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, s. 1-2

[15] İLHAN, Hüseyin Afşin: Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, 2016

anlaşma teriminden ise karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartının veya bir hakem mukavelesinin anlaşılacağı belirtilmiştir. 29.05.1997 tarihli sözleşmede davalı alıcının imzasının bulunmadığı gibi New York Sözleşmesi'nin anılan hükmünde belirtilen ve uyuşmazlığın çözümünde hakeme gidilmesine olanak verecek bir diğer hususun varlığı da kanıtlanamamıştır. Mahkemece bu yönler gözetilerek tenfiz talebinin MÖHUK'un 45/1. maddesi uyarınca reddi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulünde isabet görülmemiştir.”^[16]

II. Tahkim Anlaşmasının Kurucu Unsurları ve Geçerlilik Şartları

Tahkim anlaşmalarının birden çok geçersizlik nedeni bulunmaktadır. “Sözleşme iki tarafta imzalanmamış olabilir, imzalayan taraflardan birinin imza için ehliyeti olmayabilir, yalan beyan veya hatalı temsil esas alınarak imzalanmış olabilir veya yapıldığı ülke hukukuna göre geçersiz bir anlaşma olabilir. ... Sebep ne olursa olsun, bu durumda anlaşmanın geçerliliği hakkında karar verecek olan tahkim mahkemesi için büyük bir kavramsal sorun söz konusudur.”^[17]

Geçerli bir tahkim şartı veya sözleşmesinden bahsedebilmek için ehliyet, şekil ve esas bakımından geçerli bir tahkim şartı veya sözleşmesinin bulunması gerekir^[18].

Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceği, New York Sözleşmesi'nde ifade edilmiştir. Buna göre, tahkim anlaşmasının geçerliliğinde mahkeme, öncelikle tarafların tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmasını kararlaştırdıkları hukuku dikkate alacaktır^[19]. Tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda, hakem kararının verildiği yer hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı tespit edilecektir. Türk hukukuna göre inceleme yapılacak olursa, tahkim anlaşmasının geçerli olması için tahkim iradesinin açıkça belirtilmiş olması, yazılı şekilde ve tahkime elverişli bir konuda yapılmış olması ve anlaşmada uyuşmazlık konusunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

[16] www.kazanci.com

[17] REDFERN, Alan: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, 2004, s. 251

[18] ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013 (ŞANLI)

[19] AKINCI, s. 88

Eğer geçerli bir tahkim anlaşması yoksa uyuşmazlığın devlet mahkemele-
rinde görülmesi gerekmektedir. Bu durum Türk hukuku açısından Anayasal
bir zorunluluktur^[20].

A) İrade Açıklaması

Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkin irade açıklama-
ması, tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartından öte temel kurucu unsurudur.
Geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulabilmesi için, tarafların tahkim iradeleri,
yazılı olarak yaptıkları sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek şekilde açıkça
belirtilmelidir^[21].

Taraflar aralarında yapmış oldukları sözleşmede açıkça tahkim şartına yer
vermemişler ve ayrıca bir tahkim anlaşması da yapmamışlarsa, bu durumda
MTK'nın 2. maddesine göre tahkim şartı içeren bir sözleşmeye atıf yapmaları
durumunda da tahkim anlaşmasının varlığı kabul edilmektedir.

Tahkim anlaşmasının hata, hile, tehdit gibi sebeplere dayanarak geçersiz
olduğunun iddia edilmesi durumunda, tahkim anlaşmasının geçerli olup
olmadığı, tarafların seçtiği hukuka, hukuk seçimi bulunmaması durumunda,
tahkim yeri hukukuna tabi olacaktır.

B) Yazılı Şekil Şartı

Tahkim sözleşmesinin tabi olduğu şekil, doğrudan doğruya Türkiye'nin de
taraf olduğu 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin II. maddesi ile düzenlenmiştir.
Buna göre, tahkim şartından bahsetmek için, taraflarca imzalanmış yazılı bir
anlaşma, karşılıklı mektup teatisi veya telgraf aranmaktadır. Bu duruma ilişkin
ulusal mevzuatlar ise MTK^[22] ve HMK^[23] düzenlemeleridir. Burada aranan
şekil, geçerlilik şeklidir.

[20] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9. maddesine göre yargı yetkisi, Türk Milleti adına
bağımsız mahkemelerce kullanılır.

[21] AKINCI, s. 82

[22] MTK'ya göre ise "teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş
olması" durumunda da yazılı bir tahkim şartından bahsedilebilecektir.

