



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

MİLLETLERARASI TAHKİMDE TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİ VE “KOMPETENZ-KOMPETENZ” İLKESİ

Ahmet Onur ÇATAKLI

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2017

MİLLETLERARASI TAHKİMDE TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİ VE
“KOMPETENZ-KOMPETENZ” İLKESİ

Ahmet Onur ÇATAKLI

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2017

KABUL VE ONAY


Ahmet Onur ÇATAKLI tarafından hazırlanan "Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği ve 'Kompetenz-Kompetenz' İlkesi" başlıklı bu çalışma, 23.05.2017 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.



Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Başkan)



Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU (Danışman)



Prof. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Sibel BOZBEYOĞLU

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin/raporun tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kağıt ve elektronik kopyalarının Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

- Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.
- Tezim/Raporum sadece Hacettepe Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.
- Tezimin/Raporumun 3 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

23/05/2017



Ahmet Onur ÇATAKLI

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin/raporumun tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kâğıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinlerin yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

- Tezimin/Raporumun tamamı dünya çapında erişime açılabilir ve bir kısmı veya tamamının fotokopisi alınabilir.**

(Bu seçenikle teziniz arama motorlarında indekslenebilecek, daha sonra tezinizin erişim statüsünün değiştirilmesini talep etseniz ve kütüphane bu talebinizi yerine getirirse bile, teziniz arama motorlarının önbelleklerinde kalmaya devam edebilecektir)

- Tezimin/Raporumun 27/06/2020 tarihine kadar erişime açılmasını ve fotokopi alınmasını (İç Kapak, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) istemiyorum.**

(Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir, kaynak gösterilmek şartıyla bir kısmı veya tamamının fotokopisi alınabilir)

- Tezimin/Raporumun.....tarihine kadar erişime açılmasını istemiyorum ancak kaynak gösterilmek şartıyla bir kısmı veya tamamının fotokopisinin alınmasını onaylıyorum.**

- Serbest Seçenek/Yazarın Seçimi**

27/06/2017



Ahmet Onur ÇATAKLI

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu, Tez Danışmanım Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

Ahmet Onur ÇATAKLI

ÖZET

ÇATAKLI, Ahmet Onur. Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği ve “Kompetenz-Kompetenz” İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.

Tahkim anlaşması; farklı hukukî niteliği ve etkileri ile, maddî hukuka ait olan ve etkileri maddî hukuk sahasında görülen asıl sözleşmeden farklılaşan bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşme içerisindeki bir tahkim kaydı şeklinde düzenlenmesi de bu hukukî realiteyi değiştirmemektedir. İki sözleşme arasındaki bu farklılaşma; asıl sözleşmenin geçersiz olması veya sona ermesine rağmen tahkim anlaşmasının ayakta kalmasını sağlayan, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi; genel ve evrensel bir prensip hâline gelmiş olup, milletlerarası tahkim yargılaması açısından önemli işlevlere ve sonuçlara sahiptir. Ancak tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmelerine olanak tanıyan “Kompetenz-Kompetenz” ilkesine dayanak oluşturmaz. Başka bir deyişle, bu iki ilke, milletlerarası tahkimde birbirinden farklı ilkeler olarak görülmelidir. Bu çalışmanın ilk bölümünde, tahkim anlaşması irdelenmiştir. İkinci bölümde, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi incelenmiş ve ayrılabilirlik prensibinin anlamı, işlevleri ve hukukî niteliği ortaya konmuştur. Üçüncü bölümde ise, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin kapsamı etraflıca açıklandıktan sonra, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin, ayrılabilirlik prensibinin kapsamı içerisinde mütalaa edilip edilemeyeceği meselesi değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Ayrılabilirlik Prensibi, Kompetenz-Kompetenz, Milletlerarası Tahkim, Tahkim Anlaşması.

ABSTRACT

ÇATAKLI, Ahmet Onur. Separability of Arbitration Agreement and The Principle of “Kompetenz-Kompetenz” in International Arbitration, Master’s Thesis, Ankara, 2017.

With its legal character and its legal effects, arbitration agreement distincts from main (or underlying) contract which belongs to substantive law and whose effects are seen in substantive law area. The situation where arbitration agreement is formed as an arbitration clause in a main contract does not change this legal reality. This distinction between these two contracts leads to separability of arbitration agreement which enables arbitration agreement to survive even though main contract is invalid or terminated. The separability principle has become a general and universal principle and has essential functions and consequences for international arbitration. Nevertheless, separability principle does not constitute a legal basis of “Kompetenz-Kompetenz” rule which enables arbitrations to decide on their own jurisdiction. In other words, these two principles should be regarded as distinct from each other in international arbitration. In this study’s first part, arbitration agreement is scrutinized. In the second part, separability of arbitration agreement is examined and meaning, functions and legal character of separability principle are explained. In the third part, the issue whether “Kompetenz-Kompetenz” rule can be considered within the scope of separability principle is analyzed after the scope of separability of arbitration agreement is explained thoroughly.

Keynotes:

Separability Principle, Kompetenz-Kompetenz, International Arbitration, Arbitration Agreement.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
BİLDİRİM	ii
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI	iii
ETİK BEYAN	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR DİZİNİ	xi
GİRİŞ	1

1. BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASI

1.1. TAHKİM ANLAŞMASININ TANIMI VE UNSURLARI	3
1.1.1. Tahkim Anlaşmasının Tanımı	3
1.1.2. Tahkim Anlaşmasının Unsurları.....	4
1.1.2.1. Tahkim İradesi	5
1.1.2.2. Belirli Bir Hukukî İlişkiden Doğan veya Doğabilecek Uyuşmazlık	9
1.2. TAHKİM ANLAŞMASININ İŞLEVLERİ	15
1.2.1. Tarafların Tahkime İlişkin Rızasını Gösterme İşlevi	15
1.2.2. Hakemlerin Yetki Sınırını Belirleme İşlevi.....	20
1.2.3. Taraflara Tahkim Yoluna Başvurma ve Tahkime Katılma Konusunda Yükümlülük Yükleme İşlevi.....	21
1.3. TAHKİM ANLAŞMASININ ETKİLERİ	22
1.3.1. Tahkim Anlaşmasının Pozitif Etkisi.....	22
1.3.2. Tahkim Anlaşmasının Negatif Etkisi.....	23
1.4. TAHKİM ANLAŞMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ	25
1.4.1. Maddî Hukuk Sözleşmesi Görüşü	25
1.4.2. Usûl Hukuku Sözleşmesi Görüşü	26
1.4.3. Karma Sözleşme Görüşü	27
1.4.4. Çalışmamız Konusu Açısından Tahkim Anlaşmasının Niteliğinin Önemi	28
1.5. TAHKİM ANLAŞMASININ BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI	29
1.5.1. Hakem Sözleşmesi ve Tahkim Anlaşması.....	29
1.5.2. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesi ve Tahkim Anlaşması.....	31
1.5.3. Yetki Sözleşmesi ve Tahkim Anlaşması	32

