

# **TAHKİM SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ**

Beste BULUT

İstanbul, 2017

## İÇİNDEKİLER

|  |           |
|--|-----------|
| KISALTMALAR.....   | 3         |
| GİRİŞ: .....   | 4         |
| <b>1) TAHKİM ANLAŞMASI, TAHKİM SÖZLEŞMESİ VE TAHKİM ŞARTI: .....</b> | <b>7</b>  |
| a) Tahkim Anlaşması: .....   | 7         |
| b) Tahkim Sözleşmesi ve Tahkim Şartı: .....                          | 8         |
| <b>2) TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ:.....</b>                     | <b>9</b>  |
| a) Tahkim İradesi: .....   | 9         |
| b) Tahkim Şartının İçeriği: .....                                    | 10        |
| c) Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı: .....              | 12        |
| <b>3) TAHKİM ANLAŞMASININ ŞEKLİ: .....</b>                           | <b>13</b> |
| SONUÇ:.....  | 19        |
| KAYNAKÇA:.....   | 20        |

## **KISALTMALAR**

|                      |   |
|----------------------|---|
| <u>ICC</u> _____ :   | International Chamber of Commerce   |
| <u>ICSID</u> _____ : | Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım<br>Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme |
| <u>ISTAC</u> _____ : | İstanbul Arbitration Center   |
| <u>ITM</u> _____ :   | İstanbul Tahkim Merkezi   |
| <u>MTK</u> _____ :   | Milletlerarası Tahkim Kanunu  |
| <u>MTO</u> _____ :   | Milletlerarası Ticaret Odası  |
| <u>s.</u> _____ :    | Sayfa   |
| <u>TBK</u> _____ :   | Türk Borçlar Kanunu   |

## GİRİŞ:

Dünyada milletlerarası ticari ilişkiler giderek yoğunlaşmakta olduğundan, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların nasıl çözüme kavuşturulacağı sorunu da giderek önem kazanmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş uluslararası bir seviyede görev yapan bir mahkeme bulunmadığından, milletlerarası ticari uyuşmazlıklardan kaynaklanan sorunlar için devlet yargısına başvurulmakta, bu durum da, gerek mahkemelerin tarafsızlığı açısından ve gerekse özel bilgi gerektiren milletlerarası ticari uyuşmazlıklar açısından tereddüt yaratmaktadır<sup>1</sup>. Tahkim yolu bu nedenle elverişli bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, kararlarının tenfizine ilişkin uluslar arası sözleşmeler, tahkim kararlarının yabancı ülkelerde tenfizini kolaylaştırmıştır, Birleşmiş Milletler Tarafından Hazırlanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 Tarihli New York Konvansiyonu'na çok sayıda devlet taraftır<sup>2</sup>. Bunlar gibi, tahkimin daha ucuz, daha tarafsız, daha kolay olması, daha kısa sürmesi, gizlilik açısından sağladığı avantaj, tarafların hakem seçimindeki serbestisi ve tahkimin uzman kişi ve kuruluşlarca yürütülmesi de milletlerarası tahkim kurumunu, milletlerarası ticarete tercih edilen bir kurum haline getirmiştir<sup>3</sup>.

Uyuşmazlığın taraflarının, ortaya koydukları irade beyanıyla, bu uyuşmazlığı seçilen özel kişiler tarafından çözülmesi ve karara bağlanması konusunda anlaşmalarına “*tahkim*”, uyuşmazlığı çözen özel kişilere ise “*hakem*” adı verilmektedir<sup>4</sup>. Bir başka tanımlamayla tahkim; “ kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların mahkeme yerine, hakem adı verilen kimseler aracılığı ile kesin ve bağlayıcı olarak çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmaları”dır<sup>5</sup>. Uluslararası tahkim, içinde yabancılik unsuru bulunan tahkim olarak tanımlanabilir<sup>6</sup>. Yabancılik unsuru, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (“**MTK**”) 2. Maddesinde geniş bir şekilde tanımlanmıştır ve maddede sayılan hallerden

<sup>1</sup> Erdoğan, Feyiz, Uluslar arası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004, s.87,90; ERKAN, Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara 2013, s.27; AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2016, s.1; ŞANLI, Cemal; EKŞİ, Nuray, Uluslar arası Ticaret Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2004, s.61; YEŞİLOVA, Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008, s. 2; ŞANLI, Cemal, Uluslar arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, İstanbul 2016, s.291..

<sup>2</sup> ERDOĞAN, s.89; ŞANLI, EKŞİ, s. 63; YEŞİLOVA, s. 1; ŞANLI, s. 291.

<sup>3</sup> ERKAN, s.26; NOMER, Ergin; EKŞİ Nuray; ÖZTEKİN GELGEL Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2008, s.16; ŞANLI, EKŞİ, s. 62; YEŞİLOVA, s.1;ŞANLI, s 291.

<sup>4</sup>ERKAN, s.23; YAVUZ, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, [http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%20C4%B1nlar%20C4%B1/1l.%20Uluslararası%20C4%B1%20%20C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/3prof.dr.cevdet\\_yavuz.pdf](http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%20C4%B1nlar%20C4%B1/1l.%20Uluslararası%20C4%B1%20%20C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/3prof.dr.cevdet_yavuz.pdf), s.133, Erişim Tarihi: 24.12.2016; NOMER; EKŞİ; ÖZTEKİN GELGEL, s.16; GÜLERCİ, Altan Fahri, Milletlerarası Tahkim Sözleşmesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Akademi Yayınları, [http://www.academia.edu/19762171/Milletleraras%C4%B1\\_Tahkim\\_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi\\_-\\_International\\_Arbitration\\_Agreement](http://www.academia.edu/19762171/Milletleraras%C4%B1_Tahkim_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_-_International_Arbitration_Agreement), Erişim Tarihi: 26.12.2016, s.3; KONURALP, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2011, s.126; ŞANLI, s. 297.

<sup>5</sup> AKINCI, s.3; NOMER; EKŞİ; ÖZTEKİN GELGEL, s.15; YEŞİLOVA, s. 45; KONURALP, s.126.

<sup>6</sup> KALPSÜZ, Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s.3; ERDOĞAN, s.87; NOMER; EKŞİ; ÖZTEKİN GELGEL, s.4,5; ŞANLI, s. 302, 303.

birinin varlığı halinde, tahkim belirtildiği üzere, milletlerarası bir nitelik kazanacaktır<sup>7</sup>. 4686 s. MTK da sadece, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır<sup>8</sup>.

Tahkim “Zorunlu Tahkim” ve “İhtiyari Tahkim” olarak ikiye ayrılmaktadır. Taraflar arasında uyuşmazlığı tahkim ile çözüme kavuşturmaya yönelik bir anlaşma mevcut olmasa da, yasaların açıkça düzenlediği konularda, taraflar aralarındaki uyuşmazlığı devlet mahkemeleri dışında zorunlu tahkime götürmeleri gerekmektedir fakat bu hal istisnai olup hangi hallerde zorunlu tahkime gidileceği yasa ile düzenlenmektedir<sup>9</sup>. Tahkim, esas itibariyle tarafların seçimine bağlı olarak kullanılmaktadır ve zorunlu tahkim dışında kalan diğer tüm hallerde taraflar aralarında anlaşarak, yani bir tahkim sözleşmesi yaparak, aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözüme kavuşturabilirler<sup>10</sup>.