[23] HMK'nın 412. maddesinin 3. fıkrası hükmü şu şekildedir; "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 haline
getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de tahkim

Yargıtay 19. H.D. 1996/9619 E. ve 1997/4669 K. sayılı kararı, bu konuda verilmiş bir karardır. Fakat dayanağı MTK değil, New York Sözleşmesi'ndeki hükümdür. Bu karara göre; “Davacı, Londra'daki hakem mahkemesine başvurarak aldığı kararın tenfizini talep etmektedir. Yabancı hakem kararlarının tenfizi 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 43, 44 ve 45. maddeleri ile Türkiye'nin 3731 sayılı Kanunla uygun bularak onayladığı 10.6.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir. Uygulanması MÖHUK'un 1. maddesinin 2. fıkrası ile saklı tutulan New York Sözleşmesi Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına göre, kanun hükmünde olup, derdest davalara uygulanmalıdır. Bu Sözleşmenin 2. Maddesi, “Akit devletlerden her birinin tarafların akde dayanan veya akdi olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş, veya ileride doğabilecek hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yaptıkları yazılı anlaşmaların geçerli olduğunu (1. bend), yazılı anlaşma terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesinin anlaşıldığını (2. bend)” hükme bağlamıştır. Anılan sözleşmenin 5. maddesinde, 2. maddede belirtilen anlaşmayı akdeden tarafların, haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olmaları, ya da sözleşmenin taraflarca tabi kılındığı kanuna ve eğer bu konuda açıklık yoksa hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunmaları halinde tenfiz talebinin reddedileceği belirtilmiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 45. maddesinin (a) bendine göre, yabancı hakem kararının tenfizi için yabancı hakem kararlarının taraflar arasında bir tahkim sözleşmesine veya esas sözleşmeye konulmuş, bir tahkim şartına dayanması gerekir.”^[24]

sözleşmesi yapılmış sayılır.” Bu hükümler UNCITRAL Model Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme ile paraleldir. Bu düzenleme “Tahkim sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır. 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, yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.”

[24] www.kazanci.com

C) Tahkime Elverişlilik

Tahkime elverişlilik tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili bir konu olsa da, aşağıda görüleceği üzere, New York Sözleşmesi tahkime elverişlilik konusunu, tahkim anlaşmasının geçerliliği konusundan ayrı ve farklı ele almaktadır. Buna göre uyumsuzluğun tahkime elverişliliği, tahkim anlaşmasının geçerliliğinden farklı bir konudur. Bu sebeple, uyumsuzluğun tahkime elverişli olmadığı iddia edilmesi durumunda, tahkim anlaşmasının geçerliliği değil, tahkime elverişlilik tartışılacaktır. Bu iki kavram arasında içerik bakımından olduğu kadar sonuçları bakımından da fark vardır. Tahkime elverişlilik mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınacak bir iptal sebebiyken, tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı itirazı, MTK uyarınca, ancak tarafların ileri sürmesi durumunda dikkate alınabilecek bir iptal sebebidir.

Tahkime elverişlilik kanuni bir sınırlamadır. Tahkime elverişlilik kavramı, kanunun tahkim yoluyla çözümüne izin verdiği konular olarak ifade edilebilir. Tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda en önemli unsurlardan biridir.^[25]

Tahkime elverişlilik objektif ve sübjektif olarak ikiye ayrılır. Objektif tahkime elverişlilik; bir uyumsuzluğun konu itibarıyla tahkime elverişli olmasını ifade ederken, sübjektif tahkime elverişlilik ise bir gerçek veya tüzel kişinin tahkim anlaşması veya yargılama sürecinin tarafı olup olmayacağı konusunu ilgilendirir.

D) Uyumsuzluğun Belirli Olması

Tahkim anlaşmasının tanımında, “mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyumsuzluklar” ibaresi kullanılmaktadır. Tahkim konusunu teşkil eden uyumsuzluğun belli olması gerekir. Uyumsuzluğun konusu belli değilse, bu tür tahkim sözleşmesinin geçerli olmayacağı konusunda doktrinde tam bir fikir birliği vardır. Taraflar, tahkim sözleşmesi yaparken hangi uyumsuzluk hakkında bu sözleşmeyi yaptıklarını bilmelidirler. Farklı bir ifadeyle hangi uyumsuzluğun tahkim yolu ile çözüleceğine ilişkin taraf iradelerinin de anlaşılabilir olması gerekir^[26]. Belli bir hukuki ilişkiden doğacak uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözümleneceğinin kararlaştırılmış olması halinde uyumsuzluk yine belirli sayılır^[27].

[25] **HUYSAL**, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 14

[26] **AKINCI**, s. 83

[27] **SARISÖZEN**. M. Serhat: Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 2005, s. 10

E) Ehliyetsizlik

Son olarak, tahkim anlaşmasını imzalayan tarafların ehliyetli olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması durumunda, yabancı hakem kararlarının tenfizi reddedilebilecektir^[28]. MTK'da tarafların ehliyetine hangi hukukun uygulanacağı konusunda bir hüküm yoktur. Burada iki görüş ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre, tarafların ehliyetine uygulanacak hukukun belirlenmesinde tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının esas alınması gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre ise; tarafların tahkim anlaşması yapmaya ehliyetli olup olmadıklarının tenfiz devleti hukukunun kanunlar ihtilafına göre belirlenmesi gerekmektedir.