1.6. TAHKİM ANLAŞMASININ ŞEKLİ	33
1.6.1. Asıl Sözleşme İçerisinde Bir Kayıt Olarak veya Müstakil Bir Sözleşme Olarak Düzenlenmesi Bakımından Tahkim Anlaşması.....	33
1.6.2. Genel Olarak Yazılılık Şartı	36
1.7. TAHKİM ANLAŞMASINA UYGULANACAK HUKUK	40
1.7.1. Tahkim Anlaşmasının Ulusal Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi	41
1.7.2. İptal Davası Aşamasında Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk	44
1.7.3. Hakem Kararının Tenfizi Aşamasında Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk	45
1.7.4. Hakem veya Hakem Heyeti Önünde Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukukun Tespit Edilmesi	45

2. BÖLÜM

GENEL OLARAK TAHKİM ANLAŞMASININ ASIL SÖZLEŞMEDEN AYRILABİLİRLİĞİ

2.1. ASIL SÖZLEŞME VE TAHKİM ANLAŞMASI AYRIMI.....	47
2.1.1. Genel Olarak	47
2.1.2. Tek Sözleşme ve İlişkili Sözleşme Görüşü	48
2.1.3. Tahkim Anlaşması ve Asıl Sözleşme Arasındaki İlişki	49
2.2. TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİNİN ANLAMI, SONUÇLARI VE İŞLEVLERİ.....	51
2.2.1. Terim Sorunu	51
2.2.2. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Anlamı	52
2.2.3. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Sonuçları	53
2.2.3.1. Asıl Sözleşmenin Geçersizliği veya Sona Ermesine Rağmen Hakemlerin Yetkilerinin Devam Etmesi.....	53
2.2.3.2. Tahkim Anlaşması ve Asıl Sözleşmenin Farklı Hukukî Rejimlere Tâbi Olabilmesi	55
2.2.4. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin İşlevleri	57
2.3. TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	59
2.3.1. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği ve Kısmî Hükümsüzlük	59
2.3.1.1. Genel Olarak Kısmî Hükümsüzlük Kavramı	59
2.3.1.2. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Kısmî Hükümsüzlük İle İlişkisi.....	61
2.3.2. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Pozitif Hukuk Düzenlemelerine Bağlı Olmaması	63
2.3.3. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Evrensel Bir Kural Olması.....	64

2.3.4. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Emredici Olmaması	67
2.4. TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİNİN DÜZENLENİŞİ VE UYGULANMASI	68
2.4.1. Uluslararası Hukuk Düzenlemelerinde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği	68
2.4.1.1. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonu (New York Konvansiyonu)	68
2.4.1.2. 21 Nisan 1961 Tarihli Milletlerarası Tahkime İlişkin Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu (Avrupa Konvansiyonu)	70
2.4.1.3. 13 Ocak 1975 Tarihli Uluslararası Ticarî Tahkime İlişkin Amerika Konvansiyonu (Panama Konvansiyonu).....	71
2.4.1.4. Milletlerarası Ticarî Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanun (Model Kanun).....	72
2.4.2. Ulusal Hukuk Düzenlerinde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği	74
2.4.2.1. Türk Hukuku.....	74
2.4.2.2. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Hukuku.....	77
2.4.2.3. İngiliz Hukuku	78
2.4.2.4. Fransız Hukuku.....	81
2.4.2.5. İsviçre Hukuku.....	82
2.4.2.6. Alman Hukuku.....	84
2.4.2.7. Çin Hukuku.....	85
2.4.3. Milletlerarası Tahkim Kurallarında Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği .	87
2.4.3.1. UNCITRAL Tahkim Kuralları	87
2.4.3.2. Kurumsal Tahkim Kuralları	87
2.4.4. Yatırım ve İmtiyaz Sözleşmeleri Açısından Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği Prensibi	89

3. BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİNİN KAPSAMI VE “KOMPETENZ-KOMPETENZ” İLKESİ

3.1. TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİNİN KAPSAMI VE SINIRLARI	93
3.1.1. Asıl Sözleşmenin Geçersizliği (Hükümsüzlüğü) Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği	93
3.1.1.1. Genel Olarak	93
3.1.1.2. Asıl Sözleşmenin Kesin Hükümsüz veya İptal Edilebilir Olması	95
3.1.2. Asıl Sözleşmenin Yokluğu Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği.	97
3.1.3. Asıl Sözleşmenin Şarta Bağlılığı	101

3.1.4. Asıl Sözleşmenin Sona Ermesi	102
3.1.5. Asıl Sözleşmeye Yönelik Hukuk Seçimi.....	105
3.1.6. Asıl Sözleşmenin Hukuka Aykırılığı ve Tahkime Elverişlilik	107
3.1.7. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği ve Asıl Sözleşme ile Tahkim Anlaşması Arasındaki İlişki.....	110
3.2. TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİ VE “KOMPETENZ- KOMPETENZ” İLKESİ	111
3.2.1. Genel Olarak “Kompetenz-Kompetenz” İlkesi	111
3.2.2. “Kompetenz-Kompetenz” İlkesinin Etkileri.....	113
3.2.3. “Kompetenz-Kompetenz” İlkesinin Özellikleri	116
3.2.3.1. “Kompetenz-Kompetenz” İlkesi Emredici Bir İlkedir	116
3.2.3.2. “Kompetenz-Kompetenz” İlkesi Hakemlere Geçici Bir Yetki Tanır	117
3.2.3.3. “Kompetenz-Kompetenz” İlkesi Evrensel Bir İlkedir	119
3.2.4. “Kompetenz-Kompetenz” İlkesinin Hukukî Dayanağı	122
3.2.5. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Kapsamı ve “Kompetenz- Kompetenz” İlkesi Arasındaki İlişki	124
SONUÇ	127
KAYNAKÇA	128
EK 1: KARARLAR LİSTESİ	142
EK 2: ETİK KURUL İZİNİ MUAFİYET FORMU.....	147
EK 3: ORJİNALLİK RAPORU	148

KISALTMALAR DİZİNİ

AAA	: American Arbitration Association
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divânı
Abs.	: Absatz
AC	: Appeal Cases
Alm.	: Almanca
Art.	: Article
b.	: Bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
bknz.	: Bakınız
BörsG.	: Börsengesetz
C.	: Cilt
c.	: Cümle
DAC	: Departmental Advisory Committee
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EWHC	: England and Wales High Court
f.	: Fıkra
FAA	: Federal Arbitration Act
FIFA	: Dünya Futbol Federasyonu
GAFTA	: Grain and Feed Trade Association
GÜHD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce

ICCA	: International Congress and Convention Association
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
IPRG	: Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
İng.	: İngilizce
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
Lat.	: Latince
LCIA	: London Court of International Arbitration
Lloyd's Rep.	: Lloyd's Law Reports
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
NCPC	: Nouveau Code de Procedure Civile
OGH	: Oberster Gerichtshof Österreich
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht
özPO	: Österreichische Zivilprozessordnung
para.	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichgerichts
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SchiedsVZ	: Zeitschrift für Schiedsverfahren
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UAA	: Uniform Arbitration Act

UNCITRAL	: Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
V.	: Volume
v.	: Versus
vb.	: ...ve benzeri
vd.	: ...ve devamı
WBR	: Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
www	: world wide web
YBCA	: Yearbook of Commercial Arbitration
ZPO	: Zivilprozessordnung

GİRİŞ

Günümüzde mesafelerin önemi gün geçtikçe azalmakta ve ticaret dünyası için sınırlar ortadan kalkmaktadır. Uluslararası ticaret gün geçtikçe gelişmekte ve ticaret dünyasını saran sosyal, ekonomik ve hukukî ilişkiler bu gelişmeye paralel olarak çeşitlenmekte ve karmaşıklaşmaktadır. Ticarî ve dolayısıyla hukukî ilişkilerin karmaşıklaşması ve sınır aşan duruma gelmesiyle birlikte, uyuşmazlıkların tarafsız ve bağımsız merciler tarafından etkin ve hızlı bir şekilde çözülmesi gereği ortaya çıkmıştır. Ticarî hayatta uyuşmazlıkların etkin ve hızlı bir şekilde ve tarafsız kişiler tarafından çözülmesi yönündeki beklenti, milletlerarası tahkimin gelişmesini ve uyuşmazlıkların çözümü için etkin hâle gelmesini sağlamıştır.