Tahkim ayrıca, “Kurumsal Tahkim” ve “Ad- hoc Tahkim” olarak ayrılmaktadır. Kurumsal tahkimde, tahkim yargılamasının süreceği kurumun önceden hazırlanmış yargılama kuralları bulunmaktadır ve taraf iradeleriyle düzenlenmemiş hususlar, bu kurallara tabi olarak yönetilecektir<sup>11</sup>. Türkiye’de de ulusal ve uluslar arası nitelikli uyuşmazlıkların çözümü için “İstanbul Tahkim Merkezi” kurulmuştur. Milletlerarası alanda en çok bilinen tahkim kurumları şu şekildedir; “Milletlerarası Ticaret Odası (MTO veya ICC Tahkimi), Amerikan Tahkim Kurumu (AAA), Londra Tahkim Kurumu (LCA), Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumu<sup>12</sup>. Ayrıca, uluslar arası ticaret uygulamasında, bitkisel yağ sektörünün (FOSFA), pamuk sektörünün (Liverpool Cotton Rules), hububat sektörünün (GAFTA) kendine özgü tahkim kurumları mevcuttur<sup>13</sup>. Taraflar bunun dışında, hakem ya da hakem kurulunu kendileri de oluşturabilirler ve bu halde tahkim mahkemesi, tarafların anlaşmasıyla ve sadece söz konusu somut uyuşmazlık için geçici olarak oluşturulmuş olmaktadır ve herhangi bir kuruma bağlı olmaksızın yapılan bu hakemliğe de “ad hoc Tahkim (yani, geçici, arızı, ad hoc arbitration)”

---

<sup>7</sup> **MTK- Yabancılık unsuru Madde 2** – Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır. 1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması. 2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden, b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, Başka bir devlette bulunması. 7984 3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması. 4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirilmesi. 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.

<sup>8</sup> ŞANLI, s. 311.

<sup>9</sup> NOMER; EKŞİ; ÖZTEKİN GELGEL, s.15; AKINCI, s.6; KONURALP, s.136.

<sup>10</sup> YAVUZ, s.135; AKINCI, s.6; NOMER; EKŞİ; ÖZTEKİN GELGEL, s.15; YEŞİLOVA, s.235.

<sup>11</sup> NOMER; EKŞİ; ÖZTEKİN GELGEL, s.3; AKINCI, s.4; KONURALP, s.139; ŞANLI, s. 299.

<sup>12</sup> AKINCI, s.4.

<sup>13</sup> AKINCI, s.5.

denmektedir<sup>14</sup>. Ad hoc tahkimde, taraflar her kurala karar vermek yerine, yaygın olarak yargılamada UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın uygulanmasını kararlaştırmaktadırlar ve bu durumda taraflarca düzenlenmeyen hususlar bu kurallara tabi olmaktadır<sup>15</sup>.

Tahkim hakkındaki bu genel girişten sonra, çalışmamızda özel olarak “ Tahkim Sözleşmesi Kavramı ve Sözleşmenin Şekli” incelenecektir. Bu kapsamda, ilk olarak, “Tahkim Sözleşmesi veya Tahkim Şartı Kavramları”, “Tahkim İradesi”, “Tahkim Şartının İçeriği ve Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı”, “Tahkim Anlaşmasının Belirli Olması Koşulu”, “Taraflar Arasındaki Çekişme Unsuru”, “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk” kavramlarına ayrı başlıklar halinde yer verilecektir. İkinci olarak ise, Tahkim Anlaşmasının Şekli incelenecek ve bu konuda ayrıntılı bilgiler verilecektir.

---

<sup>14</sup> NOMER; EKŞİ; ÖZTEKİN GELGEL, s.3; AKINCI, s.4; ŞANLI, s. 299.

<sup>15</sup> AKINCI, s.5.

## 1) TAHKİM ANLAŞMASI, TAHKİM SÖZLEŞMESİ VE TAHKİM ŞARTI:

### a) Tahkim Anlaşması:

Kişilerin, uyuşmazlıkların çözümünde, devlet yargısı yerine tahkim yolunu seçmesiyle tahkim yargılamasının söz konusu olduğunu yukarıda belirtmiştik. Dolayısıyla, tahkim yargılamasından söz edebilmek için öncelikle, tarafların bir “Tahkim Anlaşması” yapmaları gerekmektedir, bir anlaşma yok ise, tahkim yoluna başvurmak da mümkün olmayacaktır<sup>16</sup>. Bu nedenle, tahkim anlaşması, yani uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceği konusunda tarafların anlaşmış olması, tahkim yolunun olmazsa olmaz koşuludur<sup>17</sup>.

Tahkim anlaşması, Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”) md. 4 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan hükümde Tahkim Anlaşması; *“Tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma”* olarak tanımlanmıştır. MTK’ da yer alan bu tanım, New York Sözleşmesi’nin II(1) hükmü dikkate alınarak düzenlenmiştir<sup>18</sup>.

Hükümden anlaşılacağı üzere, tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlık sözleşmeden doğabileceği gibi, sözleşme dışı bir ilişkiden de kaynaklanmış olabilir. Dolayısıyla, uyuşmazlığın tahkime elverişli olması koşuluyla, uyuşmazlığın kaynağının, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme olması durumunda da taraflar, bir tahkim anlaşması yaparak, tahkim yargılamasını başlatabilirler<sup>19</sup>. Uygulamada, marka ihlalleri ya da haksız rekabet iddiaları gibi sözleşmeden kaynaklanmayan uyuşmazlıklar da, bu hüküm dolayısıyla tahkim yoluyla çözümlenebilecektir<sup>20</sup>.

Hükümdeki bir diğer önemli nokta ise, tahkim anlaşmasının, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıklarla ilgili olarak yapılabilmesidir. Tahkimde dava açılabilmesi için taraflar arasında bir uyuşmazlığın mevcut olması gerekliliğine karşın, tahkim anlaşmasının yapılabilmesi için, doğabilecek nitelikte olması yeterlidir<sup>21</sup>. Ayrıca taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkların tümünün ya da bu uyuşmazlıkların sadece belirli bir bölümünün tahkim yoluyla çözümlenebileceğini de kararlaştırabilirler<sup>22</sup>. Tarafların, aralarındaki sözleşmelerden bazılarının ya da tek bir sözleşmenin belirli bir bölümünden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğini

<sup>16</sup> ERKAN, s.39; AKINCI, s.93; ŞANLI, EKŞİ, s. 65; YEŞİLOVA, s.236; GÜVENÇ ULUÇLAR, Selvi Nazlı, “Tahkim Anlaşmasının Hukuki Niteliği”, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Dış Ticaret Enstitüsü Tartışma Metinleri, s.1; ŞANLI, s. 297.

<sup>17</sup> AKINCI, s.93; ERKAN, s.40.

<sup>18</sup> ERKAN, s.40; AKINCI, s.94.

<sup>19</sup> ERDOĞAN, s. 203; AKINCI, s.94; GÜVENÇ ULUÇLAR, s.5; YAVUZ, s.136; ŞANLI, s. 322.

