T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE PATOLOJİK TAHKİM ANLAŞMALARI VE HİBRİT TAHKİM ANLAŞMALARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MÜGE DEĞİRMENCİOĞLU
100023158

İSTANBUL, 2021



T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE PATOLOJİK TAHKİM ANLAŞMALARI VE HİBRİT TAHKİM ANLAŞMALARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MÜGE DEĞİRMENCİOĞLU
100023158

Danışman
Dr. Öğretim Üyesi Ebru Şensöz Malkoç

İSTANBUL, 2021

İÇİNDEKİLER

İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ ..... HATA! YER İŞARETİ TANIMLANMAMIŞ.
İÇİNDEKİLER ..... **İ**
ÖZET ..... **İV**
ABSTRACT ..... **V**
TEŞEKKÜR ..... **Vİ**
GİRİŞ **1**
I. GENEL OLARAK TAHKİM **3**
A. TAHKİM KAVRAMI VE TAHKİME İLİŞKİN BAZI İLKELER 3
1. Tahkim Sözleşmesi ve Tahkim Şartı & Klozu Ayrımı 10
2. Zorunlu Tahkim ve İhtiyari Tahkim Ayrımı 13
3. Kurumsal Tahkim ve Ad Hoc Tahkim Ayrımı 14
4. Tahkimin Anlaşmasının Etkisi ve Tahkime İlişkin Bazı İlkeler 19
a. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı & Ayrılabilirliği *(Autonomy & Separability)* 19
b. Hakemlerin Kendi Yetkisi Konusunda Karar Verebilmesi: *Competence- Competence* Prensibi 22
B. TAHKİM ANLAŞMASI 24
1. "TAHKİM ANLAŞMASI"NIN ŞEKLİ VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI 24
a. Genel Olarak 24
b. Tahkime Elverişlilik (*arbitrability)* 25
c. Tarafların Tahkim Yargılamasını Kabul Niteliğinde Açık İradesi ve Ehliyet 28
d. Mevcut ve Belirli Bir Hukuki İlişki Bulunması 31
e. Uyuşmazlığın Belirli Olması *(Defined Legal Relationship)* 32
f. Tahkim Sözleşmesinin Şekli: Yazılı Şekil Şartı 33
2. TAHKİME İLİŞKİN BAZI HUSUSLAR 36
a. Tahkim Yeri Kavramı: "*Lex Arbitri*" & *"Locus Arbitri"* 36
b. Tahkim'de Uygulanacak Hukuk 39
i. Genel Olarak Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk Ayrımı 39
ii. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk 40
iii. Tahkim Anlaşmasının Usulüne Uygulanacak Hukuk 42
iv. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk 43
3. TAHKİM İTİRAZI 45
a. Genel Olarak 45
b. İtiraz Hakkından Feragat 50
4. TAHKİMDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME 51
C. KARARA KARŞI KANUN YOLU 53
1. Genel Olarak Kanun Yolları 53
2. İptal Davası 55
a. Genel Olarak İptal Davası ve İptal Sebepleri 55
b. İptal Davası Açma Hakkından Feragat 58
c. İptal Davası Sonucu Verilecek Kararlar 59
D. YABANCI HAKEM KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ 61
1. Tahkimin Milliyeti ve Hakem Kararının Milliyeti 61
2. Genel Olarak Tanıma ve Tenfiz 63
3. New York Konvansiyonu Uyarınca Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi 65
4. MÖHUK Uyarınca Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi 66
II.PATOLOJİK TAHKİM ANLAŞMALARI VE GEÇERLİLİĞİ **68**
A. TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERSİZLİĞİ 68
1. Genel Olarak 68
2. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi 68
a. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Hakem veya Hakem Heyeti Önünde İleri Sürülmesi 69

b. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Tahkim İlk İtirazı Neticesinde Devlet Mahkemesi Önünde İleri Sürülmesi ... 72
c. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İptal Davası Neticesinde Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi ... 79
d. Geçersizliğin Kararın Tanınması ve Tenfizi Aşamasında İleri Sürülmesi ... 80
3. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk ... 82
B. PATOLOJİK / KUSURLU / SORUNLU TAHKİM KAVRAMI ... 88
1. Genel olarak ... 88
2. Patolojik Tahkimin Derecelendirilmesi ... 90
3. Patolojik Tahkim Tanımı ... 92
C. PATOLOJİK TAHKİM ANLAŞMALARININ SINIFLANDIRILMASI ... 93
1. Genel Olarak ... 93
2. Tahkim İradesinin Belirsizliği Nedeniyle Ortaya Çıkan Patoloji ... 94
a. Açık ve Kesin Olmayan Tahkim İradesi İçeren Tahkim Anlaşmaları ... 94
b. Başvurunun Zorunlu Tutulmadığı Tahkim Anlaşmaları ... 96
c. Incorporation Yoluyla Kurulan Tahkim Anlaşmaları ... 98
d. Genel İşlem Koşulu Şeklinde Düzenlenen Tahkim Anlaşmaları ... 100
e. Taraflar Arasında Birden Fazla Sözleşmede Bulunan Farklı Tahkim Kayıtlarının Çelişkili Olduğu Tahkim Anlaşmaları ... 103
3. Tahkim Anlaşmasındaki Hata, Çelişki veya Eksiklikler Nedeniyle Ortaya Çıkan Patoloji ... 104
a. Yetkili Kılınan Kurumsal Tahkim Merkezinin Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmaları ... 104
b. Yetkili Kılınan Kurumsal Tahkim Merkezinin Mevcut Olmadığı Tahkim Anlaşmaları ... 108
c. Birden Çok Kurumsal Tahkim Merkezinin Tercihli Olarak Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmaları ... 111
d. Asimetrik Tahkim Anlaşmaları ... 114
i. Genel Olarak ... 114
ii. Karşılaştırmalı Hukukta Asimetrik Tahkim Anlaşmaları ... 117
iii. Türk Hukukunda Bazı Asimetrik Tahkim Anlaşması Örnekleri ve Bunlara İlişkin Değerlendirmeler ... 119
e. Beyaz - Boş - Açık Tahkim Anlaşmaları ... 123
4. Hakemlerin Seçimi ve Yetkileri Konusundaki Belirsizlikler Nedeniyle Ortaya Çıkan Patoloji ... 124
a. Hakemlere İlişkin Belirsizlikler Barındıran Tahkim Anlaşmaları ... 124
i. Hakem Sayısına İlişkin Belirsizlik Barındıran Tahkim Anlaşmaları ... 124
ii. Hakem Sayısının Taraflarca Kurallara Aykırı Olarak Belirlenmesi ... 126
iii. Hakem Tayin Etmek Üzere Belirlenen Kişi ya da Kurumun Mevcut Olmaması veya Hakem Tayin Etmek Üzere Belirlenen Kişi ya da Kurumun Hakem Tayin Etmeyi Reddetmesi ... 128
iv. Tahkim Anlaşmasında Hakem Olarak Seçilen Kişinin Ölmüş Olması ya da Hakemlik Görevini Reddetmesi 129
v. Hakemlerin Taşıması Gereken Nitelikleri Aşırı Detaylı Kriterler ile Düzenleyen Tahkim Anlaşmaları ... 131
b. Hakemlerin Yetki Alanına İlişkin Sorunlar Barındıran Tahkim Anlaşmaları ... 132
i. Konu Bakımından Hakemlerin Yetkisinin Sınırlandırıldığı Tahkim Anlaşmaları ... 132
ii. Hakem Heyetinin Teşkilinin veya Görevinin Süre Bakımından Sınırlandırıldığı Tahkim Anlaşmaları ... 133

III. PATOLOJİK TAHKİM ANLAŞMALARI ÇERÇEVESİNDE HİBRİT TAHKİM ANLAŞMALARI VE GEÇERLİLİĞİ ... 135

A. GENEL OLARAK ... 135
B. BİRDEN ÇOK UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLUNA ATIF YAPILAN HİBRİT TAHKİM ANLAŞMALARI ... 136
1. Genel Olarak ... 136
2. Tahkim Yargılaması Öncesi Başkaca Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Başvuru Şartı içeren Kademeli Hibrit Tahkim Anlaşmaları ... 138
a. Genel Olarak Tahkim Öncesi Aşamalar ... 138
b. Kademeli Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Görünüş Biçimleri ve Geçerliliği ... 139
i. Tahkim Öncesi Aşamalar Tüketilmeden Tahkim Yargılamasına Geçilip Geçilemeyeceği Sorunu ... 146
ii. Tahkim Öncesi Aşamaların Tüketilmemesi İtirazı ... 153
iii. Tahkim Öncesi Aşamalar Tüketilmeden Verilen Hakem Kararlarının İptal Davasına Konu Olması ... 155
iv. Tahkim Öncesi Aşamalar Tüketilmeden Verilen Hakem Kararlarının Tenfiz Davasına Konu Olması ... 157
3. Devlet Mahkemeleri ile Birlikte Tahkime Başvuruyu Öngören Tahkim Anlaşmaları ... 157
a. Mahkeme Öncesi Aşamalar - Devlet Mahkemelerine Başvurudan Önce Kademeli Olarak Tahkim Yargılamasına Gidilmesi Öngörülmüş Anlaşmalar ... 157
b. Yetki Şartı ve Tahkim Şartını Birlikte Barındıran Tahkim Anlaşmaları ... 161
c. "Veya" İbaresi ile Tahkim İradesi Barındıran Alternatifli Tahkim Anlaşmaları ... 165
C. BİR TAHKİM MERKEZİ İLE BİRLİKTE FARKLI BİR TAHKİM MERKEZİNİN KURALLARINA ATIF YAPILAN HİBRİT TAHKİM ANLAŞMALARI ... 166

1. Bir Tahkim Merkezi ile Birlikte Farklı Bir Tahkim Merkezinin Kurallarına Atıf Yapılan Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Patolojik Tahkim Sayılma Sebepleri ve Hangi Patoloji Çerçevesinde Değerlendirileceği Sorunu 167
a. Bir Tahkim Merkezi ile Birlikte Farklı Bir Tahkim Merkezinin Kurallarına Atıf Yapılan Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Patolojik Sayılıp Sayılamayacağı 167
b. Bir Tahkim Merkezi ile Birlikte Farklı Bir Tahkim Merkezinin Kurallarına Atıf Yapılan Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Hangi Tip Patoloji Olarak Değerlendirileceği Sorunu 169
c. Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Kurumsal Tahkim Olarak mı Ad Hoc Tahkim Olarak mı Değerlendirileceği Sorunu 172
2. ICC Tahkim Merkezi ve ICC Tahkim Kurallarının Başka Merkezlerce Uygulanması 173
a. Genel Olarak 173
b. Bir Tahkim Merkezi ile Birlikte Farklı Bir Tahkim Merkezinin Kurallarına Atıf Yapılan Hibrit Tahkim Anlaşmalarına İlişkin ICC Hükmü 174
c. Karşılaştırmalı Hukukta ICC Hükümlerinin Uygulanması Kararlaştırılan Hibrit Tahkime İlişkin Kararlar 177
i. *Insigma Technology Co. Ltd. V. Alstom Technology Ltd.* Kararı 177
ii. ICC değişikliği sonrası Singapur Mahkemesince verilen *HKL Group Co. Ltd. V. International Holdings Pte. Ltd.* Kararı 179
iii. *Exxon Neftegas Ltd*. Amerikan Mahkemesinin 2014 tarihli kararı 186
iv. *I.M. Badprim S.R.L. (Baldprim) ve Rusya Federasyonu Custom Office* Kararı 188
v. Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin Hibrit Tahkim Şartının Geçerliliğine İlişkin 2018 Tarihli Kararı 190
d. Ad Hoc tahkim Kurallarının Başkaca Tahkim Merkezlerince Uygulanması Kararlaştırılan Hibrit Tahkime İlişkin Kararlar 192
i. *INVISTA Technologies Sàrl vs. Zhejiang Yisheng Petrochemical Co. Ltd.* 192
3. Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği 195
a. Genel Olarak Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliğinin Hangi Hukuka Göre Değerlendirileceği Sorunu . 195
b. Türk Hukuku Açısından Bir Tahkim Merkezi ile Birlikte Farklı Bir Tahkim Merkezinin Kurallarına Atıf Yapılan Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği 197

SONUÇ 200

KAYNAKÇA 208

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

**MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE
PATOLOJİK TAHKİM ANLAŞMALARI
VE
HİBRİT TAHKİM ANLAŞMALARI**

Müge Değirmencioğlu

**İstanbul Ticaret Üniversitesi
Sosyal Bilimleri Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı**

Danışman: Dr. Öğretim Üyesi Ebru Şensöz Malkoç

2021 / 226 sayfa

Özet

Tahkim anlaşmalarında bulunması gereken unsurların eksikliği ya da hukuka aykırılığı durumunda tahkim anlaşmaları patolojikliği hale gelmektedir. Çalışmamızda, patolojik tahkim ve patolojik tahkim türleri incelenecektir. Patolojik tahkim anlaşmaları kapsamında, özellikle hibrit tahkim değerlendirilecektir. Hibrit tahkim, bünyesinde birden fazla unsuru barındıran tahkim anlaşmalarıdır. Hibrit tahkim klozları iki şekilde kurulabilir: tahkim anlaşması ile birlikte başkaca uyuşmazlık çözüm yönteminin öngörüldüğü anlaşmalar ve bir tahkim merkezi bünyesinde başkaca tahkim merkezi kurallarına atıf yapılan anlaşmalar. Hibrit tahkim anlaşmaları, mukayeseli hukukta karşılaşılan kararlar incelenerek Türkiye'de böyle bir uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman izlenmesi gereken yol belirlenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim anlaşmaları, tahkim anlaşmalarının geçerliliği, patolojik tahkim, hibrit tahkim anlaşmaları, hibrit tahkim anlaşmalarının geçerliliği, kademeli tahkim anlaşmaları, çok katmanlı tahkim anlaşmaları, aşamalı tahkim anlaşmaları

ABSTRACT

Ll.M. Thesis

PATHOLOGICAL ARBITRATION AGREEMENTS AND HYBRID ARBITRATION AGREEMENTS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Müge Değirmencioğlu

İstanbul Commerce University
Graduate School of Applied and Social Sciences
Department of Private Law

Supervisor: Assist. Prof. Dr. Ebru Şensöz Malkoç

2021 / 226 pages

Abstract

Arbitration agreements become pathological if there is a defect in the essential elements required in arbitration agreements. Master thesis analyses pathological arbitration and pathological arbitration types. Under pathological arbitration agreements, especially hybrid arbitration will be analyzed. Hybrid arbitration agreements are contracts which contain more than one element. A hybrid arbitration combines elements of two or more separate processes into one or reference an arbitration center with another arbitration center rules and combines two arbitration center. Hybrid arbitration agreements will be examined within the framework of decisions in comparative law. In that case, there will be determined that the validity of hybrid arbitration agreements in Turkish law

Keywords: Arbitration Agreements, Legal Validity of Arbitration Agreements, Pathological Arbitration, Hybrid Arbitration clauses, Legal Validity of Hybrid Arbitration Agreements, multi-tier arbitration clauses

TEŞEKKÜR

Bu araştırma için beni yönlendiren, karşılaştığım zorlukları bilgi ve tecrübesi ile aşmamda yardımcı olan, bana kütüphanesini açan, tezimde büyük emeği olan değerli Danışman Hocam Dr. Öğretim Üyesi Ebru Şensöz Malkoç'a teşekkürlerimi sunarım.

Lisans eğitimim ve yüksek lisans eğitimim süresince verdiği tüm derslere eksiksiz katılmak için ayrıca özen gösterdiğim ve bilgisi ile ufuk açan, tez jürisinde yer alarak beni onurlandıran değerli hocam Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye katkıları için teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Tez jürisinde yer alarak beni onurlandıran, emek veren ve değerli fikirleri ile katkıda bulunan saygıdeğer hocam Doç. Dr. Bahar Ceyda Süral Efeçınar'a teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Yalnızca tezimde değil, hayatımın her aşamasında beni yalnız bırakmayan, desteklerini her zaman hissettiğim başta annem Müjgan Değirmencioğlu, babam Turgay Değirmencioğlu ve abim Tolga Değirmencioğlu olmak üzere, tüm aileme sonsuz sevgi ve saygılarımı sunarım.

Müge Değirmencioğlu
İSTANBUL, 2021

KISALTMALAR

AAA : American Arbitration Association

ADR : Alternative Dispute Resolution

b. : Bent

Bkz. : Bakınız

C. : Cilt

CIETAC : China International Economic and Trade Arbitration Commission

CPIL : Switzerland's Federal Code on Private International Law /İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu

DAB : Dispute Adjudication Board / Uyuşmazlık Çözüm Kurulu

DCCP : Dutch Code of Civil Procedure/ Hollanda & Flemenk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

Dn. : Dipnot

E. : Esas

f. : Fıkra

GİK : Genel İşlem Koşulu

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

IAA : International Arbitration Act of Singapore / Singapur Uluslararası Tahkim Kanunu

ICC : International Chamber of Commerce / Milletlerarası Ticaret Odası

ICSID : International Centre for Settlement of Investment Disputes / Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi

K. : Karar

m. : Madde

MHB : Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MTK : Milletlerarası Tahkim Kanunu

MTO : Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)

NYK : New York Konvansiyonu

RG. : Resmî Gazete

s. : sayfa

S. : Sayı

SK : Sigortacılık Kanunu

SIAC : Singapur Uluslararası Tahkim Divanı

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TDK : Türk Dil Kurumu

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law

vd. : ve devamı

VIAC : Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi

GİRİŞ

Milletlerarası tahkim, günümüz hukuk sistemlerinde, kural olarak, taraf iradesi ile devlet yargısına alternatif olarak uygulanabilecek bir 'yargılama biçimi'dir. Tahkim, uyuşmazlığın bir yargılama gerçekleştirilerek karara bağlanması ve verilen kararın bağlayıcı olması yönleri bakımından diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrılmaktadır.

Tezimizin ilk bölümünde patolojik tahkim anlaşmalarını daha iyi değerlendirebilmek için genel olarak tahkim ele alınmıştır. Bu kapsamda, tahkim tanımı ile birlikte; ad hoc ve kurumsal tahkim ayrımı, tahkim anlaşmasının geçerlilik şartları, tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararına karşı başvurulabilecek kanun yolları ve hakem kararının icrası incelenmiştir. Özellikle Ad hoc ve kurumsal tahkim farkları, tezimizin ana konusu olan hibrit tahkim anlaşmaları bakımından önem arz etmesi nedeniyle ayrıntılı şekilde ele alınmıştır.

Ardından tezin ikinci bölümünde tahkim anlaşmasının geçersizliğinin, devlet mahkemelerinde itiraz aşamasında, iptal davası ya da tenfiz davaları aşamalarında ve tahkim yargılaması önünde hangi şekillerde ileri sürülebileceği incelenmiştir. Bununla birlikte patolojik tahkim ya da başka bir ifadeyle kusurlu ya da sorunlu tahkim anlaşmasının tanımı ve hangi durumlarda bir tahkim anlaşmasının patolojik hale gelebileceği sınıflandırılarak incelenmiştir.

Patolojik olarak kabul edilen tahkim sözleşmeleri, öncelikli olarak; (1) tahkim iradesinin belirsizliği nedeniyle ortaya çıkan patolojiler, (2) tahkim anlaşmasındaki hata, çelişki veya eksiklikler nedeniyle ortaya çıkan patolojiler ve (3) hakemlerin seçimi ve yetkileri konusundaki belirsizlikler nedeniyle ortaya çıkan patolojiler şeklinde üç başlığa ayrılmıştır. Ardından, ilk başlık altında; açık ve kesin olmayan tahkim iradesi içeren tahkim anlaşmalarının, başvurunun "*tahkime gidilebilir*" gibi ifadelerle zorunlu tutulmadığı tahkim anlaşmalarının, incorporation yoluyla kurulan ve genel işlem şartı şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmaları ile birlikte taraflar arasında birden fazla sözleşmede bulunan farklı tahkim kayıtlarını içeren belgelerin çelişkili olduğu tahkim anlaşmalarının patolojikliği incelenmiştir.

İkinci başlık altında, yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin belirli ya da mevcut olmadığı tahkim anlaşmalarının patolojikliği, birden çok kurumsal tahkim merkezinin tercihli olarak yetkilendirildiği tahkim anlaşmalarının patolojikliği, asimetrik tahkim anlaşmalarının ve beyaz tahkim anlaşmalarının patolojikliği değerlendirilmiştir.

Üçüncü ve son olarak hakemlerin seçimi ve yetkilerine ilişkin belirsizlikler barındıran tahkim anlaşmaları başlığı altında, hakemlerin seçimine ilişkin belirsizlikler barındıran tahkim sözleşmelerinin, hakem sayısının taraflarca kurallara aykırı olarak belirlenen tahkim anlaşmalarının, hakem tayin etmek üzere belirlenen kişi ya da kurumun mevcut olmadığı tahkim anlaşmalarının, tahkim anlaşmasında hakem olarak seçilen kişinin ölmüş olduğu ya da hakemlik görevini reddettiği tahkim anlaşmalarının, hakemlerin taşıması gereken nitelikleri aşırı detaylı kriterler ile düzenleyen tahkim anlaşmalarının, konu bakımından hakemlerin yetkisinin sınırlandırıldığı tahkim anlaşmalarının ve hakem heyetinin teşkilinin veya görevinin süre bakımından sınırlandırıldığı tahkim anlaşmalarının patolojikliği alt başlıklar altında incelenmiş ve patolojik tahkim anlaşmalarının farklı görünüş biçimleri ile birlikte patolojikliğin sonuçları üzerinde durulmuştur.

Nihayet üçüncü kısımda, tezimizin ana konusunu oluşturan hibrit tahkim anlaşmaları ele alınmıştır. Hibrit tahkim olarak anılan çok unsurlu tahkim anlaşmaları öncelikli olarak; (1) tahkim anlaşması ile birlikte başka alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ya da mahkemelere başvuru öngören anlaşmalar ve (2) birden fazla tahkim kurumuna ya da kurallarına başvurunun öngörüldüğü tahkim anlaşmaları olarak iki başlığa ayrılmış ve bu başlıklar altından da farklı kombinasyonlar, farklı ülkelerde verilen kararlar çerçevesinde incelenmiştir. Ardından Türk Hukukunda bu tip hibrit tahkim anlaşmalarının patolojik olarak kabul edilip edilemeyeceği ve geçerliliği sorunu değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. GENEL OLARAK TAHKİM

A. TAHKİM KAVRAMI VE TAHKİME İLİŞKİN BAZI İLKELER

Bir toplumun bulunduğu her yerde uyuşmazlıkların ortaya çıkması kaçınılmazdır ve kural olarak uyuşmazlıklar devletin yargı organı olan "mahkemeler"ce karara bağlanır[1]. Ancak toplumun ihtiyaçları ve gerekleri çerçevesinde, zamanla, ihtilafların çözümü için devletin yargı organları dışında çeşitli yollar aranmaya başlanmış ve sonucunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Alternative Dispute Resolution ADR) ortaya çıkmıştır[2]. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu kavramı başlarda, mahkemeye alternatif olan tüm çözüm yollarını ifade etmek için kullanılmıştır[3]. Ancak diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları taraflara yardım etme amacı taşırken, tahkim yargılaması sonunda verilen kararlara uyulmasının zorunlu (*compulsory*) olması sebebiyle, tahkim zaman içinde diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından ayrılmıştır[4]. Denilebilir ki, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yalnızca devlet yargılamasına

---

[1] 1982 tarihli Türk Anayasası m. 9 *"Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır."* **Cemal Şanlı,** Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s. 1; **Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2017, s. 579; **Hakan Pekcanıtez/Ali Yeşilırmak,** Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, C III, İstanbul, 2017, s. 2594; **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, 5. Bası, İstanbul, 2020, s. 159; **Cevdet Yavuz**, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul, 2009, s. 133; **Nuray Ekşi,** Milletlerarası Ticaret Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2019, s. 168. **Ebru Şensöz,** Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda Hakem Kararlarına Karşı Başvurulacak Kanun Yolları "Hakem Kararlarının İptali"(Danışman:Ahmet Ata Sakmar), Galatasaray Üniversitesi yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 2004 (Tahkim), s. 8; **Burak Huysal**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, 2010, s. 13; **W.W. Park**, Arbitration of International Business Disputes, New York, 2006, s. 25; **Fatih Aydemir**, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul, 2017, s. 1; **Selin Ece Tekin**, Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğe Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2019, s. 9; **İpek Sevda Söğüt,** Roma Hukukunda Tahkim, İstanbul, 2011, s. 9.

[2] Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolutions) ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Mustafa Özbek**, Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketleriyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (s. 121-162), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:51, Sayı:2, Ankara, 2002, s. 134 vd.

[3] **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 185; **Nuray Ekşi,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul, 2019, s. 37-38; **Nuray Ekşi**, Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, İstanbul, 2015, s. 2; **Gülgün Ildır,** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara, 2003, s. 21, 27.

[4] **Ekşi,** Milletlerarası Ticaret, s. 185; **Ekşi**, HMK, s. 38; **Nuray Ekşi**, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, 1. Bası, İstanbul, 2004, s. 7-8; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s.2; **Akıncı,** Milletlerarası Tahkim, s. 9; **Ziya Akıncı**, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim (13-24), *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4 Sayı:1, İstanbul, 2005, s. 13; **Ildır**, s. 27; **Özbek**, s. 142; **Mine Tan Dehmen**, Tahkim Öncesi Müzakere Ya Da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi (451-472), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Cilt:25, Sayı:1-2, İstanbul, 2011, s. 454,

değil, tahkim yargılamasına da alternatif olarak kabul edilmektedir[5]. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, tahkimden farklı olarak tarafların karar verme gücünü kaybetmediği ve istedikleri zaman müzakereleri kesebileceği bir çözüm yoludur[6]. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında taraflar süreçlerin sonunda sulh anlaşması imzalayarak vardıkları sonuca icra edilebilirlik kazandırabileceklerdir[7]. İşte tüm bu sebeplerle, doktrinde, tahkim bu dostane uyuşmazlık çözüm yollarından biri sayılmaz ve tahkimin, uyuşmazlıkları doğrudan yargısal çözüme kavuşturan bir usul olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilir[8].

Tahkim yargılaması, neredeyse hukuk kavramının ortaya çıkışı kadar eskidir[9]. Roma hukuku[10]ndan itibaren karşımıza çıkan tahkim kavramı, milletlerarası ticaretin ve yatırımların gelişmesine paralel olarak gerçekleşen düzenlemeler ile 1697 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu[11] ve 1806 tarihli Fransız Usul Kanunu'nda[12] da karşımıza çıkmaktadır[13].

---

https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99356 (Erişim Tarihi : 27.02.2020). **Halil Rahman Başaran**, Uluslararası Tahkim, 1. Bası, İstanbul, 2014, s. 23.

[5] **Ildır,** s. 27, 60-61; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 186; **Ekşi**, HMK, s. 38; **Didem Kayalı**, Enforceability of Multi-Tired Dispute Resolution Dispute Clauses (551-577), *Journal of International Arbitration* 27(6), Hollanda, 2010, s. 553.

[6] **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 185.

[7] **Berk Demirkol/ Ural Aküzüm**, Türkiye'de Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim) Yapısı, Mevzuatı & Uygulaması, İstanbul, 2020, s. 3.

[8] **Ergin Nomer,** Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul, 2017, (DHH) s. 555.
Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ortak özelliği ise, yargısal nitelik taşımalarıdır. Bkz. **Ekşi**, HMK, s. 39.

[9] **Enid A. Marshall**, Gill: The Law of Arbitration, 4. Bası, Londra, 2001, s. 2; **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 13; **Huysal**, s. 22.

[10] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 13; **Huysal**, s. 22; **Born Gary B.**, International Commercial Arbitration Volume I, Wolters Kluwer, 2009, s. 11; **Bilgehan Yeşilolva**, Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler (83-164), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 76, Ankara, 2008, s. 86; **Demirkol/Aküzüm**, s. 10-11; **Begüm Gedik**, Milletlerarası Hakem Kararlarının İptal Edilme Nedenlerinden Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması, Ankara, 2020, s. 16.
Ayrıtnılı bilgi için bkz. **İpek Sevda Söğüt,** Roma Hukukunda Tahkim, İstanbul, 2011.

[11] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 13. Ayrıntılı Bilgi için bkz. The Statutes Revised Edition, Vol II, William and Marry To Georhe III, A.D. 1688-1770 Londra, 1871. https://books.google.de/books?id=L7c0AQAAMAAJ&pg=PA70#v=onepage&q&f=false (Erişim tarihi: 06.08.2019). –

[12] Ayrıntılı Bilgi için bkz. **Christopher R. Seppala**, French Domestic Arbitration Law, The International Lawyer, Vol 16, No. 4, Amerika, 1982, S. 749- 792. https://www.jstor.org/stable/40705407 (Erişim tarihi: 06.08.2019).

[13] **Marshall**, s. 2; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2595; **Bilgehan Yeşilova**, Tahkime Uygulanacak Hukuk (Lex Arbitri), Teorik Temelleri ve Düşündürdükleri (263- 349), *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD)*, C.:IV, S.:1, İstanbul, 2007, s. 266.

Türk hukukunda ise tahkime ilişkin ilk düzenlemelere 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret[14]te, sonrasında 1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu[15]'nda (HUMK) rastlanmaktadır[16]. Güncel mevzuatımızda ise milletlerarası tahkime ilişkin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu[17] (MTK) ve iç tahkime ilişkin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu[18] (HMK) yürürlüktedir.

Tahkimin üzerinde anlaşılan tam bir tanımı yoktur[19]. Tahkim, esas olarak; taraflarının belirleyecekleri bir kişi tarafından uyuşmazlığın çözümlenmesi konusunda anlaşmaya vardıkları bir uyuşmazlık çözüm yoludur[20]. Başka bir ifadeyle; belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğacak bir uyuşmazlık halinde yargı yetkisinin devletin mahkemelerinden alınarak, belirlenecek hakem adı verilen özel kişiler tarafından karara bağlanması konusunda tarafların anlaşmasına *tahkim* denir[21].

Sonuç itibariyle, tahkim, uyuşmazlık ya da uyuşmazlıkların, devlet mahkemelerine gitmeden, kesin ve bağlayıcı bir sonuca ulaşması için etkili bir metottur[22]. Uyuşmazlığın

---

[14]Ayrıntılı Bilgi için bkz. Kanunname-i Ticaret ve Zeyilleri, Çev. **Fikri Gürzumar/Tekin Gürzumar/Ali Himmet Berki,** Ankara, 1962.

[15] RG. T. 2,3,4/7/1927 S. 622, 623, 624.

[16] **Erol Ertekin /İzzet Karataş,** Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, s. 27; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2595; **Ekşi**, HMK, s. 1;, **Nuray Ekşi**, Türkiye'de Kurumsal Tahkim, 1. Bası, İstanbul, 2020, s. 1; **Demirkol/Aküzüm**, s. 14; **Hüseyin Afşın İlhan**, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Ankara, 2016, s. 1 dn. 1; **Aydemir**, s. 18.

[17] RG.T. 05.07.2001, S. 24453.

[18] RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

[19] **Andrew Tweeddale / Keren Tweeddale**, Arbitration of Commercial Disputes International and English Law and Practice, New York, 2005, s. 33.

[20] **Nigel Blackaby /Constantine Partasides / Alan Redfern / Martin Hunter**, Redfern and Hunter on International Arbitration Student Version, 6. Bası, Oxford, 2015, s. 2.

[21]**Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 17; **Ergin Nomer/ Nuray Ekşi/ Günseli Öztekin Gelgel**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 5. Bası, İstanbul, 2016, s.1; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 168; **Aysel Çelikel/Bahadır Erdem**, Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, İstanbul, 2017, s.772; **Yavuz**, s. 133; **Vahit Doğan,** Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2019, s. 158; **Baki Kuru**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017, s. 659; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 579; **Pekcanıtez/Yeşilırmak,** Pekcanıtez Usul, s. 2596; **Ali Cem Budak/ Varol Karaaslan**, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2017, s. 397; **Şensöz**, Tahkim, s. 8-9; **Özbek**, s. 142; **Burcu Zengin**, Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu (129-153), *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.:12 S.:2, İstanbul, 2013, s. 132; **Philippe Fouchard/ Emmanuel Gaillard / Berthold Goldman,** Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Emmanuel Gaillard/ John Savage (eds.), Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, s. 193.

[22] **Febie Yudistiana,** The Extent To Which Hybrid Arbitration Clauses Apply To Advance Investor-State Arbitration In The International Centre For Settlement Of Investment Disputes (ICSID) (Danışman: Dorothy Kwagala-Igaga) , Kingston Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Londra, 2015, s. 20, https://www.academia.edu/36444661/The_Extent_to_Which_Hybrid_Arbitration_Clauses_Apply_to_Advance_Investor-State_Arbitration_In_The_ICSID.doc (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

çözümü kendilerine bırakılan hakemlerin resmi bir sıfatları yoktur ancak taraflar hakemlere yetki vererek onların yapacağı yargılamayı kabul etmiş olurlar, bu sebeple "hakem mahkemesi" kavramı kullanılmaktadır[23].

Tahkim yargılamasının, devlet yargılamasına tercih edilmesi için birçok sebep bulunmaktadır. Tahkim kurumu, milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda milli yargı mercilerinin ve milli mevzuatların çözüm konusunda yetersiz kalması sebebi ile ortaya çıkmıştır[24]. Paralel bir sebep olarak, farklı vatandaşlığa sahip taraflar arasında "*nötr*" bir mahkeme olması sebebiyle, taraflardan birinin devletinin mahkemesi yerine, tahkim yargılaması tercih edilmektedir[25]. Farklı bir ifadeyle, hakem mahkemesi objektif olması sebebi ile devlet mahkemesine tercih edilmektedir[26]. Tahkim yargılaması *bağımsız ve tarafsız bir yargı makamı* olarak kabul edilmektedir[27].

Tarafların, uyuşmazlığın hakemlerce çözülmesini tercih etmelerinin önemli nedenlerinden biri de uyuşmazlığın alanında uzman hakemlerce incelenmesi ve çözüme kavuşturulmasıdır[28]. Uyuşmazlığın devlet mahkemelerinden daha kısa sürede çözülecek olması da yine tahkimi

---

[23] **Kuru**, Ders Kitabı, s. 660.

[24] **Mahmut T. Birsel,** Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye (97-128), *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:1, Sayı 1, İzmir, 1980, s.100.(http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/ilk/yilbirsayibir/birsel6.pdf); **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.62-63; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 9-10.

[25] **Birsel**, s. 100; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 10; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 15; **Ertekin/Karataş**, s. 37; **H. Ercüment Erdem,** Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul, 2017, s. 522; **Margret L. Moses**, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 2. Bası, New York, 2012, s. 3; **Esen Aydın**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Patolojik Tahkim Şartı ve Sözleşmesi (Danışman: Faruk Kerem Giray), İstanbul Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 9.

[26] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 63-64.

[27] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 320; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 10; **Çelikel / Erdem**, s. 786; **Neil Andrews**, Arbitration and Contract Law Common Law Perspectives, e-Book, 2016, s. 3; **Cemre Tüysüz**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü (846-873), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Cilt:37, Sayı:2, İstanbul, 2017, s. 847 https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/412078 (Erişim Tarihi: 06.01.2020); **Başaran**, s. 22; **Cansu Yener Keskin**, Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi, İstanbul, 2017, s.7; **Aydın**, s. 10.

[28] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 24, 66; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 320; **Ertekin/Karataş**, s. 37; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 11; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 16; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 171; **Çelikel/Erdem**, s. 772, 786; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 581; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2602, 2603; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 171; **Erdem**, s. 522; **Çelikel / Erdem**, s. 786; **Andrews**, s. 4; Marshall, s. 3; **Tüysüz**, s. 847; **Başaran**, s. 21; **Yener Keskin**, s. 7; **Aydın**, s. 11-12.
Örneğin, deniz ticareti alanının spesifikliği ve teknik bir konu olması nedeniyle, bu uyuşmazlıkların tahkim yargılamasında, alanında uzman hakemlerce çözüme kavuşturulması tercih edilmektedir. Bkz. **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 15.

tercih nedenlerinden bir başkasıdır[29]. Mahkemelerin iş yükü, dava sayısının çokluğu, hakimlerin teknik bilgi eksikliği sebebiyle bilirkişilere başvurması gibi nedenler, devlet mahkemelerinde yargılamaların uzun sürmesi sonucunu doğurmakta ve bu nedenle tahkim yargılaması devlet yargılamasına tercih edilmektedir[30]. Tahkim yargılamasında hakemler devletin usul kuralları veya maddi kuralları ile sıkı sıkıya bağlı değillerdir[31]. Tahkim yargılamasında, hakemler, yerel hukukun emredici kurallarının dışına çıkabilmekte, uyuşmazlığın çözümüne örf-adet hukuku ve teamülleri uygulayabilmektedirler bu da yargılamanın hızlı şekilde sonuca ulaşmasını sağlar[32]. Tahkim yargılamasının hızlı şekilde ilerlemesinin bir nedeni de hakemlerin usul bakımından serbest hareket edebilmeleri ve işlemleri hızlı şekilde ilerletebilmeleridir[33].

Tahkimin tercih sebeplerinden bir diğeri ise uyuşmazlığın çözümünde gizlilik sağlanabilmesidir[34]. Kural olarak tahkim yargılaması kamuya kapalı şekilde yapılır ve kararlar yayınlanmaz[35]. Bu da özellikle milletlerarası ticarette, şirketlerin gizlilik sebebiyle tahkim yargılamasını tercih etmesi sonucunu doğurmaktadır[36]. Gizlilik tüm tahkim yargılaması için kararlaştırılabileceği gibi, görülen celseler için ya da verilen karar için de kararlaştırılabilir[37].

---

[29] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 23, 67; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 320; **Ertekin/Karataş**, s. 36; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 11; **Ziya Akıncı**, Uyuşmazlıkları Çözüm Yolu Olarak Tahkim (108-113), Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Özel Hukuk Bildiri V, Cilt 3, Ankara, 2000, s. 108; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 171; **Çelikel/Erdem**, s. 772, 786; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 581; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2602, 2603; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 170; **Yves Derains**, New Trends, in the Practical Application of the ICC Rules of Arbitration (s. 38-55), *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 3, Issue 1, Chicago 1981, s.44; **Erdem**, s. 522; **Çelikel** / **Erdem**, s. 786; **Zeynep Derya Tarman**, Tahkim ve Gizlilik (305-328), *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.:7 S.:1, İstanbul, 2018, s. 305; **Moses**, s. 4; **Huysal**, s. 20; **Yener Keskin**, s. 7; **Aydın**, s. 11-12; **Söğüt,** s. 6.

[30] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 24; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 320; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 170.

[31] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 320.

[32] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 321; **Aydın**, s. 11.

[33] Örneğin tebligatlar e-posta aracılığıyla veya sms ile gerçekleştirilebilecektir, ya da tarafların tahkim dilini kararlaştırmaları sayesinde, herhangi bir çeviriye ihtiyaç duymadan uyuşmazlığın çözümü sağlanabilecektir. **Pekcanıtez/ Yeşilırmak,** Pekcanıtez Usul, s. 2603; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 321; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 11; **Aydın**, s. 11.

[34] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 24, 66; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 322; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 171; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 11, 473; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 17; **Derains**, s. 44, 45; **Erdem**, s. 522; **Çelikel** / **Erdem**, s. 786; **Yasan Candan**, Milletlerarası Tahkimde Gizlilik (s. 777-806), *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan*, İstanbul, 2011/1, s. 777; **Faruk Kerem Giray,** Milletlerarası Tahkimde Gizlilik, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi,* Yıl 2015, C. 4, S. 2, İstanbul, 2015, 65-121, s. 68; **Tarman**, s. 305,312; **Marshall**, s. 3; **Moses**, s. 3-4; Tüysüz, s. 847; **Huysal**, s. 20; **Başaran**, s. 37; **Yener Keskin**, s. 8; **Aydın**, s 12;

[35] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 11; **Tarman**, s. 313-314; **Aydın**, s. 12.

[36] **Derains**, s. 45; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 11; **Tarman**, s. 313.

[37] **Giray**, s. 69; **Yasan**, s. 783-784.

Tahkimin gizliliği, seçilen tahkim kurallarından kaynaklanabileceği gibi[38], tarafların tahkim sözleşmelerine ekleyecekleri ek bir madde ile de sağlanabilir[39]. Gizlilik açısından değerlendirildiğinde ad hoc tahkim[40] ve kurumsal tahkim[41] arasında bazı farklar görülmektedir. Kurumsal tahkim yargılamalarında, kararlar kurum merkezine de gideceği için ad hoc tahkimde gizlilik daha kolay bir şekilde sağlanmaktadır[42]. Paralel bir sebep olarak, kurumsal tahkimde, tahkim merkezlerinin tahkim yargılaması üzerinde bürokratik denetimi ve müdahale imkânı, ad hoc tahkimin tercih edilmesinin sebeplerinden biridir[43].

Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ile yabancı hakem kararlarının tenfizi farklı hükümlerle düzenlenmiştir[44]. Milletlerarası ticarette tahkimin tercih sebeplerinden biri ise New York Konvansiyonu[45] gibi milletlerarası sözleşmelerin yabancı hakem kararlarının tenfiz imkanını, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden kolay hale getirmesidir[46]. New York Konvansiyonu kapsamında verilen hakem kararı, Türkiye'de tenfiz edilebileceği gibi akit devlet sayısının çokluğu nedeniyle hemen hemen her ülkede de tenfiz imkanına da sahip olur[47]. Ayrıca milletlerarası sözleşmeler ile birlikte, ülkelerin aralarında imzaladıkları iki taraflı veya diğer çok taraflı sözleşmeler de yabancı hakem kararların tenfizini kolaylaştırmakta ve milletlerarası tahkimin tercih edilmesini sağlamaktadır[48].

---

[38] **Giray**, 91-93; **Tüysüz**, s. 858.
[39] **Giray**, s. 73; **Tüysüz**, s. 849; **Yasan**, s. 801.
[40] Bkz. BÖLÜM I, C.
[41] Bkz. BÖLÜM I, C.
[42] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2611.
[43] **Nomer**, DHH, s. 561-562.
[44] Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi MÖHUK m. 50-59 arasında, yabancı hakem kararlarının tenfizi ise 60-63. Maddeler arasında düzenlenmiştir. Bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 10 dn. 19.
[45]RG.T. 21.05.1991, RG. S. 2087. https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20877.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2020) 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf (Erişim tarihi: 07.12.2019); 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Konvansiyonun Türkçe metni için bkz. http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15470.pdf (Erişim tarihi: 07.12.2019).
[46] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 66; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 322; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 10; **Akıncı**, Çözüm Yolu, s. 108; **Erdem**, s. 522-523; **Moses**, s.3; **Marshall**, s. 3; **Huysal**, s. 20; **Yener Keskin**, s. 9-10; **Aydın**, s. 10.
[47] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 10.
[48] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 66-67.
Çok taraflı sözleşmelere örnek olarak International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) sözleşmesi verilebilir. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusunda ICSID tahkim merkezinden verilen kararlar, ICSID Anlaşması sayesinde tenfiz olmaksızın doğrudan icra edilebilmektedir. Bkz. ICSID Konvansiyonu (Convention on The Settlement of Investment Disputes Between States And Nationals of Other States) m. 54.

Son olarak tahkim yargılamasının tercih sebeplerinden biri de psikolojik olarak hakemlerin uzlaştırıcı olarak görülmesi ve dostane bir çözüm sunduklarının düşünülmesidir[49]. Hakem kararlarının taraflar üzerinde devlet mahkemeleri kararları gibi bağlayıcı etkisi mevcuttur[50]. Oysa diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında, taraflar kendi kararlarını verme yetkisine sahiptir. Müzakere sürecini yürüten tarafsız uzman kişiler bir yargılama yürütmez ve uyuşmazlık hakkında karar vermez, bu kişiler hakem ya da hâkim değildir. Tarafların uyuşmazlıklarında anlaşmaya varmaları için, sistematik teknikler uygulayarak, onlara yardımcı olurlar[51]. Bu yönü ile de tahkim yargılaması, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine tercih edilmektedir[52]. Buna binaen, anlaşmazlığın tahkim yargılaması ile çözülmesi kararlaştırılması halinde, devlet mahkemesine başvurulamayacak *forum shopping* önlenerek tek bir tahkim yargılaması neticesinde verilen, tek bir hakem kararı olacaktır. Böylelikle, paralel davalar ve birbiri ile çelişen davaların ortaya çıkması engellenecektir[53]. Devlet mahkemesinde tarafların yarışması gerekmeden, yargılama taraflarca belirlenen hakemlerce çözüme kavuşturulacaktır[54].

---

[49] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 24; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 322.

[50] Türk hukuku açısından, taraf vekillerinin de arabuluculuk tutanağını imzaladığı durumlarda, arabuluculuk sonucu elde edilen karar taraflar açısından bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 18 f. 4 *"Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır."*
HUAK RG.T. 22.06. 2012, S. 28331.

[51] HUAK m. 2 *"Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini… ifade eder."*

[52] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s.9; **Aydın**, s. 11.

[53] **Aydın**, s. 12.

[54] Devlet mahkemesinde görülen yargılamalarda öncelik prensibi gereği, daha önce açılan dava sebebiyle sonra açılan dava milletlerarası derdestlik nedeni ile bekletici mesele yapılmakta, bu sebeple **tarafların yarışması** ortaya çıkmaktadır.

1. Tahkim Sözleşmesi ve Tahkim Şartı & Klozu Ayrımı

Bir uyuşmazlığın tahkim yargılamasında görülmesi için olmazsa olmaz şart, bir tahkim anlaşmasının bulunmasıdır[55], geçerli bir anlaşma bulunmaması durumunda hakemlerce verilen kararın icra imkânı bulunmayacaktır[56]. Tarafların aralarında yaptıkları anlaşma hükümleri arasına koydukları *"… doğmuş veya doğacak uyuşmazlıkların tahkim yargılaması ile çözülmesi"*ne ilişkin madde, "*tahkim şartı*"; tarafların bu hususta ayrıca bir sözleşme yapmaları durumunda bu sözleşme "*tahkim sözleşmesi*" olarak anılmaktadır[57]. Her ikisini de kapsayan bir üst kavram olarak ise, "*tahkim anlaşması*" kavramı kullanılmaktadır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, tahkim sözleşmesi ya da sözleşmeye eklenen tahkim klozu, tahkimin olmazsa olmaz "*conditio sine qua non*" unsurudur[58]. Başka bir ifadeyle, *tahkim anlaşması, tahkim yargılamasının temelini oluşturur*[59] ve tahkim anlaşması tahkimin temel taşıdır[60]; geçerli bir tahkim anlaşması bulunmaması durumunda, hakemler yargılamayı gerçekleştiremez[61].

Uyuşmazlığın tahkim yargılamasında çözümlenmesi konusunda taraflar arasında tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı bulunması bakımından bir fark bulunmamaktadır[62]. Uygulamada

---

[55] **Pekcanıtez/ Yeşilırmak,** Pekcanıtez Usul, s. 2594; **Cemal Şanlı**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 325; **Ekşi,** Deniz Ticareti, s. 45; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 126; **Akıncı**, Çözüm Yolu, s. 109; **Ertekin/Karataş**, s.49; **Şensöz**, Tahkim, s. 171; **Yener Keskin**, s. 11.

[56] **Cemile Demir Gökyayla** Milletlerarası Tahkimde Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim (s. 161-181), *Uğur Alacakaptan'a Armağan C. 2*, İstanbul, 2008, s. 163.

[57] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 72; **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 193; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 325-326; **Ertekin/Karataş**, s. 49; **Ekşi**, HMK, s. 74-75; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 169; **Ekşi,** Deniz Ticareti, s. 46; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 132; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 21; **Akıncı**, Çözüm Yolu, s. 109; **Çelikel/Erdem,** s. 772; **Doğan**, s. 158, 134; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 584; **Budak/Karaaslan**, s. 397, 400; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2645; **Erdem**, s. 530; **Demir Gökyayla** Ad Hoc ve Kurumsal Tahkim, s. 164; **Sibel Özel**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Kuralları, İstanbul, 2008, s. 35; **Yudistiana**, s. 20; **Iurii Ustinov**, Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity (Danışman: Erik Vermeulen) Tilburg Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 4 http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142526 ; **İlhan**, s. 6; **Yener Keskin**, s. 47; **Aydemir**, s. 84; **Aydın**, s. 16; **Zengin**, s. 132.
Tahkim anlaşmaları hakkında ayrıntılı için bkz. Bölüm I/B – Tahkim Anlaşmaları.
Tezimiz kapsamında, tahkim anlaşması kavramı, tahkim sözleşmesi ve tahkim klozlarını kapsar şekilde bir üst başlık olarak kullanılmıştır.

[58] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 126; **Şensöz**, Tahkim, s. 171.

[59] **Pekcanıtez/ Yeşilırmak,** Pekcanıtez Usul, s. 2594; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 325; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 21.

[60] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 71; **Ustinov**, s. 4.

[61] **Nomer**, DHH, s. 557.

[62] **Ertekin/Karataş**, s. 57, 58; **Doğan**, s.158; **Aydemir**, s. 96.

da tarafların sonradan uyuşmazlığın tahkim yargılamasına konu edilmesini kararlaştırmaları dışında genellikle esas sözleşmeye bir tahkim şartı eklenerek tahkim konusunda anlaştığı görülmektedir[63].

Tahkim anlaşması, New York Konvansiyonu m. 2 f. 1'de "*Yazılı anlaşma terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır*[64]" şeklinde ifade edilmiş, aynı yönde UNCITRAL Model Kanun m. 7'de "*Tahkim anlaşması, sözleşmesel olsun ya da olmasın taraflar arasındaki bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığın bir kısmı veya tümünün tahkim yoluyla çözümlenmesi konusunda taraflarca yapılan anlaşmadır. Tahkim anlaşması bir tahkim klozu şeklinde esas sözleşmenin içinde olabileceği gibi, esas sözleşmeden ayrı bir sözleşme şeklinde de düzenlenebilir*[65]" şeklinde tahkim sözleşmesi ve tahkim klozunun tanımı yapılmıştır. Türk hukuku mevzuatında tahkim tanımı yapılmamasına karşın; MTK m.4 f.1 *"Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır"* şeklinde tahkim anlaşmasının tanımını yapmış, HMK m. 412 de MTK'ya paralel şekilde *"Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır"* şeklinde tahkim anlaşmasını tanımlamıştır.

HMK m. 412 f. 2 "*Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir"* hükmü, açık şekilde tahkim sözleşmesinin ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabileceği gibi esas sözleşmeye eklenen bir şart olarak da gerçekleştirilebileceğini

---

[63] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 132; **Yener Keskin**, s. 51; **Nazlı Töre**, Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkiler, Ankara, 2019, s. 5.

[64] "*The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams."* http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf (Erişim tarihi: 07.12.2019).

[65] **Article 7 "***Arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement." Bkz*. Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, Viyana, 2008, s. 4.

ifade etmekte, aynı yönde MTK m. 4 f.1 son cümle *"Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir"* hükmü de yabancılık unsuru taşıyan tahkim anlaşmalarında da tahkimin geçerliliğinin ayrı bir sözleşme ile veya esas sözleşmeye eklenen bir kloz ile sağlanabileceğini ifade etmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda bir tahkim anlaşması tanımı yapılmasının en önemli yanı, tanıma uymayan tahkim anlaşmalarının geçersiz sayılacak olmasıdır[66].

Uluslararası düzenlemeler ve Türk mevzuatı da dikkate alındığında, tahkim anlaşmasının taraflarca henüz bir uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce düzenlenebileceği gibi uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da gerçekleştirilebileceği açıktır. Hatta, uyuşmazlık çıkıp, taraflar mahkemede dava açtıktan sonra da aralarında anlaşarak tahkim anlaşması yapmaları mümkündür[67]. Ancak belirtmek gerekir ki, tahkimde dava açılması için taraflar arasında belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş mevcut bir anlaşmazlık bulunmalıdır[68].

MTK m. 4 f. 2 ve birebir aynı olan HMK m. 412 f. 3 *"Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır"* hükmü, tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yapılması durumunda, taraflar arasında tahkim anlaşması yapılmış sayılacağını ifade etmektedir. Tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yoluyla da tahkim anlaşması yapılmış sayılır[69]. Bu metot ile yapılan tahkim sözleşmelerine incorporation[70] yoluyla akdedilen tahkim anlaşmaları denilmektedir. Doktrinde *Nomer / Ekşi /Öztekin Gelgel*, bu tip tahkim iradelerinin, klasik yolla gerçekleştirilen tahkim yöntemlerine alternatif yeni bir yöntem olduğunu ifade etmektedir[71].

---

[66] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 126.
[67] **Ekşi**, HMK, s. 72; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 133.
[68] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 127 dn. 100.
[69] **Pekcanıtez/Yeşilırmak,** Pekcanıtez Usul, s. 2662; **Ekşi**, HMK, s. 77; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret s. 169; **Nomer /Ekşi / Öztekin Gelgel**, s. 54; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 355; **Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman Figanmeşe**, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 661; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 155; **Demir Gökyayla,** Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim, s. 164; **Şensöz**, Tahkim, s. 170; **Sibel Özel,** Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Anlaşmasını Geçersiz Olması (s. 303-323), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, S.1, İstanbul, 2017, s. 317, https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/331983 (Erişim Tarihi: 13.12.2019); **İlhan**, s. 91; **Aydemir**, s. 210-211; **Zengin**, s. 146; **Aydın**, s. 23.
[70] *Incorporation*, bir belgenin, başka bir belgenin eki haline getirilmesi metodudur. Bkz. **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 169; **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 23; **Ekşi**, HMK, s.79; **Nuray Ekşi**, Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation", (263-291), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt:19, Sayı:1-2, İstanbul, 1999, s. 263; **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 272; **İlhan**, s. 82.
[71] **Nomer /Ekşi / Öztekin Gelgel**, s. 54; **Ekşi**, HMK, s. 79.

Uluslararası ticaret alanında yeknesaklığı sağlamak için belli bir devlete ait olmayan tahkim kurumları, meslek kuruluşları gibi oluşumlar, model kanunlar, kodlar, standart sözleşmeler ve genel işlem koşulları düzenlemektedir[72]. Incorporation yoluyla sözleşmeye eklenen metinler, sözleşmenin bir parçası niteliğindedir ve metinde yer alan her bir madde de sözleşmenin bir hükmü sayılmaktadır[73]. Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın bu kurallara göre çözümlenmesini talep etmeleri ve bu kurallara incorporation yoluyla atıf yapmaları halinde, uyuşmazlık bu kurallara göre çözümlenir[74]. Incorporation yoluyla akdedilen tahkim sözleşmelerinin geçerliliği ve patolojikliği ikinci bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır[75].

Tezimiz kapsamında **tahkim anlaşması** terim olarak hem esas sözleşmeden ayrı şekilde hazırlanan tahkim sözleşmelerini ifade etmek için hem esas sözleşmeye eklenen tahkim klozları için hem de incorporation yolu ile aktarılan tahkim iradeleri için kullanılacaktır.

2. Zorunlu Tahkim ve İhtiyari Tahkim Ayrımı

Tahkim, ihtiyari olabileceği gibi, kanun koyucu tarafından zorunlu olarak öngörülmüş olabilir. Zorunlu olduğu haller dışında tahkim ihtiyaridir[76]. Zorunlu tahkim, özel kanun hükümlerince düzenlenmiş ve istisnai hallerde tarafların mecburi olarak başvurdukları tahkimi ifade etmektedir[77]. Zorunlu tahkimi düzenleyen kanunlar, özel kanun niteliğinde olmaları sebebiyle öncelikli olarak uygulanacaktırlar[78].

---

[72] **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 169; **Ekşi**, Incorporation, s. 274; **Zengin**, s. 130.
[73] **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 60; **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 26.
[74] **Ekşi**, Incorporation, s. 275; **Tweeddale/ Tweeddale**, s.103.
[75] Bkz. Bölüm II / C / 2 / c.
[76] **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 169; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 8; **Emre Esen**, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, 1. Bası, İstanbul, 2008, s. 7; **Gedik**, s. 16-17; **Tekin**, s. 12.
[77] **Kuru**, Ders Kitabı, s. 660; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 583; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2614-2616; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 169; **Ekşi**, HMK, s. 2; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 8.
Tahkimin zorunlu olduğu bazı haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2614-2616; **Ekşi**, HMK, s. 18-34; **Nomer**/**Ekşi**/**Öztekin Gelgel**, s. 9-14; **Tekin**, s. 13; **Rubino-Sammartano**, s. 25.
[78] **Ekşi**, HMK, s. 15.
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 14.01.2020 tarihli E. 2018/4528 K. 2020/124 sayılı kararı: *"… Kural olarak taraflar bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için hakeme başvurmaya mecbur değildirler. Ancak, bazı hallerde bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için hakeme başvurmak zorunludur ki; buna zorunlu tahkim denir. Tahkimin hangi hallerde zorunlu olduğu, özel bir kanun hükmü ile belirlenir…"* www.legalbank.net (Erişim tarihi: 15.06.2020).

Kanunlarda sayılan özel haller dışında tahkim ihtiyaridir ve tarafların aralarında yapacakları bir tahkim sözleşmesi veya anlaşmalarına koyacakları bir tahkim şartı ile kurulur[79]. HMK ve MTK'da düzenlenen tahkim, ihtiyari tahkimdir[80]. Zorunlu tahkimde tahkimin kanundan kaynaklanması sebebiyle, taraflar arasında akdedilmiş bir tahkim sözleşmesi bulunmaz[81]. Zorunlu tahkimin öngörüldüğü hallerde taraflar mahkemelere başvuramazlar[82]. Kanunun zorunlu tahkimi öngörmesi halinde, taraflar kanunda belirtilen özel hakemlere başvurmak zorundadırlar[83], başka bir ifadeyle kanunda zorunlu tahkim prosedürü öngörüldüğü hallerde taraflar ihtiyari tahkime de başvuramayacaklardır[84].

Tezimizde ihtiyari tahkim ele alınacak ve ihtiyari tahkim anlaşmalarının geçerliliği, patolojikliği kavramları ile birlikte hibrit tahkim anlaşmalarının geçerliliği incelenecektir.

3. Kurumsal Tahkim ve Ad Hoc Tahkim Ayrımı

Tahkimin yeknesaklaştırılması; sevk ve idarenin belirli kurumların elinde toplanması, kanunlaştırma ve milletlerarası anlaşmalar ile sağlanmaya çalışılmıştır[85]. Böylece tahkim kurumları kurulmuş, coğrafi ve sektörel sınırlardan bağımsız olarak tahkim alanında çalışmaya başlanmıştır[86].

---

[79] **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 169-170; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 8; **Esen**, Tahkim Anlaşmasının Teşmili, s. 7.
[80] **Kuru**, Ders Kitabı, s. 660; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 582-583.
[81] **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 9; **Ekşi**, HMK, s. 15; **Ekşi**, Kurumsal Tahkim, s. 7; **Gedik**, s. 16.
Amerikan Hukukunda ise "*mandatory arbitration*" – zorunlu tahkim kavramının genel işlem şartı içinde yer alan tahkimler için kullanıldığı hakkında bkz. **Ekşi**, Kurumsal Tahkim, s. 7 dn. 20.
[82] **Ekşi**, HMK, s. 15; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 8.
[83] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 8.
[84] **Ekşi**, HMK, s. 15.
[85] **Şit**, Kurumsal Tahkim, s.9.
[86] **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 10.

Tahkim yargılaması bir kurum bünyesinde (kurumsal tahkim- müesseseleşmiş tahkim[87] - enstitü tahkim[88] - daimî hakem mahkemeleri[89] - *institutional arbitration*) veya herhangi bir kuruma bağlı olmaksızın (ad hoc- arızi- geçici) icra edilebilmektedir[90]. Kurumsal tahkimde yargılama bir tahkim merkezi bünyesinde gerçekleştirilirken, ad hoc tahkimde yargılama hakem heyetinin kendisi tarafından yürütülmektedir[91].

Bir tahkim kurumuna bağlı olmadan gerçekleştirilmesi nedeniyle en esnek tahkim uygulaması ad hoc tahkimde görülür[92]. Ad hoc tahkimde her somut olay için kurulan bir hakem heyeti nezdinde yargılama gerçekleştirilmesi sebebiyle, bu tip tahkim, geçici tahkim olarak da adlandırılır[93].

Bunlara ek olarak ad hoc tahkimde belgeler hiçbir şekilde tahkim merkezine gitmeyeceği için, tarafların tahkim anlaşmasından beklentisi olan gizlilik de daha rahat şekilde

---

[87] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 69; **Nomer**, DHH, s. 561.
[88] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 6.
[89] **Şanlı** / **Esen** / **Ataman Figanmeşe**, s. 649.
[90] **Born**, C. I, s. 732; 148-149; **Klaus Peter Berger,** Institutional Arbitration: Harmony, Disharmony and the "Party Autonomy Paradox", İspanya, 2018, s. 7-8; **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 42,44; **Tweeddale/ Tweeddale**, s. 62;, **W. W. Park**, Arbitration of International Contract Disputes (1783-1799), *The Business Lawyer* Vol. 39, No. 4, USA, 1984, s. 1784; **Nomer**, DHH, s. 561; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim s. 6; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 14-15; **Derains**, s. 47-48; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2610; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 327-328, 383 vd. ; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 170; **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 47; **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 2-3; **Şanlı** /**Esen** / **Ataman Figanmeşe**, s. 648; **Mauro Rubino-Sammartano**, International Arbitration Law and Practice, 2nd edition(2. Bası), Netherlands, 2001, s.4; **Doğan**, s. 159; **Demir Gökyayla,** Ad Hoc ve Kurumsal Tahkim, s. 161; **Şensöz**, Tahkim, s. 18; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s.27; **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 5; **Yudistiana**, s. 21; **Ulrich G. Schroeter**, Ad Hoc or Institutional Arbitration — A Clear-Cut Distinction? A Closer Look at Borderline Cases (141-199), *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 10, No. 2, 2017, s.143; **Zengin**, s. 133; **Gedik**, s. 17-18.
Jane Willems,The Arbitrator's Jurisdiction at Risk: The Case of Hybrid and Asymmetrical Arbitration Agreements (s. 403-416), The Powers and Duties of an Arbitrator, Liber Amicorum Pierre A. Karrer Ed. Patricia Shaughnessy, Sherlin Tung, Netherlands, 2017, s. 404.
Ad hoc tahkim, Çin'de bir seçenek değildir. Taraflar, uyuşmazlıklarını herhangi bir kişinin ya da kişilerin çözmesi konusunda anlaşamazlar. Seçilen kişi ya da kişiler, profesyonel ve güvenilir olmalıdır. Bu da tahkimin tanınmış bir kurumsal tahkim merkezi bünyesinde gerçekleştirilmesi ile sağlanır.
Ayrıntılı bilgi için bkz.**, Giovanni Pisacane /Lea Murphy /Calvin Zhang,** Arbitration in China- Rules & Perspectives, e-Book, 2016, s. 13, 56; **Moses**, s. 9 dn. 19.
[91]**Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 69; **Derains**, s. 48; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 383; **Akıncı**, Çözüm Yolu, s. 108; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 170; **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 2; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 27; **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 5; **Rubino-Sammartano**, s. 4; **Demir Gökyayla**, Ad Hoc ve Kurumsal Tahkim, s. 161; **Aydın**, s. 13.
[92] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2611; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 28.
[93] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 69.

sağlanmaktadır[94]. Başka bir ifadeyle, kurumsal tahkimde, tahkim yargılaması üzerinde tahkim merkezinin bürokratik denetimi ve müdahalesinin bulunması, ad hoc tahkimin kurumsal tahkime tercih edilmesinin sebeplerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır[95].

Ad hoc tahkimde, yargılama, taraflarca ya da hakemlerce düzenlenen ya da atıf yapılan tahkim kuralları çerçevesinde yürütülür[96]. Oysaki kurumsal tahkimde, tarafların iradeleri ile düzenlenmeyen ya da düzenlenmesi unutulan hususlarda, tahkim merkezinin kuralları uygulanır[97]. Ad hoc tahkimde belirli bir kuralın uygulanması için tarafların bu kuralların uygulanmasını açık şekilde seçmiş olmaları gerekir[98]. Ad hoc tahkimde tarafların açıkça usule uygulanacak kuralları düzenlemediği ya da bir usul hukuku seçmediği durumlarda esasa ve usule hangi hukukun uygulanacağına ilişkin bir yazılı kod yokluğu ad hoc tahkimin dezavantajlarından biri olarak görülmektedir[99].

Sürekli bir sekretarya gibi teknik desteklerin eksikliği de ad hoc tahkimin dezavantajları arasında sayılmaktadır[100]. Tarafların iş birliği içinde bulunmamaları durumunda tahkimin faydalarından yararlanma imkanlarının ortadan kalkacak olması da ad hoc tahkimin bir başka dezavantajı olarak sayılabilir[101]. Kurumsal tahkimde yargılamaya yardımcı olan personelin bulunması sebebiyle yargılama daha etkin bir şekilde yürütülebilecektir[102]. Kurumsal tahkimde genellikle seçilen tahkim kurumunun kuralları tahkim yargılamasına uygulanır[103], uygulanacak

---

[94] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 72; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2611; **Ekşi**, Kurumsal Tahkim, s. 19.

[95] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 383; **Şanlı** /**Esen** / **Ataman Figanmeşe**, s. 648; **Nomer**, DHH, s. 561-562; **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 3; **Ekşi**, Kurumsal Tahkim, s. 19; **Gedik**, s. 17.
Örneğin ICC tahkim merkezi bünyesinde yürütülen kurumsal tahkim yargılamalarında nihai karar Divan tarafından incelemeye tabiidir. Bkz. **Ali Yeşilırmak**, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması, İstanbul, 2018, s. 118-119.

[96] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 72-23; **Şit,** Kurumsal Tahkim s. 54-55; **Şensöz**, Tahkim, s. 18; **İlyas Gölcüklü**, Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları, İstanbul, 2018, s. 72; **Aydın**, s. 13; **Gedik**, s. 17; **Schroeter**, s. 147.

[97]**Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 72-23; **Şit,** Kurumsal Tahkim s. 54-55; **Şensöz**, Tahkim, s. 18; **Aydın**, s. 13. İstinası Hibrit Tahkim Anlaşmaları için bkz. Bölüm III.

[98] **Gölcüklü**, s. 69.

[99] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 71.

[100] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 71.

[101] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2612; **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 43; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s.28.

[102] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2612; **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 45; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 170; **Ekşi**, Kurumsal Tahkim, s. 17.

[103] **Berger**, s. 8.

kuralların çerçevesinin belirli olmasının taraflara öngörülebilirlik ve gerekli hukuki güveni sağladığı ifade edilmektedir[104].

Kurumsal tahkimin ele anılabilecek olumsuz yönü ise tahkim merkezine ödenecek ücretler sebebiyle tahkim yargılamasının maliyetinin artması olarak değerlendirilebilir[105]. Kurumsal tahkimde hakeme ödenen ücretlerin yanında yargılamanın yürütülmesinde usuli işlemler gibi noktalarda yardımcı olan tahkim kurumuna da ödeme yapılmakta, tahkim masrafları artmaktadır[106]. Bu sebeple, kurumsal tahkimde masraflar ad hoc tahkime göre daha yüksek olabilmekte ve uygulamada ad hoc veya kurumsal tahkimin seçiminde yargılama konusu olacak uyuşmazlığın miktarı etkili olmaktadır[107].

Belirtmek gerekir ki uygulamada tarafların ad hoc tahkimde, UNCITRAL tahkim kuralları gibi belirli kurallarının uygulanmasını tercih etmeleri, tahkimi kurumsal tahkim haline getirmeyecektir[108].

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kurumsal tahkimde yargılama genellikle tahkim kurumunun önceden belirlenmiş kuralları çerçevesinde yapılmaktadır[109]. Ancak tezimizin üçüncü bölümünde inceleneceği üzere tarafların aksini kararlaştırdığı durumlar da mevcuttur. Tahkim yargılamasında belirli bir tahkim merkezinin kurallarının uygulanabilmesi için tarafların bu tahkim merkezinin kurallarının uygulanacağını kararlaştırmış olmaları gerekir[110]. Ancak kabul edilen tahkim şartı her zaman net bir ayrım içermeyebilir, örneğin; taraflar yargılamayı

---

[104] **Nomer**, DHH, s. 561; **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 3; **Şanlı** /**Esen** /**Ataman Figanmeşe**, s. 649; **Demir Gökyayla,** Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim, s. 166; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 30; **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 56.

[105] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2612; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 7; **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 46; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s.30; **Park**, Contract Disputes, s. 1785.

[106] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2612; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 7; **Ekşi**, Kurumsal Tahkim, s. 119-20; **Gedik**, s. 18.

[107] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 7; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 15; **Moses**, s. 10; **Gedik**, s.18.

[108] **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 15.
Uygulamada taraflar *ad hoc* tahkim yargılamasını seçmelerine karşın, UNCITRAL tahkim kurallarının uygulanmasını seçmektedirler. Bu durumda yargılama kurumsal tahkim çerçevesinde yürütülmüş olmayacaktır. Tarafların tahkim hususunda anlaşamadıkları noktalarda yargılama UNCITRAL tahkim kurallarına tabii olacaklardır. Bkz. **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 70; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 7.

[109] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 69,72; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 6; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 14; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2612; **Nomer**, DHH, s. 56; **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 3; **Doğan**, s. 159; **Gölcüklü**, s. 73; **Moses**, s. 9; **Gedik**, s. 17.

[110] **Demir Gökyayla,** Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim, s. 164.

bir tahkim merkezi bünyesinde gerçekleştirmeyi seçmemiş olsalar dahi, hakemlerin yargılamayı belirlenen tahkim merkezi kuralları çerçevesinde yürütmesini kararlaştırabileceklerdir[111]. Aynı şekilde tarafların, yargılamanın bir tahkim merkezi bünyesinde gerçekleşmesini kararlaştırmış olmaları durumunda da tahkim merkezinin bazı kurallarını değiştirebilir ya da kendilerine uygulanmamasını seçebilirler[112]. Tarafların ad hoc tahkim konusunda anlaşmış olmaları durumunda da hakemlerin atanması konusunda bir tahkim merkezini yetkilendirebilirler[113]. Tezimizin konusu olarak geçerliliği üçüncü bölümde ele alınacak hibrit tahkim anlaşmalarının bir görünüş biçiminde, taraflar belirlenen bir tahkim merkezi bünyesinde başka bir tahkim merkezi kuralları çerçevesinde yargılamanın gerçekleştirilmesini seçmektedirler[114].

Hakem kararlarının tanınması ve tenfizi açısından ad hoc tahkim ve kurumsal tahkim arasında hukuki bir farklılık bulunmamakla birlikte, uygulamada kurumsal tahkimde verilen kararların tahkim merkezine duyulan güven nedeniyle rızaen icrasının oldukça yüksek olduğu gözlemlenmektedir[115]. Tüm bunlarla birlikte, kurumsal tahkimdeki her dezavantaj ad hoc tahkimi tercih nedeni oluşturmayacağı gibi, ad hoc tahkime yöneltilen eleştiriler de kurumsal tahkimin avantajı olarak karşımıza çıkmamaktadır[116].

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kurumsal tahkime yalnızca ihtiyari olarak başvurulmaz, bazı hallerde kurumsal tahkim zorunlu olabilir[117]. Zorunlu tahkim öngörüldüğü durumlarda taraflar mahkemelere başvuramayacağı gibi, ihtiyari tahkime de başvuramayacaklardır[118]. Türk Hukukunda da tüketici hakem heyeti[119], spor uyuşmazlıklarında zorunlu tahkim[120] gibi zorunlu kurumsal tahkim uygulamaları mevcuttur[121].

---

[111] **Rubino-Sammartano**, s. 4; **Berger**, s. 10.
[112] **Rubino-Sammartano**, s. 4.
[113] **Rubino-Sammartano**, s. 4.
[114] Hibrit tahkim anlaşmaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III.
[115] **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 65- 69.
[116] Şit, Kurumsal Tahkim, s. 55.
[117] **Ekşi**, Kurumsal Tahkim, s. 10-11, 20.
[118] **Ekşi**, Kurumsal Tahkim, s. 20-21.
[119] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekşi**, Kurumsal Tahkim, s. 30-42.
[120] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekşi**, Kurumsal Tahkim, s. 61-98.
[121] **Ekşi**, Kurumsal Tahkim, s. 11.

4. Tahkimin Anlaşmasının Etkisi ve Tahkime İlişkin Bazı İlkeler

Doktrinde tahkim anlaşmalarının doğurduğu iki etki üzerinde durulmaktadır. Olumlu etki ve olumsuz etki. Tahkim anlaşmasının olumlu etkisi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözme yetkisini hakemlere tahsis etmesidir[122]. Olumsuz etkisi ise uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırması[123], başka bir ifadeyle, taraflardan birinin tahkim anlaşması bulunmasına rağmen devlet mahkemesine başvurması durumunda, diğer tarafın tahkim itirazı[124]nda bulunabilmesidir[125]. Taraflar yaptıkları tahkim anlaşması ile mahkemelerin yetkisini hakemlere devrederler[126].

a. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı & Ayrılabilirliği *(Autonomy & Separability)*

Esas sözleşmenin fonksiyonu; bir borcun icrası, yerine getirilmesi vb. bir edimken, tahkim anlaşmasının fonksiyonu bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için yargılama yolunun seçilmesidir[127]. Esas sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının fonksiyonlarının farklı olmasının sonucu olarak, tahkim anlaşması ve esas sözleşme birbirinden ayrı sözleşmeler olarak kabul edilir[128]. Önceleri tahkim sözleşmeleri, esas sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilerek geçerlilikleri esas sözleşmeye bağlı kılınsa da zamanla tahkim sözleşmeleri ya da klozlarının esas sözleşmeden bağımsız olduğu kabul edilmeye başlanmıştır[129].

Tahkim sözleşmesi, esas sözleşme içine eklenen bir şart ile kurulmuş olsa da esas sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olarak akdedilmiş olsa da esas sözleşmenin geçersizliği itirazı ile geçersiz kılınamaz, buna tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı (Alman ve Fransız

---

[122] **Born**, C. I, s. 1004-1005; **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 381; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2662; **Aydemir**, s. 70, 347; **Yener Keskin**, s. 230; **Töre**, s. 82; **Aydın**, s. 25-26; **Tekin**, s. 18.
[123] **Born**, C. I, s. 1004, 1020; **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 402; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2663; **Tan Dehmen**, s. 462; **Aydemir**, s. 100-101, 347; **Töre**, s. 82; **Aydın**, s. 26; **Tekin**, s. 18; **Ustinov**, s. 5.
[124] Tahkim itirazı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I /B/3.
[125] **Nomer /Ekşi / Öztekin Gelgel**, s. 2; **Yener Keskin**, s. 232.
[126] **Çelikel/Erdem**, s. 722; **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 45; **Nomer /Ekşi / Öztekin Gelgel**, s. 2; **Moses**, s. 18.
[127] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 104; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 327; **Tekin**, s. 19.
[128] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 327; **Tekin**, s. 19-20.
[129] **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 52

Hukuklarında *Autonomy)* ya da ayrılabilirliği *(*Amerikan hukukunda *Separabilty- Severablity*) denilmektedir[130]. Bizim de katıldığımız şekilde, mukayeseli hukuk doktrininde *Born*, "bağımsızlık" ifadesi yerine "ayrılabilirlik" ifadesinin tercih edilmesinin daha yerinde olduğunu, zira, tahkim anlaşmasının taraflar arasındaki esas sözleşmeden tamamen bağımsız olduğunu ifade etmenin yerinde olmayacağını belirtmektedir[131]. Esas sözleşmenin feshedilmesi, uygulanmasının askıya alınması veya ertelenmesi, süresinin sona ermesi, ayrılabilirlik ilkesi gereği, tahkim sözleşmesini geçersiz kılmayacaktır[132]. Ayrılabilirlik ilkesine göre, taraflar içinde tahkim şartı da bulunan bir sözleşme imzaladıklarında aslında iki ayrı sözleşme imzalamış olurlar: esas sözleşme ve tahkim anlaşması[133].

UNCITRAL Model Kanun m. 16 f. 1 tahkim şartının diğer hükümlerden bağımsız, ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiğini; *tahkim yargılamasında esas sözleşmenin geçersiz olduğuna ilişkin alınan kararın, tahkim şartının da geçersiz olması sonucuna yol açmayacağı* düzenlemesi ile açık şekilde düzenlemiştir[134]. New York Konvansiyonu'nda ise bağımsızlığa ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır[135].

MTK m. 4 f. 4 *"Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz"* hükmü ve paralel yöndeki HMK m. 412 f. 4 *"Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli*

---

[130] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 104; **Born**, C. I, s. 311, 312; **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 198; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2675; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 327; **Akıncı,** Milletlerarası Tahkim, s. 163-164; **Musa Aygül,** Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, 2. Bası, İstanbul, 2014, s. 25 dn. 110; **Şensöz**, Tahkim, s. 164; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 35; **Moses**, s. 19; **Ustinov**, s. 5; **Milo Molfa**, Pathological Arbitration Clauses and The Conflict of Laws (161-184), *Hong Kong Law Journal* vol:37 no. 1, 2007, s. 166, www.HeinOnline.org/ (Erişim Tarihi: 19.02.2020); **Pisacane/Murphy/Zhangs**, s. 11; **Huysal**, s. 181; **Aydemir**, s. 103-104, 105; **Yener Keskin**, s. 51, 54; **Aydın**, s. 33; **Gedik**, s. 74; **Tekin**, s. 5, 36.

[131] **Born**, C. I, s. 314-315.

[132] **Ekşi**, HMK, s. 81; **Moses**, s. 19; **Töre**, s. 63; **Andrews**, s. 37.

[133] **Kasparas Tolkušinas**, Defective Arbitration Clauses in International Commercial Contracts, Mykolas Romeris Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Vilnius, 2010. https://talpykla.elaba.lt/elaba-fedora/objects/elaba:1878385/datastreams/MAIN/content (Erişim Tarihi: 02.03.2020) s. 11.

[134] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 16/1 *"(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agree- ment. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the con- tract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause."* https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 07.08.2020).

[135] **Yener Keskin**, s. 59.

olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz" hükmü, Türk hukukunda hem iç tahkimde hem de milletlerarası tahkimde, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini yasal olarak kabul etmiştir[136]. Bu sebeple, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesi gereği, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, esas sözleşmenin geçersizliği hakemlerce karara bağlanır ve esas sözleşmenin geçersizliği tahkim anlaşmasını geçersiz hale getirmez[137]. Aynı şekilde, esas sözleşmenin geçerliliği de tahkim anlaşmasını başlı başına geçerli kılmayacaktır[138].

Ayrılabilirlik doktrini evrensel kabul görmüş bir ilke haline gelmiştir[139]. Ancak doktrinde, tahkim anlaşmasının bağımsızlığının kabulünün, esas sözleşmenin geçersiz olması durumunda dahi her zaman tahkim anlaşmasının geçerli olduğu şeklinde yorumunun doğru olmadığı ifade edilmektedir[140]. Böyle bir durumda esas sözleşmenin ne sebeple geçersiz olduğuna bakılması gerektiği ve esas sözleşmedeki geçersizliğin bazı durumlarda tahkim anlaşmasının geçerliliğini de etkileyeceği ifade edilmektedir[141].

Bağımsızlık – Ayrılabilirlik ilkesinin iki doğrudan ve doğal sonucu vardır[142]. Tahkim sözleşmesinin esas sözleşmenin geçerliliğinden etkilenmemesi bu sonuçlardan ilkidir[143]. Yukarıda da belirtildiği üzere tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiaları hakemlerce karara bağlanacak, hakem iddiaları haklı bulursa; yargılamayı bir hakem kararı ile sona erdirecektir[144].

---

[136] Ancak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) döneminde, hakemlerin yetkileri hakkında hakemler değil, devlet mahkemelerinin karar vermesi kabul edilmişti. Bkz. **Budak**, s. 48.

[137] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2676; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 164; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 35; **Moses**, s. 19; **Yener Keskin**, s. 55-56; **Tweeddale/Tweeddale**, s. 123; **Tolkušinas**, s. 11.

[138] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 23.03.2010 tarihli E. 2010/5901 K. 2010/3203 sayılı kararında; *"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. Ya da tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez ve onu geçersiz kılmaz"* www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 03.03.2020). Bkz. **Aydemir**, s. 105; **Yener Keskin**, s. 56-57; **Gedik**, s. 75; **Tekin**, s. 36.

[139] **Molfa**, s. 166.

[140] **Ekşi**, HMK, s. 82; **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 49; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 36.

[141] **Ekşi**, HMK, s. 82; **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 49; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 36; **İlhan**, s. 14; **Molfa**, s. 170.
Hangi hallerde esasa sözleşmenin geçerliliğinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine etki edeceği hususunda farklı görüşler için bkz. **Ekşi**, HMK, s. 82 vd.; **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 49-52.

[142] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2677.

[143] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2677; **Born**, C. I, s. 357-359, 405-407.