Milletlerarası tahkimin gelişebilmesi için ise, tahkim yargılamasına hayat veren ve tahkim yargılamasının temeli ve dayanağını oluşturan tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ve etkinliğinin sağlanması elzemdir. Taraflar arasındaki temel ilişkinin, tahkim anlaşmasına olan etkisi de bu kapsamda düşünülecektir. Taraflar arasındaki temel ilişkiyi düzenleyen ve bu çalışmada asıl sözleşme olarak isimlendirilen sözleşmenin geçersizliği veya sona ermesi gibi durumlardan tahkim anlaşmasının da etkilenip etkilenmeyeceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Uyuşmazlıkların tahkim yargılaması yoluyla ve etkin bir şekilde çözülmesi yönündeki beklenti sayesinde, bu sorun ele alınmış ve tahkim anlaşmasını asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak gören ve tahkim anlaşmasının asıl sözleşmenin hukukî akibetinden etkilenmemesini amaçlayan tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi ortaya çıkmıştır. Bu meseleye ilişkin sorunlar ise, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibini ortaya koyan ayrılabilirlik doktrini (*separability doctrine*) çerçevesinde ele alınmıştır.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce pozitif hukuk düzenlemelerimizde yer almamaktaydı. Bu sebeple olmalı ki, Türk hukukunda, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibine ilişkin meseleler doktrinde ve yargı kararlarında etraflıca ve tüm yönleriyle tartışılmış değildir. Bu sebeple, çalışma kapsamında değinilen birçok mahkeme kararı yabancı menşelidir.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin detaylı bir incelemeye tâbi tutulması için, yabancı literatürün kapsamlı bir şekilde tetkiki de zaruri hâle gelmiştir.

Birinci bölümde, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin doğru bir şekilde ve etraflıca tartışılabilmesini sağlamak amacıyla, tahkim anlaşması genel itibariyle incelenmiştir. Tahkim anlaşmasının unsurları, fonksiyonları ve etkileri gibi hususlar ortaya konmuştur. Böylece çalışma kapsamında; unsurları, etkileri, işlevleri ve hukukî niteliği ile birlikte tahkim anlaşmasının, taraflar arasındaki temel ilişkiyi düzenleyen sözleşmeden farklılaştığı görülebilecektir.

İkinci bölümde ise, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin anlamı, amacı ve hukukî niteliği gibi meseleler etraflıca ele alınmıştır. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi evrensel bir prensip ve genel bir ilke hâline gelse de, bu prensibin pozitif hukukta nasıl düzenlendiği ve bu düzenlemelerin nasıl uygulandığı yine bu bölümde değerlendirilmiştir.

Ayrıca tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ile “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi pozitif hukuk düzenlemelerinin birçoğunda birlikte düzenlenmiş ve doktrinde de bu iki prensip birlikte ele alınmıştır. Bu durum da, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ile birlikte, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin de incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Çalışma kapsamında da bu eğilime uyulmuştur. Bu doğrultuda, bu ilke ve tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi arasındaki ilişki, üçüncü bölümde ayrılabilirlik prensibinin kapsamı ortaya konduktan sonra irdelenmiştir.

1. BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASI

1.1. TAHKİM ANLAŞMASININ TANIMI VE UNSURLARI

1.1.1. Tahkim Anlaşmasının Tanımı

Doktrinde yer alan bir tanıma göre; tarafların, aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlığın çözümünü hakem ismi verilen bir veya birkaç kişiye bırakmak ve uyuşmazlığın onlar tarafından çözümü hususunda üzerlerine düşeni yapmak konusunda yaptıkları anlaşma, tahkim anlaşmasını ifade etmektedir¹. Bir başka tanıma göre ise; tahkim anlaşması, tahkim yolu ile çözülmeye elverişli olan uyuşmazlıkların hakem kararıyla sonuçlandırılmasını amaçlayan sözleşmedir². Tahkim anlaşması, esas itibariyle doktrinde benzer şekillerde tanımlanmış olup, genel olarak ve kısaca, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda akdedilen anlaşma şeklinde târif edilebilmektedir³.

Tahkim anlaşmasının yalnızca öğretilerde tanımlanmış olduğunu iddia etmek ise, isabetli olmayacaktır. Tahkim anlaşması gerek ulusal gerek uluslararası pozitif hukuk düzenlemelerinde de tanımlanmıştır. Örneğin; İngiliz Tahkim Kanunu⁴ (*English Arbitration Act*) m. 6, Alman Medenî Usûl Kanunu⁵ (*Zivilprozessordnung-ZPO*) m. 1029, Avusturya Medenî Usûl Kanunu⁶ (*Österreichische Zivilprozessordnung-öZPO*) m. 581 gibi ulusal düzeydeki hukukî normlarda tahkim anlaşmasının tanımını

¹ **Kalpsüz**, Turgut, “Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, 2003, s.1028, (*Tahkim Anlaşması*).

² **Taşkın**, Alim, Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2000, s. 7.

³ **Born**, Gary, International Commercial Arbitration, Second Edition, Vol. 1, London, 2014, s. 240.

⁴ İngiliz Tahkim Kanunu metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, (son erişim tarihi: 15/01/2017).

⁵ Alman Medenî Usûl Kanunu metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>, (son erişim tarihi: 15/01/2017).

⁶ Avusturya Medenî Usûl Kanunu metni için bkz. <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699>, (son erişim tarihi: 15/01/2017).

görebilmek mümkündür. Uluslararası hukukî metinlerde de tahkim anlaşması kavramı, ulusal kanunlarda bulunan tanımlara benzer şekillerde ve fazla detaylandırılmadan tanımlanmış bulunmaktadır⁷.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁸ da tahkim anlaşmasını, “*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 târif etmektedir (MTK m. 4/ f.1/ c.1). Benzer tanım, iç tahkimi düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda⁹ da yer almaktadır (m. 412/ f. 1).

1.1.2. Tahkim Anlaşmasının Unsurları

Tahkim anlaşmasına dair tanımlar göz önünde bulundurulduğunda, taraflar arasında halli gereken (veya gerekecek) uyuşmazlığın ve tarafların tahkim yoluna başvurmak konusundaki irade beyanlarının, tahkim anlaşmasının zorunlu unsurları olduğu söylenebilir¹⁰. Bu doğrultuda, tarafların tahkim iradesi ve belirli bir hukukî ilişkiden doğmuş olan veya doğabilecek uyuşmazlık, tahkim anlaşmasının unsurları olarak değerlendirilmiş ve inceleme konusu yapılmıştır.