<sup>20</sup> AKINCI, s.94; YAVUZ, s.136.

<sup>21</sup> ERDOĞAN, s. 203; AKINCI, s.94; KALPSÜZ, s.34; YEŞİLOVA, s.236; GÜVENÇ ULUÇLAR, s.5; YAVUZ, s.136.

<sup>22</sup> AKINCI, s.94; GÜVENÇ ULUÇLAR, s.5; YAVUZ, s.137.

kararlaştırmaları da mümkündür<sup>23</sup>. Bu durumda, tahkim anlaşması dışında kalan bir konudan doğan uyuşmazlıklar, devlet yargısında çözümlenecektir. Bir uyuşmazlığın tarafı birden fazla gerçek veya tüzel kişiden oluşuyor ve sadece bazıları arasında tahkim anlaşması var ise, kural olarak, tahkim anlaşması, bu anlaşmaya taraf olmayan kişilere etki etmeyecek ve bu kişilere karşı, tahkimde dava açılmayacaktır<sup>24</sup>. Yargıtay da bir kararında, temsilen yapılan işlerde, hak ve borçlar temsil olunana ait olacağından ve uyuşmazlığın mahkemede çözülmesi esas, tahkim istisna olduğundan, tahkim anlaşmasının, sözleşmenin tarafı olmayan ancak temsilci sıfatıyla imzalayan kişiye teşmilinin mümkün olmadığına karar vermiştir<sup>25</sup>.

Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesi olduğuna ilişkin görüşe göre<sup>26</sup>; tahkim anlaşması sözleşme serbestisi sınırları içinde yapılmakta ve taraf iradelerine kurucu ve yenilik doğurucu etki tanındığından, tahkim anlaşmasından doğan sorunlara, özel hukuka ilişkin sözleşme kuralları uygulanmalı ve taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlediklerinden, anlaşmanın varlığı ve geçerliliğine de bu hukuk uygulanmalıdır. Usul hukuku sözleşmesi görüşüne göre; tahkim anlaşmasının kurulmasında, özel hukuk hükümlerine tabi olmasının onun maddi hukuk sözleşmesi yapmayacağı ve tahkim anlaşması taraf iradelerinin bir sonucu olarak taraflar için bağlayıcı olsa bile, önemli olanın tahkimin yapıldığı yer hukukunun anlaşmaya verdiği yetki ile tahkim anlaşmasının bağlayıcı hale gelebilmesi olduğunu ve bu nedenle de usule ilişkin bir anlaşma olduğunu savunmaktadır<sup>27</sup>. Karma görüşe göre; hakem heyeti yetkisini irade serbestisine dayanan tahkim anlaşmasından alsa bile, tahkim prosedürüne uygulanacak hukuk, usuli niteliktedir ve bu nedenle de tahkim karma bir yapıya sahiptir<sup>28</sup>. Son olarak otonom görüşe göre<sup>29</sup>; tahkimin hukuki niteliği belirlenirken tahkimin amacına ve kullanımına bakılması gerekir ve bu görüşe göre, tarafların irade serbestisi, sadece uluslar arası kamu düzeni gerekçesiyle sınırlandırılması, hakem kararlarının milli hukuklardan soyutlanması, tahkim yeri ile hakem kararı arasındaki bağın zayıflaması ve tahkim yargılamasında mahkemelerin müdahalesinin azaltılması gereklidir.

### **b) Tahkim Sözleşmesi ve Tahkim Şartı:**

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinde; "*tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir.*" Şeklinde tahkim anlaşmasının ne şekilde yapılabileceğini düzenlemiştir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, tahkim anlaşması, uyuşmazlığın tahkim

<sup>23</sup> AKINCI, s.95; GÜVENÇ ULUÇLAR, s.5; YAVUZ, s.137.

<sup>24</sup> AKINCI, s.95; YAVUZ, s.137.

<sup>25</sup> AKINCI, s.95, dipnot 185, Y. 19. HD., 24.10.2002, 7495/6932 (YKD., 2003/3, s. 422-423); GÜVENÇ ULUÇLAR, s.5; YAVUZ, s.137; KARAZİNCİR, s. 31.

<sup>26</sup> ERKAN, s.42 GÜVENÇ ULUÇLAR, s.6; GÜLERCİ, s. 35; YAVUZ, s.142; KONURALP, s.153.

<sup>27</sup> GÜVENÇ ULUÇLAR, s.9;ERKAN, s.42; GÜLERCİ, s. 39; YAVUZ, s.142; KONURALP, s.154.

<sup>28</sup> ERKAN, s.43; GÜVENÇ ULUÇLAR, s.11; GÜLERCİ, s. 43; YAVUZ, s.143; KONURALP, s.154.

<sup>29</sup> ERKAN, s.43; GÜVENÇ ULUÇLAR, s.11; YAVUZ, s.144.



yoluyla çözümleneceği konusunda taraf iradesini beyan eden bir sözleşme şeklinde yapılabilir<sup>30</sup>. Buradaki önemli nokta, tahkim sözleşmesi, uyuşmazlığın tarafları arasındaki anlaşmayı ifade ettiğinden, hakem sözleşmesinden farklı olmasıdır<sup>31</sup>. Hakem sözleşmesi ise, taraflarla hakemler arasında hakemlik ücreti ve diğer koşullara ilişkin olarak yapılan anlaşmadır<sup>32</sup>.

Taraflar ayrıca, bağımsız bir sözleşme yerine, aralarındaki ilişkiyi düzenleyen asıl sözleşmeye bir madde ekleyerek, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini kararlaştırabilirler. Sözleşmeye koyulan böyle bir hüküm “Tahkim Şartı” olarak adlandırılmaktadır ve uygulamada genellikle kişilerin bu yöntemi tercih ettikleri, sözleşme dışı uyuşmazlıklar ve tarafların sonradan tahkim yolunu tercih etmeleri durumu dışında, ayrı bir sözleşme yapma yönteminin, istisnai olduğu görülmektedir<sup>33</sup>.

Tarafların arasında mecburi dava arkadaşlığı olması durumunda, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi için, hepsinin tahkim anlaşmasına taraf olması ve aynı şekilde uyuşmazlık çıktıktan sonra mecburi dava arkadaşlarının hepsinin davayı açması gerekmektedir.

Aralarında tahkim anlaşması bulunmayan tarafların, uyuşmazlık hakkında dava açılmasından sonra da tahkim yoluna başvurmaları mümkündür<sup>34</sup>. Böyle bir durumda, MTK md. 5 uyarınca, “*yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir.*”. Dolayısıyla, yargılamanın herhangi bir aşamasında taraflar, tahkim yoluna başvurmaya karar verdiklerinde, uyuşmazlık tahkim yolu ile çözülecektir.

## 2) **TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ:**

### a) **Tahkim İradesi:**

Uyuşmazlıkların çözümünde esas olan çözüm yolunun mahkemeler olduğunu ve tahkimin tarafların anlaşması ile seçildiğini yukarıda belirtmiştik. Bu nedenle, tarafların tahkim yolunu seçtiğine yönelik irade açıklaması, tahkim sözleşmesinin temel kurucu unsurunu oluşturmaktadır ve tarafların iradelerini açık bir şekilde, tahkim sözleşmesinde belirtmeleri gerekmektedir<sup>35</sup>. Yargıtay da çeşitli

<sup>30</sup> ERKAN, s.41; ERDOĞAN, s. 204; NOMER; EKŞİ; ÖZTEKİN GELGEL, s.17; KALPSÜZ, s.34; ŞANLI, EKŞİ, s. 65; YEŞİLOVA, s.237; GÜVENÇ ULUÇLAR, s.4; KARAZİNCİR, Ata, Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Tarsus/Mersin 2012, s.29; ŞANLI, s. 323.