[144] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2676-2677;

Bir diğer doğrudan ve doğal sonuç ise; tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı bir hukuk olarak seçilebilmesidir, başka bir ifadeyle, tahkim anlaşması esas sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir sözleşme olarak kabul edildiği için esas sözleşmenin tabii olduğu hukuktan başka bir hukuka tabii olabilecektir[145].

b. Hakemlerin Kendi Yetkisi Konusunda Karar Verebilmesi: *Competence- Competence* Prensibi

Mukayeseli hukukta tahkim düzenlemelerinde genel olarak kabul edilen -ve Türk hukukunda da kabul gören- hakemlerin kendi yetkileri üzerinde karar verebilmesi, tahkim sözleşmesinin ayrılabilirliğinin sonuçlarından biridir[146]. Özünde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine dayanan *competence- competence* prensibi, hakemlerin de başka herhangi bir mahkeme gibi, kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisini ifade eder[147]. İşte bu yetki dolayısıyla da hakemler, tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda ve kendi yetkileri konusunda kararı kendileri verebilirler[148].

Tahkim sözleşmesi ya da klozunun geçersizliği ya da başka bir ifadeyle hakemlerin yetkilerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında karar verme yetkisi hakemlerdedir[149]. *Competence-competence* prensibi, mukayeseli hukuk doktrininde, hakemlerin iyi bir iş imkanını kaybetmemek için kendilerini yetkili kılacakları gerekçesiyle eleştirilmektedir[150]. Hukukumuz

---

[145] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 327; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2677-2678; **Born**, C. I, s. 354-355; **Yener Keskin**, s.54-55.
Ancak, bazı hukuklarda, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuka ilişkin taraflarca bir seçim yapılmadığında, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim sözleşmesine de uygulanacağına ilişkin kararlar verilmektedir. Tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II/ A/ 3.

[146] **Born**, C. I, s. 872; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2678; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 102; **Tweeddale/Tweeddale**, s. 169; **Rubino-Sammartano**, s. 584; **Park**, International Business, s. 27; **Yudistiana**, s. 20-21; **Huysal**, s. 181; **İlhan**, s.17.

[147] **Töre**, s. 69; **Aydın**, s. 34.

[148] **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 254; **Born**, C. I, s. 852; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2678; **Çelikel** / **Erdem**, s. 793; **Budak**, s. 48; **Demir Gökyayla,** Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim, s. 165; **Moses**, s. 91; **Andrews**, s. 11; **İlhan**, s. 18; **Yener Keskin**, s. 61; **Aydın**, s. 34; **Tekin**, s. 37.

[149] **Born**, C. I, s. 852; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2678; **Çelikel** / **Erdem**, s. 793; **Budak**, s. 48; **Demir Gökyayla,** Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim, s. 165; **Moses**, s. 91; **Andrews**, s. 11; **İlhan**, s. 18; **Yener Keskin**, s. 61; **Aydın**, s. 34; **Tekin**, s. 37.
Tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkında karar verme yetkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **İlhan**, s. 18-20.

[150] **Moses**, s. 91.

da ise *Töre*, *competence- competence* ilkesinin uygulanmasının, yargılamada itiraz eden tarafa karşı hakemleri ön yargılı bir konuma sokacağını ifade etmektedir[151].

Competence-competence prensibi tüm ülke hukuklarında kabul edilmemekle birlikte farklı ülkelerde farklı uygulama biçimleri bulunmaktadır[152]. *Competence-competence* prensibi hakemlere yetki tanırken, tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin tahkim yargılaması üzerindeki gücünü tamamen ortadan kaldırmaz[153]. Birçok ülkede hakem mahkemesi, başlangıçta kendi yetkisi hakkında karar verme gücüne sahiptir ancak, hakem mahkemesinin kendi yetkisine ilişkin verdiği karar, daha sonra devlet mahkemesi tarafından, iptal davası ya da tanıma-tenfiz gibi aşamalarda incelenebilir[154].

Türk hukukunda ilk kez MTK m. 7 / H *"Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir… "* hükmü, hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verebilme imkanı tanımıştır. MTK m. 7/ H/ 5 *"Hakem veya hakem kurulu, yetkisizlik itirazını, ön sorun seklinde inceler ve karara bağlar; yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasını sürdürür ve davayı karara bağlar"* hükmü ile, hakemlerin kendi yetkilerini bir ön sorun olarak inceleyeceğini hükme bağlamıştır. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri karara karşı mahkemeye başvurma imkânı ancak iptal davasında ileri sürülebilecektir, hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri karara karşı mahkemede ayrıca bir itiraz davası açılamaz[155]. Yargıtay da bazı kararlarında, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı konusunda karar verme yetkisinin hakem heyetinde olduğuna hükmetmiştir[156].

---

[151] **Töre**, s. 70.

[152] **Born**, C. I, s. 856; **Moses**, s. 91.

[153] **Tweeddale/Tweeddale**, s. 170; **Emre Esen,** Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan*, S.1, İstanbul, 2011, s. 358.

[154] **Tweeddale/Tweeddale**, s. 170; **Esen**, Kompetenz-Kompetenz, s. 358-359.

[155] **Yener Keskin**, s.65-66.

[156] Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 24.12.2010 tarihli E. 2010/11426 K. 2010/13965 sayılı kararında *"…Somut uyuşmazlıkta, sözleşmede hakemlerin sayısı ve seçim şekli gösterilmemiş bulunduğundan, hakemlerin üç kişi olarak mahkemece seçilmesi gerekir. Hakem tayini için taraflardan birinin dava açacağını bildirmesi yeterli olup, açacağı davanın niteliğini açıklamak zorunluluğu yoktur. Şayet, açılacak davada kamu düzenine ilişkin bir uyuşmazlığın çözümü hakemlerden istenmişse, bunun değerlendirmesi hakeme ait bir husustur."* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 24.04.2020).

B. TAHKİM ANLAŞMASI

1. "TAHKİM ANLAŞMASI"NIN ŞEKLİ VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI

a. Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz üzere devletin yargı yetkisinin ortadan kalkarak hakem mahkemesinin yargılama yapabilmesi ancak geçerli bir tahkim şartı ya da sözleşmesi ile mümkündür[157]. Tahkim şartı veya sözleşmesinde bulunması zorunlu tutulan herhangi bir unsur bulunmamakla birlikte[158] sözleşme veya şartın geçerliliği için farklı ülke kanunlarında ve milletlerarası anlaşmalarda farklı şartlar aranmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlara göre tahkim anlaşmasının kurulması için yalnızca taraf iradeleri yeterli görülmektedir[159]. Bu görüşe göre, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi için *olmazsa olmaz (Conditio sine qua non) unsur* taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunmasıdır [160]. Doktrinde tahkim anlaşmasının geçerliliği için aranan diğer unsurlar ise uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması (tahkime elverişlilik)[161] ve tarafların uyuşmazlığın tahkim yargılamasında çözümlenmesine ilişkin açık ve kesin iradelerinin bulunmasıdır[162]. Doktrinde anılan diğer şartlar ise ülkelerin mevzuatlarından ve kimi zaman da uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yazılı olma şekil şartı[163] ve doktrinde fikir birliği bulunan, belirli bir hukuki ilişkinin mevcut olması ve uyuşmazlığın belirli olması şartlarıdır[164].

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 01.07.2014 tarihli E. 2014/3330 K. 2014/4606 sayılı kararında *"…kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olup olmadığına karar verme yetkisinin görevli ve yetkili hakem kuruluna ait olduğunun anlaşılmasına göre yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının*…" www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 24.07.2020).

[157] **Nomer**, DHH, s. 557; **Şanlı**/ **Esen** / **Ataman Figanmeşe**, s. 683; **Çelikel** / **Erdem**, s. 773; **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 44.

[158] **Park**, Contract Disputes, s. 1785; **Ekşi**, HMK, s. 75; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 151.

[159] **Ekşi**, HMK, s. 75; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 15; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 126; **İlhan**, s. 127-128; Ayrıca bkz. Beyaz Tahkim Anlaşmaları, Bölüm II / C / 3 / e.

[160] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 126.

[161] İngilizce *"arbitrability"*, **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 8; **Kuru**, Ders Kitabı, s. 662; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 582; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2631-2645; **Budak/Karaaslan,** s. 399; **Huysal**, s. 12.

[162] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 133; **Şensöz**, Tahkim, s. 9; **İlhan**, s. 127.

[163] **Ekşi**, HMK, s. 75; **Nomer**, DHH, s. 559; **Yavuz**, s. 151 vd.; **Banu Şit**, Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları (s. 412-436), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Cilt:25, Sayı:1-2, İstanbul, 2005-2006, s. 411, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99354 (Erişim Tarihi: 19.12.2019).

[164] **Yavuz**, s. 160; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 157-158; **Töre**, s. 15-18.

İhtiyari tahkimde hakemler yetkilerini taraflar arasında yapılmış tahkim anlaşmasından alırlar, dolayısıyla geçerli bir tahkim anlaşması neticesinde yapılan tahkim yargılaması sonucu verilen kararlar da yetkili mercii tarafından verilmiş olurlar. Taraflar hakemlere yetki vermekle birlikte, hakemlere verilen yetkilerin sınırlarını da belirleyebileceklerdir[165]. Bu kapsamda, taraflar yasada belirtilen sınırlar içinde kalmak kaydıyla, tahkim anlaşmasını istedikleri kapsam ve içerikte kurabilirler[166]. Aşağıda incelenecek olan yasalarca belirlenmiş tahkime elverişliliğin aksine, sözleşmenin taraflarınca belirlenen tahkime elverişlilik, hakemlerin yetkilerinin sınırlarını ifade etmektedir[167].

b. Tahkime Elverişlilik (*arbitrability)*

Çoğu hukuk sisteminde kabul edildiği üzere, tüm uyuşmazlıklar tahkimde çözümlenmeye elverişli değildir[168]. Tahkime elverişlilik kavramı, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenebilirliğini ifade etmek için kullanılmaktadır[169]. Mahkemelere alternatif oluşturan tahkime her uyuşmazlık durumunda gitmek mümkün değildir[170]. Tahkim konusunun tahkime elverişli olması gerekir[171]. Uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği her ülke hukukunda farklı sınırlarla belirlenmiştir[172]. Tahkime elverişlilik doktrinde kimi yazarlarca, tahkim anlaşmasının kurulması için gereken bir ön şart olarak kabul edilmektedir[173].

Tahkim anlaşması yalnızca tarafların iradesine tabi olan uyuşmazlık konularında yapılırsa geçerli olacaktır, farklı bir ifadeyle, uyuşmazlığın tahkim yargılamasında

---

[165] **Şensöz**, Tahkim, s. 40.
[166] **İlhan**, s. 182.
[167] **İlhan**, s. 182, 231.
[168] **Rubino-Sammartano**, s. 171.
[169] **Huysal**, s. 12; **Doğan**, s. 160; **Yeşilova**, Tahkimin Niteliği, s. 140; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 38; **Ebru Şensöz Malkoç**, Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davaları Bakımından Etkisi (s.1383-1435), *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, s. 1415; **İlhan**, s. 221; **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 110; **Rubino-Sammartano**, s. 171; **Tekin**, s. 13.
[170] **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 169; **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 110.
[171] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 582; **Budak/Karaaslan,** s. 399; **Aydemir**, s. 219-220.
Uyuşmazlık konusunun tahkime elverişliliği hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Burak Huysal**, Milletlerearası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, 2010.
[172] **Rubino-Sammartano**, s. 171; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 39; **Tekin**, s. 14.
Farklı ülkelerdeki yaklaşımlar için bkz. **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 51-53.
[173] **Yener Keskin**, s. 131-159.

çözümlenebilmesi için uyuşmazlık konusunun iki tarafın üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konu olması gerekmektedir[174]. Taraf iradesine tabi olan uyuşmazlıklar doktrinde tarafların üzerinde sulh olabileceği uyuşmazlıklar olarak tanımlanmaktadır[175]. İki tarafın konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkisinin bulunmadığı işlerde yapılan tahkim sözleşmesi veya sözleşmeye konulan tahkim şartı geçerli olmayacaktır[176] ve tahkime elverişli olmayan konular devlet yargısında karara bağlanabilecektir[177]. Ancak belirtmek gerekir ki; bir tahkim anlaşması, kapsamında birden fazla uyuşmazlığı içeriyorsa, bu uyuşmazlıklardan birinin ya da birkaçının tahkime elverişsiz olması, tahkim sözleşmesini tümden geçersiz hale getirmez[178]. Bu durumda tahkime kısmi elverişsizlik söz konusu olur ve tahkim sözleşmesinin kapsamı daraltılarak tahkime elverişsiz uyuşmazlık dışarıda kalacak şekilde yorumlanır[179].

Davanın konusunun tahkime elverişli olması doktrinde *objektif tahkime elverişlilik* olarak da ifade edilmektedir[180]. Hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna ilişkin uluslararası bir kabul yoktur[181]. Tahkime elverişlilik hususu farklı devlet kanunlarında farklı sınırlarla çizilmiştir[182]. Türk hukukunda ise tahkime elverişlilik HMK ve MTK'da düzenlenmiştir. Tahkime elverişli konuların daha geniş olması sebebiyle tahkime elverişli olmayan konulara ilişkin bir tanımlama yapma yoluna gidilmiş ve MTK m.1 f.4 *"Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi*

---

[174] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2631; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 582 **Kuru**, Ders Kitabı, s. 662; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 100; **Ekşi**, HMK, s. 53; **Nuray Ekşi,** Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, (295-338), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Cilt:23, Sayı:1-2, İstanbul, 2003, s. 306 https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99418 (Erişim Tarihi: 28.12.2019); **Yavuz**, s.155; **Şensöz**, Tahkim, s. 9; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 51.

[175] **Ekşi**, HMK, s. 53; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2632; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 53; **İlhan**, s. 236-240.

[176] **Kuru**, Ders Kitabı, s. 662; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 582; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2636.
Objektif bakımdan tahkime elverişli olmayan konuların değerlendirmesi için bkz. **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2636-2644.

[177] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2631-2645.

[178] **İlhan**, s. 231.

[179] **İlhan**, s. 231.

[180] **Born**, C. I, s. 767; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2636; **Ekşi**, HMK, s. 48; **Yeşilova**, Tahkimin Niteliği, s. 141; **Yeşilova**, Mahkemelerin Yardımı, s. 323; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 38; **Huysal**, s. 14-15; **Şensöz Malkoç**, İflas, s.1415; **Aydemir**, s. 220; **Töre**, s. 23.

[181] **Tweeddale/ Tweeddale**, s. 107.

[182] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 25-26; **Ekşi**, HMK, s.49; **Huysal**, s. 27; **Tekin**, s. 14.
Farklı ülke hukuklarında tahkime elverişliliğe ilişkin düzenlemeler için bkz. **Huysal**, s. 33-92; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2633 vd.; **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 26.

olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz" hükmü ile tahkime elverişli olmayan konuları düzenlemiştir. HMK m. 408 hükmünde "*tahkime elverişlilik*" başlığı altında MTK'ya paralel bir düzenleme getirilerek tahkime elverişli olmayan konular, *"taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir"* şeklinde düzenlemiştir. MTK'da getirilen sınırlamanın yalnızca Türkiye'de bulunan taşınmazların aynına ilişkin olması sebebi ile, Türkiye'de bulunan taşınmazların aynına ilişkin olmayan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi mümkün olacağı kabul edilmektedir[183]. Ancak HMK'da tahkime elverişliliğe ilişkin getirilen hükümde, taşınmazın Türkiye'de olmasına ilişkin bir sınırlama getirilmemesi, doktrinde, HMK'ya tabii tahkim yargılamalarda taşınmazın nerede olduğuna bakılmaksızın, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim yolunun kapalı olduğu şeklinde yorumlanmaktadır[184].

Kamu düzenine ilişkin konular tahkime elverişli değildir[185]. Takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların hangilerinin tahkime elverişli olup olmadığı konusu ise tartışmalıdır[186]. Tahkime elverişlilik diğer bir ifadeyle konu bakımından sınırlamalar genellikle usul kanunları ile getirilmekle beraber, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu[187] (TBK) m. 262[188]'yle getirilen yerleşim yeri Türkiye dışında olan alıcılar tarafından yapılan taksitle satım sözleşmemelerinde tahkime başvurulamayacağına ilişkin hüküm gibi, maddi hukuk hükümleri içeren kanunlarla da sınırlama getirilebilir[189].

Tahkime konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının tahkim anlaşmasının tabii olduğu hukuka göre belirlenmesi gerektiğini kabul eden görüş olmakla birlikte[190], tahkim

---

[183] **Ekşi,** MTK, s. 306; **Nomer /Ekşi / Öztekin Gelgel**, s. 21; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 93; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 53; **Gedik**, s. 33.
Huysal, s. 16.

[184] **Ekşi**, HMK, s. 53.

[185] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 582; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 100.

[186] **Yavuz**, s. 158; Takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yargılamasında görülmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ebru Şensöz Malkoç,** Milletleler arası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davaları Bakımından Etkisi (s.1383-1435), *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 14, S. 179-180.

[187] RG.T. 04.02.2011, RG. S. 27836.

[188] TBK m. 262 "Yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz." https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf (Erişim Tarihi: 11.1.2019).

[189] Maddi hukuk hükümleriyle getirilen sınırlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekşi**, HMK, s. 54- 56.

[190] **Nomer**, DHH, s. 559; **Doğan**, s. 161; **İlhan**, s. 224-226.

anlaşmasının esastan geçerliliği ile tahkime elverişlilik farklı kavramlar olduğundan, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk[191] ile tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun farklı olacağını savunan görüş de mevcuttur[192]. Hakem heyeti önünde tahkime elverişlilik incelendiğinde, tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hukuka ya da tahkim yeri hukukuna göre karar verilmesi gerektiği, hakem kararının tanınması ve tenfizi için ya da hakem kararının iptali için mahkemeye başvurulduğunda ise *lex fori'ye (hakimin hukuku'na)* göre tahkime elverişliliğin karara bağlanabileceği doktrinde ifade edilmektedir[193]. (Türk hukukunda HMK 439/2/g ve MTK 15/2/a)

c. Tarafların Tahkim Yargılamasını Kabul Niteliğinde Açık İradesi ve Ehliyet

Tahkim iradesi, tahkim anlaşmasının temel kurucu unsuru olarak kabul edilmektedir[194]. Açık ve kesin irade açıklaması tahkim anlaşmasının geçerliliği için aranan esaslı unsurdur. Tahkim anlaşması tahkimin temel taşı ise tahkim iradesi tahkim anlaşmasının kalbi olarak ifade edilmelidir[195]. Bu noktada taraf iradelerinin, çelişkiye yer vermeyecek şekilde açık olması aranır[196]. Tarafların tahkim iradesinin açık olmadığı tahkim anlaşmaları Yargıtay kararlarında da geçerli kabul edilmemektedir[197]. Örneğin taraflarca, tahkimde anlaşma sağlanamaması

---

[191] Tahkimin Esasına Uygulanacak Hukuk için bkz. Bölüm I/ B / d.
[192] **Özel**, Tenfiz Engeli, s. 317; **Tekin**, s. 82-83.
[193] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 54-59.
[194] **Ertekin/Karataş**, s. 65; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 133; **Töre**, s. 8; **Gedik**, s. 92.
[195] **Ustinov**, s. 28.
[196] **Park**, Contract Disputes, s. 1785; **Akıncı,** Milletlerarası Tahkim, s. 134; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 22; **Ekşi**, HMK, s. 72-73; **Çelikel** / **Erdem**, s. 723; **Esen**, Tahkim Anlaşmasının Teşmili, s. 9; **Yener Keskin**, s. 159, 164.
[197] **Ertekin/Karataş**, s. 66; **Ekşi**, HMK, s. 73-74; **Akıncı,** Milletlerarası Tahkim, s. 134-138.
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 13.04.2009 tarihli E. 2009/1438 K. 2009/2153 sayılı kararı *"Kişiler arasında çıkan ihtilafların kural olarak mahkemeler eliyle çözülmesi gerekir ise de, taraflar imzaladıkları sözleşmede ihtilafın hakemler eliyle çözümlenmesini (tahkim şartı) kararlaştırabilecekleri gibi, asıl sözleşmeden müstakil olarak hakem sözleşmesi de imzalayabilirler. HUMK'nın 518. Maddesi uyarınca, iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmeyeceğinden, bunun dışında kalan ihtilaflar için davanın hakemde görülmesi kararlaştırılabilir. Ancak, tahkim iradesi hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafın hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır. Her ne kadar davaya esas sözleşmenin 15. Maddesinde, uyuşmazlık halinde ihtilafın hakem kurulunda çözümlenmesi öngörülmüşse de, aynı maddenin sonunda, ihtilaflar halinde İstanbul Mahkemelerinin yetkili bulunduğu kabul edilmiştir. Bu durumda kesin bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceğinden ve kural olarak mahkemelerin ihtilafı çözmesi gerektiğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenip davanın sonuçlandırılması yerine, dava dilekçesinin görev yönünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur."* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 13.03.2020).

durumunda mahkemelerin yetkili olacağı öngörülen tahkim tahkim anlaşmaları Yargıtayca geçerli kabul edilmemektedir[198].

Tarafların tahkim iradesi doktrinde "tahkim" kelimesi ile bağlantılı kabul edilmiştir[199]. Tahkim kelimesinin kullanılması, tahkim iradesini ortaya koyma noktasında yeterli görülmüştür[200]. Yargıtay da bir kararında, *"Anlaşmazlıklar kurum tarafından çözüme kavuşturulur. Anlaşmazlıklar hakkındaki Kurul kararları bağlayıcıdır"* şeklindeki şartın, içinde tahkim kelimesi geçmediği için kesin bir tahkim iradesi içermediğine, bu sebeple de şartın geçersiz olduğuna hükmetmiştir[201].

Doktrinde *Akıncı*'ya göre taraf iradelerinin açık ve anlaşılır olmasının bir alt unsuru olarak, hangi uyuşmazlıkların tahkimde çözümleneceğinin de açıkça kararlaştırılmış olması gerekir[202]. Taraflar arasında birden fazla sözleşme bulunması halinde, tarafların hangi sözleşmeler için tahkim yargılamasını kabul ettiklerinin de açık olması gerekmektedir[203]. Belirtmek gerekir ki aşağıda ayrıntılı şekilde incelenecek olan taraflar arasındaki ilişkinin belirli olması ve uyuşmazlığın belirli olması hususları farklı kavramlardır[204].

---

[198] **Ertekin/Karataş**, s. 66; **Akıncı,** Milletlerarası Tahkim, s. 134-135 dn.112; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 22.
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 15.09.1994 tarihli E. …./722 K. 1994/4938 sayılı kararı: *"…yanlar arasındaki sözleşmenin 13. Maddesinde, bu sözleşmeden doğacak olan ihtilaflara hakemde bakılacağı kabul edilmişse de aynı maddede ihtilafın bu şekilde çözümlenememesi halinde Kozaklı Mahkemelerinin görevli olacağı benimsenmiştir. Tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi ihtilafın kesin olarak hakemde görüleceğinin yazılı olmasına bağlıdır. Sözleşmedeki hakem şartı bu nitelikte olmayıp sonuçta mahkemeleri görevli kıldığından hakem şartının gerçekleştiğinden söz edilemez… "* (**Ertekin/Karataş**, s. 66)
Aynı yönde yakın tarihli; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 22.05.2015 tarihli E. 2015/2198 K. 2015/2758 sayılı kararı: *"… Eldeki davada kararlaştırılan tahkim şartında 30 gün içinde bu yolla (tahkim) anlaşma sağlanamaması halinde ihtilafların hallinde İstanbul mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili olacağı belirtildiği, bu şekliyle uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem heyeti kabul edilmediği, mahkemede de dava açma yetkisi verildiği, tahkim iradesi açık ve kesin olmadığından geçersizdir..."* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 13.03.2020). Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III/B/3 /a.
[199] **Born**, C. I, s. 655-656; **Yener Keskin**, s. 170; **Aydemir**, s. 160; **Aydın**, s. 19.
[200] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 141; **Aydemir**, s. 160; **Aydın**, s. 19; **Töre**, s. 10.
[201] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 29.05.2012 tarihli E. 2012/4065 k. 2012/9080 sayılı kararı; *"Tahkim iradesi, hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafın hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır. Sistem Kullanım Anlaşmasının 14. maddesinde ise "Taraflar anlaşmazlığın çözümü konusunda kuruma yazılı olarak başvuruda bulunabilir." İfadesi ile kesin bir tahkim iradesinden ve tahkim şartından söz edilemeyeceğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenerek varılacak uygun sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın usülden reddi doğru görülmemiştir"* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 14.04.2020).
[202] **Akıncı,** Milletlerarası Tahkim, s. 147.
[203] **Akıncı,** Milletlerarası Tahkim, s. 147.
[204] Mevcut ve Belirli Bir Hukuki ilişki Bulunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II / C / 3/ a.
Uyuşmazlığın Belirli Olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II / C / 3/ b.

Tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlığın yalnızca objektif olarak tahkime elverişli olması ve tahkim iradesinin açık şekilde ortaya konması yeterli değildir. Aynı zamanda tarafların tahkim yargılamasına ilişkin iradelerinin geçerli olabilmesi için ehliyetlerinin ve gerekli hallerde yetkilerinin de bulunması gerekmektedir[205]. Doktrinde tarafların tahkim anlaşması yapmak için gerekli ehliyetinin ya da yetkisinin bulunması ise *sübjektif tahkime elverişlilik* olarak ifade edilmektedir[206]. Sübjektif tahkime elverişlilik yani tarafların ehliyeti, hakemler tarafından re'sen gözetilir. Zira taraflardan birinin tahkim anlaşmasını yapma konusunda ehliyetsiz olması, hakem kararının iptaline sebebiyet verecektir[207]. Tarafların ehliyet ve yetkileri bulunması şartıyla, tarafların açık, kesin ve şüpheye yer vermeyecek şekilde tahkim iradelerinin bulunması ile taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığından söz edilebilecektir.

New York Konvansiyonu m. V f. 1[208] ve MÖHUK m. 60 bir tahkim anlaşmasının, ehliyeti olmayan kişi tarafından yapılmış olmasını tenfiz engeli olarak saymış ve kararın tenfizi talebi

---

[205] **Born**, C. I, s. 625 vd.; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 326; **Nomer**, DHH, s. 557-558; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 67; **Huysal**, s. 13; **Fatih Işık**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2015, s. 8.; **Töre**, s. 19; **Gedik**, s. 77.

[206] **Ekşi**, HMK, s. 48; **Yeşilova**, Tahkimin Niteliği, s. 141; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 38; **Huysal**, s. 18; **Şensöz Malkoç**, İflas, s. 1415; **Işık**, s. 9; **İlhan**, s. 107; **Aydemir**, s. 220, 251; **Töre**, s. 24.

[207] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 20.03.2012 tarihli E. 2011/4691 K. 2012/1757 sayılı kararı; *"…ceza yargılamasına konu iddiaların niteliği itibariyle yüklenici iş ortaklığının taraf ehliyeti olup olmadığı hususunun da değerlendirilmesi gerekecektir. Davada taraf olma ehliyeti medeni haklardan yararlanma hakkının bir sonucu olup, davada taraf olabilme ehliyetinin araştırılıp saptanması konusu kamu düzeni ile ilgilidir. Bu nedenle de hakemlerce bu hususun kendiliğinden (re'sen) gözetilmesi ve taraflardan birinin ehliyetsizliği sonucunu doğurabilecek ceza soruşturmasının sonucunun beklenmesi gerekir. Zira tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması durumunda, hakem kararı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15./A-1-a maddesi uyarınca iptal edilebilecektir."* www.legalbank.net (Erişim tarihi: 03.03.2020).

[208] New York Konvansiyonu m. V f.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 red olunamaz: (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 bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğu;…"*

New York Convention Article V "1. *Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or…"* http://www.newyorkconvention.org/english (Erişim tarihi: 28.12.2019).

durumunda, tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetinin olup olmadığına tenfiz kararı veren devlet kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleneceği hükme bağlamıştır[209].

Tarafların tahkim sözleşmesi yapmaya yeter ehliyetli olup olmadığı noktasında MTK'da bir hüküm tesis edilmemiştir[210]. Türk mahkemelerinde açılan bir tenfiz davası söz konusu olduğunda, hâkim 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Kanunu[211] (MÖHUK) m. 9'daki ehliyete ilişkin hükümlere göre karar verecektir[212]. Bu sebeple, milli hukukuna göre tahkim sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmayan kişilerce yapılmış olan tahkim sözleşmeleri geçersiz olacak[213], bu yargılama sonunda verilen karara ilişkin olarak sözleşmenin geçersizliği sebebi ile tanıma-tenfiz ve tahkim itirazı imkânı bulunmayacaktır[214].

d. Mevcut ve Belirli Bir Hukuki İlişki Bulunması

Bir tahkim anlaşması yapabilmek için taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkinin olması aranmaktadır. MTK m. 4 *"…mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların…"* ifadesi ve HMK m. 412 "T*ahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların …*" ifadesi nedeniyle tahkim anlaşması yapabilmek için taraflar arasında mevcut bir hukuki uyuşmazlık değil, belirli bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir[215]. Bu doğrultuda belirlilik ilkesi gereğince tarafların *"bundan sonra aramızda çıkacak tüm sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar*

---

[209] **Akıncı,** Milletlerarası Tahkim, s. 496; **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 112; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 68; **Özel,** Tenfiz Engeli, s. 309; **Töre**, s. 20; **İlhan**, s. 102; **Aydın**, s. 21.

[210] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 326 dn. 429; **Akıncı,** Milletlerarası Tahkim, s. 496; **Aydın**, s. 21.

[211] RG. T. 12.12.2007, RG. S. 26728.

[212] MÖHUK **m. 9 - "***(1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. (2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır. (3) Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez. (4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir. (5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir."*

[213] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 326 dn. 429; **Nomer**, DHH, s. 558; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 68; **Özel**, Tenfiz Engeli, s. 310.

[214] **Özel**, Tenfiz Engeli, s. 310.

[215] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 157; **Töre**, s. 15; **Aydın**, s. 17; **Tekin**, s. 12.

tahkim yolu ile çözülecektir" şeklinde yapacakları anlaşmaları geçersizdir[216]. Tahkim yargılaması bir istisnayı ifade etmektedir ve yukarıda belirtildiği şekilde bir ifade tahkim yargılamasını istisna olmaktan çıkarıp genel vasıf kazandıracağı için geçersiz kabul edilmektedir[217].

Belirlilik şartının gerçekleştiğinden bahsedebilmek için, taraflar arasında belirli bir hukuki ilişkinin mevcut olması aranmaktadır[218]. Belirli bir hukuki ilişki konusunda çıkan uyuşmazlıklar için yapılan tahkim anlaşmalarında uyuşmazlığın belirli sayılacağı dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerli olacağı ifade edilmektedir[219]. Başka bir ifadeyle, uyuşmazlığın belirli olması şartının sağlanması için, uyuşmazlığın doğmuş olması değil, belirli bir hukuki ilişkinin doğmuş olması gerekmektedir[220].

e. Uyuşmazlığın Belirli Olması *(Defined Legal Relationship)*

Yukarıda değinildiği üzere, uyuşmazlığın belirli olması, taraflar arasındaki ilişkinin belirli olmasından farklıdır[221]. MTK m. 4 f. 2 *"… mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların…"* ifadesi ve HMK m. 412f. 1 "*Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların …*" ifadesi nedeniyle doktrinde fikir birliği olduğu üzere, tarafların tahkim anlaşması yaparken, hangi uyuşmazlıkların tahkime tabi olacağı konusunda da anlaşmış olması gerekir[222]. Belirlilik ilkesi gereğince tarafların *"bundan sonra aramızda çıkacak tüm uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözülecektir"* şeklinde yapacakları anlaşmaların geçersiz kabul edileceği doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir[223]. Tahkim yargılaması bir istisnayı ifade etmektedir ve

---

[216] **Yavuz**, s. 160; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s.157-158; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 23.
[217] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 158.
[218] **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 23; **Aydemir**, s. 147; **Töre**, s. 15.
[219] **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 23-24; **Aydemir**, s. 147.
[220] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 157 dn. 143; **Aydemir**, s. 147, 150.
[221] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 147.
[222] **Nomer**, DHH, s. 557; **Yavuz**, s. 160; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 157; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 23; **Erdem**, s. 531; **Aydın**, s. 17.
[223] **Yavuz**, s. 160; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s.157-158; **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 23;
Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 23.01.1989 tarihli E. 1988/9902 K. 1989/831 sayılı kararı *"…Öte yandan yönetim planına konulan tahkim koşulu, ileride çıkacak tüm çekişmeleri kapsamaktadır. Oysa tahkimin belirli çekişmeleri*

yukarıda belirtildiği şekilde bir ifade tahkim yargılamasını istisna olmaktan çıkartıp genel vasıf kazandırması durumunda geçersiz kabul edilecektir[224].

Belirtmek gerekir ki burada aranan şart, uyuşmazlığın tahkim anlaşması yapıldığı esnada mevcut olması değildir, uyuşmazlığın doğmuş ve doğabilecek belirlenebilir bir uyuşmazlık olması gerekmektedir[225]. Yukarıda da değinildiği üzere belirlilik şartından bahsedebilmek için, öncelikle taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkinin olması, ardından bu hukuki ilişkiden doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlığın belirlenebilir olması gerektiği ifade edilmektedir[226].

f. Tahkim Sözleşmesinin Şekli: Yazılı Şekil Şartı

Tahkime ilişkin UNCITRAL Model Kanun[227] ve New York Konvansiyonu[228] gibi uluslararası kaynaklarda tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması koşulu kabul etmiştir[229].

MTK m.4. f.2 *"Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır…"* hükmü ile açıkça milletlerarası tahkimde, tahkim anlaşmasını yazılı şekil şartına tabii kılmıştır. MTK'dan sonra yürürlüğe giren

---

kapsaması, başka bir anlatımla konusunun belirli ve sınırlı olması gerekir. Dayanılan tahkim sözleşmesi bu koşulu taşımadığından hukuki bir sonuç doğurmaz…" www.legalbank.net (Erişim tarihi: 03.03.2020).
İngiliz, İsveç, Alman ve Yeni Zelanda Hukuklarında da kabul edildiğine ilişkin bkz. **Born**, C. I, s. 660-661.

[224] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 158; **Töre**, s. 17.

[225] **Born**, C. I, s. 660; **Nomer**, DHH, s. 557-558; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 127; **Yener Keskin**, s.13.

[226] **Akıncı**, Türkiye'de Tahkim, s. 23-24; **Aydemir**, s. 147.

[227] UNCITRAL Model Kanun m.7 f.2. *"Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılmalıdır."*
Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration Article 7/2 *"(2) The arbitration agreement shall be in writing."* Bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 07.08.2020).

[228] New York Konvansiyonu m. II f. 1 "*Âkit devletlerden her biri, tarafların akde dayanan veya akdî 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 yazılı anlaşmalarını muteber addeder."*
New York Konvansiyonu'nun 1958 tarihli olduğu da göz önüne alınmakla birlikte, New York Konvansiyonu yazılı şekil şartının gerçekleşmiş sayılabilmesi için, taraflarca imzalanmış bir sözleşme, karşılıklı mektup veya telgraf aramaktadır. Bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 166.
Article II *"1.Each contracting state shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between then in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not concerning a subject matter capable of settlement by arbitration"* http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf (Erişim tarihi: 09.12.2019).

[229] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 75; **Born**, C. I, s. 587, 605-607; **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 43,45; **Tolkušinas**, s. 10; **Töre**, s. 12; **İlhan**, s. 39; **Aydın**, s. 22.

HMK'da da m. 412 f.3 *"Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır..."* hükmü ile benzer bir düzenleme getirilerek iç tahkimde de tahkim anlaşması yazılı şekle bağlanmıştır[230].

Yukarıda açıklandığı üzere çeşitli hukuk sistemleri mevzuatlarında ve uluslararası sözleşmelerde tahkim anlaşması yazılı olma şekil şartına tabi kılınmıştır[231], bununla birlikte bazı hallerde yazılı olma şekil şartının adi yazı şekil dışında da gerçekleştiği kabul görmektedir[232]. Örneğin UNCITRAL Model Kanunda yazılı olma şekil şartının yeni iletişim teknikleri kullanılarak da yerine getirilebileceği kabul edilmektedir[233].

Güncel örneklerde olduğu gibi MTK m. 4 f. 2 hükmü yazılı şekil şartının sağlanmasının "*…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"* hallerinde de sağlanmış olacağını ifade ederek yazılı olma şekil şartını esnek koşullara tabi tutmuştur. UNCITRAL Model Kanunda ve MTK'da sayılan bu haller sınırlayıcı değil, örnekleyici bir sayımdır ve teknolojik gelişmeler ışığında yazılı bir kayıt sağlanması ile tahkim sözleşmesinin yazılılık şartı da sağlanmış sayılacaktır[234]. Önemli olan tahkim konusunda anlaşmanın imzalanması değil, gerektiği halde yazılı bir kayıt öne sürülebilmesidir[235]. Başka bir

---

[230] **Kuru**, Ders Kitabı, s. 662; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 585; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2661; **Ekşi**, HMK, s. 77; **Budak/Karaaslan**, s. 400; **Budak**, s. 41; **İlhan**, s. 40.

[231] **Nomer**, DHH, s. 559; **Ekşi**, HMK, s. 75; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 169; **Tolkušinas,** s. 10; **Töre**, s. 12; **İlhan**, s. 39; **Aydın**, s. 22.
Ancak Hollanda gibi bazı ülkeler de tahkim anlaşmasının sözlü olarak yapılmasına imkân vermektedir. Bkz. **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 169; **Ekşi**, HMK, s. 75; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 169.
Dutch Code of Civil Procedure (DCCP) m. 1021: *"The arbitration agreement must be proven by an instrument in writing. For this purpose, an instrument in writing which provides for arbitration or which refers to standard conditions providing for arbitration is sufficient, provided that this instrument is expressly or impliedly accepted by or on behalf of the other party."* https://www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986/ (ERİŞİM TARİHİ 13.12.2019).

[232] Bazı ülke hukuklarında yazılı olma şekil şartına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Banu Şit**, Tahkim Anlaşmasının Şekli: s. 412-436.

[233] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 7 /3 *"An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means."* http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf (Erişim tarihi: 09.12.2019).
Şit, Tahkim Anlaşmasının Şekli, s. 413; **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 45.

[234] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 168-189.

[235] **Şanlı,** Ticari Akitler, s. 354; **Özel,** Tenfiz Engeli, s. 307.

ifadeyle, MTK yazılılık şekil şartının gerçekleşmesi için elektronik imza koşulu aramamakta, tahkim anlaşmasının elektronik ortama geçirilmiş olmasını yeterli görmektedir[236].

HMK m. 412 f. 3 hükmünde de yazılılık şartının, taraflar arasında imzalanmış yazılı bir belgeye, mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olmak ya da dava dilekçesinde tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının itirazda bulunmamış olması hallerinde gerçekleşmiş sayılacağını hükme bağlamıştır[237].

Tahkim anlaşmasının kural olarak yazılı şekilde ispat edilmesi aranmaktadır[238]. Ancak yazılı olma şekil şartının yalnızca bir ispat şartı mı yoksa geçerlilik için de aranan bir şart mı olduğu konusu tartışmalıdır. Doktrinde *Şit*, tahkim anlaşması için aranan yazılılık şartının taraflar arasındaki anlaşmayı kayıt altına almayı amaçlaması sebebiyle, bir geçerlilik şartı olmaktan ziyade ispat açısından gerekli bir şart olduğunu savunmaktadır[239]. İç tahkimde ise (HMK) tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasının tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı için ispat kuralı değil, geçerlilik şartı olduğu doktrinde kabul edilmektedir[240]. Yargıtay da kararlarında, iç tahkimde yazılılık şartının bir geçerlilik şartı olduğuna karar vermiştir[241].

İngiliz Tahkim Kanunu m. 5 f.3[242] ve m. 5 f.4[243]'de tahkim anlaşmasının yazılı bir metin aracılığıyla ispat edilebilir olması yeterli kabul edilmektedir[244]. Benzer şekilde Hollanda

---

[236] Ancak belirtmek gerekir ki, elektronik imza ile imzalanan tahkim sözleşmeleri, elektronik imzanın ıslak imza gibi sonuç doğurması sebebi ile gönderen kişinin kimliğine ilişkin ispat sorunlarını ortadan kaldırır. Bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 170-171.

[237] **Ekşi**, HMK, s. 78; **İlhan**, s. 74-75.

[238]**Emre Esen**, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli (s. 65-114), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Yıl:28, sayı:1-2, İstanbul, 2008, s. 65 (Tahkim Anlaşmasının Şekli) https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99326 (Erişim Tarihi: 19.12.2019).

[239] **Şit**, Tahkim Anlaşmasının Şekli, s. 417, 435.

[240] **Kuru**, Ders Kitabı, s. 662; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 585; **Budak/Karaaslan**, s. 400. Milletlerarası tahkim bakımından yazılılık şartının geçerlilik şartı olduğu yönde görüşler için bkz. **Turgut Kalpsüz**, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, s. 38; **İlhan**, s. 37-38.

[241] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 27.06.1978 tarihli, E. …/492 K. 1978/1402 sayılı kararı *"… tahkim sözleşmesinin yazılı olması bir geçerlilik şartı ise de bu şekil adi yazılı bir şekilden ibarettir…"* (**Ertekin/Karataş**, s. 59-60).

[242]Arbitration Act 1996 article 5/3 Agreements to be in writing *"Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing."* http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents (Erişim Tarihi: 28.07.2020).

[243]Arbitration Act 1996 article 5/3 Agreements to be in writing *"An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement."* http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents (Erişim Tarihi:28.07.2020).

[244] **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 46 dn. 142.

hukukunda da DCCP, tahkim anlaşmasının yazılı olmasını aramamakla birlikte, tahkim anlaşmasının yalnızca yazılı bir belgeyle ispatlanabileceğini ifade ederek, tahkim anlaşmasının yazılı olmasının bir geçerlilik değil, bir ispat şartı olduğunu hükme bağlamıştır[245]. Fransız hukukunda ise tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin hiçbir şekil şartına bağlı olmadığı hükme bağlanmıştır[246].

2. TAHKİME İLİŞKİN BAZI HUSUSLAR

a. Tahkim Yeri Kavramı: "*Lex Arbitri*" & *"Locus Arbitri"*

Kanunda tahkim yeri ifadesinin açık bir tanımı bulunmamakla birlikte, tahkim yeri tahkim yargılamasında "kararın verileceği yer"i ifade etmektedir[247]. İç tahkimde, tahkim yeri ifadesi kararın tevdii yeri açısından önem taşımakla birlikte[248], milletlerarası tahkimde, tahkim yeri uygulanacak yargılama açısından özel bir öneme sahiptir[249]. Öncelikli olarak tahkim yeri, tahkime uygulanacak hukukun belirlenmesi noktasında önem arz etmektedir[250]. Diğer bir önemi ise, New York Konvansiyonu m. V/1-a[251]'ya göre, taraflarca bir hukuk seçilmemişse, tahkim yeri hukukuna göre geçersiz olan tahkim anlaşmasına dayanarak verilen hakem kararı tenfizinin mümkün olmamasıdır[252]. Tahkim yeri, bu iki husus dışında, tahkim usulüne uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının esas bakımdan geçerliliğine uygulanacak hukuk,

---

[245] **Ekşi**, HMK, s. 75; **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 46 dn. 142. Bkz. DCCP m. 1021.Bkz. dn 229.

[246] **İlhan**, s. 49. Bkz. Fransız Medeni Usul Kanunu 2011 değişikliği m. 1507 *"An arbitration agreement shall not be subject to any requirements as to its form."* https://sccinstitute.com/media/37105/french_law_on_arbitration.pdf (Erişim Tarihi: 24.04.2020).

[247] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 237; **Özel**, Tenfiz Engeli, s. 317.

[248] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 237.

[249] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 237; **Demir Gökyayla,** Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim, s. 168.

[250] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 237; **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s.166.

[251] M. 5 /1 ve a "*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 tatbili gereken kanuna göre ehliyetsiz olduğu, yahut da zikri geçen anlaşmanın taraflarca tabi kılındığı kanuna ve bu babta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğu; veya.."*
Article 5/1-a *"Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) the parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or…"* http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf (Erişim Tarihi: 18.12.2019)

[252] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 478; **Şanlı/Esen /Ataman Figanmeşe**, s. 699; **Demir Gökyayla,** Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim, s. 168.

tahkime elverişlilik, iptal sebepleri ve iptal davasının nerede açılacağı gibi hususlar açısından da önem arz etmektedir[253].

Somut, fiziki olarak tahkim yargılamasının gerçekleştiği ve kararın verildiği yer yani "*locus arbitri"* tahkim yeri olarak kabul edilmemektedir[254]. Tahkim yeri olarak Türkiye seçilmiş olması durumunda, hakemlerin başka bir ülkede toplanmaları, tanık dinlemeleri ya da delil toplamalarının önünde bir engel yoktur[255]. Hukuki tahkim yeri, fiziksel tahkim yerine nazaran üstünlük kazanmaktadır[256]. Başka bir ifadeyle, yargılamanın gerçekleştirildiği yer, seçilen tahkim yerinden farklı ise, bu yer kararın verildiği yer olarak dikkate alınmayacaktır[257]. Belirtmek gerekir ki, tahkim yeri, coğrafi bir kavram olmaktan ziyade, tahkim anlaşmasının tabii olduğu hukuku belirlemede bir bağlama noktasını ifade etmektedir[258]. Bu nedenle, tarafların iddia ve savunma hakları zarar görmediği sürece, kararın fiziken, tahkim yeri olarak belirlenen yerde verilmemesi bir sakınca doğurmaz[259]. Ancak MTK'ya göre; yargılamanın tahkim yeri olarak belirlenen yer dışında gerçekleştirilmesi taraflardan biri için güçlük doğuruyorsa, taraf bunu iptal sebebine gerekçe yapabilecektir[260].

MTK, ancak tahkim yeri Türkiye olan ya da tahkim yeri Türkiye olmamakla birlikte, taraflarca MTK'nın uygulanmasına karar verilmiş yargılamalarda uygulama alanı bulacaktır (MTK m.1) [261]. MTK m. 9[262] tahkim yerinin taraflarca seçilmesine imkân tanımakla birlikte, tahkim yerinin belirlenmemiş olması durumunda hakemlere de tahkim yerini seçme imkânı tanıyan kademeli bir yol benimsemiştir.

---

[253] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 237.
[254] **Ekşi**, MTK, s. 333; **Özel**, Tenfiz Engeli, s. 317; **Budak**, s. 34; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 61.
[255] **Ekşi**, MTK, s. 333; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 240-241; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 61.
[256] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 61.
[257] **Özel**, Tenfiz Engeli, s. 317; **İlhan**, s. 33.
[258] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 241; **Emre Esen**, Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği (75-148), *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, S.2, İstanbul, 2017, s. 91; **Budak**, s. 34; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 59; **İlhan**, s. 33.
[259] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 241.
[260] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 240. Bkz. MTK m. 15 / A / 1 / f-g. *"… Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir: 1. Başvuruyu yapan taraf; … f) Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu, g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini, ispat ederse."*
[261] **Ekşi,** MTK s. 303; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 239; **Demir Gökyayla**, Ad Hoc ve Kurumsal Tahkim, s. 169.
[262] MTK m. 9 *"Tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir."* https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4686.pdf (Erişim Tarihi: 18.12.2019)

Tarafların tahkim yerini belirlememiş olmaları ya da tahkim yerinin nasıl belirleneceğini düzenlememiş olmaları durumunda, tahkim yeri hakemlerce, olayın özelliklerine göre belirlenir. Tarafların tahkim yerini belirlememiş olması halinde, ad hoc tahkimde hakemlerce bir tahkim yeri belirlenene kadar tahkim yeri konusunda bir kesinlik bulunmayacaktır[263]. Hakemler tahkim yerini belirlerken, öncelikli olarak tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve tahkime elverişliliğe yaklaşımını; ardından ulaşım, konaklama, delillere yakınlık gibi hususları dikkate alarak bir seçim gerçekleştirmelidir[264]. Tahkim yargılamasında, en geç görev belgesi[265]nde tahkim yeri belirlenmiş olmalıdır[266].

Prensip olarak taraflarca birden çok tahkim yeri seçilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır[267]. Birden çok tahkim yeri belirlenerek, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra taraflardan birine seçim hakkı tanınan bir tahkim anlaşması akdedilebilir[268]. Ancak, bu husus taraflar arasında tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin iddialara ya da birbiriyle çelişen kararlar verilmesine zemin hazırlayacak olması nedeniyle, doktrinde bu tür sözleşmelerden mümkün olduğunca kaçınılması gerektiği ifade edilmektedir[269].

---

[263] **Demir Gökyayla**, Ad Hoc ve Kurumsal Tahkim, s. 169.
[264] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 239-240.
[265] İngilizce olarak terim "*terms of reference"* şeklinde kullanılır. Görev belgesi MTO-ICC tahkime özgü bir tahkim kavramıdır. MTO -ICC tahkim merkezi tarafından ortaya çıkarılmış bir kavram olan görev belgesi, MTK uyarınca, taraflarca verilen dava ve cevap dilekçelerinin ardından düzenlenen ve devlet yargısında oluşturulan "öninceleme tutanağına" tekabül edebilecek nitelikte bir bilgilendirme belgesidir. Taraflar görev belgesinde kabul ettikleri hususlar konusunda, daha sonra itirazda bulunamayacaklardır. Görev belgesi düzenlemenin kanunla zorunlu hale getirildiği tek ülke Türkiye'dir.
Görev belgesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 370; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 49; 261-283; **Nomer /Ekşi / Öztekin Gelgel**, s. 59-60; **Ali Yeşilırmak**, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması, İstanbul, 2018, s. 79-86; **Erdem**, s. 568-577;**Ekin Hacıbekiroğlu Ömeroğlu**, Milletlerarası Tahkim Hukukunda Görev Belgesi (1885-1912), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Pekcanıtez'e Armağan,* C.16, Özel Sayı, 2014.
Görev belgesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Demir Gökyayla**, Ad Hoc ve Kurumsal Tahkim, s. 1171-174.
[266] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 239; **Demir Gökyayla**, Ad Hoc ve Kurumsal Tahkim, s. 169.
[267] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 238.
[268] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 238.
[269] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 238.

b. Tahkim'de Uygulanacak Hukuk

i. Genel Olarak Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk Ayrımı

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku genel olarak üç kategori altında incelememiz mümkündür. Bunlar; (1) uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, (2) tahkim usulüne uygulanacak hukuk ve (3) tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuktur.

Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, devlet mahkemelerinde *lex fori'*nin (hâkimin) hukukuna göre değerlendireceği açıkken, milletlerarası bir tahkim yargılamasında nasıl belirleneceği açık değildir[270]. Bu nedenle milletlerarası bir tahkim yargılamasında esasa uygulanacak hukukun belirlenmesi, esas itibariyle uyuşmazlığı çözecek hukuku belirlemek anlamına gelmektedir.

Milletlerarası tahkimde yargılamanın esasına uygulanacak hukuk ile usule uygulanacak hukuk aynı olmak zorunda değildir[271]. Taraflar usule uygulanacak hukuku milli bir hukuk olarak ya da bir tahkim kurumunun kuralları olarak seçebilecekleri gibi tamamen bağımsız bir kural kaleme alarak uygulanmasını da seçebilirler[272]. Sonuç itibariyle, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk hakemlerin tahkime etkin katılımları noktasında önem arz etmektedir[273].

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin sonucu olarak tahkim anlaşmalarının geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğinden bağımsızdır. Bu sebeple tahkim anlaşmasının geçerliliği esas sözleşmeden bağımsız olarak ele alınır. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre değerlendirileceği, tahkim anlaşmasının ayakta durması bakımından, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktan ve usule uygulanacak hukuktan farklı olarak belirlenebilmektedir.

---

[270] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 7, 123; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 121; **Aygül,** s. 5-6.
[271] **Aygül**, s. 24.-25.
[272] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 328; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 171.
[273] **Töre**, s. 78.

ii. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk

Yukarıda da değinildiği üzere, devlet mahkemelerinde hakimlerin önlerine gelen uyuşmazlığın *lex fori*'nin (hâkimin) hukukuna göre belirleneceği açıkken, milletlerarası bir yargılama olan tahkim yargılamasında esasa uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği genel olarak tahkime uygulanan usul kurallarında hüküm altına alınmıştır[274].

UNCITRAL Model Kanun m. 28 f. 4[275]'den alınan MTK m. 12 f. C *"Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir."* hükmü ile taraflara açıkça esasa uygulanacak hukuku seçme imkânı tanımıştır.

Taraflar belli bir ülke hukukunu seçebilecekleri gibi, "bir devlete ait olmayan- milli olmayan- *antinational"* bir hukuk seçmeleri de mümkündür[276]. Hatta, milli olmayan bir hukuk seçiminin tahkimin özüne ve niteliğine daha çok uygun olduğu doktrinde ifade edilmektedir[277]. Tarafların esasa uygulanmak üzere birden fazla hukuk seçmeleri de mümkündür [278]. Tarafların uygulanacak hukuk olarak hakkaniyet ve nefaset kurallarını seçmeleri de mümkündür[279].

Tarafların tahkim şartı ile[280] ya da tahkim şartı dışında bir maddeyle tahkim yargılamasının esasına uygulanacak hukuku seçmeleri mümkün olduğu gibi esas sözleşme ya da tahkim sözleşmesinden bağımsız bir sözleşme ile de esasa uygulanacak hukuku seçmeleri mümkündür[281].

---

[274] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 7, 123; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 121; **Aygül,** s. 5-6.

[275] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 28/4 *"(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction."* https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 07.08.2020).

[276] **Park**, Contract Disputes, s. 1786-1787; **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 144; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 329; **Nomer**, DHH, s. 586.

[277] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 144.

[278] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 301.

[279] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 307; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 158.

[280] Ancak belirtmek gerekir ki, tahkim klozu içerisinde tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk seçimi yapıldığı hallerde seçilen hukukun yargılamanın esasına mı yoksa usulüne mi uygulanacağının açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Aksi halde MTK m. 12 çerçevesinde seçilen hukukun esasa uygulanmak üzere seçildiği kabul görecektir. Bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s.302.

[281] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 329; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 301-302; **Şanlı** / **Esen** / **Ataman Figanmeşe,** s. 646.

Hukuk seçimi noktasında ortaya çıkan bir başka sorun ise, seçilen hukukun yalnızca maddi hukuk kurallarının mı uygulanacağı yoksa bu kurallar yanında atıf yaptığı kanunlar ihtilafı kurallarının da uygulanıp uygulanmayacağıdır. Doktrinde, Türk hukukunda, aksi kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun doğrudan maddi hukuk kurallarının uygulanması anlamına geldiği kabul edilmektedir[282]. Nitekim MTK m. 12 / C "…*Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddî hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir."* şeklinde hüküm tesis etmiştir. Milletlerarası tahkimde, uygulanacak hukukun ticari örf ve âdet hukukunun da tamamlayıcı olarak uygulanacağı MTK'da hükme bağlanan başka bir hususdur[283].

Yukarıda da belirtildiği gibi hakemlerin, hakimler gibi bir *lex fori*'ye sahip olmamaları nedeniyle, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda; hakemler, kanunlar ihtilafı konusunda bir *hukuk boşluğu* içinde olacaklardır[284]. Taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı hallerde, kurumsal tahkim merkezlerinde görülen tahkim yargılamalarında; yargılamanın tahkim merkezinin kurallarının atıf yaptığı ülke hukukuna göre görüleceği kabul edilmekte, ad hoc tahkimde ise hakemlerce yargılama yapılan ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak ya da uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukuk tespit edilerek yargılamanın yürütüleceği yönünde gelişen bir uygulama mevcuttur[285]. Taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı hallerde MTK m. 12 /C hakemlere en sıkı ilişkili hukuku seçerek uygulama yönünde bir yol çizmiştir[286].

---

[282] **Nomer**, DHH, s. 586; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 302-303; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 127; **Doğan**, s. 163.

[283] MTK m. 12 /C *"…Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır…"*
Ticari örf ve âdet hukukunun tahkim yargılamasında uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tolga Ayoğlu,** Milletlerarası Kurumsal Tahkimde Ticari Adet ve Teamüllerin Esasa Uygulanması (121-139), *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan*, İstanbul, 2011/1.

[284] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 227.

[285] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 305; **Nomer**, DHH, s. 560.

[286] MTK m. 12/C *"….Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir."*

iii. Tahkim Anlaşmasının Usulüne Uygulanacak Hukuk

Tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız olmasının bir sonucu olarak, milletlerarası tahkimde yargılamanın esasına uygulanacak hukuk ile usule uygulanacak hukuk aynı olmak zorunda değildir[287]. Taraflar usule uygulanacak hukuku milli bir hukuk olarak ya da bir tahkim kurumunun kuralları olarak seçebilecekleri gibi tamamen bağımsız bir kural kaleme alarak uygulanmasını da seçebilirler[288]. Evrensel kabul, tahkim hangi hukuka tabi olursa olsun usule uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceğidir[289]. Tarafların bir seçim yapmaması durumunda, New York Konvansiyonu m. V/1/d[290] tahkim yeri hukukunun uygulanacağını kabul etmektedir.

Türk hukukunda MTK m. 8 "*Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını bu Kanun hükümlerine göre yürütür"* hükmü uyarınca belirlenir. Buna göre taraflara usule uygulanacak hukuk konusunda emredici hükümler saklı kalmak şartıyla seçim hakkı tanımıştır (AYNI YÖNDE HMK m. 424). Bu seçimin yapılmaması durumunda usule MTK hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamıştır.

---

[287] **Aygül**, s. 24.-25.
[288] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 328; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 171.
[289] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 97.
[290] New York Convention article V /I *"Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: …. (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or…"* http://www.newyorkconvention.org/english (Erişim Tarihi: 26.12.2019)
New York Konvansiyonu m. V/I "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:… (d) Hakem mahkemesinin teşekkülünün veya hakemlik usulünün tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun bulunmadığı; veya…"*

Görüldüğü gibi MTK taraflara usule uygulanacak hukuku seçme konusunda serbesti tanımaktadır. Taraflar usule uygulanacak hukuku tahkim sözleşmesinde kararlaştırabilecekleri gibi yargılama devam ederken de kararlaştırabilirler[291].

MTK, usule uygulanacak hukuku seçme serbestisini emredici kurallara aykırılık ile sınırlandırmıştır. Bu doğrultuda MTK'nın *(lex arbitri)* emredici kurallarına aykırılık teşkil etmeyecek usul kurallarının ve kurallar bütününün seçilmesi mümkün olacaktır[292]. Zira emredici kurallara uyulmaması durumunda, verilen hakem kararının New York Konvansiyonu[293] uyarınca tanınması tenfizi engellenebilecektir [294].

iv. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Yukarıda değindiğimiz üzere, ayrılabilirlik doktrininin bir sonucu olarak tahkim anlaşmalarının geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğinden bağımsızdır. Bu sebeple tahkim anlaşmasının geçerliliği esas sözleşmeden bağımsız olarak ele alınır. Tahkim anlaşmasının geçerliliği, şekli geçerlilik, ehliyet ve esastan geçerliliğin yanında tahkime elverişlilik kavramını da barındırmaktadır[295]. Bu noktada karşımıza tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre değerlendirileceği sorunu çıkmaktadır.

Tarafların, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku seçmiş olmaları durumunda bir tartışma doğmayacak, anlaşmanın geçerliliği bu hukuka göre incelenecektir.

---

[291] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 231; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 101.
[292] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 232-233; **Kalpsüz**, Türkiye'de Tahkim, s. 100.
[293] New York Convention article V /I *"Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: …. (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or…"* http://www.newyorkconvention.org/english (Erişim Tarihi: 26.12.2019)
New York Konvansiyonu m. V/I "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:… (d) Hakem mahkemesinin teşekkülünün veya hakemlik usulünün tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun bulunmadığı; veya…"*
[294] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 233.
[295] **Tekin**, s. 1.

Ancak tarafların anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak hukuku seçmediği durumlarda farklı ülke hukuklarında ayrılabilirlik- bağımsızlık doktrini[296]ne farklı ağırlıklar verilmek suretiyle farklı çözümler benimsenmiştir[297].

İngiliz hukukunda, tarafların anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak hukuku belirlemediği ancak esas sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlediği durumlarda, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacağı karinesi benimsenmiştir[298]. Ancak Birleşik Krallık Yüksek Krallık mahkemesi 09.09.2020 tarihli yeni bir kararında[299]; tahkimin anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin prensipleri yeniden değerlendirmiştir. Karara göre, esasa uygulanacak hukuk, kural olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmamalıdır. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, taraflarca seçilen bir hukuk yoksa, tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili olan hukuk olmalıdır. Eğer taraflarca seçilen bir tahkim yeri varsa, bu hukuk en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilir ancak, taraflarca tahkim yeri seçilmemişse, taraflarca esasa uygulanmak üzere seçilen hukuk en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmelidir.

Hong Kong mahkemeleri de kararlarında, İngiliz hukukunda olduğu gibi, tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin, esas sözleşmeye uygulanacak hukukuna göre belirleneceğine ilişkin kararlar vermektedir[300]. **Amerikan hukukunda** da İngiliz hukukuna benzer bir yaklaşım ile, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuka atıfta bulunulan bir hükmün bulunmaması durumunda, esas sözleşmenin geçerliliğini belirlemek için uygulanan hukukun, tahkimin geçerliliğini belirlemek için de uygulanması gerektiği yerleşmiş bir içtihattır[301].

Çoğu Avrupa ülkesi hukukunda yönelim, tahkimin geçerliliğinin, esas sözleşmeye uygulanacak hukuka göre değil, tahkim yeri hukukuna göre belirlenmesi yönündedir[302]. **İsviçre**

---

[296] Ayrılabilirlik – Bağımsızlık doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I / A / 4/ a.
[297] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 79.
[298] **Molfa**, s. 167.
[299] Bkz. https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2020/38.html (Erişim tarihi: 12.12.2020).
[300] **Molfa**, s. 169.
[301] *Washington Mutual Finance Group, LLC v John Bailey & Others* 364 F.3d 260 (5th Cir. 2004) davasında, Court of Appeal 5. Dairesi *"…Dolayısıyla, tarafların tahkim iradesinin belirlenmesinde, mahkeme, sözleşmeye uygulanacak olan hukuka göre karar verir."* Şeklinde açıklığa kavuşturmuştur. Bkz. **Molfa**, s. 168 dn. 25.
[302] **Molfa**, s. 169.

Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (CPIL) m. 178[303] ise tahkim anlaşmasının (i) taraflarca seçilmiş olan hukuka göre, (ii) uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka göre, (iii) esas sözleşmeye uygulanacak hukuka göre veya (iv) İsviçre Hukukuna göre geçerli olması durumunda, anlaşmanın geçerli olacağını hükme bağlamıştır[304]. Böylece İsviçre'de kanun koyucu bu hukuklardan birine göre geçerli olan tahkim anlaşmasını geçerli kabul edeceğini hükme bağlamıştır[305].

Tezimizin konusu olan patolojik tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin de tahkim anlaşmasının geçerliliği kapsamına girmesi nedeniyle, tahkim anlaşmalarının geçerliliğine uygulanacak hukuk -özellikle Türk hukuku kapsamında- II. Bölümde ayrıntılı olarak tekrar ele alınacaktır[306].

3. TAHKİM İTİRAZI

a. Genel Olarak

Tahkim sözleşmesinin olumlu etkisi neticesinde, geçerli bir tahkim anlaşması bulunması durumunda taraflar uyuşmazlıklarını tahkim yargılaması ile çözmek için hakem mahkemesine başvurabileceklerdir[307]. Taraflar kabul ettikleri tahkim anlaşması ile devletin yargı yetkisini ortadan kaldırmaktadırlar[308], bu sebeple taraflardan birinin daha sonra bu şarttan vazgeçmesi mümkün olmayacağı gibi, devlet mahkemesine başvurması da mümkün olmayacaktır[309]. Buna paralel olarak taraflardan birinin geçerli bir tahkim anlaşması bulunmasına rağmen

---

[303] CPIL Article 178/1 *"Claims for unjust enrichment are governed by the law which governs the legal relationship, either existing or assumed, on the basis on which the enrichment occurred."* Bkz. https://www.unine.ch/files/live/sites/florence.guillaume/files/shared/publications/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf (Erişim Tarihİ 10.07.2020).

[304] **İlhan**, s. 36; **Aydın**, s.49.

[305] **İlhan**, s. 37.

[306] Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk için bkz. Bölüm II / A /3.

[307] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 174; **Akıncı**, Çözüm Yolu, s. 110; **Yavuz**, s. 160-161; **Şit**, Tahkim Anlaşmasının Şekli, s. 417.

[308] **Çelikel**/**Erdem**, s. 722; ration Tahkim, s. 45; **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 2; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 326. Bkz. Tahkim anlaşmasının olumsuz etkisi için bkz. BÖLÜM I/ A / 4.

[309] **Çelikel/Erdem**, s. 772.

mahkemeye başvurması durumunda, diğer tarafın tahkim itirazında bulunma hakkı doğacaktır[310].

Tarafların ne zamana kadar tahkim itirazında bulunabilecekleri milli hukuklarca belirlenen bir husustur, zira taraflar, itirazı devlet mahkemelerinde ileri sürerler[311]. UNCITRAL Model Kanun m. 8[312] ile birlikte Türk tahkim mevzuatında hem MTK m. 5 hem de HMK m. 413 davalı tarafın tahkim itirazında bulunma hakkını tanımlamıştır. Mahkemeye başvurularak yargılamanın başlatılması durumunda, davalının tahkim itirazında bulunması, Türk hukukunda tahkim ilk itirazı olarak düzenlenmiştir[313].

Milletlerarası tahkimde, tahkim anlaşması bulunması durumunda anlaşmaya rağmen taraflardan birinin devlet mahkemesine başvurması halinde tahkim itirazı gündeme gelecektir[314]. Bu husus yukarıda da değinildiği gibi MTK m. 5'te "*tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. MTK davalıya bir tahkim itirazında bulunma hakkı tanımakla birlikte, itiraz hakkını belirli bir zaman dilimi ile sınırlandırmıştır[315]. Bu süre geçtikten sonra tahkim itirazının kabulü dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmekle birlikte usul ekonomisine de uygun düşmeyecektir[316].

---

[310] **Ekşi**, HMK, s. 96; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 326; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 42-43, 174; **Nomer**, DHH, s. 557; **Yavuz**, s. 161; **Çelikel** / **Erdem**, s. 790; **Doğan**, s. 158; **Esen**, Kompetenz-Kompetenz, s. 355.

[311] **Yeşilova**, Mahkemelerin Yardımı, s. 511.

[312] UNCITRAL Model Kanun M. 8 *"tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlık ile ilgili olarak kendisine başvurulan mahkeme, bir tarafın [davalının] en geç uyuşmazlığın esasına dair savunmalarının yer aldığı cevap dilekçesine kadar tahkim itirazında bulunması halinde, tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız oldu unu tespit etmediği sürece, tarafları tahkime sevk etmelidir."*
UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 8 *"(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed…"* https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 07.08.2020).

[313] HMK m. 116 *"(1) İlk itirazlar aşağıdakilerden ibarettir: … (b)Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı. (c).."*
HMK m. 413 m. *"(1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. (2) …"*
Nomer, DHH, s. 584; **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2664; **Yavuz**, s. 161.

[314] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 42-43; **Doğan**, s. 158; **Çelikel** / **Erdem**, s. 790; **Yener Keskin**, s. 236.

[315] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 176.

[316] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 176.

İç tahkimde ise HMK m. 413 "*tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir*" şeklindeki düzenleme ile MTK'ya paralel şekilde tahkim ilk itirazını düzenlemiştir.

Tahkim itirazı, Türk hukukunda, HMK'ya göre bir ilk itirazdır[317], hâkimin tahkimin varlığı nedeniyle davayı reddi için davalının süresi içinde tahkim ilk itirazında bulunması gerekmektedir[318]. Tahkimin bir ilk itiraz olarak düzenlenmesinin sebebi, mahkemede açılan davaya itiraz etmeyen tarafın, artık uyuşmazlığın tahkim yolunda çözümleneceğine rıza gösterdiğinin kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır[319]. Davalının Türk mahkemelerinde tahkim ilk itirazında bulunması durumunda, geçerli bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı var

---

Dürüstlük kuralına aykırılık konusunda bkz. **Ceyda Süral** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi (s. 167-216), Türkiye Barolar Birliği Dergisi S 100., 2012 s. 179-180.
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 29.06.2020 tarihli E. 2019/3450 K. 2020/1932 sayılı kararı: *"…Somut olaya gelince, her ne kadar taraflar arasında eser sözleşmesinden kaynaklı ihtilafın hakem usulüyle çözüleceği kararlaştırılarak tahkim sözleşmesine yer verildiği tartışmasız ise de, yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler karşısında, davalı tarafça yasal cevap süresi içerisinde ileri sürülmüş tahkim ilk itirazının bulunmadığı anlaşıldığından, mahkemece tahkim itirazı reddedilip işin esası incelendikten sonra sonucuna uygun bir karar verilmesi yerine, yanlış değerlendirme ile davanın usulden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur…"* www.legalbank.net (Erişim tarihi: 23.09.2020).

[317] HMK m. 116 *"1) İlk itirazlar aşağıdakilerden ibarettir: … (b)Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı. (c)..."*
HMK m. 413 m. *"(1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. (2) …"*

[318] **Ekşi**, HMK, s. 96; **Nomer**, DHH, s. 584; **Kuru**, Ders Kitabı s. 662; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 586; **Ali Yeşilırmak**, "Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 96, 2011, s. 208. Belirtmek gerekir ki HUMK döneminde tahkim itirazı Yargıtay'ca bir ilk itiraz olarak kabul edilmemekteydi bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 16.01.2012 tarihli E. 2012/15015 K. 2012/178 sayılı kararı; *"…Davaya konu sözleşmenin 8. maddesinde anlaşmazlıkların uzlaşma yoluyla çözümlenemediği takdirde taraflardan birinin isteği üzerine Mimarlar Odasının atayacağı hakem tarafından çözümleneceği kararlaştırılmış olup, davalı vekili, 02.12.2008 tarihli dilekçesi ile aynı tarihli celsede tahkim itirazında bulunmuştur. Davalıya dava dilekçesi 20.05.2008 tarihinde tebliğ edildiğinden itirazın cevap süresi içerisinde yapılmadığı hususunda bir çekişme bulunmamaktadır. Ancak, tahkim itirazı, teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp savunma vasıtası olduğundan davacının muvafakatı ile sonradan da ileri sürülebilir. Bu muvafakat açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Davacı taraf, savunmanın genişletilmesi üzerine buna hemen itiraz etmezse savunmanın genişletilmesine zımni olarak muvafakat etmiş sayılır. Somut olayda, tahkim itirazının yapıldığı 02.12.2008 tarihli celsede davacı vekili hazır olmasına rağmen hemen savunmanın genişletilmesi itirazında bulunmamıştır. Bu durumda, sözleşmede tahkim şartı da bulunduğundan, itirazın kabul edilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir."* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 13.03.2020).

[319] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 176; **Töre**, s. 85.

ise mahkeme davayı usulden reddeder[320]. Yargıtay da mahkemece tahkim ilk itirazı gözetilmeden davanın esasına girilmesini bozma sebebi saymaktadır[321].

Tahkim ilk itirazı yalnızca davalı tarafından ileri sürülebilen bir ilk itirazdır[322]. Taraflardan birinin tahkim sözleşmesini göz ardı ederek uyuşmazlık konusunda Türk mahkemelerine başvurması durumunda, hâkim, tahkim sözleşmesini re'sen gözetemeyecektir[323]. Tahkim itirazının bir ilk itiraz olması sebebi ile daha sonra ıslah yolu ile ya da diğer tarafın muvafakati ile ileri sürülmesinin mümkün olmayacağını, bu sebeple tahkim ilk itirazında bulunulmaması durumunda, devlet mahkemesinin uyuşmazlığı çözmeye yetkili hale geleceğini ve tarafların artık buna itiraz edemeyeceğini savunan bir görüş[324] olmakla birlikte; Yargıtay kararları ve

---

[320] HMK m. 413 m. *"(1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. (2) …"*
MTK, m. 5 f. 1 *"Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder."*
Pekcanıtez/Yeşilırmak, Pekcanıtez Usul, s. 2664; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 586; **Kuru**, Ders Kitabı s. 662; **Yavuz**, s. 167; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 179.

[321] Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 30.01.201 tarihli E. 2012/9581 K. 2013/1334 sayılı kararı: *"Gerek davacının dayandığı 01.08.2005 tarihli sözleşmenin 11. maddesinde, gerekse de davalının dayandığı 01.10.2005 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin 7. maddesinde ihtilaf halinde Ticaret Odası'ndan ve Esnaf Odası'ndan 2'şer kişinin hakemliğine başvurulacağı kararlaştırılmıştır. Davalı tarafından yasal süresi içerisinde verilen cevap dilekçesinde, taraflar arasındaki ihtilaflarda hakeme başvurulacağı hususunu bildirerek itirazda bulunmuştur. Öncelikle kira sözleşmesindeki tahkime dair hüküm ve davalının bu yöndeki itirazının 1086 Sayılı HMUK'nun 516 vd. maddeleri ve 6100 Sayılı HMK'nun 412 vd. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, davalının bu yöndeki ilk itirazları değerlendirilmeden davanın esası hakkında karar verilmesi doğru değildir."* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 13.03.2020).

[322] Türk hukukunda bazı ilk itirazlar davacı veya davalı tarafından ileri sürülebilirken, bazı ilk itirazlar yalnızca davalı tarafından ileri sürülebilir. Tahkim ilk itirazı da, davacının kendi açtığı davada kendisine karşı tahkim ilk itirazında bulunması dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı için, yalnızca davalı tarafından ileri sürülebilecek olan ilk itirazlardandır. Bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 177-179.

[323] **Ekşi**, HMK, s. 98; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 176; **Kuru**, s. 662; **Budak/Karaaslan**, s. 403; **Yavuz**, s. 165; **Aydemir**, s. 373.
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 13.02.2001 tarihli E. 2001/1083 K. 2001/1436 sayılı kararında; *"Davacı, tahkim sözleşmesine rağmen davasını mahkemede açarsa mahkeme tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözeterek görevsizlik kararı veremez. Davalının tahkim itirazında bulunması gerekir. Bu olayda dava dilekçesi davalıya 26.2.1999 tarihinde tebliğ edilmiş, buna karşılık davalı vekili, yasal cevap süresi geçtikten sonar 18.5.1999 günlü oturumda verdiği cevap dilekçesinde tahkim itirazında bulunmuş, bir sonraki 6.7.1999 günlü oturumda davacı vekili hem duruşma sırasında hem de aynı tarihli dilekçesiyle davalının bu iddiasına muvafakat etmediğini, karşı çıktığını beyan etmiştir. Bu durumda mahkemece, süresinde yapılmayan tahkim itirazı reddedilerek işin esası incelenip, sonucuna göre bir verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektir."* www.legalbank.net (Erişim tarihi: 03.03.2020).

[324] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2664; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 586.

doktrinde bazı görüşler, tahkim itirazının her ne kadar ilk itiraz olsa da diğer tarafın muvafakati ile ileri sürülebileceği yönündedir[325].

Yine tahkim itirazının bir ilk itiraz olması sebebi ile, ıslah yolu ile ileri sürülemeyeceğini ifade eden görüşler olmakla birlikte[326], 1086 sayılı HUMK döneminde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu cevap dilekçesi ıslah edilerek tahkim ilk itirazında bulunulabileceği yönünde kararlar vermekteydi[327]. HMK döneminde, Yargıtay Daireleri'nin ya da Hukuk Genel Kurulu'nun bu

---

[325] **Ekşi**, HMK, s. 102.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 31.10.2001 tarihli E. 2001/4349 K. 2001/4896 sayılı kararında; *"…davalı Belediye Başkanlığına dava dilekçesi 26.4.2000 tarihinde tebliğ edilmiş, süresi içerisinde davaya cevap verilmemiştir. 7.6.2000 günlü ilk oturumda Belediye vekilinin cevap için süre isteğine de davacı vekili karşı çıkmış, mahkemece de ek süre istemi reddedilmiştir. 19.10.2000 tarihinde verilen dilekçede tahkim itirazına yer verilmiş ancak, 22.11.2000 tarihli oturumda davacı vekili süresinde verilmeyen cevapla ileri sürülen tüm hususlara karşı çıkmıştır. Bu haliyle süresi içerisinde cevap verilmeyerek inkâr edilen davada daha sonra yapılan itirazlara davacının muvafakati olmaması diğer anlatımla karşı çıkılmış olması gözetilerek tahkim itirazının reddiyle davanın esasına girilip, mahkemece yargı önüne gelen çekişmenin giderilmesi gerekir."* www.legalbank.net (Erişim tarihi: 03.03.2020).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 16.01.2012 tarihli E. 2011/15015 K. 2012/178 sayılı kararında; *"Davalıya dava dilekçesi 20.05.2008 tarihinde tebliğ edildiğinden itirazın cevap süresi içerisinde yapılmadığı hususunda bir çekişme bulunmamaktadır. Ancak, tahkim itirazı, teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp savunma vasıtası olduğundan davacının muvafakati ile sonradan da ileri sürülebilir. Bu muvafakat açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Davacı taraf, savunmanın genişletilmesi üzerine buna hemen itiraz etmezse savunmanın genişletilmesine zımni olarak muvafakat etmiş sayılır. Somut olayda, tahkim itirazının yapıldığı 02.12.2008 tarihli celsede davacı vekili hazır olmasına rağmen hemen savunmanın genişletilmesi itirazında bulunmamıştır. Bu durumda, sözleşmede tahkim şartı da bulunduğundan, itirazın kabul edilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir."* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 13.03.2020).

[326] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2664; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Ders Kitabı, s. 586.

[327] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 22.02.2012 tarihli E. 2011/93 K. 2012/19-735 sayılı kararında; *"…Mahkemece davalı yanın tahkim itirazı davacı vekilince kabul edilmediğinden reddedilmiş, bunun üzerine davalı vekili cevap dilekçesini ıslah ederek yetkisi olmayan kişi tarafından takip edilen davanın açılmamış sayılmasına, bu talepleri kabul edilmediği takdirde tahkim itirazlarının kabulüyle davanın reddine dair karar verilmesini istemiştir. Mahkemece davacı taraf vekilinin davaya vekalet ehliyetinin bulunduğu, ıslah yolu ile davalı yanın ileri sürdüğü tahkim itirazının yerinde olduğu gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.*

Uyuşmazlık, cevap dilekçesinde ileri sürülmeyen tahkim itirazının ıslah yolu ile ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Tahkim itirazı H.U.M.K.nun 187. maddesinde sayılan ilk itirazlardan değildir. Bu itibarla cevap dilekçesinde ileri sürülmemiş olsa bile daha sonra tahkim itirazında bulunulabilir, yeter ki davacı taraf savunmanın genişletildiği gerekçesiyle buna karşı çıkmış olmasın.