⁷ **Born**, s. 242. Ayrıca bkz. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından Uluslararası Ticarî Tahkim Hakkında Hazırlanan Model Kanun m. 7. UNCITRAL Model Kanun metni için bkz.

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, (son erişim tarihi: 15/01/2017). 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu (New York Konvansiyonu) m. II’de de her ne kadar tahkim anlaşması açıkça tanımlanmamış olsa da, tahkim anlaşmasından ne anlamamız gerektiği açıkça ortaya konulmuştur. New York Konvansiyonu metni için bkz.

<http://www.newyorkconvention.org/new+york+convention+texts>, (son erişim tarihi: 15/01/2017).

⁸ RG (Resmî Gazete) 05/07/2001-24453.

⁹ RG. 4/12/2011-27836. HMK’da MTK’dan farklı olarak “tahkim anlaşması” yerine “tahkim sözleşmesi” terimi kullanılmıştır. HMK’da “tahkim sözleşmesi” ifadesinin kullanılmasının sebebi, yetki sözleşmesi ve delil sözleşmesi gibi terimlerle uyumlu terim kullanılmasının amaçlanmasıdır: **Pekcantez**, Hakan, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümleri”, ICC IX. Milletlerarası Tahkim Semineri (Ankara, 19 Nisan 2011), Ankara, 2011, s. 68.

¹⁰ Aynı yönde bkz. **Karadaş**, İzzet, 6100 Sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal İç Tahkim, Ankara, 2013, s. 72. Ayrıca bkz. **Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2016, s. 93-113.

1.1.2.1. Tahkim İradesi

Sözleşme kavramı, birbirine uygun irade açıklamalarının değişiminden ibaret olup; sözleşmeler tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulmaktadır¹¹. Tahkim anlaşması da diğer tüm sözleşmeler gibi, ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulabilir¹². Böylece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının mevcudiyeti, tahkim anlaşmasının kurulması için mutlak surette gerekli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Nitekim Roma Hukuku'nda da tahkim anlaşmasının (*compromissum*) kurulması hususunda, tarafların karşılıklı rızaları olmazsa olmaz bir unsur olarak kabul edilmekteydi¹³. Böylelikle tahkim anlaşmasının kurulması ile ilgili olarak, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun rızalarının mevcut olma zorunluluğunun tarihsel bir kökeni olduğunu da belirtmek isabetli olacaktır.

Tahkim anlaşmasında, uyuşmazlığın hakemde çözüleceği hususunun, taraflarca yeterince açık ve kesin bir şekilde kararlaştırılması lazımdır ve uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözüme yönündeki taraf iradeleri ile ilgili herhangi bir şüphenin olmaması gerekmektedir¹⁴. Uyuşmazlıkların devlet yargısında yapılan bir yargılama ile çözülmesi esas olup, tahkim yargılaması istinaî bir yoldur. Bu sebeple, tarafların uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmek konusunda yeterince açık ve kesin iradeleri olmazsa, istinaî bir yargılama yolu olan tahkim yargılaması söz konusu olamaz. Tarafların iradelerinin yeterince açık ve kesin olmadığı durumda ise; uyuşmazlıkların hakem veya hakem

¹¹ **Eren**, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016, s. 166.

¹² **Şanlı**, Cemal, Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2016, s. 415; **Akıncı**, s. 93; **Esen**, Emre, Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul, 2008, s. 32, (*Teşmil*). Ayrıca bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2014/3330, K. 2014/467: “*Tahkim sözleşmesi veya şartının temel kurucu unsuru da uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceğine ilişkin irade açıklamasıdır.*” Bahse konu karar için bkz. www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

¹³ **Söğüt**, İpek Sevda, Roma Hukukunda Tahkim, İstanbul, 2011, s. 105.

¹⁴ **Yavuz**, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tâbi Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu Tahkim (İstanbul, 14 Şubat 2009), İstanbul, 2009, s. 150; **Akıncı**, s. 100; **Esen**, Teşmil, s. 32.

heyeti önünde değil, yetkili devlet mahkemelerinde çözülmesi gerekir¹⁵. Nitekim Yargıtay'ın konu ile ilgili görüşü de, genel kuralın uyuşmazlıkların mahkeme önünde çözülmesi olduğundan hareketle, tarafların tahkim iradelerinin açık ve kesin olmaması durumunda, hukuken mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edilemeyeceği ve bu durumda uyuşmazlığın tahkim yolu yerine devlet mahkemeleri aracılığıyla çözülmesi gerektiği yönündedir¹⁶. Her ne kadar UNCITRAL Tarafından Uluslararası Ticarî Tahkim Hakkında Hazırlanan Model Kanun (Model Kanun) ve Türk pozitif hukuk düzenlemelerinde, tarafların tahkime dair irade beyanlarının açık ve kesin olmasını gerektiren bir hüküm bulunmasa da, tahkim anlaşmasında tahkim yolunun yeterince açık ve kesin olarak kararlaştırılması gerektiği sonucu, işin mahiyetinden, çıkmaktadır¹⁷.

Tahkime ilişkin rızanın yeterince açık ve kesin olması gerektiği hususunun vurgulanmasına karşın, tahkime ilişkin rızanın zımnen de verilip verilemeyeceğine ilişkin meselenin incelenmesi de gerekir. Bu noktada, farazi irade beyanı ile örtülü irade beyanı arasında ayırım yapmak uygun olacaktır. Farazi irade beyanında, tahmini şekilde bir irade beyanının bir kişiye atfedilmesi söz konusu olurken; zımni irade beyanında, beyanda bulunma arzusu açık olmayıp, ancak beyanın yapıldığı andaki hâl ve şartlara göre belirlenebilir durumdadır. Tahkim anlaşmasının ise, farazi irade beyanı ile, başka bir deyişle tarafların iradelerinin varsayılması suretiyle kurulması mümkün olmayacaktır¹⁸. Zira farazi irade beyanında uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi

¹⁵ **Karadaş**, s. 68; **Şanlı**, s. 416; **Redfern**, Alan/ **Hunter**, Martin/ **Blackaby**, Nigel/ **Partasides**, Constantine (**Redfern/Hunter**), Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration, 2009, s. 108; **Dayınlarlı**, Kemal, HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim, Ankara, 2004, s. 31.

¹⁶ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2016/1133, K. 2016/1445: “Geçerli bir tahkim şartı ya da anlaşmasından söz edebilmek için tarafların tahkim iradeleri, karışıklığa yer vermeyecek biçimde açık ve kesin olarak belirtilmelidir. Kural olarak bir uyuşmazlığın çözümlenmesi görevi yetkili mahkemelere ait olduğundan tahkim iradesinin açık ve kesin olmaması hâlinde tahkim şartı ya da anlaşması geçersiz olur.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2015/2198, K. 2015/2758: “Kural olarak bir uyuşmazlığın çözümlenmesi görevi yetkili mahkemelere ait olduğundan tahkim iradesinin açık ve kesin olmaması hâlinde tahkim şartı ya da anlaşması geçersiz olur.” Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2010/4198, K. 2010/4827. Bahse konu kararlar için bkz. www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

¹⁷ **Kalpsüz**, Turgut, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (18-19 Mart 1996), Ankara, 1996, s. 346, (İnşaat Sözleşmeleri).