<sup>31</sup> AKINCI, s.96.

<sup>32</sup> AKINCI, s.97; ŞANLI, EKŞİ, s. 65; GÜLERCİ, s. 74.

<sup>33</sup> ERKAN, s.41; ERDOĞAN, s. 204; AKINCI, s.97; NOMER; EKŞİ; ÖZTEKİN GELGEL, s.17; KALPSÜZ, s.34; ŞANLI, EKŞİ, s. 65; GÜVENÇ ULUÇLAR, s.4; KONURALP, s.157.

<sup>34</sup> AKINCI, s.98.

<sup>35</sup> ERKAN, s.45; AKINCI, s.98; YEŞİLOVA, s.235; GÜVENÇ ULUÇLAR, s.5; GÜLERCİ, s. 54; YAVUZ, s.137.

kararlarında, tahkimden ve geçerli bir tahkim şartından bahsedebilmek için, uyuşmazlığın mutlak olarak hakemlerce çözüleceğine yönelik irade açıklamasının açıkça ve tereddüde yer vermeyecek şekilde yapılmış olmasını aramaktadır<sup>36</sup>. Taraflar aralarındaki sözleşmede, açıkça tahkim şartına yer vermemiş iseler ve ayrıca bir tahkim anlaşması da yapmamış iseler, tahkim şartı içeren tip sözleşmelere atıf yaptıkları takdirde tahkim anlaşmasının varlığı kabul edilir<sup>37</sup>. Tarafların anlaşmasında belirtilmiş olan, uyuşmazlığın sonuçta mahkemede çözüleceğine dair ya da hakemlerin karar verememesi durumunda uyuşmazlığın mahkemede çözüleceğine dair ifadeler, Yargıtay tarafından, tarafların iradesini tereddüde düşürecek nitelikte bulunmuştur<sup>38</sup>.

Tahkim anlaşmasında, uyuşmazlığın kurum tarafından bağlayıcı olarak çözüleceğine yönelik tahkim anlaşmaları, “tahkim” kavramını içermediğinden, yeterince açık bulunmamış ve bu nedenle geçersiz sayılmıştır<sup>39</sup>.

Tahkim anlaşması sadece anlaşmanın taraflarını bağlayacağından, aynı sözleşme ile ilgili olsa dahi, tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir kişiye karşı dava açılması ya da hakem kararının üçüncü bir kişiyi bağlaması olanaklı değildir<sup>40</sup>. Ancak, sözleşmenin devri durumunda, sözleşmeyi devralan taraf, tahkim anlaşmasıyla da bağlı olacaktır ve Yargıtay da aynı görüştedir<sup>41</sup>.

Geçerli bir tahkim sözleşmesinden ya da şartından bahsedebilmek için, hangi uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceğine yönelik taraf iradelerinin de açıkça anlaşılabilir olması gerekmektedir<sup>42</sup>. Bir başka deyişle, tarafların hangi konulardaki uyuşmazlıklarını hakeme götürdükleri belirli olmalıdır. Dolayısıyla, belirli bir ya da birkaç uyuşmazlığa atıf yapmaksızın “aramızdaki bütün çekişmeler tahkim yolu ile çözümlenecektir” şeklindeki bir tahkim anlaşması geçerli olmayacaktır<sup>43</sup>.

#### **b) Tahkim Şartının İçeriği:**

Tahkim şartının içeriği açısından bulunması zorunlu kılınmış herhangi bir husus bulunmamaktadır dolayısıyla da, tarafların tahkim iradeleri sözleşmenin içeriğinden açıkça anlaşılıyor ise, tahkim şartı geçerli sayılacaktır. Bu nedenle, uygulamada da kullanıldığı üzere, sözleşmede sadece “tahkim, İstanbul” şeklindeki bir ifade ya da sadece bir tahkim merkezinin kısaltmasını yazmak suretiyle –örn; ISTAC Arbitration ya da ITM Tahkim- bir tahkim kurumuna yapılan atıf da

<sup>36</sup> AKINCI, s.98.

<sup>37</sup> GÜVENÇ ULUÇLAR, s.5.

<sup>38</sup> AKINCI, s.99.

<sup>39</sup> AKINCI, s.102.

<sup>40</sup> AKINCI, s.104.

<sup>41</sup> AKINCI, s.104.

<sup>42</sup> ERKAN, s.45; AKINCI, s.105.

<sup>43</sup> NOMER; EKŞİ; ÖZTEKİN GELGEL, s.18; AKINCI, s.105.

uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümünde yeterli sayılacaktır<sup>44</sup>. Bununla beraber, tarafların sözleşmede, kendileri için önem arz eden tahkim yeri, yargılama dili, hangi tahkim kurumunun kurallarının uygulanacağı, hakem sayısı gibi ayrıntılara yer vermeleri, yararlı olacaktır<sup>45</sup>.

Taraflar bazen, aralarında bir tahkim anlaşması yapmak yerine, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini öngören standart terimler, kurallar ya da tip sözleşmelere atıf yapmaktadırlar. MTK'nın 4. Maddesinde bu durum düzenlenmiş olup, hükme göre; asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla, tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de, tahkim anlaşması geçerli sayılmaktadır<sup>46</sup>. Burada taraflar arasında imzalanan metinde, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğine yönelik bir ifade bulunmamakta, fakat taraflar arasındaki anlaşmanın gönderme yaptığı tip sözleşme ya da standart kurallar uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesini öngörmektedir<sup>47</sup>. Burada önemli olan husus, standart sözleşme ya da kurumsal tahkim kurumlarının yazımında bir hata olmamasıdır, çünkü mevcut olmayan tahkim kurumlarına yapılan atıf ya da kısaltmaların kullanılması sırasında yapılan hata dolayısıyla tahkim şartı geçersiz sayılabilecektir<sup>48</sup>. Örneğin; Milletlerarası Ticaret Odası Tahkimi için ICC yerine yanlış olarak BCC yazılması, tahkim merkezine yapılan atfı, Paris'teki MTO tahkimi yerine Bahreyn'deki tahkim merkezine dönüştürecektir<sup>49</sup>. Bu konuda, tahkim merkezinin isminin tercümesi yerine orijinal isminin belirtilmesi ya da kısaltmasının kullanılması da yanlışlıkları önlemek açısından faydalı olabilecektir<sup>50</sup>.