Zira H.U.M.K.nun 202/2. maddesine göre davalı cevap dilekçesini karşı tarafa tebliğ ettirdikten sonra onun muvafakati olmaksızın savunma sebeplerini genişletemez veya değiştiremez. Aynı maddenin 3. fıkrasında ıslahın istisna tutulduğu hükme bağlanmış ise de, genel usul kurallarına göre ıslah yolu ile de olsa kazanılmış haklar ortadan kaldırılamaz. Geçerli bir tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartı tarafları ve mahkemeyi bağlar. Ancak uyuşmazlığın mahkemeler eli ile çözümlenmesi asıl olduğundan tahkim sözleşmesine ya da sözleşmedeki tahkim şartına rağmen davacının davasını mahkemede açması mümkündür. Davalı davacı ile aralarındaki tahkim sözleşmesine ya da tahkim şartına dayanarak davanın mahkemede görülmesini istemezse bu iradesini mahkemeye bildirmesi gerekir. Uygulamada davalının bu şekildeki irade beyanı açıklamasına tahkim itirazı denilmektedir. Buradaki itiraz bir görev itirazı niteliğinde olmadığı gibi H.U.M.K.nun 187. maddesinde düzenlenen ilk itirazlardan da olmadığından re'sen gözetilemez.

yönde açık bir kararı bulunmamakla birlikte, doktrinde, karşı taraf itiraz etmediği sürece ıslah yolu ile tahkim itirazının gerçekleştirilebileceği yönünde bir görüş mevcuttur[328].

b. İtiraz Hakkından Feragat

Tarafların sözleşmesel hakları olan, tahkim hakkından, feragat etmeleri mümkündür. Kaldı ki; tarafların tahkim itirazında bulunmamaları halinde mahkemenin tahkim anlaşmasını re'sen gözetmesi de mümkün değildir[329]. MTK'da düzenlenmeyen itiraz hakkından feragat, HMK m.409'da düzenlenerek, taraflardan birinin, tahkim yargılamasında kararlaştırdıkları bir hususa veya tahkim anlaşmasına aykırı hareket etmesi durumunda diğer tarafa itiraz hakkı tanımıştır[330]. Emredici hükümlere karşı itiraz her zaman yapılabilecekken, taraflar arasında itiraz hakkı doğuran diğer hareketlere karşı itiraz süresi iki haftadır[331]. HMK iç tahkimde bu iki

---

H.U.M.K.nun 195 ve 202/1. maddeleri uyarınca 10 günlük cevap süresi içerisinde tahkim itirazında bulunulmaması halinde davanın mahkemede görülmesi konusunda davacı taraf yararına usuli kazanılmış hak oluşur. Islahla ancak usule dair bir işlemin düzeltilmesi amaçlanabilir. Somut olayda davalının cevap süresinde tahkim itirazını ileri sürmeyi unutmuş olması ve sonradan ıslah yolu ile tahkim itirazında bulunması usule dair olmayıp davalının buradaki amacı savunmanın niteliğinde herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece cevap dilekçesinde ileri sürülmesi unutulmuş bulunan tahkim itirazını eklemek suretiyle savunmayı genişletip davanın bu sebeple reddini sağlamak ve böylece davacı yararına oluşmuş bulunan kazanılmış hakkı ortadan kaldırmaktır. Buna usulen olanak bulunmamaktadır.
Cevap dilekçesinde belirtilmeyen bir savunmanın sonradan ileri sürülmesi halinde davacı tarafın H.U.M.K.nun 202/2. maddesi uyarınca buna derhal karşı çıkmaması halinde savunmanın genişletilmesine zımnen muvafakat edilmiş sayılır ve bu durumun davalı yararına usuli kazanılmış hak oluşturacağı gerek doktrinde gerekse uygulamada kabul görmektedir. O halde fırsat eşitliği ilkesi gereğince cevap dilekçesinde belirtilmesi unutulmuş olan bir hususun sonradan savunma ya da def'i olarak ileri sürülmesi ve davacı tarafın buna derhal karşı çıkması halinde de H.U.M.K..nun 202/2. maddesinde öngörülen savunmanın genişletilmesi yasağı sebebiyle bu yöndeki savunmaların dikkate alınmayacağı hususunda bu kez davacı yararına usuli kazanılmış hakkın oluştuğunun kabulü gerekir.
Usuli kazanılmış hak müessesesi, usul hukukunun dayandığı vazgeçilmez ana temellerden biridir. Usulü kazanılmış hak kuralının birtakım istisnaları varsa da, ıslah bu istisnalardan biri değildir. Başka bir anlatımla usuli kazanılmış hak, ıslah yoluYLa ortadan kaldırılamaz. Mahkemece belirtilen ilkeler üzerinde durulup tartışılmadan cevap dilekçesinde unutulmuş olan ve ıslah dilekçesiyle ileri sürülen tahkim itirazının kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir…" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 13.03.2020). Karar hakkında değerlendirme için bkz. **Ekşi**, HMK, s. 104-107.

[328] **Ekşi**, HMK, s. 107-108.

[329] **Yeşilova**, Mahkemelerin Yardımı, s. 509.

[330] HMK m. 409 *"(1) Tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme veya tahkim sözleşmesine uyulmaz ise ilgili taraf bu aykırılığa itiraz edebilir. İlgili taraf, aykırılığı öğrendiği tarihten itibaren iki hafta veya hakemlerin bu konuda kararlaştırdıkları süre içinde itiraz etmeden tahkime devam ederse, itiraz hakkından feragat etmiş sayılır."* https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf (Erişim tarihi: 3.12.2019).

[331] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2616-2617.

haftalık süre içinde itiraz edilmemesini itiraz hakkından feragat olarak kabul etmektedir[332]. Bu sürenin geçmesi ile gerçekleştirilen hareket hukuka uygun hale gelecek, yargılama için yetkisi taraflarca ortadan kaldırılan devlet mahkemeleri yetkili hale gelecektir. Temeli Roma Hukuku'na dayanan bu hükme göre, yargılama esnasında itiraz hakkından feragat eden kişi, hakem kararının iptali aşamalarında da itiraz sebebini ileri süremeyecektir[333].

4. TAHKİMDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Doktrinde tahkimin başarısının, devlet mahkemelerinin müdahalesine başvurulmaması ile ölçüldüğü ifade edilmektedir[334]. Her ne kadar bu görüşün haklılığı kabul edilse de tahkim yargılamasının, devlet mahkemelerinin yardımını aldığı noktalar bulunmaktadır[335]. Taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi olmasına karşın, tahkim yargılamasına destek olmak için ya da hakem kararının denetlenmesi için devlet mahkemelerine başvurulabilir[336]. Devlet mahkemelerine başvuru yalnızca kanunun izin verdiği hallerle sınırlıdır[337].

MTK bakımından hakemlerle gerçekleştirilemeyecek işlemleri yapmaya görevli ve yetkili mahkeme, iptal davaları dışında, MTK m. 3 *"Bu Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir"* hükmü çerçevesinde davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi, bunlar bulunmuyorsa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemeleridir[338]. Görevli mahkeme her ne kadar asliye hukuk mahkemeleri olsa da iş bölümü açısından asliye ticaret mahkemeleri

---

[332] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2617.
[333] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2617.
[334] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 349.
[335] MTK bakımından devlet mahkemelerinin yardım ve müdahalesinin kabul edildiği haller için bkz. **Cemal Şanlı**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, İstanbul, 2019.
[336] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 122.
[337] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 350.
[338] 28/2/2018 tarihli ve 7101 sayılı, İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 54. Maddesinin *"4686 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir. "Uyuşmazlığın konusuna göre görevli mahkeme EK MADDE 1- Bu Kanunda asliye hukuk mahkemesine verilen görev ve yetkiler, uyuşmazlığın konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi tarafından kullanılır."* hükmü ile ek madde eklenmiştir. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180315-28.htm (Erişim Tarihi: 06.01.2020).

bulunan yerlerde görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleri olacaktır[339]. Görüldüğü üzere MTK'da taraflara görevli ve yetkili mahkemeyi seçme serbestisi tanınmamıştır. Bunun bir sonucu olarak taraflar aralarında tahkim anlaşması akdettiklerinde bir yetki şartı koyamayacakları gibi tahkim anlaşması konusunda çıkacak uyuşmazlıklar için ayrı bir yetki anlaşması da yapamazlar[340].

İptal davaları bakımından görevli ve yetkili mahkeme ise MTK m. 15[341] kapsamında, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer bölge adliye mahkemesi, bunlar bulunmuyorsa İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleridir[342].

İç tahkimde, HMK hükümleri uyarınca hakemlerce gerçekleştirilemeyecek işlemleri yapmaya görevli ve yetkili mahkeme m. 410'da belirlenmiştir. Tahkim yerinin taraflarca belirlenmiş olması durumunda görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesi, tahkim yerinin belirlenmemiş olması durumunda ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyerinin bulunduğu yer mahkemesi olacaktır. Ancak yasada yapılan 28.02.2018 tarihli değişiklik[343] ile görevli mahkemeler bölge adliye mahkemeleri olmaktan çıkarılmış, yapılan işin niteliğine göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemeleri olarak değiştirilmiştir[344]. HMK m. 411 ise *"Tahkim yargılamasına mahkemelerin yardımı, bu kısımda açıkça izin verilmiş olan hallerde mümkündür."* hükmü ile, kanunda açıkça sayılmayan

---

[339] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 125-126.

[340] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 124.

[341] MKT m. 15 *"…İptal davası, 3'üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür."* https://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Aspx?MevzuatKod=1.5.4686&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=4686 (Erişim tarihi: 06.01.2020).

[342] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 351; **Gedik**, s. 60; **Mehmet Polat Kalafatoğlu**, Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat (339- 368), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl:38, Sayı:2, İstanbul, 2018, s. 345.

[343] 28/2/2018 tarihli ve 7101 sayılı, İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunu'n 60.ıncı maddesinin *"6100 sayılı Kanunun 439 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan "tahkim yerindeki mahkemede" ibaresi "tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde" şeklinde … değiştirilmiştir…"* hükmü ile değiştirilmiştir. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180315-28.htm (Erişim Tarihi: 30.12.2019).

[344] HMK m. 410- *"Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir."* https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf (Erişim tarihi: 3.12.2019).

haller dışında, devlet mahkemelerinin tahkim yargılamasına müdahale edemeyeceğini hükme bağlamıştır.

Mahkemece tahkim yargılaması konusunda verilen kararların istinafa konu olup olamayacağı ise somut olaya göre değerlendirilir[345]. Yargıtay da 2018 tarihli bir kararında, somut olayda mahkemeye taşınan uyuşmazlığın koşulları varsa istinaf yoluna başvurulacağına karar vermiştir[346]. İç tahkim bakımından ise HMK 439'a göre iptal davalarında görevli mahkemeler tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir.

C. KARARA KARŞI KANUN YOLU

1. Genel Olarak Kanun Yolları

Kanun yolları, verilen kararın yanlış olduğunu düşünen taraflara, kararın tekrar incelenmesi için tanınan hukuki bir imkandır[347]. Ancak her ülkede kanun yollarına başvuru farklı sınırlar çerçevesinde tanınmaktadır[348]. Yargı mercii tarafından verilen kararlar, bu kanun yollarından geçtikten sonra ya da kanun yollarına başvuru süreleri geçtikten sonra kesinleşir[349]. Hakem kararlarına karşı temyiz (*appel*), hakem kararlarının iptali (*recours en annulation*), kararın gözden geçirilmesi için hakem mahkemesine tekrar gönderilmesi (*renvoi*) farklı ülke hukuklarında hakem kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yollarıdır[350]. Doktrinde, iptal

---

[345] **Ekşi**, HMK, s. 133.

[346] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 26.04.2018 tarihli E. 2018/2543 K. 2018/1785 sayılı kararı: *"…hakemin görev süresinin uzatılması konusunda ilk derece mahkemesi görevli olup bu mahkemece verilecek kararların doğrudan temyize tabi olduğuna dair bir düzenleme bulunmadığından doğrudan temyiz incelemesi yapılamaz. Bir karar doğrudan temyize tabi olmadığı gibi verildiği anda da kesin değil ise ancak koşulları varsa öncelikle istinaf yoluna başvurulması gerekir. Kararın kesin olup olmadığını değerlendirerek kesin ise yasa yolu başvurusunun reddine karar vermek konusunda kararı veren mahkeme yetkilidir. Buna rağmen bu konuda karar verilmeksizin dosya Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmiş ise bu konuda bölge adliye mahkemesince karar verebilecektir. Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde, hakemin görev süresinin uzatılması talebi hakkında ilk derece mahkemesince verilen görevsizlik kararı temyize tabi olmadığından, istinaf başvurusuna ilişkin işlemlerin yapılmasının temini için dosyanın yerel mahkemeye gönderilmesi gerekmiştir."* www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 14.03.2020).

[347] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 327; **Kalpsüz**, Türkiye'de Tahkim, s. 124-125; **Şensöz**, Tahkim, s. 19; **Gedik**, s. 39.

[348] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 327; **Şensöz**, Tahkim, s. 61.

[349] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 327; **Şensöz**, Tahkim, s. 19.

[350] **Şensöz**, Tahkim, s. 61.

davasının bir kanun yolu değil, karara karşı bir müracaat yolu & başvuru yolu olduğu ifade edilmektedir[351].

Türk hukukunda, iptal davasını bir kanun yolu olarak kabul eden görüşlerce, iç tahkimde de milletlerarası tahkimde de karara karşı başvurulabilecek tek kanun yolu iptal davasıdır[352]. Bu görüşe göre, Türk yargı sisteminde hakem kararlarına karşı iki dereceli bir kanun yolu benimsenmiştir. Bu yol öncelikli (1) bölge adliye mahkemelerinde iptal davası açılması ve ardından (2) istinaf mahkemesince iptal davası sonucunda verilen kararın Yargıtay'a taşındığı temyiz aşamasıdır.

HMK kapsamına giren hakem kararlarına karşı HMK m. 439 f. 1 *"Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür."* hükmü uygulanır ve bölge adliye mahkemelerinde karara karşı iptal davası açılabilir. HMK kapsamında, Türk hukukunda mahkeme kararlarına karşı iki aşamalı başvuru yolu kabul edilmiştir. HUMK döneminde yalnızca temyiz incelemesi öngörülmesi sebebi ile bu yönde bir tartışma olmamakla birlikte, HMK döneminde iptal davalarının ilk derece mahkemesinde açılmasının kabul edildiği dönemde hakem kararlarının istinaf incelemesine tabii olup olmayacağı, Türk hukukunda sıçrama temyizin kabul edilip edilmediği tartışma konusu olmuştur. Kararlar uyuşmazlığın istinafa elverişli olması ve tarafların talebi olması durumunda öncelikli olarak istinaf mahkemesi ardından yine uyuşmazlığın temyize uygun olması ve tarafların talebi doğrultusunda temyiz incelemesinden geçmekteydi. Yargıtay'ın da bu konuda farklı yönde kararları mevcut olmakla birlikte[353],

---

[351] **Kalpsüz**, Türkiye'de Tahkim, s. 125; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 334 dn. 449; **Şensöz**, Tahkim, s. 63; **Gedik**, s.40. Kanun yollarının (1) Devolutif (üst derece bir mahkemeye aktarma), (2) süspansif (kararın şekli bakımdan kesinleşmesini erteleme ve (3) cassatoire (kararın maddi bakımdan denetimini sağlama) etkilerinin olması gerektiği ancak iptal davasının bu iki etkiyi sağlamaması nedeniyle kanun yolu olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir.

[352] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 327; **Nuray Ekşi**, New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi, İstanbul, 2009, s. 29.

[353] **İstinaf yolunun tüketilmesi gerektiğine ilişkin bkz.** Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 07.07.2017 tarihli, E. 2017/3318 K. 2017/7291 sayılı kararı *"…Temyiz yoluna başvurulabilmesi için bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Bu durum istinaf yargı yolunun getirilmesindeki amaç olan kararların iki dereceli denetim sistemine tabi olması ilkesine de uygun düşecektir. Bu nedenle bölge adliye mahkemelerinin açıldığı 20.07.2016 tarihinden sonra verilen hakem heyeti ya da itiraz hakem heyeti kararları istinaf kanun yoluna tabi olup, inceleme bölge adliye mahkemesince yapılacağından,… "*

28.02.2018 tarihli kanun değişikliği ile iptal davasının açılma yeri tahkim yeri bölge adliye mahkemeleri olarak değiştirilmiş ve sıçrama temyiz kabul edilmemekle birlikte, karar denetim yolu kısaltılmıştır.

MTK kapsamında yürütülen tahkim yargılamalarına karşı da MTK m. 15/A "*hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilir.*" hükmü çerçevesinde, HMK'daki düzenlemelere paralel olarak, yalnızca iptal davası açılabilecektir. Hakem mahkemesinin kararı ile tatmin olmayan taraf veya taraflar, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek hususlar doğrultusunda kararın iptali talebi ile iptal davası açabileceklerdir[354]. Hakem kararlarına karşı temyiz yoluna gitmek mümkün değildir[355].

2. İptal Davası

a. Genel Olarak İptal Davası ve İptal Sebepleri

MTK kapsamında, hakem kararlarına karşı kanun yolu açık değildir, ancak iptal davası açılabilecektir[356]. İptal sebepleri kanunda sınırlı olarak sayılmıştır[357] MTK'nın getirdiği *esasa girme yasağı* sebebi ile, iptal davalarında devlet mahkemeleri yalnızca iptal sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyebilecektirler[358].

MTK m. 15/A hükmünde iptal sebepleri; *"Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir: 1.Başvuruyu yapan taraf; (a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu, (b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını, (c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediğini, (d) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak*

---

[354] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 327; **Şanlı** /**Esen** / **Ataman Figanmeşe**, s. 670; **Kalpsüz**, Türkiye'de Tahkim, s. 126.
[355] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 332.
[356] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 327; **Doğan**, s. 164; **Kalpsüz**, Türkiye'de Tahkim, s. 124; **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 62; **Kalafatoğlu**, s. 344; **Gedik**, s. 41.
[357] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 334 dn. 451; **Nomer**, DHH, s. 588; **Ekşi**, Tenfiz, s. 30; **Süral**, İptal Davası, s. 1385.
[358] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 328; **Şanlı** /**Esen** / **Ataman Figanmeşe**, s. 670.

yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini, (e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını, (f) Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu, (g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini, ispat ederse veya, 2. Bölge adliye mahkemesince; (a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, (b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu, tespit edilirse" şeklinde; **HMK m. 439 f. 2** hükmünde ise iptal sebeplerini *"(a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu,(b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı, (c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediği, (ç) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği, (d) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini astığı,(e) Tahkim yargılamasının, usul acısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması halinde, bu Kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu, (f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği, (g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, (ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu, tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir"* şeklinde sıralamıştır. Görüleceği üzere; iptal davası sınırlı ve istisnai nitelikte düzenlenmiştir[359]. İptal davasında, hakem kararlarının esastan denetlemesi yapılamaz, yalnızca kanunda sayılan iptal sebeplerinin varlığı araştırılabilecektir[360].

Açıkça görüleceği üzere MTK'da sayılan iptal davası sebepleri ile HMK'da düzenlenen iptal davası sebepleri hemen hemen aynıdır[361]. İki kanun arasındaki temel fark ise, HMK'da taraflarca ileri sürülmeyen iptal sebepleri de re'sen incelenebilecekken, MTK hâkime re'sen inceleme yetkisini sınırlı hallerde tanımaktadır[362]. MTK, hâkime, tahkime elverişlilik ve kamu

[359] **Kalafatoğlu**, s. 344.
[360] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 328; **Nomer**, DHH, s. 588; **Gedik**, s.42.
[361] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 50, 329, 330.
[362] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 50, 330.

düzeni halleri hariç re'sen inceleme yetkisi tanımamaktadır[363]. Başka bir ifadeyle, HMK'da tahkimde iptal sebepleri, her türlü iptal sebebinin hâkim tarafından re'sen incelenmesine imkân verecek şekilde düzenlenmiştir ve bu durum iptal davalarının istisnai olma özelliği ile uyuşmamaktadır[364]. Ancak bu sakınca HMK m. 409 itiraz hakkından feragat hükmü ile birlikte uygulanarak bertaraf edilebilir.

İptal davası bakımından MTK ve HMK arasındaki bir diğer fark ise, MTK tahkimde[365] iptal davasının açılması ile birlikte, hakem kararının icrasının kendiliğinden duracağını hükme bağlanmışken; HMK tahkimde[366] taraflardan birinin talebi ile mahkemece verilecek bir durma kararı verilmediği sürece, iptal davasının hakem kararının icrasını durdurmayacağını belirtmiştir[367]. HMK'ya göre yürütülen bir tahkim yargılaması sonrası açılan iptal davasında, ancak taraflardan birinin talebi varsa, bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir. Bu fark hakem kararının iptali durumunda milletlerarası tahkimde icranın iadesi için mücadelenin daha zor olmasından kaynaklanmaktadır[368]. Bununla birlikte MTK[369] ve HMK[370] hakem kararlarının kısmen iptal edilmesine imkân vermektedir[371].

UNCITRAL Model Kanunda iptal davası açma süresi üç ay olarak belirlenmesine karşın[372], bu süre Türk hukukunda MTK m. 15'de otuz gün, HMK m.439'da bir ay olarak belirlenmiştir.

---

[363] **Ekşi**, Tenfiz, s. 30-31.
[364] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 330.
[365] MTK m. 15 /A / 2 *"İptal davasının açılması, kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurur."*
[366] HMK m. 439 f. 4 *"…Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir."*
[367] **Ekşi**, HMK, s. 190; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 51, 331, 341-341; **Budak**, s. 55; **Süral**, İptal Davası, s. 1404.
[368] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 51, 341.
[369] MTK m. 15 /A /2 *"..Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim anlaşması kapsamında olan konuların, tahkim anlaşması kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim anlaşması kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir."*
[370] HMK m. 439 f. 3 *"Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim sözleşmesi kapsamında olan konuların, tahkim sözleşmesi kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim sözleşmesi kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir."*
[371] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 330.
[372] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 34 /3 *"(An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal."* https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 07.08.2020).

Doktrinde, iptal davasına başvurma süresinin Türk hukukunda kısa tutulmuş olması, süreci hızlandırmak ve tahkime başvuru nedeni olan hızlı sonuç elde etmek amaçları doğrultusunda yerinde görülmektedir[373]. MTK'da bulunan otuz günlük ve HMK'da bulunan bir aylık başvuru süresi, kararın taraflara bildirildiği veya taraflarca hakem heyeti nezdinde hakem kararının düzeltilmesi, yorumlanması veya tamamlanması yoluna başvurulmuşsa bu kararların tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır[374].

Son olarak yukarıda da bahsettiğimiz üzere, iptal davalarının açılmasında, MTK m. 15 kapsamında, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer bölge adliye mahkemeleri, bunlar bulunmuyorsa İstanbul Mahkemeleri görevli ve yetkilidir[375].

b. İptal Davası Açma Hakkından Feragat

MTK m. 15/ A / 2 *"taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler…"* hükmü ile taraflara kısmen ya da tamamen iptal davası açma hakkından feragat imkânı tanımıştır. Ancak iptal davası açma hakkından feragat edilmesi durumunda dahi, mahkemeden icra edilebilirlik belgesi alınması esnasında "uyuşmazlığın tahkime elverişli olması" ve "kararın kamu düzenine aykırı olması" mahkemece re'sen incelenecektir[376]. *Akıncı*, bu re'sen incelemeye konu olan sebepleri, 'feragat edilmesi mümkün olmayan iptal sebepleri' olarak nitelendirmektedir[377]. *Kalafatoğlu* ise bu durumda yapılan incelemenin yeterli olmadığını, icra kabiliyetinin, iptal davasından tamamen bağımsız olması nedeniyle yapılacak incelemenin, '*taraf menfaatlerini yeterli ölçüde korumayan bir inceleme'* olduğunu ifade etmektedir[378].

---

[373] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 339.
[374] MTK m. 15 / A /2 *"…İptal davası, otuz gün içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar…"*
HMK m. 439 f. 4 *"İptal davası, bir ay içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar…"*
[375] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 351; **Gedik**, s. 60; **Kalafatoğlu**, s. 345.
[376] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 346; **Kalafatoğlu**, s. 354.
[377] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 346.
[378] **Kalafatoğlu**, s. 366.

MTK uyarınca, yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye dışında olan taraflar, hakem kararının verilmesinden önce iptal davası açma haklarından feragat edebilirler[379]. Böylece hakem kararı verildiği anda herhangi bir süre beklenmeksizin karar icra edilebilir nitelik kazanır[380].

Taraflardan yalnızca birinin iptal davası açma hakkından feragat edip edemeyeceği konusu tartışmalıdır. Doktrinde bizim de katıldığımız görüş uyarınca *Akıncı*, kanunun "taraflar" ifadesinden anlaşılması gerekenin, tarafların birlikte feragati olduğunu, taraflardan yalnızca birinin feragatinin taraflar arasında eşitsizliğe yol açacağı için, geçerli olmayacağını ifade etmiştir[381].

MTK m. 15 /A / 2 Türkiye'de yerleşim yeri bulunan taraflara iptal davası açma hakkından feragat imkânı tanımamaktadır[382]. O halde, MTK'ya göre yürütülen bir tahkim yargılaması kararına karşı iptal davası açmaktan feragat edebilmek için, taraflardan ikisinin de yerleşim yerinin veya olağan oturma yerinin Türkiye dışında bulunması gerekmektedir[383]. Feragat tamamen yapılabileceği gibi kısmi feragat de mümkündür.

c. İptal Davası Sonucu Verilecek Kararlar

HMK kapsamında, iptal davası sonucu bölge adliye mahkemesince verilecek kararlar, temyizi kabil ise, tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz edilebilir[384]. MTK da ise hakem mahkemesince verilen kararlara karşı açılan iptal davaları hakkında verilecek kararlar

---

[379] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 345; **Şensöz**, Tahkim, s. 149; **Süral**, İptal Davası, s. 1387; **Kalafatoğlu**, s. 352.
[380] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 346.
[381] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 346. Aynı yönde bkz. **Süral**, İptal Davası, s. 1387.
[382] MTK m. 15/ A/ 2 *"Taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya birkaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler."*
[383] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 347; **Şensöz**, Tahkim, s.151-152; **Kalafatoğlu**, s. 351.
[384] HMK m. 361 f. 1 *"Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir."*

için de HMK'nın temyize ilişkin hükümleri kapsamında temyize gidilebileceği hükme bağlanmıştır[385]. Yine HMK kapsamında, iptal davası sonucu verilen kararın temyizi de kararın icrasını durdurmayacaktır[386].

İptal davası sonucu verilen kararın temyiz incelemesi de yalnızca kanunda belirtilen iptal sebepleri ile sınırlıdır[387]. Dolayısıyla hakem kararları Yargıtayca da esastan incelenemeyecektir[388].

İptal davasının kabul edilmesi durumunda; tarafların temyize başvurma hakkı ile birlikte devlet mahkemesinde ve bazı hallerde tekrar tahkimde olmak üzere yargılamaya başlama hakları doğmaktadır[389]. Bazı iptal sebeplerinin varlığı halinde yargılama tahkimde görülemeyecekken[390], bazı iptal sebeplerinin varlığı halinde taraflar yeniden tahkim yoluna başvurabileceklerdir[391]. İptal davası sonrası hakem mahkemesinde yapılacak yargılama için de taraflar aynı hakemleri seçebileceklerdir[392]. İptal davasının kısmen kabulü de mümkündür[393]. İptal davası sonucu iptal kararı verilen hakem kararları verildiği ülkede iptal edilmesine rağmen, diğer ülkelerde tenfiz edildiğine ilişkin örnekler de mevcuttur[394].

---

[385] MTK m. 15/A/2 *"İptal davası hakkında verilen kararlara karşı 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır."*

[386] HMK m. 439 f. 6 *"İptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır. Temyiz, kararın icrasını durdurmaz."*

[387]MTK m. 15/A/2 *"İptal davası hakkında verilen kararlara karşı 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır."*

HMK m. 439 f. 6 *"İptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır…"*

[388] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 328; **Nomer**, DHH, s. 589; **Ekşi**, HMK, s. 190; **Şanlı** /**Esen** / **Ataman Figanmeşe**, s. 670-671.

[389] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 431; **Şanlı** /**Esen** / **Ataman Figanmeşe**, s. 674; **Gedik**, s. 64.

[390] Bu durumda tarafların, yargılamayı görevli ve yetkili mahkemede açmaları gerekmektedir. Bu haller (1) uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması, (2) taraflardan birinin ehliyetsiz olması, (3) tahkim anlaşmasının geçersiz olması, (4) kararın tahkim süresi içinde verilmemesidir. Bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 431-432.

[391] Bu haller: (1) hakem seçiminde usulsüzlük olması, (2) hakemlerin kendi yetkileri hakkında hatalı karar vermesi, (3) hakemlerin yetkilerini aşması, (4) hakemlerin istemin tamamı hakkında karar vermemesi (5)tahkim usulüne aykırılık, (6) taraflara eşit davranılmaması ve (7) kararın kamu düzenine aykırı olmasıdır. Bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 431.

[392] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 431; **Süral**, İptal Davası, s. 1405.

[393] **Şensöz**, Tahkim, s. 236; **Gedik**, s.

[394] **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 173; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Nuray Ekşi**, New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi, İstanbul, 2009; **Zeynep Derya Tarman,** İptal Edilmiş Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (123-138), *TBB Dergisi* s. 90, 2010; **Senem Bahçekapılı Vincenzi**, Verildiği Ülkede

İptal davasının reddedilmesi durumunda; taraflardan birinin talebi üzerine, iptal davasına bakan mahkemece icra edilebilirliğe ilişkin bir belge verilir[395].

D. YABANCI HAKEM KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ

1. Tahkimin Milliyeti ve Hakem Kararının Milliyeti

Uluslararası (*International*) tahkim kavramı, tahkimin milli (*national*)– yurt içi (*domestic*) tahkimden farkını ortaya koymak amacıyla kullanılmaktadır[396]. Eski bir görüş, her tahkimin bir tahkim yeri kuralına bağlı olması sebebiyle, milli bir tahkim olacağını savunmaktadır[397]. Birçok ülkede milli tahkim ve milletlerarası tahkim farklı kurallara tabi olduğu için tahkimin milliyeti önem arz etmektedir[398].

Tahkimin milletlerarası bir unsur bulundurup bulundurmamasına göre -yabancılık unsuru içerip içermemesine göre- tahkimin milliyeti belirlenecektir. Tarafları ve konusu itibariyle, herhangi bir yabancılık unsuru içermeyen tahkim yargılamalarını ifade etmek için, *iç tahkim, yerli tahkim* veya *milli tahkim* kavramları kullanılmaktadır[399]. Yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamaları için ise, *milletlerarası tahkim*, *milletlerarası ticari tahkim, uluslararası tahkim* kavramları ortaya çıkmış olacaktır[400]. Ancak belirtmek gerekir ki ne iç tahkim ne milletlerarası tahkim kavramlarının betimlediği tahkim yargılaması konusunda, doktrinde ortak bir görüş birliği bulunmamaktadır[401].

İptal Edilen Hakem Kararlarının New York Konvansiyonu Uyarınca Tenfizi (73-126), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 36, s.1, 2016.

[395] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 432; **Şanlı** /**Esen** / **Ataman Figanmeşe**, s. 674; **Gedik**, s. 65.

[396] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 7.

[397] 1957 resolution of the Institute of International Law bkz. **G. Gary Born**, International Commercial Arbitration in The United States, Kluwer, 1994 s. 113 naklen **Rubino-Sammartano**, s. 133.

[398] Örneğin Rus hukukunda milletlerarası tahkim UNCITRAL'e göre düzenlenmişken milli tahkim önemli ölçüde farklılıklar içermektedir. Bkz. **Tweeddale/ Tweeddale**, s. 45.

[399] **Ekşi**, HMK, s. 35; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 170; **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 3; **Şensöz**, Tahkim, s. 9; **İlhan**, s. 28; **Aydemir**, s. 11.

[400] **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 170; **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 4; **Şensöz**, Tahkim, s. 9; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 17; **Şit**, Kurumsal Tahkim, s.69; **İlhan**, s. 26; **Aydemir**, s. 11.

[401] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 5; **Nomer**, DHH, s. 582; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 170; **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 4; **Şensöz**, Tahkim, s. 9; **Töre**, s. 2.

Milletlerarası özel hukuk alanında sorunların çözümüne ilişkin milletlerarası yetkiye sahip bir yargı mercii bulunmaması sebebiyle[402], devletler, bireyler, tüzel kişiler arasında ortaya çıkan milletlerarası ve ticarete ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde başvurulan tahkim yargılaması *milletlerarası tahkim* ya da *milletlerarası ticari tahkim*[403] ya da *uluslararası tahkim*[404] olarak adlandırılmaktadır[405]. Doktrinde "milletlerarası tahkim" kavramının geniş yorum ile devletlerarası uyuşmazlıkları da ifade ettiğini, "milletlerarası ticari tahkim" kavramının ise özel hukuk uyuşmazlıklar ile sınırlı bir yargılamayı betimlediği ifade edilmektedir[406]. Ancak *Şensöz*, "ticari iş" kavramının her ülkede farklı tanımlanması sebebiyle, milletlerarası ticari tahkim kavramının kullanımının salt özel hukuk yargılamalarını betimlemek için kullanılmasının yerinde olmadığını ifade etmektedir[407]. New York Konvansiyonunda her akit devletin, kendi ülke hukukuna göre ticari sayılan işlerde bu konvansiyonu uygulayacağına ilişkin çekince koyarak imzalayabileceği ifade edilmiştir.[408]. Türkiye de New York Konvansiyonu'nu imzalarken bu çekinceyi koymuş ancak MTK'da tahkim konusunun ticari iş olması şartı aranmamıştır[409]. Milletlerarası tahkim kavramı bazı yabancı kanunlarda açıklanmakla birlikte, Türk mevzuatında milletlerarası tahkimin tanımı yapılmamıştır[410].

Belirtmek gerekir ki, tahkimin milliyeti ile hakem kararının milliyeti farklı kavramlardır[411]. Hakem kararının milliyeti, yargılamaya hangi ülke kanunlarının uygulandığı ile ilişkilidir ancak tahkimin milliyeti barındırdığı yabancılık unsuruna göre belirlenecektir[412]. Yabancılık unsuru

---

[402] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 4; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 1; **Aydın** s. 7.
[403] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 19.
[404] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 331.
[405] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 5.
[406] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 5-6; **Nomer** /**Ekşi** / **Öztekin Gelgel**, s. 4; **Şensöz**, Tahkim, s. 9.
[407] **Şensöz**, Tahkim, s. 10.
[408] NYK m. I f. 3 *"İşbu sözleşmeyi imza veya onaylama, buna katılma veya sözleşme hükümlerini 10'uncu maddede yazılı yerlere teşmil ihbarı sırasında, her devlet, mütekabiliyet esası dairesinde, sözleşme hükümlerini sadece diğer bir Akit Devletin topraklarında verilen hakem kararlarının tanınması ve icrasına uygulanacağını beyan edebilir. Bunun gibi her devlet sözleşmenin uygulanmasını akdi ve akdi olmayan hukukî münasebetlerden doğan uyuşmazlıklar arasında kendi millî kanununa nazaran sadece ticari mahiyette sayılanlara hasredeceğini beyan edebilir."* Bkz. http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf (Erişim tarihi: 05.03.20209); **Tweeddale/ Tweeddale**, s. 56.
[409] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 21.
[410] **Nomer**, DHH, s. 582; **Şensöz**, Tahkim, s. 9.
[411] **Şensöz**, Tahkim, s. 10; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 24; **Şit**, Kurumsal Tahkim, s.72, 101.
[412] **Şensöz**, Tahkim, s. 10.

içeren tahkim sonucu verilen her karar yabancı hakem kararı olarak nitelendirilemez ve tenfizi gerekmez[413].

Kararın milliyeti, hangi ülke hukukuna tabii olduğuna göre belirlenecektir[414]. Her ülke bakımından, usul yönünden yabancı bir hukuka tabii olan tahkim kararları, yabancı hakem kararı niteliğinde olacaktır[415]. Milli hakem kararları ise -Türk hukuku açısından, Türk hakem kararları- tahkim usulüne Türk hukukunun uygulandığı tahkim kararları olacaktır[416].

Bir hakem kararının yerli hakem kararı mı yoksa yabancı hakem kararı mı olduğu kararın icrası bakımından önem taşımaktadır[417]. Türk hukuku açısından yerli hakem kararı olarak kabul edilen kararlar, Türk mahkeme kararları gibi icra edilecektir[418]. Yabancı hakem kararlarının icrası içinse tenfizi gerekmektedir[419]. Dolayısıyla yabancı hakem kararlarının icrası için her ülkede farklı bir düzenleme ile tanıma ve tenfizi gerekecektir[420]. Doktrinde, günümüzde hiçbir milli hukuka bağlanmamış "milletlerarası hakem kararları"nın bulunmadığı ifade edilmektedir[421].

2. Genel Olarak Tanıma ve Tenfiz

Yabancılık unsuru taşıyan mahkeme ya da hakem kararları, Türkiye'de ancak tanıma veya tenfiz yolu ile sonuç doğurabilir[422]. Tanıma, bir mahkeme ya da hakem kararının icra edilebilirliğinden bağımsız olarak kesin hüküm etkisinin tanınmasını sağlarken, tenfiz, kararın

---

[413] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 24.
[414] **Nomer**, DHH, s. 563; **Şensöz**, Tahkim, s. 9-19.
Hakem kararlarının milliyeti konusunda Türk hukuku mevzuatında bir tanım bulunmamakla birlikte, hakem kararlarının milliyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Şensöz**, Tahkim, s. 9-19.
[415] **Nomer**, DHH, s. 562.
[416] **Nomer**, DHH, s. 564; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 24.
[417] **Şensöz**, Tahkim, s. 10; **Ceyda Süral**, Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası (1377-1411), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 16, 2014, s. 1378.
[418] **Şensöz**, Tahkim, s. 10; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 24.
[419] **Şensöz**, Tahkim, s. 11; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 24.
[420] **Nomer**, DHH, s. 562.
[421] **Nomer**, DHH, s. 562 ; **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 7.
[422] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 447; **Erdem**, s. 636.

icra kabiliyeti kazanmasını sağlayacaktır[423]. Türk hukukunda bir kararın tanınması veya tenfizi aşamasında, mahkemenin kararın esasına girerek inceleme yapması başka bir deyişle *revision* yasaklanmıştır[424].

Tanıma veya tenfiz gerçekleştirilebilmesi için öncelikli olarak bir mahkeme ya da hakem kararı mevcut olması gerekir. Bu kapsamda bilirkişi raporları, hakem bilirkişi, uzlaştırıcı gibi bu niteliği taşımayan kararların tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır[425]. Kararın niteliği verildiği ülke hukukuna göre belirlenir[426]. Ayrıca bu kararın yerli bir hakem kararı olmaması durumu tanıma ve tenfiz için mahkemelerin inceleyeceği bir başka hususdur[427].

Yukarıda da değinildiği üzere, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi açısından ad hoc tahkim ve kurumsal tahkim arasında hukuki bir farklılık bulunmamakla birlikte, uygulamaya yönelik farklılık ve özelliklerle karşılaşılabilmektedir[428].

Hakem kararlarının tanınması ve tenfizi MÖHUK m. 60-62 arasında düzenlenmiştir. Hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin birçok uluslararası anlaşma olmakla birlikte, günümüzde hakem kararlarının tanınması ve tenfizi BM tarafından düzenlenen 1958 tarihli New York konvansiyonu uyarınca gerçekleştirilmektedir[429]. Türkiye de bu konvansiyona (i) karşılılık ve (ii) yalnız akdi veya akit dışı münasebetlerden kaynaklanan, kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar için uygulanması, çekincelerini koyarak 1991 yılında bu konvansiyonu onaylamıştır[430]. New York konvansiyonu kapsamına girmeyen hakem kararları, diğer taraf ile Türkiye arasında ikili anlaşma da bulunmuyorsa[431] MÖHUK hükümlerince tanınıp tenfiz edilir.

---

[423] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 447, 449; **Tweeddale/Tweeddale**, s. 408.
[424] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 448; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 439.
[425] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 448, 462; **Erdem**, s. 640.
[426] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 449.
[427] **Şit**, Kurumsal Tahkim, s.75-77.
[428] **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 69.
[429] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 451; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 176.
[430] RG.T. 21.05.1991, RG. S. 2087. https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20877.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2020)
[431] Türkiye ile arasında hakem kararlarının karşılıklı tenfizine ilişkin ikili anlaşma bulunan ülkeler ve anlaşmaların Resmi gazete no. ile tarihleri için bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 468 dn. 174-185; **Ekşi**, Milletlerarası Tahkim, s. 181-182.

3. New York Konvansiyonu Uyarınca Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

New York Konvansiyonu'na taraf olan yabancı bir ülkede verilmiş kararların, New York Konvansiyonu kapsamında tanınması ve tenfizi talep edilebilecektir[432]. New York Konvansiyonu "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası" başlığını taşıyan maddesinde hakem kararlarının tanınmasını ayrı bir düzenleme olarak ele almamış ve kararların tanınması ve tenfizi için farklı hükümler düzenlememiştir[433].

Yukarıda da değinildiği üzere, bir kararın tanınması ve tenfiz edilebilmesi için öncelikli olarak ortada bir hakem kararı bulunması gereklidir, ardından kararın tanıma ve tenfize engel bir durumun olmaması aranır[434]. Tenfiz engelleri New York Konvansiyonunda: *(1) Tahkim anlaşmasının geçersiz olması ya da tarafların ehliyetsizliği, (2) Hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olması, (3) Tahkim anlaşmasının veya tarafların istemlerinin dışında karar verilmiş olması, (4) Hakem seçim yöntemine veya usule uygulanacak kurallara aykırılık, (5) Hakem kararının bağlayıcı olmaması veya iptal edilmiş olması, (6) Uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması, (7) Hakem kararının kamu düzenine aykırı olması* şeklinde sıralanmıştır[435]. İlk beş tenfiz engelinin taraflarca ileri sürülmesi gerekirken, *uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması* ve *hakem kararının kamu düzenine aykırı olması* mahkemeler tarafından re'sen göz önüne alınır[436].

Tenfiz davasını ancak hakem kararının tarafı olan kişiler açabilir[437]. Tenfiz davalarında görevli ve yetkili mahkeme, öncelikle aleyhinde karar verilen tarafın Türkiye'deki ikametgahı, bu yoksa sakin olduğu yer, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malvarlığının bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesidir[438]. Taraflar tenfize yetkili mahkemeyi aralarında bir yetki

---

[432] **Ekşi**, Tenfiz, s. 40-41; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 451.
[433] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 460.
[434] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 462-463; **Erdem**, s. 641.
[435] **Gary B. Born**, International Commercial Arbitration Volume II, Wolters Kluwer, 2009, s. 2731; **Erdem**, s. 646-647 dn. 192.
[436] **Born**, C. II, s. 2731; **Ekşi**, Tenfiz, s. 46.
[437] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 464.
[438] MÖHUK m. 60 f.2 *"Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır."*

sözleşmesi imzalayarak kararlaştırabilirler[439]. Ancak akdedilen yetki sözleşmesinde, mahkemenin tenfiz davasında yetkili olduğu açık şekilde belirtilmelidir, aksi durumda tarafların tahkim iradesinin açık ve kesin olmaması sebebiyle tahkim anlaşması patolojikliği kabul edilerek tahkim anlaşması geçersiz hale gelebilecektir[440].

NYK kapsamında tenfiz davalarında "*Revision de fond"* yasağı uyarınca, mahkeme hakem kararını esastan inceleyemez, yalnızca tenfiz açısından değerlendirme yapabilir[441].

Tenfizine karar verilen hakem kararları Türk hakem kararları gibi icra olunur[442]. Tenfiz talebinin reddi durumunda, hakem kararının Türkiye'de icrası mümkün olmayacaktır[443]. Yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin kararlara karşı istinaf ve temyiz kanun yolları açıktır[444]. Hakem kararlarının tenfizine karşı kanun yoluna başvurulması hakem kararının icrasını durdurur[445].

4. MÖHUK Uyarınca Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

New York Konvansiyonu dışında kalan tabancı hakem kararları MÖHUK hükümlerince tanınıp tenfiz edilir[446]. MÖHUK m. 62 kapsamında tenfiz engelleri: (1) Tahkim sözleşmesi yapılmaması veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmaması, (2) Hakem kararının genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı olması (3) Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk

---

6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG.T. 28.06.2014, S. 6545) m. 45 *"12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara, ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır."*

[439] MÖHUK m. 60 f. 2 *"Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir…"*

[440] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 468.
Tahkim iradesinin açık ve kesin olmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının patolojik hale gelmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II / C / 2 / a.

[441] **Erdem**, s. 546-547.

[442] MÖHUK m. 60 f. 2 atfıyla m. 57 f.1 *"Tenfizine karar verilen yabancı ilâmlar Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunur."* hükmü hakem kararlarına da uygulanır.

[443] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 475.

[444] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 469.

[445] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 474.

[446] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 561.

kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmaması, (4) Taraflardan birinin hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş olması, (5) Hakkında hakem kararının tenfizi istenen tarafın, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş ya da iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış olması, (6) Tahkim sözleşmesi veya şartının taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz olması, (7) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usulün, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı olması, (8) Hakem kararının, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor olması, (9) Hakem kararının tâbi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş olması olarak düzenlenmiştir.

Görülebileceği üzere, MÖHUK'ta sayılan tenfize engel sebepler ile New York Konvansiyonunda sayılan sebepler aynıdır[447]. Ancak New York Konvansiyonu'nun aksine, MÖHUK bir hakem kararının tenfizi için karşılıklılık şartını aramamaktadır[448]. Bir başka fark ise, New York Konvansiyonu'nda hakem kararın bağlayıcı olması aranırken, MÖHUK kararın kesinleşmiş olmasını aranmaktadır[449]. New York Konvansiyonu kapsamında mahkeme (1) Tahkime elverişlilik ve (2) Kamu düzenine aykırılık koşullarını taraflar ileri sürmese dahi re'sen inceler, MÖHUK kapsamında tenfizde ise bu iki engel dışında, tahkim şartı veya sözleşmenin bulunmaması durumu da mahkemece re'sen incelenecek bir engel olarak düzenlenmiştir[450]. Son olarak New York Konvansiyonuna göre tenfiz engelleri bulunması durumunda hâkime tenfizi reddedebilme yetkisi verilmişken, MÖHUK herhangi bir tenfiz engelinin varlığı durumunda hakime takdir yetkisi tanımamış, mahkemenin tenfizi reddini zorunlu kılmıştır[451].

---

[447] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 565.
[448] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 566.
[449] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 570.
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 06.05.1999 tarihli E. 1999/2745 K. 1999/3109 sayılı karar için bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 570-571 dn. 18.
[450] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 571.
[451] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 572.

İKİNCİ BÖLÜM

II.PATOLOJİK TAHKİM ANLAŞMALARI VE GEÇERLİLİĞİ

A. TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERSİZLİĞİ

1. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasının geçerliliği için aranan şartlar tezimizin ilk bölümünde ayrıntılı olarak incelenmişti. Tezimizin ikinci bölümünde ise tahkim anlaşmasının geçerliliğine itirazın hangi şekillerde yapılabileceği ele alınacak ve anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak hukukun incelenmesi neticesinde patolojik tahkim tanımı yapılacaktır.

Patolojik tahkim kavramının tamını neticesinde patolojik tahkim anlaşmalarının görünüm biçimleri; (1) tahkim iradesinde aksaklıklar bulunmasına göre (2) tahkim anlaşmasında hata, çelişki veya eksiklikler bulunmasına göre, (3) hakem seçimi hususundaki aksaklıklara göre sınıflandırılacak ve patolojik tahkim anlaşmaları görünüş biçimlerine göre ayrı ayrı ele alınacaktır.

2. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi

Bir tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin itiraz iki farklı makama karşı ileri sürülebilir; (i) devlet mahkemelerinde ve *competence-competence*[452] ilkesini benimsemiş hukuklarda (ii) hakem mahkemelerinde. Tahkim sözleşmesinin geçersizliği bu iki makamdan devlet mahkemesinde üç farklı yol ile ileri sürülebilirken, hakem mahkemesine yalnızca yargılama esnasında sözleşmenin geçersizliği itirazı ile ileri sürülebilir. Tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazı ileri sürülme zamanına göre de sınıflandırılabilir. Tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazı (i) bir hakem kararı verilmeden önce (devlet mahkemelerine ya da hakem mahkemelerine) yapılabileceği gibi, (ii) karar verildikten sonra, iptal davası ya da tanıma- tenfiz aşamasında devlet mahkemelerinde de ileri sürülebilir[453].

---

[452] Bkz. Bölüm I / A / 4 / b
[453] **Tekin**, s. 124.

Özetle, tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin itiraz (1) tahkim yargılaması esnasında hakem heyeti önünde, (2) açılmış bir davada tahkim itirazı neticesinde devlet mahkemesi önünde, (3) taraflardan biri tarafından açılan iptal davası esnasında devlet mahkemesi önünde veya (4) hakem kararı yabancı bir hakem kararı ise tanınması ve tenfizi aşamasında devlet mahkemesi önünde ileri sürülebilir [454]. Görüldüğü gibi tahkim anlaşmasının geçerliliğine itiraz bir hakem kararı alınmadan önce ya da hakem kararı alındıktan sonra devlet mahkemeleri önünde ileri sürülebilmektedir[455].

a. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Hakem veya Hakem Heyeti Önünde İleri Sürülmesi

Başlatılan bir tahkim yargılaması kapsamında, davalının en geç cevap dilekçesine kadar, hakemlerin yetkisizliği konusunda itirazda bulunmaları halinde, hakemler tahkim anlaşmasının geçerliliği, dolayısıyla kendi yetkileri hakkında karar verirler[456].

Tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin hakem mahkemesi önünde incelenmesi durumunda ikili bir ayrım söz konusu olur[457]. Tarafların bir **kurumsal tahkim** öngörmesi halinde, henüz yargılamaya başlanmadan önce tahkim merkezinin kuralları çerçevesinde[458] *prima facie* bir inceleme ile tahkim anlaşmasının geçerliliği değerlendirilir[459]. *Prima facie* inceleme sonucu görünüşte tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verilmesi halinde, hakem tayini neticesinde kurulan hakem heyeti tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyerek kendi yetkisi hakkında karar verir. **Ad hoc bir tahkim** öngörüldüğü durumlarda ise taraflarca hakem seçimi ve tayini yapılamadığı durumlarda, hakem mahkemesinin kurulması için devlet mahkemesinden yardım

---

[454] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 79; **İlhan**, s. 30; **Aydemir**, s. 373; **Aydın**, s. 38; **Tekin**, s. 85,124.
[455] **Tekin**, s. 124.
[456] **Aydemir**, s. 378-380.
[457] **Aydın**, s. 53.
[458] Ancak aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, hibrit anlaşmalarda tahkim kurumunun kendi kuralları uygulanacak hukuk olarak kabul edilmemiş olsa da, tahkim kurumu bünyesinde yine de *prima facie* bir inceleme gerçekleştirilmesinde bir sakınca doğmayacaktır. bkz. Bölüm III/ C.
[459] **Aydın**, s. 53.

alınır[460] ve hakemler tahkim anlaşmasının geçerliliği dolayısıyla kendi yetkileri hakkında karar verirler[461].

Bir tahkim sözleşmesinin geçersizliği tahkim yargılaması devam ederken, hakem mahkemesi önünde ileri sürümüşse, hakemler bir ara karar ile tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir sonuca ulaşırlar.

Hakem mahkemeleri kendi yetkileri hakkında karar verirken, taraflar arasında seçilmiş olan bir hukuk varsa, tahkim anlaşmasının geçerliliğini de bu hukuk nezdinde değerlendirirler[462]. Tarafların aralarında açık bir seçim yapmış olabilecekleri gibi, zımni hukuk seçiminin de geçerli olabileceği ileri sürülmüş, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen bir hukuk bulunması ya da tahkim yeri seçimi yapılması durumunda bu hukukların zımni olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanacağı yaklaşımları oluşturulmuştur[463]. Ancak belirtmek gerekir ki bu yaklaşım eleştirilmekte, açık bir hukuk seçiminin aranması gerektiği ifade edilmektedir[464].

Taraflar arasında anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak bir hukuk seçimi yapılmamışsa, hakemler tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukuku, esasa uygulanacak hukuk, tahkim kurumunun hukuku ya da genel hukuk prensiplerinin uygulanmasına karar verebilirler[465]. Uygulamada nadir görülmekle birlikte, tahkim anlaşmasının geçerliliğine tenfiz yeri hukuku da uygulanabilir[466].

---

[460] **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 48; **Aydın**, s. 53.
[461] **Aydın**, s. 53.
[462] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 83; **Aydın**, s. 54; **Tekin**, s. 86, 88.
[463] **Yeşilova**, Mahkemelerin Yardımı, s. 262 dn. 80; **Tekin**, s. 90-92.
[464] **Tekin**, s. 92.
[465] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 84-85; **Tekin**, s. 93-94.
Ayrıca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk hakkında bkz. BÖLÜM II/A/3.
[466] **Tekin**, s. 97, 120-121.

Uygulamada en çok karşılaşılan, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna göre tespitidir[467]. NYK m. V/1/a[468] ve UNCITRAL Model Kanun m. 34/2/1/i[469] ve 36/1/a/i[470] de tahkim yeri hukukuna göre değerlendirme yapılması gerektiğini kabul eder. Tahkim yeri hukukunun tercih edilme sebebi, en azından icra edilebilir bir karar ortaya çıkarmak ve tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili hukuk olması olarak sayılabilir[471].

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesine ters düşmesine karşın, bazı hukuklarda esasa uygulanacak hukukun uygulandığı da görülmektedir[472]. Bu görüşün temelinde, tarafların esas sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmelerinin zımni bir hukuk seçimi oluşturduğu kabulü bulunmaktadır[473]. Tarafların hali hazırda seçtiği bir hukuk varken, başka bir hukukun neden uygulanması gerektiği sorgulanarak bu yaklaşım kabul edilmektedir[474].

Bir diğer seçenek ise, tahkim anlaşmasının bir kurum bünyesinde gerçekleştirilmesi kararlaştırıldığında, tahkim kurumunun kuralları çerçevesinde tahkim anlaşmasının geçerliliğinin değerlendirilmesidir[475].

---

[467] **Tekin**, s. 94, 99.
[468] "*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or..*"
[469] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 34/2/a/i *"… a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State;…"* https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 28.08.2020).
[470] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 36/1/a/i *"…a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made…"* https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 28.08.2020).
[471] **Tekin**, s. 108-109.
[472] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 84-85; **Tekin**, s. 94, 112, 114.
[473] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 158; **Tekin**, s. 113.
[474] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 158.
[475] **Tekin**, s. 95, 115,

Tahkim anlaşmasının geçerliliğini belirlemede uluslararası hukukun genel prensiplerinin başka bir ifadeyle milletlerarası kabul gören prensiplerin uygulanması ise bir başka ihtimaldir[476]. Ancak uluslararası hukukun genel prensiplerinin kabul görmüş bir formu olmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçerliliğini belirlemede çok sık kullanılmamaktadır[477].

Son olarak hakemler tahkim anlaşmasının geçerliliğini nadiren tenfiz yeri hukukuna göre değerlendirirler[478]. Bunun nedeni, tahkim yeri hukukunun uygulanmasında olduğu gibi icra edilebilir bir karar ortaya çıkarmaktır[479]. Ancak böyle bir durumda tahkim yeri hukukunun aksine tenfiz yeri hukuku belirli olmayacağı için hakemlerin bu hukuku seçmeleri durumunda davanın sonucunun önceden belirli olduğu izlenimi yaratılacağı ifade edilmektedir[480].

b. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Tahkim İlk İtirazı Neticesinde Devlet Mahkemesi Önünde İleri Sürülmesi

Yukarıda da değinildiği üzere, hem MTK m. 5 hem de HMK m. 413 bir tahkim anlaşması olmasına karşın devlet mahkemesinde dava açılması durumunda, davalıya tahkim itirazında bulunma hakkı tanımaktadır[481]. Türk hukukunda "ilk itiraz" olarak değerlendirilen tahkim itirazı, geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığına göre sonuca bağlanır.

Benzer şekilde, tahkim yargılaması öncesi taraflardan birinin geçici tedbir talep etmesi ya da hakem heyetinin yetkisizliği itirazında bulunması durumunda da mahkemenin aynı şekilde tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirmesi gerekecektir[482]

---

[476] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 84; **Tekin**, 120.
[477] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 84; **Tekin**, 120.
[478] **Tekin**, 97, 120.
[479] **Tekin**, 121.
[480] **Tekin**, 121.
[481] **Pekcanıtez/Yeşilırmak**, Pekcanıtez Usul, s. 2664; **Doğan**, s. 158; **Çelikel** / **Erdem**, s. 790; **Nomer**, DHH, s. 584; **Yavuz**, s. 161; **Berk Demirkol**, Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği (325-254), *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:16 Sayı:2, İstanbul, 2017, s. 345; **Aydemir**, s. 373 -374; **Aydın**, s. 38.
[482] **Tekin**, s. 164.

NYK m. II f. 3[483] bir devlet mahkemesi önüne tahkim itirazı geldiğinde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olup olmadığını değerlendirmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. HMK m.413 hükmü de New York Sözleşmesi gibi, mahkemenin, tahkim itirazı üzerine yapacağı incelemede "*tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız*" olup olmadığını tespit edileceğini hükme bağlamıştır. MTK m.5, "*tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder*" hükmünü havi olup, tahkim itirazı üzerine mahkemece yapılacak incelemede, "*tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız*" olup olmadığının incelenmesine ilişkin bir ifade bulunmamaktadır.

Yine yukarıda değinildiği gibi devlet mahkemesinde bir tahkim ilk itirazında bulunulduğunda "geçerli tahkim sözleşmesinin varlığı" değerlendirmesinin *prima facie* mi yoksa mahkemenin anlaşmanın geçerliliğini tespiti şeklinde mi olacağı doktrinde tartışmalıdır ve farklı ülke hukuklarında da farklı uygulamalar görülmektedir. Bir görüş mahkemenin yalnızca anlaşmanın varlığını gözeterek (*prima facie* bir inceleme ile) davayı usulden reddi ve anlaşmanın geçerliliğinin hakemlerce incelenmesi gerektiği[484] yönündeyken, diğer bir görüş ise mahkemenin tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığına bakarken aynı zamanda tahkim anlaşmasının geçerliliğini de araştırması gerektiği[485] yönündedir.

Şanlı, tahkim yargılaması başlamışsa, devlet mahkemelerinin geçerlilik incelemesini hakemlere bırakması gerektiğini, tahkim yargılaması başlamamışsa, devlet mahkemeleri tarafından yalnızca *prima facie* bir inceleme yapılması gerektiğini ancak bunun da kesin bir karar olmayacağını ifade etmektedir[486]. Doktrinde bir görüş ise, tahkim yargılamasına başlanmışsa artık mahkemece tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir karar verilmesinin,

---

[483] **NYK** m. II f. 3 *"Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevk eder."* http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf (Erişim Tarihi: 24.02.2020).

[484] **Esen**, Kompetenz-Kompetenz s.377; **Yeşilırmak**, Haciz, s. 208; **Tekin**, s. 161; **Aydın**, s. 41.
Zira MTK m. 7/H tahkim mahkemesine anlaşmanın geçerliliği ve hatta hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisinin hakemlerde olduğunu belirtmiştir.

[485] **Ekşi,** HMK, s. 128; **Yavuz**, s. 168-169; **Nomer**, DHH, s. 585; **Şanlı /Esen / Ataman Figanmeşe**, s. 663; **Çelikel / Erdem**, s. 790; **Aydemir**, s. 374; **Özel**, Kanunlar ihtilafı, s. 80; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 42,183.

[486] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 356. Şanlı'ya göre, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında nihai karar verme yetkisi, iptal davasına bakan mahkemeye aittir. Bkz. **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 356.

competence-competence prensibine ve dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ancak tahkim yargılaması henüz başlamamışsa mahkemenin derinlemesine bir inceleme yaparak tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemesinin yerinde olduğunu belirtmektedir[487].

Doktrinde *Erkan* ise, tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiası ile yokluğu iddiasının ayrı kavramlar olduğu kanaatindedir[488]. *Erkan*, devlet mahkemesinin, tahkim anlaşmasının yokluğu ya da varlığını tespit edebilecek bir yargılama yürütmesi gerektiğini, tahkim anlaşmasının geçersizliği konusunda ise *prima facie* bir inceleme gerçekleştirmesinin yeterli olacağını ifade etmektedir[489]. Hatta tahkim anlaşmasının geçersizliği konusundaki incelemenin hakem heyetince yapılması gerektiğini belirtmektedir[490].

Türk hukukunda uygulamada ise; Yargıtay bazı kararlarında *competence-competence* ilkesine vurgu yaparak, devlet mahkemelerinin tahkim anlaşmalarının geçerliliğini *prima facie* olarak inceleyebileceğine hükmetmiş[491], bazı kararlarında, geçersiz bir tahkim anlaşmasına dayanılarak görevsizlik kararı verilemeyeceği, bu sebeple mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemesi gerektiğine hükmetmiştir[492]. Danıştay ise böyle bir tenfiz talebine karşı, tahkim anlaşmasının varlığını *prima facie* şekilde incelemiş ve karara varmıştır[493].

Daha önce de değindiğimiz üzere, kanaatimizce de tahkim itirazı halinde, devlet mahkemesinin tahkim sözleşmenin geçerliliğini incelemesi, sözleşmenin devlet mahkemesince "denetlenme"si sonucunu doğuracağı için devlet mahkemelerinin tahkim anlaşmalarının geçerliliğini *prima facie* olarak incelemesi yerinde olacaktır. Kaldı ki taraflar, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin itirazlarını tahkim yargılamasında da öne sürebileceklerdir. Hatta taraflar, iptal davası aşamasında ve tenfiz davası aşamasında da mahkeme önünde tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürebileceklerdir. Bu durum göz önüne alındığında devlet mahkemesinin derinlemesine bir inceleme yapmaması uyuşmazlığın çözümü

---

[487] **Yener Keskin**, s. 245-248; **Töre**, s. 88-89.
[488] **Mustafa Erkan**, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara, 2013, s. 96.
[489] **Erkan**, s.96.
[490] **Erkan**, s.97 Karşı Yönde bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 183-189.
[491] Kararlar için bkz. BÖLÜM I/B/3 – Tahkim İtirazı.
[492] Kararlar için bkz. BÖLÜM I/B/3 – Tahkim İtirazı.
[493] Danıştay 13. Dairesi 07.01.2009 tarihli, 2008/12346 Esas sayılı, 2009/78 karar sayılı kararı. Kararı için bkz. **Esen**, Kompetenz-Kompetenz, s. 378-379.

noktasında bir eksiklik yaratmayacaktır, zira, tahkim anlaşmasının geçerlilik denetimi, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, (1) *competence-competence* prensibi gereği, hakem mahkemesi nezdinde, (2) ardından hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar verip, tahkim yargılamasına devam etmesi ihtimalinde; verilecek nihai kararın iptali davasında ve (3) nihayetinde, tanıma tenfiz ülkesinde açılacak tenfiz davasında devam edecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, nadiren de olsa uygulamada görüldüğü gibi devlet mahkemelerinin hiçbir inceleme yapmadan tahkim itirazı neticesinde davayı reddetmesi de yerinde olmayacaktır. Zira hakemlerce verilen kararlar iptal davası, tanıma-tenfiz davası yollarıyla devlet mahkemelerinin incelemesine tabii olacaktır ve baştan itibaren ilgili devlet bakımından geçersizliği açık olan bir tahkim anlaşması neticesinde karar verilmesi de zaman ve ekonomik kayba neden olacaktır ve kanaatimizce, tahkim hukuku ile bağdaşmamaktadır. Bu noktada hakemlerce geçerli bir karar verilmesi, zaman kaybı ve ekonomik kaybın önüne geçmek için devlet mahkemesince sınırları içinde *prima facie* bir inceleme yapılması yerinde olacaktır[494].

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verip veremeyecekleri meselesi, tüm hukuk sistemlerinde uzun süre tartışılagelmiş bir meseledir. 4686 sayılı MTK'dan evvel, 1086 sayılı HUMK yürürlükte iken, Türk hukukunda hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmeleri HUMK m. 519[495] hükmü nedeniyle kabul edilmiyordu. Zira, HUMK 519 hükmünde, bir ihtilafın hakemler huzurunda halledilip halledilemeyeceği meselesine ancak, mahkemece karar verilebileceği belirtilmekteydi[496]. Uygulamada tahkim prosedürünü uzatmak isteyen taraf, çoğunlukla HUMK m. 519 uyarınca hakemlerin yetkisine mahkeme nezdinde itiraz etmekte ve bu konuya ilişkin karara karşı temyiz yoluna başvurarak tahkim

---

[494] **Erkan**, s. 96.

[495] *"Bir nizaın hakemler vasatisiyle halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece seri usulü muhakeme ile hallolunur."*

[496] **Şensöz**, s. 96-97, 115. Buna karşın, doktrinde, *Karayalçın*, hakemlerin yetkisiz olduğuna ilişkin itirazda bulunan tarafa hakem/hakem kurulu tarafından mahkemede dava açmak için süre verildiği halde, davalı bu yolu tercih etmez ise, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebileceğini ifade etmekteydi. Yargıtay'ın da uzun süreden beri, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmelerine cevaz verdiği de belirtilmekteydi. Doktrinde, çoğunluk görüşünden farklı olarak, *Üstündağ*'a göre, hakemlere *kompetenz-kompetenz* yetkisi tanınmakla tahkimin sürüncemede bırakılması ihtimali ortadan kaldırılmış olup, *kompetenz-kompetenz*in tanınması durumunda, gerek hakemlerin ihtilafı görmeye yetkili olmadığı veya tahkim anlaşmasının geçerli olmadığına dair itirazın, gerekse de hakemlerin yetkisini aştığına dair itirazın belli bir usul kesiti içinde ileri sürülmesine gerek bulunmamaktadır (Tartışmalar için bkz."Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? II. Tahkim Haftası, Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997", Ankara 1997, s. 259).

sürecini mahkemelerde cereyan eden dava sürecinden daha uzun hale getirebilmekteydi[497]. HUMK m.519 hükmünde yer alan, tahkim anlaşmasının geçersizliği dahil hakemlerin yetkisizliği hakkında mahkemeye başvurulması imkanının kaldırılma sebebi; tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ve dolayısıyla hakemlerin ihtilafı çözmekte yetkili olup olmadıklarının, mahkemelerce değil, hakemlerce incelenmesinin, tahkimin amaç ve ruhuna, dolayısıyla, modern tahkim sistemlerinde kabul edilen *competence-competence* prensibine daha uygun olmasıdır. MTK m. 7/H bendi ve daha sonra yürürlüğe giren HMK m. 422 hükmünde, hakem mahkemesinin, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği kabul edilerek, bu sakıncalı durum MTK'nın kabulü ile milletlerarası tahkimde 2001 yılında ve HMK'nın kabulü ile milli tahkimde 2012 yılında önlenmiştir.

Tahkimin amacına, ruhuna, özüne uygun yasal düzenlemelerin yer aldığı, modern tahkim sistemlerindeki *competence-competence* prensibinin kabul edildiği Türk tahkim hukukunda, mahkemece, yapılacak tahkim ilk itirazında derinlemesine inceleme yapılarak karar verilmesi yönteminin benimsenmesi kanaatimizce uygun değildir. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, uygulamada nadiren de olsa görüldüğü gibi, tahkim anlaşmasının salt varlığı durumunda mahkemelerin *prima facie* bir inceleme dahi yapmadan davayı usulden reddi de yerinde olmayacaktır. Bu durumda da baştan itibaren açık bir geçersizliği bulunan tahkim anlaşmasına dayanılarak yapılan tahkim yargılaması, zaman ve ekonomik kayba neden olacaktır[498]. Zira, kanaatimizce, Kanun'da, "tahkim itirazının kabulü halinde" denilmekle, mahkemenin davaya bakmasını engelleyecek nitelikte "kabul edilebilir"[499] bir tahkim anlaşmasının bulunması aranmalıdır. Doktrinde *Balkar Bozkurt* tarafından da ifade edildiği gibi, mahkemenin tahkim itirazı üzerine yapacağı incelemede, "*tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız*" olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğine ilişkin hükümlerin (NYS m.II/f.3 ve HMK m. 413), böyle bir hüküm içermeyen MTK m.5 hükmünün uygulanmasında da dikkate alınması gerekir[500]. Ancak, doktrinde *Erkan*'ın da ifade ettiği üzere, bu yönde bir inceleme yaparken

---

[497] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 234; **Şensöz**, s. 115; **Esen**, kompetenz kompetenz, s. 377-378.
[498] **Erkan**, s. 96.
[499] **Şensöz**, s. 97.
[500] **Süheyla Balkar Bozkurt**, Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları (121-222) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 10 S. 129-130, 2015, s. 202.

dahi, devlet mahkemesi, ilk aşamada mutlaka tahkim anlaşmasının yokluğu ya da varlığını tespit edebilecek bir yargılama yürütmelidir. Tahkim anlaşmasının esas kurucu unsuru, tahkim iradesinin varlığıdır. Eğer tarafların tahkim anlaşması kurmaya yönelik bir iradesi var ise, bu durumda tahkim anlaşmasının geçersizliği konusunda mahkemenin *prima facie* bir inceleme gerçekleştirmesi yeterli olacaktır.

Uygulamada, mahkeme nezdinde *prima facie* bir inceleme veya derinlemesine bir inceleme yapılarak karar verilse dahi, tahkim anlaşmasının geçersizliğine dair mahkemece verilen karar, kesin hüküm niteliğinde değildir[501]; bu karar bağlayıcı olmayacaktır[502]. Mahkemenin verdiği karar bağlayıcı olmadığından, tarafların aynı anda tahkim yoluna başvurması da mümkündür. Bu ihtimalde, tahkim yargılamasında hakem ya da hakem kurulu tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verdiği takdirde, paralel davalar[503] gündeme gelecektir. Mahkeme ve tahkim arasında, aynı taraflar, aynı konu ve aynı sebebe dayanan derdestlik durumunu önleyecek bir milletlerarası derdestlik doktrini kabul edilmediğinden, bu iki dava aynı anda devam edecek ve ilk verilen nihai kararın hakem kararı olması durumunda, önce iptal davasında ve sonra tenfiz davasında; mahkeme kararı olması durumunda ise, önce kanun yollarına başvuru aşamasında, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı denetimi mahkemelerce yapılacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Türk hukukunda, MTK'nın uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda; tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk; MTK m. 4/f.3 *"…Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir"* hükmü uyarınca; taraflarca bir hukuk seçimi yapılmışsa bu hukuk, bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukudur. MTK'nın uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklarda ise, bazı görüşler MTK m. 4 f.3'ün kıyasen uygulanması ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine Türk Hukuku'nun

---

[501] **Erkan**, s. 97.
[502] **Esen**, kompetenz kompetenz, s. 380.
[503] Paralel davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Nuray Ekşi**, Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar (Parallel Litigation) (15-52) *Uluslararası Ticaret Hukuku ve Tahkim Hukuku Dergisi* S.2, İstanbul, 2013; **Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik**, Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davala*r*, Ankara, 2016.

uygulanması gerektiğini savunurken[504], bazı görüşler ise yine farklı gerekçeler sunmakla birlikte, tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğini[505] savunmaktadır.

MÖHUK m.62 f.1 hükmü ile Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerin içerdiği hükümler (NYS m.V/1/a ve Avrupa Cenevre Sözleşmesi m. 6 f.2) dikkate alındığında, Türk hukukunda, MTK'nın uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklarda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine kanaatimizce de tahkim yeri hukuku uygulanmalıdır. Ancak tahkim yargılaması henüz başlamamış ve tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazı devlet mahkemesinde tahkim itirazı üzerine inceleniyorsa ve tahkim anlaşmasında tahkim yeri belli değilse, bu durumda tahkim anlaşmasını geçerliliğine uygulanacak hukuk noktasında yine bir belirsizlik doğacaktır. Bu halde, Cenevre Konvansiyonu m. 6/f.2, yargılamayı yürüten mahkemenin kanunlar ihtilafı gereğince yetkili olan kanun hükümlerine göre değerlendirilme yapılması gerektiğini düzenlemektedir. Bu durumda kanaatimizce, MTK m. 5 hükmü çerçevesinde, Türk mahkemesinde tahkim itirazı yapıldığında, MTK m. 4/f.3, mevcut kanun boşluğu nedeniyle kıyasen uygulanarak, taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk seçimi yapılmamış ise, Türk hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Görülüyor ki, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin devlet mahkemesi önünde tahkim ilk itirazına karşı ileri sürmesi halinde de MTK'nın uygulama alanına giren hallerde, MTK m. 4/f.3 hükmüne göre, taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk seçimi yapılmış ise, seçilen hukuk; yapılmamış ise, Türk hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

---

[504] MTK m.4 f.3'ün herhangi bir kıstas belirlemeden Türk hukukunu işaret etmesi nedeniyle Türk hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Özel**, s. 81. Kanun boşluğunun kıyasen MTK m.4/f.3 uygulanarak doldurulması ve Türk hukuku uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe**, s. 692-693 dn. 586; **Esen**, kompetenz kompetenz (ancak ifade etmek gerekir ki, *Esen*, ikili bir ayrım yapmakta ve, tahkim ilk itirazı olduğu hallarde kıyasen uygulama gerektiği görüşünü savunmaktadır. Aşağıda ayrıca ifade edileceği üzere, ikinci ihtimal olarak MTK'nın özel kanun, MÖHUK'un genel kanun olması nedeniyle, özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerinin uygulanması yoluyla çözülmesidir. **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 94-96.

[505] MÖHUK hükümlerince En sıkı ilişkili hukuk olması nedeniyle tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği yönünde **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 96-97; New York Sözleşmesi kapsamında tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Sarıöz Büyükalp**, s. 2030; uyuşmazlığın Cenevre Konvansiyonu kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından, Konvansiyon kapsamında taraflarca seçilen bir hukuk yoksa tahkim yeri hukukunun, eğer tahkim yeri hukuku da belirlenemiyorsa Türk hâkiminin kendi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Aydın**, s. 47.

c. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İptal Davası Neticesinde Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi

Tezimizin birinci bölümünde de değinildiği üzere, tahkim anlaşmasının geçersizliği hakem kararının iptali sebeplerinden biridir[506]. Tahkim yargılaması sonunda verilen nihai karar, taraflardan birinin açtığı iptal davasında, tahkim anlaşmasının geçerliliği de dâhil olmak üzere (HMK m. 439 / (2) (a) ve MTK m.15 (A) (1) (a)), ilgili kanunda sayılı sınırlı iptal sebepleri bakımından incelemeye tabii tutulur ve iptal sebeplerinin varlığı halinde, karar iptal edilir.

Tahkim anlaşmasının geçerliliği taraflarca bir hukuk seçilmişse bu ülke hukukuna göre, seçilmemişse davanın açıldığı devlet mahkemesinin hukukuna göre değerlendirileceği genellikle kabul edilir[507]. Türk hukukunda ise, MTK m.4 f.3 kapsamında tahkim anlaşmasının geçersizliği ileri sürüldüğünde, devlet mahkemesi öncelikli olarak taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere seçilmiş bir hukuk olup olmadığına bakacak ve eğer seçilmişse bu hukuka göre geçerliliğe ilişkin bir karara varacaktır. Taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere seçilmiş bir hukuk bulunmadığı hallerde ise, Türk hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerliliği değerlendirilecektir.

Doktrinde, iptal davasında tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ilk kez ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilmektedir[508]. Buna göre, tahkim yargılaması sırasında geçersizlik itirazında bulunmamış ve geçersizlik itirazında bulunmamasına karşın hakem seçen ve tahkimin ifasına katılan tarafın iptal veya aşağıda inceleneceği üzere tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi halinin iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil ettiği kabul edilmektedir[509].

Gerçekten de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu[510] m. 2 hükmü aynen, " (f. 1) *Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*

---

[506] Bölüm I / C/ 2.
[507] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 85;**Işık**, s. 122; **Aydın**, s. 55; **Tekin**, s. 166.
Geçerliliğe Uygulanacak Hukuk Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BÖLÜM II/A/3.
[508] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 402-403; **Aydemir**, s. 388; **Aydın**, s. 55; **Tekin**, s. 167.
[509] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 402-403; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 86; **Tekin**, s. 167-168.
[510] RG. T. 8.12.2001 S. 24607.

(f.2) Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz (f.2)" şeklindedir. HMK m.29 hükmüne göre de "*Taraflar dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar*" HMK m. 29/1 ile TMK m. 2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralı açıkça medeni usul hukukuna dâhil edilmiş ve tarafların usul hukuku çerçevesinde de dürüstlük kuralına uygun davranma zorunlulukları düzenlenmiştir[511]. Madde gerekçesinde, dürüstlük kuralına aykırı olması halinde işlemin hukuki sonuç doğurmasının mahkemece önleneceği ifade edilmiştir. İptal davasında, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi de bir "usuli itiraz", "usuli bir hakkın kullanılması"dır. O halde, dürüstlük kuralına aykırı olarak tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin usuli itirazın ilk kez iptal davasında ileri sürüldüğünü tespit eden hâkimin, bu itirazı dikkate almama ve bu itiraza hukuki sonuç bağlamama imkânı vardır. Zira, bu durumda kanaatimizce de, tahkim yargılaması esnasında geçersizlik itirazında bulunmamasına karşın; hakem seçmiş, tahkim yargılamasına katılmış tarafın, iptal davası aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ilk kez ileri sürmesi dürüstlük kuralının ihlali ve hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir. Tahkim anlaşmasının geçersizliğini ilk kez iptal davası aşamasında ileri süren tarafın iddiası, bu aşamada kabul edilirse, tahkim yargılaması tamamen boşa gidecektir.

d. Geçersizliğin Kararın Tanınması ve Tenfizi Aşamasında İleri Sürülmesi

Birinci bölümde ayrıntılı olarak değinildiği üzere[512], New York Konvansiyonu V/ 1 /a [513] tahkim anlaşmasının geçersiz olması durumunda, hakem mahkemesince verilen kararın

---

[511] 6100 sayılı HMK öncesinde yürürlükte olan 1086 sayılı HUMK'nun uygulandığı dönemde de usuli hakların kötüye kullanılmasını yaptırıma bağlayan özel hükümler yer almakla birlikte, TMK m.2 hükmünde yer verilen dürüstlük kuralına benzer bir genel kural HUMK'da yer almamaktaydı bkz. **Emre Esen**, Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 tarihli İçtihadının Eleştirisi (191-207), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Yıl:31 SAyı:1, İstanbul, 2011., s. 204.
HMK md. 29/1, MK'daki dürüstlük kuralı ilkesini medeni usul hukukuna dâhil etmiş ve tarafların dürüstlük kuralına uygun davranma zorunluluklarını açıkça düzenlenmiştir. Bkz. **Süral**, Milletlerarası Yetki, s. 179- 180.

[512] BÖLÜM I / D.

[513]New York Konvansiyonu m. V f. 3 "*Aleyhine hakem kararı dermeyan edilen tarafların talebi sekbetmez ve mumaileyh, kararın tanınması ve icrası istenen memleketin salahiyetli makamı huzurunda aşağıdaki hususları ispat etmez ise hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz;* (*a) II. maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden taraflar, haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olur yahut da mezkur anlaşma taraflarca tabi kılındığı kanuna ve bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği mahal kanununa göre hükümsüz bulunur ise; veya…"*

tenfizinin devlet mahkemesince gerçekleştirilemeyeceğini düzenlemiştir. NYK'da *"tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka, böyle bir seçim yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna göre esas bakımından geçerli olmalıdır"*[514] şeklindeki m. V/1/a hükmü ile taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk tahkim yeri hukuku olarak belirlenmiştir. Aynı yönde MÖHUK m. 62 f. 1 *"Mahkeme … (e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise,… yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder."* hükmü ile, tahkim anlaşmasının seçilen hukuka, eğer bir hukuk seçilmemişse kararın verildiği hukuka göre geçerli olmaması durumunda, kararın tenfizinin mümkün olmayacağını hükme bağlamıştır. Geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadan verilen hakem kararları, Türk hukukuna göre tenfiz edilemeyecektir[515]. Bu sebeple, bir hakem kararının -ister New York Konvansiyonu'na göre ister MÖHUK'a göre- tenfizi için Türk mahkemeleri önüne getirilmesi durumunda, mahkeme, tahkim anlaşmasının geçerliliğini re'sen inceleyecektir[516].

İptal davası aşamasında olduğu gibi, tenfiz davası aşamasında da anlaşmanın geçersizliğinin ilk kez ileri sürülmesinin, dürüstlük kuralı açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde, tahkim yargılaması aşamasında hiçbir itirazda bulunmadan icraya ilişkin hareketlerde bulunmuş tarafın, tenfiz aşamasında anlaşmanın geçersizliğini öne sürmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[517]. Yargıtay da 2004 tarihli bir kararında, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ilk kez tenfiz aşamasında ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğini ifade etmiştir[518].

---

[514] "*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or.."*

[515] **Aydemir**, s. 392.

[516] **Aydemir**, s. 392-393.

[517] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 86; **Aydemir** s. 394; **Aydın**, s. 59; **Tekin**, s. 169.

[518] Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 09.04.2004 tarihli E. 2003/6774 K. 2004/3751 sayılı kararında; *"…ancak, her ne kadar davalı adına tahkim şartını da içeren sözleşmeyi imzalayan vekile verilen vekaletnamede tahkim şartı veya sözleşmesi imzalanma yetkisi mevcut değil ise de, davalı hakemde görülen davada kendisine defalarca yapılan tebligata rağmen tahkim şartının kendisi yönünden bu nedene dayalı olarak geçersiz olduğu yolunda bir itirazda bulunmamıştır. Şayet davalı hakem yargılaması sırasında böyle bir savunmada bulunsaydı o taktirde davacıya bu savunmayı yerinde görerek uyuşmazlığın mahkemede çözümlenmesi cihetine gidecek veya da tahkim şartının geçerli olduğu yolunda bir tesbit davası açarak gereksiz zaman ve masraf kaybını önlemiş olacaktı. Tahkim şartını*

Kanaatimizce, bu karar, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ilk kez iptal davası aşamasında ileri sürüldüğü durumlarda da uygulanabilir bir karardır; bu kararda ifade edilen, "*Tahkim şartını içeren sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesinden sonra ve tahkim yargılaması sırasında böyle bir savunmada bulunmayan davalının hükmün kesinleşmesini müteakip tenfiz davası sırasında böyle bir savunmada bulunması M.K.nun 2.maddesinde yazılı iyiniyet kurallarına aykırıdır"* görüşüne MK m.2 hükmü ve HMK m.29/1 hükmü çerçevesinde aynen katılmaktayız.

3. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Doktrinde tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk belirlenirken, tahkim anlaşmasının hukuki niteliği dikkate alınarak değerlendirilmeler yapılmıştır ancak tahkim anlaşmasının hukuki niteliği bakımından bir görüş birliği yoktur. Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği konusunda dört farklı teori ortaya atılmıştır; (1) maddi hukuk teorisi, (2)usul hukuku teorisi, (3) karma nitelikli sözleşme teorisi ve son olarak (4) bağımsız teori.

Maddi hukuk görüşü başka bir ifadeyle akdi teori[519] ya da sözleşmesel görüş, tahkim anlaşmasının bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğunu ve bu sebeple tahkim yargılaması sonucu verilen kararların mahkeme kararı niteliğinde olmadığını savunur, bu sebeple, bu görüş uyarınca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk taraf iradeleriyle belirlenir[520].

Usul hukuku görüşü, başka bir deyişle kazai teori[521] ya da yargısal görüş[522], yargı yetkisi kendinde olan devletin taraflara usul kanunlarınca tahkime gitme iradesi tanıdığını, bu

---

içeren sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesinden sonra ve tahkim yargılaması sırasında böyle bir savunmada bulunmayan davalının hükmün kesinleşmesini müteakip tenfiz davası sırasında böyle bir savunmada bulunması M.K.nun 2.maddesinde yazılı iyiniyet kurallarına aykırıdır. Bu itibarla mahkemece yabancı hakem kararının tenfizine karar verilmek gerekirken, anılan husus gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir." www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 11.09.2020).

[519] **Ertekin/Karataş**, s. 418, 422-423; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 32.

[520] **Ertekin/Karataş**, s. 419, 422-423; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 325; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 32; **İlhan**, s. 9; **Tekin**, s. 21-23; **Töre**, s. 39-48; **Gedik**, s. 68-69; **Ildır**, s. 57-58.

[521] **Ertekin/Karataş**, s. 418, 423-424; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 33.

[522] **Töre**, s. 48.

nedenle tahkim anlaşmasının bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu savunmaktadır[523]. Bu teoriye göre, tahkim yargılaması ülke yargı düzeninin bir parçası olması sebebiyle, hakem kararları da mahkeme kararı gibi bağlayıcı nitelikte kabul edilmelidir[524]. Usul hukuku görüşü uyarınca, tahkim yargılaması devlet yargısının bir parçası olduğu için hakem de hâkim gibi *lex fori*'ye riayet edecektir[525].

Karma görüş -karma teori ise tahkim anlaşmasının hukuki niteliğinin ne maddi hukuk görüşü ile ne de usul hukuku görüşü ile tam olarak ortaya konulamadığını, bu iki karşıt görüşü birleştirerek tahkim anlaşmasının kurucu unsurlarının maddi hukuka yönelik olmasına karşın sonuçlarının usul hukuku alanında doğduğunu savunmaktadır[526].

Bağımsız görüş -otonom teori[527]- sui generis sözleşme görüşü[528] ise, tahkimin amacını esas alarak, milletlerarası tahkimin, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarından doğduğunu ve dolayısıyla milli hukuklardan bağımsız değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır[529]. Bu bağlamda, bağımsız görüşü savunanlar, tahkim yeri ile tahkimin bağını zayıflatarak mahkemelerin rolünü de azaltmaktadır[530].

Tarafların, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku seçmiş olmaları durumunda bir tartışma doğmayacak, anlaşmanın geçerliliği bu hukuka göre incelenecektir. Ancak tarafların anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak hukuku seçmediği durumlarda ayrılabilirlik- bağımsızlık doktrini[531]ne farklı ağırlıklar verilmiş ve farklı hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımlar benimsenmiştir[532]. Birçok hukuk sisteminde, tahkim yargılamasının

---

[523] **Ertekin/Karataş**, s. 419, 423-424; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 33; **İlhan**, s. 9- 11; **Tekin**, s.23-28; **Töre**, s. 48-55; **Gedik**, s.70-71; **Ildır**, s. 58.
[524] **Ertekin/Karataş**, s. 423.
[525] **Töre**, s. 52.
[526] **Ertekin/Karataş**, s. 419, 425; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 33; **İlhan**, s. 11; **Tekin**, s.28-30; **Töre**, s. 55-58; **Gedik**, s.71-72; **Ildır**, s. 58.
[527] **Ertekin/Karataş**, s. 418,425-426; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 33-35.
[528] **İlhan**, s. 12.
[529] **Ertekin/Karataş**, s. 419,425-426; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 33-35; **İlhan**, s. 12; **Tekin**, s.30-34; **Töre**, s. 58-62; **Gedik**, s.72-73.
[530] **Ertekin/Karataş**, s. 419,425-426; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 33-35; **İlhan**, s. 12; **Tekin**, s.30-34; **Töre**, s. 58-62; **Gedik**, s.72-73.
[531] Ayrılabilirlik – Bağımsızlık doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I / A / 4/ a.
[532] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 79.

yürütüldüğü yer hukukuna yani "*lex arbitri*"ye başvurulması gerektiği kabul edilirken, diğer yandan İngiliz mahkemeleri, esas sözleşme için geçerli olan hukuk dahil olmak üzere, birçok faktörü tartma ve dengeleme eğilimindedir[533].

İngiliz hukukunda tarafların anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak hukuku belirlemediği ancak esas sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlediği durumlarda, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacağı karinesi benimsenmiştir[534]. Ancak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukla birlikte, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda da açık bir hukuk seçimi olmadığı durumlarda, tahkim yeri hukuku uygulanacağı, hiçbir şekilde açık hukuk seçimi yoksa ve tahkim yeri belirlenemiyorsa, tahkim anlaşmasının NYK m. II f.3 kapsamında *"tatbiki imkânsız"* olacağına ilişkin kararlar mevcuttur[535]. Yukarıda da değinildiği üzere, Birleşik Krallık Yüksek Krallık mahkemesi 09.09.2020 tarihli yeni bir kararında[536]; tahkimin anlaşmasının geçerliliğine kural olarak esasa uygulanacak hukukun uygulanmaması gerektiğine hükmetmiştir. İlgili karara göre, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, taraflarca seçilen bir hukuk yoksa, tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili olan hukuk olmalıdır. Eğer taraflarca seçilen bir tahkim yeri varsa, bu hukuk en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilir ancak, taraflarca tahkim yeri seçilmemişse, taraflarca esasa uygulanmak üzere seçilen hukuk en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmelidir.

Hong Kong mahkemeleri de, son kararlarında, İngiliz hukukunda olduğu gibi, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin, esas sözleşmeye uygulanacak hukukuna göre belirleneceğine ilişkin kararlar vermektedir[537]. **Amerikan hukukunda** da, İngiliz hukukuna benzer bir yaklaşım kabul edilmektedir[538]. Amerikan hukukunda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak

[533] **Molfa**, s. 166.
[534] **Molfa**, s. 167.
[535] **Molfa**, s. 167-168.
[536] Bkz. https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2020/38.html (Erişim tarihi: 12.12.2020).
[537] **Molfa**, s. 169. *Beyond the Network Ltd v Vectone Ltd* [2005] HKEC 2075.
[538] **Molfa**, s. 168.

hukuk belirlenmemiş ise, esas sözleşmenin geçerliliğini belirlemek için uygulanan hukukun, tahkimin geçerliliğini belirlemek için de uygulanması gerektiği yerleşmiş bir içtihattır[539].

Ancak çoğu Avrupa ülkesi hukukunda yönelim, İngiliz, Amerikan ve Hong Kong hukuklarının aksine, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin, esas sözleşmeye uygulanacak hukuka göre değil, tahkim yeri hukukuna göre belirlenmesi yönündedir[540]. İsveç, Belçika, Hollanda ve İtalyan mahkemelerinin aynı yönde birçok kararı mevcuttur[541]. **İsveç** Temyiz Mahkemesi bir kararında, taraflarca esas sözleşmeye uygulanmak üzere Kıbrıs Hukuku seçilmesine karşın tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı nedeniyle, tahkim anlaşmasında Kıbrıs Hukuku'nun uygulanamayacağını ifade etmiş; tahkim yeri İsveç olan tahkim yargılamalarına İsveç Hukuku uygulanacağını hükme bağlayan İsveç Tahkim Kanunu m. 46[542] m. uyarınca, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin İsveç hukukuna göre değerlendirileceği sonucuna varmıştır[543].

Fransız Yüksek Mahkemesi ise, Avrupa hukuku Anglo-sakson hukuk sistemlerinden tamamen farklı olarak, tahkimin taraf iradesine dayandığını, tahkim anlaşmasının Fransız Hukukunun emredici kurallarına ve milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığı sürece herhangi bir hukuka atıf yapılmadan geçerliliğin bağımsız şekilde değerlendirileceğini kabul eden kararlar vermiştir[544]. **İsviçre Milletlerarası** Özel Hukuk Kanunu (CPIL) m. 178 [545] ise,

---

[539] *Washington Mutual Finance Group, LLC v John Bailey & Others* 364 F.3d 260 (5th Cir. 2004) davasında, Court of Appeal 5. Dairesi *"…Dolayısıyla, tarafların tahkim iradesinin belirlenmesinde, mahkeme, sözleşmeye uygulanacak olan hukuka göre karar verir."* şeklinde açıklığa kavuşturmuştur. Bkz. **Molfa**, s. 168 dn. 25.

[540] **Molfa**, s. 169.

[541] **Molfa**, s. 169. Kararlar için bkz. **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 162 vd.

[542] The Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116) m. 46 *"This Act shall apply to arbitral proceedings which take place in Sweden notwithstanding that the dispute has an international connection.* Bkz. https://sccinstitute.com/media/408924/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2020).

[543] Svea Court Of Appeal, 19. 12. 2019, Stockholm, No.: T 7929-17 (*Coraline Limited vs. Walter Höft)* Bkz. https://www.jpmiljonet.se/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=3896060&propId=1578 (Erişim Tarihi: 01.04.2020).
Ayrıca bkz. Swedish Supreme Court, 27 .10. 2000, Stockholm, No.: T 1881-99 (*Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v Al Trade Finance Inc*.) bkz. **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 162.

[544] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 164; **Aydın**, s. 49; **Tekin**, s. 97.

[545] İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (CPIL) m. 178 f. 2 *"As to substance, the arbitration agreement shall be valid if it complies with the requirements of the law chosen by the parties or the law governing the object of the dispute and, in particular, the law applicable to the principal contract, or with Swiss law."* Bkz. https://www.unine.ch/files/live/sites/florence.guillaume/files/shared/publications/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf (Erişim Tarihli 10.07.2020).

tahkim anlaşmasının (i) taraflarca seçilmiş olan hukuka, (ii) uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka, (iii) esas sözleşmeye uygulanacak hukuka veya (iv) İsviçre Hukukuna göre geçerli olması durumunda, anlaşmanın geçerli olacağını hükme bağlamıştır[546]. Böylece İsviçre'de kanun koyucu bu hukuklardan birine göre geçerli olan tahkim anlaşmasını geçerli kabul edeceğini hükme bağlamıştır[547].

NYK m. V/1/a ise, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu hallerde verilen kararın tanıma-tenfiz edilemeyeceğine değinirken, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku; *"tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka, böyle bir seçim yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna göre esas bakımından geçerli olmalıdır[548]."* hükmü ile ifade etmiştir. Görüleceği üzere, NYK taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna göre belirleneceğini hükme bağlamıştır.

Türk hukukunda anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak hukuk; HMK'nın uygulama alanına giren iç tahkimde HMK'ya göre, MTK'nın uygulama alanına giren[549] uyuşmazlıklarda, Türk mahkemesince MTK m. 4'e göre belirlenecektir. MTK m. 4 *"…Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir."* hükmü ile kademeli bir hukuk belirleme sistemine işaret etmektedir. MTK taraflara hukuk seçme imkânı tanımakla birlikte, bir hukuk seçilmemiş olması durumunda Türk hukukunun uygulanacağını hükme bağlamıştır.

MTK'nın uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklarda ise, anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesi hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu noktada kanunda bir boşluk bulunduğu ifade edilmektedir[550]. Bir görüş MTK m.4 f.3 herhangi bir kıstas

---

[546] **İlhan**, s. 36; **Aydın**, s.49; **Tekin**, s. 96-97.
[547] **İlhan**, s. 37; **Tekin**, s. 96. Buna *in favorem validatis* Prensibi de denmektedir. Bkz. **Tekin**, s. 96-97.
[548] "*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or..*"
[549] MTK m.1 f.2 *"Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır."*
[550] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 356-357.

belirlemeden Türk hukukunun uygulanacağını belirtmesi sebebiyle MTK m. 4 f.3'ün uygulanması gerektiği yönünde[551], bir görüş kanun boşluğunun kıyasen MTK m. 4 f.3 uygulanarak doldurulması gerektiği yönünde[552], bir görüş, en sıkı ilişkili hukuk olması sebebi ile tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği yönünde[553], bir başka görüş ise tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği-bağımsızlığı ilkesi gereğince, esas sözleşmeye uygulanan hukukun tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanamayacağını ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine New York Konvansiyonu kapsamında tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği[554] yönünde, bir başka görüş ise uyuşmazlığın Cenevre Konvansiyonu kapsamına girmesi durumunda, bu konvansiyon kapsamında tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği yönünde[555]dir. Yine açıkça görüldüğü üzere, Türk hukukunda gerekçelerde bir görüş birliği olmamasına karşın, tahkim anlaşmasının geçerliliğine Türk hukuku ya da "tahkim yeri hukuku" uygulanması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

MÖHUK m.62/f.1 hükmü ile Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerin içerdiği hükümler (NYS m.V/1/a ve Avrupa Cenevre Sözleşmesi m. 6/f.2) dikkate alındığında, Türk hukukunda, MTK'nın uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklarda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine kanaatimizce de tahkim yeri hukuku uygulanmalıdır. Ancak tahkim yargılaması henüz başlamamış ve tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazı devlet mahkemesinde tahkim itirazı üzerine inceleniyorsa ve tahkim anlaşmasında tahkim yeri belli değilse, bu durumda tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk noktasında yine bir belirsizlik doğacaktır. Bu durumda, MTK m. 5 hükmü çerçevesinde Türk mahkemesinde tahkim itirazı yapıldığında, MTK m. 4/f.3, mevcut kanun boşluğu nedeniyle kıyasen uygulanarak, taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk seçimi yapılmamış ise, Türk hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

---

[551] **Özel,** Kanunlar İhtilafı, s. 81.
[552] **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 631; ancak ifade etmek gerekir ki, *Esen*, ikili bir ayrım yapmakta ve tahkim ilk itirazı olduğu hallerde kıyasen uygulama gerektiği görüşünü savunmaktadır. Aşağıda ayrıca ifade edileceği üzere, ikinci ihtimal olarak MTK'nın özel kanun, MÖHUK'un genel kanun olması nedeniyle, özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerinin uygulanması yoluyla çözülmesidir. Bkz **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 94-96.
[553] **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 96-97.
[554] **Sarıöz Büyükalp**, s. 2030.
[555] **Aydın**, s. 47.

B. PATOLOJİK / KUSURLU / SORUNLU TAHKİM KAVRAMI

1. Genel olarak

Doktrinde **Eisemann** bir tahkim anlaşmasının (i) diğer tüm anlaşmalarda olduğu gibi *taraflar açısından bağlayıcı sonuç doğurabilme,* (ii) *en azından hakemler tarafından hüküm verilene kadar devlet mahkemesinin uyuşmazlığın çözümüne müdahalesini engelleme*, (iii) *uyuşmazlıkların çözümünde hakemlere taraflar aleyhine hüküm verme yetkisi tanıma,* (iv) *cebri icraya konu olabilecek bir hükmün verilmesine elverişli bir prosedürün uygulanması,* olarak sayılabilecek dört temel işlevinin bulunduğunu ifade etmektedir[556]. Bu dört kriter, Eiseamann'ın aşağıda inceleyeceğimiz "patolojik tahkim formülasyonu"nda temel taşları oluşturmaktadır[557].

Geçersiz tahkim anlaşmaları, doktrinde genellikle Patolojik tahkim anlaşmaları olarak isimlendirilirler[558]. Patolojik tahkim kavramı doktrinde ilk kez **Eisemann** tarafından ortaya atılmış, yukarıda sayılan dört temel işlevinden birinde ya da birkaçında sakatlık bulunan tahkim anlaşmalarını ifade etmek için kullanılmıştır[559]. İngilizce literatürde "*defective*"in karşılığı olarak kullanılan "sorunlu tahkim" "kusurlu tahkim" kavramı ise, patolojik tahkim ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır ve literatürde ilk kez **Schmitthoss** tarafından tartışılmıştır[560].

---

[556] **Davis**, s. 365-366; **Tolkušinas,** s. 13; **Harout J. Samra /Ramya Ramachanderan,** A Cure for Every Ill? Remedies for "Pathological" Arbitration Clauses (1110-1123), *University of Miami Law Review*, Volume 74, Number 4 Eleventh Circuit Issue, 2020, s. 1111; **Aydın**, s. 30 naklen **Frédéric Eisemann**, La clause d'arbitrage pathologique" l'arbitrage international (129-161), *essais in memoriam Eugenio Minoli*, C. 3, Milano, 1974, s. 130.

[557] **Davis**, s. 366.

[558] **Samra / Ramachanderan,** s. 1110.

[559] **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 262; **Benjamin G. Davis**, Pathological Clauses: Frederic Eisemann's Still Vital Criteria (365-388), *Arbitration International,* Vol.:7 Issue:4, 1991, s. 365; **Molfa**, s. 162; **Comşa**, s. 48-49; **Tweeddale/Tweeddale**, s. 117 dn. 95; **Samra**/ **Ramachanderan**, s. 1111; **Jiangtao Qian / Liang Guo,** The Validity and Remedy of the Pathological International Commercial Arbitration Agreement (109-119), *International Law School of Northwest University of Political Science and Law*, Vol. 2, Issue 5, Xi'an (China), 2019, s. 109;**, Alok Jain,** Pathological Arbitration Clauses and Indian Courts (433-448), *Journal of International Arbitration* 25(4), Hollanda, 2008, s. 433; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 362, 474 dn. 581, **Aydın**, s. 30.

[560] **Tolkušinas,** s. 3. Bkz. **Clive M. Schmitthoff** Defective Arbitration Clauses, *Journal of Business Law*, Issue 9, 1975.

Tahkim anlaşmaları birçok farklı sebeple patolojik hale gelebilir[561]. Mukayeseli hukuk doktrininde tahkim anlaşmasının patolojikliğinin başlıca sebeplerinin NYK m. II f. 3[562] kapsamında ve UNCITRAL Model Kanun m. 8 f.1[563] kapsamında sayılan tahkim anlaşmasının "*hükümden düşmüş*[564]", "*tesirsiz*[565]" ve "*tatbiki imkânsız*[566]" olması olduğu ifade edilmektedir[567]. Kavram olarak patoloji yerine "*defective*" tahkim kavramını kullanan *Blackaby* de aynı şekilde, asli kusurların tahkim anlaşmasının "*hükümsüz*", "*tesirsiz*" ve "*tatbiki imkânsız*" olması olduğunu ifade etmektedir[568].

---

[561] **Eisemann**, s. 129 Naklen **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 262; **Molfa**, s. 163; **Moses**, s. 43; **Jain**, s. 434.

[562] **NYK** m. II f. 3 *"Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevk eder."* http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf (Erişim Tarihi: 24.02.2020).

[563] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 8 /1 *"(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed."* https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 07.08.2020).

[564] Terim İngilizce olarak "*inconsistency*" olarak ifade edilmektedir. Hükümden düşmüş olma; irade sakatlıkları, ehliyetsizlik, temsil yoluyla yapılan anlaşmalarda temsile yetkisizlik, kamu düzeni ve emredici hukuk kurallarına aykırılık gibi sebeplerden dolayı, tahkim anlaşmasının başlangıçtan itibaren hiçbir hukuki etki yaratmamasını ifade etmektedir. Bkz. **Sarıöz Büyükalp**, s. 2033.

Örneğin, taraf iradelerinin hem tahkim anlaşması hem de yetki sözleşmesini içermesi durumunda bir hükümsüzlük söz konusu olur. Bkz. **Molfa**, s. 177. Ayrıca yetki şartı ve tahkim şartını birlikte barındıran tahkim anlaşmalarının patolojikliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III/C/3/b.

[565] Terim İngilizce olarak "*uncertainty*" olarak ifade edilmektedir. Tahkim iradesi bulunmakla birlikte, tahkim iradesinin açık olmadığı ya da tahkimin nerede yürütüleceği gibi kavramların anlaşmada belirsiz olduğu, tahkime gidilebilir gibi muğlak ifadeler içeren tahkim anlaşmalarını ifade etmektedir. Bkz. **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 135-136; **Molfa**, s. 164, 179.

Örneğin; tahkim anlaşmasının zorunlu tutulmadığı "taraflar tahkime gidebilir" şeklinde kesinlik ifade etmeyen tahkim anlaşmaları tesirsiz kabul edilir. Bkz. **Molfa**, s. 179. Ayrıca başvurunun zorunlu tutulmadığı tahkim anlaşmalarının patolojikliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II/C/2/b.

[566] Terim İngilizce olarak "*inoperability*" olarak ifade edilmektedir. Tahkim anlaşması geçerli olarak kurulmasına karşın, sonradan ortaya çıkan bir sebep nedeniyle icra edilebilirlik etkisini ortadan kaldırmasını ifade etmektedir. **Sarıöz Büyükalp**, s. 2032.

Tahkim anlaşmasının tatbikinin imkânsız olduğu birçok durum vardır, tatbiki imkânsız tahkim anlaşmalarının tipik örnekleri; belirsiz bir tahkim kurumunun yetkilendirilmesi, mevcut olmayan bir tahkim kurumunun yetkilendirilmesi ya da uyuşmazlık ortaya çıktığında mevcut olmayan bir tahkim anlaşmasının yetkilendirilmesidir. Bkz. **Molfa**, s. 181. Ayrıca yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin belirli olmadığı tahkim anlaşmalarının patolojikliği hakkında bkz. Bölüm II/C/3/a yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin mevcut olmadığı tahkim anlaşmalarının patolojikliği hakkında bkz. Bölüm II/C/3/b.

Bilgehan Yeşilova, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Yayınevi, 2008, s. 546.

[567]**Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 135-138; **Molfa**, s. 163 dn. 5.

[568] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 135 dn. 305.

Eisemann'a göre, tahkim anlaşması belirsiz veya hatalı hükümler içeriyorsa, patolojik hale gelebilir ancak bu bozukluk her zaman tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez[569]. Tahkim anlaşmalarının patolojikliği doktrinde iki farklı şekilde yorumlanarak sınıflandırılmıştır: geniş ve dar yorum[570]. Geniş yorum ile, *standart tahkim anlaşması model*inden en ufak bir sapma içeren tahkim anlaşmaları patolojik sayılmalıdır; dar yorumla ise yalnızca hükümden düşmüş ya da tatbiki imkânsız tahkim anlaşmaları patolojik sayılmalıdır[571]. Patolojik tahkim kavramını ortaya atan *Eisemann* karma metot uygulanması gerektiğini, yukarıda sayılan *"temel işlevleri"*ni yerine getiremeyen her tahkim anlaşmasının patolojik olduğunu ifade etmiştir[572]. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, her patolojik tahkim anlaşması geçersiz değildir[573].

O halde denilebilir ki; tahkim anlaşmasının patolojik veya başka bir ifadeyle kusurlu olmasının, tahkimin geçerliliğine etkisi; temel işlevlerini yerine getirip getirmediğine göre ya da NYS m. II f.3'te sayılan "*hükümden düşmüş, tesirsiz ve tatbiki imkânsız*" olmasına göre her somut olayca ayrıca değerlendirilmelidir. Patolojik tahkim anlaşmaları bazı durumlarda geçersiz kabul edilse de, bazı durumlarda tarafların tahkim iradesini korumak için mahkemece yorumlanarak geçerli kabul edilebilir[574].

2. Patolojik Tahkimin Derecelendirilmesi

Patolojik tahkim kavramını ortaya atan *Eisemann*, patolojik tahkimin etkilerine göre ikili bir ayrım yapmış, patolojinin hayati olup olmamasına göre, patolojik tahkimi birinci derece ve ikinci derece olmak üzere iki gruba ayırmıştır[575]. *Davis*, (1) daha az patoloji içerenler ve (2)

---

[569]**Duarte Gorjão Henrıques**, Pathological Arbitration Clauses, Good Faith and The Protection Of Legitimate Expectations (349-362), *Arbitration Internationa*l, Cilt: 31, Sayı: 2, Oxford, 2015, s. 353 naklen **Frédéric Eisemann,** La clause d'arbitrage pathologique" l'arbitrage international (129-161), essais in memoriam Eugenio Minoli, C. 3, Milano, 1974.

[570] **Aydın**, s. 70'den naklen **Eisemann**, s. 130.

[571] **Aydın**, s. 70'den naklen **Eisemann**, s. 130.

[572] **Aydın**, s. 70'den naklen **Eisemann**, s. 130.

[573] **Duarte Gorjão Henrıques**, Pathological Arbitration Clauses, Good Faith and The Protection Of Legitimate Expectations (349-362), *Arbitration Internationa*l, Cilt: 31, Sayı: 2, Oxford, 2015, s. 353 naklen **Frédéric Eisemann,** La clause d'arbitrage pathologique" l'arbitrage international (129-161), essais in memoriam Eugenio Minoli, C. 3, Milano, 1974.

[574] **Moses**, s. 33.

[575] **Aydın**, s. 71'den naklen **Eisemann**, s. 132; **Davis**, s. 366.

daha çok patoloji içerenler olarak ikiye ayırırken[576], *Tolkušinas* ise Eisemann'a benzer şekilde iyileştirilebilir patolojik tahkim anlaşmaları ve neredeyse iyileştirilemez tahkim anlaşmaları olarak ikiye ayırmıştır[577]

Eisemann'a göre birinci derece patolojik tahkim anlaşmaları, bir tahkim anlaşmasının dört temel işlevinden biri olan "*cebri icraya konu olabilecek bir hükmün verilmesine elverişli bir prosedürün uygulanması*" işlevini sağlamayan tahkim anlaşmalarıdır[578]. Başka bir ifadeyle, birinci derece patolojik tahkim anlaşmalarının patolojik kabul edilme nedeni, icra kabiliyetinin bulunmama ihtimalidir[579]. İkinci derece patolojik anlaşmalar ise, *Eisemann* tarafından, bir tahkim anlaşmasında bulunması gereken dört temel işlevin dördünü de yerine getiremeyen tahkim anlaşmaları olarak sınıflandırılmıştır[580].

Mukayeseli hukuk doktrininde patolojik tahkim anlaşmalarının yok hükmünde olan ya da batıl sözleşmelerle karıştırılmaması gerektiği, patolojik tahkim anlaşmalarının geçerlilik koşullarından bir ya da daha fazlasında aksaklık bulunan anlaşmalar olduğunu savunan bir görüş de mevcuttur[581]. Bu görüş incelendiğinde, ikinci derece ya da başka bir görüşe göre iyileştirilemez patolojik tahkim anlaşmaları, patolojik tahkim olarak değerlendirilemeyecektir; yalnızca birinci derece ya da diğer bir görüşe göre iyileştirilebilir olan tahkim anlaşmaları patolojik tahkim kavramının içinde yer alabilecektir.

Sonuç olarak mukayeseli hukuk doktrininde, tahkim anlaşması düzenlenirken, Eisemann'ın 4 kriterinin mutlaka akılda tutması gerektiği, kullanılan her bir az ya da fazla kelime ile patolojilerin giderilebileceği ve tahkim anlaşmasının Eisemann'ın söylediği gibi[582] basitçe düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir[583].

---

[576] **Davis**, s. 366.
[577] **Tolkušinas**, s. 32.
[578] **Aydın**, s. 72'den naklen **Eisemann**, s. 132.
[579] **Aydın**, s. 71'den naklen **Eisemann**, s. 132.
[580] **Aydın**, s. 73'den naklen **Eisemann**, s. 150.
[581] **Paul Comşa,** At a crossroads: the case of "Pathological arbitration clauses" which determine a jurisdictional fight (47-55), Lex ET Scientia International Journal, Vol. 25 no.2, 2018, s. 47 Www.heinOnline.org (Erişim tarihi: 19.02.2020).
[582] **Davis**, s. 387'den naklen **Eisemann**, s. 160.
[583] **Davis**, s. 386-387.

3. Patolojik Tahkim Tanımı

Patolojik tahkim kavramının kabul gören ortak bir tanımı bulunmamaktadır. Patolojik tahkim anlaşması kavramı basit olarak; taslağında eksiklikler içeren bir tahkim anlaşması olarak tanımlanabilir[584]. Patolojik tahkim sözleşmesi, yasanın öngördüğü geçerli koşullara sahip ancak yasanın gerektirdiği temel içeriği yanlış kullanan tahkim sözleşmesini ifade etmektedir[585].

Patolojik tahkim anlaşmalarının bir tanımı yapılması gerekirse; kanaatimizce patolojik ya da kusurlu/sorunlu tahkim anlaşmaları, tahkim iradesinde sakatlıklar bulunan veya tahkim anlaşmasının icrasını olumsuz etkileyen eksiklikler ya da hatalar barındıran ve Eisemann tarafından ifade edildiği gibi, tahkim anlaşmasının *"(i) taraflar açısından bağlayıcı sonuç doğurabilme, (ii) hakemler tarafından hüküm verilene kadar devlet mahkemesinin uyuşmazlığın çözümüne müdahalesini engelleme, (iii) uyuşmazlıkların çözümünde hakemlere taraflar aleyhine hüküm verme yetkisi tanıma, (iv) cebri icraya konu olabilecek bir hükmün verilmesine elverişli bir prosedürün uygulanması"* işlevlerinden birinde veya birkaçında eksiklik bulunan anlaşmalardır. Patolojik tahkim anlaşmasının tüm bu unsurlarını içine alan, daha öz bir tanım ise, doktrinde *Özdemir Kocasakal* tarafından yapılmıştır. Doktrinde, *Özdemir Kocasakal*, patolojik tahkim anlaşmasını, "tahkim anlaşmasının zorunlu unsurlarının[586] tutarlı bir şekilde ifade edilmediği veya bu unsurları muğlak veya çelişkili hale getiren ifadeler barındıran, bu nedenle, tahkim yargılamasının işlemesine engel olabilecek nitelikte bir tahkim anlaşması" olarak tanımlamaktadır[587].

---

[584] **Tweeddale/Tweeddale**, s. 117.
[585] **Qian/Guo**, s. 110.
[586] Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan (TBK m.1) sözleşmenin kurulmuş sayılması için, taraflar sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmış olmalıdır (TBK m.2). Tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda devlet yargısını bertaraf etmesi ve uyuşmazlığın bağlayıcı bir hakem kararı ile çözümünün kararlaştırılması ile hangi uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceğinin belirlenmiş olması, tahkim anlaşmasının zorunlu iki unsurudur. Bkz. **Özdemir Kocasakal** (n 20) 515.
[587] **Hatice Özdemir Kocasakal**, Yargıtay 15.Hukuk Daire'sinin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı (509-535) *Prof.Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, İstanbul, 2017, s. 513; **Hatice Özdemir Kocasakal**, Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri (37-84) *XI. Milletlerarası Tahkim Semineri, 14 Nisan 2014*, Ankara, 2014, s. 62,63.

C. PATOLOJİK TAHKİM ANLAŞMALARININ SINIFLANDIRILMASI

1. Genel Olarak

Yukarıda da değinildiği üzere, tahkim iradesinde sakatlıklar bulunan ve-veya tahkim anlaşmasının icrasını olumsuz etkileyen eksiklikler ya da hatalar barındıran tahkim anlaşmaları patolojik hale gelecektir. Doktrininde *Aydın*, patolojik tahkim anlaşmalarını üç kategoriye ayırarak, tahkim iradesindeki aksaklıklar bulunmasına göre, tahkim anlaşmasındaki hata, çelişki veya eksiklikler bulunmasına göre ve hakem seçimi hususundaki aksaklıklara göre patolojik tahkim anlaşmalarını sınıflandırmıştır. Tezimizde de patolojik tahkim anlaşmaları; (1) tahkim iradesinde aksaklık bulunan patolojik tahkim anlaşmaları, (2) tahkim anlaşmasında hata, çelişki ve eksiklikler bulunan patolojik tahkim anlaşmaları ve (3) hakemlere ilişkin hata, çelişki ve belirsizlikler barındıran patolojik tahkim anlaşmaları başlıkları altında sınıflandırılarak ele alınacaktır.

Tahkim iradesindeki eksiklik, aksaklık, tereddüt bir tahkim anlaşmasını patolojik hale getirir. Bir tahkim anlaşmasında, tahkimin "zorunlu" tutulup tutulmadığının anlaşılamaması tarafların iradelerindeki kesinliği ortadan kaldıracak ve tahkim anlaşmasını patolojik hale getirecektir. Taraf iradesindeki aksaklık nedeniyle ortaya çıkan bir diğer patolojik tahkim ise, genel işlem koşulları şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmalarıdır. Genel işlem koşulu olarak akdedilen tahkim anlaşmalarında tarafların iradesi noktasındaki tereddüttün bu tip tahkim anlaşmalarının patolojikliğine etkisi incelenecektir. Her ne kadar yabancı hukukların çoğunda ve Türk hukukunda incorporation yoluyla tahkim anlaşması akdedilmesi mümkün kılınmışsa da incorporation yoluyla gerçekleştirilen tahkim anlaşmalarının da, şeklen geçerlilik şartlarına uyup uymadıklarının tartışmalı olması, bu tip tahkim anlaşmalarının geçerliliğini sorgulatmaktadır. Tahkim iradesindeki aksaklık başlığı altında inceleyeceğimiz son patolojik tahkim anlaşması çeşidi ise, taraflar arasında birden fazla sözleşmede bulunan farklı tahkim kayıtlarını içeren belgelerin çelişkili olduğu tahkim anlaşmalarıdır.

Tahkim anlaşmasında hata, çelişki veya eksiklikler bulunması da tahkim anlaşmasını patolojik hale getirecektir. Bu başlık altında; yetkili kılınan tahkim kurumunun mevcut olmaması durumu, yetkili kılınan tahkim kurumunun belirli olmaması hali, taraflardan yalnızca birine tahkime gitme hakkı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmaları ve tarafların tahkim iradesi

açık olmakla birlikte, tahkime ilişkin hiçbir düzenleme getirmediği beyaz-boş tahkim anlaşmaları incelenecektir. Tezimizin ana konusunu oluşturan birden fazla uyuşmazlık çözüm yolu ile birlikte tahkimi birlikte düzenleyen hibrit tahkim anlaşmaları ve birden fazla tahkim kurumuna atıfta bulunan hibrit tahkim anlaşmaları da bu kategoriye girmesine karşın, üçüncü bölümde ayrıntılı olarak inceleneceği için bu bölümde ele alınmayacaktır.

Son olarak hakemlerin seçimi ve yetkileri konusundaki belirsizlikler nedeniyle meydana gelen patolojik tahkim anlaşmaları da; (1) hakemlerin seçimine ilişkin belirsizlikler barındıran patolojik tahkim anlaşmaları ve (2) hakemlerin yetki alanına ilişkin sorunlar barındıran patolojik tahkim anlaşmaları başlıkları altında sınıflandırılarak incelenecektir. Hakemlerin seçimine ilişkin belirsizlikler barındıran patolojik tahkim anlaşmaları; hakem seçiminde belirsizlik bulunması nedeniyle, hakem sayısının taraflarca kurallara aykırı olarak belirlenmesi nedeniyle, hakem tayin etmek üzere belirlenen kişi ya da kurumun mevcut olmaması veya hakem tayin etmek üzere belirlenen kişi ya da kurumun hakem tayin etmeyi reddetmesi nedeniyle, hakem olarak seçilen kişinin ölmüş olması ya da hakemlik görevini reddetmesi nedeniyle veya hakemlerin taşıması gereken niteliklerin aşırı detaylı kriterler ile düzenlenmiş olması nedeniyle patolojik hale gelebilecektir. Hakemlerin yetki alanına ilişkin sorunlar barındıran tahkim anlaşmaları ise; konu bakımından hakemlerin yetkisinin sınırlandırıldığı tahkim anlaşmalarının patolojikliği ve hakem heyetinin teşkilinin veya görevinin süre bakımından sınırlandırıldığı tahkim anlaşmalarının patolojikliği başlıkları altında iki grupta incelenecektir.

2. Tahkim İradesinin Belirsizliği Nedeniyle Ortaya Çıkan Patoloji

a. Açık ve Kesin Olmayan Tahkim İradesi İçeren Tahkim Anlaşmaları

Daha önce değinildiği gibi, tahkim anlaşmasının kurucu unsuru tahkim iradesidir ve Türk hukukunda Yargıtay kararlarında da tahkim iradesinin açık ve kesin olması gerektiği ifade edilmektedir[588]. Uyuşmazlığın kesin olarak hakemler önünde görüleceğini açık şekilde ortaya

[588] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 454; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 134; **Ekşi**, HMK, s. 72-73; **Demirkol**, Mutlak Olmayan, s. 339; **Polat**, s. 206; **Aydın**, s. 76.

koymayan tahkim anlaşmalarının geçerliliği tehlikeye girer. Açık şekilde tarafların tahkim iradesini ortaya koymayan tahkim anlaşmaları NYK m. II f. 3 çerçevesinde, "*tesirsiz olma*" (*uncertainty*) kapsamında patolojik olarak değerlendirilir[589].

Tahkim iradesinin açık ve kesin olmaması durumunda, tahkim anlaşması, uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde görülmesi yolunu engellemeyecektir[590]. Tahkim iradesinin açık ve kesin olmadığı tahkim anlaşmaları, devlet mahkemelerinin yetkisini tümüyle ortadan kaldırmaması sebebiyle, olumsuz etkisini de yerine getiremeyen tahkim anlaşmaları olacaktır. Aynı zamanda, tahkim iradesinin açık olmaması *Eisemann'*ın ifade ettiği tahkim işlevlerinden "*en azından hakemler tarafından hüküm verilene kadar devlet mahkemesinin uyuşmazlığın çözümüne müdahalesini engelleme"* ve "*uyuşmazlıkların çözümünde hakemlere taraflar aleyhine hüküm verme yetkisi tanıma"* işlevlerini yerine getirmesini engelleyecektir.

Yukarıda da değinildiği üzere, tahkim kelimesinin tahkim anlaşmasında kullanılması, tahkim iradesini ortaya koyma noktasında yeterli görülmüş ve tahkim iradesi doktrinde "tahkim" kelimesi ile bağlantılı kabul edilmiştir[591] . Yargıtay da bir kararında, *"Anlaşmazlıklar kurum tarafından çözüme kavuşturulur. Anlaşmazlıklar hakkındaki Kurul kararları bağlayıcıdır."* şeklindeki şartı, içinde tahkim kelimesi geçmemesi sebebiyle kesin bir tahkim iradesi içermediğini ifade ederek, şartın geçersiz olduğuna hükmetmiştir[592]. Ancak Yargıtay'ın

---

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 12.04.2005 tarihli E. 2004/6686 K. 2005/3600 sayılı kararında *"Kural olarak, hukuki uyuşmazlıkların çözüm yeri, mahkemelerdir. Ancak, bir sözleşmenin tarafları, kamu düzenini ilgilendirmeyen ve arzularına bağlı olan konularda, aralarında çıkacak uyuşmazlıkların halli için tahkim yolunu seçebilirler.(HUMK 516.m.). Bu takdirde, tahkim sözleşmesinde veya şartında, açıklık ve kesinlik bulunması, tahkimin en esaslı unsurunu oluşturur. Aksi halde, tahkim sözleşmesi veya şartı geçersiz duruma gelir ve uyuşmazlığa mahkemelerce bakılması gerekir.*
Somut olayda, taraflar arasında yapılan 14.01.1995 tarihli İnşaat Sözleşmesinin tahkime ilişkin "Hukuki Durum" başlıklı 18. maddesinde " Bu sözleşme hüküm ve tatbikinden doğabilecek davalar önce Bayındırlık Bakanlığı Müdürlüğünden istenecek üç kişilik tetkik elemanlarından oluşan hakem heyetine sunulacak buradan da bir sonuç alınmaması halinde Gebze mahkemelerince çözümlenecektir" şeklinde yer alan ifade karşısında taraflar arasında kararlaştırılan tahkim şartı, taraflara hakemden sonra mahkemeye gitme yetkisi verdiğine ve uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmediğine göre açıklık ve kesinlik unsuru taşımadığından geçersizdir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 13.03.2020). Karar hakkında değerlendirme için bkz. **Ekşi**, HMK, s. 73.

[589] **Molfa**, s. 164.

[590] **Demirkol**, Mutlak Olmayan, s. 339.

[591] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 141; **Aydemir**, s. 160; **Aydın**, s. 19.

[592] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 29.05.2012 tarihli E. 2012/4065 K. 2012/9080 sayılı kararı; *"Tahkim iradesi, hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafın hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır. Sistem kullanım Anlaşmasının 14. maddesinde ise "Tarafların anlaşmazlığın çözümü konusunda*

"tahkim" ya da "hakem" kelimesi bulunmasa dahi, tahkim iradesinin açık şekilde anlaşıldığı bir tahkim anlaşmasını geçerli kabul ettiği eski tarihli bir kararı da mevcuttur[593].

Taraflar hakem kararlarının tenfizi davalarında, tenfize yetkili mahkemeyi aralarında bir yetki sözleşmesi imzalayarak kararlaştırabilirler[594]. Bu yetki sözleşmesi tahkim iradesinde bir çelişki doğurmayacaktır. Ancak tarafların tahkim iradesinde tereddüte yol açmamak için akdedilen yetki sözleşmesinde, mahkemenin tenfiz davasında yetkili olduğu açık şekilde belirtilmelidir[595].

b. Başvurunun Zorunlu Tutulmadığı Tahkim Anlaşmaları

Tahkim iradesinin açık ve kesin olmadığı durumlarda tahkim anlaşmasının geçerli olmamasının bir yansıması olarak tahkimin zorunlu tutulmadığı anlaşmalar da NYK m. II f. 3 çerçevesinde, "*tesirsiz olma*" (*uncertainty*) kapsamında patolojik olarak değerlendirilir[596]. Bu şekilde düzenlenen tahkim anlaşmaları Eisemann'ın kriterlerinden; birincisi olan "*taraflar açısından bağlayıcı sonuç doğurabilme* kriterini "ve ikincisi olan "*en azından hakemler tarafından hüküm verilene kadar devlet mahkemesinin uyuşmazlığın çözümüne müdahalesini*

---

kuruma yazılı olarak başvuruda bulunabilir." ifadesi ile kesin bir tahkim iradesinden ve tahkim şartından söz edilemeyeceğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenerek varılacak uygun sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın usülden reddi doğru görülmemiştir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 14.04.2020).

[593] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 18.05.1981 tarihli E. …/1134 K. 1981/1163 sayılı kararı; *"30 Mayıs 1977 tarihli sözleşmenin 10. Maddesi ile yollama yapılan özel şartnamenin 24. Maddesinin (şartname ve ana sözleşme hükümlerinin uygulanması sırasında kooperatif ile müteahhit arasında çıkacak herhangi bir uyuşmazlık olursa bu uyuşmazlık kooperatifin bağlı bulunduğu kooperatifler Kütahya İl Müdürlüğü ve Kooperatifler Eskişehir 5. Bölge Müdürlüğü Elemanlarınca çözümlenir. Taraflar bununla yetinmezlerse meselenin çözümünde Simav Mahkemeleri ve icra daireleri yetkilidir.) hükmüne dayanılarak yerel mahkemece, davanın tahkim yoluyla görülmesi gerektiğinden görevsizlik kararı verilmiş ise de; … mahkemenin yetkili olduğu veya bu yolla halledilemediği takdirde mahkemeye gidileceği yahut … yer mahkemesinin yetkili olduğu doğrultusunda konulan kayıt tahkim şartını hükümsüz kılar. Öyle ise: yanların kararlaştırmalarında tahkim şartının yanında yetki şartının da bulunması tahkim şartını geçersiz hale getirdiğinden bu konudaki itirazın reddi ile işin esası incelenmek suretiyle sonuca göre bir karar vermek gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru değildir."* (**Ertekin/Karataş**, s. 51 dn. 39).

[594] MÖHUK m. 60 f. 2 *"Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir…"*

[595] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 468.
Tahkim iradesinin açık ve kesin olmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının patolojik hale gelmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II / C / 2 / a.

[596] **Molfa**, s. 164, 179.

engelleme" kriterlerini sağlamamaktadır[597]. Örneğin *" …tahkime gidilebilir…"* şeklinde düzenlenen bir tahkim anlaşması, uyuşmazlığın mutlak olarak tahkimde görülmesini gerektirir bir ifade olmaması sebebiyle bu tip patolojiye girecektir[598].

Tezimizin birinci bölümünde ifade edildiği üzere, tahkim anlaşmasının iki etkisi bulunmaktadır. Tahkim mahkemelerine yetki vermesi yönü ile olumlu etki, devlet mahkemelerine gitmeyi engelleme yönüyle olumsuz etki. Başvurunun zorunlu tutulmadığı hallerde, tahkim anlaşması olumlu etkisini doğurup hakem mahkemesine yetki verirken, olumsuz yetkisini sağlamaz ve devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmaz. Bu sebeple, tahkimin zorunlu tutulmadığı tahkim anlaşmaları kanaatimizce de geçersiz kabul edilmelidir çünkü tahkim anlaşmasının iki önemli etkisini birlikte sağlamamaktadır.

İngiliz Mahkemesi de bir kararında, yetki şartı tesisinde olduğu gibi; tahkim anlaşmasının da, uyuşmazlığın *"diğer mercilerde karara bağlanmasını engelleyici niteliği"*ni açık şekilde ortaya koyacak biçimde düzenlenmesi gerektiğine vurgu yapmıştır[599]. **Amerikan Yerel Mahkemesi** ise, tarafların *"… tahkime gidebilir"* şeklinde düzenlediği tahkim anlaşmasını, taraflardan biri tahkime davet edene kadar isteğe bağlı tahkim *(permissive arbitration)* olarak nitelendirmiştir ve taraflardan biri tahkime başvurduktan sonra tahkimin taraflar için artık zorunlu hale geleceğine karar vermiştir[600]. Tarafların arasında *"…tahkime gidebilir[601]"* şeklinde düzenlendiği bir tahkim anlaşması bulunan başka bir davada ise davacı *"...gidebilir"* ifadesi nedeniyle tahkimin zorunlu olmadığını ancak iki tarafın da anlaşması durumunda tahkimin zorunlu hale geleceğini iddia etmiş ancak **Hong Kong Mahkemesi** bu itirazı reddetmiştir[602].

---

[597] **Davis**, s. 368; **Tolkušinas**, s. 33.

[598] **Tweeddale/Tweeddale**, s. 117; **Molfa**, s. 164, 179; **Demirkol**, Mutlak Olmayan, s. 333; **Tolkušinas**, s. 33; **Jain**, s. 441.

[599] *Anzen Limited and Others (Appellants) v. Hermes One Limited (Respondent) (British Virgin Island)* [2016] UKPC 1 (18.01.2016), kararla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Demirkol**, Mutlak Olmayan, s. 333-334.

[600] *Cravat Cool Export Company Inc. v. Taiwan Power Company*, USDC Eastern District OF Kentucky, Civil Action No.90-11 05.03.1999; bkz. **Davis**, s. 367.

[601] *"In case of any incompleteness of the contract, both parties shall reach settlement through friendly consultations. If settlement cannot be reached through consultations, the matter **may** be submitted for arbitration to the Foreign Economic and Trade Arbitration Commission of the China Committee for the Promotion of International Trade."*

[602] China State Construction Engineering Corp Guangdong Branch V Madiford Ltd - [1992] 1 Hkc 320 Bkz. http://neil-kaplan.com/wp-content/uploads/2013/08/China-State-Construction-Engineering-Corporate-Guangdong-Branch-v-Madiford-Ltd-HCA6563-of-1991.pdf (Erişim tarihi: 29.08.2020).

Hindistan da ise benzer şekilde *"…. tahkime gidebilir"*[603] ifadesi ile düzenlenen bir tahkim anlaşmasında, tahkime gitmek istemeyen tarafın itirazı üzerine Mahkeme tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna hükmetmiş ve tarafların yeni bir tahkim anlaşması yapması gerektiğini ifade etmiştir[604]. Görüldüğü üzere, tahkimin zorunlu tutulmadığı tahkim anlaşmalarında, tahkimden kaçınmak isteyen taraf bu zorunlu olmayan dile güvenerek tahkim anlaşmasını geçersiz hale getirebilecektir[605].

Türk hukukunda Yargıtayca tahkimin zorunlu tutulmadığı tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmemektedir[606]. Yargıtayca benimsenen tahkim iradesinin açık ve kesin olması gerektiği görüşü sebebiyle, bu tip patolojik tahkim anlaşmalarının Türk hukukunda geçerli olmayacağı görüşüne katılmaktayız[607].

c. Incorporation Yoluyla Kurulan Tahkim Anlaşmaları

Incorporation yoluyla kurulan tahkimin, tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yoluyla yapılan tahkim anlaşmaları olduğuna yukarıda da değinilmişti[608]. UNCITRAL Model Kanun m. 7 f. 6[609] incorporation yoluyla tahkim anlaşması yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Türk hukukunda

---

[603] *"It is also agreed by and between the parties that any dispute or differences arising in connection with these presents may be referred to arbitration in pursuance of the Arbitration Act, 1947, by each party appointing one arbitrator and the arbitrators so appointed selecting an umpire. The venue of arbitration shall be at Bombay."*

[604] *Wellington Associates Ltd. v. Kirit Mehta* [AIR 2000 SC 1379] https://indiankanoon.org/doc/1604568/ (Erişim Tarihi: 26.09.2020) ayrıca bkz. **Jain**, s. 441.

[605] **Jain**, s. 411.

[606] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 30.11.1981 tarihli E. .../2124 K. 1981/2413 sayılı kararı *"Usulün 516 ve onu takip eden maddeleri ile düzenlenen tahkim müessesinde yanların bir tahkim mukavelesi yapmak yahut bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerinin başka bir deyişle aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi doğrultusundaki irade beyanlarının tahkim mukavelesinde açıkça belirtilmesi gerekir. Tahkim şartının açık ve seçik kesin olması, eleştiri ve değerlendirmeye meydan vermemesi gerekir. Bu nedenle olayımızda olduğu gibi … (çözebilirler), bununla yetinmezlerse meselenin çözümünde mahkemenin yetkili olduğu veya bu yolla halledilemediği takdirde mahkemeye gidileceği yahut … yer mahkemesini yetkili odluğu doğrultusunda konulan kayıt tahkim şartını hükümsüz kılar …"* (**Ertekin/Karataş**, s. 55).

[607] **Demirkol**, Mutlak Olmayan, s. 333; **Aydın**, s. 83.

[608] **Pekcanıtez/Yeşilırmak,** Pekcanıtez Usul, s. 2662; **Ekşi**, HMK, s. 79; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret s. 169; **Nomer /Ekşi / Öztekin Gelgel**, s. 54; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 355; **Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman Figanmeşe**, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 661; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 155; **Tweeddale/ Tweeddale**, s. 103; **Demir Gökyayla,** Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim, s. 164; **Şensöz**, Tahkim, s. 180; **Özel,** Tenfiz Engeli, s. 317; **İlhan**, s. 91; **Aydemir**, s. 210-211; **Aydın**, s. 23.

[609] *"(6) The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract."*

ise MTK m. 4 f. 2 ve HMK m. 412 f. 3 *"...Esas sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır."* hükmü ile incorporation yoluyla tahkimi kabul etmiştir.

Incorporation yoluyla sözleşmeye eklenen metinler, sözleşmenin bir hükmü niteliğinde sayılır[610]. Bu tür tahkim anlaşmalarında, şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı doktrinde tartışmalıdır[611]. Bu sebeple incorporation yoluyla yapılan bir tahkim anlaşmasında, tarafların tahkime ilişkin iradelerinin değerlendirilmesi oldukça önemlidir[612].

Türk hukukunda tahkim şartı içeren belgeye genel atıf yapılması ile geçerli bir tahkim anlaşması yapılabileceğini kabul eden görüşle[613] birlikte Yargıtay'ın kararları[614] da mevcuttur. Ancak tahkim anlaşması için Türk hukukunda açık irade açıklaması gerekmesi sebebiyle, tahkime açıkça atıf yapılmadıkça, genel bir atfın tahkim şartını kapsamayacağını, bunun MTK'nın tarafların iradesini arayan 4. Maddesine aykırı olacağını kabul eden görüşler de mevcuttur[615].

Doktrinde *Nomer / Ekşi /Öztekin Gelgel*, bu tip tahkim iradelerinin, klasik yolla gerçekleştirilen tahkim yöntemlerine alternatif yeni bir yöntem olduğunu ifade etmektedir[616]. Kanaatimizce, bu görüşün kabul edilmesi halinde, incorporation tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin yazılı bir şekil şartına bağlanmayacağı, yazılı bir tahkim şartı ya da sözleşmesi aranmaması gerektiği yorumu yapılabilecektir.

---

[610] **Ekşi**, Deniz Ticareti, s. 26; **Ekşi**, HMK, s. 79; **Ekşi**, Incorporation, s. 276.

[611] **Cemal Şanlı**, Konişmentonun Devri, Alacağın temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği (773-790), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C.22 S. 2, İstanbul, 2002, s. 773-774; **Ekşi**, HMK, s. 79; **Berk Demirkol,** Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması (1323-1360), *Public and Private International Law Bulletin,* Cilt:40, Sayı:2, İstanbul, 2020, s. 1344-1345.

[612] **Zengin**, s. 148; **Aydın**, s. 84.

[613] **Erdem**, s. 537; **Demirkol**, Genel İşlem Şartı, s. 1345.

[614] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 08.05.1997 tarihli E. 1996/9619 K. 1997/4669 sayılı kararı: *"…Bu durumda taraflar arasında geçerli bir alım satım sözleşmesi kurulduğundan ve bu sözleşme koşullarının bizzat davalı tarafından FOSFA kurallarına tabi olduğu belirtildiğinden (19.02.1991 ve 8.03.1991 tarihli yazılar) davacının FOSFA kurallarına göre hakem heyetine başvurarak aldığı kararın tenfizini isteyebilir. Mahkemece tenfiz için gerekli diğer koşulların varlığı halinde tenfiz talebinin kabulü gerekir. Bu yönler gözetilmeden yazılı gerekçeyle tenfiz talebinin reddedilmesinde isabet görülmemiştir..."* www.legalbank.net (Erişim tarihi: 23.09.2020).

[615] **Esen**, Tahkim Anlaşmasının Teşmili, s. 164; **Şanlı,** Konişmento, s. 774.

[616] **Nomer /Ekşi / Öztekin Gelgel**, s. 54; **Ekşi**, HMK, s. 79.

Doktrinde, genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin incorporation yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarına ilişkin düzenlemelere de uygulanabileceğine, zira bir genel işlem koşulunun incorporation (atıf) yoluyla yapılması ile, bağımsız bir sözleşme olarak yapılması arasında bir fark bulunmadığına ilişkin bir görüş mevcuttur[617]. Incorporation yoluyla gerçekleştirilen tahkim anlaşmalarının genel işlem koşulu olarak kabul edildiği haller aşağıda incelenmiştir.

d. Genel İşlem Koşulu Şeklinde Düzenlenen Tahkim Anlaşmaları

Türk hukuku açısından TBK m. 20[618]'de düzenlenen Genel İşlem Koşulu[619] şeklinde kurulan tahkim anlaşmalarının geçerliliği de tartışmalıdır[620]. Genel işlem koşulları, kabul edecek tarafın müdahalesine başka bir ifadeyle müzakereye kapalı olması yönüyle, diğer sözleşmelerden ayrılmaktadır[621]. Genel işlem koşulları, tek taraflı olarak düzenleyen tarafça önceden hazırlanır ve diğer tarafın müdahalesi olmaksızın kabulü ile sözleşmeye dahil edilir[622].

Genel işlem koşulu olarak düzenlenmiş tahkim anlaşmaları, tarafların tahkime gitme konusunda gerçek ve kesin iradeleri bulunmuyorsa patolojik olarak değerlendirilebilir. Zira bir genel işlem koşulu, tarafların *serbest ve gerçek* iradeleri bulunması durumunda geçerli olarak kabul edilir[623].

Tahkime ilişkin şartların da kabul edildiğine ilişkin ayrıca bir ibare bulunan genel işlem koşullarının geçerliliğinin tartışmaya kapalı olduğu ifade edilmekle birlikte, tahkim iradesine ilişkin bir ibare bulunmayan genel işlem koşullarının tahkim yönünden tarafları bağlayıcılığı

---

[617] **Zengin**, s. 150.
[618] TBK m. 20 *"Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir."* https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf (Erişim Tarihi: 11.02.2020).
[619] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Muzaffer Şeker**, Yazılmamış Sayılma, İstanbul, 2015.
[620] **Ekşi**, HMK, s. 80; **Polat**, s. 24; **Zengin**, s. 130.
[621] **Muzaffer Şeker**, Yazılmamış Sayılma, İstanbul, 2015, s. 13; **Zengin**, s. 130, 137.
[622] **Hüseyin Hatemi**/**Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul, 2017, s. 63; **M. Kemal Oğuzman** / **M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 12. Bası, İstanbul, 2014, s. 165; **Şeker**, s. 12-13.
[623] **Zengin**, s. 131.

tartışılmaktadır[624]. Bu noktada, genel işlem koşulunu tartışmadan imzalayan tarafa tahkim şartı anlatılmadığı durumda, tahkime ilişkin iradesi tartışmalı hale gelecektir.

Genel işlem koşullarının geçerliliği, bağlayıcılık/yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimlerine tabiidir[625]. Bir tahkim anlaşması genel işlem koşulu olarak kabul edilmişse bu denetimlerden geçtiği taktirde geçerli hale gelecektir.

TBK m.21 kapsamında yürürlük denetiminde bir genel işlem koşulu ancak kabul eden tarafça incelenmiş ve tüm sonuçları göz önüne alınarak kabul edilmişse geçerlidir[626]. Genel işlem koşulları yürürlük/bağlayıcılık denetimi kapsamında, (1) tahkim sözleşmesinin karşı tarafın menfaatine aykırı olması, (2) sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafın sözleşme hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirilmemesi, (3) karşı tarafın koşulları kabul etmemesi durumlarında geçersiz kabul edilecektir[627].

Yürürlük denetimi neticesinde geçersizliğin yaptırımının "*yazılmamış sayılma*[628]" olacağı TBK m. 21[629]'de açıkça öngörülmüşse de bu yaptırımın bir yokluk[630] mu kesin hükümsüzlük[631]

---

[624] **Ekşi**, HMK, s. 80.

[625] Denetimler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Muzaffer Şeker**, Yazılmamış Sayılma, İstanbul, 2015; **Zengin**, s. 142 vd.; **Demirkol**, Genel İşlem Şartı, s. 1330 vd.

[626] **Oğzuman/Öz**, s. 167; **Ekşi**, Incorporation, s. 275-276; **Mustafa Arıkan**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi (19-28), *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 3, 2012, s. 21; **Demirkol**, Genel İşlem Şartı, s.1333-1348.

[627] **İlhan**, s. 203; **Zengin**, s. 142; **Demirkol**, Genel İşlem Şartı, s. 1333.

[628] Yazılmamış sayılma kavramı, "*sözleşmenin içeriğinden sayılmama*", sözleşmenin kapsamına girmeme, girememe olarak ifade edilebilir. Bkz. **Şeker**, s. 31-34.

[629] TBK m. 21 "*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*"

[630] Bir sözleşmenin kurucu unsurlarında eksiklik mevcutsa bu sözleşme yoktur, başka bir ifadeyle yokluk sebebi ile hükümsüz olacaktır. Yokluk herkes tarafından ileri sürülebilir ve hâkim re'sen inceleyebilir. Borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşmenin yokluğu için dava açılmasına gerek olmadığı gibi bir mahkeme kararına da ihtiyaç yoktur. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 179; **Hatemi/Göyayla**, s.71; **Şeker**, s.63-64.
Şeker, "yazılmamış sayılma"nın geçersizlik yaptırımlarından yokluktan ayrılarak kısmi yokluk olduğu kanaatindedir. Bkz. **Şeker**, s. 172.
Oğuzman/Öz, "yazılmamış sayılma" denilerek yokluğun amaçlandığı kanaatindedir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 168.

[631] Kurucu unsurlarında eksiklik olmamakla birlikte, sözleşmenin, kanunun emredici hükümlerine aykırı olması, ahlaka aykırı olması, kamu düzenine aykırı olması, kişilik haklarına aykırı olması ya da konusunun imkânsız olması gibi geçerliliğe ilişkin şartlarında hukuka aykırılık olması durumunda sözleşme kesin hükümsüz ile geçersiz olur. Kesin hükümsüzlüğü herkes tarafından ileri sürülebilir. Borçlar hukuku kapsamında kesin hükümsüzlük için bir dava açılmasına gerek yoktur. Kesin hükümsüz işlemler, kurucu unsurlarında eksik bulunmamasına karşın,

mü yoksa kısmi hükümsüzlük[632] mü olduğu doktrinde tartışmalıdır. Genel işlem koşulu olan her sözleşme, geçersiz sayılmayacak, diğer bir ifadeyle yazılmamış sayılma yaptırımına maruz kalmayacaktır[633].

TBK m. 23 kapsamında yorum denetiminde, bir genel işlem koşulu birden fazla anlam içeriyorsa, anlaşmayı düzenleyenin aleyhine yorumlanır, ancak bu hüküm tahkim hükümleri açısından, tahkim anlaşmasını geçerli kılacak şekilde yorumlanamayacaktır[634].

Genel işlem koşulları, içerik denetimi kapsamında TBK m. 25[635] uyarınca tahkim şartının dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya durumu ağırlaştırıcı nitelikte düzenlenmesi durumunda geçersiz hale gelecektir[636]. TBK m. 25'de *"Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz."* hükmü ile tarafın aleyhine veya durumunu ağırlaştırıcı genel işlem koşullarının geçersiz sayılacağını hükme bağlamıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, tahkim şartı başlı başına, karşı tarafın aleyhine olan bir hüküm olarak kabul edilemez[637].

Ayrıca genel işlem koşulları, doktrinde esasa ilişkin bir konu olarak kabul edilmektedir[638] ve esasa uygulanacak hukuka tabidir. Bir genel işlem koşulu esasa uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı ise bu halde de geçersiz kabul edilecektir[639].

---

başlangıçtan itibaren hükümsüz kalan işlemlerdir. Kesin hükümsüz işlemler belirli bir süre geçmekle geçerli hale gelmezler. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 179-181; **Hatemi/Göyayla**, s.85-87; **Şeker**, s.67-79.
Arıkan, "yazılmamış sayılma" kavramının bir kesin hükümsüzlük ifade ettiği görüşündedir. Bkz. **Arıkan**, s. 26-27.

[632] Sözleşmedeki geçersiz kısımlar nedeniyle sözleşmenin tümünün geçersiz kabul edilmediği hallerde, geçerlilik şartlarına uymayan kısımların hükümsüz olması kısmi hükümsüzlük olarak adlandırılır. Ancak geçersiz kısım olmaksızın sözleşme yapılamayacak ise o halde sözleşme bir bütün olarak geçersiz olur. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 185-188; **Hatemi/Göyayla**, s.87-88; **Şeker**, s.81-92.
Hatemi/Gökyayla "yazılmamış sayılma" durumunda yaptırımın kısmi hükümsüzlük olduğu kanaatindedir. Bzk. **Hatemi/Göyayla**, s. 65-66.

[633] **Oğzuman/Öz**, s. 167; **Zengin**, s. 142.

[634] **Zengin**, s. 144; **Demirkol**, Genel İşlem Şartı, s. 1330-1331.

[635] TBK m. 25 *"Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz."*

[636] **İlhan**, s. 203; **Polat**, s. 25; **Zengin**, s. 144-145; **Demirkol**, Genel İşlem Şartı, s. 1332, 1349 vd.

[637] **İlhan**, s. 204; **Demirkol**, Genel İşlem Şartı, s. 1346, 1351.

[638] **Ekşi**, Incorporation, s. 276.; **Zengin**, s. 130,134.

[639] **Ekşi**, Incorporation, s. 276.

Türk hukuku açısından genel işlem koşulu şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmalarının akıbetinin ne olacağı tartışma konusu olmakla birlikte, Yargıtay bir kararında, genel işlem koşulunu imzalayan tarafın özellikle tahkim anlaşması hususunda bilgilendirildiğine ilişkin yeterli delilin bulunmaması sebebiyle ve tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerekliliği nedeniyle, genel işlem koşulu şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna hükmetmiştir[640].

e. Taraflar Arasında Birden Fazla Sözleşmede Bulunan Farklı Tahkim Kayıtlarının Çelişkili Olduğu Tahkim Anlaşmaları

Taraflar arasında birden fazla sözleşme imzalanması halinde, bu sözleşmelerde farklı uyuşmazlık çözüm yolları kabul edilmesi durumunda da patolojik bir tahkim anlaşması ortaya çıkmış olacaktır[641]. Bu durumda ortaya çıkacak olan uyuşmazlığın nasıl çözümleneceği tartışma konusu olur ve paralel yargılamalar yürütülmesi riski ortaya çıkar[642].

Doktrinde bu tip patolojik tahkim anlaşmalarında, imzalanan sözleşmelerin kronolojik sırasına bakılarak bir çözüm elde edilmesi gerektiği, sonraki tarihli sözleşmenin önceki tarihli

---

[640] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 25.09.2006 tarihli E. 2006/7789 K. 2006/12275 sayılı kararı; *"Dava, paket-tur sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Davacı Zeynep ile davalının imzasını taşıyan 11.11.2003 tarihli sözleşmenin 19. maddesi "bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Tursab Tahkim Kurulu ve usulleri yetkili olup, sözleşmeye konu ürünün kusurlu olarak sunulması durumunda, bu kusurların tespiti ve tazmini ile ilgili olarak, Tursab Tüketici Taleplerini Değerlendirme Çizelgesi hükümlerinin uygulanacağını tüketici kabul ve beyan etmektedir" hükümlerini içermektedir. Mahkemece, açıklanan sözleşme hükmüne göre görevsizlik kararı verilmiştir. Kural, bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında tarafların bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerini, başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir. HUMK'nın 517/2. maddesi hükmü gereğince, yazılı şekil, tahkim sözleşmesi için geçerlilik şartıdır. Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi geçersizdir. Davalının dayandığı paket-tur sözleşmesinde davacılardan Hülya'nın imzası bulunmadığına göre, bu davacı açısından geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz etmek olanaksızdır….*
Somut olayda, paket-tur sözleşmesinin genel işlem şartlarını da içerir şekilde davalı tarafından düzenlenen ve standart nitelikte bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle, tahkim şartına ilişkin maddenin davacı tüketici Zeynep ile müzakere edilerek karşılıklı mutabakatla hüküm altına alındığına ilişkin bir delilin varlığı iddia ve ispat edilememiştir. Bu nedenle, davacı tüketici Zeynep ve Hülya ile davalı arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünde Tüketici Mahkemelerinin görevini ortadan kaldıran 19. maddenin bu davacı açısından bağlayıcılığı yoktur..." www.legalbank.net (Erişim tarihi:04.03.2020).
[641] **Born**, C. I, s. 1110; **Aydın**, s. 86.
[642] **Born**, C. I, s. 1110.

sözleşmeye göre öncelikli olarak uygulanması gerektiği ifade edilmektedir[643]. Ancak kanaatimizce, sözleşmeler arasında bir bağ olmaması durumunda, yalnızca tarafların aynı olması sebebi ile, aynı hukuki ilişkiden kaynaklanmayan uyuşmazlıklarda bu çözüm yolu kabul edilemez. Türk hukuku bakımından ise Yargıtay'ın, taraflar arasında imzalanan sözleşmelerden birinde tahkim şartı bulunmaması sebebiyle, bu sözleşmeye ilişkin kararın tenfiz edilemeyeceğine ilişkin kararı mevcuttur[644].

Benzer bir patoloji olarak, taraflar arasında akdedilen tahkim anlaşmasının, birden fazla dilde düzenlenmesi ve farklı dillerdeki tahkim anlaşmaları arasında farklılıklar bulunması da, tahkim anlaşmasının geçerliliğini tartışmalı hale getirecektir[645].

3. Tahkim Anlaşmasındaki Hata, Çelişki veya Eksiklikler Nedeniyle Ortaya Çıkan Patoloji

a. Yetkili Kılınan Kurumsal Tahkim Merkezinin Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmaları

Aralarında tahkim anlaşması akdetmek isteyen taraflar, hakemlerin sayısı, tayini, tahkimin süresi, kullanılacak dil gibi hususları tek tek düzenlemek yerine, tüm bunları düzenleyen kuralları bulunan bir tahkim merkezini, tek bir cümle ile yetkilendirerek konuyu düzenleyebilmektedirler[646]. Ancak taraflar, bahsi geçen tek bir cümle içinde, tahkim merkezini yanlış belirterek tahkim anlaşmalarını patolojik hale getirebilirler[647].

---

[643] **Aydın**, s. 87-88.

[644] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 03.06.2002 tarihli E. 2001/9357 K. 2002/4209 sayılı kararı; *"Davalı savunmasında, davacı ile aralarında üç adet sözleşme bulunduğunu, 16.03.1998, 17.04.1998 tarihli sözleşmelerde tahkim şartı bulunmadığını, hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğunu ve kısmi tenfizin de mümkün olmadığını beyan ederek davanın reddini istemiştir.*
Mahkemece, taraflar arasındaki sözleşmelerin birlikte yorumlanması sonucu tahkim şartının geçerli olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir… 11.03.1998 tarihli sözleşmede uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi kararlaştırılmış olup, 17.04.1998 tarihli sözleşmede anılan sözleşmeye atıf yaptığından bu sözleşmede de hakem şartının mevcut olduğu anlaşılmaktadır.
Ancak, 16.03.1998 tarihli sözleşmede ise hakem şartı mevcut değildir. Bu halde, 16.03.1998 tarihli sözleşmeden doğacak uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkün değildir.
MÖHUK'un 45/h maddesi hükmüne göre, mahkeme hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise (bu kısım hakkında) yabancı hakem kararının tenfiz istemini reddeder." www.legalbank.net (Erişim tarihi: 03.03.2020).

[645] **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 81.

[646] **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 80.

[647] **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 264; **Molfa**, s. 164-165, 181; **Moses**, s. 43;**Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 81; **Aydın**, s. 119.

Tahkim anlaşmasında, tarafların tahkim iradesinde bir tereddüt bulunmamakla birlikte, yetkilendirilen kurumsal tahkim merkezinin açık ve net olmadığı başka bir ifadeyle hangi kurumsal tahkim merkezinin yetkilendirildiğinin belirli olmadığı tahkim anlaşmaları bu tip patolojik tahkim anlaşmalarını oluşturur[648]. Yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin belirli olmadığı tahkim anlaşmaları, Eisemann'ın tahkim anlaşmasında bulunması gereken dört işlevinden, "*taraflar açısından bağlayıcı sonuç doğurabilme", "en azından hakemler tarafından hüküm verilene kadar devlet mahkemesinin uyuşmazlığın çözümüne müdahalesini engelleme" ve "cebri icraya konu olabilecek bir hükmün verilmesine elverişli bir prosedürün uygulanması"* işlevlerini sağlamamaktadır[649]. Yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin belirli olmadığı tahkim anlaşmaları aynı zamanda, NYK m. II/3 kapsamında tatbiki imkanız olması (*Inoperability*) nedeniyle geçersiz yani patolojik hale gelecektir[650].

Mukayeseli hukuk doktrininde bu tür patolojik tahkim anlaşmalarının geçerliliğine yönelik; bazı görüşlerce, tahkim anlaşmasında iradenin net olması sebebi ile kurumsal tahkime ilişkin şart dışında sözleşmenin geri kalanının geçerli kabul edilerek, ad hoc tahkime yönelik bir tahkim anlaşmasının varlığı kabul edilmek suretiyle geçerli sayılacağı savunulurken[651]; bazı görüşler, yorum yolu ile benzerlik arz eden mevcut tahkim kurumlarına atıf yapılmış sayılarak geçerli kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır[652].

Ancak belirtmek gerekir ki, her zaman yorum yolu ile belirsiz tahkim merkezine atıf yapılan tahkim anlaşmasını geçerli kılmak mümkün değildir[653]. Yorumla iyileştirilebilir patolojik tahkim anlaşmalarını diğerlerinden ayıran en önemli husus, tahkim anlaşmasının geçerli kabul edilmesi durumunda, kurumsal tahkim merkezinin yeterli derecede açık olmasıdır[654]. Örneğin "*ICC Cenova*" şeklinde düzenlenen bir tahkim anlaşması yorumlandığında; tarafların tahkime ilişkin iradeleri açık olduğu kesindir ancak tarafların Cenova'da ICC kuralları çerçevesinde bir tahkim mi istediği yoksa ICC tahkim seçerek, tahkim yerini Cenova olarak belirlemek

---

[648] **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 82 dn. 7.
[649] **Tolkušinas**, s. 35.
[650] **Molfa**, s. 181.
[651] **Born**, C. I, s. 679-680.
[652] **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 264; **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 83, 99; **Qian / Guo,** s. 117.
[653] **Molfa**, s. 181.
[654] **Molfa**, s. 182.

istediklerinin mi ima edildiği net şekilde anlaşılmamaktadır, ancak yorumlanabilir bir kloz olduğu görülür[655].

Bu tür patolojik tahkim anlaşmalarını geçerli sayılmasına yönelik bir tutum bulunmakla birlikte; doktrinde tahkim anlaşmasında esaslı unsurların asgari ölçüde belirli olması gerekliliği sebebiyle hem yetkilendirilen kurumsal tahkim merkezinin hem de tahkim yerinin belirli olmadığı patolojik tahkim anlaşmalarının ad hoc tahkim dahi sayılamayacağı ve geçersiz sayılması gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur[656].

Türk hukukunda da, *"çıkacak ihtilafların Londara'daki Uluslararası Hakem mahkemesi'nde çözümleneceği"* şeklinde düzenlenen bir tahkim şartına ilişkin, taraflardan biri Paris'te bulunan MTO (ICC) hakem mahkemesine başvurmuş ve bu başvuru sonucu verilen hakem mahkemesi kararını Türkiye'de tenfiz ettirmek istemiş, diğer taraf ise *"tahkim şartında belirtilen bir hakem veya mahkeme heyetinin İngiltere'de bulunmadığı, ICC olarak Paris Fransa'da bulunduğu, davacı tarafından da ICC Paris Fransa'da bulunan tahkim kuruluna müracaat edilerek hakem kararı alındığı, net olmayan bir tahkim yeri gösterilmesi sebebiyle tahkim şartının yok hükmünde olduğu"* itirazında bulunmuştur ve birinci derece mahkemesi hakem kararını tenfiz kararı vermiştir. Davalı sözleşmedeki hakem şartının yok hükmünde olup tenfizinin mümkün olmadığı gerekçesiyle kararı temyiz etmiştir. Yargıtay, birinci derece mahkemesince, Londra'da Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nin varlığı araştırılması yapılmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur[657]. İlk derece mahkemesi Yargıtay kararına uyarak araştırma gerçekleştirmiş ve

---

[655] **Molfa**, s. 181.

[656] **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 98.

[657] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 15.09.2009 tarihli E. 2009/5703 K. 2009/8256 sayılı kararında; "*Davacı vekili, taraflar arasında milletlerarası tahkim sözleşmesini ihtiva eden 31 Mart 2006 tarihli İngiltere Birleşik Kraliyeti İzmir Başkonsolosluğu'nca tasdikli Tedarik ve Satın Alım Münhasır Genel Bayiliği Sözleşmesi (EPAA) yapıldığını, sözleşmenin davalı yanca ihlalleri ve faturalanmış borçlarını da ödememesi nedeniyle davacının tahkim maddesi gereği davalı aleyhine (ICC) Milletlerarası Tahkim Mahkemesinde dava açtığı, mahkemece davalı aleyhine tazminata hükmolunup kararın kesinleştiğini belirterek tahkim mahkemesi kararının tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir…*

Mahkemece, iddia, savunma, kesinleşmiş hakem kararının Türkçe'ye çevirisi, taraflar arasındaki sözleşmenin (10.) maddesindeki tahkim şartı, bu tahkim maddesine uygun olarak verilen ve kesinleşen tahkim kararı, Newyork Sözleşmesi, yasal düzenlemeler, tahkim kararında kamu düzenine aykırı bir yön bulunmamasına göre davanın kabulüne, dosyada aslı bulunan ICC Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nin 19.06.2008 tarih, 14796/JEM numaralı kararının aynen tenfizine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir…

Anılan maddeye göre taraflar arasında çıkacak ihtilafların çözümü İngiltere'deki Uluslararası Tahkim Mahkemesinde çözümlenmesi gerekmekte ise de, davacı taraf Londra'daki Uluslararası Tahkim Mahkemesi

Londra'da bir Uluslararası Tahkim Merkezi bulunduğu belirlenmiştir ancak yetki yönünden tenfizin reddine karar vermiştir. Bu karar üzerine davacı tenfiz talebinde bulunmuştur ve Yargıtay Londra'da Uluslararası Tahkim Merkezi bulunması ve bu kurumun MTO (ICC)'dan farklı olması sebebiyle, tenfizin reddi kararını yerinde bulmuş, başka bir ifadeyle tahkim anlaşmasını yorumlayarak tahkim şartının MTO (ICC)'yu değil, Londra'daki Uluslararası Tahkim Merkezini yetkilendirdiği sonucuna ulaşmış ve kararın bu merkezde verilmemesi sebebiyle tenfizinin reddini yerinde bulmuştur[658]. Doktrinde bu tür anlaşmazlıklara yol açılmaması için, yapılan atıflarda tahkim merkezlerinin orijinal isimlerinin ya da kısaltmalarının kullanılmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir[659].

Kanaatimizce de, tahkim iradesi tereddüt oluşturmamakla birlikte, atfı yapılan tahkim kurumunun belirli olmadığı, başka bir ifade ile yanlış olduğu tahkim anlaşmalarında yorum yolu

---

yerine merkezi Paris'te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC) Tahkim Mahkemesine başvurmuş ve burası da kendisini yetkili görerek uyuşmazlığı çözmüştür.
Hal böyle olunca öncelikle yapılması gereken iş, Londra'da Uluslararası Tahkim Mahkemesi bulunup bulunmadığı yönünde bir araştırma yapılıp, var ise uyuşmazlığın söz konusu tahkim mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği üzerinde durmaktan ibarettir. Bu yön üzerinde yeterince durulmadan karar verilmesi doğru değildir." www.legalbank.com (Erişim tarihi: 03.03.2020).

[658] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 07.06.2011 tarihli E. 2011/4149 K. 2011/7619 sayılı kararında; *"Davalı vekili, … sözleşmesinin 10. maddesinde ihtilafların çözümünün Londra'daki İngiliz Kanunları tatbiki ile sağlanacağını, ancak 10. maddede belirtilen bir hakem veya mahkeme heyetinin İngiltere'de bulunmadığını, ICC olarak Paris Fransa'da bulunduğunu, davacı tarafından da ICC Paris Fransa'da bulunan tahkim kuruluna müracaat edilerek hakem kararı alındığını, net olmayan bir tahkim yeri gösterilmesi sebebiyle tahkim şartının yok hükmünde olduğunu, bu durumun da MÖHUK'nın 62. maddesine aykırı olduğunu bildirerek tenfiz talebi yönünden davanın reddine karar verilmesini istemiştir. …. Verilen önceki hükmün bozulması üzerine mahkemece bozma ilamına uyulmuş, yapılan yargılama sonucunda Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün cevabi yazısında Londra'da Uluslararası Tahkim Mahkemesi bulunduğu ve halen faaliyetini sürdüğünün belirtildiği, yanlar arasındaki sözleşmeye göre davaya Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nde bakılması gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir. 1- Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve özellikle taraflar arasındaki sözleşmenin 10. maddesinde yer alan tahkim kaydına dayanarak hakem kararının Londra'da verilmiş bulunmasına, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (Court of International Arbitration)'nin uluslararası bir tahkim kurumu olmasına, bu tahkim kurumunun Paris'teki Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi'nden (The International Court of Arbitration of the ICC)'den farklı bulunmasına, Adalet Bakanlığı'nın 22.07.2010 tarihli yazısında Londra'daki Uluslararası Hakemlik Mahkemesinin Paris'te Kurulu Uluslararası Ticaret Odası ICC'den farklı bir kurum olduğunun belirtilmiş olmasına göre davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.*
2- Davalının temyizine gelince;
Tenfizi istenen karar Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi'nce verilmiştir.
Taraflar arasındaki sözleşmede bu kurum tahkim mahkemesi olarak kararlaştırılmadığı için ortada tarafların anlaşmasına uygun hakem mahkemesinden verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Bu durumda tenfiz isteminin mahkemece açıklanan gerekçeyle reddi gerekirken yetki yönünden reddi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir." www.legalbank.com (Erişim tarihi: 03.03.2020).
Karar hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 152-154; **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 116-131.