¹⁸ **Esen**, Teşmil, s. 21.

yönündeki taraf iradelerinin yeterince açık ve kesin bir şekilde ortaya konduğu söylenemez.

Tahkimin istinaî karakterinden dolayı, tahkim anlaşmasının farazi irade beyanı, yani tarafların iradelerinin varsayılması suretiyle kurulması mümkün olmamakla birlikte, tahkimin temelini teşkil eden rızanın tereddüde yer bırakmamak kaydıyla zımnen verilmesinin mümkün olduğunu da söylemek gerekir¹⁹. Her ne kadar bir görüşe göre; tahkim anlaşmasının mahiyeti ve önemi gereği zımnî irade beyanı ile kurulması hiçbir şekilde mümkün olmasa²⁰ da, tahkim anlaşmasının bazı durumlarda zımnî irade beyanı ile kurulabilmesine imkân tanınması dürüstlük kuralının bir gereğidir²¹.

Nitekim Model Kanun m. 7/ f. 5 hükmünde olduğu gibi, MTK m. 4/ f. 2/ c. 2’de, dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması, tahkim anlaşmasının kurulması için yeterli sayılmıştır²². Bu doğrultuda, susma hâline sonuç bağlandığında susma hâli zımnî irade beyanı sayıldığına²³ göre; pozitif hukuk düzenlemeleri tarafından, tahkim anlaşmasının zımnî irade beyanı ile kurulmasına imkân tanındığı sonucuna ulaşılmaktadır. Doktrinde de; dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine, cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması hâlinde, tahkim anlaşmasının davalının zımnî irade beyanı ile kurulmuş olduğu ifade edilmektedir²⁴.

Örtülü (zımnî) irade beyanının başında susma hâli gelse de açık olmayan her türlü irade beyanı, örtülü irade beyanı olarak düşünülmelidir²⁵. Bu çerçevede, öğretide, tarafların tahkim anlaşması teklifine karşılık olarak hakemlerini seçmeleri ve tahkim yargılaması

¹⁹ **Esen**, Teşmil, s. 33.

²⁰ **Ceylan**, Nurgül, “Tahkim Şartının Geçerliliği”, Legal Hukuk Dergisi, C. 13, Sa. 150, 2015, s. 82.

²¹ **Şanlı**, s. 426 vd.

²² Ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 1996/3621, K. 1996/4800: “(...) somut olayda taraf hakemlerinin 3. Hakemi seçememeleri üzerine açılan bu davada davalı taraf cevap süresi içerisinde bu talebe karşı çıkmamış aksine, ilk oturumda davaya karşı diyecekleri olmadığını açıklayarak tahkim iradesinin geçerli ve var olduğunu benimsemiş bulunmaktadır. Davalı tarafın daha sonraki itirazına ise davacı vekili 13.3.1996 tarihli dilekçesiyle muvafakat etmemiştir.” Bahse konu karar için bkz. www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

²³ **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2014, s. 146-147.

²⁴ **Ekşi**, Nuray, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul, 2010, s. 60-61, (*Incorporation*).

²⁵ **Eren**, s. 135-136; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 144 vd.

sürecinde yer alması durumunda da tahkim anlaşmasına zımnen rıza gösterdiği ileri sürülmektedir²⁶. Bu doğrultuda Yargıtay da; davacı tarafın teleksle hakemi tayin ve tespit etmesi üzerine, davalı tarafın yine aynı yolla bu hakemi kabul ettiğini cevaben bildirmesi ve temsilcisi vasıtasıyla tahkim yargılamasına iştirak etmesi hâlinde tahkim anlaşmasının zımnen kurulmuş olduğuna karar vermiştir²⁷. Gerçekten de aksinin kabulünün, dürüstlük kuralı ile de bağdaşacağı söylenemez.

Bununla birlikte, tarafların açık bir kabul beyanında bulunmaksızın maddî ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdikleri hâlde tahkim anlaşmasının zımnen kurulup kurulamayacağı ise, bu çalışmanın konusu ile yakından ilgilidir²⁸. Tahkim anlaşması ile asıl sözleşmenin, hukuken birbirinden ayrı olması dolayısıyla, tahkim şartı ihtiva eden asıl sözleşmeye yönelik ifa hareketleri, tahkim anlaşmasına da rıza verildiği anlamına gelmemektedir²⁹. Bu durumda, maddî hukuk sözleşmesine dönük ifayı, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için akdedilen tahkim anlaşmasına teşmil etmek doğru olmayacaktır. Çünkü tahkim anlaşmasına yönelik herhangi bir ifa hareketi yoktur³⁰. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin bir kararında da, satıcı Bulgar şirketi ile alıcı Türk şirketi arasındaki borçlar hukuku sözleşmesi, Türk şirketinin temsile yetkili olmayan bir ortağı tarafından akdedilmiş olmasına rağmen, ifa sebebiyle geçerli kabul edilmiştir. Sözleşmedeki tahkim kaydı ise, asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilmiş

²⁶ **Redfern/Hunter**, s. 91; **Esen**, Teşmil, s. 32.

²⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E.1979/3855, K. 1979/4351: “*Davacı tarafın teleksle hakemi tayin ve tespit etmesi üzerine davalı taraf yine aynı yolla tayin edilen bu hakemi kabul ettiğini cevaben bildirmiş ve hakem nezdindeki davayı da taraf temsilcileri takip ve imzalı dilekçeler vermiş olmalarına nazaran tahkimnamenin mevcut olmadığına ilişkin temyiz itirazı yerinde görülmemiştir.* Bahse konu karar için bknz. www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

²⁸ **Yeşilova**, s. 273-274.

²⁹ **Esen**, Teşmil, s. 33.

³⁰ **Şanlı**, s. 426-427; **Yeşilova**, Bilgehan, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Nihai Kararlardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İstanbul, 2008, s. 274 vd. *Karş.* Doktrinde bir diğer görüşe göre; taraflarca tahkim kaydının yer aldığı sözleşmedeki edimlerin ifası durumunda, tahkim kaydının ayrı olarak değerlendirilmesi ticarî hayatın gerçekleri ile uyuşmamaktadır. Bu durumda tarafların tahkim anlaşmasına da zımnen rıza gösterdiği sonucuna ulaşmak gerekir: **Kaplan**, Neil, “In the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?”, *Arbitration International*, Vol. 12, No.1, 1996, s. 33. Konuyla ilgili farklı yaklaşımlar için ayrıca bknz. **Born**, s. 685.

ve tahkim kaydına yönelik herhangi bir ifâ hareketi olmadığından tahkim anlaşması geçerli sayılmamıştır³¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, tahkime ilişkin rızanın zımnî ortaya konması hâli, tahkim anlaşmasının şekli meselesinden bağımsız olarak düşünülmemelidir. Zira tahkime ilişkin rızanın örtülü olarak verileceğini kabul etsek dahi, tahkim anlaşmasına ilişkin olarak öngörülen şekil şartlarına riayet edilip edilmediği gündeme gelebilecektir³².