MTK' da "Tahkim Anlaşması"nın tanımında yer alan, " mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek" uyuşmazlıkların tahkime konu yapılabileceği ifadesinden anlaşıldığı üzere, tahkim yoluna başvurabilmek için, tahkim anlaşmasının belirli olması prensibi gereğince, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişki olmalıdır. Dolayısıyla, taraflar bundan sonra aralarında akdedecekleri tüm satım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, tahkime konu olduğu yönünde bir tahkim şartını, henüz aralarında bir sözleşme olmadığından, koyamayacaklardır<sup>51</sup>. Aynı şekilde taraflar, aralarında çıkacak bütün uyuşmazlıkların, tahkim yolu ile çözümleneceğine yönelik bir tahkim sözleşmesi de yapamayacaklardır<sup>52</sup>. Tahkim anlaşmasının belirli olması prensibi dolayısıyla, geçerli bir tahkim şartı için tarafların, hangi uyuşmazlıkla ilgili olarak tahkim şartı imzalandığının ( birden çok uyuşmazlık var ise, hangileri hakkında tahkime başvurulacağını) ve belli bir hukuki ilişkiden (örn; bir satım

<sup>44</sup> YAVUZ, s.139; AKINCI, s.106.

<sup>45</sup> AKINCI, s.106.

<sup>46</sup> AKINCI, s.108; YAVUZ, s.139; KARAZİNCİR, s. 29.

<sup>47</sup> AKINCI, s.106.

<sup>48</sup> AKINCI, s.106.

<sup>49</sup> AKINCI, s.106.

<sup>50</sup> AKINCI, s.107.

<sup>51</sup> ERKAN, s.48; AKINCI, s.111; NOMER; EKŞİ; ÖZTEKİN GELGEL, s.18 GÜLERCİ, s. 51.

<sup>52</sup> ERKAN, s.48; AKINCI, s.111; NOMER; EKŞİ; ÖZTEKİN GELGEL, s.18; GÜLERCİ, s. 51.

sözleşmesinden) doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğinin kararlaştırılmış olması gerekmektedir<sup>53</sup>.

Tahkim yoluna başvurulabilmesi için, tarafların arasında bir çekişmenin bulunması gerekmekte olduğundan, uyuşmazlık doğmadan kaleme alınan tahkim şartı açısından da bu durum yani tahkim şartında uyuşmazlığın ilişkili bulunduğu hukuki münasebetin belirtilmesi yeterli olacaktır<sup>54</sup>.

Tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği aşağıda da belirtileceği üzere, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır, maddi geçerliliğine uygulanacak hukuk konusu ise, MTK' nın 4. Maddesinin 3. Fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin hukukun tespitinde öncelikle tarafların seçimine bakılır, böyle bir seçim olmaması durumunda da anlaşmanın geçerliliğini Türk hukukuna göre tespit edilir<sup>55</sup>.

### c) Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı:

Yukarıda belirtildiği üzere, tahkim anlaşması, asıl sözleşme içine koyulan bir tahkim şartı şeklinde de yapılabilir. Asıl sözleşmenin geçerliliğinin taraflar arasında çekişmeli olması durumunda, tahkim şartının bu durumdan nasıl etkileneceği sorunu ortaya çıkacaktır. Bu durumda, tahkim şartının da geçersiz olduğu kabul edilirse, tahkim yoluna başvurmak istemeyen taraf, uyuşmazlığı mahkemelerde çözümlenmesine sebep olacak, tahkim imkânı ortadan kalkacak ve etkisizleşecektir. Bu nedenle, Alman ve Fransız hukuklarında “Tahkim Şartının Özerkliği”, Amerikan hukukunda ise, “Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı veya Ayrılabilirliği” olarak adlandırılan teori kabul edilmiş ve tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı benimsenmiştir<sup>56</sup>. Dolayısıyla, asıl sözleşmenin geçersizliği de, hakemler tarafından incelenecek ve karara bağlanacaktır ve tahkim şartı geçersiz olmayacaktır<sup>57</sup>. Bu durum, MTK md. 4 hükmünde de kabul edilerek, “*Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin itirazında bulunulamaz*” şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla, Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, tahkim şartının geçerliliği, asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olmadığından, esas sözleşmenin geçersiz olması, tahkim anlaşmasının geçerliliğini de etkilemeyecektir<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> AKINCI, s.111.

<sup>54</sup> ERKAN, s.48; AKINCI, s.112; GÜLERCİ, s. 52.

<sup>55</sup> ERDOĞAN, s. 205; KALPSÜZ, s.36; ŞANLI, s. 325.

<sup>56</sup> AKINCI, s.116; YEŞİLOVA, s.239; SARIOZ BÜYÜKALP, İpek, “Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkânsız Olması” Kavramları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2015-2061 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, s. 2037; YAVUZ, s.146; KARAZİNCİR, s.31; ŞANLI, s. 326.

<sup>57</sup> AKINCI, s.116; YEŞİLOVA, s.241.

<sup>58</sup> AKINCI, s.116; ŞANLI, EKŞİ, s. 67; YEŞİLOVA, s.240.

### 3) TAHKİM ANLAŞMASININ ŞEKLİ:

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. Maddesinde "Tahkim Anlaşmasının Şekli" düzenlenmektedir. Anılan hükme göre; " *Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılabilmesi için, tahkim anlaşmasının 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. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.*" şeklinde belirtilmiştir. Tahkim, iradi bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğundan, tahkim yargılamasına gidilebilmesi için, tarafların mutlaka rızalarının var olması ve bu rızanın bir "şekilde" ortaya konması gerekmektedir<sup>59</sup>, Bu nedenle, tahkim anlaşmasının varlığının ispat edilebilmesi için yazılı şekil şartı getirilmiştir. Mevzuatlarda şekil şartına ilişkin düzenlemeler, uyuşmazlıklarını mahkemeler aracılığıyla çözmeye imkânından mahrum kalarak tahkim anlaşması yapan tarafların, samimi ve gerçek iradelerinin varlığının tespiti ve taraflar arasında böyle bir sözleşme akdedildiğinin tespitine imkân sağlamak amacıyla yapılmıştır<sup>60</sup>. Bahsedilen yazılı şekil, adi yazılı şekil şartıdır<sup>61</sup>.

Tahkim anlaşmasındaki yazılı şekil şartı, ticari hayatın ihtiyaç ve gerekleriyle örtüşmediğinden sözlü olarak da yapılabilmesi ileri sürülmüşse de<sup>62</sup>, genel olarak uluslar arası metinlerde de kabul görmektedir. New York Sözleşmesi'nde, Cenevre Sözleşmesi'nde ve UNCITRAL Model Kanunu'nda da yazılı şekil şartı öngörülmüştür<sup>63</sup>. Ayrıca, pek çok devletin ulusal yasalarında da şekil açısından, UNCITRAL Model Kanunu'ndaki yazılı şekil şartı kabul edilmiştir<sup>64</sup>. New York Sözleşmesi' nin 2. Maddesi de tahkim sözleşmesinin geçerliliği açısından yazılı şekil şartı getirmektedir ve buna göre, yazılı bir tahkim şartından bahsedilmesi için, taraflarca imzalanmış bir anlaşma, karşılıklı mektup teatisi veya telgraf aranmaktadır<sup>65</sup>. Buradan anlaşılacak husus, New York Sözleşmesi, 1958 tarihli olmasından dolayı, MTK' da teknolojik gelişmelerin de dikkate alındığı ve "teleks, faks gibi bir iletişim aracına

<sup>59</sup> ERKAN, s.49.

<sup>60</sup> YEŞİLOVA, s.269.