[659] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 154.

ile tahkim kurumunun yetkilendirilmesi yerinde olacaktır. Zira, bu durumda yorumla iyileştirilebilir bir patolojik tahkim anlaşması bulunmakta ve tahkim anlaşmasının geçerli kabul edilmesi durumunda atıf yapılan kurumsal tahkim merkezi yeterli derecede açık, en azından yorumlanabilir seviyede olacaktır.

b. Yetkili Kılınan Kurumsal Tahkim Merkezinin Mevcut Olmadığı Tahkim Anlaşmaları

Kurumsal tahkim merkezinin belirli olmadığı tahkim anlaşmalarında olduğu gibi, mevcut olmayan bir kurumsal tahkim merkezine atıf yapılmak suretiyle akdedilmiş tahkim anlaşmalarında da tarafların tahkim iradesinde bir tereddüt bulunmamaktadır[660]. Taraflar seçtikleri kurumsal tahkim merkezini açık ve net şekilde ifade etmekle birlikte, herhangi bir ülke ya da uluslararası kurum çerçevesinde bu tanıma uyan bir kurumsal tahkim merkezi bulunmaması sebebiyle, tahkim anlaşması patolojik hale gelmektedir[661].

Yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin belirli olmadığı tahkim anlaşmalarının akdedilmesinde olduğu gibi; bahsi geçen tek bir cümle içinde, mevcut olmayan bir tahkim kurumunu yetkilendirerek düzenlenmesi halinde, tahkim anlaşmalarını patolojik hale getirebilirler[662]. Bu halde de tahkim anlaşması NYK m. II/3 kapsamında tatbiki imkanız olması (*Inoperability*) sebebiyle patolojik hale gelecektir[663]. Eisemann'ın tahkim anlaşmasında bulunması gereken dört temel işlevinden ilki olan "*taraflar açısından bağlayıcı sonuç doğurabilme"* ve "*sonuncu işlev olan cebri icraya konu olabilecek bir hükmün verilmesine elverişli bir prosedürün uygulanması"* işlevlerinin bu tip patolojik tahkim anlaşmalarında sağlanmadığı ifade edilmektedir[664].

Mukayeseli hukuk doktrininde bu tür patolojik tahkim anlaşmalarının genellikle geçerli olduğuna ilişkin kararlar verilmekle birlikte, yine yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin

---

[660] **Born**, C. I, s. 679-680; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 152; **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 81-82.
[661] **Moses**, s. 43; **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 81-82 dn. 6; **Gedik**, s. 94.
[662] **Molfa**, s. 164-165; **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 81; **İlhan,** s. 208; **Aydın**, s. 119.
[663] **Molfa**, s. 181.
[664] **Davis**, s. 379.

belirli olmadığı anlaşmalarda olduğu gibi; bazı ülke mahkemelerince, tahkim iradesinin net olduğu ancak mevcut olmayan tahkim kurumuna atıf yapılması sebebiyle ad hoc tahkime yönelik bir iradenin kabul edileceğine ilişkin kararlar verilmekte[665]; bazı ülke mahkemelerince ise, mevcut olmayan bir tahkim kurumuna yapılan atıf, mevcut bir tahkim kurumunu yetkilendirir şekilde yorumlayarak, tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verilmektedir[666].

Doktrinde yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin mevcut olmadığı tahkim anlaşmalarının patolojikliğini ve yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin belirli olmadığı anlaşmaların patolojikliğini birlikte inceleyen bir görüşe göre, tahkim anlaşmasında esaslı unsurların asgari ölçüde belirli olması gerekliliği sebebiyle, yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin belirli olmadığı anlaşmalardaki tespit, yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin mevcut olmadığı tahkim anlaşmaları için de geçerlidir ve hem yetkilendirilen kurumsal tahkim merkezinin hem de tahkim yerinin mevcut ve belirli olmadığı patolojik tahkim anlaşmalarının ad hoc tahkim dahi sayılamaması ve geçersiz kabul edilmesi gereklidir[667].

Bir "Tahkim Kurumu"nun; (1) beklentilere uygun şekilde varlığını istikrarlı bir şekilde, belirli bir süre boyunca sürdürmesi, (2) sunmayı vadettiği hizmetlerin sınırlarının açık şekilde çizilmiş olması ve son olarak (3) doğrudan, idari ve dolaylı hizmetlerini gerçekleştirmek üzere sürekli bir personeli bulunması unsurlarını sağlaması gereklidir[668].

Taraflarca tahkim anlaşması düzenlendiği sırada mevcut olan bir kurumsal tahkim merkezinin, uyuşmazlık çıktığı esnada faaliyete devam ediyor olması yukarıda da belirtildiği gibi tahkim kurumu olmanın unsurlarından biri kabul edilmektedir. Zira, uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman tahkim merkezinin artık mevcut olmaması durumunda, hakemleri atamaya devlet mahkemeleri de yetkili değilse, tahkim yargılamasının başlaması ve devamı kısmen veya tamamen engellenmiş olacaktır[669]. Taraflarca tahkim anlaşması düzenlendiği sırada mevcut

---

[665] **Born**, C. I, s. 680;
Amerikan ve Hong Kong Hukuklarında bu yönde verilen kararlar için bkz. **Born**, C. I, s. 680; **Aydın**, s. 127.
[666] **Born,** C. I, s. 681; **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 83, 99; **Qian / Guo,** s. 118; **İlhan,** s. 208; **Aydın**, s. 133.
Örneğin ICC 5103, 115 J.D.I (Clunet) 120 (1988) kararında "Paris Ticaret Odası" ibaresine yapılan atıf "Milletlerarası Ticaret Odası" olarak yorumlanmış ve geçerli kabul edilmiştir. Bkz. **Born**, C. I, s. 681 dn. 629.
[667] **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 98.
[668] **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 38- 40.
[669] **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 38-39.

olan bir kurumsal tahkim merkezi, uyuşmazlık çıktığı esnada faaliyete devam etmiyor ise, tarafların mevcut olmayan tahkim merkezine atfını bilinçsizce yapmış olma ihtimali ortadan kalktığı için, bu tahkim anlaşmasının artık geçersiz kabul edilmesi gerektiğini savunan bir görüş mevcuttur[670]. Belirtmek gerekir ki, halefiyet yolu ile yerine geçen bir kurumsal tahkim merkezi varsa, uyuşmazlık bu kurumsal tahkim merkezi bünyesinde çözülecektir[671]. Bir görüşe göre ise, tahkim kurumu faaliyetine son verdiğini ilan ettikten sonra tahkim başvurusunda bulunulmuş ise, tahkim kurumu makul bir süre boyunca taahhütleri ile bağlıdır[672]. Türk hukukunda ise benzer durumlarda Yargıtay'ın, tahkim anlaşmasını ad hoc tahkim kabul ettiği kararları mevcuttur [673].

Kanaatimizce, tahkim iradesi tereddüt oluşturmamakla birlikte, taraflarca mevcut olmayan bir kurumsal tahkim merkezinin yetkilendirilmiş olması durumunda, yorum yolu ile bir tahkim merkezinin yetkilendirilmesi yerinde olmayacaktır. Yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin belirli olmadığı tahkim anlaşmalarında atıf yapılan kurumsal tahkim merkezinin, en azından yorumlanabilir derecede açık olması sebebiyle, yorum yolu ile bir tahkim kurumunun yetkili kılınabileceğini ifade etsek de, mevcut olmayan bir tahkim merkezine yapılan atıfta yorum yapılması yerinde olmayacaktır. Her ne kadar kurumsal tahkim ve ad hoc tahkim arasındaki büyük farklar göz ardı edilemez olsa da, hem taraf iradelerinin yok sayılmadığı hem de yorum yolu ile müdahale edilmediği bir seçenek olması sebebiyle, yetkili kılınan kurumsal tahkim merkezinin mevcut olmadığı tahkim anlaşmaları geçerli sayılmalı ve ad hoc tahkim iradesi olarak kabul edilmelidir. Zira, mevcut olmayan bir tahkim merkezine atıf yapılan sözleşmelerde yorum yapılması durumunda adeta mahkeme taraflara bir tahkim kurumu atamış olacak, devlet yargısı taraf iradelerini yok saymış olacaktır.

---

[670] **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 91.
[671] **Esen**, Mevcut veya Belirli, s. 112.
[672] **Şit**, Kurumsal Tahkim, s.42'den naklen **M. Melis**, s. 112-11 Function and Responsibility of Arbitral Institutions(107-118), The Comparative Law Yearbook of International Business, Vol. 13, Londra, 1991, s. 112-113.
[673] Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.11.1984 tarihli E. 1984/1685 K. 1984/3521 sayılı kararı Bkz. Yasa kararları dergisi C.9, S.6, Haziran 1986, s. 849.

c. Birden Çok Kurumsal Tahkim Merkezinin Tercihli Olarak Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmaları

Birden çok tahkim merkezinin yetkilendirildiği tahkim anlaşmaları, birden fazla tahkim merkezine atıf yapılması şeklinde ya da bir tahkim merkezi ile birlikte başka bir tahkim merkezi kurallarına atıf yapılması şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Birden fazla tahkim merkezine atıf yapılması şeklinde gerçekleştirilen tahkim anlaşmaları bu bölüm altında incelenecek olmakla birlikte, birden çok kurumsal tahkim merkezinin yetkilendirildiği patolojik tahkim anlaşmalarının farklı bir görünüş şekli olan bir tahkim merkezi ile birlikte başka bir tahkim merkezi kurallarına atıf yapılan patolojik tahkim anlaşmaları[674] tezimizin üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacağı için, bu başlık altında incelenmeyecektir.

Birden fazla kurumsal tahkim merkezine atıf yapılan tahkim anlaşmalarının geçerliliği, tahkim iradesinin barındırdığı belirsizlik nedeniyle tartışma yaratacaktır[675]. Birden fazla kurumsal tahkim merkezine atıf yapılan tahkim anlaşmalarındaki sorun, uyuşmazlık ortaya çıktığında nereye başvurulacağı ya da hangi kurumsal tahkim merkezinin uyuşmazlığı çözeceğine ilişkin belirsizlikler oluşmasıdır[676]. Bu da paralel yargılamalar ve dolayısıyla uyuşmazlık konusunda birden fazla karar verilmesine neden olabilecektir[677].

Hindistan'da "*uyuşmazlık Bengal veya Hindistan Ticaret Odası'na yönlendirilir*" şeklinde düzenlenen bir tahkim anlaşmasını, mahkeme, "Bengal Ticaret Odası'nda başarısız olunması halinde Hindistan Ticaret Odası hakemlik yapacaktır" şeklinde yorumlamıştır[678]. Ancak birden fazla tahkim merkezine atıf yapan her tahkim anlaşması için bu yorumu yapmanın mümkün olmayacağı açıktır.

---

[674] Tezimizin ana konusu olan "hibrit tahkim sözleşmeleri"nin görünüş biçimlerinden biri, bir tahkim merkezi ile birlikte, başka bir tahkim merkezi kurallarına atıf yapılması şeklindedir. Bkz. Bölüm III/C/.
[675] **Born**, C. I, s. 683.
[676] **Tolkušinas**, s. 37; **Aydın**, s. 137.
[677] **Willems**, s. 412.
[678] *Dwarkadas And Co. vs Daluram Goganmull*, 1951 A.I.R. (Cal.) 10, https://indiankanoon.org/doc/208447/ (Erişim Tarihi: 19.09.2020) ayrıca bkz. **Jain**, s. 436.

Amerikan Mahkemeleri önüne gelen bir davada[679], taraflar, davacı olacak tarafa *'CIETAC'ın Pekin'deki Komisyonu veya Shenzhen'deki Shenzhen Alt Komisyonu veya Şangay'daki Şangay Alt Komisyon*ları'ndan birinde tahkime gitme imkânı tanımıştır*[680]*. Burada bir alt başlıkta inceleyeceğimiz üzere taraflardan birine seçim hakkı tanınması nedeniyle bir asimetrik tahkim anlaşması olmakla birlikte, "veya" ibaresiyle tahkim komisyonunu seçme imkânının tanınması yönüyle de birden çok kurumsal tahkim merkezinin & komisyonunun tercihli olarak yetkilendirildiği bir tahkim anlaşması mevcuttur. Bu tahkim şartındaki sorun, taraflardan ikisinin de davacı olarak farklı komisyonlarda dava açması olarak ifade edilmektedir[681]. Olayda *Apex Digital*, CIETAC Şangay Alt Komisyonuna başvururken; *China Nat. Metal Product* CIETAC Pekin'e tahkim başvurusunda bulunmuştur[682]. Yargılamalar paralel olarak devam etmiş ve iki farklı kararla sonuçlanmışlardır[683]. Ardından *China Nat. Metal Product*, CIETAC Pekin de aldığı kararın tenfizi için ABD'de dava açmış ve tahkim anlaşmasının geçerliliği gündeme gelmiştir[684]. *Apex Digital*, öncelikli tahkim başvurusu kendine ait olması nedeniyle, kendi seçiminin bağlayıcı olduğu itirazında bulunmuştur[685]. Ancak Mahkeme, *Apex Digital*'in itirazlarını yerinde bulmayarak, yürütülen paralel yargılamalarda, taraflardan her ikisinin de kendi davalarında davacı olması nedeniyle, kararın tenfizine karar vermiştir[686].

Türk hukukunda ise, tarafların Stockholm Ticaret Odası'nın Tahkim Kurumu yanında Moskova Sanayi ve Ticaret Odası nezdindeki Uluslararası Tahkim Mahkemesini de yetkili kıldığı ve hakem heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu bir tahkim anlaşması hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, taraflar arasındaki sözleşmeden, tarafların tahkime ilişkin

---

[679] *China Nat. Metal Product v. Apex Digital,* 155 F. Supp. 2d 1174 (C.D. Cal. 2001)

[680] *" All disputes from or in connection with this Contract shall be submitted to the China International Economic and Trade Arbitration Commission ["CIETAC"] for arbitration which shall be conducted by the Commission in Beijing or by its Shenzhen Sub-Commission in Shenzhen or by its Shanghai Sub-Commission in Shanghai at the Claimant's option in accordance with the Commission's arbitration rules in effect at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon both parties."*

[681] **Willems**, 412.

[682] **Willems**, 412.

[683] **Willems**, 412.

[684] **Willems**, 413.

[685] **Willems**, 413.

[686] **Willems**, 413.

iradesinde bir tereddüt olmadığı ve bu şekilde hakem heyetinin seçimine engel yasal bir düzenleme bulunmadığından tahkim sözleşmesinin geçerli olduğuna hükmetmiştir[687].

[687] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09.06.1999 tarihli E. 1999/19-467 K. 1999/489 sayılı kararı; *"Mahkemece taraflar arasındaki 8.2.1992 tarihli ana sözleşme ile Stocholm Ticaret Odası tahkim Kurumunun hakem olarak seçildiği, sözleşmede yapılan 11.9.1992 tarihli değişiklikle Moskova Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Mahkemesinin hakem olarak tayin edildiği, terditli olarak hakem seçimine ilişkin sözleşmenin geçersiz olduğu, tenfizi istenen kararın kesinleşmiş bir örneğinin ibraz edilmediği ek sözleşmedeki tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğuna ilişkin hükmün Türk Kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekiline temyiz edilmiştir*

Taraflar arasındaki 8.2.1992 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde bu sözleşmeden veya bu sözleşme ile ilgili olarak doğabilecek anlaşmazlıkların taraflarca dostça çözümleneceği, bunun imkânsız olması halinde tarafların konuyu normal mahkemelere müracaat etmeden İsveç'deki Stockholm Ticaret Odası'nın Tahkim Kurumuna götürecekleri kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin anılan maddesine 11.9.1992 tarihinde yapılan ilave ile "Sözleşmeden doğan herhangi bir anlaşmazlık veya iddianın aynı zamanda Rusya'da Moskova Ticaret ve Sanayi Odası'nda Rus Malzeme Yasası ve kurallarına göre Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından çözümleneceği, tahkim heyeti gibi, taraflar sözleşmenin 9. maddesine yapılan ilave ile Stokholm Ticaret Odası'nın Tahkim Kurumu yanında Moskova Sanayi ve Ticaret Odası nezdindeki Uluslararası Tahkim Mahkemesini de yetkili kılmıştır. Tarafların ortak iradesi uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi yönünde olduğundan ve bu şekilde tahkim heyetinin seçimine engel yasal bir düzenleme bulunmadığından, terditli hakem seçiminin geçersiz olduğuna ilişkin mahkeme gerekçesi isabetli değildir.

Ek sözleşmede tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Mahkemece bu düzenlemenin Türk Kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmiştir. Tahkim sözleşmesinde veya bir sözleşmede yer alan tahkim şartında taraflardan sadece birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması halinde taraflardan biri lehine yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı geçerli değildir. Oysa somut olayda hakemleri seçme hakkı iddia edene yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böyle bir tahkim şartı ile davacı satıcı firma, yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmemiştir. Bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında 2675 sayılı Kanunun 45/i maddesinde "hakem kararının tabi olduğu veya verildiği yer hukuk hükümlerine göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti kazanmamış olması" halinde yabancı hakem kararının tenfizi isteminin reddedileceği hükme bağlanmıştır. Davacı şirketin mukim bulunduğu Rusya ile Türkiye'nin de imzaladığı 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin V/e maddesinde yabancı hakem kararının tenfizi için vacibürriaye (bağlayıcı) olması gerektiği belirtilmiştir. Taraflar arasındaki 8.2.1992 tarihli sözleşmesinin 9. maddesinde tahkim kurulunun verdiği kararın nihai olduğu, her iki tarafı da bağladığı hükme bağlanmıştır. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Ticari Uyuşmazlıklar Mahkemesi ile ilgili düzenlemenin 44. maddesinde hakem heyeti kararlarının tahkim kararında belirtilen süre içinde gönüllü olarak uygulanacağı, eğer hükümde hiçbir süre öngörülmemişse bu kararın derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi Ticari Uyuşmazlık Mahkemesince verilen karar bağlayıcıdır. New York Sözleşmesi'nin V/e maddesinde hakem kararının bağlayıcı olması yeterli görüldüğünden mahkemenin kesinleşmiş hakem kararı ibraz edilmediği gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmesi de isabetsizdir: … taraflar arasındaki tahkim şartını içeren sözleşmenin, New York Sözleşmenin II. maddesi uyarınca geçerli bulunmasına, hakem kararının verildiği yerdeki düzenlemede tenfizi istenen yabancı hakem kararının bir üst dereceli hakem mahkemesi veya devlet yargısı önünde yeniden incelenmesinin öngörülmediğinin anlaşılmasına ve söz konusu kararın New York Sözleşmesi'nin V/1 -e maddesinin aradığı anlamda bağlayıcı olmasına..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.02.2020).

d. Asimetrik Tahkim Anlaşmaları

i. Genel Olarak

İhtiyari tahkim yargılamalarında, tahkim sözleşmelerinin geçerliliği için aranan en temel şart, tarafların tahkime ilişkin iradeleridir. Tahkimde temel amaç, taraflar arasında herhangi bir üstünlük ya da öncelik gözetilmeksizin, uyuşmazlığın tahkim yargılamasında görülmesidir[688]. Taraflara eşit hak ve yükümlülük tanınması sebebiyle tahkim sözleşmesi, taraflar açısından simetrik bir sözleşme olarak ifade edilmektedir[689]. Ancak taraflardan yalnızca birine tahkim yargılamasına gitme hakkı tanınarak[690] ya da taraflardan yalnızca birine hakem seçme hakkı tanınması sebebiyle, taraflar arasındaki eşitliğin bozulduğu tahkim anlaşmaları akdedildiği de görülmektedir[691]. Doktrinde taraflar arasındaki bu eşitliği ve simetriyi bozan tahkim anlaşmaları "*asimetrik*[692]", "*tek taraflı*[693]", "tek seçenekli[694]" ya da "*karşılıklı olmayan*[695]" tahkim anlaşmaları olarak ifade edilmektedir[696]. Asimetrik tahkim

---

[688] **Emre Esen**, Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği (145-155), *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı:2, İstanbul, 2010, s. 145 (Kıyı Emniyeti) https://www.jurix.com.tr/article/3960 (Erişim Tarihi: 11.02.2020); **İlhan,** s. 211; **Aydemir**, s. 127.

[689] **Ekşi**, HMK, s. 58; **Ayşegül Polat**, Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği (3-65), *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1 Sayı:1, Ankara, 2019, s. 8;

[690] **Esen**, Kıyı Emniyeti, s. 145 ; **Draguiev,** Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability (19-46), *Journal of International Arbitration* 31, no. 1, Hollanda, 2014, s. 21 https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/LAW161/Unilateral%20jurisdiction%20clauses_%20the%20case%20of.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2020); **Polat**, s. 9; **Aydemir**, s. 127; **Aydın**, s.141.

[691] **Born**, C. I, s. 732; **Ekşi**, HMK, s. 58; **Esen**, Kıyı Emniyeti, s. 145; **Polat**, s. 9; **Aydemir**, s. 127.

[692] **Şanlı** Ticari Akitler, s. 360, 473; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 483; **Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel**, s. 55; **Ekşi**, HMK, s. 59; **İlhan,** s. 211; **Polat**, s. 8; **Aydın**, s.141.
Terim İngilizce olarak "asymmetrical" olarak kullanılmaktadır. Bkz. **Born**, C. I, s. 732; **Henriques,** Asymmetrical Arbitration, s. 44; **Andrews**, s. 18.

[693] Terim İngilizce olarak "*unilateral*", "*unilateral option*", "*unilateral arbitration*" olarak kullanılmaktadır. Bkz. **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 102; **Duarte Gorjão Henriques,** Asymmetrical Arbitration Clauses Under the Portuguese Law (44-61), *Young Arbitration Review*, Yıl:3 Sayı:11, 2013, s. 45; **Ekşi**, HMK, s. 59; **Andrews**, s. 18; **Draguiev**, s. 21; **Ustinov**, 2; **Willems**, s. 410; **İlhan,** s. 208; **Aydemir**, s. 127.

[694] Terim İngilizce olarak ""*sole option clauses*" olarak kullanılmaktadır. Bkz. **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 102.

[695] Terim İngilizce olarak "*non-mutual arbitration clauses*" olarak kullanılmaktadır. Bkz. **Born**, C. I, s. 732; **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 45.

[696] Bu tip anlaşmalar, mukayeseli hukuk doktrininde *Andrews* tarafından bir tarafa yalnızca tahkime ya da mahkemelere gitme imkânı tanırken, diğer tarafa tahkime veya mahkemelere gitme imkanını birlikte tanıması nedeniyle, başka bir ifadeyle iki çözüm yöntemine birlikte başvuru imkânı tanınması nedeniyle "*hybrid*" olarak nitelendirilmiştir. Ancak aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, *hybrid* tahkim kavramı birden fazla unsurun sentezlendiği ve bir bütünün parçaları olarak kullanıldığı anlaşmalar için kullanılmaktadır. Kanaatimizce asimetrik tahkim anlaşmaları, hibrit nitelik göstermez. Terimin kullanımı için bkz. **Andrews**, s. 19.

sözleşmeleri, bir tarafa iki veya daha fazla seçim imkânı tanınırken, bir tarafa diğerinden daha az seçenek tanıyan sözleşmeler olarak tanımlanabilir[697].

Simetri tahkim anlaşması için bir geçerlilik şartı değildir[698]. Buna karşın, asimetri, tahkim sözleşmelerinde bir adaletsizliğe sebep olmaktadır[699]. Tahkime başvurma hakkı tanınmayan taraf bakımından, hak arama hürriyetini kısıtlaması sebebiyle, asimetrik tahkim anlaşmaları patolojik olarak kabul edilir[700]. Bu sebeple, sözleşme yapma serbestisine rağmen, yalnızca tek tarafa tahkime gitme imkânı tanımış olan asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliği tartışma yaratmaktadır[701].

Bir asimetrik sözleşmeyi her zaman adaletsiz olarak değerlendiremeyeceğimiz gibi adil olarak değerlendirmek de doğru olmaz[702]. Asimetrik tahkim anlaşmalarının en yaygın görünüm şekli, taraflardan birine seçim hakkı tanınırken, diğer tarafa yalnızca tahkime başvurma ya da devlet mahkemesine başvurma imkanının tanındığı anlaşmalardır[703].

İlk ihtimalde, taraflardan birine (X), devlet mahkemesine başvuru imkânı ile birlikte tahkime başvuru imkânı da seçimlik olarak tanınmakla birlikte, diğer tarafa (Y) yalnızca tahkime başvurma hakkı tanınması halidir. Bu durumda seçimlik hak tanınmış tarafın (X) seçtiği yargılama yolunun devlet mahkemeleri olması halinde, diğer tarafın (Y), tahkim itirazı ile yargılamanın hakem mahkemesi önünde görülmesini talep etme imkânı olacaktır[704]. Seçimlik hak tanınan tarafın (X) tahkime gitmemesi durumunda da, bu seçimlik hak tanınmamış tarafın (Y), tahkim yargılamasına başvuru imkanı zaten mevcuttur. Bu sebeple bu tip asimetrik tahkim anlaşmalarında tarafların hak arama hürriyetinin devre dışı bırakılması ya da sözleşmede tam bir dengesizlik söz konusu olmayacaktır[705]. İçtihatlarda, seçimlik hakkı olan taraf (X) davayı başlatırsa, diğer tarafın (Y) genellikle maddenin geçersizliği gerekçesiyle seçilen yargı yetkisini

---

[697] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 102; **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 45; **Aydemir**, s. 128.
[698] **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 45; **Esen**, Kıyı Emniyeti, s. 146; **Polat**, s.13.
[699] **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 45; **İlhan,** s. 211.
[700] **Esen**, Kıyı Emniyeti, s. 146.
[701] **Born**, C. I, s. 732; **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 44; **Aydın**, s.144.
[702] **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 45.
[703] **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 46; **İlhan,** s. 211; **Polat**, s. 9, 40.
[704] **Draguiev**, s. 25; **Polat**, s. 9, 41; **Ustinov**, s. 11; **Aydın**, s.144; **Polat**, s. 9.
[705] **Polat**, s. 41.

kabul etmediği görülmektedir[706]. Bu durumda başka bir ifadeyle; taraflardan birine (X), tahkim anlaşmasının istisnası olarak mahkemelere başvuru imkânı tanınmaktadır[707].

Diğer bir ihtimalde ise, taraflardan birine (A), devlet mahkemesine başvuru hakkı ile tahkime başvurma hakkı seçimlik hak olarak tanınmakla birlikte, diğer tarafa (B) yalnızca devlet mahkemelerine başvurma hakkı tanınmasıdır[708]. Yalnızca devlet mahkemelerine başvurma hakkı tanınan taraf (B), seçimlik hakkı bulunan tarafın (A) seçimi ile bağlı olacaktır[709]. Başka bir ifadeyle, taraflardan birine (A) devlet mahkemelerinin istisnası olarak tahkim yargılamasına başvurma seçeneği tanınmaktadır[710]. Bu durumda elinde yargı yolu olarak yalnızca devlet mahkemeleri olan tarafın (B), devlet mahkemesinde bir dava açması sonucu, seçimlik hak tanınan taraf (A) tahkim itirazında bulunarak yargılamasının hakem mahkemesinde görülmesini sağlama imkânı olacaktır[711]. Seçim hakkı tanınmayan tarafın (B) devlet mahkemelerine başvurması halinde, tahkime başvuru hakkı tanınan tarafın (A) tahkim itirazında bulunması durumunda, tahkime başvuru imkânı tanınmayan taraf (B) için bir hak kaybı ortaya çıkacağı görülmektedir[712]. Ancak, tahkim itirazında bulunan tarafın (A), daha sonra yargılamayı tahkime götürmemesi durumu da söz konusu olabilir ve bu durumda tahkim yargılamasına gitme hakkı olmayan ve devlet mahkemelerine başvurması durumunda da tahkim itirazı ile karşılanan tarafın (B) bir hak kaybı gündeme gelecektir.

Taraflara yargılama mercileri konusunda eşit haklar öngörmeyen "*asimetrik tahkim anlaşmaları*" patolojik tahkim anlaşmalarından biridir. Bu tür asimetrik tahkim anlaşmaları, tarafların iradelerinin eşit ve karşılıklı olması gerekliliği sebebiyle geçersiz olması gerektiğini kabul eden bazı görüşler olmakla birlikte[713] somut olaya bakılmak suretiyle asimetrik sözleşmelerin geçerliliğinin kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur[714]. Belirtmek gerekir ki asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği, şekle ilişkin değil, esasa ilişkin

---

[706] **Ustinov**, s. 11.
[707] **Willems**, s.413.
[708] **Draguiev**, s. 24-25; **Ustinov**, s. 11; **Polat**, s. 9, 41.
[709] **Draguiev**, s. 25; **Ustinov**, s. 11.
[710] **Willems**, s.413.
[711] **Draguiev**, s. 25; **Ustinov**, s. 11; **Polat**, s. 9.
[712] **Draguiev**, s. 25; **Polat**, s. 9.
[713] **Nomer /Ekşi / Öztekin Gelgel**, s. 55.
[714] **Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel**, s. 56; **Esen**, Kıyı Emniyeti, s. 154.

bir konudur[715]. Ayrıca yine belirtmek gerekir ki; asimetrik tahkim sözleşmeleri, paralel yargılama ihtimali doğurmakla birlikte, uyuşmazlık konusunda birden fazla karar verilmesi riski de içermektedir[716].

ii. Karşılaştırmalı Hukukta Asimetrik Tahkim Anlaşmaları

İngiliz hukukunda; asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliği konusunda farklı kararlar bulunmakla birlikte, 1986 yılına kadar, tahkim anlaşmalarının karşılıklı olması ve tarafların eşit haklara sahip olması gerektiği kabul edilmekteydi[717]. 1986 yılında verilen bir karar[718] ile asimetrik tahkim sözleşmelerinin 1950 tarihli Tahkim Kanunu'na aykırılık teşkil etmediği yönünde bir kabul oluşmuştur[719]. Bu karardan sonra İngiliz mahkemeleri karşılıklılık incelemesi yapmaya son vermiştir[720]. İngiliz mahkemeleri, asimetrik tahkim anlaşmalarının İngiliz hukukunda geçerli ve icra edilebilir olduğunu kabul etmektedir[721].

Amerikan hukukunda ise; özellikle 1990'lara kadar Amerikan mahkemeleri karşılıklılık doktrini gereği asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliğini kabul etmemekteydi[722]. Ancak günümüzde bazı mahkemeler, tarafların yükümlülüklerinin karşılıklı olmaması nedeniyle karşılıklılık şartında eksik olduğunu, bu nedenle asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçersiz ve uygulanamaz olduğunu kabul ederken, bazı mahkemeler karşılıklılık şartının yokluğunun sözleşmenin icra edilebilirliğine etki etmeyeceğini kabul etmektedir[723]. Başka bir ifadeyle,

---

[715] **Ekşi**, HMK, s. 59.
[716] **Willems**, s. 412.
[717] **Born**, C. I, s. 732-733; **Ustinov**, s. 13.
[718] *Pittalis v. Sherefettin* [1986] 1QB 868. – 2 AII E.R. 227,231 Bkz. **Born**, C. I, s. 732 dn. 868.
[719] **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 51; **Draguiev**, s. 26; **Ustinov**, s. 13; **Esen**, Kıyı Emniyeti, s. 146; **Polat**, s. 10-11; **Aydın**, s.144.
[720] **Ustinov**, s. 14; **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 102; **Esen**, Kıyı Emniyeti, s. 146.
[721] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 102; **Willems**, s. 411.
Bu yönde bkz. *Deutsche Bank AG v Tongkah Harbour Public Company Ltd. and Deutsche Bank AG v Tungkum Ltd.* [2011] EWHC 2251 Kararı bkz. http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2011/2251.html&query=(deutsche)+AND+(bank)+AND+(ag)+AND+(v)+AND+(tongkah)+AND+(Harbour) (Erişim Tarihi: 01.09.2020).
[722] **Born**, C. I, s. 733; **Ustinov**, s. 15.
[723] **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 47-48; **Draguiev**, s. 26.

Amerika hukukunda asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin genel bir kural ve kabul mevcut değildir[724].

Alman hukukunda; genel olarak asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliğini yasaklar bir hüküm bulunmamaktadır[725]. Alman Federal Adalet Mahkemesi Bundesgerichtshof[726], karşılıklılık şartını sağlamayan sözleşmelerin yasaklanmadığını ifade ederek, tek taraflı tahkim sözleşmelerini geçerli ve uygulanabilir kabul etmektedir[727]. Buna karşın, tek taraflı tahkim şartının matbu bir sözleşmeye (genel işlem koşulu gibi[728]) eklenmesi durumunda, davacı ya da davalıdan yalnızca birinin uyuşmazlığı tahkime götürebilmesinin adil olmaması sebebiyle, tahkim şartının geçersiz ve yok sayılacağını kabul etmektedir[729].

İspanyol hukukunda ise; İspanya Temyiz Mahkemesi irade serbestisini gerekçe göstererek asimetrik bir tahkim sözleşmesini geçerli kabul etmiştir[730]. **İtalyan hukukunda** da benzer şekilde, eski kararlarda olduğu gibi yeni kararlarda da asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği kabul edilme eğilimindedir[731].

Rus hukukunda ise, asimetrik tahkim anlaşmaları yakın zamana kadar geçerli kabul edilmekte ve desteklenmekteydi[732]. Ancak önceden var olan yaklaşım, Rus Telefon şirketinin Sony Ericsson'a karşı davasından sonra büyük ölçüde değişmiştir[733]. Asimetrik tahkim sözleşmeleri genel olarak geçerli kabul etmekle birlikte, yakın zamanda Rus mahkemelerince verilen kararda; mahkeme asimetrik tahkim şartını geçersiz kabul etmek yerine, taraflar arasındaki eşitsizliği gidererek adeta tahkim şartını iyileştirme yoluna gitmiştir[734].

---

[724] **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 48; **Polat**, s. 11; **Draguiev**, s. 26.
[725] **Draguiev**, Uniliteral, s. 27; **Ustinov**, s. 24.
[726] https://www.bundesgerichtshof.de/EN/Home/homeBGH_node.html
[727] **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 50; **Ustinov**, s. 24; **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 183; **Esen**, Kıyı Emniyeti, s. 151; **Polat**, s. 14.
[728] Bkz. Genel İşlem Koşulu Şeklinde Düzenlenen Patolojik Tahkim Anlaşmaları, Bölüm II/C / 2 / d.
[729] **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 50; **Esen**, Kıyı Emniyeti, s. 151; **Polat**, s. 15.
[730] Court of Appeal of Madrid, 18.09.2013 tarihli kararı bkz. **Draguiev**, Uniliteral s. 28 dn. 28; **Ustinov**, s. 26.
[731] **Draguiev**, Uniliteral, s. 28; **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 50; **Ustinov**, s. 26.
[732] **Ustinov**, s. 17.
[733] *Russian Telphone Company vs. Sony Ericson Mobile Communications Rus Ltd.* [2012] Karar no.: 1831/12, Karar tarihi: 19.06.2012, karar için bkz. **Blackaby/Partasides /Redfern /Hunter**, s. 103; **Ustinov**, s. 18-20; **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 49.
[734] **Blackaby/Partasides /Redfern /Hunter**, s. 103; **Draguiev**, Uniliteral, s. 30-31; **Ustinov**, s. 19.

Asimetrik tahkim anlaşmalarına karşı farklı ülke hukuklarında farklı yaklaşımlar benimsenmiştir[735]. Kıta Avrupası hukuku yaklaşımları ile Anglosakson hukuku yaklaşımları arasına keskin bir çizgi çizmek doğru olmayacaktır[736]. Ancak Anglosakson hukukunun asimetrik tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmeye daha yatkın olduğu yorumu yapılabilir[737]. Genel olarak eğilim, asimetrik tahkim sözleşmelerini geçerli kabul etmek yönünde olmakla birlikte[738], tüm bu ülke hukuklarındaki ortak özellik, asimetrik tahkim anlaşmalarına ilişkin genel bir geçersizlik ya da kabul olmamasıdır[739]. Bu sebeple, asimetrik tahkim anlaşmaları, mukayeseli hukuk doktrininde "patolojik olmanın eşiğinde" konumlandırılmıştır[740]. Genel itibariyle asimetrik tahkim sözleşmeleri geçerli kabul edilse de, kesinlikle her zaman geçerli oldukları varsayımında bulunulamaz[741].

iii. Türk Hukukunda Bazı Asimetrik Tahkim Anlaşması Örnekleri ve Bunlara İlişkin Değerlendirmeler

Türk hukukunda da diğer ülke hukuklarında olduğu gibi asimetrik sözleşmelerin geçerliliğine ya da geçersizliğine ilişkin bir kural mevcut değildir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, bir tahkim sözleşmesinin asimetrik olması her zaman tahkim sözleşmesini geçersiz hale getirmez. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun *"…somut olayda hakemleri seçme hakkı iddia edene yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böyle bir tahkim şartı ile davacı satıcı firma, yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmemiştir"* hükmü ile asimetrik bir sözleşmenin geçerli olduğuna hükmettiği bir kararından da görüleceği üzere,

[735] **Ustinov**, s. 27.
[736] **Draguiev**, s. 27.
[737] **Ustinov**, s. 27.
[738] **Ustinov**, s. 27; **Polat**, s. 10.
[739] **Henriques**, Asymmetrical Arbitration, s. 60.
[740] **Draguiev**, s. 45.
[741] **Draguiev**, s. 45.

hakem seçme hakkını tahkime başvuran tarafa veren tahkim anlaşmaları asimetrik ve geçersiz olarak kabul edilmemektedir[742].

Türk hukukunda iki farklı asimetrik tahkim sözleşmesi örneği görülmektedir[743]. Bunlardan ilki, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma ve Yardım Sözleşmesi[744]'nin 6. Maddesinde yer alan ve günümüzde artık kullanılmayan tahkim şartıdır; ikincisi ise, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu[745] (SK) m. 30' f. I'de düzenlenen Sigortacılık tahkimidir[746].

---

[742] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.06.1999 tarihli E. 1999/19-467 K. 1999/489 sayılı kararı; *"…Taraflar arasındaki 8.2.1992 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde bu sözleşmeden veya bu sözleşme ile ilgili olarak doğabilecek anlaşmazlıkların taraflarca dostça çözümleneceği, bunun imkânsız olması halinde tarafların konuyu normal mahkemelere müracaat etmeden İsveç'deki Stockholm Ticaret Odası'nın Tahkim Kurumu'na götürecekleri kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin anılan maddesine 11.9.1992 tarihinde yapılan ilave ile "Sözleşmeden doğan herhangi bir anlaşmazlık veya iddianın aynı zamanda Rusya'da Moskova Ticaret ve Sanayi Odasında Rus Malzeme Yasası ve kurallarına göre Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından çözümleneceği, tahkim heyeti gibi, taraflar sözleşmenin 9. maddesine yapılan ilave ile Stokholm Ticaret Odası'nın Tahkim Kurumu yanında Moskova Sanayi ve Ticaret Odası nezdindeki Uluslararası Tahkim Mahkemesini de yetkili kılmıştır. Tarafların ortak iradesi uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi yönünde olduğundan ve bu şekilde tahkim heyetinin seçimine engel yasal bir düzenleme bulunmadığından, terditli hakem seçiminin geçersiz olduğuna ilişkin mahkeme gerekçesi isabetli değildir.*
Ek sözleşmede tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Mahkemece bu düzenlemenin Türk Kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmiştir. Tahkim sözleşmesinde veya bir sözleşmede yer alan tahkim şartında taraflardan sadece birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması halinde taraflardan biri lehine yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı geçerli değildir. Oysa somut olayda hakemleri seçme hakkı iddia edene yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böyle bir tahkim şartı ile davacı satıcı firma, yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmemiştir. Bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez…" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 25.05.2020)

[743] **Ekşi**, HMK, s. 59; **Aydemir**, s. 129; **Polat**, s. 49.

[744] Anılan sözleşme metnine, **Ekşi**, HMK'da Tahkim, s. 59, dn. 96'da verilen ve 07.06.2013 tarihinde erişimin yapıldığı belirtilen internet kaynağından ulaşılmaya çalışılmış, ancak erişim sağlanamamış, sözleşmenin Türk Kurtarma Sözleşmesi (TURKS 2015) olarak revize edildiği anlaşılmıştır. (bkz. https://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/turks2015_tr.pdf, E. T. 25.05.2020). Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma ve Yardım Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 4. fıkrası hükmünün yerini, yeni Kurtarma Sözleşmesi'nin 7. maddesi 3. fıkrasının aldığı görülmüştür. İlgili madde, *"Taraflarca Sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen Kurtarma hizmetinden kaynaklanan Kurtarma alacağının veya 6. maddede belirtilen özel tazminat miktarının tayin, tespit ve tahsiline ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde taraflardan birinin talebi üzerine, İstanbul' da tahkim yolu ile hallolunur. Taraflarca; tayin, tespit ve tahsil için ayrı ayrı dava ikame edilemez. Kurtarma alacağının ya da özel tazminatın tayin, tespit ve tahsili dışındaki sair ihtilaflar, genel hükümlere göre İstanbul Mahkemelerinde hal ve fasl olunur."* şeklindedir.
Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma ve Yardım Sözleşmesi madde 6 metni için bkz. **Ekşi**, HMK, s. 60-61.

[745] RG.T. 14.06.2007, RG. S.26552.

[746] **Ekşi**, HMK, s. 59; **Aydemir**, s. 129-130; **Polat**, s. 49.

Bu durumlardan ilki 2015 tarihli değişiklik[747] sonrası simetrik hale gelen Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma ve Yardım Sözleşmesi'nin 6. Maddesinde yer alan tahkim şartıdır. Değişiklik öncesinde tahkim şartı "*Taraflarca sulh olunması halinde kurtarılan değerlere verilen kurtarma-yardım hizmetlerinden kaynaklanan kurtarma yardım alacağının tayinine ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde kurtarıcının talebi üzerine İstanbul'da tahkim yolu ile hallolunur. Diğer ihtilaflar genel hükümlere göre İstanbul mahkemelerinde hal ve fasıl olunur"* şeklindeyken, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15.02.2011 tarihli 2009/11257 Esas sayılı ve 2011/1675 Karar sayılı kararı[748] ile; (i) tahkim sözleşmesinin açık olması gerekirken hem tahkim hem yetki sözleşmesi yapılmış olması nedeniyle ve (ii) taraflardan yalnızca birine tahkime gitme imkânı tanıması nedeniyle hak arama hürriyeti bakımından hukukun genel ilkelerine ters düşmesi gerekçesiyle hükmü geçersiz saymıştır[749].

Yargıtay ise Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma ve Yardım Sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilen asimetrik tahkim anlaşmasına ilişkin kararında, taraflardan yalnızca birine tahkime gitme hakkı tanınmasının ilgililerin hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmadığına ve taraflardan birine tahkime gitme hakkı tanınması ile diğer tarafa

---

[747] 2015 tarihli değişiklik ile sözleşmenin adı Türk Kurtarma Sözleşmesi (TURKS) olarak değiştirilmiştir. Sözleşme için bkz. https://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/turks2015_tr.pdf

[748] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15.02.2011 tarihli E. 2009/11257 K. 2011/1675 sayılı kararı; *"…Yargıtay'ca geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz edilebilmesi için uyuşmazlığın mutlaka hakemde çözümleneceğinin taraflarca kararlaştırılmış olması gerektiği şartı duraksamasız olarak aranmaktadır. Çünkü tahkim kurumu, istisnai hallerde başvurulacak bir çözüm yoludur ve asıl olan uyuşmazlığın mahkemeler eliyle çözümlenmesidir. Aksi halde, örneğin sözleşmede önce tahkim şartının kararlaştırılıp sonraki maddelerde uyuşmazlığın çözümleneceği yetkili mahkemenin belirlenmesi halinde ya da aynı uyuşmazlığın hem tahkim hem de mahkeme yoluyla çözümlenebileceğinin kararlaştırılması durumunda, tahkim şartının geçersiz olacağı kabul edilmektedir.*
Somut uyuşmazlıkta ise kurtarma-yardım ücretinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak sadece anılan hizmeti veren Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'ne tahkim yoluna başvurma hakkı tanınmıştır. Bu şartın geçerli sayılması, öncelikle kurtarma-yardım hizmetinden yaralanan ilgililerin hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Zira taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana geldiği zaman, hizmet alan ilgililerin mahkemeye başvurması yolu, davalı kurumca süresinde tahkim itirazında bulunulmak suretiyle engellenecek, davalı kurumun tahkim yoluna başvurmaması halinde ise hizmeti alan ilgililerin başvurabileceği bir başka yasal yol kalmayacaktır. Nitekim somut uyuşmazlıkta da taraflar arasında bir muaraza meydana gelmiş, hizmet alanlarca açılan işbu davada davalı kurumun tahkim itirazı üzerine mahkemece dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş, davalı Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü tarafından da tahkim yoluna başvurulmamıştır.
Ayrıca âkit taraflardan sadece birisine tahkim yoluna başvurma hakkı tanıyan bu hükümden çıkan bir başka anlam da, kurtarma-yardım alacağının tayinine ilişkin uyuşmazlıkta, sözleşmenin diğer tarafına mahkemeye başvurma hakkının tanınmış olduğudur. Yukarıda açıklandığı üzere aynı uyuşmazlık için hem tahkim hem de mahkemeye gitme yolunun kararlaştırılmış bulunması halinde tahkim şartı geçersiz olduğundan, somut uyuşmazlıktaki tahkim şartı bu nedenle de geçersizdir…" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 14.02.2020)

[749] **Ekşi**, HMK, s. 61-69; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 483-484; **Polat**, s. 50. **Aydemir**, s. 133-136; **İlhan**, s.217-219.

devlet mahkemelerine gitme imkanı tanınması sebebiyle, tahkim iradesinde tereddüt bulunduğuna ve tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna hükmetmiştir[750].

Türk hukukunda asimetrik tahkim kapsamında görülen ikinci hal ise, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK) m. 30' f. I'de düzenlenen Sigortacılık tahkimidir. SK m. 30 f. I "*Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir.*" hükmü ile bir asimetrik tahkim şartı getirmektedir. Doktrinde, sigorta tahkiminin hem ihtiyari tahkim hem de zorunlu tahkime ilişkin özellikler barındıran, kendine münhasır bir yapısı olan karma bir sistem olduğu ifade edilmekle birlikte[751], SK m. 30 f. I'de düzenlenen bu tahkim şartının zorunlu tahkim mi ihtiyari tahkim mi olduğu noktasında bir fikir birliği mevcut değildir[752].

---

[750] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15.02.2011 tarihli E. 2009/ k. 2011/ sayılı kararı *"…Yargıtay'ca geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz edilebilmesi için uyuşmazlığın mutlaka hakemde çözümleneceğinin taraflarca kararlaştırılmış olması gerektiği şartı duraksamaksız olarak aranmaktadır. Çünkü tahkim kurumu, istisnai hallerde başvurulacak bir çözüm yoludur ve asıl olan uyuşmazlığın mahkemeler eliyle çözümlenmesidir. Aksi halde, örneğin sözleşmede önce tahkim şartının kararlaştırılıp sonraki maddelerde uyuşmazlığın çözümleneceği yetkili mahkemenin belirlenmesi halinde ya da aynı uyuşmazlığın hem tahkim hem de mahkeme yoluyla çözümlenebileceğinin kararlaştırılması durumunda, tahkim şartının geçersiz olacağı kabul edilmektedir.*
Somut uyuşmazlıkta ise kurtarma-yardım ücretinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak sadece anılan hizmeti veren Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'ne tahkim yoluna başvurma hakkı tanınmıştır. Bu şartın geçerli sayılması, öncelikle kurtarma-yardım hizmetinden yaralanan ilgililerin hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Zira taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana geldiği zaman, hizmet alan ilgililerin mahkemeye başvurması yolu, davalı kurumca süresinde tahkim itirazında bulunulmak suretiyle engellenecek, davalı kurumun tahkim yoluna başvurmaması halinde ise hizmeti alan ilgililerin başvurabileceği bir başka yasal yol kalmayacaktır. Nitekim somut uyuşmazlıkta da taraflar arasında bir muaraza meydana gelmiş, hizmet alanlarca açılan işbu davada davalı kurumun tahkim itirazı üzerine mahkemece dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş, davalı Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü tarafından da tahkim yoluna başvurulmamıştır.
Ayrıca âkit taraflardan sadece birisine tahkim yoluna başvurma hakkı tanıyan bu hükümden çıkan bir başka anlam da, kurtarma-yardım alacağının tayinine ilişkin uyuşmazlıkta, sözleşmenin diğer tarafına mahkemeye başvurma hakkının tanınmış olduğudur. Yukarıda açıklandığı üzere aynı uyuşmazlık için hem tahkim hem de mahkemeye gitme yolunun kararlaştırılmış bulunması halinde tahkim şartı geçersiz olduğundan, somut uyuşmazlıktaki tahkim şartı bu nedenle de geçersizdir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.03.2020).
[751] **Ekşi**, HMK, s. 45.
[752] Tartışmalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekşi**, HMK, s. 42-48; **Polat**, s. 52-55. **Aydemir**, s. 137-140.

e. Beyaz - Boş - Açık Tahkim Anlaşmaları

Doktrinde bazı yazarlara göre tahkim anlaşmasının kurulması için yalnızca taraf iradelerinin yeterli görüldüğü yukarı da belirtilmişti[753]. Bu şekilde, uygulanabilir herhangi bir kurala atıf yapmayan, bir tahkim kurumunu işaret etmeyen veya hakemlerin atanmasına ilişkin bir hüküm içermeyen tahkim anlaşmalarına doktrinde "boş - açık - beyaz [754]" tahkim anlaşmaları denmektedir[755].

Bir tahkim anlaşmasının uygulanabilir herhangi bir kurala atıf yapmaması, bir tahkim kurumuna atıf yapılmaması veya hakemlerin atanma şekline ilişkin bir hüküm içermemesi durumunda da, tahkim anlaşması patolojik olarak değerlendirilecektir[756]. Uygulanabilir herhangi bir kurala atıf yapmayan, bir tahkim kurumunu işaret etmeyen veya hakemlerin atanmasına ilişkin bir hüküm içermeyen "boş- açık- beyaz" tahkim anlaşmalarının, NYK m. II f. 3 çerçevesinde, "*tesirsiz olma*" (*uncertainty*) kapsamında patolojik olarak değerlendirileceğini ifaden bir görüş olmakla birlikte[757], tahkim yeri dahi belirlenmeyen bir tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olmayacağı ve bu sebeple yine NYK m. II f. 3 kapsamında "*tatbiki imkansız olma" (inoperability)* kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savun bir görüş de mevcuttur[758]. Beyaz tahkim anlaşmalarının, Eisemann'ın tahkim anlaşmasında bulunması gereken dört işlevden ilki olan "*taraflar açısından bağlayıcı sonuç doğurabilme"* işlevini ve ikincisi olan "*en azından hakemler tarafından hüküm verilene kadar devlet mahkemesinin uyuşmazlığın çözümüne müdahalesini engelleme"* işlevini yerine getiremediği ve bu iki problemin diğer işlevleri de dalgalandırdığı ifade edilmektedir [759].

---

[753] **Ekşi**, HMK, s. 75; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 15; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 126; **İlhan**, s. 127-128.
[754] İngilizce olarak terim "*Blank clauses"* olarak kullanılmaktadır. Bkz. **Born**, C. I, s. 659; **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 266; **Molfa**, s. 164; **Jain**, s. 435.
İngilizce olarak terim "*Floating clauses"* olarak da kullanılmaktadır. Bkz. **Davis**, s. 385-386.
İngilizce olarak ayrıca "*White clauses*" terimi de bu tip tahkim anlaşmalarını ifade etmek için kullanılmaktadır.
[755] **Born**, C. I, s. 659; **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 266; **Molfa**, s. 164; **Jain**, s. 435; **Sarıöz Büyükalp**, s. 2045; **Aydın**, s. 153.
[756] **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 266-267; **Davis**, s. 385; **Molfa**, s. 164.
[757] **Molfa**, s. 164.
[758] **Sarıöz Büyükalp**, s. 2045.
[759] **Davis**, s. 386. Bu sebeple bu tip tahkim anlaşmaları yazar tarafından yukarıda da belirttiğimiz üzere *"floating clauses"* olarak adlandırılmaktadır.

Sadece tahkim iradesinin bulunduğu tahkim anlaşmalarının geçerli olduğunu kabul eden görüşler olmakla birlikte[760], doktrinde tahkim yeri belirtilmiş olması durumunda ad hoc şekilde ayakta tutulabilir bir tahkim anlaşması olduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur[761]. Kanaatimizce, tarafların açık ve net tahkim iradesi mevcutsa, bu tip tahkim anlaşmaları icra edilebilir hale gelebilecek düzeydedir ve bu nedenle geçerli kabul edilerek, eksik hususların taraflarca tamamlanması ile ya da mahkemelerden yardım alınması ile icra edilebilir.

4. Hakemlerin Seçimi ve Yetkileri Konusundaki Belirsizlikler Nedeniyle Ortaya Çıkan Patoloji

a. Hakemlere İlişkin Belirsizlikler Barındıran Tahkim Anlaşmaları

i. Hakem Sayısına İlişkin Belirsizlik Barındıran Tahkim Anlaşmaları

Tahkim anlaşması kurulması için, tarafların tahkim iradesi dışında bir unsur aranmadığını yukarıda da belirtmiştik[762]. Ancak tahkim yargılamasının etkin şekilde yürütülebilmesi için, hakem seçimine ilişkin hususların düzenlenmesi yerinde olacaktır[763].

Tek bir hakem konusunda anlaşılması genellikle daha az maliyetli olurken, üç hakemli bir tahkim konusunda anlaşılması durumunda genellikle tarafların seçeceği iki hakem üçüncü hakemi belirlemektedir[764]. Tarafların tahkim anlaşmasında kaç hakemli bir tahkim yargılaması konusunda anlaştıklarını bildirmemeleri durumunda ise, yargılamanın kaç hakemli yapılacağı noktasında belirsizlik meydana gelecektir[765]. Bu belirsizlikler, kurumsal tahkim merkezlerinin kuralları çerçevesinde ya da tahkim kanunlarında öngörülen hükümlerle giderilebilmektedir.

Türk hukukunda tahkim anlaşmasında hakem seçimine ilişkin bir açıklık bulunmadığı durumlarda MTK, hakem heyetinin üç hakemden oluşacağını ve davacı tarafın kendi hakemini,

---

[760] **Ekşi**, HMK, s. 75; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 15; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 126.
[761] **Sarıöz Büyükalp**, s. 2045-2046; **Aydın**, s. 154.
[762] Tahkim Anlaşmasının Şekli ve Geçerlilik Şartları için bkz. Bölüm I / B / 1.
[763] **Aydın**, s. 158.
[764] **Tolkušinas**, s. 26.
[765] **Tolkušinas**, s. 27.

davalı tarafın kendi hakemini seçeceğini, bu iki hakemin ise üçüncü hakemi seçeceğini hüküm altına almıştır[766]. Bu durumda, MTK kapsamına giren uyuşmazlıklarda taraflarca hakem sayısına ilişkin özel bir kural belirlenmesine gerek yoktur, bu durumda üç hakemli bir heyet oluşturulacaktır. Başka bir ifadeyle, geçerli bir tahkim anlaşması kurulması için, tarafların hakem sayısına ilişkin bir seçim yapmalarına gerek yoktur[767].

Ancak, tarafların hakem sayısı belirlememekle birlikte anlaşmalarında "*hakemler*" ya da "*hakem*" ibarelerini kullandığı durumlarda, hakem sayısını açık olarak belirlemediği gerekçesiyle taraflar arasında hakem sayısı konusunda anlaşmazlık ortaya çıkabilmekte ve anlaşma patolojik hale gelebilmektedir.

Hindistan Tahkim Kanununda da tarafların hakem sayısında anlaşmadığı durumlarda tahkim yargılamasının kanunda varsayılan sayıda hakemle yürütüleceği hükmü bulunmasına karşın, Mahkemece tarafların "*hakemler*" ibaresini kullandığı ancak hakem sayısını açık olarak belirlemediği bir davada, tahkim şartı patolojik kabul edilmiş, tarafların niyetlerinin icra edilebilir olmadığı ifade edilmiştir[768].

Türk hukukunda ise Yargıtay, HUMK döneminde verdiği bir kararında, *"en az iki en çok dört hakem"* şeklinde düzenlenen bir tahkim anlaşmasında, hakemlerin sayısında belirsizlik bulunması nedeniyle tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğuna karar vermiştir[769].

---

[766] MTK m. 7/A *"…Hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa üç hakem seçilir."*
MTK m. 7 / B /3 *"Üç hakem seçilecek ise, taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler…"*

[767] **Aydın**, s. 159.

[768] *Temco Pvt. Ltd. v. T.M.S. Mani*, 1967 A.IR. (Cal.) 168, https://indiankanoon.org/doc/32447/ (Erişim Tarihi: 19.09.2020) ayrıca bkz. **Jain**, s. 435.

[769] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 27.06.1978 tarihli E. …/492 K. 1978/1402 sayılı kararı *"… 17.01.1974 günlü sözleşmenin (İhtilafların halli) başlıklı 40. Maddesinde "Bu sözleşmenin uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık mahkemeye intikal ettirilmeden evvel Bayındırlık Bakanlığı'ndan bir Türk mühendis veya mimar odaları birliğinden kanunun gereğine uygun olarak en az iki en çok dört kişi ile kurulacak heyete, kurum ve yüklenici temsilcilerinin de iştirakiyle anlaşmazlık konusu incelenecektir. Bu heyet kanuni masraflarını hasız çıkan taraf, haksız çıktığı nispetinde ödeyecektir. Anlaşmazlıklar bu yol ile çözülemez ise, davaların çözümüne ve icra kovuşturmalarına Ankara Mahkemeleri ve icra daireleri yetkilidir." hükmü yazılıdır. Görüldüğü üzere anlaşmazlığın kesinlikle hakem marifetiyle görüleceği şartı bulunmadığı gibi ihtilafın çözümü "en az iki en çok dört kişi ile kurulacak heyete" bırakılması da HUMK'nun 520. Maddesindeki, aksine sözleşmede açıklık bulunmadıkça hakemlerin üç kişiden ibaret olacağına dair, hükme, hakemlerin adedi kesinlikle belirtilmemiş olması yönünden aykırıdır."* (**Ertekin/Karataş**, s. 60).

Eisemann'ın dört kriteri dikkate alındığında, hakem sayısının belirli olmamasının "*cebri icraya konu olabilecek bir hükmün verilmesine elverişli bir prosedürün uygulanması"* kriterini ihlal ettiği görülmektedir[770]. Zira hakem sayısının ve prosedürünün belirsizlikler içermesi durumunda tahkim prosedürü işleyemeyecektir. Doktrinde *Sarıöz Büyükalp*, belirli bir kural ya da tahkim merkezine atıf yapmamakla birlikte, hakemlerin hangi şekilde seçileceği yönünde bir hüküm de içermeyen tahkim anlaşmalarının icra edilemeyeceği için, tatbiki imkânsız hale geleceğini ifade etmektedir[771].

ii. Hakem Sayısının Taraflarca Kurallara Aykırı Olarak Belirlenmesi

UNCITRAL Model Kanun çerçevesinde taraflar hakem sayısını belirlemekte serbesttirler[772]. ICC tahkim kuralları m. 12 f.1 çerçevesinde de kararın tek veya üç hakem tarafından verileceği hükme bağlanmakla birlikte bu kural emredici nitelikte değildir[773]. Birçok ülke hukuku, hakem sayısını belirlemekte, taraflara serbesti tanırken[774], bazı hukuklarda ise hakem sayısı noktasında yasaklar getirilmiştir[775].

---

[770] **Tolkušinas**, s. 27.

[771] **Sarıöz Büyükalp**, s. 2045.

[772] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 10 /1 *"(1) The parties are free to determine the number of arbitrators."* https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 07.08.2020).

[773] ICC 2021 Rules 12 (1) "*The disputes shall be decided by a sole arbitrator or by three arbitrators."* https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/ (Erişim Tarihi: 02.03.2021).
Bkz. **Ali Yeşilırmak**, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması, İstanbul, 2018, s. 64.

[774] Amerika ve İngiltere'de çift hakemli yargılamalar serbesttir. Bkz. **Born**, C. I, s. 1352, 1356 vd.

[775] **Born**, C. I, s. 1352 dn. 8
Çift hakemi yasaklayan bazı hukuklar;
Dutch Code of Civil Procedure B.4, 1026 (1) *"The arbitral tribunal shall be composed of an uneven number of arbitrators. It may also consist of a sole arbitrator."*
Italian Code Of Civil Procedure B. 4, 809 *"There may be one or more arbitrators, provided that their number is uneven"*
Belgian Judicial Code Provisions, 1684 (1) *"The Arbitral Tribunal must be composed of an odd number of arbitrators A sole arbitrator is allowed."*
Portuguese Law of Voluntary Arbitration, 8 (1) *"the arbitral tribunal may consist of a sole arbitrator or several, in an uneven number"*
Egyptian Arbitration Law Act, 15 (2) *"If there is more than one arbitrator, the tribunal must consist of an odd number, on penalty of nullity of the arbitration."*
Tunisian Arbitration Code, 55(1)*"The parties are free to determine the number of arbitrators. However, the number shall be uneven."*

MTK'da ve HMK'da da tarafların hakem sayısını belirlemekte serbest olacakları düzenlenmiştir[776]. Ancak MTK ve HMK, model kanundan farklı olarak hakem seçimine, hakem sayının tek olması sınırını getirmiştir. Hakem sayısının çift bir sayı olarak belirlenmesi durumunda ne olacağına ilişkin ise bir açıklık yoktur[777].

Doktrinde, böyle bir durumda tarafların tahkim iradesinde bir sakatlık bulunmaması nedeniyle yalnızca hakem sayısının belirlenmesine ilişkin iradelerinin emredici hükümlere aykırılık teşkil edeceğini, bu sebeple tarafların hakem sayısını kararlaştırmamış sayılacakları ifade edilmektedir[778]. Bu görüşe göre hakem sayısı MTK m. 7 /A *"Hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa üç hakem seçilir."* hükmü gereğince üç hakem belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir[779]. Doktrinde başka bir görüş ise bu hükümlerin emredici nitelikte olmadığı ve tarafların çift bir sayı belirlemesi hakkının ellerinden alınmaması gerektiği yönündedir[780]. Yargıtay ise bir kararında tarafların iki hakem belirlemeleri sebebiyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu kabul etmiştir[781].

---

[776] MTK m. 7 /A *"Taraflar, hakemlerin sayısını belirlemekte serbesttirler. Ancak bu sayı tek olmalıdır.."*
HMK m. 415 f. 1 *"Taraflar, hakemin sayısını belirlemekte serbesttir. Ancak, bu sayı tek olmalıdır."*
[777] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 203.
[778] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 203.
[779] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 203.
[780] **Ekşi**, HMK, s. 141.
[781] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 17.04.2018 tarihli E. 2018/79 K. 2018/2805 sayılı kararında; *"Asıl davacı vekili…iki kişilik hakem heyeti tarafından yapılan yargılama sonucunda … karar verildiğini, kararının iki kişilik heyet tarafından verilmesinin HMK hükümlerine aykırılık oluşturduğunu, talep edilenden farklı bir karar verildiğini, yenileme masrafına ilişkin tespitin doğru olmadığını, ileri sürerek hakem kararının iptaline karar verilmesini istemiştir. … Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, HMK'nın 415. maddesinin emredici nitelikte olduğu, iki hakem tarafından oy birliğiyle karar verilmesinin tek sayıda hakem kuralına uyulmamasını gerektirmeyeceği, bu haliyle HMK 439/2-a ve b bentleri gereğince iki hakem tarafından verilen kararın geçersiz olduğu, gerekçesiyle asıl ve birleşen davanın kabulü ile hakem kararının iptaline karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir. 1- … 2- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, asıl ve birleşen davada davalı vekilinin ve asıl davada davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir."* www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 29.05.2020).

iii. Hakem Tayin Etmek Üzere Belirlenen Kişi ya da Kurumun Mevcut Olmaması veya Hakem Tayin Etmek Üzere Belirlenen Kişi ya da Kurumun Hakem Tayin Etmeyi Reddetmesi

Hakem seçimine ilişkin bir başka sorun ise, hakemlerin kim ya da hangi kurum tarafından seçileceği sorunudur[782]. Taraflar hakemleri üçüncü bir kişi ya da kurumun seçeceği konusunda anlaşabilirler[783]. Tarafların bu hususta anlaşmamaları durumunda, hakem seçimi, tahkimde görevli ve yetkili mahkeme tarafından yapılır[784]. Ancak tarafların hakem tayin etmesi için bir kişi ya da kurumu seçtikleri halde, bu kişi ya da kurumun mevcut olmaması ya da hakem seçimi yapmayı reddetmesi durumunda tahkim anlaşmasının durumunun ne olacağı tartışmalıdır[785].

Tahkim lehine politika izleyen birçok devlette hakemleri seçmek için yetkilendirilmiş kişi ya da kurumun mevcut olmaması veya hakem seçimi yapmayı reddetmesi durumunda, hakem tayini tali nitelikte kabul edilerek tahkim anlaşmasının geçerliliğinin etkilenmeyeceği kabul etmektedir[786].

Türk hukukunda ise Yargıtay, tarafların, hakemlerin belli bir hâkim tarafından seçileceğine ilişkin yaptıkları yetkilendirmeleri, hakimler ve savcıların kanunda belirtilenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamamaları sebebiyle geçersiz olduğunu kabul etmektedir[787]. Yargıtay

---

[782] **Davis**, s. 380.

[783] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 215; **Aydın**, s. 163.

[784] MTK m. 7/B/3 *"Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse, Hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılır… "*
Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hakemlerin belirlenmesi yöntemini düzenlemeyen ya da hakem belirlemeyen tahkim anlaşmalarının geçersiz olacağı hükme bağlanmış ancak bu hüküm ilga edilmiştir bkz. Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1443 f. 2 *"To be valid, an arbitration clause shall furthermore appoint the arbitrator or arbitrators, or provide for the method of their appointment."* https://www.jus.uio.no/lm/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981/1443.html (Erişim Tarihi: 29.05.2020).

[785] **Aydın**, s. 163-164.

[786] Yabancı devlet mahkemelerinin ilgili bazı kararları için bkz. **Aydın**, s. 164-166, 168.

[787] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.01.1976 tarihli E. 1976/3653K. 1976/53 sayılı kararında; *"tahkim mukavelesi ile taraflar, Ticaret Mahkemesi Başkanı'na görevi dışında eser sözleşmesinden ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlığı çözüme ulaştıracak yetenekli ve manevî vasıfları haiz bir şahsı seçip tayin etme işini vermektedirler. Ne var ki, hakimlerin kanunda belirtilenlerden başka genel ve özel hiçbir görev alamayacakları Anayasa'nın 22.9.1971 tarih 1488 sayılı Kanunla değişik 134. maddesi buyruğudur. Hal böyle olunca özel bir görev yapması kanunen yasaklanan hâkimin hakem seçemeyeceği, yetkili olmayan kişi tarafından tayin edilen şahsın da taraf hakemlerine katılarak dava konusu işi sonuçlandıramayacağı, ortadadır. Belirtilen sebepler karşısında tahkim*

daha yakın tarihli bir kararında ise hakemin mahkeme tarafından seçilmiş olmasının amaçlanmış olduğu durumlarda, mahkemenin hakem seçebileceğine hükmetmiştir[788].

Tarafların hakem seçimini yapması için yetkilendirdikleri kişi ya da kurumun hakem seçimini reddetmesi veya artık mevcut olmaması durumunda, taraflar bu konuda ek bir anlaşma yapabilirler[789]. Doktrinde, hakem seçmek için yetkilendirilmiş kişi ya da kurumun mevcut olmaması veya hakem seçimi yapmayı reddetmesi durumunda, tarafların bu hususta ayrıca bir anlaşma ile anlaşmamaları durumunda da hakem seçiminin, tahkimde görevli ve yetkili mahkeme tarafından yapılacağı ifade edilmektedir[790].

iv. Tahkim Anlaşmasında Hakem Olarak Seçilen Kişinin Ölmüş Olması ya da Hakemlik Görevini Reddetmesi

Tahkim anlaşmasında hakem ya da hakemlerin kim olacağı, hakemlerin ismi belirtilerek önceden belirlenebileceği gibi, tahkim anlaşması akdedildikten sonra da ayrı bir sözleşmeyle

---

mukavelesinde kararlaştırılan seçim usulünün fiilen gerçekleşmesi mümkün olmadığına göre, tahkim mukavelesi de hükümsüz kalmaktadır. Bu nedenle davalının ileri sürdüğü temyiz itirazları kabul olunarak hakem kararı bozulmalıdır." www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 29.05.2020).

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 29.05.1986 tarihli E. 1986/1969 K. 1986/2192 sayılı kararında; *"Demek oluyor ki, tahkim şartı ile taraflar Ticaret Mahkemesi başkanına görevi dışında eser sözleşmesinden ortaya çıkacak bir uyuşmazlığı çözüme ulaştıracak yetenekli ve manevî vasıflara haiz bir şahsı seçip tayin etme işini vermektedirler. Ne var ki: Hakimlerin kanunda belirtilenlerden başka genel ve özel hiçbir görev alamayacakları Anayasa kuralıdır (Anayasa md. 138/1, 140/5). Bu durumda; özel bir görev yapması kanunen yasaklanan hâkimin, hakem seçemeyeceği, yetkili olmayan bir kişi tarafından tayin edilen şahsın da hakem olarak dava konusu işi sonuçlandıramayacağı aşikardır. Belirtilen bu sebepler, tahkim şartını geçersiz kılmakla geçersiz (yok olan) tahkim şartına dayanılarak seçilen hakemin verdiği karar da hükümsüz hale gelmiştir."* www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 29.05.2020).

[788] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 17.11.1991 tarihli E. 1991/3329 K. 1991/3693 sayılı kararında; *"Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle geciktirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına özellikle, 2. Ek sözleşmenin 6. Maddede yer alan "hakimini belirtilen sürede seçmeyen tarafın hakemini Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanı seçer" ibaresinin hakemin belirli bir hakim tarafından değil mahkeme tarafından seçileceği şeklinde anlaşılması gerekmesine, HUMK'un 520. Maddesine göre esasen hakem seçmenin mahkemenin görevleri arasında yer almış olmasına ve olayda da taraf hakeminin mahkeme başkanı tarafından değil, Ticaret Mahkemesince seçilmiş bulunmasına göre davalı idare vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle kararın onanmasına…"*(**Ertekin/Karataş** s. 160-161)

[789] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 216.

[790] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 216.

belirlenebilir[791]. Tarafların tahkim yargılamasını yürütmesi için seçtiği hakem ya da hakemlerin görevlerini yerine getiremeyecek olmaları da tahkim anlaşmasını patolojik hale getirecektir[792].

MTK hakemlerin ismen belirlenmesine bazı hukuki sonuçlar bağlamıştır[793]. Kanun koyucu hakemlerin isminin tahkim anlaşmasında belirtilmesini tarafların tahkim yargılamasını ancak ve ancak bu kişilerce yürüteceği noktasında anlaştığını kabulle, bu kişilerin görevini ifa etmemesi ya da edememesi durumunda tahkim anlaşmasının geçersiz hale geleceğini hükme bağlamıştır[794]. Başka bir ifade ile, hakemin ismen belirlenmesi durumunda bu unsur artık tahkim anlaşmasının esaslı unsuru haline gelecek ve ismi belirtilen kişinin ölmesi veya hakemlik yapmayı reddetmesi durumunda tahkim anlaşması artık geçersiz hale gelecektir[795]. MTK öncesi dönemde de Yargıtay kararlarının bu yönde verildiği görülmektedir[796].

Tarafların hakemleri ismen belirledikleri bir tahkim anlaşmasında, belirlenen kişinin bağımsız olmaması nedeniyle hakemlik yapamadığı bir uyuşmazlıkta, Yargıtay, öncelikle böyle bir hakem seçimi geçersiz olduğu için hakem seçiminin geçersiz olduğuna ve hakem ismen seçildiği için, hakemin görev yapamaması nedeniyle de tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna karar vermiştir[797].

---

[791] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 202, 205.
[792] **Moses**, s. 43.
[793] MKT m. 17/ G *"… Ancak, tahkim anlaşmasında hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise; hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sona erer."*
[794] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 206.
[795] **Aydın**, s. 168.
[796] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 19.02.1960 tarihli, E. …/27 K. 1960/564 sayılı kararında; *"Taraflarca şahsen ve ismen hakemlikleri kabul edilmiş olan kimselerin bu vazifeyi kabul etmemeleri veya ölmeleri gibi sebeplerle hakemlik yapmaları mümkün olmazsa, tahkim şartı sukut eder. Hadisede şahsen seçilmiş hakemlerden birisi hakemlik vazifesini kabul etmemiştir. Tek hakemle ihtilafın görülmesi taraflarca düşünülmemiş olduğundan tahkim şartı sukut eder."* (**Ertekin/Karataş**, s. 56-57).
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 31.01.1989 tarihli E. …/2806 K. 1989/308 sayılı kararında; *"Taraflar arasındaki sözleşmenin 5. Maddesinde "ihtilaflar hakemde çözülür. İki tarafta işin sonuna kadar Avukat Halil Yalçın, Yavuz Burak, İsmet Köse'yi hakem tayin etmiştir." hükmü yazılıdır… Somut olayda hakemlerden Yavuz Burak tayin edildiği hakemlikten çekilmesi üzerine yine usul hükümlerine aykırı olarak hakem Halil Yalçın'ın mahkemeye müracaatla yerine başkasının tayinini istediği, mahkemece de Yüksel Ankaralı üçüncü hakem tayin edilmek suretiyle teşil edilen hakem kurulunca hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır"* (**Ertekin/Karataş**, s. 131 dn. 9).
[797] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 10.04.2009 tarihli E. 2009/1393 K. 2009/2082 sayılı kararında; *"Sözleşme ile hakem olarak görevlendirilen kişi tek hakem olarak belirlenmiştir. Tahkim sözleşmesinde hakemin ismen gösterilmiş olması halinde ihtilâf o kişi tarafından halledilecektir. İsmen gösterilen tek hakem vefat eder, istifa eder veya hakemliği kabul etmezse tahkim sözleşmesi hükümsüz kalır. HUMK'nın 28. maddesinde iki taraftan birinin vekili sıfatıyla hareket eden kişinin davaya hakem olarak bakmaktan memnu olduğu açıklanmış olup aynı Kanunun 521. maddesi gereğince hakemlerin hakimlerin reddi sebeplerine istinaden reddedilebileceği hükme*

Hakem olarak seçilen kişinin ölmüş olduğu ya da hakemlik görevini reddettiği durumlarda, taraflar ek bir anlaşma ile yeni bir hakem üzerinde anlaşabileceklerdir[798]. Tahkim anlaşmasında ismen belirlenen hakemlerin görevini ifa etmemesi ya da edememesi durumunda tahkim anlaşması geçersiz hale geleceğinden, taraflar yeni bir hakem üzerinde anlaşamazlarsa uyuşmazlık mahkemelerce çözülecektir[799]. Doktrinde, tahkim anlaşmasının geçerliliğini korumak amacıyla; hakemlerin ismen belirlendiği anlaşmalara, bu hakem ya da hakemlerin görevini ifa etmemesi ya da edememesi durumunda yeni hakemin nasıl seçileceğinin eklenebileceği ifade edilmiştir[800]. Ayrıca; hakemlerin isminin sözleşmeye eklendiği durumlarda, tarafların; hakemlerden birinin görevi ifa etmemesi ya da edememesi durumunda, kalan hakemlerce uyuşmazlığın çözümleneceğini sözleşmede kararlaştırabilecekleri ifade edilmektedir[801]. Bu durumda artık tahkim sözleşmesi geçersiz hale gelmeyecektir[802].

v. Hakemlerin Taşıması Gereken Nitelikleri Aşırı Detaylı Kriterler ile Düzenleyen Tahkim Anlaşmaları

Milletlerarası tahkim uygulamasında ve MTK'da hakem olmak için özel bir koşul aranmamaktadır[803]. MTK hakemlerin nitelikleri hakkında m. 7/B/1[804] hükmünü getirmekle birlikte, bu hükmün aksi kararlaştırılmadıkça uygulanacağını ifade ederek emredici nitelikte

---

bağlanmıştır. Bu sebeple de ismen gösterilen hakemin davaya bakması imkânı kalmadığından ve ihtilâflara mahkemede bakılması gerektiğinden mahkemece tahkim sözleşmesinin geçersizliğine de karar verilmesi yerine bu istemin reddedilmesi doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur." www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 29.05.2020).

[798] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 208; **Şensöz**, Tahkim, s. 178.

[799] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 208-209.

[800] **Ertekin /Karataş**, s. 150; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 209.

[801] **Ertekin /Karataş**, s. 152. Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 19.02.1960 tarihli E. …/27 K. 1960/564 sayılı kararında *"Taraflarca ismen veya şahsen hakemlikleri kabul edilmiş olan bu vazifeyi kabul etmemeleri veya ölümleri gibi bir sebeple hakemlik vazifesinin yapılması mümkün olmadığı takdirde tahkim şartı sukut eder. Hadisede şahsen seçilmiş olan hakemlerden birisi hakemlik vazifesini kabul etmemiştir. Tek hakemle ihtilafın halli ise taraflarca derpiş edilmemiştir. Bu sebeple tahkim şartı sukut etmiş olduğundan … "* (**Ertekin /Karataş**, s. 153).

[802] **Ertekin /Karataş**, s. 152.

[803] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 204.

[804] MTK m. 7/B/1 *"B) Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa hakem seçiminde aşağıdaki kurallar uygulanır:*
1. Ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir…"

olmadığını belirtmiştir[805]. İlgili hüküm uyarınca yalnızca gerçek kişiler hakem olarak seçilebilir[806]. İç tahkimde ise HMK böyle bir sınırlama getirmemekle birlikte Yargıtay kararları da tüzel kişilerin hakem olarak seçilmesini kabul etmektedir[807].

Taraflar, hakemlerin niteliklerini belirlerken çok detaylı ve bir insanda birlikte bulunması zor olan şartlar koyarak, hakem mahkemesinin teşkilini güçleştirerek ya da imkansızlaştırarak tahkim anlaşmasını geçersiz hale getirebileceklerdir[808]. Aynı zamanda bu tip şartların, aleyhine karar verileceğini düşünen tarafın kötü niyetli kullanımı ile tahkim prosedürünü uzatabileceği ifade edilmektedir[809].

b. Hakemlerin Yetki Alanına İlişkin Sorunlar Barındıran Tahkim Anlaşmaları

i. Konu Bakımından Hakemlerin Yetkisinin Sınırlandırıldığı Tahkim Anlaşmaları

Tahkimde irade serbestisi kabul edildiğinden, taraflar, hakemlerin yetkisini bazı konu ya da uyuşmazlıklarla sınırlandırabileceklerdir[810]. Bu halde, hakemlerin tahkim anlaşması dışında kalan konularda karar vermeleri (*ultra petita*) halinde, karar iptale konu olabilecektir[811]. MTK kapsamında tahkim anlaşması kapsamı dışında bir karar verildiği durumda, kararın yalnızca anlaşma dışı kalan kısmının iptal edilebileceği, yani kısmi iptalin söz konusu olabileceği hükme bağlanmıştır.

---

[805] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 205.
[806] MKT m. 17/B/ 1 *"Ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir."*
[807] Yargıtay Ticaret Dairesi 03.04.1954 tarihli E. …/1836 K. 1954/2800 tarihli kararında; *"Hükmi bir şahsın hakem olabilmesi ve organları vasıtasıyla hakemliği ifa etmesi hukuken caiz bulunduğundan (…) mukavelenin 19uncu maddesindeki "ihtilaf vukuunda İzmir Esnaf ve Ahali Bankasının hakemliğine" başvurulacağı mütedair kaydın iptali hakkındaki davanın reddine karar verilmek gerekirken hükmi şahsın hakemliği kanunen muteber olmadığından bahisle mukaveledeki tahkim maddesinin iptaline karar verilmesi kanuna muhalif bulunduğu gibi, dava sadece mukavelenin 19uncu maddesinin iptaline mütedair olduğu halde, dava ve talep haricinde taraflar arasındaki ortaklık anlaşmasının tamamının iptaline karar verilmesi kezalik kanuna muhalif olup davalı vekilinin temyiz itirazlı bu itibarla yerinde görüldüğünden temyiz olunan hükmün bozulmasına… "* **(Ertekin/Karataş**, s. 137). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 205 dn. 229; Ekşi, HMK tahkim, s. 144-145.
[808] **Aydın**, s. 169.
[809] **Aydın**, s. 169-170.
[810] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 409; **İlhan**, s. 187; **Aydın**, s. 170.
[811] MTK m. 15 f. 1 *"Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir: 1. Başvuruyu yapan taraf; … (e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını,… ispat ederse veya,… "*
Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 409.