1.1.2.2. Belirli Bir Hukukî İlişkiden Doğan veya Doğabilecek Uyuşmazlık

Tahkim anlaşması, doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığın, tarafların seçtikleri özel kişi veya kişilerce çözülmesine yönelik bir anlaşma olduğuna göre, belirli bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık da tahkim anlaşmasının bir diğer unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öncelikle, tahkim anlaşması akdedilirken, tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlığın ait olduğu hukukî ilişkinin belirlenebilir olması gerekmekte olup; bu husus, milletlerarası ticarî tahkimin genel bir ilkesidir³³ ve Model Kanun m. 7 hükmünde de ifade edilmiştir. Tahkim anlaşması yapılırken tahkim anlaşmasına konu hukukî ilişkinin belirli olmasının gerekliliği; tahkimin istinaî bir yargılama yolu olup, asıl olanın genel mahkemelerin yetkisi olmasından kaynaklanmaktadır³⁴. Eğer tahkim, devlet yargısına istisna teşkil eden bir müessese ise, istinaî müessesenin yetkilerinin ve sınırlarının da tahkim anlaşması ile çizilmiş olması gerekmektedir. Bunun için de hukukî ilişkinin belirli olması zorunlu olacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan

³¹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 1995/9108, K. 1995/9685, (naklen) **Şanlı**, s. 424.

³² Şekil kurallarının, tahkim anlaşmasının zımnî (*tacitly*) kurulmasına engel olup olmayacağına yönelik tartışmalar için ayrıca bkz. **Kaplan**, s. 33 vd. Şekil şartının yerine getirilmemiş olmasına rağmen, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ilkeleri yardımıyla, tahkim anlaşmalarının geçerli sayılabileceği yönünde bkz. **Yeşilova**, s. 276.

³³ **Born**, s. 294.

³⁴ **Karadaş**, s. 43; **Akıncı**, s. 111; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, VI. Cilt, İstanbul, 2001, s. 4009, (*VI. Cilt*); **Redfern/Hunter**, s. 95; **Göksu**, Tarkan, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich, 2013, s. 154; **Lionnet**, Klaus/ **Lionnet**, Annette, Handbuch der Internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Mörlenbach, 2005, s. 153-154; **Yeğengil**, Rasih, Tahkim (L'Arbitrage), İstanbul, 1974, s. 137.

tahkim anlaşması tanımının lafzında da taraflar arasında mevcut bir hukukî ilişkinin bulunması gerekliliği göze çarpmaktadır. Zira MTK, tahkim anlaşmasını “*mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma*” şeklinde tanımlamaktadır³⁵.

Tarafların, aralarındaki herhangi bir hukukî ilişki belli olmaksızın tahkim anlaşması akdedebilmesi mümkün görünmemektedir. Bu yüzden, “*gelecekte doğacak yükümlülüklerden doğacak tüm uyuşmazlıklar*” gibi ifadeler ihtiva eden ve hukukî ilişkinin belirlenebilir olmadığı bu tür tahkim anlaşmalarının akdedilmesi mümkün değildir³⁶. Belli bir sözleşme ilişkisinden doğabilecek uyuşmazlıklar için tahkim yolu öngören bir tahkim anlaşması açısından ise, hukukî ilişkinin mevcut ve belirlenebilir olduğu söylenebilir³⁷. Bu bağlamda, bir sözleşme içerisinde yer alan ve o sözleşmenin getireceği hukukî ilişkiden kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözümünü hedefleyen tahkim anlaşması, hukukî ilişkinin belirlenebilir olmaması gibi bir sebeple geçersiz sayılmayacaktır. Zira hukukî ilişki belirlenebilir durumdadır ve sınırları sözleşme ilişkisi çerçevesinde çizilmiştir.

Hukukî ilişkinin mevcut ve belirli olması ile uyuşmazlığın mevcut ve belirli olmasının aynı olmadığını belirtmek gerekir. Bu doğrultuda, mevcut ve belirlenebilir olması zorunlu olan husus hukukî ilişki olup, tahkim yargılamasına konu olacak uyuşmazlığın belirli veya mevcut olması zorunlu olmamaktadır³⁸. Model Kanun m. 7 hükmünde olduğu gibi, Türk hukukunda da tahkim anlaşmasının uyuşmazlık doğmadan önce ve sonra akdedilebilmesine inkân tanınmakta ve MTK m. 4/ f. 1 hükmü de “*mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar*” lafzını barındırmaktadır.

³⁵ Esasen Kanun’un lafzı eleştirilmekte, “mevcut” sözcüğü yerine “belli” bir hukukî ilişkiden bahsedilmiş olsa daha isabetli olabileceği belirtilmektedir: Bknz. **Kalpsüz**, Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2010, s. 37, (*Tahkim*).

³⁶ **Deren-Yıldırım**, Nervis, Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul, 2004, s. 37; **Rosenberg**, Leo/ **Schwab**, Karl H./ **Gottwald**, Peter, Zivilprozessrecht, München, 2010, s. 1030,

³⁷ **Kalpsüz**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 347; **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder/ **Taşpınar Ayvaz**, Sema, Medenî Usûl Hukuku, Ankara, 2016, s. 767.

³⁸ **Schwab**, Karl H./ **Walter**, Gerhard, Schiedsgerichtsbarkeit: Kommentar, München, 2005, s. 24; **Akıncı**, s. 105-106; **Tweedale**, Andrew/ **Tweedale**, Karen, Arbitration of Commercial Disputes International and English Law and Practice, Oxford, 2007, s. 98.

Alman³⁹ ve İsviçre⁴⁰ hukuk düzenlerinde de tahkim anlaşmasının mevcut veya gelecekte doğması muhtemel uyuşmazlıklar için yapılabilmesi mümkün kabul edilmektedir.

Bazı hukuk sistemlerinde ise; henüz doğmamış uyuşmazlıklar için yapılan tahkim anlaşmalarına pek sıcak bakılmadığı da gözlenmektedir. Latin Amerika ülkelerinde her ne kadar bu anlayıştan uluslararası düzenlemeler ve ulusal reformlar sayesinde uzaklaşmaya başlanmış olsa da; uyuşmazlık doğmadan önce yapılan tahkim anlaşmalarına kuşkuyla yaklaşılmaya devam edilmekte ve bölgedeki bazı ülkelerde açıkça bu tür tahkim anlaşmaları halen geçersiz kabul edilmektedir⁴¹. Örneğin, çeşitli reform önerilerine rağmen, Arjantin hukukunda, uyuşmazlık doğmadan önce yapılan tahkim anlaşmaları, tahkim yargılaması için yeterli kabul edilmemektedir. Arjantin hukukunda, tarafların, ayrıca uyuşmazlık doğduktan sonra mutlaka tahkime tevdi anlaşması yapması gerekmektedir⁴². Benzer bir düzenleme, farklı bir şekilde Uruguay'da da söz konusudur⁴³. Brezilya hukukunda yapılan reformlar neticesinde artık uyuşmazlık doğmadan önce akdedilen tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmekle birlikte; uygulamada uyuşmazlık doğmadan önce yapılan tahkim anlaşmalarının detaylı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi hâlde, tarafların, uyuşmazlığın vukuundan

³⁹ **Frank**, Christian, *Der Durchgriff in Schiedsvertrag*, Berlin, 2000, s. 102; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 1035.