<sup>61</sup> GÜVENÇ ULUÇLAR, s.6; GÜLERCİ, s. 80; KONURALP, s.158; ŞİT, s. 411; ŞANLI, s. 323.

<sup>62</sup> YEŞİLOVA, s.269; GÜLERCİ, s. 81; ŞİT, Banu, "Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 2005-2006, Cilt 25, Sayı 1,2, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmohb/article/view/1019002538/1019002131>, Erişim Tarihi: 31.12.2016, s.411.

<sup>63</sup> ŞANLI, s. 323.

<sup>64</sup> ERKAN, s.49; YEŞİLOVA, s.272; ŞİT, s. 411.

<sup>65</sup> ERKAN, s.49; AKINCI, s.117; YEŞİLOVA, s.272; GÜVENÇ ULUÇLAR, s.5; GÜLERCİ, s. 81; YAVUZ, s.152.

veya elektronik ortama geçirilmiş olması” durumunda da yazılı şekil şartının yerine getirilmiş olduğudur<sup>66</sup>.

Yazılı şeklin en klasik örneği, taraflar arasında imzalanmış bir tahkim anlaşmasıdır. Türk Borçlar Kanunu (“**TBK**”) md. 13 hükmünde, “kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur.” Ve 14. Maddesinde “yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.” denilmektedir. Bu nedenle, hukukumuzda yazılı şekil şartının bir unsuru metinken, diğer unsuru da imzadır ve tahkim şartında, tahkim anlaşmasına taraf olanların imzası bulunmuyor ise, tahkim şartı Türk Hukuku açısından geçersiz olacaktır<sup>67</sup>. Fakat MTK’ daki hüküm gereğince, aşağıda belirtilen b,c,d hallerinde imza bulunmasa da yazılı şekil şartının yerine geldiği kabul edilmektedir<sup>68</sup>.

MTK uyarınca tahkim sözleşmesindeki yazılılık şartının, dört farklı şekilde gerçekleşmesi mümkündür<sup>69</sup>;

- a. Tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgede bulunması,
- b. Tahkim sözleşmesinin, taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması,
- c. Dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine, davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması (Burada yazılılık şartı gerçekleşmese de dürüstlük kuralı uyarınca gerçekleştiği kabul edilmiştir.)
- d. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması. (Örn; taraflar, sözleşmelerindeki atıfla, (incorporation) Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi’ nin yetkisini içeren Londra’daki Rafine Şeker Birliği Genel Şartlarını mukavelenin eki haline getirmişlerse, her ne kadar esas sözleşmede bir tahkime ilişkin bir hüküm olmasa da, bu yolla yazılı bir tahkim sözleşmesi yapmış sayılırlar ve taraflar endirekt olarak tahkime gitmeyi kabul etmiş olurlar<sup>70</sup>.)

Uluslararası düzenlemelerde belirtilen yazılı şeklin, bir ispat şartı mı geçerlilik şartı mı olduğu konusunda, söz konusu düzenlemelerde bir açıklık yoktur. Geçerlilik şartı olarak düşünüldüğünde, yazılı şekil şartının zorunlu olmasının amacının, kamu düzeni ve işlem güvenliğini tesis etmek ayrıca, tahkim anlaşmasının taraflarını korumak (şeklin tarafları, ayrıntılı düşünmeye sevk ederek acele karar verilmesini engellemek ve anlaşmanın bir müzakereden ibaret olmayıp, kesin yapılmak istendiğini

<sup>66</sup> ERKAN, s.54; AKINCI, s.117; ERKAN, s.54; ŞİT, s. 415, 422.

<sup>67</sup> AKINCI, s.118; ŞİT, s. 419.

<sup>68</sup> ŞİT, s. 422; ŞANLI, s. 323, 324.

<sup>69</sup> GÜLERCİ, s. 83.

<sup>70</sup> ŞANLI, s. 324.

göstermesi açısından) olduğu söylenmektedir<sup>71</sup>. Fakat Erkan' a göre tahkim kişilerin, devlet mahkemelerine müracaatını kaldırdığı için, taraf iradelerinden açık bir şekilde anlaşılması gereklidir bu nedenle de tahkim sözleşmesi, kamu düzenine ilişkin bir mesele değildir çünkü tahkim tarafların üzerinde tasarruf edebileceği konular üzerinde yapılmaktadır<sup>72</sup>. Aile ya da miras hukuku gibi konularda ise, tahkime elverişli olmadıklarından dolayı tahkim anlaşması yapılmaz. Tahkim anlaşması daha çok tacirler tarafından yapılmaktadır ve tacirler basiretli bir tacir olarak yaptıkları sözleşmenin devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırdığının farkındadırlar, dolayısıyla yazara göre, bu nedenle de tahkim anlaşmasının kamu güvenliğini tesis etme mecburiyeti bulunmamaktadır<sup>73</sup>. Tarafların kendi iradesiyle, devlet yargılamasının yerine tahkim yolunu seçerek, devlet yargısının yetkisini ortadan kaldırdığını belirtmiştik. Taraflardan birinin tahkim anlaşmasına rağmen, devlet yargısına başvurduğunda, diğer taraf tahkim itirazında bulunmaz ise, mahkeme davayı esastan görmeye devam edecektir<sup>74</sup>. Ayrıca, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması olmasa bile, tahkim yargılaması sırasında davalı tarafça, bu durum ileri sürülmezse uyuşmazlık, hakemler tarafından karara bağlanmaktadır çünkü tarafların zımni iradesi ile tahkim sözleşmesi kurulmuştur<sup>75</sup>. Bütün bunlar dikkate alındığında, ERKAN ve ŞİT, yazılı şekil şartının bir geçerlilik şartı olmayıp, bir ispat şartı olduğunu düşünmektedir<sup>76</sup>.

Yargıtay, yazılı şekil şartının bir geçerlilik şartı olduğunu düşünmektedir ve bunu paket-tur sözleşmesine ilişkin bir kararında belirtmiştir buna göre; davacıların ya da yetkili temsilcisinin imzası bulunmaması dolayısıyla geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedilemeyecektir<sup>77</sup>. Kilinizi mercimek alımı için sözleşmeden doğan uyuşmazlıkla ilgili yabancı hakem kararının tenfizi davasında, tahkim sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülmüş ve Yargıtay, tahkim sözleşmesinin yazılı yapılması zorunluluğunu ifade edip, tahkim anlaşmasını imzalamaya yetkisi olmayan vekilin imzaladığı tahkim sözleşmesini geçersiz saymıştır<sup>78</sup>. Tahkim şartının imzalanmasıyla ilgili en önemli problem uygulamada deniz taşımacılığında konşimentoların gönderici tarafından imzalanmaması nedeniyle çıkmaktadır<sup>79</sup>. MTK' nın kaynak kanunu niteliğindeki, UNICITRAL Model Kanunu'nda bu durum tartışılmış ve tarafların imzasını taşımasa da tahkim şartının geçerli olması teklif edilmiş, fakat öneri, Model Kanun' da "dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap

<sup>71</sup> ŞİT, s. 416; ERKAN, s.52, Dipnot 73.

<sup>72</sup> ERKAN, s.53; ŞİT, s. 416.

<sup>73</sup> ERKAN, s.53; ŞİT, s. 417.