MTK m. 4 *"... uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi …"* hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, uyuşmazlıkların bölünerek bir kısmının mahkemelerde bir kısmının tahkim yargılamasında çözüme kavuşturulması konusunda anlaşma yapmak mümkündür[812]. Ancak bu durumda, hangi uyuşmazlığın tahkim anlaşması kapsamında olduğuna ilişkin yeni bir uyuşmazlık ortaya çıkabilir. İşte tahkim şartının patolojikliği bu noktada ortaya çıkmaktadır[813].

Taraflardan biri, uyuşmazlığın tahkim yargılamasında karara bağlanmasını istemediği halde, uyuşmazlığın tahkim anlaşması kapsamında olmadığını ileri sürerek, yargılamayı yavaşlatabilecektir[814]. Yargıtay da eski tarihli bir kararında, hakemlerin tahkim anlaşmasının konusu dışına çıkmaları durumunda görevi ve yetkisi olmayan konularda karar vermiş olacaklarını kabul etmektedir[815].

ii. Hakem Heyetinin Teşkilinin veya Görevinin Süre Bakımından Sınırlandırıldığı Tahkim Anlaşmaları

Tahkim süresi, tahkimin başlangıcı ile hakem kararının verilmesi arasında geçen süreci ifade etmektedir[816]. Taraflar, tahkim yargılamasında karar verilmesi için azami bir süre belirleyebilirler[817]. Bu sürenin tahkim yargılamasının gerçekleşmesi bakımından kısa olması, tahkim anlaşmasını tatbiki imkânsız hale getirecektir[818]. Başka bir ifadeyle, tarafların uyuşmazlıklarını daha kısa sürede çözmek adına, tahkim süresini gerçekleşemeyecek kadar kısa tutması, tahkim anlaşmasını patolojik hale getirecektir[819].

---

[812] **İlhan**, s. 187; **Aydın**, s. 171.
[813] **Aydın**, s. 171.
[814] **Aydın**, s. 171.
[815] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 14.06.1990 tarihli E. …/5258 K. 1990/2893 sayılı kararında *"… söz konusu protokol işletme tecrübesi, test ve analizlerle sınırlı olup yalnız bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıklar için tahkim şartı getirmiştir. Hakem kararında ise davacının asıl sözleşmeyi kapsayan bütün uyuşmazlıkların çözümü yoluna gidilmiş, böylelikle tahkim şartının dışına çıkılarak hakemler görevi ve yetkisi olmayan konularda karar vermişlerdir…"* (Ertekin/Karataş, s. 99-100).
[816] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 407; **Şensöz**, Tahkim, s. 180.
[817] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 248,407; **Aydın**, s. 175.
[818] **Sarıöz Büyükalp**, s. 2044; **Aydın**, s. 175.
[819] **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s. 746.

Türk hukukunda MTK'da ve HMK'da taraflar aksini kararlaştırmadıkça tahkim yargılaması için bir yıllık süre öngörülmüştür[820]. Taraflar tahkim yargılamasına hangi anda başlanmış kabul edileceğini de kararlaştırabilirler[821]. Ancak taraflar arasında böyle bir düzenleme kararlaştırılmamışsa sürenin, *"bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren"* başlayacağı HMK ve MTK'da paralel şekilde düzenlenmiştir. Bu süre geçtikten sonra verilen kararlar iptale konu olabilecek ve iptal edilmesi halinde yeniden tahkim yargılamasına başvurmak mümkün olmayacak, uyuşmazlık artık devlet mahkemelerinde çözümlenecektir[822].

Taraflarca tahkime başvurmak için belirli bir süre öngörülmesi durumunda, bu süre geçtikten sonra tahkime başvurulmasının da tahkim anlaşmasının tatbikini imkânsız hale getirdiği ifade edilmektedir[823].

Süre ile ilgili bir başka durum ise, tarafların hakem heyetinin teşkili için yetersiz bir süre öngörmesidir[824]. Bu durumda da hakem heyeti, yeterli süre bulunmaması nedeniyle teşkil edilemeyecek ve tahkim anlaşması tatbiki imkânsız hale gelerek patolojik olacaktır.

---

[820] MTK m. 10 /B *"Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir."*
HMK m. 427 f. 1 *" Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir."*
[821] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 407; Şensöz, **Tahkim**, s. 181.
[822] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 249; Şensöz, **Tahkim**, s. 186.
[823] **Sarıöz Büyükalp**, s. 2054; **Aydın**, s. 177.
[824] **Aydın**, s. 178.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III. PATOLOJİK TAHKİM ANLAŞMALARI ÇERÇEVESİNDE HİBRİT TAHKİM ANLAŞMALARI VE GEÇERLİLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Tezimizin konusu olan hibrit tahkim sözleşmelerini ele almadan önce, esas olarak hibrit kelimesinin köküne bakmak yerinde olacaktır. "Hibrit" kelime kökeni olarak, Eski Yunanca *ʰýbris* ὑβρις yani "*ölçüyü aşma, küstahlık, azgınlık*" sözcüğünden alıntıdır[825]. Latincede "*melez*" olarak kullanılan *hybrida* sözcüğü bu kökten gelmektedir ve kelime Fransızca *hybride* veya İngilizce *hybrid* olarak aynı anlamda kullanılmaktadır[826]. Günümüzde, Türkçe'de, hibrit kelime anlamı olarak *"İki tür arasında yapılan birleştirmeler sonucu elde edilen yavru, İki farklı güç kaynağının bir arada bulunması[827]"* başka bir ifadeyle iki farklı unsurun sentezlenmesi anlamına gelmektedir.

Tezimizin ana konusunu oluşturan hibrit tahkim anlaşmalarında da kelime kökeninde olduğu gibi, bir aşım meydana gelmektedir. Hibrit tahkim; tahkim yolu aşılarak, bir başka uyuşmazlık çözüm yolu ile birlikte sentezlendiğinde ya da kurumsal bir tahkim merkezi aşılarak başka bir tahkim kurumunun kurallarına atıf yapıldığı durumları nitelendirmek için kullanılmaktadır. Hibrit şekilde düzenlenmiş tahkim anlaşmalarının evrensel olarak tanımlanması zordur[828]. Belirttiğimiz gibi doktrinde hibrit tahkim anlaşmaları iki farklı şekilde görülmektedir. Bunlardan ilki (1) iki veya daha fazla uyuşmazlık çözüm yoluna bir sıralama ile atıf yapılarak kurulan tahkim anlaşmaları, diğeri ise (2) bir tahkim merkezi ile birlikte farklı bir tahkim merkezi kurallarına atıf yapılmak suretiyle kurulan tahkim anlaşmalarıdır.

---

[825] https://www.nisanyansozluk.com (Erişim tarihi: 03.02.2020).
[826] https://www.nisanyansozluk.com (Erişim tarihi: 03.02.2020).
[827] Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlüğü tanımı. https://sozluk.gov.tr (Erişim tarihi: 03.02.2020).
[828] **Yasunobu Sato**, Hybrid Dispute Processing in Japan: Linking Arbitration with Conciliation (s. 53-74), Legal Discourse across Cultures and Systems Ed. Vijay K. Bhatia, Christopher N. Candlin, Jan Engberg, Jane Lung, Hong Kong, 2008, s. 56.

Öğretide *Andrews*, asimetrik tahkim anlaşmalarını bir tarafa yalnızca tahkime ya da mahkemelere gitme imkânı tanırken, diğer tarafa tahkime veya mahkemelere gitme imkanını birlikte tanıması nedeniyle, başka bir ifadeyle iki çözüm yöntemine birlikte başvuru imkânı sunması nedeniyle "*hybrid*" olarak nitelendirmiştir[829]. Ancak ifade ettiğimiz üzere, *hybrid* tahkim kavramı birden fazla unsurun sentezlendiği ve bir bütünün parçaları olarak kullanıldığı anlaşmalar için kullanılmaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce, asimetrik tahkim anlaşmalarında bir sentez söz konusu olmaması ve sadece taraflardan birine seçim imkânı tanınması nedeniyle bu anlaşmalar hibrit nitelik göstermezler.

B. BİRDEN ÇOK UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLUNA ATIF YAPILAN HİBRİT TAHKİM ANLAŞMALARI

1. Genel Olarak

Her ne kadar, tarafların tahkim iradesinin açık ve net şeklide ortaya koyulması gerekse de, uygulamada, tarafların bir tahkim anlaşması ile birlikte, başkaca alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kabul ettiği ya da bir tahkim anlaşması ile birlikte, bir devlet mahkemesini yetkili kıldığı tahkim anlaşmaları akdedilmektedir. Tüm bu patolojik tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğu kabul edilmemekle birlikte[830], bu tür patolojik tahkim anlaşmalarında uyuşmazlığın ne şekilde çözümleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır[831].

Bu tür patolojik tahkim anlaşmalarının görünümünün ilk şekli (i) tahkim anlaşması öncesi kademeli olarak diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin öngörülmüş olması, diğer görünümü ise (2) devlet mahkemelerine başvurudan önce, kademeli olarak tahkim yargılamasına gidilmesinin öngörülmüş olmasıdır.

Tahkim şartı ile birlikte bir yetki sözleşmesinin de opsiyonel olarak kabul edilmiş olduğu tahkim anlaşmaları, her ne kadar, birden fazla çözüm yoluna atıf yapması nedeniyle hibrit gibi görünse de, kanaatimizce, tahkim ve mahkemeleri bir bütün içinde çözüm yolunun parçaları

---

[829] **Andrews**, s. 19.
[830] **Comşa**, s. 48.
[831] **Aydın**, s. 94.

olarak birlikte sunmaması nedeniyle, hibrit olarak nitelendirilemezler. Benzer şekilde, tahkimin alternatif olarak sunulduğu tahkim anlaşmaları da patolojiklikler barındırmakla birlikte, bir sentez ya da öncelik sonralık ilişkisi taşımaması nedeniyle, kanaatimizce, hibrit olarak değerlendirilmemelidir.

Taraflar kimi zaman tahkim anlaşmasını, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla kombine şekilde düzenleyebilir[832]. Tarafların, tahkim yargılamasından önce diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuruyu öngördüğü tahkim anlaşmaları, kombine *"combined processes"* ya da hibrit tahkim anlaşmaları *"hybrid prosses"* olarak adlandırılmaktadır[833]. Bu tür tahkim anlaşmalarının ayrıca, "*escalation*", "*ADR-first*" tahkim anlaşmaları olarak da adlandırıldığı görülmektedir[834]. Benzer şekilde, tarafların, tahkim yargılaması ile birlikte kademeli şekilde devlet mahkemeleriyle kombine bir yargılama seçtikleri durumda da *hibrit* tahkim anlaşması gerçekleştirmiş olacaklardır[835]. Tezimizde, tahkim ile birlikte kademeli olarak birden fazla uyuşmazlık çözüm yoluna başvuruyu öngören ya da tahkim yargılaması ile birlikte kademeli olarak devlet mahkemesine başvuruyu öngören tahkim anlaşmalarını, bir tahkim merkezi ile birlikte farklı bir tahkim merkezinin kurallarına atıf yapılarak kurulan hibrit tahkim anlaşmalarından ayırabilmek amacıyla, bu tip anlaşmalar "kademeli hibrit tahkim anlaşmaları" olarak adlandırılacaktır.

Tezimiz kapsamında, devlet mahkemeleri ile birlikte tahkime başvuruyu öngören tahkim anlaşmaları üç başlıkta ele alınacaktır. İlk başlık bir üst paragrafta belirtilen, devlet mahkemesine başvurudan önce tahkim yargılamasını öngören kademeli hibrit tahkim anlaşmalarıdır. İkinci başlık, her ne kadar, hibrit nitelik göstermese de, tarafların bir yetki anlaşmasıyla belirli bir devlet mahkemesi ile birlikte hakemlere de yetki verdikleri opsiyonel - seçimlik tahkim anlaşmalarıdır. Son olarak, yine, hibrit nitelik göstermemesine karşın, tarafların tahkim anlaşmasında bir öncelik sonralık belirtmemekle birlikte bir devlet

---

[832] **Moses**, s. 14; **Kayalı**, s. 552.
[833] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 4.
[834] **Kayalı**, s. 552; **Özdemir Kayalı**, s. 500.
[835] **Draguiev**, s. 20.
Fouchard / Gaillard/ Goldman, "*combined clauses*" ibaresini, taraflardan birine tahkim yargılaması ya da devlet mahkemelerini seçme imkanı tanınan anlaşmalar için yani aslında tezimizde "asimetrik" olarak ifade edilen tahkim anlaşmaları için kullanmaktadır. Bkz. **Fouchard / Gaillard/ Goldman**, s.268 para. 488.

mahkemesini de yetkilendirdiği ve tarafların devlet mahkemesine veya tahkime başvurulabileceğini öngördüğü alternatifli tahkim anlaşmalarıdır.

Uygulamada, genellikle, dostane çözüm yollarına, tahkim öncesi aşamada başvurulmakla birlikte, -ICC tahkim kuralları bünyesinde- taraflar, tahkim dışında bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuruyu tahkim yargılamasının her aşamasında öngörebilirler[836].

2. Tahkim Yargılaması Öncesi Başkaca Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Başvuru Şartı içeren Kademeli Hibrit Tahkim Anlaşmaları

a. Genel Olarak Tahkim Öncesi Aşamalar

Bir tahkim anlaşmasının tarafları, anlaşmayı tahkim yargılamasına götürmeden önce, müzakere veya arabuluculuk gibi, dostane bir çözüm yolu denemeye karar verebilirler[837]. Başka bir ifadeyle, tahkim şartlarında, tahkime başvurudan önce uyuşmazlığın görüşülmesi, sonuç alınamadığı takdirde arabulucuya gidilmesi ve arabuluculukta da sonuç alınamaması halinde, tahkim yoluyla uyuşmazlığın kademeli olarak çözülmesi öngörülebilir[838]. Anlaşmazlığın en az iki farklı anlaşmazlık çözüm prosedürü yoluyla çözümlenmesini öngören bu tip anlaşmalara, "çok katmanlı – çok aşamalı[839]" tahkim anlaşmaları denir[840].

Bu tahkim anlaşmalarında, taraflar klasik bir tahkim anlaşmasından farklı olarak, uyuşmazlığın çözüm süreci için farklı basamaklar öngörürler[841]. Kademeli tahkim anlaşmaları, tarafların spesifik ihtiyaçlarına göre formüle edilerek, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile kombine bir çözüm yolu elde edilmesine olanak sağlar[842]. Tarafların niyeti ise bir önceki uyuşmazlık çözüm yolundan sonuç alamamaları durumunda, bir sonraki basamağa çıkmaktır

---

[836] **Yeşilırmak**, ICC, s. 30.
[837] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 100; **Born**, C. I, s. 841; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 15, 18; **Kayalı**, s. 551; **Özdemir Kayalı**, s. 500; **Moses**, s. 14; **Tan Dehmen**, s. 457.
[838] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 3-4; **Moses**, s.14; **Özdemir Kayalı**, s. 500; **Demirkol**, Mutlak Olmayan, s. 328; **Aydın**, s. 104.
[839] İngilizce terim "*multi-tier arbitration clauses*" olarak kullanılmaktadır.
[840] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 100; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 17; **Özdemir Kayalı**, s. 500.
[841] **Demirkol**, Mutlak Olmayan, s. 328.
[842] **Kayalı**, s. 551.

ve çoğunlukla tahkim son adımdır[843]. Kademeli tahkim anlaşmalarında, genellikle kademeler ilerledikçe, tarafların yargılamanın çözümü üzerindeki iradesi azalır ve nihayet son kademe olan tahkim ya da devlet mahkemesi önünde taraflar uyuşmazlığın çözümünü hakemler ya da hakimlere bırakır[844].

Kademeli tahkim anlaşmaları, tahkim yargılamasından önce bazı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına zorunlu ya da ihtiyari olarak gidilmesini öngörebileceği gibi, uyuşmazlığın devlet mahkemelerine taşınmasından önce tahkim yargılamasında görülmesini öngörür şekilde de düzenlenebilir[845].

b. Kademeli Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Görünüş Biçimleri ve Geçerliliği

Uyuşmazlığı çözümleme yetkisi taraflarda olduğu durumlarda, taraflar, tahkim yargılaması öncesi başkaca alternatif çözüm yollarına başvurmayı aralarında kararlaştırabileceklerdir[846].

---

[843] **Kayalı**, s. 552.

[844] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 18; **Erlank**, s. 8-9.

[845] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 19; **Özdemir Kayalı**, s. 500.
Devlet mahkemelerine başvurudan önce kademeli olarak tahkim yargılamasına gidilmesi öngörülmüş anlaşmalar hakkında bkz. BÖLÜM III / B/3/a.

[846] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 1, 3-4, 8-9; **Tan Dehmen**, s. 457; **Özdemir Kayalı**, s. 500, 501; **Moses**, s.14; **Demirkol**, s. 328; **Aydın**, s. 104.
Japon hukukunda uzlaşma ve arabuluculuk kavramlarını tam olarak karşılamayan ve birbirinden resmi ve kesin çizgilerle ayrılmayan "assen" ve "chôtei" olarak adlandırılan iki farklı kavram kullanılmaktadır ("*Assen*" ifadesi resmi olmayan, daha basit bir arabuluculuk sürecini ifade etmektedir). Benzer şekilde, tarihsel olarak Japon hukukunda tahkim ve arabuluculuk arasında da kesin çizgiler bulunmamaktadır. Geleneksel Japon hukukunda, tahkim yargılamasında uzlaşma metodu taraflara neredeyse dikte edilerek uygulatılmaktadır. Bu uygulamanın temelinde, Japon Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uyarınca hâkim tarafından dava esnasında pratikte "uzlaşma prosedürü" olarak bilinen prosedür bulunmaktadır. 19. yüzyılda Japon hukukunda geleneksel tahkim terk edilerek, Alman hukukundan alınan modern tahkim prosedürü getirilmiştir. II. Dünya Savaşı'nın sonuna kadar, bir tür zorunlu tahkim uygulaması ile tarafların uzlaştırılması başarısız olduğunda, prosedür adına mahkeme bir karar verebiliyordu. Savaş sonrası, Amerikan tipi çekişmeli dava tarzı tahkim yargılamaları Japon hukukunda tahkim konusunda karışıklığa yol açmıştır. Savaştan sonra, belirli bir süre, eski kartel sistemini canlandırmak için ticari tahkim yasaklanmıştır. Japon uygulaması, ticari uyuşmazlıklarda adil olmadığı eleştirilerine maruz kalmış ve tahkim yargılamasının gözden geçirilmesine neden olmuştur. Yakın zamana kadar, Japonya, tahkim prosedürünün Japon Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda düzenlenmesi sebebiyle çok az deneyime sahipti. Bu nedenle iç tahkimde, mahkeme salonunda yapılan yargılama ile karar verilmesi üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte Japonya'nın geleneksek kombine başka bir ifadeyle hibrit sistemi yerine, küresel ticaret için mevcut küresel yargı ortamına uyum sağlamak adına "med-arb" ya da "arb-med" yolları kullanılarak çözüm sunulması gerekmiş ve Japonya tahkim mevzuatını elden geçirmek zorunda kalmıştır. Bkz. **Yasunobu Sato**, Hybrid Dispute Processing in Japan: Linking Arbitration with Conciliation (s. 53-74), Legal Discourse across Cultures and Systems Ed. Vijay K. Bhatia, Christopher N. Candlin, Jan Engberg, Jane Lung, Hong Kong, 2008.

Bu durumda, hibrit tahkim ile ifade edilmek istenen, tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının birlikte kullanılmasıdır [847].

Bu tür "kademeli" farklı bir ifadeyle "çok katmanlı" tahkim anlaşmalarının **avantajı;** tarafların, genellikle daha uzun ve pahalı olan tahkim yargılamasından önce, dostane çözüm yollarını tüketmeleridir[848]. Aynı zamanda, uzun süreli ticari ilişkilerde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru, taraflar arasındaki sözleşmenin uygulanmaya devam etmesini sağlaması açısından da taraflar için avantajlıdır[849]. Benzer şekilde, uzun süreli iş ilişkilerinde, tahkimden önce bir aşama öngörülmesi ve uyuşmazlığın bu alternatif yol ile çözülmesi, tarafların ilerideki iş ilişkilerinin olumsuz etkilenmesini de önler[850]. Hatta, denilebilir ki, taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın tahkime gidilmeden önce alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözülmesi, tarafların iş ilişkilerinin geliştirilmesine de yardımcı olmaktadır[851].

Tahkim yargılamasından önce, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmanın olumlu diğer bir yönü ise, taraflar arasında tahkime gitmeye gerek olacak kadar büyük bir uyuşmazlık çıkmaması halinde, uyuşmazlığın, taraflar arasında çözülerek, tarafları tahkimin maliyetinden ve zaman kaybından kurtarmasıdır[852]. Bir diğer avantajının ise, tahkimden önce başvurulacak çözüm yolunun, taraflara soğuma süresi tanıyarak, sürece yarar sağlaması olarak ifade edilmektedir[853].

Kademeli tahkim anlaşmalarının **dezavantajı** ise, tahkimden önce dostane çözüm yollarının denenmesi durumunda, eğer dostane çözüm yolu uyuşmazlığın çözümünü sağlamazsa, tahkim yargılamasının ve tamamlayıcı işlemlerin başlatılması gecikmiş, hatta

---

[847] **H. William Ross / Donald E. Conlon**, Hybrid of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration (416-427), The Academy of Management Review, Vo. 25 No.2, 2000, s. 416.
[848] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 101; **Erlank**, s. 8; Med-Arb bakımından bkz. **Demirkol/Aküzüm**, s.71; **Kayalı**, s. 552; **Özdemir Kayalı**, s. 501.
[849] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 19; **Özdemir Kayalı**, s. 501.
[850] **Kayalı**, s. 552-553.
[851] **Klaus Peter Berger** Law and Practice of Escalation Clauses, *Arbitration International* C. XXII S.1, 2016, s. 2. naklen **Özdemir Kayalı**, s. 501
[852] **Özdemir Kayalı**, s. 501; **Erlank**, s. 9.
[853] **Park**, Contract Disputes, s. 1788.

engellenmiş olacaktır[854]. Başka bir dezavantaj ise, bu yöntemlerin başarısız olması durumunda, taraflar, yargılama sonunda mahkeme ya da hakemlerin vereceği karar konusunda bir fikre sahip olmuş olacaktır.[855].

Başka bir risk ise, kademeli bir hibrit tahkim anlaşmasının düzenlenmesinde sınırların yeterince net belirlenmemesi, tahkim anlaşmasını icra edilemez hale getirebilecektir. Bu nedenle de, bu tür tahkim anlaşmalarının düzenlenmesi özel bir dikkat gerektirir[856].

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramına; müzakere, arabuluculuk, hakem bilirkişilik, ön hakemlik, mini dava ve dostane arabuluculuk gibi farklı uyuşmazlık çözüm yolları girmektedir[857].

Med-Arb (*mediation-arbitration*) olarak adlandırılan arabuluculuk-tahkim, en bilinen kademeli hibrit prosedürdür[858]. Bu tip anlaşmalar adından da anlaşılacağı üzere, arabuluculuk ve tahkim prosedürlerinin birleşmesi ile ortaya çıkmıştır[859]. Özellikle arabuluculuğun dostane niteliği ile tahkimin bağlayıcılık niteliğinin birleştirilmesi amaçlanmıştır[860].

Bu tip tahkim anlaşmalarında, hakem önce arabuluculuk yaparak taraflar arasında çözüme ulaşmaya çalışır, arabuluculuğun başarısız olması durumunda, tahkim yargılamasına geçilir[861]. Burada, arabuluculuğun başarısızlığa uğraması sonucu, tahkime dönüşümü söz konusudur[862]. Başka bir ifadeyle, Med-Arb iki aşamada gerçekleşir; (1) taraflar, öncelikli olarak uyuşmazlığı

---

[854] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 101; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 19.
[855] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 19.
[856] **Kayalı**, s. 552; **Özdemir Kayalı**, s. 508, 514-515.
[857] **Sato**, s. 60-61; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s.4-5; **Tan Dehmen**, s. 452; **Erlank**, s. 6; **Özdemir Kayalı**, s. 502-504.
[858] **Ross/Conlon**, s. 417.
[859] **Demirkol/Aküzüm**, s. 4.
[860] **Cemile Demir Gökyayla**, Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu (s. 575-616), İstanbul Hukuk Mecmuası 77 / 2 Aralık 2019, s. 58-581; **Demirkol/Aküzüm**, s. 4.
Yukarıda da ifade edildiği üzere, Türk hukukunda taraf vekillerinin de arabuluculuk tutanağını imzaladığı durumlarda, arabuluculuk kararları da bağlayıcı nitelik kazanabilmektedir. Bkz. HUAK m. 18 f. 4.
[861] **Rubino-Sammartano**, s. 19; **Ross/Conlon**, s. 417; **Sato**, s. 61; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 4-5; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 19; **Demir Gökyayla**, Arabuluculuk ve Tahkim, s. 579; **Demirkol/Aküzüm**, s. 57.
[862] **Sato**, s. 61.

arabulucu önünde çözmeyi denerler, (2) arabuluculuk sürecinin başarısız olması sonucu, ikinci aşama olarak, tahkim yargılamasına geçilir[863].

Aynı kişinin hem arabulucu hem de hakem olması önünde bir engel yoktur[864]. Türk hukuku açısından da MTK ve HMK ile birlikte, HUAK da arabulucuların hakem olmasını yasaklar nitelikte hükümler içermemektedir[865]. Ancak, bu konuda iki farklı zıt görüş mevcuttur. İlk görüş, arabulucunun, hakem olmasında bir engel görmemektedir. Arabulucunun otomatik olarak hakem olması, hızlı bir çözüm bulmayı kolaylaştırabilir ancak hakemin arabuluculuk sürecinde oluşacak peşin yargısının, tahkime zarar verdiği ve arabuluculuk sürecinin işlevselliğini sınırlandırdığı yönünde tartışmalar mevcuttur[866]. Bu eleştirileri ortadan kaldırmak için **Med-Arb devre dışı bırakma** (*Arb-Med-Opt-Out*) sistemi mevcuttur ve bu sistem, müzakereler çıkmaza girdiğinde ve arabulucu çözüm yolunu tahkime çevirdiğinde, taraflara ve hakeme vazgeçme yetkisi vermektedir[867]. *Opt-Out* sisteminde, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, arabulucu ve hakem aynı kişidir ve hakem de dahil olmak üzere herhangi birinin vazgeçmesi durumunda, atanmak üzere önceden seçilmiş başka bir hakem mevcut olur. Doktrinde *Akıncı*, arabulucuların hakem olmasını kabul eder nitelikte anlaşmalarda, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin etkilenmeyeceğini ifade etmekle birlikte, Med-Arb sözleşmesinde, hakemin adının belirtilmiş olması ve seçilen kişinin görev yapmaması durumunda, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tehlikeye gireceğini eklemektedir[868]. İkinci görüş ise, tarafların aksine anlaşmış olmaması durumunda, arabulucunun, hakem olmayacağı yönündedir[869]. Arabulucuların hakem olması; tahkim prosedüründe, hakemlerin, arabuluculuk esnasında öğrendiği bilgilerin etkisinde karar vermesi, hakemlerin, artık tarafsız kalamayacağı endişesi ve arabulucuların, ileride hakem olma gücü nedeniyle, tarafları sulhe zorlaması gibi sakıncalar barındırdığı ifade edilmektedir[870]. 2018 tarihli UNCITRAL Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve

---

[863] **Ross/Conlon**, s. 417.
[864] **Ross/Conlon**, s. 417; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 5; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 22; **Ildır**, s. 100; **Demirkol/Aküzüm**, s. 67; **Haig Oghigian**, The Mediation/Arbitration Hybrid (75-80), *Journal of International Arbitration* 20(1), Hollanda, 2003, s. 76.
[865] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s.22; ; **Demir Gökyayla**, Arabuluculuk ve Tahkim, s.592-593.
[866] **Sato**, s. 61; **Ildır**, s. 102; **Demirkol/Aküzüm**, s.68.
[867] **Sato**, s. 61.
[868] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 20-21.
[869] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 22; **Demirkol/Aküzüm**, s. 69-70.
[870] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 21-25; **Demir Gökyayla**, Arabuluculuk ve Tahkim, s. 595-599; **Oghigian**, s. 77.

Arabuluculuk Sonucu Elde Edilen Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Model Kanun[871] ve 2019 yılında İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) bünyesinde yayınlanan Med-Arb kuralları[872] da bu görüş çerçevesinde, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, arabulucunun hakem olarak görev yapamayacağını kabul etmiştir[873]. Taraflar ve arabulucular için bağlayıcı nitelikte olan Türkiye Arabulucular Etik Kuralları[874]nın "*Menfaat İlişkisi ve Çatışması*" başlıklı m.4 f. hükmü uyarınca da arabulucu, ancak taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabilir.

Med-Arb anlaşmasının başka bir görünüş şekli ise, ortada yalnızca bir tahkim anlaşması bulunmasına karşın, tahkim yoluna başvurmadan önce veya başvurduktan sonra ya da yargılama devam ederken, tarafların, uyuşmazlığı arabuluculuğa götürme noktasında anlaşmalarıdır[875]. Doktrinde bunun fiiliyatta tahkim anlaşmasını bir **Arb-Med-Arb** anlaşmasına dönüştüreceği ifade edilmektedir[876]. Benzer şekilde, tarafların aralarında yalnızca bir arabuluculuk anlaşması bulunduğu durumlarda ya da zorunlu arabuluculuğa gitmeleri neticesinde, ihtiyaren ya da arabulucunun önerisi üzerine bir tahkim anlaşması akdetmeleri durumunda da bir Med-Arb tahkim anlaşmasının ortaya çıkacağı kabul edilmektedir[877].

Med-arb'ın bir başka varyasyonu ise **MEDOLA**'dır[878]. Medola sisteminde, arabuluculuğun başarısız olması halinde, taraflar tahkime gitmek yerine, arabulucuya son tekliflerini iletir ve

---

[871] https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf (Erişim Tarihi: 03.08.2020).

[872] https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kuralları-Med-Arb.pdf (Erişim Tarihi: 03.08.2020).

[873] UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation Article 13 *"Unless otherwise agreed by the parties, the mediator shall not act as an arbitrator in respect of a dispute that was or is the subject of the mediation proceedings or in respect of another dispute that has arisen from the same contract or legal relationship or any related contract or legal relationship."* ISTAC Med-Arb Kuralları m. 5 f. 1 *"Arabuluculuk-tahkim veya arabuluculuk süreçlerinde arabulucu olarak görev yapan kişi, tarafların açık ve yazılı onayı olmaksızın, aynı uyuşmazlık hakkındaki tahkim yargılamasında hakem olarak görev yapamaz.".*

[874] https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html.
Madde 4 (6) "*Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra, avukat olarak görev üstlenemez. Ancak, taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabilir*".

[875] **Rubino-Sammartano**, s. 19; **Demir Gökyayla**, Arabuluculuk ve Tahkim, s. 591; **Demirkol/Aküzüm**, s. 58-59.

[876] **Demirkol/Aküzüm**, s. 58-59

[877] **Demirkol/Aküzüm**, s. 59-60.

[878] **Rubino-Sammartano**, s. 20.

arabulucu tarafların sunduğu tekliflerden birini seçer[879]. Görüldüğü üzere, bu sistem de hibrit bir şekilde, arabuluculuk ve *last-offer arbitration* & son teklif sisteminin birleşimidir[880]. Arabuluculukta, taraflar, tarafsız bir arabulucunun yardımıyla anlaşmazlıklarını çözmeye çalışır, tahkimde ise nihai ve bağlayıcı bir karar için davalarını tarafsız bir kişiye sunarlar, *last-offer arbitration'*da ise, taraflar, son tekliflerini sunarak, arasında seçim yapmak üzere bir kişi yetkilendirirler[881]. Bu sistemde, taraflar, arabulucunun seçtiği çözümü kabul etmek zorundadır[882]. Medola sisteminin avantajı; tarafların arabuluculuğa gitmeleri durumunda, bir miktar parasal meblağ üzerinde uzlaşamazlarsa, boşluğu kapatmak için, son teklif tahkimini kullanabilmeleridir[883]. Kavramı ortaya atan *Coulson*, Medola sisteminin, hakemleri yalnızca tarafların teklifleri ile sınırlandırarak, arabuluculuk safhasında taraflar arasında özgürce bir müzakereyi mümkün kılması nedeniyle, med-arb sisteminden ayrıldığını ifade etmektedir[884].

Kademeli hibrit tahkim anlaşmalarının diğer bir görünüş biçimi; **Arb-Med** (arbitration-mediation) olarak adlandırılan tahkim-arabuluculuktur. Bu tip tahkim anlaşmalarında, hakem bir karar verdikten sonra, tarafların aralarında anlaşmaları için arabuluculuk yoluna gidilir, arabuluculuğun sonuç vermemesi durumunda, hakem kararını açıklar[885]. Arb-med üç aşamadan oluşmaktadır; ilk olarak (1) hakem, bir tahkim yargılaması başlatır ve taraflara açıklamadan bir karar hazırlar, ardından (2) arabuluculuk aşamasına geçilir ve hakem arabuluculuk aşaması sona erene kadar, tahkim yargılaması sonucu verdiği kararı açıklamaz, nihayetinde (3) hüküm aşaması olarak adlandırılan son aşamada, tarafların arabuluculuk sürecinde başaralı olamaması durumunda, hakem kararını taraflara açıklar[886]. Arb-Med, taraflara son bir şans olarak uzlaşma yolunu sunmak amacıyla, tahkim sözleşmelerine eklenmektedir[887]. Arb-Med usulünde, Med-Arb usulünün aksine, hakemin kararını arabuluculuk başlamadan önce vermiş olması nedeniyle, arabulucuların hakem olması

---

[879] **Robert Coulson**, MEDALOA: A Practical Technique for Resolving International Business Disputes (111-113), *Journal of International Arbitration,* vol. 11, n.2, Hollanda, 1994, s. 111; **Rubino-Sammartano**, s. 20; **Sato**, s. 61.
[880] **Coulson**, s. 111.
[881] **Coulson**, s. 111.
[882] **Rubino-Sammartano**, s. 20.
[883] **Coulson**, s. 112.
[884] **Coulson**, s. 112.
[885] **Ross/Conlon**, s. 418; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 5; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 27-28; **Demir Gökyayla**, Arabuluculuk ve Tahkim, s. 601.
[886] **Ross/Conlon**, s. 418.
[887] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 27-28.

noktasındaki sakıncaların bertaraf edildiği ifade edilmektedir[888]. Ancak, doktrinde, Arb-Med usulü, tahkim süreci tamamlandıktan sonra ve zaten tahkim yargılaması için masraf ve süre harcandıktan sonra arabuluculuk yoluna gidilmesi nedeniyle, tarafların hızlı ve masrafsız bir çözüm beklentisini karşılamaktan uzak olduğu eleştirisine maruz kalmaktadır[889].

Doktrinde, kademeli tahkim anlaşmalarında, tahkim iradesinin mutlaklığı konusunda bir tartışma olmadığı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın son kademe çözüm yoluna gelene kadar çözülmemesi halinde, hakem mahkemelerinin yetkili kılınması gerekçesi ile anlaşmaların geçerli kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir[890]. Öğretide başka bir yazar da, aynı yönde, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, diğer çözüm yollarına başvuru imkanını ortadan kaldırmadığından, tahkimden önce alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına gidilmesini öngören tahkim anlaşmalarının düzenlenmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir[891].

Buna karşın, başvurulacak uyuşmazlık çözüm yolunun taraflarca ayrıntılı şekilde belirlenmesi, bir süre şartı getirilmesi ve bu çözüm yolunun taraflarca zorunlu kılınması gibi bazı şartların sağlanmaması durumunda, tahkimden önce diğer çözüm yollarına başvuruyu öngören tahkim anlaşmalarının patolojik olacağı ve tahkime başvuruyu sekteye uğratacağı da ifade edilmektedir[892]. Zira kademeli tahkim anlaşmalarının açık olmaması nedeniyle, yakın zamana kadar, **İngiliz mahkemeleri**, tahkimden önce arabuluculuk öngörülmüş olan *Sulamerica* davası[893] ve tahkimden önce iki aşamalı bir uyuşmazlık çözüm yolu öngörülmüş olan *Wah (Aka Alan Tang) & Anor v Grant Thornton International Ltd* davası[894] gibi davalarda hibrit tahkim şartını uygulamayı reddetmiştir[895]. **İsviçre mahkemesi** de, bir kararında,

---

[888] **Demir Gökyayla**, Arabuluculuk ve Tahkim, s. 602.
[889] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 28.
[890] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 47; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 146-147; **Demirkol**, Mutlak Olmayan, s.329; **Park**, Contract Disputes, s. 1788.
[891] **Tan Dehmen**, s. 458.
[892] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 23; **Aydın**, s. 116.
[893] *Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA & Ors v Enesa Engenharia SA & Ors [2012] EWHC 42 (Comm)* http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2012/42.html&query=(Sulamerica) (Erişim Tarihi: 31.07.2020).
[894] *Wah (Aka Alan Tang) & Anor v Grant Thornton International Ltd & Ors [2012] EWHC 3198 (Ch)* *http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3198.html&query=(Wah)+AND+((aka)+AND+(Tang)* (Erişim Tarihi: 31.07.2020).
[895] Kademeli tahkim anlaşmalarının uygulanamaz bulunmasına ilişkin bazı karalar için bkz. **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 101-102; **Yudistiana**, s. 55.

müzakereler için herhangi bir prosedürel çerçeve sağlanmadığı ve uzlaşmanın başlatılması için bir zaman sınırı belirlenmediği gerekçeleriyle, benzer bir yaklaşım benimsemiş ve kademeli tahkim anlaşmasının uygulanamaz olduğuna karar vermiştir[896].

Bu kararların aksine, birçok ülke, *"alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurunun ardından tahkime gidileceği"* şeklinde düzenlenen kademeli tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmektedir[897]. Türk hukukunda da Yargıtay'ın, tahkim anlaşmasında tahkim öncesi gidilmesi öngörülen aşamalar barındıran sözleşmeleri geçerli kabul ettiği kararı mevcuttur[898].

Kademeli tahkim anlaşmaları konusunda bir başka tartışmalı konu ise; anlaşmada belirlenen diğer alternatif çözüm yollarına başvurmadan, direkt olarak tahkim yargılamasına gidilip gidilemeyeceğidir[899]. Bu noktada, öğretide, tahkim anlaşmasından önce gidilmesi öngörülen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ihtiyari mi yoksa zorunlu mu kılındığı incelenmesi yapılarak bir ayrım yapılmaktadır[900].

i. Tahkim Öncesi Aşamalar Tüketilmeden Tahkim Yargılamasına Geçilip Geçilemeyeceği Sorunu

Taraflar tahkim yargılaması öncesi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuruyu çözüm ümidiyle ihtiyari olarak düzenleyebilecekleri gibi tahkim öncesi gidilmesi gereken

---

[896] **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 102.
[897] Örneğin, Avustralya ve Singapur mahkemeleri, kademeli tahkim anlaşmalarına geçerlilik tanıma yönünde irade sergilemektedirler. Bkz. **Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 102.
[898] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 15.09.1994 tarihli E. …/1854 K. 1994/4946 sayılı kararında; *"Taraflar arasındaki sözleşmenin 67. Maddesinde açıkça bu sözleşmeden uygulanmasından doğacak her türlü uyuşmazlıkların hakemde çözüleceği kararlaştırılmıştır. Hakeme başvurmadan önce taraflardan birisinin sözleşmenin icrasından doğacak anlaşmazlıklar için önce mühendise başvurulacağına dair hüküm hakem şartını geçersiz kılmaz. Çünkü öncelikle taraflar veya bunlardan birisi mühendise başvursun veya vurmasın sonuçta uyuşmazlığın hakemde çözülmesi gerekir. Hakemden önce mühendise başvurulması prosedürü ve mühendisin vereceği karar tarafları bağlayıcı değildir. Bu nedenle sözleşmedeki bu hüküm hakem şartını geçersiz kılmayacağından ve dairemizin emsal kararları da bu yönde olduğundan mahkemenin hakem şartının geçersiz olduğuna ilişkin kararının bozulması gerekmiştir."* (**Ertekin/Karataş**, s. 55-56, 72).
[899] **Demirkol**, s. 329 dn. 12.
[900] **Tan Dehmen**, s. 459; **Aydın**, s. 110.

zorunlu bir aşama olarak da düzenleyebilirler[901]. Tahkim öncesi başvurulması öngörülen bu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulmadan tahkim yargılamasına geçilip geçilemeyeceği konusu ise doktrinde tartışmalıdır.

Akıncı, tarafların tahkimden önce uzlaştırma yolunu öngörmüş olmaları durumunda bu yolu tüketmeleri gerektiğini ifade etmektedir[902]. Tarafların uzlaştırma yolunu tüketmeden tahkim yargılaması başlatarak vardıkları kararın, tenfiz aşamasında NYK V (1) kapsamında, tahkim şartının hükümsüzlüğü, tarafların öngördüğü usule aykırılık ve hakemlerin yetkilerini aşmaları nedenleri ile itiraz edilebileceğini ifade etmektedir[903]. Ancak belirtmek gerekir ki, *Akıncı*, taraflardan birinin çaba sarf etmesi karşısında diğer tarafın çözüm yoluna katılmaması halinde, artık, öngörülen tahkim öncesi aşama tüketilmeden tahkime başvuru imkânı bulunduğunu da ifade etmektedir[904].

Öğretide *Özbek* de aynı yönde tahkim öncesi aşamaların zorunlu olup olmamasına bakılmaksızın tüketilmesi gerektiği kanaatindedir[905]. Aksi yönde bir görüş ise yine tahkim öncesi aşamasının zorunlu olup olmamasına bakılmaksızın bir değerlendirme yapmakta ancak bu aşamaların tüketilmemesinin tahkim yargılamasını etkilemeyeceğini ifade etmektedir[906].

Yeşilırmak, arabuluculuk ve müzakerenin hukukumuzda "taraf iradesine bağlı dostane uyuşmazlık çözüm yolları" olarak kabul edildiği, bu sebeple taraflar tahkim öncesi bu yollara başvuruyu öngörmüşlerse; bu yola başvurmak istememeleri halinde başvuruya zorlanamayacaklarını ancak bu değerlendirmenin her tahkim yeri hukuku için özel olarak yapılması gerektiğini ifade etmektedir[907]

---

[901] **Tan Dehmen**, s. 459; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 28; **Demir Gökyayla**, Arabuluculuk ve Tahkim, s. 586; **Demirkol/Aküzüm**, s. 63.
[902] **Akıncı**, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, s. 138.
[903] **Akıncı**, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, s. 138.
[904] **Akıncı**, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, s. 138;
[905] **Mustafa Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2013, s. 703.
[906] Bkz. **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 46; **Kayalı**, s. 552; ancak görüşü savunan yazar konusunda ilgili kaynaklarda bir açıklık mevcut değildir.
[907] Yazar İngiltere ve İsviçre'yi örnek vererek, tahkim yerinin İngiltere ya da İsviçre seçildiği tahkim yargılamalarında, bu hukuklarda dostane çözüm yollarının ön şart olarak kabul edilmesi sebebiyle, tarafların dostane çözüm yollarına başvurması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **Yeşilırmak**, ICC, s. 31.

Genel kabul ise, tahkim öncesi aşamanın zorunlu tutulduğu hallerde bu aşamanın tüketilmesi gerektiği yönündedir. Bu görüş uyarınca tahkim öncesi başvurulması öngörülen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının **yalnızca zorunlu olduğu hallerde tüketilmesi** gerektiği, ihtiyari olarak öngörülen tahkim öncesi aşamanın ise tarafların iradesine tabii olduğu savunulmaktadır[908]. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurunun zorunlu tutulduğu hallerde bu çözüm yollarının öncelikli olarak tüketilmesi gerekmektedir[909].

Born, tahkim anlaşmasının zorunlu olarak düzenlendiği durumlarda, tahkim öncesi aşamaların tüketilmemesinin artık tahkim yargılaması ve tahkim anlaşmasını etkileyen bir yargılama kusuru oluşturacağını ifade etmektedir[910].

Şanlı, tahkim öncesi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru ihtiyari ise, bu aşamalar tüketilmeden tahkime gidilmesinde hukuken bir sakınca olmadığını ifade eder[911]. *Şanlı*'ya göre, tahkim öncesi aşamalar zorunlu tutulmuşlarsa, artık ön koşul niteliğini taşırlar[912].

Tan Dehmen, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bağlayıcı sonuçları olmaması sebebiyle tüketilmeden tahkime başvurulmasının kabul edilmesinin, tarafların iradelerini hiçe saymak olacağını ifade etmektedir[913]. Hakem mahkemesinin böyle bir durumda, uyuşmazlığın esasına girmeyi reddederek müzakerelerin bitmesini beklemesinin yerinde olacağını belirtmiştir[914]. Ancak ifade etmek gerekir ki, *Tan Dehmen*, ancak bir itiraz olması durumunda tahkim öncesi aşamaların tüketilip tüketilmediği incelemesi yapılabileceği, bir başka deyişle taraflarca itiraz edilmemesi durumda hakemlerin tahkim öncesi aşamaların tüketilip tüketilmediği hususunda re'sen bir araştırma yapamayacağı kanaatindedir. [915].

---

[908] **Ekşi**, Tahkim öncesi, s. 55; **Tan Dehmen**, s. 463; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 485; **Erlank**, s. 46; **Kayalı**, s. 572-573; **Özdemir Kayalı**, s. 514-515;
[909] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 485; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 50; **Tan Dehmen**, s. 464; **Erlank**, s. 46; **Kayalı**, s. 572-573; **Özdemir Kayalı**, s. 514-515.
[910] **Born**, C. I, s. 842.
[911] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 485.
[912] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 485-486.
[913] **Tan Dehmen**, s. 464.
[914] **Tan Dehmen**, s. 465.
[915] **Tan Dehmen**, s. 465.

Sarıöz Büyükalp aynı yönde tahkim öncesi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru öngörüldüğü halde bu yolların tüketilmemesi durumunda artık tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız hale geleceğini belirtmektedir[916].

Ekşi, önemli olan hususun tahkim öncesi aşamaların zorunlu tutulması olduğuna vurgu yaparak, tahkim öncesi zorunlu aşamaların tüketilmemesi durumunda tahkim anlaşmasının uygulanması için aranan şartın gerçeklememiş olacağını ve bu durumun hakemlerin yetkisine etki edeceğini eklemektedir[917]. *Ekşi* ayrıca, tahkim öncesi aşamaların hakemlerin yetkisine etkisi nedeniyle; hakemlerin competence-competence prensibi gereği, tahkim öncesi aşamaların tüketilmiş olup olmadığını re'sen incelemeleri gerektiğini de belirtmektedir[918].

Doktrinde *Demir Gökyayla* ise, tahkim öncesi aşamanın zorunlu olması halinde ortaya bir başvuru engeli çıkacağını ve bu engelin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvurmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği şartına benzediğini ifade etmiştir[919]. *Demir Gökyayla*'ya göre, tahkim öncesi aşamanın tüketilmemesi durumunda, ilgili şart gerçekleşmediği için, davalının tahkime taraf olma yükümlülüğü henüz doğmamış olacak ve bu sebeple tahkim davasını hakem heyeti göremeyecektir[920].

Demirkol/Aküzüm, tarafların aralarında bir tahkim anlaşması akdetmesi ile bir Med-Arb sözleşmesi akdetmesi arasında bir fark olması gerektiğini, tahkim öncesi aşamanın tüketilmesi gerektiğini ifade etmektedir[921]. Tarafların tahkim öncesi aşamayı tüketmeden tahkime başvurmak istemeleri halinde, tahkim anlaşmalarına "dilerlerse uyuşmazlık çıktığında arabuluculuğa gidilebileceği" yönünde bir şart getirmelerinin yerinde olacağı önerisini sunmaktadır[922].

---

[916] **Sarıöz Büyükalp**, s. 2054.
[917] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 50 aynı yönde bkz. **Tan Dehmen**, s. 464; **Sarıöz Büyükalp**, s. 2054.
[918] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 46.
[919] **Demir Gökyayla**, Arabuluculuk ve Tahkim, s. 585-586.
[920] **Demir Gökyayla**, Arabuluculuk ve Tahkim, s. 585-586 aynı yönde bkz. **Demirkol/Aküzüm**, s. 63-63.
[921] **Demirkol/Aküzüm**, s.62.
[922] **Demirkol/Aküzüm**, s.63.

Aynı yönde *Kayalı*, tahkim öncesi aşamaların zorunlu tutulup tutulmamasına göre bir ayrım yapılması ve zorunlu tutulmuş ise artık bu usule uyulmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir[923]. *Kayalı* ayrıca, sorunun çözümünün ancak anlaşmada basamakların düzenleniş şekliyle mümkün olduğunu belirterek, taraf iradelerinin açık ve bağlayıcı olması halinde sorunların azalacağını ifade etmektedir[924].

Fransız Mahkeme içtihatlarında da mahkeme veya tahkim öncesi zorunlu aşamalar tüketilmeden mahkeme ya da tahkime gidilemeyeceği kabul edilmektedir[925]. Mahkeme öncesi veya tahkim öncesi aşama tüketilmeden mahkeme veya tahkim yargısına başvurulması durumunda, davalının tahkim öncesi aşamayı atladığı itirazında bulunma hakkı doğacaktır[926].

İsviçre Federal Mahkemesi 07.07.2014 tarihli kararında taraflar arasında *"**20.4 Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Kararının Alınması**: taraflar arasında, mühendisin herhangi bir belgesiyle, tespitiyle, talimatıyla, görüşüyle veya değerlendirmesiyle ilgili herhangi bir uyuşmazlık dahil, Sözleşme'den veya işlerin yapılmasından veya onlarla ilgili bir uyuşmazlığın ortaya çıkması durumunda, taraflardan biri bu uyuşmazlığı diğer tarafı ve mühendisi de bildirmek suretiyle, bir karar verilmek üzere yazılı olarak DAB[927]'ın önüne getirebilir… **20.5- Dostane Çözüm:** Yukarıda yer alan 20.4 paragraf çerçevesinde bir memnuniyetsizlik bildiriminde bulunulması durumunda, her iki taraf da tahkimin başlamasından önce uyuşmazlığı dostane yollardan çözmeye çalışacaktır. Bu karardan memnuniyetsizliklerini dile getirebilir… **20.6 Tahkim**: Dostane yolla çözülmedikçe, (varsa) DAB'ın kararında nihai ve bağlayıcı hale gelmiş olan bütün uyuşmazlıklar nihai olarak uluslararası tahkim yoluyla çözülecektir…"* şeklinde kademeli olarak düzenlenen uyuşmazlık çözüm anlaşmasına ilişkin, öngörülen kademelerin isteğe bağlı olduğuna ilişkin bir ifade bulunmaması sebebiyle, tahkim öncesi aşamaların zorunlu olduğunu

---

[923] **Kayalı**, s. 572-573; **Özdemir Kayalı**, s. 514-515.
[924] **Özdemir Kayalı**, s. 508, 514-515.
[925] *"…Taraflar, sadece zorunlu bir dostane çözüm yolu için bir usul öngörmüşlerse hâkim bu itirazı dikkate almalıdır. Tarafların uyuşmazlıkları için sadece dostane çözüm yolunu deneme zorunluluğundan bahseden bir şart böyle bir usul öngörmediği için hakimin dostane çözüm yolu itirazına uyması zorunlu değildir… "* Karar için bkz. **Ebru Ay Chelli,** Fransız Yargıtay'ının Zorunlu Olmayan Uzlaşma Şartı Tüketilmeden Dava Açılabileceğine İlişkin 29 Nisan 2014 Tarihli Kararının Tercümesi (s. 233-237), *Uluslararası Ticaret Hukuku ve Tahkim Hukuku Dergisi*, S. 2, İstanbul, 2015. Fransız doktrininin konu hakkındaki görüşleri için bkz. **Ay Chelli**, s. 235 dn. 4.
[926] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 40.
[927] Uyuşmazlık Çözüm Kurulu – *Dispute Adjudication Board* (DAB)

belirtmiş ve tahkime doğrudan başvuru hakkının yalnızca anlaşmada belirtilen istisnalarla sınırlı olduğuna, bu haller dışında tahkim öncesi aşamalar tüketilmeden tahkime başvurulamayacağına karar vermiştir[928].

Türk hukukunda ise bazı Yargıtay kararlarında, açık olarak tahkim öncesi aşamaların tüketilmesi gerektiği ifade edilemese de, Yargıtay'ın bu aşamaların tüketilmesi gerektiği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır[929].

Ancak tüm bu tartışmaların yanında, bazı istisnai durumlarda, ön aşamaya başvurmada artık fayda bulunmadığı durumlarda, ön aşamalar tüketilmeden tahkime geçilmesi gerekebilir[930]. Taraflardan biri, tahkim öncesi öngörülen alternatif uyuşmazlık yöntemine başvurmuş ve diğer taraf katılmamışsa, artık bu şart tahkim yoluna başvuruyu engelleyici niteliğini de yitirecektir[931]. Med-Arb örneği üzerinde, ISTAC Med-Arb Kurallarında bu durum açık şekilde düzenlenmiş; taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesinin artık olanaksız olması; taraflardan en az birisinin uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesinde haklı bir beklentisinin kalmaması, taraflardan birinin iflası gibi karşı

---

[928] Swiss Federal Court 4A_124/2014, *A… SA v. B…SA,* 07.07.2014 Bkz. http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/7%20juillet%202014%204A%20124%202014.pdf Kararın çevirisi için bkz. **Baran Yılmaz**, İsviçre Federal Mahkemesi'nin Tahkim Öncesi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Klozu'nun Bağlayıcılığı Konusundaki 7 Temmuz 2014 Tarihli Kararının Tercümesi (s. 261-284), *Uluslararası Ticaret Hukuku ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl: 2015, S. 2, İstanbul, 2015; Karar hakkında değerlendirmeler için bkz. **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 52-53, 90- 93.

[929] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 25.05.2009 tarihli E. 2008/2157 K. 2009/6343 sayılı kararı: *"Davacı, hırsızlık teminatı içerir sigorta poliçesi ile sigortalı işyerinde 26.03.2006 tarihinde gerçekleşen hırsızlık sonucu oluşan zararın bir kısmının ödenmediğini ileri sürerek, 24.600,00.-TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, poliçe genel şartı uyarınca uyuşmazlığın çözümü için hakem-bilirkişi tayininin gerektiğini ve davacı tazminat talebinin fahiş olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporuna ve dosya kapsamına göre, sigortalı işyerinde meydana gelen hırsızlık olayının sigorta poliçe kapsamında olduğu ve taraflar arasındaki "tahkim" sözleşmesinin açıklık ve kesinlik unsuru taşımadığından geçerli bulunmadığı gerekçesiyle 7.368,00 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava, hırsızlık teminatı içerir işyeri sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki akdi ilişkiyi düzenleyen Hırsızlık Sigortası Genel Şartlarının hasar tespitine ilişkin B.3. maddesinde hasar miktarı konusunda tarafların anlaşamamaları halinde uyuşmazlığın hakem bilirkişi aracılığıyla çözümü gerektiği hükme bağlanmış bulunmaktadır. Sözleşmenin bu hükmü, HUMK'nın 287. Maddesinde düzenlenen bir delil sözleşmesi niteliğinde olduğundan tarafları bağlar. Somut olayda, taraflar arasındaki sözleşme hükmünün hakem bilirkişi tayinine ilişkin olmasına rağmen mahkemece, sözleşmenin "tahkim" anlaşması niteliğinde olduğu ve sözleşmenin C.9. maddesindeki yetki anlaşmasının tahkim anlaşmasında bulunması gereken kesinlik unsurunu kaldırdığı gerekçesiyle hakem bilirkişi talebinin reddedilmesi doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir"* Bk. **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 51-52.

[930] **Demirkol/Aküzüm**, s. 67.

[931] **Ekşi**, Tahkim öncesi, s. 28; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 16; **Aydın**, s. 111.

tarafı zor duruma sokabilecek hallerin bulunması ve son olarak taraflardan birinin arabuluculuk talebine karşı diğer tarafın süresi içinde cevap vermemesi veya geçerli bir mazereti olmaksızın arabuluculuk toplantılarına üst üste iki defa katılmaması durumlarında, arabuluculuk süreci sona ermeden önce doğrudan tahkim davası açılabileceği açık şekilde düzenlenmiştir[932].

Kanaatimizce, tahkim öncesi aşamalar, zorunlu tutuldukları durumlarda tüketilmesi gereken basamaklar olarak karşımıza çıkarlar. Bu aşamaların tüketilmemesi, bir tahkime başvuru engeli niteliğinde olup tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyecektir. Eğer tahkim öncesi ihtiyari aşamalar olduğu açıkça belirtilmemişse veya aşamaların ihtiyari olduğu tereddütsüz bir biçimde anlaşılmıyorsa, tahkim öncesi aşamaların tüketilmesinin taraflar açısından bağlayıcılığı olduğu, başka bir ifadeyle, tahkim öncesi aşamaların zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir durumunda, hakem mahkemesi, uyuşmazlığın esasına girmeyi reddetmeli ancak yetkisizlik kararı da vermemelidir. Bu durumda hakemler, tahkim öncesi zorunlu aşamaların tüketilmesi için taraflara süre vermeli, bu konuyu bekletici mesele yaparak tahkim yargılamasını diğer aşamalar tüketilene kadar bekletmeli, bu aşamalar sonucu bir çözüme ulaşılamaması durumunda ise tahkim yargılamasına devam etmelidirler.

Verilen süre içinde, dostane çözüm yoluna davalının başvurmasına da bir engel bulunmamaktadır. Tahkim davasının davacısı ya da davalısı, tahkim öncesi öngörülen alternatif uyuşmazlık yöntemine başvurmuş, ancak diğer taraf katılmamışsa, artık bu şart tahkim yoluna başvuruyu engelleyici niteliğini yitirecektir[933]. Zira, dostane çözüm yollarına başvurmanın zorunlu tutulması, bu müzakerelere katılma zorunluluğunu beraberinde getirmez.

---

[932] ISTAC Med-Arb Kuralları m. 4 f. 7 *"Aşağıdaki hallerde, taraflardan biri arabuluculuk sürecini başlatmadan veya arabuluculuk süreci sona ermeden önce doğrudan tahkim davası açabilir: a. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesinin olanaksız olduğunu gösteren hallerin bulunması; b. Taraflardan en az birisinin uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesinde açık sebeplerden ötürü haklı bir beklentisinin kalmamış olması; c. Taraflardan birinin iflası gibi karşı tarafı zor duruma sokabilecek hallerde, taraflardan birinin doğrudan tahkim sürecini başlatıp ivedî bir karara ulaşmak istemesi; d. Taraflardan birinin arabuluculuk talebine karşı tarafın İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kurallarının 7. maddesi uyarınca süresi içinde cevap vermemesi veya taraflardan birinin geçerli bir mazereti olmaksızın arabuluculuk toplantılarına üst üste iki defa katılmaması."*

[933] **Ekşi**, Tahkim öncesi, s. 28; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 16; **Aydın**, s. 111.

Tüm bu tartışmalarla birlikte, istisnai durumlarda, tahkim öncesi aşamanın tüketilmesinde fayda bulunmuyorsa, ön aşamalar tüketilmeden tahkime geçilmesi gerekebilir[934]. Taraflardan birinin çaba sarf etmesine karşın diğer tarafın hiçbir şekilde görüşmek istememesi, görüşmelere katılım sağlamaması bu duruma örnek olarak gösterilebilir[935]. Kaldı ki, doktrinde, *Yeşilırmak'*ın da ifade ettiği üzere, arabuluculuk ve müzakere Türk hukukunda "*taraf iradesine bağlı dostane uyuşmazlık çözüm yolları*"dır ve Türk hukuku açısından, taraflar bu usullere başvurmaya zorlanamazlar; elbette her tahkim yeri hukuku için bu değerlendirmenin ayrı ayrı yapılması gerekmektedir[936]. Bu görüşe katılmamak da mümkün değildir. Ancak, taraf beyanlarına bağlayıcılık katarak *pacta sunt servanda* ilkesine bağlı kalmak da gerekmektedir. Bu nedenle, dostane çözüm yollarına başvurmanın kendisi için bağlayıcı olmasını istemeyen taraf, sözleşmeye tahkim öncesi aşamalar yazmamalı ya da bu aşamaların ihtiyari olduğunu belirtmelidir. Tahkim öncesi ihtiyari aşamaların tüketilmemesi ise, tahkime başvuru engeli (tahkimde dava engeli) olarak kabul edilmemelidir.

ii. Tahkim Öncesi Aşamaların Tüketilmemesi İtirazı

Taraflar tahkim anlaşması akdederek mahkemenin yetkisini ortadan kaldırdıkları için tahkim öncesi aşamaların tüketilip tüketilmediği, tahkim yargılamasına devam edilip edilmeyeceği hususlarının hakem mahkemesince karara bağlanması gerektiğini savunan bir görüş bulunmaktadır[937]. Bu görüşe göre ancak taraflar tahkim öncesi aşamaların tüketilmediği itirazında bulunursa hakem bunu gözetebilecektir[938]. Bu noktada hakemlerin davayı reddetmesi gerektiği savunulmaktadır[939].

Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, doktrinde bir görüş ise, tahkim öncesi aşamanın zorunlu olması halinde ortaya çıkacak tahkime başvuru engelini, Avrupa İnsan Hakları

---

[934] **Demirkol/Aküzüm**, s. 67.
[935] **Akıncı**, İnşaat sözleşmeleri, s. 138.
[936] **Yeşilırmak**, ICC, s. 31.
[937] **Tan Dehmen**, s. 465.
[938] **Tan Dehmen**, s. 466.
[939] **Tan Dehmen**, s. 465.

Mahkemesi'ne (AİHM) başvurmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği şartına benzetmiş ve tahkim öncesi aşamanın tüketilmemesi durumunda, tahkim davasını hakem heyetinin göremeyeceğini çünkü ilgili şart gerçekleşmediği için, davalının tahkime taraf olma yükümlülüğünün henüz doğmamış olacağını ifade etmektedir[940]. Yukarıda bahsedildiği gibi bu noktada hakemlerin davayı reddetmesi gerektiğini savunan bir görüş[941] olmakla birlikte, davayı reddetmek yerine yargılamanın durdurulmasının daha yerinde olacağını savunan bir görüş de mevcuttur[942].

Doktrinde başka bir görüş, tahkim itirazında olduğu gibi tahkim öncesi aşamaların tüketilmediği itirazı da ilk itiraz şeklinde ileri sürülmesi gerektiği yönündedir [943]. Bu görüşe göre mahkemeler tahkim öncesi aşamaların tüketilmemesini re'sen gözetemeyecektir, tarafların itirazda bulunmaları gerekir[944].

Tahkim öncesi aşamanın tüketilip tüketilmediğinin *competence – competence* prensibi kapsamında hakemlerce karara bağlanması gerektiği yönündeki bir başka görüş ise, tahkim öncesi zorunlu aşamanın hakemlerce re'sen gözetilmesi gerektiği yönündedir[945]. Bu görüşe göre, zorunlu tahkim öncesi aşamalar tüketilmeden tahkim anlaşması işlerlik kazanamayacaktır[946].

1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu m. 9 f. 2, tahkim anlaşmasında tahkim öncesi başvurulması gereken aşamalar kararlaştırılmışsa bu aşamalar tüketilmeden tahkime ardından da mahkemeye başvurulmasını düzenler[947]. İlgili madde hükmünce, taraflar tahkim ya da tahkim öncesi aşamaları tüketmeden mahkemeye başvurmuşlarsa, karşı tarafın itirazı üzerine

---

[940] **Demir Gökyayla**, Arabuluculuk ve Tahkim, s. 585-586; **Demirkol/Aküzüm**, s. 63-63.
[941] **Tan Dehmen**, s. 465.
[942] **Demir Gökyayla**, Arabuluculuk ve Tahkim, s.586; **Demirkol/Aküzüm**, s. 65.
[943] **Yeşilova**, Mahkemelerin Yardımı, s. 529-530.
[944] **Yeşilova**, Mahkemelerin Yardımı, s. 528-530.
[945] **Ekşi**, Tahkim Öncesi s. 45-46.
[946] **Ekşi**, Tahkim Öncesi s. 46.
[947] Arbitration Act 1996 article 9/2 *"An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures."* Bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents (Erişim Tarihi: 03.05.2020)

mahkeme yargılamayı durduracaktır[948]. Tahkim öncesi aşamaların tüketilmemesi durumunda hakem ya da mahkemenin bunu re'sen gözetemeyeceği ifade edilmektedir[949].

Kanaatimizce de, tahkim öncesi aşamaların tüketilmemesi, bu aşamalar taraflarca zorunlu şekilde öne sürülse dahi bir itiraz şeklinde ileri sürülmelidir. Zorunlu aşamalar tüketilmeden tahkime başvurulması halinde, her ne kadar bu durum hakem heyetinin yetkisine etki edecekse de; hakemlerin yetkisinin kaynağı ve sınırı taraflar olduğu için, taraflar itiraz etmedikçe, hakem heyetinin bu zorunlu aşamaların tüketilip tüketilmediğini re'sen incelenmesine gerek yoktur. Zira, geçerli bir tahkim anlaşması bulunsa dahi taraflar tahkim itirazında bulunmadıkça mahkemeler bunu gözetememektedir, o halde tahkim yargılamasında ya da devlet yargılaması aşamalarında taraflar tahkim öncesi aşamaların tüketilmediği itirazında bulunmadıkça, tarafların iradesinin artık bu aşamalardan feragat ettikleri yönünde olduğu kabul edilmelidir. Tahkim öncesi aşamaların tüketilmediği itirazı ancak, davalı tarafından bir dava açma engeli olarak, ilk itiraz biçiminde ileri sürülürse, hakem heyeti bu aşamaların zorunlu aşamalar olarak öngörülüp öngörülmediğinin incelemesini yapmalıdır.

Ancak taraflarca böyle bir itiraz yapıldığı durumlarda dahi kanaatimizce tahkim öncesi aşamaların tüketilmemesi, tahkime başvuruyu engellemeyecektir. Bu durumda hakemler bu konuyu bekletici mesele yaparak tahkim yargılamasını diğer aşamalar tüketilene kadar bekletmeliler, bu aşamalar sonucu bir çözüme ulaşılamaması durumunda, tahkim yargılamasına devam etmelidirler.

iii. Tahkim Öncesi Aşamalar Tüketilmeden Verilen Hakem Kararlarının İptal Davasına Konu Olması

Taraflarca tahkim öncesi aşamalar öngörülmüş ancak bu aşamalar tüketilmeden tahkim yargılaması sonucu bir karar verilmişse bu kararın iptale konu olup olmayacağı da tartışmalı bir husustur. *Ekşi*, iptal sebeplerinin tahdidi olarak sayılması sebebiyle, tahkim öncesi

[948] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 29-30.
[949] **Tan Dehmen**, s. 465.

aşamaların tüketilmemesi nedeniyle hakem kararlarının iptalinin de sebeplere eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir[950]. Henüz böyle bir iptal sebebi bulunmaması nedeniyle, zorunlu tahkim öncesi aşamanın tüketilmemiş olmasının "hakemlerin taraflarca kararlaştırılan usule uymaması" ya da "hakemlerin yetkisiz olması veya yetkisini aşması" iptal sebepleri kapsamında değerlendirilerek iptal edilebileceğini belirtmektedir[951].

İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi 14.11.2012 tarihli kararında[952] tahkim öncesi usulün açık ve kesin olmaması sebebiyle bu usul tüketilmeden verilen kararların iptal edilemeyeceğine karar vermişken, Mahkeme 14.07.2014 tarihli kararında[953] tahkime gidilmeden önce kararlaştırılan aşamaların tüketilmesi gerektiği, aksi durumda kararın iptal edileceği ancak somut olayda tahkim öncesi aşamaların tüketilmiş olması sebebiyle iptal talebinin reddine karar vermiştir[954].

Taylandlı bir şirket ile Singapur'a kayıtlı bir şirket ve yine Taylandlı bir başka şirket arasında imzalanan bilgi ve bilgisayar teknolojileri servisi sözleşmesinde; tahkim öncesi başvurulması öngörülen aşamalar ile birlikte tahkim anlaşması düzenlemiştir[955]. Singapur Temyiz Mahkemesi ise 19.10.2013 tarihli kararında; sözleşmede bu aşamalar tüketilmeden tahkim yargılamasına gidilerek verilen kararın iptaline karar vermiştir[956].

---

[950] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 56.
[951] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 56.
[952] *Wah (Aka Alan Tang) & Anor v Grant Thornton International Ltd & Ors* [2012] EWHC 3198 (Ch) (14.11.2012) http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3198.html (Erişim Tarihi: 05.06.2020). Karar hakkında değerlendirme için bkz. **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 59-60.
[953] *Emirates Trading Agency Llc v Prime Mineral Exports Private Ltd* [2014] EWHC 2104 (Comm) (01.07. 2014) http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2014/2104.html (Erişim Tarihi: 05.06.2020). Karar hakkında değerlendirme için bkz. **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 60-64.
[954] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 59-64.
[955] Tahkim anlaşması şu şekildedir: *"All disputes arising out of this Cooperation Agreement, which cannot be settled by mediation pursuant to Clause 37.2, shall be finally settled by arbitration to be held in Singapore in the English language under the Singapore International Arbitration Centre Rules ("SIAC Rules")..."* bkz. *International Research Corp PLC v Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another* [2013] SGCA 55 article 7.
[956] *International Research Corp PLC v Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another* [2013] SGCA 55 https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sgca-55.pdf (Erişim tarihi 04.06.2020). Karar hakkında değerlendirmeler için bkz. **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 64-65.

iv. Tahkim Öncesi Aşamalar Tüketilmeden Verilen Hakem Kararlarının Tenfiz Davasına Konu Olması

Taraflarca tahkim öncesi aşamalar öngörülmüş ancak bu aşamalar tüketilmeden tahkim yargılaması sonucu bir karar verilmişse bu kararın tenfiz davasına konu olması durumunda nasıl bir karar verileceği belirsizdir.

Tahkim öncesi aşamaların zorunlu olduğu hallerde, bu aşamaların tüketilmemesi hakemlerin yetkisine etki edecektir[957]. *Tan Dehmen*, tahkim öncesi aşamalar zorunlu tutulmuş ve tüketilmemişse, verilen kararın artık hakemlerin yetkisi dışında verilmiş olacağını ve tenfizinin reddedilebileceğini ifade etmektedir[958]

Ekşi, aynı yönde tahkim anlaşmasında öngörülen, tahkim yargılaması öncesi gidilmesi zorunlu olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulmadan hakem mahkemesince verilen kararın, hakemlerin yetkileri dışında karar vermiş olmaları nedeniyle NYK m. V f.1 b.(c) kapsamında tenfiz engeli teşkil edebileceğini belirtmiştir[959].

3. Devlet Mahkemeleri ile Birlikte Tahkime Başvuruyu Öngören Tahkim Anlaşmaları

a. Mahkeme Öncesi Aşamalar - Devlet Mahkemelerine Başvurudan Önce Kademeli Olarak Tahkim Yargılamasına Gidilmesi Öngörülmüş Anlaşmalar

Anlaşmazlığın önce tahkime gitmesi ve çözülememesi durumunda, devlet mahkemelerinde çözümlenmesini içeren tahkim anlaşmalarının geçerliliği de tartışmalıdır[960]. Bu tür tahkim anlaşmalarında, yetki şartı ve tahkim şartını birlikte barındıran tahkim anlaşmalarında olduğu gibi, tahkim anlaşması ile birlikte devlet mahkemeleri de yetkili kılınmaktadır. Ancak yetki şartı ile birlikte tahkim şartı da barındıran anlaşmalarda herhangi bir öncelik-sonralık sırasına yer verilmezken, uyuşmazlığın tahkimde çözümlenememesi halinde devlet mahkemelerinin yetkili olacağına hükmeden "kademeli tahkim anlaşmaları"nda

[957] **Tan Dehmen**, s. 465; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 65.
[958] **Tan Dehmen**, s. 465.
[959] **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 486; **Tan Dehmen**, s. 465; **Aydın**, s. 111- 112.
[960] **Aydemir**, s. 165-166; **Aydın**, s. 105.

devlet mahkemeleri ikinci bir kademe olarak belirlenmektedir[961]. Buna karşın, uyuşmazlığın tahkimde çözümlenememesi halinde devlet mahkemelerinin yetkili olacağına hükmeden kademeli tahkim anlaşmaları da, iki çözüm metodu arasında çelişki bulunması nedeniyle patolojik kabul edilmektedir[962].

İngiliz hukukunda İngiltere Teknoloji ve İnşaat Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, mahkeme sorunun mahkeme öncesi aşamanın zorunlu olup olmadığı noktasında toplandığını ifade etmiş ve dava öncesi aşama tüketilmeden mahkemelere başvurulamayacağı kanaatine varmıştır[963]. Yukarıda da değinildiği gibi, **Fransız Mahkeme içtihatlarında** da mahkeme veya tahkim öncesi zorunlu aşamalar tüketilmeden mahkeme ya da tahkime gidilemeyeceği kabul edilmektedir[964]. Mahkeme öncesi veya tahkim öncesi aşama tüketilmeden mahkeme veya tahkim yargısına başvurulması durumunda, davalının tahkim öncesi aşamanın atlandığı itirazında bulunma hakkı doğacaktır[965].

Doktrinde bir görüş, uyuşmazlığın öncelikli olarak tahkimde çözümlenmeye çalışılması ve bir çözüme ulaşılamaması durumunda devlet mahkemelerine gidileceği şeklinde düzenlenen kademeli tahkim anlaşmalarının, tahkimin bağlayıcı etki doğurmaması sebebi ile geçerli olmayacağını ifade etmektedir[966]. Başka bir görüş ise, tahkim öncesi ve mahkeme öncesi aşamaların zorunlu tutulması durumunda bu aşamalar tüketilmeden bir sonraki aşamaya geçilemeyeceği yönündedir[967].

Yargıtay'ın ise, *"uyuşmazlığın tahkimde çözümlenememesi halinde devlet mahkemelerinde çözümleneceği"* şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmalarında, tarafların tahkim iradelerinde

---

[961] **Aydın**, s. 113.
[962] **Aydın**, s. 113.
[963] *Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd* [2014] EWHC 3193 (TCC) (10 Oct.2014) http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2014/3193.html (Erişim Tarihi: 05.06.2020).
[964] *"…Taraflar, sadece zorunlu bir dostane çözüm yolu için bir usul öngörmüşlerse hâkim bu itirazı dikkate almalıdır. Tarafların uyuşmazlıkları için sadece dostane çözüm yolunu deneme zorunluluğundan bahseden bir şart böyle bir usul öngörmediği için hakimin dostane çözüm yolu itirazına uyması zorunlu değildir… "* Karar için bkz. **Ay Chelli,** s. 235 dn. 4.
[965] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 40.
[966] **Demirkol**, Mutlak Olmayan, s. 350.
[967] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 55.

tereddüt oluşması nedeniyle, geçersiz olacağına ilişkin kararları[968] mevcutsa da tarafların tahkim yargılamasında başarılı olmamaları durumunda devlet mahkemelerinin yetkili olacağı

[968] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 22.05.2015 tarihli E. 2015/2198 K. 2015/2758 sayılı kararı: *"Eldeki davada kararlaştırılan tahkim şartında 30 gün içinde bu yolla (tahkim) anlaşma sağlanamaması halinde ihtilafların hallinde İstanbul mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili olacağı belirtildiği, bu şekliyle uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem heyeti kabul edilmediği, mahkemede de dava açma yetkisi verildiği, tahkim iradesi açık ve kesin olmadığından geçersizdir. Bu durumda mahkemece tahkim şartının geçersiz olması sebebiyle tahkim ilk itirazı reddedilerek, işin esasına girilip taraf delilleri toplandıktan sonra sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak davanın görev yönünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur."* Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 13.03.2020).
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.03.2007 tarihli E. 2007/769 K. 2007/769 sayılı kararında: "*Taraflar arasındaki sözleşmenin uyuşmazlıkların halli başlıklı 13. maddesinde, uyuşmazlık halinde, tarafların seçeceği hakemlerce çözümleneceği, hakem heyetinin çalışmalarından sonuç alınamaz ise Isparta Mahkeme ve İcra Dairelerinin yetkili olduğu kararlaştırılmıştır. Hakem yoluyla halledilemeyen uyuşmazlıkların mahkemece çözümleneceğine dair konulan kayıt hakem (tahkim) sözleşmesini hükümsüz bırakır. Zira bu hükümlerden, tarafların ihtilafın kesin olarak hakemde çözülmesini istemiş olduklarını çıkarmak mümkün değildir. Asıl olan bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin mahkemelere ait olmasıdır."* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim tarihi: 03.03.2020)
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 31.03.2003 tarihli E. 2003/1050 K. 2003/3012 sayılı kararında; "*Taraflar arasındaki, ihracat Birliği Anlaşması'nın "Müteferrik Hükümler" başlığı altında "Anlaşmazlık vukuunda taraflar önce mali danışman Kemal Baral'ın hakemliğine müracaat edecekler ve hakemin yazılı bildirim ve kararı anlaşmazlığı çözemez ise yargıya gideceklerdir. Bu durumda yetkili mercii İstanbul Adli Mercileri olacaktır" denilmektedir. Tahkim sözleşmesi ile, taraflar, aralarındaki bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim yoluna başvurmayı (gitmeyi) kararlaştırırlar (HUMK.nun 516. md.). Taraflar, tahkim sözleşmesinin konusu olan uyuşmazlık hakkında dava açmak isterse, tahkim yoluna gitmek zorundadırlar, yani davayı genel mahkemelerde değil, hakemlerde açabilirler. Taraflar arasında kararlaştırılan, tahkim şartı, taraflara hakemden sonra mahkemeye gitme yetkisi vermekle, uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmemekle geçersiz bulunmaktadır."* www.legalbank.net (Erişim tarihi: 03.03.2020).
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 17.09.2002 tarihli E. 2002/3203 K. 2002/3914 sayılı kararında; *"Yanlar arasındaki 17.12.1997 günlü kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 5. maddesinde "ihtilaf vukuunda mal sahipleri ve yüklenici tarafından Mimarlar Odası, Mühendisler Odası'ndan temin edilecek 3 teknik adam ile ihtilaf halledilir. Halledilmemesi halinde Kuşadası Mahkemeleri yetkilidir." hükmü bulunmaktadır. Görülüyor ki, bu hükümle taraflar tahkim iradelerini açık ve kesin olarak ortaya koymamış, aksine uyuşmazlığın genel mahkemelerde görülebileceğini de belirtmişlerdir. Oysa, tahkim sözleşmesinde açıklık ve kesinlik bulunması tahkimde aranan esaslı unsurlardandır. Bu bakımdan sözleşmede yer alan tahkim şartı hükümsüz olmakla, uyuşmazlığın genel mahkemede görülmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi bozma nedenidir."* www.legalbank.net (Erişim tarihi: 03.03.2020).
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 18.05.1981 tarihli E. …/1134 K. 1981/1163 sayılı kararı; *"30 Mayıs 1977 tarihli sözleşmenin 10. Maddesi ile yollama yapılan özel şartnamenin 24. Maddesinin (şartname ve ana sözleşme hükümlerinin uygulanması sırasında kooperatif ile müteahhit arasında çıkacak herhangi bir uyuşmazlık olursa bu uyuşmazlık kooperatifin bağlı bulunduğu kooperatifler Kütahya İl Müdürlüğü ve Kooperatifler Eskişehir 5. Bölge Müdürlüğü Elemanlarınca çözümlenir. Taraflar bununla yetinmezlerse meselenin çözümünde Simav Mahkemeleri ve icra daireleri yetkilidir.) hükmüne dayanılarak yerel mahkemece, davanın tahkim yoluyla görülmesi gerektiğinden görevsizlik kararı verilmiş ise de; … mahkemenin yetkili olduğu veya bu yolla halledilemediği takdirde mahkemeye gidileceği yahut … yer mahkemesinin yetkili olduğu doğrultusunda konulan kayıt tahkim şartını hükümsüz kılar. Öyle ise: yanların kararlaştırmalarında tahkim şartının yanında yetki şartının da bulunması tahkim şartını geçersiz hale getirdiğinden bu konudaki itirazın reddi ile işin esası incelenmek suretiyle sonuca göre bir karar vermek gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru değildir."* (**Ertekin/Karataş**, s. 51 dn. 39).
Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 29.01.1996 tarihli E. 1996/247 K. 1996/438 sayılı kararı; www.legalbank.net (Erişim tarihi: 03.03.2020).

şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmalarını geçerli kabul ettiği eski tarihli bir kararı da bulunmaktadır[969].

Kanaatimizce, tarafların iradeleri açık olması durumunda "*uyuşmazlığın tahkimde çözümlenememesi halinde devlet mahkemelerinde çözümleneceği*" şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmelidir. Çünkü zaten taraflar tahkimde başarılı olamazlar ve icra edilebilir bir karar elde edemezlerse en nihayetinde başvuracakları makam devlet mahkemeleri olacaktır.