⁴⁰ **Bucher**, Andreas/ **Tschanz**, Pierre-Yvens, *International Arbitration in Switzerland*, Frankfurt am Main, 1989, s. 40.

⁴¹ **Blackaby**, Nigel/ **Lindsey**, David M./ **Spinillo**, Alessandro, *International Arbitration in Latin America*, New York, 2002, s. 4. Bununla birlikte, Panama Konvansiyonu başta olmak üzere, uyuşmazlık doğduktan sonra ve doğmadan evvel yapılan tahkim anlaşmaları arasında fark gözetmeyen uluslararası düzenlemeler sebebiyle, milletlerarası tahkime olan yaklaşım iç tahkime olan yaklaşımdan farklı olmaktadır. Bu itibarla milletlerarası tahkimde daha esnek çözümler uygulamada kabul edilmektedir: Bknz. **Blackaby/Lindsey/Spinillo**, s. 4-6, 28-29.

⁴² **Blackaby/Lindsey/Spinillo**, s. 8, 31 vd.; **Tawil**, Guido S., "Argentina", *International Handbook on Commercial Arbitration*, Ed. Paulson, Jan, Kluwer Law International, 2014, s. 6. Ayrıca bknz. Arjantin Medenî Yargılama Usûlü Kanunu m. 739-741. Bahse konu hüküm, tahkim yerinin Arjantin dışında olması hâlinde uygulanmaz ve tarafların uyuşmazlık doğmadan önce akdettikleri tahkim anlaşması yeterlidir: **Tawil**, s. 6. Arjantin Medenî Usûlü Kanunu metni için bknz. http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=288457, (son erişim tarihi: 15/01/2017). Uyuşmazlık doğduktan sonra, uyuşmazlığın tahkime taşınmasını teminen akdedilen tahkim anlaşmasına "tahkime tevdi anlaşması" (*submission agreement*) denilmektedir: **Tweedale/Tweedale**, s. 98.

⁴³ Uruguay Medenî Yargılama Kanunu m. 477-478 hükümlerine göre, her tahkim yargılaması için tahkime tevdi anlaşmasının akdedilmesi gerekmektedir. Uyuşmazlık doğmadan önce tahkim anlaşmasının akdedilmesine rağmen, taraflardan birinin tahkime tevdi anlaşması akdetmekten kaçınması hâlinde ise; diğer taraf, mahkemeye başvurmak suretiyle tahkime tevdi anlaşmasının akdedilmesi yönünde zorlayıcı bir karar alabilir. Uruguay Medenî Usûlü Kanunu metni için bknz. http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=194500, (son erişim tarihi: 15/01/2017).

sonra tahkime tevdi anlaşması akdetmeleri zorunlu olmaktadır⁴⁴. Görüldüğü üzere, Latin Amerika ülkelerinde uyuşmazlık doğmadan önce tahkim anlaşması akdedilmesine yönelik olumsuz bir tutuma rastlanmaktadır. Henüz doğmamış uyuşmazlıklar için akdedilen tahkim anlaşmalarına yönelik böyle bir olumsuz tutumun tarihsel çıkış noktası ise; esasen 1806 tarihli Fransız Medenî Yargılama Kanunu'nunda yer alan uyuşmazlık doğmadan önce ve doğduktan sonra yapılan tahkim anlaşmaları arasındaki belirgin ayrımdır⁴⁵. Hatta Fransız tahkim uygulamasında, uyuşmazlık doğmadan önce ve sonra yapılan tahkim anlaşmaları arasında ayırım yapan ikili karakterin tamamen kaybolduğu söylenememektedir. Tahkim anlaşmasının tarafları, halen tahkim yargılaması süreci başlamadan önce “tahkime tevdi anlaşması” (*compromis*) karakteri taşıyan bir belge düzenleme alışkanlığını taşımaktadır⁴⁶.

Böylece bazı hukuk sistemleri, uyuşmazlık doğmadan önce yapılan tahkim anlaşmalarına kuşkuyla yaklaşmasına karşın; çoğunluk hukuk sistemleri açısından, tahkim anlaşmasının uyuşmazlık doğmadan önce veya doğduktan sonra akdedilmesinin mümkün olduğu⁴⁷ sonucuna ulaşılmaktadır. Başka bir deyişle, Türk hukuku ve çoğunluk hukuk sistemleri açısından uyuşmazlığın tahkim anlaşması akdedildiği sırada mevcut ve belirli olması, genel olarak zorunlu değildir; gerekli olan husus, tahkim anlaşmasına konu olan hukukî ilişkinin belirlenebilir olmasıdır. Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında tahkim anlaşmalarının genellikle uyuşmazlık doğmadan önce akdedildiği⁴⁸ göz önünde bulundurulduğunda ise, uyuşmazlık doğmadan önce tahkim anlaşmasının yapılabilmesine hukuk sistemlerinde imkân tanınması önem taşımaktadır.

Hukukî ilişkinin mahiyeti hususunda ise; tahkim anlaşması sözleşmesel (*contractual*) veya sözleşmesel olmayan (*non-contractual*) uyuşmazlıklar için yapılabilmektedir⁴⁹. Ticaret hayatında görülen uyuşmazlıkların daha çok sözleşmeye dayalı ilişkilerden

⁴⁴ **Blackaby/Lindsey/Spinillo**, s. 9, 73-74.

⁴⁵ **Schlosser**, Peter, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1989, s. 198; **Yeşilova**, s. 238.

⁴⁶ **Schlosser**, s. 199; **Tweedale/Tweedale**, s. 99.

⁴⁷ **Şit**, Banu, *Kurumsal Tahkimde Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, 2005, s. 202, (*Kurumsal Tahkim*).

⁴⁸ **Redfern/Hunter**, s. 121; **Erkan**, Mustafa, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, Ankara, 2013, s. 48, (*Yetki*).

⁴⁹ **Akıncı**, s. 96; **Redfern/Hunter**, s. 107; **Moses**, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008, s. 30.

kaynaklanması ve haksız fiillerde önceden bir tahkim anlaşmasının yapılmasının fiilen pek mümkün olmaması sebebiyle haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklar milletlerarası ticarî tahkimde pek fazla tahkim anlaşmasına konu olmamaktadır. Ancak haksız fiiller genellikle tahkime konu olmasa da, bu durum haksız fiiller ile ilgili uyuşmazlıkların tahkime konu olamayacağını da göstermemektedir⁵⁰. Dolayısıyla, tahkime konu olan uyuşmazlık pekâlâ bir haksız fiilden de kaynaklanabilir. Haksız fiillere ek olarak, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından da tahkim anlaşması akdedilebilmesi mümkün olmaktadır⁵¹. Ayrıca, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Hukuku'nda kanunî talepler (*statutory claims*) (örneğin menkul kıymetlerle ilgili olan veya rekabet hukukundan kaynaklanıp karşı taraf açısından da bağlayıcılık teşkil edebilen talepler) söz konusu olabilmekte ve böyle taleplere ilişkin uyuşmazlıklar da tahkime konu olabilmektedir⁵². Görüldüğü üzere, genel olarak hem ulusal ve uluslararası düzenlemeler⁵³ hem de öğretilerdeki görüşler, tahkime konu olan uyuşmazlığın sözleşmesel veya sözleşme dışı bir hukukî ilişkiden doğabilmesinin mümkün olduğu yönündedir. Ayrıca, özellikle marka ihlalleri veya haksız rekabet uyuşmazlıkları gibi sözleşmesel ilişkiden kaynaklanmayan uyuşmazlıkların da tahkim yoluyla çözülebilmemesinin, uygulama açısından önem taşıdığı ileri sürülmektedir⁵⁴.