<sup>74</sup> ERKAN, s.53; ŞİT, s. 417.

<sup>75</sup> ERKAN, s.53; ŞİT, s. 417.

<sup>76</sup> ERKAN, s.54; ŞİT, s. 417.

<sup>77</sup> AKINCI, s.118, dipnot 228, Yargıtay 13. HD. 12.04.2006 T. , 2006/521 E., 2006/5446 K.); SARIOZ BÜYÜKALP, s. 2037; Geçerlilik Şartı olduğuna dair bkz. ; GÜVENÇ ULUÇLAR, s.5; İspat şartı olduğu yönünde, KARAZİNCİR, s.30.

<sup>78</sup> Yargıtay 19. HD., 2007/380 E., 2007/5114 K., 21.05.2007 T. EKŞİ, Nuray, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu' na İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2009, s.47.

<sup>79</sup> AKINCI, s.118, dipnot 227.

dilekçesinde itiraz edilmemiş olmasının” tarafların imzası olmadan geçerli bir tahkim şartı oluşturduğu ve Milletlerarası deniz taşımacılığının ayrı bir uluslararası sözleşme ile düzenleniyor olması sebebiyle kabul edilmemiş ve tarafların imzalarının olması zorunluluğundan vazgeçilmemiştir<sup>80</sup>.

UNICITRAL Model Kanunu md. 7’de “teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması” ifadesinde örnek olarak sayılan iletişim araçlarının, tahkim anlaşmasının yazılı olarak kaydedilebilecek nitelikte olması koşuluyla kabul etmiştir ve MTK md.4 hükmü, bu hükmün çevirisi niteliğindedir<sup>81</sup>. Dolayısıyla, Model Kanunda sayılan, tahkim anlaşmasının yazılı kaydını veren iletişim araçları, ilerideki teknolojinin gelişmeleri dikkate alınarak, örneğime yöntemiyle sayılmıştır. MTK’ da da iletişim araçları sınırlayıcı değil, örnekleme yöntemiyle sayılmış fakat yazılı bir kayıt verme kıstasından bahsedilmemiş olsa da, AKINCI’ ya göre, yeni teknolojik gelişmelerin sonucu olan yeni iletişim araçlarının, yazılı bir tahkim şartı oluşturup oluşturmayacağıının tespitinde, “yazılı bir kayıt verme” özelliğinin olup olmadığına bakılması gerekmektedir<sup>82</sup>.

MTK md 4 gereğince, tahkim anlaşmasının şeklen geçerli sayılabilmesi için, mutlaka tarafların imzasının olması gerekmektedir. Tahkim sözleşmesi, asıl sözleşme içindeki bir tahkim şartı olarak ya da ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmiş ise, bu durumda imza gerekli olsa da, taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks, elektronik posta gibi iletişim araçlarında ya da tahkim yargılamasını başlatan dilekçede varlığı iddia edilen tahkim anlaşmasına itiraz edilmesi durumunda yapılmış ise, imzaya gerek yoktur<sup>83</sup>. Burada önemli olan, tahkim anlaşmasının bulunmadığı iddiası karşısında, anlaşmanın, tarafların ortak mutabakatı ile oluştuğunun ilgili belgelerle ispatlanmasıdır<sup>84</sup>.

Teknolojik gelişmelerin sonucu olarak, birçok işlem, ticari yazışmalar hatta sözleşmeler artık elektronik ortamda yapılmakta ve elektronik ortam ticaret hayatının da ayrılmaz bir parçası haline gelmiş bulunmaktadır. MTK, elektronik ortamdaki tahkim anlaşmalarının da yazılı olarak yapılmasını kabul etmiştir. Burada, ispat hukuku açısından çıkacak sorunlara değinmekte yarar vardır. Elektronik ortamda dijital imza dışında, bir başkası adına e-posta adresi alınabilmesi ve bir başka kişinin e-posta adresine ulaşılması (hacking) mümkündür. Bu durumda, taraflar arasında çıkan bir uyuşmazlıkta tahkim yolu başvurulduğunda, davalı elektronik ortamda gönderilen irade beyanının, kendisine ait olmadığını iddia etmesi ve elektronik ortamda beyan edilen iradenin, davalıya ait olup olmadığını belirlenmesi ispat açısından sorun çıkaracaktır<sup>85</sup>. MTK’ da yazılılık koşulu açısından, tahkim anlaşmasının elektronik ortama geçirilmesi yeterli görülmüş, ayrıca elektronik imza koşulunu aramamıştır.

<sup>80</sup> AKINCI, s.118, dipnot 227.

<sup>81</sup> ERDOĞAN, s. 204.

<sup>82</sup> AKINCI, s.119; ERKAN, s.57; ŞİT, s. 415.

<sup>83</sup> ERKAN, s.57; YEŞİLOVA, s.279; YAVUZ, s.154.

<sup>84</sup> ERKAN, s.57; ŞANLI, s. 324.

<sup>85</sup> ERKAN, s.54, dipnot 82.



Hukukumuzda, elektronik imza, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile düzenlenmiştir. Buna göre, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurmaktadır. Bu durumda, MTK açısından zorunlu olmasa da, tahkim anlaşmasını gönderen kişinin kimliği ile ilgili ispat sorunu bu şekilde bertaraf edilecektir<sup>86</sup>. HMK uyarınca ise, tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olabilmesi için, yazılı olması ve ıslak imza ile imzalanması gerekmektedir, bu durumda, güvenli elektronik imza ile imzalanan bir tahkim anlaşması HMK uyarınca da şeklen geçerli olacaktır<sup>87</sup>.

Taslak esas sözleşme içinde yer alan tahkim şartının, henüz taraflarca imzalanmadan asıl sözleşmenin ifa hareketleri ile kurulması durumunda, tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılıp sayılmayacağı hususu da önem arz etmektedir. Bu konuyu, konumuz kapsamında, yalnızca şekli olarak tahkim anlaşmasının yazılı olma zorunluluğu açısından inceleyeceğiz. Bu durumda, yazılı şekil şartı yerine gelmiş sayılır mı? Yukarıda değindiğimiz üzere, tahkim anlaşması bir tahkim şartı olarak bir esas sözleşme içinde yer alıyor ise ya da ayrı bir sözleşme olarak kurulmuş ise, imza gereklidir. İfa ile fiilen kurulan sözleşme ile taslak esas sözleşme farklı olabilir, bu durumda taslak sözleşme içinde yer alan tahkim şartının geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir çünkü tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı ilkesinden dolayı, esas sözleşmeden ayrılır ve sözleşme için olmasa da, tahkim şartı için imza zorunluluğu bulunmaktadır<sup>88</sup>. Esas sözleşmenin ifa ile kurulmasından sonra, tahkim anlaşmasına istinaden, ortak iradeleri ortaya koyan metin, teati edilen iletişim araçlarıyla kurulur ise, bu durumda, şekli anlamda geçerli bir tahkim şartından bahsedilebilecektir<sup>89</sup>.