Bu noktada taraflara hangi devlet mahkemelerinin yetkili olacağı noktasında seçim hakkı zaten Türk hukukunda belirli çerçeve içinde tanınmaktadır ve tanınan bu hallerde yetki sözleşmesi yapmak noktasında taraflar serbesttirler. Ancak tarafların henüz tahkim yargılamasına gitmeden, tahkimin başarısız olma ihtimaline ilişkin böyle bir şart kaleme almalarının, tarafların çözüm odaklı bir tahkim süreci sürdürmelerini olumsuz etkileyeceği eleştirisi getirebileceği de açıktır. Bu nedenle, hakemler ile birlikte kademeli olarak mahkemeleri de yetkilendiren tahkim anlaşmalarının sınırları net şekilde belirlenmeli ve tahkim yargılamasından maksimum verim alınacak şekilde düzenlenmelidir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, tahkimin -devlet yargısına alternatif özel bir yargılama usulü olması, tahkim neticesinde tarafları ve üçüncü kişileri bağlayıcı karar verilecek olması gibi- özellikleri göz ardı edilerek, tahkimin mahkeme öncesi başvurulacak bir uzlaşma makamı gibi belirlendiği tahkim anlaşmaları, hukuken bir tahkim anlaşması olma vasfını taşımayacaktır. Bu anlaşmaların, tahkim anlaşması olduğu kabul edilse dahi, geçersiz bir tahkim anlaşması akdedilmiş olacaktır.

---

[969] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 17.12.1987 tarihli E. 1987/3643 K. 1987/4505 sayılı kararında; *"Taraflar arasındaki 04.01.1986 tarihli sözleşmenin 6.4 maddesinde "anlaşmazlıklar halinde önce her iki tarafın kabul edeceği bir hakeme başvurulur. 30 gün içinde bir sonuç alınmaması halinde Ankara Mahkemelerini yetkili olduğu kabul edilecektir." hükmü yazılıdır. Burada sözü edilen yetki sözcüğü hakemin ya da mahkemenin görevini saptamak için kullanıldığı kuşkusuzdur. Davacı, dava dilekçesinde davalı ile bir araya gelerek tanınan süre uzatımına rağmen tarafların hakem tayini konusunda anlaşamadıklarını bildirmiş olduğundan ve ibraz edilen ihtarname belge ve tutanaklar bu iddiayı doğruladığından yukarı metni aynen belirtilen sözleşme hükmüne göre tahkim şartının ortadan kalktığının kabulü gerekir. Diğer bir deyimle, tarafların bu açık kabulü karşısında hakem tayininde irade uyumu sağlanamamış olması itibariyle esasa ilişkin uyuşmazlığın mahkemece çözümlenmesi gerekmektedir. O halde davanın bu nedenle reddine karar verilmek üzere hüküm davalı yararına bozulmalıdır."* (**Ertekin/Karataş** s. 71-72).

b. Yetki Şartı ve Tahkim Şartını Birlikte Barındıran Tahkim Anlaşmaları

Tarafların, tahkim anlaşmalarında hem devlet mahkemelerine hem de tahkime atıf yaptığı tahkim anlaşmalarının geçerliliği de tartışma konusudur[970]. Patolojik tahkim anlaşmaları içinde en sık görülen *opsiyonel- seçimlik*[971] tahkim anlaşmaları, potansiyel bir uyuşmazlık için herhangi bir öncelik sonralık barındırmaksızın hem devlet mahkemelerinin hem hakem mahkemelerinin yetkili kılındığı anlaşmalardır[972].

Yabancı öğretide tarafların tahkim yargılaması ile birlikte devlet mahkemeleriyle kombine bir yargılama seçtikleri durumda hibrit tahkim anlaşması gerçekleştirmiş olacağı ifade edilmektedir[973]. Başka bir ifadeyle, tarafların tahkim yargılaması ile birlikte devlet mahkemeleriyle kombine bir yargılama seçtikleri durumda opsiyonel- seçimlik bir tahkim anlaşması, hibrit özellik göstermiş olacaktır[974]. Ancak kanaatimizce, yetki şartı ve tahkim şartını birlikte barındıran tahkim anlaşmaları, prosedürler arası bir öncelik sonrası barındırmaması nedeniyle, başka bir ifadeyle, uyuşmazlığın çözümü için atıf yapılan çözüm yollarının birlikte yürütülecek bir sistem içinde düzenlenmemesi nedeniyle, hibrit olarak nitelendirilmemelidirler.

Mukayeseli hukuk doktrininde, bu tür tahkim anlaşmalarının, tarafların tahkimin etkisine güven duymamaları ve tarafların bir seçim yapamayarak devlet mahkemelerine de atıf yaptıkları eleştirileri getirilmiştir[975]. Bu tür tahkim anlaşmasının patolojik olmasının nedeni ise *Eisemann*'ın tahkim anlaşmasının işlevlerinden ikinci kriteri olan "*en azından hakemler tarafından hüküm verilene kadar devlet mahkemesinin uyuşmazlığın çözümüne müdahalesini engelleme*" kriterini sağlamaması olduğu ifade edilmektedir[976].

---

[970] **Born**, C. I, s. 684; **Comşa**, s. 48-49; **Aydemir**, s. 163.
[971] Terim İngilizce olarak "*optional arbitration agreements*" olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Born**, C. I, s. 687; doktrinde terimin "non-mandatory arbitration agreements" olarak kullanılması gerektiğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Bkz. **Comşa**, s. 48 dn. 7.
[972] **Comşa**, s. 48-49; **Aydemir**, s. 163.
[973] **Draguiev**, s. 20.
[974] **Draguiev**, s. 20.
[975] **Tolkušinas**, s. 37-38.
[976] **Davis**, s. 376; **Tolkušinas**, s. 38.

Opsiyonel- seçimlik anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin üç yönelim bulunmaktadır; (1) davacının iki yargılama yolundan birini seçme konusunda hakkı olduğunu savunan görüşler[977], (2) belirsizlik durumunda devletin münhasır yetkisini savunan görüşler[978], (3) iki yargılamanın da geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerektiği[979]ni savunan görüşler[980].

Opsiyonel- seçimlik tahkim anlaşmalarında uyuşmazlık hakkında hangi yargılama yolu ile karar verileceği sorununun çözümünde; (1) tahkim anlaşmasının nitelik itibariyle yetki sözleşmesine göre özel nitelikli olduğu ve tarafların bu yönde bir iradesi bulunmaması durumunda tahkim şartının hiçbir şekilde sözleşmeye eklenmeyeceği sebebiyle tahkim anlaşmasının yetki anlaşmasına göre üstünlüğünü kabul eden ve uyuşmazlığın tahkimde çözümlenmesi gerektiğine hükmeden yabancı mahkeme kararları[981] bulunmakla birlikte; (2) tahkim anlaşması ve yetki sözleşmesi arasında bir hiyerarşinin kabul edilemeyeceğini ve tahkim anlaşmasının üstünlüğünü reddeden yabancı mahkeme kararları da mevcuttur[982]. Farklı bir yaklaşım olarak ise, Fransız Yüksek Mahkemesi, tahkim anlaşmasının olumsuz etkisine vurgu yaparak, tarafların bir tahkim anlaşması akdederek devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırdığını, bu sebeple hem tahkim anlaşması hem yetki sözleşmesi öngören anlaşmalar hakkında karar verme yetkisinin *competence – competence* ilkesi gereğince hakem mahkemelerine ait olduğuna karar vermiştir[983].

---

[977] **Yavuz Alangoya**, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, 1973, İstanbul, s. 20, 32-33 naklen **Aydın**, s. 92

[978] **Akıncı**, Çözüm Yolu, s. 109; **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 47.
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de 01.07.2014 tarihli E. 2014/3330 K. 2014/4607 sayılı kararında; "*Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırıldıktan sonra, 32.7 maddesinde ihtilaf halinde Bursa mahkeme ve icra dairelerinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Bursa mahkeme ve icra dairelerinin yetkisi, tahkim prosedürü ile ilgili olarak mahkemelerde görülmesi gereken bazı konularla ve işlerle de sınırlandırılmamıştır. Bu durumda açık ve kesin bir tahkim iradesinin varlığından söz edilemeyeceğinden ve taraflar arasındaki tahkim şartı geçersiz (hükümsüz) olduğundan davaya tahkimde bakılması mümkün değildir.*" [www.legalbank.net (Erişim tarihi:03.03.2020)] şeklinde hüküm tesis etmiş, mahkemelerin yetkisinin, mahkemelerde görülmesi gereken bazı konularla ve işlerle de sınırlandırılmamış olmasını, tahkim anlaşmasının geçersizlik sebebini oluşturacağı yönünde hüküm tesis etmiştir.

[979] Belirtmek gerekir ki her iki şartın da geçersiz olacağına ilişkin görüş istisnadır. İlgili karar ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Aydın**, s. 94.

[980] **Comşa**, s. 49.

[981] Farklı ülkelerde bu tür patolojik tahkim anlaşmalarına ilişkin, tahkim anlaşmasının yetki anlaşmasına göre üstünlüğü yönünde verilen kararlar için bkz. **Aydın**, s. 95-97.

[982] Farklı ülkelerde bu tür patolojik tahkim anlaşmalarına ilişkin, tahkim anlaşmasının yetki anlaşmasına göre üstünlüğünün kabul edilemeyeceği yönünde verilen kararlar için bkz. **Aydın**, s. 98-102.

[983] İlgili karar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yeşilova**, Mahkemelerin Yardımı, s. 544-546; **Aydın**, s. 102-104.

Yetki şartı ve tahkim şartını birlikte barındıran sözleşmelere ilişkin bir diğer yorum ise, akdedilen yetkinin, tahkimde çözülemeyecek noktalar için (örneğin hakem ataması, geçici hukuki korumaya yönelik tedbir kararları[984] vb.) belirlendiği yönündedir. Bu görüşe göre, yetki sözleşmesi, tahkim yargılamasında karar verilemeyecek hususlar bakımından tesis edildiği için sözleşmede bir çelişki bulunmadığı ve bu sebeple iki şartında geçerli olduğu kabul edilmektedir[985]. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda, taraflara, tahkim yargılamasında yetkili olacak mahkemeleri seçme noktasında bir serbesti tanınmamaktadır[986]. Bu nedenle tarafların bu konuda yetki sözleşmesi yapmaları mümkün değildir. Tarafların ancak hakem seçiminde yetkilendirdikleri üçüncü kişi veya kurumun yetkili hakemi seçmemesi durumunda gidilecek mahkemeyi seçmek gibi özel konularda yetkili mahkemeyi seçme noktasında serbestileri mevcuttur[987].

Bu tip tahkim anlaşmalarının Yargıtay'ın "tahkim iradesinin açık ve net olması" gerekliliği nedeniyle, Türk hukukunda geçersiz kabul edileceği açıktır[988]. Yargıtay'ın da ""*hakem şartına ilişkin maddesinde "... ve sözleşme ve eklerinde belirtilen durumlarda başvuru makamı İstanbul mahkemeleri ve icra daireleridir" şeklinde yer alan ifade karşısında, anılan tahkim şartının açıklık ve kesinlik unsurunu taşıdığı ve geçerli olduğu kabul edilemez.*"" şeklinde, bu tip patolojik tahkim sözleşmelerinin geçersiz olacağına ilişkin kararları mevcuttur[989]. Yargıtay

---

[984] Bu yönde Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2017 tarihli E. 2017/7887 K. 2017/6602 arar sayılı kararı *"4686. Kanunun 7/4 maddesinde, Hakemlerin seçimi usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen; taraflardan biri anlaşmaya uymazsa; kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği halde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa; hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse; hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin istemi üzerine Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yapılır." hükmü getirilmiştir.*
Somut olayda, davacı ile davalının yaptıkları sözleşme uyarınca meydana gelen uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğinin belirlendiği, davalıya hakemini tayin etmesi için ihtar gönderildiği halde davalının hakem tayin etmemesi üzerine hakem tayin edilmesi için mahkemeye başvurduğu anlaşılmaktadır. Dosya kapsamında taraflar tacir olmadığına göre uyuşmazlık görülüp sonuçlandırılması gerekir." www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 03.03.2020).

[985] **Demirkol**, Mutlak Olmayan, s. 330-332; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 139.

[986] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 136.

[987] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 136, 139.

[988] **Ekşi**, Tahkim Öncesi, s. 47; **Aydın**, s. 92.

[989] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 13.05.1996 tarihli E. 1996/2706 K. 1996/2585 sayılı kararında; *"Kural olarak, hukuki uyuşmazlıkların çözüm yeri, mahkemelerdir. Ancak, bir sözleşmenin tarafları, kamu düzenini ilgilendirmeyen ve arzularına bağlı olan konularda, aralarında çıkacak uyuşmazlıkların halli için tahkim yolunu seçebilirler. Bu takdirde, tahkim sözleşmesinde veya şartında, açıklık ve kesinlik bulunması, tahkimin en esaslı unsurunu oluşturur. Aksi halde, tahkim sözleşmesi veya şartı geçersiz duruma gelir ve uyuşmazlığa mahkemelerce bakılması gerekir.*

yakın tarihli bir kararında ise Bölge Adliye Mahkemesinin kararına karşın, bu tip bir sözleşmeyi geçerli kabul etmiştir[990]. Yargıtay başka bir kararında ise hem hakemlere hem de mahkemelere yetki veren tahkim anlaşmalarının, tahkim anlaşmasının istisnai olma özelliğini ortadan kaldırması nedeniyle geçersiz olacağına hükmetmiştir[991]. Doktrinde ise, Yargıtay'ın bir kararında[992] *"uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırıldıktan sonra, 32.7 maddesinde ihtilaf halinde Bursa mahkeme ve icra dairelerinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Bursa mahkeme ve icra dairelerinin yetkisi, tahkim prosedürü ile ilgili olarak mahkemelerde görülmesi gereken bazı konularla ve işlerle de sınırlandırılmamıştır. Bu durumda açık ve kesin bir tahkim iradesinin varlığından söz edilemeyeceğinden ve taraflar arasındaki tahkim şartı geçersiz (hükümsüz) olduğundan davaya tahkimde bakılması mümkün değildir."* gerekçesi ile tahkim anlaşmasını geçersiz kabul etmesinin yorumu ile, sınırlar net çizgilerle belirlendiği durumda tahkim anlaşması ile birlikte yetki anlaşması da yapılabileceği kanaatindedir[993].

Somut olayda, taraflar arasında yapılan 7.7.1993 günlü sözleşmenin hakem şartına ilişkin 37/son maddesinde "... ve sözleşme ve eklerinde belirtilen durumlarda başvuru makamı İstanbul mahkemeleri ve icra daireleridir" şeklinde yer alan ifade karşısında, anılan tahkim şartının açıklık ve kesinlik unsurunu taşıdığı ve geçerli olduğu kabul edilemez" şeklinde hüküm tesis etmiştir. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 03.03.2020).

[990] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 12.12.2019 tarihli E. 2019/2824 K. 2019/5139 sayılı kararı: *"Olayda öncelikle çözümlenmesi gereken konu sözleşmedeki tahkim şartının geçerli bulunup bulunmadığı konusudur. Gerçekten de Bölge Adliye Mahkemesinin gerekçeli kararında belirtildiği gibi tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için tarafların tahkim iradelerinin şüpheye ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olması gerekir. Uyuşmazlıkların öncelikli olarak hakemlerce, olmazsa mahkemelerce çözüme bağlanacağı kararlaştırılan tahkim sözleşmeleri veya şartları açık ve kesin tahkim iradesini içermediğinden geçerli sayılamaz. Somut olayda 20.08.2007 tarihli asıl sözleşmede 12.maddede; "..... uyuşmazlıkların hallinde iş bu sözleşmeden doğan veya sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar ... Ticaret Odasının tahkim kuralları uyarınca tahkim yoluyla çözüme bağlamayı taraflar kabul ederler" hükmü kabul edilmiş, 14.10.2010 tarihli düzenleme şeklinde ek sözleşmede ise XIV. Maddesin de tahkime ilişkin hüküm " ..... çözümlenemeyen uyuşmazlıkların hallinde ... Ticaret Odası Tahkim kuralları çerçevesinde ... Ticaret Odasının Tahkim Kurullarının görevli ve yetkili oldukları, ... tahkim kurullarının bu görevi yapmasının mümkün olamadığı halde, ... Mahkeme ve İcra Müdürlüklerinin yetkili olduğunu, taraflar gayri kabili rücu kabul, beyan ve taahhüt ederler" şeklinde düzenlenmiştir. Görüleceği gibi ek sözleşmedeki düzenleme de tahkim iradesinden açıkça vazgeçilmemiş, istisnai olarak İTO tahkim kurullarının bu görevi yapmasının mümkün olamaması halinde ... Mahkeme ve İcra Müdürlüklerinin yetkili olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçerli olduğunun kabulü gerekeceğinden mahkemece davacının bu sebebe dayalı iptâl talebinin reddi ile diğer sebeplere dayanan iptâl taleplerine ilişkin iddialarının incelenmesi gerekirken davanın kabulü ile hakem kararının iptaline karar verilmesi doğru olmamış bozulması gerekmiştir."* www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 15.06.2020).

[991] Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 13.03.1989 tarihli E. 1989/4943 K. 1989/1218 sayılı kararı *"Taraflar arasındaki protokolün 29,30 ve 31. Maddeleri birlikte incelenmesinden, tarafların hakem şartı üzerinde iradelerinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde oluşmadığı anlaşılmaktadır. Kural olarak özel hukuk ilişkilerine giren uyuşmazlıkların tabii mahkemeler önünde çözümlenmesi gerekir. Tahkim şartı ise bu genel kuralın istisnasını teşkil eder. Ancak, bir istisnadan söz edebilmek için, bu konudaki taraf iradelerinin açık ve kesin olup olmadığı aranmalıdır. Oysa somut olayda yukarıda sözü edilen protokol maddelerinde hem hakemlerden hem mahkemenin yetkisinden söz edilmiş olup, tahkim şartının kesin olduğu söylenemez… "* Bkz. **Ertekin/Karataş**, s. 67.

[992] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de 01.07.2014 tarihli E. 2014/3330 K. 2014/4607 sayılı kararı bkz. dn.998.

[993] **İlhan**, s. 218-219.

MTK m.5'in taraflara görevli ve yetkili mahkemeyi seçme serbestisi tanıması[994] sebebiyle, taraflar arasındaki bu yetki sözleşmesi, mukayeseli hukuk doktrinindeki bir görüşe göre anlaşmazlık konusunda gidilecek devlet mahkemesi konusunda taraflar arasında yapılan bir anlaşma olduğu Türk hukukunda kabul edilemeyecektir. Ancak MÖHUK m. 60[995] ile taraflara kararların tenfizi davalarında, yetkili mahkemeyi seçme serbestisi tanınması nedeniyle, akdedilen yetki sözleşmesinde mahkemenin tenfiz davasında yetkili olduğu açık şekilde ifade edildiği taktirde, bu yetki sözleşmesi tahkim iradesinde bir çelişki doğurmayacaktır[996].

c. "Veya" İbaresi ile Tahkim İradesi Barındıran Alternatifli Tahkim Anlaşmaları

Taraflara tahkim ve devlet mahkemesine başvuru hakkını "veya" ibaresi ile, seçimlik olarak sunan tahkim anlaşmaları da *opsiyonel- seçimlik*[997] tahkim anlaşmalarının bir türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu tip tahkim anlaşmalarında da, yetki şartı ve tahkim şartını birlikte barındıran tahkim anlaşmalarında olduğu gibi, tahkim anlaşması ile birlikte devlet mahkemeleri yetkili kılınmaktadır. Ancak alternatifli tahkim anlaşmalarında, tarafların yetkili kıldığı hakemler ve mahkemeler arasında bir seçim yapma hakkı bulunmaktadır. Kanaatimizce, yetki şartı ve tahkim şartını birlikte barındıran tahkim anlaşmalarında olduğu gibi, "veya" ibaresi ile devlet yargısı ve tahkime birlikte atıf yapan tahkim anlaşmaları da hibrit nitelikli değillerdir. Zira bu durumda da, tahkime mi yoksa devlet yargısına mı gidileceği belirli olmaması nedeniyle tahkim anlaşması patolojik hale gelmektedir. Oysa hibrit anlaşmalarda, iki unsurun -örneğimizde iki çözüm yolunun- bir ahenk içinde birlikte uygulanması sağlanmaktadır.

---

[994] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 124, 136.

[995] MÖHUK m. 60 f. 2 *"Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir…"* Bkz. Bölüm I / E / 1.

[996] **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 468.

[997] *Born* "veya" ibareli tahkim anlaşmalarını "*optional arbitration agreements*" başlığı altında incelenmekte ve alternatifli olarak ayrı bir başlık altında ele almamaktadır. (Bkz. **Born**, C. I, s. 687) kanaatimize de, alternatifli tahkim anlaşmaları, opsiyonel tahkim anlaşmalarının özel bir görünüş biçimidir.

Doktrinde *Aydın*, yetki şartı ve tahkim şartını birlikte barındıran tahkim anlaşmaları içinde tahkime "veya" devlet mahkemesine başvuru hakkı tanıyan alternatifli tahkim anlaşmalarının, yetki şartı ve tahkim şartını birlikte barındıran diğer tahkim anlaşmalarına göre daha ağır bir patoloji içerdiğini ifade etmektedir[998]. Bu nedenle, tarafların devlet mahkemesine "veya" tahkime başvuracağını hükme bağlayan tahkim anlaşmalarında, tahkim iradesinin yeterli açıklık ve kesinlik seviyesine ulaşmadığı görüşündedir[999].

Madrid Eyalet Mahkemesi AP Madrid Kararı[1000]nda, Taraflara Hollanda Tahkim Enstitüsü (NAI) Tahkim Kuralları uyarınca uluslararası tahkime ya da "S-Hertogenbosch (Hollanda'da) mahkemelerine gitme seçeneği veren tahkim anlaşmasını geçerli kabul etmiştir.[1001] Bu karar, İspanya'da alternatifli tahkim anlaşmalarına geçerlilik tanınan ilk karar olması yönünden de önem arz etmektedir[1002]. Bu karara konu tahkim şartı, taraflara seçimlik bir başvuru imkânı tanımamaktadır. Mahkeme özellikle, tarafların tahkim anlaşmasını arabuluculuk veya dava gibi diğer uyuşmazlık çözümü prosedürleriyle alternatif olarak, bir tarafın yöntemi seçmesine izin vererek veya sunulabilecek uyuşmazlıkların türlerini tanımlayarak uluslararası bir uygulama olduğunu kabul etmiştir.

C. BİR TAHKİM MERKEZİ İLE BİRLİKTE FARKLI BİR TAHKİM MERKEZİNİN KURALLARINA ATIF YAPILAN HİBRİT TAHKİM ANLAŞMALARI

Anlaşmazlık çözüm mekanizmaları kompleks olabilir[1003]. Taraflar uyuşmazlık çözüm yollarını, kararın icra edilebilirliği, gizlilik, zaman ve maliyet gibi farklı faktörlere göre seçmektedirler[1004]. Taraflarca kabul edilen tahkim şartı her zaman net bir ayrım içermeyebilir, örneğin; taraflar yargılamayı bir tahkim merkezi bünyesinde gerçekleştirmeyi seçmemiş olsalar dahi, hakemlerin yargılamayı belirlenen tahkim merkezi kuralları çerçevesinde yürütmesini kararlaştırabileceklerdir[1005]. Aynı şekilde tarafların yargılamanın bir tahkim

---

[998] **Aydın**, s. 118.
[999] **Aydın**, s. 118.
[1000] *Provincial Court of Madrid, 28th Chamber, Auto 147/2013.*
[1001] **Yudistiana**, s. 60.
[1002] https://www.allenovery.com/en-gb/global/news-and-insights/european-finance-litigation-review/southern-europe/first-spanish-court-ruling-upholding-validity-of-hybrid-dispute-resolution-clause (Erişim Tarihi: 31.07.2020).
[1003] **Yudistiana**, s. 52; **Draguiev**, s. 20.
[1004] **Yudistiana**, s. 52.
[1005] **Rubino-Sammartano**, s. 4; **Yudistiana**, s. 52-53.

merkezi bünyesinde gerçekleşmesini kararlaştırmış olmaları durumunda da Tahkim merkezinin bazı kurallarını değiştirebilir ya da kendilerine uygulanmamasını seçebilirler[1006].

Yukarıda bahsedildiği gibi mukayeseli hukuk doktrininde hibrit tahkim kavramı, bir tahkim merkezi ile birlikte farklı bir tahkim merkezi kurallarına atıf yapılması şeklinde düzenlenmiş tahkim anlaşmaları için de kullanılmaktadır[1007]. Başka bir ifadeyle, hibrit tahkim kavramı ile kastedilen, bir tahkim kurumunda yürütülen tahkim yargılamasında, ICC gibi farklı bir tahkim kurumunun tahkim kurallarının uygulanmasıdır[1008]. Mukayeseli hukuk doktrininde, bu tip tahkim sözleşmelerinin tarafların uyumsuz ("*disharmonious"*) tahkim merkezi ve tahkim kuralı seçimi sonucu olduğu ifade edilmektedir[1009]. Hibrit tahkim uygulaması, irade serbestisi ve tarafların sınırsız yaratıcılığından kaynaklanmaktadır[1010]. Hibrit tahkimde, tarafların tahkim anlaşmasının yönetilmesi için seçebileceği iki farklı kural tipi vardır: (1) başka bir kurumsal tahkim merkezinin kuralları (2)ad hoc tahkim kuralları[1011].

1. **Bir Tahkim Merkezi ile Birlikte Farklı Bir Tahkim Merkezinin Kurallarına Atıf Yapılan Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Patolojik Tahkim Sayılma Sebepleri ve Hangi Patoloji Çerçevesinde Değerlendirileceği Sorunu**

a. Bir Tahkim Merkezi ile Birlikte Farklı Bir Tahkim Merkezinin Kurallarına Atıf Yapılan Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Patolojik Sayılıp Sayılamayacağı

Uygulamada genellikle, tarafların bir tahkim merkezini seçip uygulanacak hukuku seçmedikleri hallerde, tahkim yargılamasına seçilen tahkim merkezinin kurallarının

---

Uygulamada taraflar *ad hoc* tahkim yargılamasını seçmelerine karşın, UNCITRAL tahkim kurallarının uygulanmasını seçmektedirler. Bu durumda yargılama kurumsal tahkim çerçevesinde yürütülmüş olmayacaktır. Tarafların tahkim hususunda anlaşamadıkları noktalarda yargılama UNCITRAL tahkim kurallarına tabii olacaklardır. Bkz. **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 70; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 7.

[1006] **Rubino-Sammartano**, s. 4.

[1007] **Davis**, s. 377; **Yudistiana**, s. 21; **Schroeter**, s. 178.

[1008] **Anthony Cheah Nicholls / Christopher Bloch**, ICC Hybrid Arbitrations Here to Stay: Singapore Courts' Treatment of ICC Rules Revisions in Articles 1(2) and 6(2) (393-412), *Journal of International Arbitration (Kluwer Law International*; Kluwer Law International 2014, C.: 31 S.: 3, 2014, s. 393.

[1009] Bkz. **Berger**, s. 12.

[1010] **Willems**, s. 404.

[1011] **Willems**, s. 404.

uygulanacağı kabul edilir[1012]. Ancak taraflar, bir kurumsal tahkim merkezini yetkili kılmakla birlikte, başka bir merkezin kurallarının uygulanacağını kararlaştırabilirler[1013]. Böyle bir tahkim anlaşmasında, tahkim iradesinin varlığı konusunda bir tereddüt bulunmaz ancak uyuşmazlığın hangi kurumda hangi kurallar çerçevesinde çözümleneceğine ilişkin kesin sınırlar çizilmediği durumda, tahkim anlaşması patolojik hale gelebilecektir[1014].

Mukayeseli hukuk doktrininde, bir kurumsal tahkim merkezinde, başka bir kurumsal tahkim merkezinin kurallarının uygulanması şeklinde tahkimi öngören tahkim anlaşmalarının, hakemlerin seçimi konusunda belirsizlik yaratması sebebiyle geçersiz olması gerektiğini savunan bir görüş mevcuttur[1015].

Yine mukayeseli hukuk doktrininde, "*İş bu sözleşmeden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar tek bir hakem tarafından Seul'de Kore Ticari Tahkim Mahkemesi önünde MTO Tahkim kuralları uyarınca çözümlenecektir.*[1016]" şeklindeki bir tahkim anlaşmasından (1) sadece hakem tayin etme noktasında Kore Ticari Tahkim Mahkemesi'nin yetkilendirildiği ve tahkim yargılamasının MTO kuralları çerçevesinde gerçekleşeceği şeklinde, (2) tahkim yargılamasının yürütülmesinin Kore Ticari Tahkim Mahkemesi nezdinde yürütüleceği ve MTO tahkim kurallarının destekleyici nitelikte olacağı şeklinde, (3) tahkim yargılaması fiilen Kore Ticari Tahkim Mahkemesi'nde yürütülmekle birlikte, MTO tahkimin seçildiği ve kurallarının uygulanması gerektiği şeklinde ya da (4) Kore Ticari Tahkim Mahkemesi'nin MTO tahkim kurallarını çerçevesinde tahkim yargılamasını yürüteceği şeklinde farklı anlamlar çıkarılabileceğini, hakemlerin yetkilendirildiği açık olsa da, tahkimin muğlak olduğunu ve verilen kararın iptal davası ya da tenfiz aşamalarında geçersiz kabul edilebileceğini ifade etmektedir[1017].

[1012] **Qian / Guo,** s. 116.
[1013] **Nicholls/Bloch,** s. 393; **Aydın**, s. 139.
[1014] **Aydın**, s. 137, 139.
[1015] **Tolkušinas,** s. 36-37.
[1016] *"Any controversy or claim arising out of relating to this Agreement or the breach hereof shall be settled by arbitration in Seoul, Republic of Korea before the Korean Commercial Arbitration Tribunal by a single arbitrator in accordance with the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce."* Bkz. **Davis**, s. 377.
[1017] **Davis**, s. 377-378; **Tolkušinas**, s. 36-37.

Bu kapsamda, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan ICC'nin ad hoc ya da başkaca kurumsal tahkim merkezleri tarafından veya başka merciiler tarafından kendi kurallarının kullanılmasını yasaklayan hükmü dışında, kanaatimizce, hibrit tahkimi yasaklamayan bir kurumsal tahkim merkezinin kurallarının, başka bir kurumsal tahkim merkezinde kullanılarak tahkim yargılaması yürütülmesini belirsizlik yaratmayacak şekilde net sınırlarla öngören tahkim anlaşmalarının geçerliliği tartışma konusu yaratmayacak kadar açıktır.

Tarafların belirli bir tahkim kurumunu seçerek bu tahkim kurumunun kuralları çerçevesinde tahkimi kabul etmelerinin, uygulanacak kuralların belirliliğini sağladığı yukarıda da bahsedildiği gibi doktrinde birçok yazar tarafından ifade edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, hibrit tahkim, tarafların belli bir kurumun tahkimini seçerek sahip olduğu kuralların belirli olması güvencesini ortadan kaldırmaz, zira taraflar başka bir tahkim merkezinin kurallarını seçerek bu belirliliği sağlamaya devam etmektedirler. Hatta denilebilir ki tarafların kendi iradeleri ile başkaca kurallar seçmeleri, tarafların bu güvenceyi kendi iradeleri ile sağladığını gösterir.

b. Bir Tahkim Merkezi ile Birlikte Farklı Bir Tahkim Merkezinin Kurallarına Atıf Yapılan Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Hangi Tip Patoloji Olarak Değerlendirileceği Sorunu

NYK m. II f.3 kapsamında tahkim anlaşmasının aykırılığı için incelenmesi gereken, "*hükümden düşmüş olma", "tesirsiz olma" ve "icra edilebilirlik"* ilkelerine baktığımızda, hibrit klozlar hem tesirsiz hem de icradan kabiliyeti bulunmayan anlaşmalar olarak değerlendirilebilir.

Hibrit tahkim sözleşmelerini patolojik kabul etmemiz halinde, "birinci derece", başka bir görüşe göre ise, "iyileştirilebilir" patolojik tahkim şartı olarak kabul etmek gerekir. Ancak her iki görüşe göre de bu türden sözleşmeler iyileştirilebilir sözleşmelerdir. *Eisemann*'a göre, icra edilebilirliği bulunmayan patolojik tahkim sözleşmeleri birinci derece patolojik tahkim olarak kabul edilmekte birlikte iyileştirilebilir bir tahkim anlaşmasıdır. Mukayeseli hukuk doktrininde diğer bazı yazarlar tarafından da icra edilebilirliği bulunmayan ya da hakemler tarafından karar verilinceye dek devlet mahkemelerinin uyuşmazlığa müdahalesini engelleme fonksiyonu bulunmayan tahkim anlaşmalarının iyileştirilebilir tahkim anlaşmaları olduğu kabul

edilmektedir[1018]. Kanaatimizce, iki tanıma ve görüşe göre de, hibrit tahkim anlaşmaları iyileştirilebilir patolojik tahkim anlaşması olacaktır. Kanaatimizce de hibrit tahkim klozları ve tahkim anlaşması NYK m. II/3 kapsamında, tatbiki imkanız olması (*Inoperability*) sebebiyle patolojik kabul edilebilecektir.

Tahkimi yönetmesi için seçilen tahkim merkezi, diğer tahkim merkezinin tahkim kurallarını *mutatis mutandis* ilkesi çerçevesinde uyarlayarak uygulayabilir. Ancak istisnai durumlarda, tahkime uygulanması için seçilen tahkim merkezi kuralları, tahkimi yönetmesi için seçilen tahkim kurumu tarafından uygulanamaz nitelikteyse ya da tahkim kurumu bu kuralları uygulamayı kabul etmezse, tahkim anlaşmasında bir "icra edilemezlik" durumu meydana gelecektir. Peki bu türden "icra edilemezlik" tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak mıdır? Zira, NYS m. II/f. 3 hükmünde, tahkim itirazı neticesinde mahkemenin, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. HMK m. 413 hükmünde de mahkemenin tahkim itirazı üzerine yapacağı incelemede "tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız" olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği yer almaktadır. MTK m.5, "*Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder*" hükmünü havi olup, tahkim itirazı üzerine mahkemece yapılacak incelemede, "tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız" olup olmadığının incelenmesine ilişkin bir ifade bulunmamakla birlikte, doktrinde, mahkemenin tahkim itirazı üzerine yapacağı incelemede "tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız" olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir[1019]. Bir anlamda burada tahkim anlaşmasının geçersiz olup olmadığı tespit edilmektedir. Yine, HMK'nın "İptal davası" başlıklı m. 439 / (2) (a) hükmü[1020] ve "İptal davası ve hakem kararlarının icra edilebilir hâle gelmesi" başlıklı MTK m.15 (A) (1) (a) hükmünde[1021], tahkim anlaşmasının

[1018] BÖLÜM II / B / a.

[1019] **Balkar Bozkurt**, s. 202.

[1020] HMK. m. 439, "(1) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür. (2) (a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı, …"

[1021] MTK. Madde 15 – "*A) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. (Değişik ikinci cümle: 28/2/2018-7101/53 md.) İptal davası, 3 üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür. Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir: 1. Başvuruyu yapan taraf; a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim*

geçersiz olması bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür. Diğer taraftan, hakem kararının tenfizi aşamasında da tahkim anlaşmasının geçersizliği tenfizin reddine sebep olmaktadır (NYS m. V/ 1 /a hükmü[1022] ve MÖHUK m.62/f.1 (e)[1023]).

O halde, tahkim anlaşmasının bu haliyle uygulanamaz olmasını, "icra edilemez bir tahkim anlaşması" olarak nitelendirmek, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu sonucunu beraberinde getirmektedir. Ancak, tahkim anlaşmasının bu haliyle uygulanamaz olmasından dolayı, böyle bir tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu sonucuna varabilmek için, tahkim anlaşmasının tatbikinin imkânsız olması gerekir. Bu durumda böyle bir imkânsızlık söz konusu mudur? Tahkim anlaşmasının "uygulanmasının imkânsız" olduğunun tespitinde, başka bir ifadeyle, tahkim anlaşmasının geçersizliği sonucuna varılmasını gerektirecek derecede "icra edilemez" olduğunun tespitinde; tahkim anlaşmalarını mümkün olduğunca geçerli kılmaya yönelik yorum tercih edilmelidir. Böyle bir durumda, tahkim anlaşmasını tümden geçersiz kılmak yerine, tahkim anlaşmasını *ad hoc* nitelikte kabul etmek gibi icra edilebilir hale getirecek yorumlar yapılması yerinde olacaktır, zira tarafların tahkim iradesi tüm icra güçlüklerine karşın devam eder.

Sonuç olarak, tarafların, tahkimin başkaca bir kurum ya da ad hoc şekilde ICC kuralları -ya da başka bir kurumsal tahkim merkezi kuralları- çerçevesinde yürütülmesini kararlaştırması durumunda, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu yönünde bir yorum yapmak, tahkimin taraf iradelerine üstünlük tanıyan yapısına ve tahkimi ayakta tutmaya yönelik yoruma ters düşecektir. Bu türden tahkim anlaşmalarının, tarafların tahkim iradeleri açık olduğundan, tahkim anlaşmasının geçerliliği önünde bir engel teşkil edecek şekilde yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

---

anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu,..,"

[1022]New York Sözleşmesi m. V/1/a- "*Aleyhine hakem kararı dermeyan edilen tarafların talebi sekbetmez ve mumaileyh, kararın tanınması ve icrası istenen memleketin salahiyetli makamı huzurunda aşağıdaki hususları ispat etmez ise hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz;* (*a) II. maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden taraflar, haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olur yahut da mezkur anlaşma taraflarca tabi kılındığı kanuna ve bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği mahal kanununa göre hükümsüz bulunur ise; veya…"*

[1023] MÖHUK m. 62/f. 1 hükmü, *"Mahkeme … (e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise,… yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder."*

c. Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Kurumsal Tahkim Olarak mı Ad Hoc Tahkim Olarak mı Değerlendirileceği Sorunu

Aşağıda da inceleneceği üzere, bazı devlet yargısı kararları, bu tip patolojik hibrit tahkim anlaşmalarının geçerliliğini sağlamak için tahkim anlaşmasının ad hoc kabul edilebileceğini ifade etmiştir.

Kanaatimizce, bu durumda, Türk hukukunda da, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan Singapur Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarındaki gibi, seçilen kurumun tahkimi fiilen yönetecek kurum olarak dikkate alınarak, tarafların tahkim iradesi açık olduğundan, taraflarca kararlaştırılan tahkimin *ad hoc* tahkim olarak kabul edilmesi ve tarafların tahkim iradesinin bağlayıcılığının ayakta tutulması gerekmektedir. Zira, tahkimde önemli olan, tarafların tahkime yönelik iradesinin varlığı ile tahkim yargılamasına uygulanmak üzere taraflarca seçilen usul hukukunun bu tahkim yargılamasında uygulanmasıdır. Önerdiğimiz bu çözüm, seçilen tahkim kurumuna değil, taraflarca seçilen usul hukukunun tahkim yargılamasında uygulanmasına üstünlük tanımaktadır. Zira, tahkim yargılaması neticesinde verilecek kararın iptali ya da tenfizinin reddine sebep olacak neden, seçilen kurumun tahkimi gerçekleştirmemesi değil, seçilen usul kurallarının uygulanmamasıdır.

Hibrit tahkim anlaşmalarının kurumsal ya da ad hoc tahkim kabul edilmelerinin bir sonucu, hakemleri atama mercii noktasında kendini göstermektedir[1024]. Taraflar böyle bir tayin mercii seçtiklerinde, tayin merciinin istenen tayini yapma kabiliyetine ve böyle bir tayin yapma isteğine sahip olduğundan emin olmalıdırlar[1025]. Eğer seçilen tayin merciin böyle bir kabiliyeti ya da tayin yapma istediğinden biri yoksa, ortaya icrası mümkün olmayan bir tahkim anlaşması çıkacaktır[1026]. Bu durumda da taraflardan biri devlet mahkemesine başvurmak zorunda kalabilecektir[1027]. Bu noktada ise kanaatimizce, hibrit tahkim her ne kadar ad hoc kabul edilecek olsa da, taraf iradelerinin hakem seçiminin, tahkim yargılamasını yürütmek üzere seçilen tahkim merkezi tarafından yapılması yönünde olduğu kabul edilmelidir.

[1024] **Davis**, s. 378.
[1025] **Davis**, s. 378.
[1026] **Davis**, s. 378.
[1027] **Davis**, s. 378.

2. ICC Tahkim Merkezi ve ICC Tahkim Kurallarının Başka Merkezlerce Uygulanması

a. Genel Olarak

International Chamber of Commerce (ICC), Türkçe adı ile Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), Birinci Dünya Savaşı sonrası 1919 yılında, ticaretin şartlarını iyileştirmek ve milletlerarası ticarette işbirliğini sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgüttür[1028].

ICC, 1923 yılında milletlerarası uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi için, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı'nı *(International Court of Arbitration)* kurmuştur[1029]. Tahkim Divanı tahkim yargılamalarının işleyişini kendisine bağlı sekretarya aracılığı ile organize ve idare eden idari bir organdır[1030]. Başka bir ifade ile; Divan, tahkim yargılamasını yürütmez, tahkim yargılamasını yürütecek hakemlerin seçimini gerçekleştirir[1031].

ICC Tahkimin ilk özelliği, kurumsal nitelikte bir tahkim olmasına karşın ad hoc tahkimin avantajlarını da bünyesinde barındırmasıdır[1032]. Başka bir ifadeyle ICC tahkimde taraf iradesi tahkime hakim kılınmıştır[1033]. ICC tahkimin ikinci özelliği ise, kararın hakemlerce onaylanmasından önce ICC Divanı'nın tasdikine sunulmasıdır[1034]. Üçüncü özellik olarak sayabileceğimiz özelliği ise "milletlerarası" oluşudur, başka bir söyleyişle, konu itibari ile milletlerarası nitelik taşımayan uyuşmazlıklar, ICC Tahkim bünyesinde çözümlenemeyecektir[1035]. ICC tahkimin bir başka özelliği ise tahkim yargılamasında görev belgesi düzenlenmesi zorunluluğudur[1036]. Belirtmek gerekir ki, 2017 tarihli tahkim kurallarında olduğu gibi, ICC 2021 tahkim kurallarında da bu hükümlerini korumuştur[1037].

[1028] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 78; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 395; **Yeşilırmak**, ICC, s. 7; **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 15; **Demirkol/Aküzüm**, s. 12.
[1029] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 78; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 395; **Yeşilırmak**, ICC, s. 1; **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 15; **Demirkol/Aküzüm**, s. 12-13.
[1030] **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 16.
[1031] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 78-79; **Yeşilırmak**, ICC, s. 21.
[1032] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 80; **Derains**, s. 48-49.
[1033] **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 18.
[1034] **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 81; **Moses**, s. 11; **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 23.
[1035] **Derains**, s. 52; **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 82.
[1036] **Moses**, s. 11; **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 22.
[1037] ICC 2021 Tahkim kuralları ile 2017 tahkim kurallarının karşılaştırması için bkz https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-rules-2017-and-2021-compared-version/?dm=bypass (ErişimTarihi: 20.01.21)

ICC'nin model tahkim şartı *"İşbu sözleşmeden veya işbu sözleşmeye bağlı olarak çıkabilecek her türlü uyuşmazlık Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarına göre, bahsi geçen Kurallara uygun olarak bir veya daha fazla hakem atanmak suretiyle çözümlenecektir.*[1038]*"* Veya farklı bir çeviri ile; *"Bu sözleşmeden doğan ya da bu sözleşme ile ilgili olarak doğacak tüm ihtilaflar Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları uyarınca, bu kurallara göre atanan bir veya birden fazla hakem tarafından çözümlenir.*[1039]*"* şeklinde düzenlenmiştir[1040]. Bu husus bir tahkim kurumunun kuralları ile başka bir tahkim kurumunda yargılamanın gerçekleşmesini öngören hibrit tahkim sözleşmelerinin geçerliliği hususunda önem arz etmesi nedeniyle önemle üzerinde durulması gereken bir unsurdur. Model şartta yapılan -özellikle tahkim kurallarında yapılan değişiklikler gibi- her değişiklik divan tarafından kabul görmeyebilir[1041].

b. Bir Tahkim Merkezi ile Birlikte Farklı Bir Tahkim Merkezinin Kurallarına Atıf Yapılan Hibrit Tahkim Anlaşmalarına İlişkin ICC Hükmü

Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek düzenlemelerle ICC, ICC 2012 tahkim kuralları çerçevesinde yürütülecek hibrit tahkim olarak anılan tahkim yargılamalarını yasaklamıştır[1042]. Her ne kadar tahkim prosedüründe taraf iradesine üstünlük tanınmakta ve tarafların kendi tahkim yargılama prosedürlerini kullanmalarına olanak verilmekte olsa da ICC bu kural değişikliği ile, tarafların hibrit prosedürü kabul etmesini prensipte engellemektedir[1043].

ICC tahkim kuralları m. 1 f. 2 "*Divan uyuşmazlıkları kendisi çözmez. Divan, uyuşmazlıkların hakem kurulu tarafından MTO Tahkim Kurallarına ("Kurallar") göre çözülmesini yönetir. Kurallar uyarınca Divan, Kurallara göre verilmiş hakem kararlarının incelenmesi ve onayı dahil*

[1038] Çeviri için bkz. **Yeşilırmak**, ICC, s. 25.
[1039] Çeviri için bkz. **Erdem**, s. 562.
[1040] *"All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules."* Bkz. https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/arbitration-clause/ (Erişim Tarihi: 26.07.2020).
[1041] **Yeşilırmak**, ICC, s. 33-34.
[1042] **Nicholls/Bloch,** s. 393; **Willems**, s. 405.
[1043] **Nicholls/Bloch,** s. 393; **Jason Fry**, HKL Group Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. and HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. (453-462), *Journal of International Arbitration* 30, No.4, Hollanda, 2013, s. 460.

olmak üzere tahkim yönetimi konusunda yetkilendirilmiş tek kuruluştur. Divan, Ek II'de yer alan iç tüzüğü kendisi düzenler("İç Tüzük") [1044]." hükmü ve bu hükmü destekler nitelikte m. 6 f. 2 "*Bu kurallar çerçevesinde yargılamayı kabul eden taraflar, yargılamanın Divan tarafından yürütüleceğini kabul etmiş olurlar*[1045]." hükmü ile tarafların, hibrit bir seçim yaparak başkaca bir makam önünde ICC tahkim kuralları çerçevesinde yargılamayı yürütme iradesinin kural olarak önüne geçmek istemiştir. Belirtmek gerekir ki, 2017 tarihli tahkim kurallarında olduğu gibi, ICC 2021tahkim kurallarında da bu hükümlerini korumuştur[1046].

Bu kural değişikliği sonrası 2012 ve sonrası ICC tahkim kuralları, ad hoc tahkim ya da ICC dışında başkaca bir kurumsal tahkim merkezi bünyesinde yürütülecek tahkim yargılaması için uygun olmaktan çıkartılmıştır. Kurallar açıkça Mahkeme, Sekreterlik ve Genel Sekreterin diğer organlara devredilemeyen belirli görevleri yerine getirmesini gerektirmektedir. Kurallar çerçevesinde başka bir merciin tahkimi yönetmesi için yapılan herhangi bir girişim, istenmeyen davalara, önemli zaman ve maliyet kayıplarına yol açacaktır. Daha da önemlisi, verilen kararın icra edilebilirliğini ciddi şekilde tehlikeye atacaktır.

Birçok kişi ICC'nin bu fıkraları Singapur Yüksek Mahkemesi'nin 2009'da, Singapur Uluslararası Tahkim Divanı'nın (SIAC), ICC 1998 tahkim kuralları çerçevesinde yürüttüğü *Insigma Technology Co. Ltd. v. Alstom Technology Ltd.* kararına karşılık olarak eklediğini düşünmektedir[1047]. ICC, başka tahkim kurumu bünyesinde bir mahkeme veya ad hoc tahkim yöneten geçici bir mahkeme olup olmadığına bakmaksızın, başkalarının ICC Kurallarını

[1044] ICC 2021 Rules 1 (2) "*The Court does not itself resolve disputes. It administers the resolution of disputes by arbitral tribunals, in accordance with the Rules of Arbitration of the ICC (the "Rules"). The Court is the only body authorized to administer arbitrations under the Rules, including the scrutiny and approval of awards rendered in accordance with the Rules. It draws up its own internal rules, which are set forth in Appendix II (the "Internal Rules").*" https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/ (Erişim Tarihi: 02.03.2021).
Kuralların çevirisi için bkz. **Yeşilırmak**, ICC, s. 163 vd.

[1045] ICC 2021 Rules 6 (2) "*By agreeing to arbitration under the Rules, the parties have accepted that the arbitration shall be administered by the Court.*" https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/ (Erişim Tarihi: 02.03.2021).

[1046] ICC 2021 Tahkim kuralları ile 2017 tahkim kurallarının karşılaştırması içib bkz https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-rules-2017-and-2021-compared-version/?dm=bypass (ErişimTarihi: 20.01.21)

[1047] **Nicholls/Bloch,** s. 394.

kullanmasını istememektedir. İlgili hükümlerin, diğer kurumların yargılamalarını ICC kuralları çerçevesinde yönetmelerini engelleme noktasında etkisi olup olmayacağı ise tartışmalıdır.

Singapur, hibrit tahkimdeki yargı özerkliği lehine bu hükümleri uygulamayı reddeden ilk yargı mercii olmuştur[1048]. Hatta belirtmek gerekir ki, Singapur Yüksek Mahkemesi, ICC 2012 revizyonu ile ilgili düzenlemeleri getirmeden önce verilen kararından sonra 2013 yılında verilen kararlarında da aynı tutumu sergilemeye devam etmiştir.

Ancak mukayeseli hukuk doktrininde bazı yazarlar, *ICC tahkim kuralları uyarınca yürütülen ancak ICC bünyesinde olmayan Mahkeme tarafından yönetilen bir tahkimin, artık ICC tahkim olmayacağını, ICC tahkiminin önemi ve faydaları sadece tahkim kurallarının içeriğinden değil, aynı zamanda ICC'nin Kurallarının nasıl uygulayacağı ve tahkim yargılamalarının nasıl yönetileceği deneyimi ve teknik bilgisine sahip Mahkemesi, Sekretaryası ve personelinin kalitesi ile birlikte ICC altında* yapılan tahkime verilen güvenden doğduğunu ifade etmektedir[1049]. Kurumsal tahkim merkezi kurallarının, ad hoc tahkim yargılaması için uygun olmadığı vurgulanarak, ad hoc tahkimi tercih eden tarafların, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanmış UNCITRAL Model Kanun gibi, bu amaç için özel olarak tasarlanmış kuralları benimsemelerinin uygulama açısından daha yerinde olacağı ifade edilmektedir.[1050]. Benzer şekilde, başka bir tahkim kurumunun yönetimini tercih eden taraflar, o kurumun yapısı, deneyimi ve özellikleri için özel olarak tasarlanacaklarından kurumların kendi kurallarını benimsemesinin tahkim yargılamasının yürütülmesi açısından daha işlevsel olacağı görüşündedir[1051].

[1048] **Nicholls/Bloch,** s. 393.
[1049] **Nicholls/Bloch,** s. 397; **Fry**, s. 460.
[1050] **Nicholls/Bloch,** s. 397.
[1051] **Nicholls/Bloch,** s. 397-398.

c. Karşılaştırmalı Hukukta ICC Hükümlerinin Uygulanması Kararlaştırılan Hibrit Tahkime İlişkin Kararlar

i. Insigma Technology Co. Ltd. V. Alstom Technology Ltd. Kararı[1052]

Taraflar, 2004'te Insigma Teknoloji Limited Şirketi'nin, imtiyazlı olarak Alstom Teknoloji Limited Şirketi'ne Çin'de baca gazı kükürt giderme teknolojisi işine başlaması için lisans anlaşması düzenlemişlerdir. Anlaşmada taraflar, herhangi bir ihtilaf halinde uyuşmazlığın Singapur Uluslararası Tahkim Divanı (SIAC) önünde, ICC tahkim kurallarına çerçevesinde, sonuç ve yargılama Singapur'da meydana gelecek ve resmi dili İngilizce olacak şekilde tahkim yolu ile çözülmesine ilişkin bir tahkim şartı[1053] kabul etmişlerdir [1054].

Anlaşmazlık ortaya çıktıktan sonra, Alstom Teknoloji Limited Şirketi ICC Paris'ten SIAC'ın ön kabulü ile yargılamanın SIAC tesislerinde yapılacağı bir ICC tahkim talebi ikame etmiştir[1055]. Insigma Teknoloji Limited Şirketi ise, mahkemenin ICC tarafından kurulmasına karşı çıkarak; tarafların aslında SIAC tarafından ICC kuralları çerçevesinde yönetilecek bir tahkim klozu hususunda anlaştıklarını ve bunu ICC tahkim kurallarını sözleşmeleriyle birleştirirken, SIAC'ın düşük tahkim ücretlerinden yararlanmayı umut ettikleri için gerçekleştirdiklerini ifade etmiştir[1056].

Mahkeme ICC tarafından usulüne uygun olarak oluşturulmadan ancak tarafların her biri hakemlerini tayin ettikten sonra, Alstom Teknoloji Limited Şirketi bağımsız olarak SIAC'a anlaşmazlık konusunda yargı yetkisini kabul edip etmeyeceğini ve tahkimin nasıl uygulanacağını soruşturmak için yazmış, cevap olarak SIAC, her ne kadar tahkim anlaşması hem SIAC hem de ICC'ye atıf yapması sebebiyle belirsizlikler barındırsa da ICC tahkime bir

---

[1052] *Insigma Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* [2008] SGHC 134 https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2008-sghc-134.pdf (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

[1053] *"…Any and all such disputes shall be finally resolved by arbitration before the Singapore International Arbitration Centre in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce then in effect and the proceedings shall take place in Singapore and the official language shall be English." Bkz. Insigma Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* [2008] SGHC 134 article 3 (c).

[1054] **Nicholls/Bloch,** s. 394; **Berger**, s. 10-11; **Willems**, s. 405.

[1055] **Nicholls/Bloch,** s. 394; **Willems**, s. 405.

[1056] **Nicholls/Bloch,** s. 394-395.

üstünlük tanınması gerektiğini, SIAC bünyesinde ICC Kurallarını uygulayan bir tahkim yargılaması gerçekleştirmeyi kabul ettiğini belirtmiştir[1057].

Daha sonra Paris'te yürütülen ICC tahkim geri çekilmiştir[1058]. SIAC bünyesinde kurulan hakem mahkemesi, tarafların tahkim anlaşmasını inceledikten sonra, SIAC tahkim kuralları dışarıda tutularak ICC 1998 tahkim kuralları çerçevesinde tahkim yargılaması yürütmesi gerektiğini belirlemiştir[1059]. Uluslararası Singapur Tahkim Merkezi SIAC'de bu yaklaşımı kabul etmiştir.

Insigma Teknoloji Limited Şirketi, diğer itirazları ile birlikte tahkimde bir ön sorun olarak, tahkim anlaşmasının hem ICC kurallarına hem de SIAC'ye atıf yapmasının, anlaşmanın belirsiz olması nedeniyle geçersiz ya da hükümsüz olması sonucunu doğurup doğurmayacağını gündeme getirmiş ve hakem mahkemesi, tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermiştir[1060]. Ayrıca SIAC hakem mahkemesi, ICC muadillerinin işlevlerini değiştirerek *mutatis mutandis*[1061] prensipleri çerçevesinde kendi organlarını belirleyerek ICC Kuralları uyarınca bir dava uygulayabildiğinden tahkim anlaşmasının tatbiki imkânsız olmadığını da eklemiştir[1062].

Insigma Teknoloji Limited Şirketi mahkemenin kararına itiraz ettiğinde, yüksek mahkeme; tarafların ICC'nin kurumsal olarak bünyesinde görülecek bir tahkim için değil, sadece ICC Kurallarını uygulayarak SIAC tarafından yönetilecek bir "hibrit ad hoc tahkim" için anlaştığını ifade ederek temyiz talebini reddetmiştir[1063]. Yüksek mahkeme ayrıca, önemli bir hükümden düşme sebebi ortaya çıkmadığı sürece, tarafların bir tahkim kurumu bünyesinde, başka bir

---

[1057] **Nicholls/Bloch,** s. 395.
[1058] **Nicholls/Bloch,** s. 395; **Willems**, s. 405.
[1059] **Nicholls/Bloch,** s. 395.
[1060] **Nicholls/Bloch,** s. 395; **Willems**, s. 405.
[1061] Bir yerden yasa ithal edildiğinde o yasada değişiklikler yapmak gerekebilir. Bu değişiklikler iki ülke arasındaki kültürel farklar ya da başka nedenler dolayısıyla kaçınılmaz olabilir. Bir yasa için *mutatis mutandis* uygulanabilir deniliyorsa o yasanın olduğu gibi uygulanamayacağı, ancak ve ancak uyum sağlamaya yönelik değişiklikler yapıldıktan sonra uygulanabileceği, yaşama geçirilebileceği anlatılmak istenir. Bkz. Wikipedi (Erişim tarihi:02.04.2020); https://dictionary.cambridge.org/tr (Erişim tarihi:02.04.2020).
[1062] **Nicholls/Bloch,** s. 395.
[1063] *Insigma Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* [2008] SGHC 134 Article 25 *"…It is obvious from the clause, taking an objective view of its wording, that the parties did not bargain for an ICC institutional arbitration, but for an SIAC administered one and even that was not to be institutional in nature because they intended the SIAC to apply the rules of the ICC in administering the proceedings."*

kurumsal tahkim merkezinin usul kuralları çerçevesinde ad hoc bir tahkim öngören tahkim anlaşması yapmalarında bir sorun olmadığını ifade etmiştir[1064]. Hatta denilebilir ki mahkeme tahkim anlaşmasından hybrid ad hoc tahkim olarak bahsetmektedir[1065]. Mahkeme tahkim merkezi kuralları ile tahkim merkezinin yönetiminin ayrılabileceğine hükmetmiştir[1066].

Yüksek mahkeme, tahkim anlaşmasının geçerliliğine üstünlük tanıyan bir yaklaşımla, tarafların uyuşmazlıklarının davadan ziyade tahkim yoluyla çözülmesi iradeleri açık olduğu sürece, taraf iradesinin kurumsal çıkarları gölgede bıraktığını ifade etmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki, Singapur Mahkemeleri'nin Insigma'daki hakem kararının, tanıma ve tenfizi, 2011 yılında Çin Halk Cumhuriyeti Hangzhou (Intermediate) Halk Mahkemesi tarafından reddedilmiştir[1067]. Bu reddin sebebi, SIAC tarafından yürütülen tahkim prosedüründe hakem mahkemesinin oluşturulma sürecinin tahkim anlaşmasına uygun olmaması ve hakemlerin ICC kurallarından ziyade SIAC kurallarına göre atanması olarak ifade edilmiştir[1068]. Aslında, Çin mahkemesi, hibrit tahkim sözleşmesinin uygulanabilirliğini sorgulamamıştır[1069].

ii. ICC değişikliği sonrası Singapur Mahkemesince verilen *HKL Group Co. Ltd. V. International Holdings Pte. Ltd.* Kararı

ICC tahkim kurallarının 2012 değişikliğinden sonra, *HKL Group Co. Ltd.* ve *Rizq International Holdings Pte. Ltd.* arasında kum ticareti anlaşmasında ortaya çıkan uyuşmazlıkta, "ICC kuralları

[1064] **Nicholls/Bloch,** s. 395-396; **Yudistiana**, s. 60; **Schroeter**, s. 180.
[1065] **Schroeter**, s. 180.
[1066] **Berger**, s. 14.
[1067] **Nicholls/Bloch,** s. 396.
[1068] *Insigma Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* [2008] SGHC 134 Article 31 *"There is also no reason the arbitration cannot in fact be administered by the SIAC in accordance with the ICC Rules.".*
Bkz. **Nicholls/Bloch,** s. 396.
[1069] **Nicholls/Bloch,** s. 396.

çerçevesinde, Singapur'daki tahkim komitesi[1070]" ifadesi tahkim şartı konusunda ihtilaflara yol açmış, taraflar 2013 yılında Singapur Yüksek Mahkemesine başvurmuşlardır[1071].

Rizq International Holdings Pte. Ltd. tahkim şartı kusurlu olsa dahi, tarafların tahkim iradesinin açık olduğunu, bu nedenle mahkemenin tahkim yanlısı bir bakışla, tarafların Singapur'da gerçekleşecek bir tahkim prosedürü konusunda anlaştıklarını kabulü gerektiğini; konuyu örneğin ICC kuralları uygulanacağını kabulle ad hoc bir tahkim için SIAC'a yönlendirebileceğini beyan etmiştir[1072].

HKL Group Co. Ltd. cevap olarak, tahkim sözleşmesinin *tatbiki imkânsız* derecede kusurlu olduğunu, çünkü mevcut olmayan bir tahkim merkezine atıf yapıldığını iddia etmiştir[1073].

Singapur Yüksek Mahkemesi, tahkim şartının tatbiki imkânsız şekilde kusurlu olup olmadığı konusunda verilecek kararın, tahkim anlaşmasını patolojik kılacağını ancak bu kavramda bir alamet olmadığını ve mahkemenin kavramı "*defective*" yani kusurlu olarak nitelendireceğini ifade ettikten sonra; mahkemenin patolojik tahkim klozunu geçerli kabul eden yorumu, geçerli kılmayacak yoruma tercih ettiğini ifade ederek, tahkim yanlısı bir prosedür izlediğini belirtmiştir[1074].

[1070] Tahkim şartı İngilizce metinde şu şekildedir: *"Arbitration committee at Singapore under the rules of International Chamber of Commerce."*

[1071] HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5, karar metni için bkz. https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-5.pdf (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

[1072] HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5 article 9 *"Rizq Singapore submitted that although the arbitration clause was defective, it was clear that the parties' intention was to arbitrate and that the court should rely on the principle of effective interpretation to find that parties could still agree to arbitrate the matter in Singapore, for instance, by referring the matter to the Singapore International Arbitration Centre ("SIAC") for ad hoc arbitration and agreeing that the International Chamber of Commerce ("ICC") rules are to apply."*.

[1073] HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5 article 11 *"In response, HKL argued that the arbitration clause was so defective as to be inoperable because it refers to a non-existent entity..".*

[1074] HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5 article 12, 13 *"12 … But, in a case where the arbitration clause, although contractually valid, is defective and by this I mean that after applying the general principles of contractual interpretation, or after rectification as the case may be, the court is unable to discern the meaning of that clause either in part or entirely, that clause is said to be pathological. There is no magic in that term. It merely describes the clause as one which is defective. Whether that clause may or may not be upheld depends on the nature and extent of its pathology.*
13. When faced with a pathological arbitration clause, the court generally seeks to give effect to that clause, preferring an interpretation which does so over one which does not….""

Öncelikli olarak, taraflarca da kabul edildiği üzere, Singapur'da "tahkim komitesi" adını taşıyan bir kurum olmaması sebebiyle, tahkim şartının patolojikliği gündeme gelmiştir[1075]. Mahkeme de mevcut davada patolojiyi tahkim merkezinin mevcut olmaması olarak tanımlamış, Singapur'da ICC tahkimi yürütecek bir ulusal tahkim komitesi bulunması durumunda patolojinin ortadan kalkacağını ifade etmiştir[1076]. Ancak Singapur'da ICC tahkimi yürütecek bir ulusal tahkim komitesi bulunmaması nedeniyle ICC'ye yapılan atfın yorumunun tahkime geçerlilik kazandıracak bir bakış olmadığı kararına varmıştır[1077]. Ayrıca SIAC' itibari olarak ICC Kurallarını sürekli olarak uygulamadığından, tahkim şartında yer alan "tahkim komitesi" terimindeki benzerliklere ve "Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi"nde geçen "tahkim merkezi" kelimelerine rağmen, tahkim şartının SIAC'e özel atıfta bulunduğu sonucuna da varılamayacağını belirtmiştir[1078].

Singapur Yüksek Mahkemesi tahkim şartının yine de; (1) tarafların herhangi bir anlaşmazlığı tahkim yoluyla çözme niyetini açıkça ortaya koyması, (2) bir anlaşmazlık çıktığında tahkime gidilmesine zorunlu sonuçlar bağlaması, (3) tahkim yeri yani Singapur'u belirtmesi ve son olarak (4) tahkimin belirli bir kurallar dizisi -ICC kuralları- çerçevesinde yönetilmesini sağlaması nedenleriyle geçerli ve icra edilebilir olduğu kanaatine varmıştır[1079]. Bu şartlar altında, Mahkeme, tahkim şartında tahkim kurumunun belirsiz olmasına rağmen, tarafların

---

[1075] HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5 article 2 *"This clause was drafted without legal assistance and it was common ground between parties that there was no entity in Singapore named "Arbitration Committee"".*

[1076] HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5 article 26 *"The pathology would be easily overcome if there was a National Committee in Singapore as the reference to the ICC rules would then be strongly indicative of an ICC arbitration administered by the National Committee.".*

[1077] HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5 article 26 *"… But, there being no National Committee of the ICC to administer an ICC arbitration in Singapore, the reference to the ICC rules does not aid the court in applying the principle of effective interpretation…".*

[1078] HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5 article 26 *"…This also precludes me from concluding that the arbitration clause was making specific reference to the SIAC, despite the similarities in the term "Arbitration Committee" referred to in the arbitration clause and the words "Arbitration Centre" in "Singapore International Arbitration Centre" as well as the reputation of the SIAC regionally (bearing in mind that this was a regional contract made between a Cambodian company and a Singapore company), since the SIAC does not ordinarily apply the ICC rules.".*

[1079] HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5 article 27 *"Nonetheless, in my view, the arbitration clause is operative and workable for the following reasons. First, it clearly evinces the intention of the parties to resolve any dispute by arbitration. Second, it provides for mandatory consequences in that if a dispute arises, the matter has to be referred to arbitration. Third, it states the place of the arbitration, namely, Singapore. Fourth, it provides that the arbitration is to be governed by a particular set of rules, namely, the ICC rules.".*

Singapur'da ICC kurallarını uygulayarak uyuşmazlıklarını çözecek herhangi bir tahkim merkezini seçme noktasında serbestisi olduğunun kabulü gerektiği görüşündedir[1080].

Singapur Yüksek Mahkemesi tahkim şartının Singapur Milletlerarası Tahkim Kanunu[1081] çerçevesinde de geçersiz, yok ya da icrası imkânsız olmadığını kararında belirtmiştir[1082].

Özetle, verilen ilk kararda, Singapur Yüksek Mahkemesi, uyuşmazlığın hibrit tahkim şeklinde ICC kuralları uygulanarak SIAC veya başkaca bir kurumsal tahkim merkezi bünyesinde görülmesi konusunda bir geçersizlik bulunmadığını ancak hibrit tahkimin pratikte oluşturacağı zorluklardan kaçınmak için taraflara, aralarında yeni bir anlaşma yaparak doğrudan bir tahkim kurumu seçmek gibi, ICC kurallarını uygulayarak yargılama yapacak bir tahkim kurumunu kabul edebilecekleri iki fark seçenek sunmuştur[1083].

[1080] Her ne kadar böyle bir tahkim merkezi bulmak zor olsa da önceki davalarda, SIAC'ın hibrit tahkimleri kabul ettiği bilinmektedir.
Bkz. HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5 article 28 *"In the circumstances, although the arbitration clause is uncertain as regards the arbitral institution, it would be open to the parties to approach any arbitral institution in Singapore which would be able to administer the arbitration, applying the ICC rules, to resolve their dispute. Of course, it is by no means easy for any arbitral institution not established for the purpose of conducting an ICC arbitration to do so given the unique rules and structure of the institution needed to conduct an ICC arbitration. But, as the Court of Appeal in Insigma noted, the SIAC was able and willing, for that particular case, to conduct a hybrid arbitration, applying the ICC rules..*

[1081] International Arbitration Act rev. ed. 2002 bkz. https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994

[1082] HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5 article 29 *"In my view, the arbitration clause is workable and not "null and void, inoperative or incapable of being performed" within the meaning of s 6(2) of the International Arbitration Act (Cap 143A, 2002 Rev Ed) ("IAA") if the parties are able to secure the agreement of an arbitral institution in Singapore, such as the SIAC, to conduct a hybrid arbitration, applying the ICC rules. Accordingly, if the conditions of the arbitration clause are satisfied, I will stay the matter on the condition that parties obtain such an agreement from an arbitral institution in Singapore. After all, s 6(2) of the IAA affords the court the power to impose any conditions and terms it thinks fit when granting the stay."*.

[1083] Bkz. HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5 m. 37 *"Yukarıdaki nedenlerle birlikte, yargılamaya devam edeceğim, ancak tahkim şartındaki sakatlık göz önüne alındığında, tarafların ICC kuralları uygulanarak hibrit bir tahkim yürütmek için SIAC veya Singapur'daki herhangi bir kurumsal tahkim merkezi bünyesinde anlaşmaları koşulunu getiriyorum…."*
HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5 m. 38 *"Singapur Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca mahkemenin tahkim şartını yürürlükte bırakma yetkisi olduğu için, kararım tarafları ICC kurallarının uygulandığı hibrit bir tahkimle çözüme zorlarken, tarafları ICC kurallarının uygulandığı hibrit bir tahkim yerine aralarında doğrudan bir SIAC tahkim konusunda anlaşmak gibi daha pratik şekilde çözmelerine engel değildir. Şüphesiz ki tarafların başkaca bir tahkim konusunda anlaşmaları nadir olmasına rağmen, ICC kuralları uygulanarak yürütülecek hibrit bir SIAC tahkimin prosedürel jimnastiğinden kaçınmak için pratik bir çözümdür."*
Bkz. **Fry**, s. 455.

Görüldüğü gibi, ICC tahkim kurallarının 2012 değişikliğinden sonra 2013 yılında yine Singapur Yüksek Mahkemesinde açılan HKL Group Co. Ltd. v. International Holdings Pte. Ltd. davasında, mahkeme hibrit tahkim sözleşmelerinin geçerliliği yönündeki kararını sürdürmeye devam etmiştir. Singapur Mahkemeleri, tarafların Singapur'da bulunan herhangi bir tahkim merkezinde, ICC kuralları çerçevesinde yargılamayı sürdürülebileceği sonucuna varmıştır[1084].

Ardından Mahkeme aynı davaya ilişkin **ikinci karar**[1085]ında *"Taraflar anlaşmayı ICC kurallarını uygulayarak hibrit bir tahkim yürütmek için SIAC veya Singapur'daki herhangi bir tahkim kurumunun yetkilendirilmesi şeklinde sözleşmesi serbestisi kapsamında imzalamışlardır."* hükmü ile tarafların irade serbestisi ve sözleşme yapma özgürlüklerine vurgu yapmaya devam etmiştir[1086].

Mahkeme patolojik tahkim hükümlerinin taraflar için sorun yarattığını ve patolojik anlaşmaların tahkimin başlatılabilmesi için gereken asgari düzeyde tahkim şartlarının çoğunu açık şekilde ifade etmediğini, anlaşmazlık çözümüne giden yolun patolojinin yarattığı engellerle dolu olduğunu ancak tahkim ifadelerinin tutarlılık sınırları içinde olduğu durumlarda, taraflara patolojinin çözümü için daha fazla seçenek sunulması gerektiğini ifade etmiştir[1087]. Ayrıca, tarafların, Singapur'da ICC kuralları çerçevesinde "herhangi bir tahkim

---

[1084]**Blackaby /Partasides /Redfern /Hunter**, s. 136 dn. 310.

[1085] *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 8, Karar metni için bkz. https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-8.pdf (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

[1086]*HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 8 article 1. *"In HKL Group Co Ltd v Rizq International Holdings Pte Ltd [2013] SGHCR 5 ("the Judgment"), I granted a stay of these proceedings in favour of arbitration on the following condition:*
[T]hat parties obtain the agreement of the SIAC [Singapore International Arbitration Centre] or any other arbitral institution in Singapore to conduct a hybrid arbitration applying the ICC [International Chamber of Commerce] rules, with liberty to apply should they fail to secure any such agreement.
I had also stated (at [37] of the Judgment) that I would hear parties on the issue of the imposition of any other conditions and on the issue of costs" Bkz. https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-8.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2020).

[1087] *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 8 article 9 *" Nonetheless, I retained the condition I had imposed as it encompassed by the use of the words "any arbitral institution", the option of parties procuring an ICC arbitration in Singapore. I did not truncate the condition to exclude all other arbitral institutions, and therefore did not preclude the option of a hybrid arbitration for one reason. Pathological arbitration clauses create problems for parties and do not represent the majority of arbitration clauses under which arbitration may be initiated with minimal fuss. The path to dispute resolution is fraught with the obstacles generated by the pathology. This being so, the parties should be offered more options for the resolution of the pathology, where these options are within the bounds of consistency with the wording of the arbitration clause."*

kurumu" kelimelerinin kullanılmasıyla ilgili dayattığı koşulu korumuş, tahkim şartında kullanılan "tahkim komitesi" ifadesi herhangi bir tahkim kurumuna atıfta bulunmadığı durumlarda, tarafların anlaşmazlığı çözmedeki seçeneklerini sınırlandırmanın gereksiz olduğunu, diğer tüm tahkim kurumlarını dışlayacak şekilde düzenlenmemesi nedeniyle hibrit tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmetmeyeceğini karara bağlamıştır [1088].

Mahkeme, her ne kadar ICC tahkim kurallarının m.1 f.2'nın ICC'nin ICC tahkimlerini yönetme yetkisinin tek başına kendi uhdesinde olduğunu iddia etse de, bağlama kurallarının bağlayıcılığının tarafların rızasından kaynaklandığını, ICC tahkim kuralları m.1 f.2 hükmünün tarafların, başka bir tahkim kurumu tarafından ICC kuralları uygulanarak verilen bir kararla bağlı olma noktasında anlaşmaları özgürlüğünü kısıtlayamayacağı gibi mahkemenin taraflara daha geniş bir çözüm yelpazesi sunmak için farklı kurumsal tahkim merkezlerinde yargılama olasılığını kabul eden bir dil kullanan tahkim şartları konusunda yorum yapma yetkisini de azaltamayacağını beyan etmiştir[1089]. Başka bir ifadeyle, mahkeme, ICC şartının, tarafların Singapur'da bir ICC tahkim konusunda anlaşmalarına ve mahkemenin bu şartı geçerli kılmasını engellemediğine karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme, ayrıca, taraflardan birinin Singapur'da doğrudan bir ICC tahkimi temin edebilmesi durumunda, taraflardan birinin Singapur'daki herhangi bir kurumsal tahkim merkezinde hibrit bir tahkim temin etmesinde olacağı gibi tahkim şartının yerine getirilmiş ve geçerli olacağını da kararında belirtmiştir[1090].

Bkz. https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-8.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2020).

[1088]

[1089] HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 8 article 10 *"Where the words "Arbitration Committee" used in the arbitration clause do not refer to any particular arbitral institution, it was in my view, unnecessary to limit the options of the parties in resolving the dispute. Although Art. 1(2) of the ICC Rules claims for the International Court of Arbitration the sole authority to administer ICC arbitrations, the power of the rules to bind emanates from the consent of the parties. Art. 1(2) cannot curtail the freedom of parties to agree to be bound by the result of an arbitration administered by a different arbitral institution applying the ICC Rules, neither can it curtail the power of the court to give an interpretation to a pathological arbitration clause, where that clause uses language which admits the possibility of different arbitral institutions, which provides a wider range of solutions to the parties."* Bkz. https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-8.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2020).

[1090] HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 8 article 12 *" Therefore, if either party were able to procure a straightforward ICC arbitration in Singapore, the condition would be satisfied as would be the case if either party were to procure a hybrid arbitration administered by any other arbitral institution in*

Belirtmek gerekir ki, Singapur Yüksek Mahkemesi yalnızca hibrit tahkim anlaşmasının değil, tarafların açıkça bir tahkim kurumu seçmemiş olmalarının da tahkim anlaşmasının geçerliliğine etki etmeyeceğini ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme taraflara tahkim anlaşmasını işler hale getirmeleri için seçim özgürlüğü tanınması gerektiğini savunmaktadır.

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme hibrit tahkim yolunu açık bırakmanın, patolojik tahkim şartının yarattığı sorunları çözmek için bir çözümün parçası olduğunu, hiçbir şekilde hibrit tahkimin yasal olarak onaylanması olmadığını vurgulamıştır. Mahkeme hibrit tahkim ile ilgili belirttiği sorunlar ve zorluklar nedeniyle, hibrit tahkimlerden kaçınılması gerektiğini, hukuki danışmanlık alan ticari tarafların, kasıtlı olarak ihtilafları hibrit tahkim yoluyla çözmeyi seçmesinin mantık çerçevesinde olmadığını ve somut olaydaki özel bağlamda hibrit tahkimin taraflara gerekli yararı sağlamak noktasında yetersiz olduğunu ifade etmiştir[1091].

Görüldüğü üzere, Singapur Yüksek Mahkemesi, tahkim anlaşmalarına geçerlilik sağlamak noktasında, tahkim yanlısı bir tutum sergilemekle birlikte, hibrit tahkimin faydalı ve taraflara yararlı bir çözüm olmadığı görüşünü belirtmiş, taraflara her ne kadar uyuşmazlık çıktıktan sonra anlaşmak zor olsa da hibrit tahkimin zorlukları nedeniyle, SIAC gibi bir tahkim merkezini seçme noktasında anlaşmalarını önermiştir.

Aynı kararın 4. maddesinden anlaşıldığı üzere, tarafların mahkemenin bir önceki kararda verdiği öneriye uyarak aralarında anlaştıkları ve hibrit tahkimden vazgeçerek doğrudan SIAC

Singapore. (emphasis added).” Bkz. https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-8.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2020).

[1091]HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. [2013] SGHCR 8 article 11 *“ I must emphasise, however, that leaving open this possibility of a hybrid arbitration as part of a range of solutions to resolve the problems created by the pathological arbitration clause is in no way a judicial endorsement of a hybrid arbitration. I had noted the inconvenience associated with a hybrid arbitration (at [38] of the Judgment). In the ordinary course of things, hybrid arbitrations should be avoided. In fact, it is inconceivable that commercial parties with the benefit of legal advice will deliberately choose to resolve disputes by way of a hybrid arbitration. But, in this particular context, where parties are faced with the difficulty of overcoming a pathological arbitration clause, it is, in my view, appropriate to avail to them as part of a range of solutions, this solution of a hybrid arbitration, inelegant as it may be.”* Bkz. https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-8.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2020).

tahkime gitme noktasında kararlarını mahkemeye bildirerek hibrit tahkimin sorunlarından kaçındıkları görülmektedir[1092].

Insigma Technology Co. Ltd. v. Alstom Technology Ltd. kararında taraflar, HKL Group Co. Ltd. v. International Holdings Pte. Ltd. davasının aksine, SIAC bünyesinde ICC kuralları uygulanarak gerçekleştirilecek bir tahkimi açık şekilde kabul etmişlerdir[1093]. HKL Group Co. Ltd. v. International Holdings Pte. Ltd. kararında ise, ICC tahkim kuralları uygulanarak "tahkim komitesi" bünyesinde çözülmesi kararlaştırılmış, tahkim merkezinin belirli olmaması sebebiyle, açık şekilde hibrit bir tahkim olarak nitelendirilemeyeceği, tarafları ICC tahkim yerine hibrit tahkime yönlendirenin Mahkeme olduğu ifade edilmektedir[1094]. Ayrıca Mahkeme'nin örnek karar olarak sunduğu Insigma Technology Co. Ltd. v. Alstom Technology Ltd. kararında 1998 ICC tahkim kurallarının kabul edildiği, HKL Group Co. Ltd. v. International Holdings Pte. Ltd. kararında ise 2012 ICC tahkim kurallarının uygulandığı ve bu kuralların ICC kurallarının yalnızca ICC tarafından kullanılacağını hükme bağladığı eleştirisi getirilmektedir[1095].

iii. ***Exxon Neftegas Ltd*. Amerikan Mahkemesinin 2014 tarihli kararı[1096]**

New York Yüksek Mahkemesi önüne gelen 2013 tarihli bir davada ise, taraflar akdettikleri sözleşmenin 10.3 maddesinde; American Arbitration Association (AAA) bünyesinde, ICC kuralları çerçevesinde yürütülecek bir tahkim konusunda anlaşmışlardır[1097].

[1092] *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 8 m. 4 *"Tarafları dinlerken, taraflar bir önceki davada önerdiğim [m. 38] üzere, doğrudan bir SIAC tahkim konusunda anlaştıkları noktasında beni bilgilendirdiler. Taraflar anlaşmanın kayıt altına alınmasını talep ettiler ve anlaşma tarafımca kayıt altına alındı." Article 4. "I should also note that at the hearing, the parties informed me that they had accepted the suggestion I had made (at [38] of the Judgment) to resolve the dispute in a more practical manner by agreeing to submit the dispute to a straightforward SIAC arbitration. The parties asked that I record their agreement and I did."* Bkz. https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-8.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2020).