Tahkim sözleşmesi yapma ehliyetinin kapsamı ve sınırları, bu ehliyetin sona erme sebepleri de ehliyeti yöneten hukuka tabidir. Özellikle devlet veya devlet kurumu ya da şirketlerinin tahkim sözleşmesi yapma ehliyetleri bakımından bu husus önemlidir. New York Sözleşmesi'ne taraf devlet kurum veya şirketlerinin tahkim sözleşmesi yapma yetkileri tanınmamış, kısıtlanmış veya onay gibi bazı bürokratik işlemlerin ikmaline bağlanmış olabilir. Bu gibi durumlarda, çok defa tenfiz safhasında davayı kaybeden tarafın ehliyetsizlik itirazı ile karşılaşılır. Bu tür itirazlar, prensip olarak iyi niyet kurallarına aykırı düşmedikçe devlet veya devlet kurumlarının statülerine istinaden karara bağlanacaktır^[29].

III. Ayrılabilirlik İlkesi

Ayrılabilirlik ilkesi modern tahkim hukukunda çok önemli bir rol oynamaktadır. Ayrılabilirlik ilkesi, tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrı olarak kendi varlığını devam ettirebileceğine ilişkindir.

VAN DEN BERG'e göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nde ayrılabilirlik ilkesi konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır^[30]. Fakat sözleşmenin 2. maddesinin 3. fıkrasında "Bir âkit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı manada tahkim anlaşması 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. Schwebel'a göre

[28] AKINCI, s. 352

[29] ŞANLI, s. 347

[30] VAN DEN BERG, Albert Jan: The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers 1981, s. 146

bu hüküm aslında ayrılabilirlik ilkesi olarak yorumlanabilir^[31]. Bu hükümde tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirme yetkisi normalden farklı olarak devlet mahkemelerince kullanılacaktır.

Common Law hukuk sisteminde tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrılabilirliğini veya bağımsızlığını ifade eden *severability/separability*, Kıta Avrupası'nda ise *autonomy* kavramları ile ifade edilmiştir^[32].

Bu ilkeye göre tahkim şartı, asıl sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilecek ve asıl sözleşmenin fesih edilmesiyle, süresinin sona ermesiyle veya askıya alınmasıyla tahkim şartı ortadan kalkmayacaktır^[33].

Sonuç

Sonuç olarak tahkim anlaşmasının geçerliliği, New York Konvansiyonu'nun tenfiz şartları arasında yer almaktadır ve çok önemli bir şarttır. Geçersiz bir tahkim anlaşmasıyla yapılan tahkimin tenfizi mümkün değildir. Bunun yanı sıra geçerli bir tahkim anlaşmasının iki sonucu olacaktır. Bunlardan birincisi tarafların tahkim yoluna başvurabilmesidir. İkinci sonuç ise, davalının, kendisine karşı mahkemeye başvuran davacıya karşı tahkim itirazında bulunabilmesidir.

Bir tahkim anlaşmasının geçerliliği esas, şekil ve ehliyet yönünden incelenmelidir. Yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere, tarafların irade açıklamaları tahkim anlaşmalarının kurucu unsurudur. Tarafların tahkim anlaşmasındaki irade açıklamaları net ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde olmalıdır.

Taraflar tahkim anlaşmasını kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde yazılı yapmakla yükümlüdürler.

Tahkime elverişlilik bizim hukukumuzda tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemekle birlikte New York konvansiyonu elverişliliği farklı şekilde ele almıştır. Fakat kanaatimizce tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim anlaşması yapılması bu anlaşmanın geçerliliğini etkileyeceğinden dolayı, elverişlilik de bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmelidir.

Tahkime konu uyuşmazlıkların ne olduğu tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşmada belirtilmelidir. Aksi takdirde hakemin yetki sınırları belli olamayacağından dolayı tahkim anlaşması geçersiz kalacaktır.

[31] SCHWEBEL, Stephen M.: *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge Grotius Publications Limited 1987, s. 22, naklen, ERKAN, s. 15

[32] VAN DEN BERG, s. 145

[33] ERKAN, s. 6

Son olarak tahkim anlaşmasını imzalayan tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir.

Bu açılardan geçerli bir tahkim anlaşması veya tahkim şartı geçerli bir tahkim anlaşması olacak ve uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesine olanak sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, sf. 95
- AYDEMİR**, Fatih: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017
- ERKAN**, Mustafa: Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013
- İLHAN**, Hüseyin Afşin: Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, 2016
- HUYSAL**, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010
- KURU**, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011
- NOMER**, Ergin/**EKŞİ**, Nuray/**ÖZTEKİN**, Günseli: Milletlerarası Tahkim, Beta Yayınları, İstanbul, 2003
- ÖZTEKİN GELGEL**, Günseli: New-York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 22 (2), 2011
- REDFERN**, Alan: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, 2004
- SARISÖZEN**. M. Serhat: Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 2005,
- ŞANLI**, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013
- VAN DEN BERG**, Albert Jan: The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers 1981
- YAVUZ**, Cevdet: "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul, 2009