MTK md. 4 uyarınca, “dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması” durumunda da geçerli bir tahkim şartı bulunduğu kabul edileceğini yukarıda belirtmiştik. Davalı taraf, artık tahkim anlaşmasına yönelik bir itiraz ileri sürmeyip, esasa ilişkin savunmalarını ileri sürmekle, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesini kabul etmektedir, aksinin kabulü dürüstlük kuralına aykırı olacaktır<sup>90</sup>. Uyuşmazlık tahkimde çözümlenip, hakemler karar verdikten sonra, hakemlerin aleyhine karar vermesinden dolayı, tahkim itirazında bulunan davalının davranışı, iyi niyet kurallarına aykırı olduğundan MTK’ da da bu şekilde yerinde bir düzenleme getirilmiştir<sup>91</sup>. MTK ve UNCITRAL Model Kanunu’nda yer alan bu düzenleme, New York Sözleşmesi’nde yer almamaktadır. Bu nedenle, tahkim yeri Türkiye ise, kararın tenfizi durumunda, tenfiz ülkesi, Model Kanun’u kabul etmiş bir ülke değilse, Türk hukukuna göre, geçerli bir tahkim şartının varlığı kabul edilmesine karşılık, kararın tenfiz

<sup>86</sup> YEŞİLOVA, s.281; AKINCI, s.121; YAVUZ, s.155

<sup>87</sup> AKINCI, s.121; ŞİT, s. 423.

<sup>88</sup> ERKAN, s.58.

<sup>89</sup> ERKAN, s.58.

<sup>90</sup> AKINCI, s.122.

<sup>91</sup> AKINCI, s.122.

edileceği ülke New York Sözleşmesi'ni uygulayarak, geçerli bir tahkim şartı olmadığından, hakem kararının tenfizini reddedebilecektir<sup>92</sup>.

Davalı, tahkim anlaşmasının bulunmamasına ilişkin itirazını da, hakemler önünde ileri sürerek, esasa ilişkin itirazlarını da bununla beraber ileri sürebilir ve davalının bu davranışının tahkim yolunu kabul ettiği anlamı taşımayacağını da belirtmek yerinde olacaktır<sup>93</sup>. Çünkü, bazı durumlarda, tahkim şartının bulunup bulunmadığı tartışmalı olabileceğinden, davalı da haklı olarak savunma imkanlarından yoksun kalmamak için, tahkim anlaşmasının bulunmadığına ilişkin itirazı ile birlikte esasa ilişkin savunmalarını da bildirebilir<sup>94</sup>.

Son olarak, 805 s. İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un 2. Maddesine değinmekte fayda vardır. Buna göre, Türk vatandaşları arasında yapılan sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla, her iki taraf da Türkiye'de yerleşik bir şirket ise ve tahkim anlaşması Türkçe düzenlenmemiş ise, bu hüküm uygulama alanı bulacaktır, Yargıtay da bir kararında, tahkim şartının İngilizce düzenlenmesi ile ilgili olarak bu hükmün dikkate alınması gerektiğini hükme bağlamıştır<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> AKINCI, s.122.

<sup>93</sup> AKINCI, s.123.

<sup>94</sup> AKINCI, s.123.

<sup>95</sup> AKINCI, s.124, dipnot 239, Yargıtay, 11. HD., 2012/4088 E., 2013/3972 K.,04.03.2013 T.

## SONUC:

Kişilerin, uyuşmazlıkların çözümünde, devlet yargısı yerine tahkim yolunu seçmesiyle tahkim yargılamasının söz konusu olduğunu yukarıda belirtmiştik. Dolayısıyla, tahkim iradi bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Tahkim yargılamasından söz edebilmek için öncelikle, tarafların bir “Tahkim Anlaşması” yapmaları gerekmektedir, bir anlaşma yok ise, tahkim yoluna başvurmak da mümkün olmayacaktır. Çalışmamızın ilk bölümünde, bu kapsamda, “Tahkim Sözleşmesi” kavramı ile ilgili açıklamalar yapılmıştır. Buna göre tahkim sözleşmesi, *“Tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma”* şeklinde kanunda tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak, tahkim sözleşmesinin özellikleri ve unsurlarına yer verilmiştir. Dolayısıyla, tahkim anlaşması, asıl sözleşme içine konulan tahkim şartı ya da ayrı bir sözleşme olarak yapılabilecektir, tahkim şartı asıl sözleşmeden bağımsızdır ve tahkim iradesinin tahkim şartından, açıkça anlaşılması gerekmektedir.

Çalışmamızın bir diğer bölümünde, “Tahkim Anlaşmasının Şekli” incelenmiştir. Tahkim anlaşmasının şekli konusunda kanunumuzda, uluslar arası düzenlemelerde ve diğer birçok devletin ulusal yasalarında da yer aldığı gibi, yazılı olarak yapılma zorunluluğu getirilmiştir. Kural olarak, yazılılık şartının maddede belirtilen şekillerde, yani dört farklı şekilde gerçekleşmesi mümkündür. Hükme göre, bir hal dışında, sayılan diğer üç halde, imza koşulu aranmamıştır ve bu hallerde imza bulunmasa da yazılı şekil şartının yerine geldiği kabul edilmiştir. Yargıtay, yazılı şekil şartının bir geçerlilik şartı olduğu görüşündedir. Ayrıca, elektronik ortamda kurulan tahkim sözleşmeleri açısından, güvenli elektronik imza ile imzalandığında ya da MTK md. 4 hükmünde sayılan hallerde, imza koşulu sağlanmış olacak ve ispat açısından da bir sorun teşkil etmeyecektir.

## **KAYNAKÇA:**

AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2016.

EKŞİ, Nuray, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2009.

ERDOĞAN, Feyiz, Uluslar arası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004.

ERKAN Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara 2013.

GÜLERCİ, Altan Fahri, Milletlerarası Tahkim Sözleşmesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Akademi Yayınları, [http://www.academia.edu/19762171/Milletleraras%C4%B1\\_Tahkim\\_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi\\_-\\_International\\_Arbitration\\_Agreement](http://www.academia.edu/19762171/Milletleraras%C4%B1_Tahkim_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_-_International_Arbitration_Agreement), Erişim Tarihi: 26.12.2016.

GÜVENÇ ULUÇLAR, Selvi Nazlı, “Tahkim Anlaşmasının Hukuki Niteliği”, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Dış Ticaret Enstitüsü Tartışma Metinleri.

KALPSÜZ Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.

KARAZİNCİR, Ata, Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Tarsus/Mersin 2012, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi: 24.12.2016.

KONURALP, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi: 24.12.2016.

NOMER, Ergin; EKŞİ Nuray; ÖZTEKİN GELGEL Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2008.

SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek, “Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkânsız Olması” Kavramları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2015-2061 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’ e Armağan.

ŞANLI, Cemal, Uluslar arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, İstanbul 2016.

ŞANLI, Cemal; EKŞİ, Nuray, Uluslar arası Ticaret Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2004.

ŞİT, Banu, “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 2005-2006, Cilt 25, Sayı 1,2, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmohb/article/view/1019002538/1019002131>, Erişim Tarihi: 31.12.2016.

YAVUZ, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, [http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/II.%20Uluslararası%C4%B1%20C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/3prof.dr.cevdet\\_yavuz.pdf](http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/II.%20Uluslararası%C4%B1%20C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/3prof.dr.cevdet_yavuz.pdf), Erişim Tarihi: 24.12.2016.