[1093] **Fry**, s. 459.

[1094] **Fry**, s. 459.

[1095] **Fry**, s. 460.

[1096] *Exxon Neftegas Ltd. v. WorleyParsons Ltd.*, New York Supreme Court 2014 WL 9873313, case number 654405/2013. https://www.kirkland.com/news/in-the-news/2015/05/exxon-worleyparsons-agree-to-78m-oil-rig-settlemen (Erişim Tarihi: 23.09.2020).

[1097] "***10.3 Dispute Resolution****. The parties agree to resolve all differences arising out of or relating to this Agreement or any Order through binding arbitration before three arbitrators pursuant to the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (ICC Rules). The place of arbitration shall be Houston, Texas, and the*

Tahkim anlaşmasına rağmen, davacı *Exxon Neftegas Ltd*. devlet mahkemesinde dava açmıştır[1098]. New York Mahkemesi de Singapur mahkemelerinde olduğu gibi bu tip hibrit bir tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir[1099].

Ancak Singapur Mahkemesi'nin aksine, New York Yüksek Mahkemesi tahkim anlaşması hakkında ad hoc ya da kurumsal olarak bir nitelendirme yapmamıştır[1100]. Yüksek Mahkeme AAA'nın tahkim yargılamasını ICC tahkim kuralları bünyesinde gerçekleştirmeyi reddetmesi ya da gerçekleştirememesi durumunda, "*ICC tahkim kuralları uygulanır*" hükmünün anlaşmadan kopacağına ve tahkim yargılamasının AAA tahkim kuralları bünyesinde yürütüleceğine hükmetmiştir[1101]. Mukayeseli hukuk doktrininde, mahkemenin bu kararı, tarafların kural seçiminden ziyade, kurum seçimine üstünlük tanıdığı şeklinde yorumlanmaktadır[1102].

New York Yüksek Mahkemesi verdiği karar ile, tahkimi yönetmesi için seçilen tahkim kurumunun başka bir kurumun kuralları uyarınca bir tahkim yürütmeyi isteyip istemediğine karar verme hakkı olduğuna karar vermiştir, tahkim kurumunun bunu yapmak istememesi durumunda, yargılamalarda kullanılacak tahkim kurallarını belirlemeye de yetkili olduğunu kabul etmiştir[1103].

---

language of the arbitration shall be English. The American Arbitration Association shall administer the arbitration, and also act as the appointing authority when the ICC Arbitration Rules call for an appointing authority to act…." Bkz. https://iapps.courts.state.ny.us/nyscef/ViewDocument?docIndex=HVSw5zvWEWH73xIQdMrTxQ== (Erişim tarihi:23.09.2020); **Berger**, s. 13.

[1098] **Schroeter**, s. 181.

[1099] **Berger**, s.19.

[1100] **Schroeter**, s. 181.

[1101] *Exxon Neftegas Ltd. v WorleyParsons Ltd* m *"If the AAA is unwilling or unable for any reason to administer the arbitration under the ICC Rules, the reference to the ICC Rules in the arbitration clause in the Engineering Agreement is severed and the parties shall arbitrate pursuant to arbitration rules designated by the AAA in accordance with its procedures".* Bkz. https://iapps.courts.state.ny.us/nyscef/ViewDocument?docIndex=6vY9seJhoreau8MhwAr9Jw== (Erişim tarihi:23.09.2020).

[1102] **Schroeter**, s. 181.

[1103] **Schroeter**, s. 181.

iv. I.M. Badprim S.R.L. (Baldprim) ve Rusya Federasyonu Custom Office Kararı[1104]

Yakın zamanda, Svea Temyiz Mahkemesi, Stockholm Ticaret ve Sanayi Odası (SCC) tarafından ICC Kuralları uygulanarak yürütülen bir tahkim şartını geçerli kabul etmiştir[1105].

Moldovyalı bir şirket olan I.M. Badprim S.R.L. (Baldprim) ve Rusya Federasyonu Custom Office, 18.07.2007 tarihinde Rusya ve Polonya arasındaki Momonova sınır kapsının dizaynı ve inşası için anahtar teslim bir sözleşme imzalamışlardır. 8.11.2010 tarihinde Badprim, yapılan iş, vergiler ve ücretler artı faiz için tazminat talep ederek Rusya Federasyonu ve Rusya Federasyonu Custom Office aleyhine 18.07.2007 tarihli sözleşmeye dayalı bir tahkim talebi ile tahkim yargılaması başlatmış ve Rusya Federasyonu, tahkim yetkisine itiraz etmiştir. Hakem mahkemesi ise, 6.07.2012 tarihli "yargılama yetkisi seçimi" başlıklı bir belgeye dayanarak, uyuşmazlık konusunda yetkili olduğuna karar vermiş ve 21.10.2013 tarihli nihai bir karar ile Badprim'in, Custom Office'e yönelik iddialarını reddederek, Rusya Federasyonu hükümetinin Badprim'e 1.8 milyon avroyu aşan bir miktar artı belirli giderler ve faizler için tazminat ödemesine karar vermiştir. Rusya Federasyonu Hükümeti, hakemlere ve tahkim enstitüsüne tazminat ödenmesine ilişkin kararlar dışında, hakem kararının iptali için Svea Temyiz Mahkemesine başvurmuştur.

Rusya Federasyonu, Rus hukuku altında Custom Office ile Hükümetin ayrı tüzel kişilikleri olduğunu ve Badprim ile sözleşme imzalayanın Custom Office olduğunu, bu nedenle tahkim yargılaması sonucu verilen kararın geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanmadığı itirazında bulunmuştur. Rusya Federasyonu Hükümeti, Temyiz Mahkemesi'nin Rusya Federasyonu Hükümeti'nin Baldprim ile yapılan tahkim anlaşmasına taraf olduğu sonucuna varması durumunda dahi tahkim anlaşmasının uygulanamaz ve dolayısıyla geçersiz olduğunu çünkü tarafların SCC bünyesinde ancak ICC tahkim kuralları uygulanarak bir tahkim yargılaması öngörmelerinin pratikte uygulanabilir olmadığını ifade etmiştir. Tahkim anlaşması geçerli kabul edilse dahi, Rusya Federasyonu'nun tahkim anlaşmasına taraf olmaması sebebiyle böyle

---

[1104] Svea Court Of Appeal, 23.01.2015, Stockholm, No.: T 2454-14 (*I.M. Baldprim S.R.L. vs. The Government of Russian Federation)*
https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=2281406&propId=1578 (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

[1105] **Willems**, s. 405-406.

bir yetkiyi SCC'ye vermediğini iddia etmiş ve SCC'nin, ICC Tahkim Kuralları uyarınca en hayati görevi yerine getirmek için hem gerekli organizasyon yapısından hem de deneyimden yoksun olduğunu belirterek itirazlarına devam etmiştir.

Baldprim ise Rus hukukuna göre Custom Office'in her zaman hükümet adına hareket ettiğini bu sebeple Rusya Federasyonu Hükümeti'nin her zaman bu sözleşme ile bağlı olacağını ifade etmiştir. Tarafların tahkim anlaşmasını SCC bünyesinde ICC kuralları uygulanarak yürütülmesini kararlaştırmalarının tahkim anlaşmasını geçersiz kılmayacağını, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğunu ve hakemlerin taraflarca ortak olarak düzenlenen -ICC kuralları uygulanarak SCC bünyesinde bir tahkim yürütülmesi şeklindeki- bir talimatı göz ardı edemeyeceğini beyan etmiştir.

Svea Temyiz Mahkemesi, bir tahkim anlaşması kendisiyle çelişiyorsa veya başka türlü belirsiz bir prosedür ortaya koyuyorsa, anlaşmanın mümkün olduğu ölçüde tarafların tahkimle ilgili temel iradeleri doğrultusunda yorumlanması genel yöneliminin olduğunu, yani taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi yoluna gittiklerini ifade etmiştir. Tahkim anlaşmasının geri kalanında tarafların tahkim iradesi açıksa, mahkemenin çelişen hükmü göz ardı etmesini gerektirebileceğini, bununla birlikte, bazı özel durumlarda, tahkim anlaşmasının bütünüyle göz ardı edilmesi de gerekebileceğini kararında ifade ederek genel yönelimlerini belirtmiştir.

Taraflar arasındaki somut olayda da Badprim ve Rusya Federasyonu Hükümeti arasındaki tahkim anlaşmasında, taraf iradelerinin, aralarındaki uyuşmazlığı SCC yönetiminde çözmeye yönelik olduğunun açık olduğu Temyiz Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, SCC'nin, ICC tahkim kurallarına tamamen uygun bir tahkimi yönetmek için gerekli organizasyon yapısından yoksun olduğunun da tartışmasız olduğunu, bu açıdan tahkim anlaşmasının tutarsız, çelişkili sayılabileceğini, sorunun, bunun anlaşmanın geçerliliği üzerinde ne gibi bir etkiye sahip olduğu noktasında toplandığını ifade etmiştir.

Temyiz mahkemesi sonuç olarak, sözleşmenin; taraflar arasındaki olası uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi ve bu tahkimin de SCC nezdinde Stockholm'de yapılması şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatine varmıştır. SCC'nin tahkim yargılamasını kabul ettiği ve yönettiği

tartışmasızdır. Tüm bunların ışığında, Mahkeme, tahkim anlaşmasının uygulanabilir olduğunu ve bu sebeple de geçersiz olmadığını ifade etmiştir. Hakem heyetinin, ICC tahkim kurallarını SCC'nin organizasyonuna uyarlayarak tarafların ortak talimatlarını göz ardı etmesinin ise düşünülemeyeceği Mahkemece karara eklenmiştir[1106].

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, Mahkeme tahkim anlaşmasını geçerli kabul ederken Singapur Yüksek Mahkemesi'nin Insigma Teknoloji Limited Şirketi v. Alstom Tekonoloji Limited şirketi kararında olduğu gibi, bu tip bir tahkim anlaşmasının ad hoc nitelik taşıdığına ilişkin bir çıkarım yapmamıştır[1107].

v. Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin Hibrit Tahkim Şartının Geçerliliğine İlişkin 2018 Tarihli Kararı[1108]

21 Ağustos 2018 tarihinde Avusturya Yüksek Mahkemesi de diğer ülke hukuklarına benzer şekilde ICC kuralları çerçevesinde yargılaması Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi (VIAC) bünyesinde gerçekleştirilmesi konusunda anlaşılan hibrit tahkim klozunun geçerliliği yönünde bir karar vermiştir. Taraflar arasındaki tahkim klozunu *"işbu sözleşmeye ilişkin ortaya çıkacak tüm anlaşmazlıklar … ICC tahkim kuralları çerçevesinde tahkim yolu ile çözümlenecektir … tahkim yargılaması VIAC bünyesinde, Viyana'da gerçekleştirilecektir."* şeklinde

---

[1106] Kararda **karşı oy** olarak, sorunun, bir tahkim anlaşmasının yalnızca hibrit olması nedeniyle yani bir tahkim merkezi bünyesinde başkaca bir tahkim merkezi kurallarının uygulanması kararlaştırıldığı için geçersiz olup olmayacağı noktasında toplandığı belirtilmiştir. Svea Temyiz Mahkemesindeki karşı oy da çoğunluğun tahkim anlaşmasının geçerliliği olduğu görüşüyle aynı olmakla birlikte, bir tahkim anlaşmasının yalnızca bir tahkim kurumu bünyesinde başkaca tahkim merkezi kurallarının uygulanmasının tahkim anlaşmasını geçersiz kılmayacağını ifade etmiş ancak bir tahkim kurumunun başka bir tahkim kurumu tarafından tasarlanan kuralları uygulamayı reddetmesi durumunda başka bir sonuca varılabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, somut olayda da SCC'nin tahkim yargılamasını yürüttüğünü ve başlangıçta, ICC kurallarını SCC organizasyonuna uyarlamak için kuruma verilen ortak yetkiye dayanarak bunu yapacağını ileri sürdüğünü, hatta Rusya Federasyonu böyle bir yetkiyi hiçbir zaman vermediğini iddia etse de yetkinin tahkim anlaşmasından kaynaklandığını eklemiştir.

[1107] **Berger**, s. 18-19.

[1108] 21.08.2018 karar tarihli 18OCg1/18y Karar no.lu https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Austria/Graf-Pitkowitz-Rechtsanwalte-GmbH/Supreme-Court-evaluates-hybrid-arbitration-agreement#dec (Erişim Tarihi: 27.08.2020). https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20180821_OGH0002_018OCG00001_18Y0000_000/JJT_20180821_OGH0002_018OCG00001_18Y0000_000.pdf (Erişim Tarihi: 27.08.2020).

düzenlenmiştir[1109]. Davacı taraf, hakem mahkemesi kararının iptali talebi ile Avusturya Mahkemelerine başvurmuştur.

Yüksek Mahkeme'de görülen davada, davacı tahkim anlaşmasının çelişkili ve belirsiz olması sebebiyle geçersiz olduğunu, tahkim anlaşmasının, tahkimin VIAC kurallarınca gerçekleştirilmesi şeklinde düzenlendiğini ancak kurulan hakem mahkemesinde ICC hükümlerinin uygulandığını iddia etmiştir.

Yüksek Mahkeme kararında tahkim anlaşmasının çelişkili mi yoksa belirsiz mi olduğunu anlaşmanın lafzına göre ayrıntılı şekilde ele almıştır ve (1) tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözme noktasında anlaştığı, (2) hakem mahkemesinin üç hakemden oluşacağı ve ICC tahkim kuralları uyarınca oluşturulacağı, (3) yargılamanın VIAC bünyesinde gerçekleştirileceği kanaatine varmıştır.

Mahkeme "çelişki" iddiaları noktasında, tahkim anlaşmasının "ICC Kurallarına göre bir hakem mahkemesinin oluşturulması ve ardından davanın VIAC bünyesinde yürütülmesinin mümkün olması" nedeniyle çelişkili olmadığına karar vermiştir.

"Belirsizlik" iddiaları noktasında ise Mahkeme, anlaşmanın, yargılamanın ICC Kuralları veya VIAC kuralları uyarınca yapılıp yapılmayacağı noktasında belirsiz olduğunu kabul etmekle birlikte, kararın ICC kuralları uyarınca oluşturulacak bir hakem heyeti tarafından verilmesi gerektiğinin açık olduğunu ifade etmiştir. Ancak tahkim anlaşmasındaki belirsizliklerin yorum yolu ile çözülebilecek belirsizlikler olduğunu belirtmiş ve kararın iptalini gerektirecek bir belirsizlik bulunmadığına karar vermiştir.

Mahkeme ayrıca, taraflarca kabul edilen usul kurallarının uygulanmamasının sonuçlarını da değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme, UNCITRAL Model Kanun ve Alman hukukunun aksine,

---

[1109] *"Every dispute arising out of or in connection with this contract that cannot be solved amicably within 60 days shall be decided by an arbitral tribunal in accordance with the arbitration rules of the International Chamber of Commerce that were in force when this contract was signed. The tribunal shall consist of three arbitrators appointed according to these rules. The arbitral award shall be final and binding to the parties. The arbitral proceeding, including oral hearings and the issuance of the award shall take place at the Vienna International Court of Arbitration in Vienna, Austria."*

Avusturya hukukunda, taraflarca kararlaştırılan usullerin ihlalini bir kararın iptaline gerekçe olarak kabul etmediğini kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre, bunun aynı zamanda yanlış prosedür uygulanması durumunda da -yani yanlış olarak ICC veya VIAC kuralları uygulanması durumunda da- geçerli olacağını ve farklı tahkim kurumlarının uygulanmasının Avusturya hukukunun temel değerleriyle çelişmeyeceğini belirtmiştir.

Bu karar, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin tahkim yanlısı prosedür izlediğini gösterir nitelikte olarak kabul edilebilir bir karardır. Görüldüğü üzere diğer ülke mahkemeleri gibi Avusturya Yüksek Mahkemesi de hibrit tahkim anlaşmasının geçerliliğini kabul etmiştir. Mahkeme, anlaşmada belirsizlik oluşan noktaların yorum yolu ile giderilebileceği, tahkim iradesinin ise açık olduğu kanaatindedir.

d. Ad Hoc tahkim Kurallarının Başkaca Tahkim Merkezlerince Uygulanması Kararlaştırılan Hibrit Tahkime İlişkin Kararlar

i. INVISTA Technologies Sàrl vs. Zhejiang Yisheng Petrochemical Co. Ltd.[1110]

Amerika menşeili, dünyanın en büyük polimer ve elyaf üreticilerinden biri olan INVISTA Sàrl'ın bir iştiraki olan INVISTA Technologies Sàrl ve bu şirketin Çin lisans sahibi Zhejiang Yisheng Petrochemical Co. Ltd Şirketi arasındaki teknoloji lisans sözleşmelerinde, taraflar 'CIETAC bünyesinde UNCITRAL kurallarınca bir tahkim[1111]' öngörmüşlerdir[1112].

2012 yılında, INVISTA, Yisheg Co.'ye karşı, CIETAC bünyesinde UNCITRAL kuralları uyarınca bir tahkim yargılaması başlatmış ancak Yisheng Co. cevaben, Çin Devlet Mahkemelerine başvurarak, tahkim anlaşmasının geçersiz olması nedeniyle, hakem mahkemesinin yetkisine itiraz etmiştir[1113].

[1110] https://cgc.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/2/2016/11/B-and-R-TC6-English.pdf

[1111] *"[t]he arbitration shall take place at China International Economic Trade Arbitration Centre [sic] (CIETAC), Beijing, PR China and shall be settled according to the UNCITRAL Arbitration Rules as at present in force"* Bkz. **Rogers/Cao/Townsend**, s. 147; **Willems**, s. 408.

[1112] **Rogers/Cao/Townsend**, s. 147; **Willems**, s. 408.

[1113] **Rogers/Cao/Townsend**, s. 147; **Willems**, s. 408.

Çin Tahkim Kanunu m. 16[1114] ve m. 18[1115], tahkim anlaşmalarında taraflarca bir tahkim merkezinin seçilmesini şart koşmaktadır. Zira tahkim merkezi seçilmemesi tahkim anlaşmalarının geçersizliği ile sonuçlanır[1116]. Bu nedenle, Çin Halk Cumhuriyeti'nde ad hoc tahkimin yasaklı olduğu ifade edilebilir[1117]. *Yisheng Co.,* aralarındaki tahkim anlaşmasında, (1) Tahkim Kanunu'nun bahsettiği anlamda bir kurumsal tahkim merkezine atıf yapılmadığı, (2) UNCITRAL Tahkim Kurallarını seçerek, tipik bir ad hoc tahkim anlaşması gerçekleştirildiği ve (3) hakemlerce baştan itibaren izlenen prosedürün ad hoc tahkime uygun şekilde ilerlediği, gerekçeleri ile tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmiştir[1118].

Mahkeme, kararında, yukarıdaki üç gerekçeden ilkine yoğunlaşarak, tahkim şartının gerçekten CIETAC'ta gerçekleştirilecek ad hoc bir UNCITRAL tahkimi ihtiva edip etmediğini ele almıştır ve tahkim şartının kurumsal bir tahkimi öngördüğü sonucuna varmıştır. Ancak mahkeme kurumsal bir tahkimin mevcudiyetine karar vermesine karşın, tahkim şartının hibrit nitelikli olması noktasında bir yorumda bulunmamıştır. Mahkeme, *"shall take place in CIETAC"* ibaresinin, yargılamanın CIETAC bünyesinde görüleceği şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir[1119]. Sonuç olarak, Çin Mahkemeleri, *Yisheng Co.*'nin tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna ilişkin itirazını reddetmiştir[1120].

[1114] Arbitration Law of the People's Republic of China art. 16 "*An agreement for arbitration shall include the arbitration clauses stipulated in the contracts or other written agreements for arbitration reached before or after a dispute occurs. An arbitration agreement shall contain the following: 1. The expression of application for arbitration. 2. Matters for arbitration. 3. The arbitration commission chosen.*" http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201312/20131200432698.shtml (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

[1115] Arbitration Law of the People's Republic of China art. 18 *"Whereas an agreement for arbitration fails to specify or specify clearly matters concerning arbitration or the choice of arbitration commission, parties concerned may conclude a supplementary agreement. If a supplementary agreement cannot be reached, the agreement for arbitration is invalid."* http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201312/20131200432698.shtml (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

[1116] **Rogers/Cao/Townsend**, s. 146, 147.

[1117] Yukarıda ad hoc tahkim başlığı altında da ifade ettiğimiz üzere; Çin'de, taraflar, uyuşmazlıklarını, herhangi bir kişinin ya da kişilerin çözmesi konusunda anlaşamazlar. Seçilen kişi ya da kişiler, profesyonel ve güvenilir olmalıdır. Bu da tahkimin tanınmış bir kurumsal tahkim merkezi bünyesinde gerçekleştirilmesi ile sağlanır. Bu nedenle, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı için anlaşmada bir tahkim merkezine atıf yapılmış olması aranır. Bkz. **Pisacane/Murphy/Zhangs**, s. 13, 56; **Moses**, s. 9 dn. 19.

[1118] **Rogers/Cao/Townsend**, s. 148.

[1119] **Willems**, s. 408.

[1120] **Rogers/Cao/Townsend**, s. 148; **Willems**, s. 408.

Belirtmek gerekir ki, Çin Mahkemeleri, bu yaklaşımını, önüne gelen diğer uyuşmazlıklarda, uygulanmak üzere UNCITRAL kurallarını ve hatta ICC kurallarının seçildiği tahkim anlaşmaları için de korumaya devam ettirmiştir[1121]. Dolayısıyla denilebilir ki, Çin Hukukuna göre hibrit tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmektedir[1122].

Ancak ayrıca ifade etmekte gerekir ki, Çin Kanunları, tahkim anlaşmasında birden fazla tahkim merkezinin yetkilendirilmiş olmasının tahkim anlaşmasının geçersizliği nedenini oluşturduğunu ifade etmektedir[1123].

Hibrit tahkim anlaşmalarının Çin'de uygulanması, riskler barındırmaktadır[1124]. Çinli tahkim merkezleri ve hakemleri, başkaca tahkim merkezi kuralları uyarınca, tahkim yargılaması yürütmeye alışık olmayabilecekleri gibi, hibrit tahkim, kurumun idari yetkilerinin kapsamı konusunda da belirsizlik ortaya çıkarabilir ve bu durum tahkimi zora sokmak isteyen taraf için, usulü kararlara itiraz etme fırsatı doğurabilecektir[1125]. Doktrinde, hibrit tahkim anlaşmalarının en büyük tehlikesinin, yargı yetkisine ilişkin tartışmalara yol açabileceği olduğu ifade edilmektedir[1126]. Çin Hukuku bakımından tehlike ise, yukarıda bahsedildiği üzere, Çin Tahkim Kanunu m. 16 ve m. 18 kapsamında, hibrit tahkim anlaşmalarının ad hoc kabul edildiği durumlarda, tahkim anlaşmasının geçersiz hale gelecek olmasıdır[1127].

2012 tarihinde değişen CIETAC kuralları, ICC kurallarının aksine, taraflara, CIETAC bünyesinde başkaca tahkim merkezi kurallarının uygulanmasına izin vermektedir. CIETAC

[1121] UNCITRAL kurallarının seçildiği bir tahkim anlaşmasının geçerli kabul edildiğine ilişkin; *Shanghai 2nd Intermediate People's Court, 23.01.2015, [2013], Hu Er Zhong Min Ren (zhongcai)No.1* Yayınlanmamış karar bkz. **Willems**, s. 409, dn. 18.
SIAC bünyesinde ICC kuralları uygulanmasına ilişkin bir tahkim anlaşmasının geçerli kabul edildiğine ilişkin; *Top Gains Minerals Macao Commercial Offshore Ltd. v. TL Resource Pte Ltd. [2015], HKCFI 2101; HCMP 1622/2015 (18.11.2015)* bkz. **Willems**, s. 406, dn. 8.
[1122] **Willems**, s. 407, 409-410.
[1123] *Where the arbitration agreement designates more than one institution and there is no subsequent agreement as to what arbitration institution will have jurisdiction, the arbitration agreement shall be deemed invalid (Article 5 ALI); the same happens if the arbitral agreement makes a reference to a place in which more than one arbitration institution is present and there is no subsequent agreement as to which institution will have jurisdiction (Article 6 ALI).* **Pisacane/Murphy/Zhangs**, s. 8.
[1124] **Rogers/Cao/Townsend**, s. 147.
[1125] **Rogers/Cao/Townsend**, s. 147.
[1126] **Rogers/Cao/Townsend**, s. 147.
[1127] **Rogers/Cao/Townsend**, s. 147.

Tahkim kuralları m.4 f.3[1128], taraflara, tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmadığı ve tahkim anlaşmasını icra edilemez hale getirmediği sürece, CIETAC bünyesinde başkaca tahkim merkezi kurallarını uygulama esnekliği tanımaktadır[1129]. İlgili yargılamada da, taraflarca, CIETAC bünyesinde, UNCITRAL kanunları çerçevesinde öngörülen tahkim anlaşmasının, CIETAC tarafından kabul edileceği açıktır.

Belirtmek gerekir ki, CIETAC tarafından kabul edilen bu madde nedeniyle, taraflar, bu esneklikten faydalanarak UNCITRAL, GAFTA, ICC vb. kuruluşların kurallarının uygulanması için CIETAC tahkim yargılamasını tercih etmektedirler[1130].

3. Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği

a. Genel Olarak Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliğinin Hangi Hukuka Göre Değerlendirileceği Sorunu

Singapurlu ve diğer ülkelerdeki uygulayıcılar, HKL II kararının, bir sitemin ötesinde olmadığını ifade etmektedirler[1131]. Örneğin, Insigma Tec. Davasında, tahkim şartından, tarafların hibrit bir tahkimi seçtikleri açık olsa da, HKL Grup davalarında, "ICC kuralları uyarınca Singapur'daki tahkim komitesi" ifadesi daha muğlaktır[1132].

Yukarıda da ayrıntılı olarak değinildiği üzere, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk taraflarca seçilmiş olması durumunda bu hukuk uygulanırken taraflarca seçilmemişse farklı ağırlıklar verilmiş ve farklı hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımlar

---

[1128] China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules art. 4 *"3. Where the parties agree to refer their dispute to CIETAC for arbitration but have agreed on a modification of these Rules or have agreed on the application of other arbitration rules, the parties' agreement shall prevail unless such agreement is inoperative or in conflict with a mandatory provision of the law applicable to the arbitral proceedings. Where the parties have agreed on the application of other arbitration rules, CIETAC shall perform the relevant administrative duties."* http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=42&l=en (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

[1129] **Rogers/Cao/Townsend**, s. 146.

[1130] **Rogers/Cao/Townsend**, s. 146.

[1131] Bkz. **Shaun Lee**, HKL v Rizq International Arbitration Clause Case Update, *Singapore International Arbitration Blog*, 2013, https://singaporeinternationalarbitration.com/2013/03/28/hkl-v-rizq-international-pathological-arbitration-clause-case-update/ (Erişim Tarihi: 01.04.2020); **Nicholls/Bloch,** s. 400.

[1132] **Nicholls/Bloch,** s. 400.

benimsenmiştir[1133]. Birçok hukuk sisteminde, tahkim yargılamasının yürütüldüğü yer hukukuna "*lex arbitri*" başvurulması gerektiği kabul edilmektedir[1134].

Özellikle İngiltere, Amerika, Hong Kong gibi Anglo-Sakson hukuk sistemi uygulanan ülkelerde, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuk taraflarca açık şekilde seçilmediğinde, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanacağı benimsenmiştir. Ancak İsveç, Belçika, Hollanda ve İtalya gibi çoğu Avrupa ülkesi hukukunda yönelim, Anglo-Sakson sistemin aksine, tahkimin geçerliliğinin, esas sözleşmeye uygulanacak hukuka göre değil, tahkim yeri hukukuna göre belirlenmesi yönündedir[1135]. Fransız Yüksek Mahkemesi ise, Avrupa hukuku ve İngiliz hukuklarından tamamen farklı olarak, tahkimin taraf iradesine dayandığını ifade ederek, tahkim anlaşmasının Fransız hukukunun emredici kurallarına ve milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığı sürece herhangi bir hukuka atıf yapılmadan geçerliliğin bağımsız şekilde değerlendirileceğine karar vermiştir[1136].

NYK m. V/1/a ise, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu hallerde verilen kararın tanıma-tenfiz edilemeyeceğine değinirken, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku; *"Tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka, böyle bir seçim yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna göre esas bakımından geçerli olmalıdır[1137]."* hükmü ile ifade etmiş, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna göre belirleneceğini hükme bağlamıştır.

[1133] **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 79.
[1134] **Molfa**, s. 166.
[1135] **Molfa**, s. 169.
[1136] **Aydın**, s. 49.
[1137] "*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or.."*

b. Türk Hukuku Açısından Bir Tahkim Merkezi ile Birlikte Farklı Bir Tahkim Merkezinin Kurallarına Atıf Yapılan Hibrit Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği

Türk hukukunda anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak hukuk; HMK'nın uygulama alanına giren iç tahkimde HMK'ya göre, MTK'nın uygulama alanına giren[1138] uyuşmazlıklarda, Türk mahkemesince MTK m. 4'e göre, taraflar tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmişse bu hukuka göre, böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre belirlenir.

MTK'nın uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklarda ise, anlaşmanın geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesi hususu doktrinde tartışmalı olduğu yukarıda ayrıntılı şekilde ele alınmış ve genel kabul ve kanının, tahkim yeri hukukunun uygulanması olduğu ifade edilmiştir.

Bir hakem kararının iptal davası aşamasında tahkim anlaşmasının hibrit olması nedeniyle geçersiz olduğu iddialarının Türk mahkemeleri önünde ileri sürülmesi durumunda, Türk mahkemeleri tahkim anlaşmasının geçerliliğini, MTK m.4 f.3 kapsamında taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere seçilmiş bir hukuk varsa bu hukuka göre, eğer böyle bir hukuk seçilimi yoksa Türk hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerliliği değerlendirilecektir.

Yabancı bir hakem kararı **tenfiz için** Türk mahkemeleri önüne geldiğinde, anlaşmanın geçerliliği MÖHUK m. 62 f. 1 *"Mahkeme … (e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise,… yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder."* hükmü nedeniyle, taraflarca geçerliliğe uygulanmak üzere seçilen hukuka, eğer bir hukuk seçilmemişse kararın verildiği hukuka göre geçerli olmaması durumunda tenfiz edilebilecektir.

Hibrit bir tahkim anlaşmasının geçerliliği, HMK ya da MTK hükümlerince, Türk hukukuna göre değerlendirildiğinde ya da hibrit tahkim anlaşması bir Türk tahkim kurumu bünyesinde ICC kurallarının uygulanması ile yapıldığında, tahkim yeri olan Türk hukukuna göre

---

[1138] MTK m.1 f.2 *"Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır."*

değerlendirildiği kabul edilmesi durumunda; Türk hukukunda hibrit tahkimi engeller nitelikte bir hüküm bulunmaması sebebiyle geçerli olacağı kanaatindeyiz.

Türk yargısı önünde görülecek bir hakem kararının iptali davasında, tahkim anlaşmasının 'hibrit' nitelik göstermesi nedeniyle geçersiz olduğu iddiaları ileri sürüldüğünde, Türk mahkemeleri, tahkim anlaşmasının geçerliliğini, MTK m.4/f.3 kapsamında taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere seçilmiş bir hukuk varsa bu hukuka göre, böyle bir hukuk seçimi yapılmamışsa Türk hukukuna göre değerlendirilecektir. Türk hukukunda, iptal sebepleri kanunda sınırlı olarak sayılmış ve bu sebepler arasında, tahkim anlaşmasının hibrit nitelikte olmasının bulunmaması nedeniyle; Türk hukukunda bir hakem kararı, yalnızca hibrit nitelik taşıdığı gerekçesiyle iptal edilemeyecektir.

MTK m. 15/A/1 *"(a)…tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olması"* hükmü ile, tahkim anlaşmasının geçersiz olmasını, kararın iptal nedenlerinden biri olarak saymıştır. Dolayısıyla hibrit tahkim anlaşmalarının geçersizliği durumlarında, hakemlerce verilen kararlar iptal edilebilir hale gelebilecektir. Kanaatimizce, Türk hukukunda, hibrit tahkim anlaşmalarını yasaklar nitelikte bir hüküm bulunmaması nedeniyle, tahkim iradesinin açık olduğu hibrit tahkim anlaşmaları, tatbik edilebilir ve geçerli kabul edilmelidir. Bir tahkim anlaşmasının hibrit nitelik göstermesi, iptal sebebi olarak kabul edilemez. Hatta denilebilir ki, MTK m. 15/A/1 hükmünü gereğince "*(f) Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına"* uygun yürütülmemesi kararın iptali sebebi olarak sayıldığından, tarafların hibrit bir tahkim kararlaştırmaları durumunda, hakemlerin seçilen kurallara göre değil, kendi tahkim merkezi kurallarına göre karar vermeleri, tahkim anlaşmasının iptali sonucunu doğurabileceği gibi tenfizinin reddine de neden olabilir. Başka bir ifadeyle, tahkim anlaşmasının salt hibrit nitelik taşıması, verilen kararın iptalini veya tenfizinin reddini gerektirmeyecek, buna karşın hakemlerin hibrit tahkim yürütmeyerek tarafların seçtiği tahkim kurumunun kurallarını uygulamaması, kararın iptali veya tenfizinin reddi sonucunu doğurabilecektir.

Hibrit tahkim anlaşmalarında tarafların tahkim iradelerinin açık ve kesin olduğu noktasında şüpheye yer yoktur. O halde, Türk hukukuna göre hibrit tahkim anlaşmalarında tahkim iradesinin kesin olmaması nedeniyle geçersiz olacağı da ileri sürülemeyecektir.

Pek tabi ki taraflar aksini kararlaştırmadığında ICC kurallarının seçilmesi, tahkim yargılamasının ICC bünyesinde gerçekleşmesini kararlaştırdıkları şeklinde yorumlanmalıdır. Ancak tarafların tahkimin başkaca bir kurum ya da ad hoc şekilde ICC kuralları -ya da başka bir kurumsal tahkim merkezi kuralları- çerçevesinde yürütülmesini kararlaştırması durumunda, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu yönünde bir yorum yapmak, tahkimin taraf iradelerine üstünlük tanıyan yapısına ve tahkimi ayakta tutmaya yönelik yoruma ters düşecektir. Bu hükmün, tarafların tahkim iradeleri açıkken, tahkim anlaşmasının geçerliliği önünde bir engel teşkil edecek şekilde yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Kanaatimizce Türk hukukunda da ICC tarafından ilk kez 2012 kararlarında getirilen "ICC Kurallarının yalnızca ICC tarafından kullanılabileceği" şartı, ICC kurallarını başkaca kurum bünyesinde kullanmayı ihtiva eden hibrit tahkim anlaşmalarını geçersiz kılmaz. Singapur Yüksek Mahkemesi'nin de belirttiği gibi, her ne kadar hibrit tahkim birçok sorun ve yargılama bakımından engeller taşısa da, tarafların tercihi bu yönde olduğunda, tahkim anlaşmasının esaslı unsurlarında belirlilik ve netlik olduğu kabul edilerek, anlaşma geçerli kabul edilmelidir.

SONUÇ

Tahkim anlaşmaları birçok farklı sebeple patolojik hale gelebilir. Ancak eksiklik içeren her tahkim anlaşması hükümsüz ya da tatbiki imkânsız hale gelmez ve patolojik olarak kabul edilemez.

Bir tahkim anlaşmasının olmazsa olmaz unsuru tarafların tahkim iradeleridir. Tahkim anlaşmasının geçerli olması için TBK m. 1 uyarınca tarafların tahkim konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade irade beyanında bulunması gerekir. Taraf iradelerindeki eksiklik, yanlışlık ve hatalar tahkim anlaşmasını patolojik hale getirebilir. Bu sebeple bir tahkim anlaşmasını iyileştirilemez derecede patolojik hale getiren **ilk durum** taraf iradelerinin açık ve kesin olmamasıdır. Birçok hukukta ve Türk hukukunda Yargıtay'da açık ve kesin tahkim iradesi içermeyen patolojik tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmemektedir.

İkinci bir durum ise başvurunun zorunlu tutulmadığı tahkim anlaşmalarıdır. Başvurunun zorunlu tutulmadığı tahkim anlaşmaları da yine tahkim iradesinin kesin olmaması sonucunu doğurması nedeniyle patolojik olarak değerlendirilmekte ve geçersiz kabul edilebilmektedir. Zira taraflar kesin bir irade yerine "tahkime gidilebilir" ifadesini kullandıklarında, devlet mahkemesinin yetkisi ortadan kalkmaz ve dolayısıyla tahkim anlaşması olumsuz etkisini gerçekleştirememiş olur.

Bir başka irade sorunu genel işlem koşulu şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmalarında ortaya çıkar. Tahkime ilişkin şartların da kabul edildiğine ilişkin ayrıca bir ibare bulunan genel işlem koşullarının geçerliliğinin tartışmaya kapalı olduğu ifade edilmekle birlikte, tahkim iradesine ilişkin bir ibare bulunmayan genel işlem koşullarının tahkim yönünden tarafları bağlayıcılığı tartışmalıdır. Genel işlem koşulu şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmalarından biri de incorporation yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarıdır. Incorporation başka bir ifadeye atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarının, yazılı bir açık irade içermemesi nedeniyle patolojik hale geleceğini ifade eden görüşler bulunmakla birlikte, tarafların tahkim anlaşmasına atıf yapan metne atıfları ile anlaşmanın geçerli olacağını kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Türk hukukunda ise MTK ve HMK açık şekilde, atıf yoluyla yapılan -incorporation yoluyla kurulan- tahkim anlaşmalarının geçerliliğini kabul etmektedir.

Son olarak tahkim iradesinin belirsizliği nedeniyle oluşan patoloji, taraflar arasında birden fazla sözleşmede bulunan farklı tahkim kayıtlarını içeren belgelerin çelişkili olduğu durumlardır. Doktrinde bu tip patolojik tahkim anlaşmalarında, imzalanan sözleşmelerin kronolojik sırasına bakılacak bir çözüm elde edilmesi gerektiği, sonraki tarihli sözleşmenin önceki tarihli sözleşmeye göre öncelikli olarak uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu tip patolojiye başka bir örnek ise taraflar arasında farklı dillerde imzalanan tahkim anlaşmalarında çelişkiler bulunması durumudur.

Tahkim anlaşmasındaki iradenin yerinde olmasına karşın, tahkim anlaşmasındaki hata, çelişki veya eksiklikler nedeniyle de tahkim anlaşması patolojik hale gelebilecektir. Taraflar arasındaki tahkim iradesi açık ve kesin olmakla birlikte, seçilen tahkim merkezinin **mevcut olmaması ya da belirli olmaması** durumlarında da tahkim anlaşması patolojik hale gelir. Bu gibi durumlarda, tahkim anlaşmasının geçersiz olması gerektiğine ilişkin görüşler olmakla birlikte; tarafların bu tür patolojik tahkim anlaşmalarının tahkim iradesinin net olduğu ancak mevcut ya da belirli olmayan tahkim kurumuna atıf yapılması sebebiyle ad hoc tahkime yönelik bir iradenin kabul edileceğine ilişkin bazı kararlar ve tahkim iradesi açık olması sebebiyle tahkim anlaşmasının geçerli kabul edilerek, seçilmek istenen tahkim kurumunun yorum yoluyla belirlenmesine ilişkin kararlar bulunmaktadır.

Tahkim anlaşmasındaki başka bir çelişki ise, **birden çok** kurumsal tahkim merkezinin tercihli olarak yetkilendirildiği tahkim anlaşmalarıdır. Birden çok kurumsal tahkim merkezinin tercihli olarak yetkilendirildiği tahkim anlaşmalarında uyuşmazlık ortaya çıktığında nereye başvurulacağı ya da hangi kurumsal tahkim merkezinin uyuşmazlığı çözeceğine ilişkin belirsizlikler oluşması nedeniyle patolojik hale gelmektedir. Bu tip tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin genel bir kabul bulunmamakla birlikte Yargıtay'ın tahkim anlaşmasını geçerli kabul ettiği şeklinde yorumlanabilecek, eski tarihli bir kararı da mevcuttur.

Asimetrik tahkim anlaşmaları ise taraflardan birine, daha fazla merciiye başvuru imkânı tanıyan tahkim anlaşmalarıdır. Asimetrik tahkim anlaşmalarının en yaygın görünüm şekli taraflardan birine seçim hakkı tanınırken, diğer tarafa yalnızca tahkime başvurma ya da devlet mahkemesine başvurma imkanının tanındığı tahkim anlaşmalarıdır. Tahkim

anlaşmasında simetri bir geçerlilik şartı olarak aranmamasına ve sözleşme yapma serbestisine rağmen, yalnızca tek tarafa tahkime gitme imkânı tanımış olan asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliği tartışma yaratmaktadır. Asimetrik tahkim anlaşmalarına karşı farklı ülke hukuklarında farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Genel olarak da eğilim, asimetrik tahkim sözleşmelerini geçerli kabul etmek yönünde olmakla birlikte, tüm bu ülke hukuklarındaki ortak özellik, asimetrik tahkim anlaşmalarına ilişkin genel bir geçersizlik ya da kabul olmamasıdır. Türk Hukuku'nda özellikle tacirler arasında yapılan asimetrik tahkim anlaşmalarını geçerli kabul eden kararlar bulunmakla birlikte, taraflardan birinin zayıf durumda olduğu sözleşmelerde yer alan asimetrik tahkim anlaşmalarını geçersiz kabul eden kararlar da mevcuttur.

Tahkim anlaşmasındaki eksiklik nedeniyle patolojik kabul edilebilen bir başka tahkim anlaşması ise **beyaz tahkim** anlaşmalarıdır. Uygulanabilir herhangi bir kurala atıf yapmayan, bir tahkim kurumunu işaret etmeyen veya hakemlerin atanmasına ilişkin bir hüküm içermeyen tahkim anlaşmalarına doktrinde beyaz tahkim anlaşmaları denmektedir. Beyaz tahkim anlaşmalarının "tesirsiz olma" kapsamında patolojik olarak değerlendirileceğini ifaden bir görüş olmakla birlikte, tahkim yeri dahi belirlenmeyen bir tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olmayacağı ve bu sebeple "tatbiki imkânsız olma" kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur. Ancak belirtmek gerekir ki, yalnızca tahkim iradesinin, tahkim anlaşması kurulması için yeterli olduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur ve bizim de katıldığımız bu görüş kapsamında, beyaz tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilecektir.

Son olarak, **hakemlerin seçimi ve yetki alanına** ilişkin sorunlar barındıran tahkim anlaşmaları da patolojik hale gelebilir. Hakem seçiminde belirsizlik barındıran tahkim anlaşmaları, hakem sayısının taraflarca kurallara aykırı olarak belirlendiği tahkim anlaşmaları, hakem tayin etmek üzere belirlenen kişi ya da kurumun mevcut olmadığı ya da hakem tayin etmek üzere belirlenen kişi ya da kurumun hakem tayin etmeyi reddettiği tahkim anlaşmaları, hakem olarak seçilen kişinin ölmüş olduğu ya da hakemlik görevini reddettiği tahkim anlaşmaları, hakemlerin taşıması gereken kriterleri aşırı detaylı şekilde düzenleyen tahkim anlaşmaları, konu bakımından hakemlerin yetkilerinin sınırlandırıldığı tahkim anlaşmaları ve

hakem heyetinin teşkilinin veya görevinin süre bakımından sınırlandırıldığı tahkim anlaşmaları da patolojik hale gelebilir.

Patolojik tahkim şartları her zaman geçersiz kabul edilmemekle birlikte, her zaman geçerli olduklarını ifade etmek de doğru değildir. Tahkim anlaşmalarının geçersizliği hakem heyeti önünde ileri sürülebileceği gibi devlet mahkemesi önünde de itiraz ile, iptal davası ile ve tanıma-tenfiz davası aşamasında ileri sürülebilecektir.

Mahkemelerin itiraz aşamasında geçersizlik incelemesini hangi hukuka göre değerlendireceği ve *de novo* bir inceleme mi yoksa *prima facie* bir inceleme mi yapacağı tartışmalıdır. *Competence-Competence* prensibi gereği mahkemelerin yalnızca *prima facie* bir inceleme yapması gerektiğini savunan görüşler olmakla birlikte, hakem mahkemesince verilen kararın iptal davası ya da tanıma-tenfiz davası aşamalarında geçersiz hale gelerek masraf ve zaman kaybına yol açmaması için mahkemece *de novo* bir inceleme yapılması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur. Kanaatimizce, tahkim anlaşmasının devlet mahkemesi önünde derinlemesine bir incelemeye tabii tutulması, tahkim anlaşmasının devlet mahkemelerince denetlenmesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, devlet mahkemelerinin *prima facie* bir inceleme yapması daha yerindedir. Zira, itiraz aşamasında derinlemesine bir inceleme yapılmaması, yargılama açısından bir eksiklik doğurmayacaktır. Tahkim anlaşmasının geçerlilik denetimi, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, (1) *kompetenz-kompetenz* prensibi gereği, hakem mahkemesi nezdinde, (2) ardından hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar verip, tahkim yargılamasına devam etmesi ihtimalinde; verilecek nihai kararın iptali davasında ve (3) nihayetinde, tanıma tenfiz ülkesinde açılacak tenfiz davasında devam edecektir. Bu durumda, henüz tahkim yargılamasına başlamadan, tahkim ilk itirazı aşamasında, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin mahkemece derinlemesine denetlenmesi, tahkimin amacına uygun olmayıp, tahkimden beklenen faydaların elde edilmesine mâni olacak ve tahkim sürecine zarar verecek niteliktedir. Hele hele tahkim yargılaması başladıktan sonra, hakemlerin *kompetenz-kompetenz* yetkisine rağmen, mahkemece derinlemesine bir inceleme yapılması, tahkimin amacına aykırı olup, kanaatimizce, tahkim hukuku ile bağdaşmamaktadır.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk noktasında ise, taraflarca açık bir hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda farklı hukuklarda esas sözleşmeye uygulanacak hukukun

uygulanması gerektiği, tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği, genel prensiplere göre değerlendirilmesi gerektiği ve nadiren de olsa tenfiz yeri hukukunun uygulanmasının savunulduğu görülmektedir.

Tezimizin ana konusu olan hibrit tahkim anlaşmaları da patolojik tahkim anlaşmalarındandır. Hibrit tahkim (1) iki farklı uyuşmazlık çözüm yoluna atıf yapılmak suretiyle kurulan tahkim anlaşmaları ve (2) bir tahkim merkezi ile birlikte farklı bir tahkim merkezi kurallarına atıf yapılmak suretiyle kurulan tahkim anlaşmaları olarak karşımıza çıkabilir.

İki farklı uyuşmazlık çözüm yoluna atıf yapılmak suretiyle kurulan tahkim anlaşmaları, tahkim anlaşması öncesi kademeli olarak diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin öngörülmüş olması şeklinde kurulabileceği gibi, devlet mahkemelerine başvurudan önce kademeli olarak tahkim yargılamasına gidilmesi öngörülmesi şeklinde de kurulmuş olabilir.

Tahkim öncesi başkaca alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına gidilmesini öngören kademeli hibrit tahkim anlaşmaları Med-Arb, Med-Arb-Opt-Out, Arb-Med-Arb, Medola, Arb-Med gibi farklı şekillerde düzenlenebilmektedir. Med-Arb sisteminde, kademeli olarak önce arabuluculuk ardından tahkim yolu öngörülmüştür ancak arabulucuların aynı zamanda hakem olması önünde bir engel olmaması doktrinde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin önüne geçmek için başvurulan Med-Arb devre dışı bırakma (*Arb-Med-Opt-Out*) sistemi, müzakereler çıkmaza girdiğinde ve arabulucu çözüm yolunu tahkime çevirdiğinde, taraflara vazgeçme yetksi vermektedir. Med-Arb anlaşmasının bir başka görünüş şekli ise tarafların aralarında yalnızca bir tahkim anlaşması bulunmasına karşın, tahkim yoluna başvurmadan önce veya başvurduktan sonra ya da yargılama devam ederken tarafların uyuşmazlığı arabuluculuğa götürme noktasında anlaşmalarıdır. Bu sistem ise Arb-Med-Arb sistemi olarak adlandırılmaktadır. Medola sistemi de, arabuluculuk ve *last-offer arbitration* sistemlerinin bir birleşimi olarak, hakemlere Med-Arb'tan daha az yetki vererek tarafların müzakere gücünü arttırmayı amaçlamaktadır. Arb-Med ise, adından da anlaşılacağı üzere, tahkim aşamasında tarafların arabuluculuk yoluyla son kez anlaşmaya varmayı denemeleri olarak ifade edilebilir. Bu sistemde, hakemin karar verdikten sonra arabuluculuk yapması, Med-Arb sistemindeki arabulucunun hakem olması dezavantajlarını ortadan kaldıracaktır.

Tahkim öncesi başkaca alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına gidilmesini öngören kademeli hibrit tahkim anlaşmaları konusunda tartışmalı olan husus, tahkim öncesi başvurulması öngörülen aşama tüketilmeden tahkim yargılamasına gidilip gidilemeyeceği sorunudur. Bu noktada bizim de katıldığımız genel kabul gören görüş, tahkim öncesi aşamaların zorunlu kabul edilmesi durumunda tüketilmeden tahkim yargılamasına başvurulamayacağı yönündedir. Ancak belirtmek gerekir ki, tahkim öncesi aşamaları tüketmemek, tahkim anlaşmasını geçersiz hale getirmez ve kanaatimizce tahkime başvuruyu da engellemez. Ancak tahkim öncesi aşamalar tüketilmeden tahkime gidilmesi durumunda, itiraz halinde hakem mahkemesi bunu bekletici mesela yapmalıdır.

Devlet mahkemeleri ile birlikte tahkime başvuruyu öngören tahkim anlaşmaları; (1) mahkeme öncesi tahkim yargılamasına gidilmesini öngören tahkim anlaşmaları, (2) yetki şartı ve tahkim şartını birlikte barındıran opsiyonel-seçimlik tahkim anlaşmaları ve (3) "veya" ibaresi ile tahkimi alternatifli olarak sunan tahkim anlaşmaları olarak üç başlık altında ele alınmıştır. Devlet mahkemeleri ile birlikte tahkime başvuruyu öngören tahkim anlaşmaları kanaatimizce, tarafların iradeleri açık olması durumunda geçerli kabul edilmelidir. Zira taraflar tahkimde başarılı olamazlar ve icra edilebilir bir karar elde edemezlerse en nihayetinde başvuracakları makam devlet mahkemeleri olacaktır. Ancak hakemler ile birlikte kademeli olarak mahkemeleri de yetkilendiren tahkim anlaşmaları, tahkim anlaşmasını baştan itibaren etkisiz hale getirecek şekilde değil, sınırları net şekilde belirlenerek, tahkim yargılamasından maksimum verim alınacak şekilde düzenlenmelidir.

Yetki şartı ve tahkim şartını birlikte barındıran opsiyonel-seçimlik tahkim anlaşmaları ve tarafların devlet mahkemesine "veya" tahkime başvuracağını hükme bağlayan tahkim anlaşmaları, kanaatimizce, kombine bir sistem sunmaması nedeniyle hibrit nitelik göstermemektedirler. Yetki şartı ve tahkim şartını birlikte barındıran opsiyonel-seçimlik tahkim anlaşmaları noktasında ise MTK m.5'in taraflara görevli ve yetkili mahkemeyi seçme serbestisi tanıması sebebiyle, anlaşmazlık konusunda gidilecek devlet mahkemesi konusunda taraflar arasında yapılan bir anlaşma olduğu Türk hukukunda kabul edilmemektedir. Ancak kanaatimizce MÖHUK m. 60 ile taraflara yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, yetkili mahkemeyi seçme serbestisi tanınması nedeniyle, akdedilen yetki sözleşmesinde mahkemenin tenfiz davasında yetkili olduğu açık şekilde ifade edildiği taktirde, bu yetki

sözleşmesi tahkim iradesinde bir çelişki doğurmayacaktır. Tarafların devlet mahkemesine "veya" tahkime başvuracağını hükme bağlayan tahkim anlaşmaları ise kanaatimizce, tahkimin devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırma olumsuz etkisini gerçekleştirmez ve bu nedenle geçersiz kabul edilmelidir. Zira tahkim iradesinin açık ve kesin olması tahkim anlaşmasının esaslı bir unsurudur.

Son olarak, bir tahkim merkezinin farklı bir tahkim merkezinin kurallarına atıf yapılmak suretiyle yetkilendirildiği hibrit tahkim anlaşmaların geçerliliği ise, farklı ülke kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir. ICC'nin kendi kuralları çerçevesinde başka bir tahkim kurumu bünyesinde tahkim yargılaması yapılmasını yasaklar nitelikte getirdiği kuralları neticesinde ortaya çıkan tartışmada, hibrit tahkim anlaşmaları bu zamana kadar önüne gittiği tüm devlet mahkemelerinde geçerli kabul edilmiştir. Türk hukukunda da, Singapur Yüksek mahkemesinin içtihatlarındaki gibi, seçilen kurumun tahkimi fiilen yönetecek kurum olarak dikkate alınarak, tarafların tahkim iradesi açık olduğundan, taraflarca kararlaştırılan tahkimin ad hoc tahkim olarak kabul edilmesi ve tarafların tahkim iradesinin bağlayıcılığının ayakta tutulması gerekmektedir. Zira, tahkimde önemli olan, tarafların tahkime yönelik iradesinin varlığı ile tahkim yargılamasına uygulanmak üzere taraflarca seçilen usul hukukunun bu tahkim yargılamasında uygulanmasıdır. Önerdiğimiz bu çözüm, seçilen tahkim kurumuna değil, taraflarca seçilen usul hukukunun tahkim yargılamasında uygulanmasına üstünlük tanımaktadır. Zira, tahkim yargılaması neticesinde verilecek kararın iptali ya da tenfizinin reddine sebep olacak neden, seçilen kurumun tahkimi gerçekleştirmemesi değil, seçilen usul kurallarının uygulanmamasıdır.

ICC, SIAC, LCIA, AAA gibi birçok tahkim merkezi, model tahkim kurallarına sahiptir. Uyuşmazlıklarını çözme noktasında tahkim yargılamalarını yönetmek için belirli bir kurumu seçen taraflara, yargı yetkisine ilişkin sorunların ortaya çıkma riskini azaltmak için, seçtikleri kurumun model hükümlerini benimsemeleri tavsiye edilir. Buna karşın, tahkim merkezlerinin model tahkim kuralları her durum için uygun değildir. Örneğin, karşı tarafın devlete ait bir işletme ya da devlet olduğu bazı durumlarda tahkim kurallarının uyarlanması gerekebilir.

Türk hukuku açısından ise, hibrit bir tahkim anlaşmasının geçerliliği, HMK ya da MTK hükümlerince değerlendirildiğinde; Türk hukukunda hibrit tahkimi engeller nitelikte bir hüküm

bulunmaması sebebiyle ve tahkim iradesinin açık olması nedeniyle kanaatimizce geçerli kabul edilmelidir. Türk yargısı önünde görülecek bir hakem kararının iptali davasında, tahkim anlaşmasının 'hibrit' nitelik göstermesi nedeniyle geçersiz olduğu iddiaları ileri sürüldüğünde, Türk hukukunda, iptal sebepleri kanunda sınırlı olarak sayılmış olması ve bu sebepler arasında, tahkim anlaşmasının hibrit nitelikte olmasının bulunmaması nedeniyle; Türk hukukunda bir hakem kararı, yalnızca hibrit nitelik taşıdığı gerekçesiyle iptal edilemeyecektir.

Mukayeseli hukukta başlıca kullanılan terimler ve sınıflandırmalar bakımından; patolojik terimi yerine sorunlu ifadesi kullanılması düşünülebilir. Kaldı ki mukayeseli hukuk doktrininde de "*pathological*" ibaresi ile birlikte "*defective*" kavramı da kullanılmaktadır. Tezimiz kapsamında "*defective*" ibaresi, kusurlu veya sorunlu tahkim olarak ifade edilmiştir. Patolojik ibaresi yerine kusurlu veya sorunlu tahkim ibaresi kullanılarak bir Türkçeleştirmeye gidilebilir. Bununla birlikte patolojik tahkim anlaşmaları kavramı yerine de bir üst kavram olarak yine Türkçeleştirme gayesi ile, "atipik" tahkim anlaşmaları kavramı kullanılabilir.

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, 5. Bası, İstanbul, 2020. (Milletlerarası Tahkim)

AKINCI, Ziya, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim (13-24), *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4 Sayı:1, İstanbul, 2005. (Türkiye'de Tahkim)

AKINCI, Ziya, Uyuşmazlıkları Çözüm Yolu Olarak Tahkim (108-113), Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Özel Hukuk Bildiri V, Cilt 3, Ankara, 2000. (Çözüm Yolu) http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/hukukkurultay00-3.pdf (Erişim Tarihi: 02.03.2020)

AKINCI, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996.

ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973.

ANDREWS, Neil, Arbitration and Contract Law Common Law Perspectives, e-Book, 2016. https://www.springer.com/gp/book/9783319271422 (Erişim Tarihi: 15.03.2020).

ARIKAN, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi (19-28), *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 3, 2012.

AY CHELLİ, Ebru, Fransız Yargıtay'ının Zorunlu Olmayan Uzlaşma Şartı Tüketilmeden Dava Açılabileceğine İlişkin 29 Nisan 2014 Tarihli Kararının Tercümesi (s. 233-237), *Uluslararası Ticaret Hukuku ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl: 2015, S. 2, İstanbul, 2015.

AYDEMİR, **Fatih**, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul, 2017.

AYDIN, Esen, Milletlerarası Ticari Tahkimde Patolojik Tahkim Şartı ve Sözleşmesi (Danışman: Faruk Kerem Giray), İstanbul Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

AYGÜL, Musa, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, 2. Bası, İstanbul, 2014.

AYOĞLU, Tolga, Milletlerarası Kurumsal Tahkimde Ticari Adet ve Teamüllerin Esasa Uygulanması (121-139), *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan*, İstanbul, 2011/1. http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2015/4/prof-dr-ata-sakmar-a-armagan-hukuk-fakultesi-53.pdf (Erişim Tarihi 17.01.2020).

BAHÇEKAPILI VINCENZI, Senem, Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının New York Konvansiyonu Uyarınca Tenfizi (73-126), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 36, s.1,2016. https://dergipark.org.tr/tr/pub/iumhmohb/issue/29615/317901 (Erişim Tarihi: 18.01.2021).

BALKAR BOZKURT, Süheyla, Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları (121-222) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 10 S. 129-130, 2015.

BAŞARAN, Halil Rahman, Uluslararası Tahkim, 1. Bası, İstanbul, 2014.

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK,Gülüm, Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar, Ankara, 2016.

BERGER, Klaus Peter, Institutional Arbitration: Harmony, Disharmony and the "Party Autonomy Paradox", İspanya, 2018.

BERGER, Klaus Peter, Law and Practice of Escalation Clauses, *Arbitration Internationall* C. XXII S.1, 2016.

BİRSEL, Mahmut T., Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye (s. 97-128), *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:1, Sayı 1, 1980, İzmir. (http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/ilk/yilbirsayibir/birsel6.pdf).

BLACKABY, Nigel / **PARTASIDES, Constantine** / **REDFERN, Alan,** / **HUNTER, Martin,** Redfern and Hunter on International Arbitration Student Version, 6. Bası, Oxford, 2015.

BORN, Gary B., International Commercial Arbitration Volume I, Hollanda (Basım) Wolters Kluwer, 2009. (Vol. I).

BORN, Gary B., International Commercial Arbitration Volume II, Hollanda (Basım) Wolters Kluwer, 2009. (Vol. II).

BORN, Gary B., International Commercial Arbitration in The United States, Kluwer, 1994.

BUDAK, Ali Cem, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim Hükümler, (31-60), *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl:2012, S.2, İstanbul, 2012.

BUDAK, Ali Cem / Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2017.

COMŞA, Paul, At a crossroads: the case of "Pathological arbitration clauses" which determine a jurisdictional fight (47-55), *Lex ET Scientia International Journal*, Vol. 25 no.2, 2018, Www.heinOnline.org (Erişim tarihi: 19.02.2020).

COULSON, Robert, MEDALOA: A Practical Technique for Resolving International Business Disputes (111-113), *Journal of International Arbitration*, vol. 11, n.2, Hollanda, 1994.

ÇELİKEL, Aysel /ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, İstanbul, 2017.

DAVIS, Benjamin G., Pathological Clauses: Frederic Eisemann's Still Vital Criteria (365-388), *Arbitration International*, Vol.:7 Issue:4, 1991.

DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, Milletlerarası Tahkimde Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim (s. 162-181), *Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt: 2*, İstanbul, 2008. (Ad Hoc ve Kurumsal Tahkim)

DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu (s. 575-616), İstanbul Hukuk Mecmuası 77 / 2 Aralık 2019. (Arabuluculuk ve Tahkim) https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/52205/682338

DEMİRKOL, Berk, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması (1323-1360), *Public and Private International Law Bulletin,* Cilt:40 Sayı:2, İstanbul, 2020. (Genel İşlem)

DEMİRKOL, Berk/ AKÜZÜM, Ural, Türkiye'de Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim) Yapısı, Mevzuatı & Uygulaması, İstanbul, 2020.

DEMİRKOL, Berk, Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği (325-254), *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:16 Sayı:2, İstanbul, 2017. (Mutlak Olmayan)

DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Ankara, 2019.

DERAINS, Yves, New Trends, in the Practical Application of the ICC Rules of Arbitration (s. 38-55), *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 3, Issue 1, Chicago, 1981 http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1089&context=njilb (Erişim Tarihi: 04.01.2020).

DRAGUIEV, Deyan, Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability (19-46), *Journal of International Arbitration* 31, no. 1, Hollanda, 2014 https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/LAW161/Unilateral%20jurisdiction%20clauses %20the%20case%20of.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2020).

FREDERIC, Eisemann, La clause d'arbitrage pathologique" l'arbitrage international (129-161), *essais in memoriam Eugenio Minoli*, C. 3, Milano, 1974.

FOUCHARD, Philippe / GAILLARD, Emmanuel/ GOLDMAN, Berthold, Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Emmanuel Gaillard/ John Savage (eds.), Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999.

EKŞİ, Nuray, Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation", (263-291), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Cilt:19, Sayı:1-2, İstanbul, 1999, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99546 (Erişim Tarihi 17.02.2020). (Incorporation)

EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, (295-338), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Cilt:23, Sayı:1-2, İstanbul, 2003, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99418 (Erişim Tarihi: 28.12.2019). (MTK)

EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, 1. Bası, İstanbul, 2004. (Deniz Ticareti)

EKŞİ, Nuray, New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi, İstanbul, 2009. (Tenfiz)

EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar (Parallel Litigation) (15-52) *Uluslararası Ticaret Hukuku ve Tahkim Hukuku Dergisi* S.2, İstanbul, 2013.

EKŞİ, Nuray, Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, İstanbul, 2015. (Tahkim Öncesi)

EKŞİ, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul, 2019. (HMK)

EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2019. (Milletlerarası Ticaret)

EKŞİ, Nuray, Türkiye'de Kurumsal Tahkim, 1. Bası, İstanbul, 2020. (Kurumsal Tahkim)

ERDEM, H. Ercüment, Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul, 2017.

ERKAN Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara, 2013.

ERLANK, Wian, Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, 2002 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1491027 (Erişim Tarihi: 05.06.2020).

ERTEKİN, Erol/KARATAŞ, İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997.

ESEN, Emre, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, 1. Bası, İstanbul, 2008. (Tahkim Anlaşmasının Teşmili)

ESEN, Emre, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli (s. 65-114), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Yıl:28, Sayı:1-2, İstanbul, 2008. (Tahkim Anlaşmasının Şekli) https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99326 (Erişim Tarihi: 19.12.2019). (Tahkimin Şekli)

ESEN, Emre, Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği (145-155), *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı:2, İstanbul, 2010 https://www.jurix.com.tr/article/3960 (Erişim Tarihi: 11.02.2020). (Kıyı Emniyeti)

ESEN, Emre*,* Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan*, S.1, İstanbul, 2011 http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2015/4/prof-dr-ata-sakmar-a-armagan-hukuk-fakultesi-53.pdf (Erişim Tarihi: 11.02.2020). (Kompetenz-Kompetenz)

ESEN, Emre*,* Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 tarihli İçtihadının Eleştirisi (191-207), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Yıl:31 SAyı:1, İstanbul, 2011.

ESEN, Emre, Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği (75-148), *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl: 2017, S.2, İstanbul, 2017. (Mevcut veya Belirli)

FRY, Jason, HKL Group Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. and HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. (453-462), *Journal of International Arbitration 30,* NO.4, Hollanda,2013.

GİRAY, Faruk Kerem, Milletlerarası Tahkimde Gizlilik (s. 65-121), *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl 2015, Cilt: 4, Sayı: 2, İstanbul, 2015. https://legal.com.tr/Book/GacRR86JdUOMa2f5oeQlmw/b9e6b11225854a499003824fa0a8529f?s=uluslararası+ticaret+hukuku+dergisi+2015+ (Erişim Tarihi: 10.12.2019)

GEDİK, Begüm, Milletlerarası Tahkim Kararlarının İptal Edilme Nedenlerinden Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması, Ankara, 2020.

GÖLCÜKLÜ, İlyas, Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları, İstanbul, 2018.

HACIBEKİROĞLU ÖMEROĞLU, Ekin, Milletlerarası Tahkim Hukukunda Görev Belgesi (1885-1912), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Pekcanıtez'e Armağan*, C.16, Özel Sayı, 2014.

HATEMİ, Hüseyin / **GÖKYAYLA, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, 2017, İstanbul.

HENRIQUES, Duarte Gorjão, Asymmetrical Arbitration Clauses Under the Portuguese Law (44-61) *Young Arbitration Review*, Yıl:3 Sayı:11, 2013. (Asymmetrical Arbitration).

HENRIQUES, Duarte Gorjão, Pathological Arbitration Clauses, Good Faith and The Protection Of Legitimate Expectations (349-362), *Arbitration International*, Cilt: 31, Sayı: 2, Oxford, 2015. (Pathological Arbitration)

HUYSAL, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, 2010.

ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara, 2003.

IŞIK, Fatih, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2015.

İLHAN, Hüseyin Afşın, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Ankara, 2016.

JAIN, Alok, Pathological Arbitration Clauses and Indian Courts (433-448), *Journal of International Arbitration* 25(4), Hollanda, 2008.

KALAFATOĞLU, Mehmet Polat, Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat (339- 368), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Yıl:38, Sayı:2, İstanbul, 2018. https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/630943 (Erişim Tarihi: 13.10.2020).

KALPSÜZ, Turgut, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Ankara, 2010. (Türkiye'de Tahkim)

KAPLAN, Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, 1. Bası, İstanbul, 2002.

KARRER, Pierre A., Pathological Arbitration Clauses-Malpractice, Diagnosis and Therapy, The International Practice of Law-Liber Amicorum for Thomas Bar and Robert Karrer, Ed. Nedim Peter Vogt vd., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1997.

KAYALI, Didem, Enforceability of Multi-Tired Dispute Resolution Dispute Clauses (551-577), *Journal of International Arbitration* 27(6), Hollanda, 2010.

KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017. (Ders Kitabı)

SHAUN, Lee, HKL v Rizq International Arbitration Clause Case Update, *Singapore International Arbitration Blog,* 2013, https://singaporeinternationalarbitration.com/2013/03/28/hkl-v-rizq-international-pathological-arbitration-clause-case-update/ (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

MARSHALL, Enid A., Gill: The Law of Arbitration, 4. Bası, Londra, 2001.

MELİS, M., Function and Responsibility of Arbitral Institutions (107-118), The Comparative Law Yearbook of International Business, Vol. 13, Londra, 1991.

MOLFA, Milo, Pathological Arbitration Clauses and The Conflict of Laws (161-184), *Hong Kong Law Journal* vol:37 no. 1, 2007, HeinOnline (Erişim Tarihi: 19.02.2020).

MOSES, Margret L., The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 2. Bası, New York, 2012.

NICHOLLS, Anthony Cheah / BLOCH, Christopher, ICC Hybrid Arbitrations Here to Stay: Singapore Courts' Treatment of ICC Rules Revisions in Articles 1(2) and 6(2) (393-412), *Journal of International Arbitration (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014,* C.: 31 S.: 3, 2014.

NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul, 2017. (DHH)

NOMER, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2018. (Usul Hukuku)

NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuk, Cilt I , 5. Bası, İstanbul, 2016.

OGHIGIAN, Haig, The Mediation/Arbitration Hybrid (75-80*), Journal of International Arbitration* 20(1), Hollanda, 2003.

OĞUZMAN, M. Kemal / **ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 12. Bası, İstanbul, 2014.

ÖZBEK, Mustafa, Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketleriyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (s. 121-162), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:51, Sayı:2, Ankara, 2002. https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629065 (Erişim Tarihi: 23.07.2019). (Adalete Ulaşma)

ÖZDEMİR KAYALI, Didem, Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları, *Haluk Konuralp'in Anısına Armağan*, C. I, Ankara, 2009.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Yargıtay 15.Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere De Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı (509-535) *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, İstanbul, 2017.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri (37-84) *XI. Milletlerarası Tahkim Semineri,* 14 Nisan 2014, Ankara, 2014.

ÖZEL, Sibel, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Anlaşmasını Geçersiz Olması (s. 303-323), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, S.1, İstanbul, 2017 https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/331983 (Erişim Tarihi: 13.12.2019). (Tenfiz Engeli)

ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Kuralları, İstanbul, 2008. (Kanunlar İhtilafı)

PARK, William W., Arbitration of International Business Disputes, New York, 2006. (International Business).

PARK, William W., Arbitration of International Contract Disputes (1783-1799), *The Business Lawyer* Vol. 39, No. 4, USA, 1984. https://www.jstor.org/stable/40686595?seq=1#metadata_info_tab_contents (Erişim Tarihi:19.02.2020). (Contract Disputes).

PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2017. (Ders Kitabı)

PEKCANITEZ, Hakan / YEŞİLIRMAK, Ali, Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, C III, İstanbul, 2017. (Pekcanıtez Usul)

PISACANE, Giovanni / MURPHY, Lea / ZHANG, Calvin, Arbitration in China - Rules & Perspectives, Singapur, 2016.

POLAT, Ayşegül, Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği (s. 3-65), *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 1 S. 1, Ankara, 20019, https://dergipark.org.tr/tr/pub/asbuhfd/issue/47438/583751 (Erişim Tarihi: 19.12.2019).

QIAN, Jiangtao / GUO, Liang, The Validity and Remedy of the Pathological International Commercial Arbitration Agreement (109-119), *International Law School of Northwest University of Political Science and Law,* Vol. 2, Issue 5, Xi'an (China), 2019, https://francis-press.com/index.php/papers/630 (Erişim Tarihi:08.09.2020).

ROGERS James / LIJUN Cao/ TOWNSEND Matthew, Legality of 'Hybrid' Arbitration Clauses Upheld in China (146-149), *Asian Dispute Review* Vol. 6 Issue 3, 2014. www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-adr-2014032-n?9="hybrid%20arbitration" (Erişim Tarihi 07.08.2018).

ROSS, H. William / CONLON, Donald E., Hybrid of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration (416-427), *The Academy of Management Review*, Vo. 25 No.2, 2000. https://www.jstor.org/stable/259022 (Erişim tarihi:19.02.2020)

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, International Arbitration Law and Practice, 2nd edition (2. Bası), Netherlands, 2001.

SAMRA, Harout J. / RAMACHANDERAN, Ramya, A Cure for Every Ill? Remedies for "Pathological" Arbitration Clauses (1110-1123), *University of Miami Law Review*, Volume 74, Number 4 Eleventh Circuit Issue, 2020 https://repository.law.miami.edu/umlr/vol74/iss4/6 (Erişim Tarihi 08.09.2020).

SARIÖZ BÜYÜKALP, A. İpek, Uluslararası Tahkimde "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması" Kavramları (2015-2061), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014 s. Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan*, 2014 https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/756109 (Erişim Tarihi: 17.02.2020).

SATO, Yasunobu, Hybrid Dispute Processing in Japan: Linking Arbitration with Conciliation (s. 53-74), Legal Discourse across Cultures and Systems Ed. Vijay K. Bhatia, Christopher N. Candlin, Jan Engberg, Jane Lung, Hong Kong, 2008.

SEPPALA, Christopher R., French Domestic Arbitration Law, The International Lawyer, Vol 16, No. 4, Amerika, 1982, S. 749- 792. https://www.jstor.org/stable/40705407 (Erişim tarihi: 06.08.2019).

SCHMITTHOFF, Clive M., Defective Arbitration Clauses, *Journal of Business Law*, Issue 9, 1975.

SCHROETER, Ulrich G., Ad Hoc or Institutional Arbitration — A Clear-Cut Distinction? A Closer Look at Borderline Cases (141-199) *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 10, No. 2, 2017.

SÖĞÜT, İpek Sevda, Roma Hukukunda Tahkim, 1. Bası, İstanbul, 2011.

SÜRAL, Ceyda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi (s. 167-216), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S 100, 2012. (Milletlerarası Yetki)

SÜRAL, Ceyda, Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası (1377-1411), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 16, 2014. (İptal Davası)

ŞANLI, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986. (Esasa Uygulanacak Hukuk)

ŞANLI, Cemal, Konişmentonun Devri, Alacağın temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği(773-790), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C.22 S. 2, İstanbul, 2002. (Konişmento) https://dergipark.org.tr/tr/pub/iumhmohb/issue/9369/117325 (Erişim Tarihi: 25.02.2020).

ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, İstanbul, 2019. (Ticari Akitler)

ŞANLI, Cemal / **ESEN, Emre** / **ATAMAN FİGANMEŞE, İnci**, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, İstanbul, 2019.

ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, 1. Bası, İstanbul, 2015.

ŞENSÖZ, Ebru, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda Hakem Kararlarına Karşı Başvurulacak Kanun Yolları "Hakem Kararlarının İptali" (Danışman: Ahmet Ata Sakmar), Galatasaray Üniversitesi yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 2004. (Tahkim)

ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru, Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davaları Bakımından Etkisi (s.1383-1435), *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 14. (İflas)

ŞİT, Banu, Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 2005. (Kurumsal Tahkim)

ŞİT, Banu, Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları (s. 412-436.), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Cilt:25, Sayı:1-2, İstanbul, 2005-2006 https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99354 (Erişim Tarihi: 19.12.2019). (Tahkim Anlaşmasının Şekli)

TAN DEHMEN, Mine, Tahkim Öncesi Müzakere Ya Da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi (451-472), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Cilt:25, Sayı:1-2, İstanbul, 2011. https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99356 (Erişim Tarihi : 27.02.2020).

TARMAN, Zeynep Derya, Tahkim ve Gizlilik (305-328), *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.:7 S.:1, İstanbul, 2018. https://www.jurix.com.tr/article/19699 (Erişim Tarihi: 27.05.2020).

TARMAN, Zeynep Derya, İptal Edilmiş Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (123-138), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 90, 2010. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-90-640 (Erişim Tarihi: 18.01.2021).

TEKİN, Selin Ece, Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğe Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2019.

TOLKUŠINAS, Kasparas, Defective Arbitration Clauses in International Commercial Contracts, Mykolas Romeris Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Vilnius, 2010. https://talpykla.elaba.lt/elaba-fedora/objects/elaba:1878385/datastreams/MAIN/content (Erişim Tarihi: 02.03.2020)

TÖRE, Nazlı, Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri, Ankara, 2019.

TÜYSÜZ, Cemre, Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü (846-873), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Cilt:37, Sayı:2, İstanbul, 2017, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/412078 (Erişim Tarihi: 06.01.2020).

TWEEDDALE, Andrew / TWEEDDALE, Keren, Arbitration of Commercial Disputes International and English Law and Practice, New York, 2005.

USTINOV, Iurii, Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity (Danışman: Erik Vermeulen) Tilburg Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2019. http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142526 (Erişim Tarihi: 03.02.2020).

WILLEMS, Jane, The Arbitrator's Jurisdiction at Risk: The Case of Hybrid and Asymmetrical Arbitration Agreements (s. 403-416), The Powers and Duties of an Arbitrator, Liber Amicorum Pierre A. Karrer Ed. Patricia Shaughnessy, Sherlin Tung, Netherlands, 2017 http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3362746 (Erişim Tarihi: 07.08.2018).

YASAN, Candan, Milletlerarası Tahkimde Gizlilik (s. 777-806) , *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan*, İstanbul, 2011/1. http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2015/4/prof-dr-ata-sakmar-a-armagan-hukuk-fakultesi-53.pdf (Erişim Tarihi 17.01.2020).

YAVUZ, Cevdet, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul, 2009.

YENER KESKİN, Cansu, Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi, İstanbul, 2017.

YEŞİLIRMAK, **Ali**, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması, İstanbul, 2018. (ICC).

YEŞİLIRMAK, Ali, Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi? (205-228), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 96, 2011. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1140 (Erişim Tarihi: 21.08.2020) (Haciz).

YEŞİLOVA, Bilgehan, Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler (83-164), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 76, Ankara, 2008 http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-76-421 (Erişim Tarihi: 29.02.2020) (Tahkimin Niteliği)

YEŞİLOVA, **Bilgehan,** Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Yayınevi, 2008. (Mahkemelerin Yardımı)

YEŞİLOVA, Bilgehan, Tahkime Uygulanacak Hukuk (Lex Arbitri), Teorik Temelleri ve Düşündürdükleri (263- 349), *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD)*, C.:IV, S.:1, İstanbul, 2007. https://www.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk_dergi/IV-1.pdf (Erişim Tarihi: 13.03.2020). (Lex Arbitri)

YILMAZ, Baran, İsviçre Federal Mahkemesi'nin Tahkim Öncesi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Klozu'nun Bağlayıcılığı Konusundaki 7 Temmuz 2014 Tarihli Kararının Tercümesi (s. 261-284), *Uluslararası Ticaret Hukuku ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl: 2015, S. 2, İstanbul, 2015.

YUDISTIANA, Febie, The Extent To Which Hybrid Arbitration Clauses Apply To Advance Investor-State Arbitration In The International Centre For Settlement Of Investment Disputes (ICSID) (Danışman: Dorothy Kwagala-Igaga) , Kingston Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Londra, 2015.
https://www.academia.edu/36444661/The_Extent_to_Which_Hybrid_Arbitration_Clauses_Apply_to_Advance_Investor-State_Arbitration_In_The_ICSID.doc (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

ZENGİN, Burcu, Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu (129-153), *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.:12 S.:2, İstanbul, 2013. https://www.jurix.com.tr/article/3820 (Erişim Tarihi: 11.02.2020).

The Statutes Revised Edition, Vol II, William and Marry To Georhe III, A.D. 1688-1770 Londra, 1871. https://books.google.de/books?id=L7c0AQAAMAAJ&pg=PA70#v=onepage&q&f=false (Erişim tarihi: 06.08.2019).

Kanunname-i Ticaret ve Zeyilleri, Çev. **GÜRZUMAR, Fikri / GÜRZUMAR, Tekin / BERKİ, Ali Himmet,** Ankara, 1962.

"Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? II. Tahkim Haftası, Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997", Ankara, 1997.

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html

https://www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986/

https://www.jus.uio.no/lm/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981/1443.html

https://sccinstitute.com/media/37105/french_law_on_arbitration.pdf

http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2834&vm=2&re=02

https://www.unine.ch/files/live/sites/florence.guillaume/files/shared/publications/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents

https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994

https://sccinstitute.com/media/408924/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng.pdf

https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/Japan%20Arbitration%20Law.pdf

https://legalbank.net

http://lexpera.com.tr

https://www.mevzuat.gov.tr

http://www.newyorkconvention.org

https://www.nisanyansozluk.com

https://sozluk.gov.tr

http://www.resmigazete.org.tr

http://tahkim.barobirlik.org.tr

https://www.unine.ch

http://www.swissarbitrationdecisions.com

http://www.bailii.org

https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-5.pdf (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-8.pdf (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

https://indiankanoon.org

https://www.jpmiljonet.se/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=3896060&propId=1578 (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=2281406&propId=1578 (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

https://iapps.courts.state.ny.us/nyscef/DocumentList?docketId=Gftkcx2YMTLspkqIQKQkYQ==&display=all&courtType=New%20York%20County%20Supreme%20Court&resultsPageNum=6

https://www.allenovery.com/en-gb/global/news-and-insights/european-finance-litigation-review/southern-europe/first-spanish-court-ruling-upholding-validity-of-hybrid-dispute-resolution-clause (Erişim Tarihi: 31.07.2020).

http://neil-kaplan.com/wp-content/uploads/2013/08/China-State-Construction-Engineering-Corporate-Guangdong-Branch-v-Madiford-Ltd-HCA6563-of-1991.pdf (Erişim tarihi 29.08.2020).

http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201312/20131200432698.shtml (Erişim Tarihi 17.12.2020).