Tahkime konu uyuşmazlıklar sözleşme dışı bir ilişkiden kaynaklanabiliyor olsa da, sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar çalışmamız açısından hususi bir önemi haizdir. Çünkü tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliğinden bahsedebilmek için, tahkim anlaşmasından ayrı bir başka sözleşmeden bahsedebilmenin gerekeceği açıktır. Örneğin, taraflar arasında bir haksız fiilin vuku bulması hâlinde ve haksız fiilin mevcudiyeti veya haksız fiilden doğan sorumluluğun mahiyetine ilişkin bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesine yönelik tahkim anlaşması akdedildiğinde

⁵⁰ **Craig**, Laurence/ **Park**, William W./ **Paulsson**, Jan, International Chamber of Commerce Arbitration, New York, 2000, s. 65; **Huysal**, Burak, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkime Elverişlilik, 2010, s. 84.

⁵¹ **Karadağ**, s. 43.

⁵² **Redfern/Hunter**, s. 93. “*Statutory claims*” adı verilen taleplerin tahkime konu olup olamayacağı hakkında ayrıca bkz. **Yeşilova**, s. 341.

⁵³ Model Kanun m. 7 ve New York Konvansiyonu m. II başta olmak üzere tahkim anlaşmasını düzenleyen birçok hukukî normda, “sözleşmesel veya sözleşme dışı ilişki” ifadeleri görülebilmektedir.

⁵⁴ **Akıncı**, s. 96.

geçerli bir tahkim anlaşması vardır. Ancak böyle bir durumda, tahkim anlaşmasından başka herhangi bir sözleşmeden bahsedebilmek mümkün olmadığı için tahkim anlaşmasının herhangi bir sözleşmeden ayrılabilirliğini tartışmak da mümkün olmayacaktır.

Sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü teminen akdedilen tahkim anlaşmalarının, sözleşme dışı talepleri de kapsayıp kapsamayacağı meselesine değinmekte de fayda vardır. Genel olarak, tarafların dağınık ve parçalanmış bir tahkim yargılamasını istemeyeceği düşüncesiyle, sözleşmesel olmayan talepler de tahkim anlaşması kapsamında sayılmaktadır⁵⁵. Konu ile ilgili olarak, *Kaverit Steel v. Kone Corp.* Davası'nda⁵⁶ Alberta (Kanada) Temyiz Mahkemesi de, davaya konu lisans sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik akdedilen tahkim anlaşmasının, sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönemdeki sözleşmesel olmayan ve haksız rekabet iddialarından doğan uyuşmazlıkları da kapsadığını belirtmiştir. Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında genel eğilim de, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünü teminen akdedilen tahkim anlaşmalarının, sözleşmeye dayanmayan taleplerle ilgili uyuşmazlıkları da kapsadığı yönündedir. Hatta tahkim anlaşmasının ilişkili tüm uyuşmazlıkları kapsayacak biçimde geniş bir şekilde yorumlanması yönündeki yorum tarzının, milletlerarası ticarî tahkimde genel bir prensip hâline gelmekte olduğu doktrinde ifade edilmektedir⁵⁷. Böylece tahkim anlaşmasına konu olan hukukî ilişki, sözleşmesel bir ilişki olsa da tarafların dermeyan edeceği taleplerin bir kısmı sözleşmesel olmayabilmektedir.

Son olarak ayrıca eklemek gerekir ki, belli bir hukukî ilişkiden doğan uyuşmazlıkların tümü tahkim anlaşması kapsamında olabileceği gibi, taraf iradeleri ile hukukî ilişkideki sadece bir takım uyuşmazlıklar tahkim anlaşması kapsamına alınabilmekte ve hukukî ilişkiden doğan bazı uyuşmazlıklar tahkim anlaşmasının kapsamı dışında

⁵⁵ Yeşilova, s. 314; Schlosser, s. 320; Redfern/Hunter, s. 109-110. Karş. Kalpsüz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 347-348.

⁵⁶ Alberta Temyiz Mahkemesi'nin (*Alberta Court of Appeal*) 16/01/1992 tarihli kararı, *Kaverit Steel v. Kone Corp.* Bahse konu karar hakkında bkz. UNCITRAL Clout Case 586, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/can/clout_case_586_leg-1390.html, (son erişim tarihi: 30/11/2016).

⁵⁷ Born, s. 1399; Lew, Julian/ Mistelis, Loukas/ Kröll, Stefan, Comparative International Arbitration, The Hague/London/New York, 2003, s.152-153.

tutulabilmektedir⁵⁸. Örneğin taraflar, fesihten kaynaklanan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini kararlaştırabilirler⁵⁹. Şüphesiz ki, aksini iddia etmek, tahkim müessesesinin taraf iradelerine tanıdığı üstünlük ile bağdaşmaz. Ancak tarafların anlaşarak bir takım uyuşmazlıkları tahkim anlaşması kapsamı dışında bıraktığı durumda, tahkim anlaşmasının kapsamındaki uyuşmazlıkların neler olduğu hususu ve hakemlerin yetkilerinin nerede başlayıp nerede bittiği tartışma konusu olabilecektir. Ayrıca bazen uyuşmazlığın çözümü için önemli olabilecek bazı hususlar, tahkim anlaşmasının kapsamı dışında kalabileceğinden, özellikle karmaşık yapıdaki uyuşmazlıkların tahkim yargılaması yoluyla çözüme kavuşturulması zorlaşabilir⁶⁰.

1.2. TAHKİM ANLAŞMASININ İŞLEVLERİ

Tahkim anlaşmasının işlevleri; tarafların tahkime yönelik iradelerini göstermek, hakemlerin yetki sınırlarını belirlemek ve tarafları tahkim yoluna başvurmak konusunda yükümlü kılmaktır⁶¹. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabirliğinin iyi bir şekilde analiz edilebilmesini teminen, tahkim anlaşmasının işlevlerinin irdelenmesi faydalı olacaktır.

1.2.1 Tarafların Tahkime İlişkin Rızasını Gösterme İşlevi

Tahkim bir yargılama faaliyetidir ve tahkimde de tıpkı ulusal mahkemeler gibi bir yargılama neticesinde maddî anlamda nihaî karar verilmektedir⁶². Ancak tahkimde, taraflar, belirli bir hukukî ilişkiden kaynaklanan veya kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısı yerine tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşmaktadırlar. Taraflar arasındaki bu anlaşma, tahkim anlaşmasını ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda, tahkim yargılamasındaki hakemler; yetkilerini devlet mahkemelerinden farklı olarak, anayasa, kanun veya başka herhangi bir pozitif hukuk

⁵⁸ Akıncı, s. 373.

⁵⁹ Akıncı, s. 379.

⁶⁰ Erkan, Yetki, s. 47.

⁶¹ Yeşilova, s. 237-238.

⁶² Taşkın, s. 7.

düzenlemesinden değil, yalnızca taraflar arasındaki tahkim anlaşmasından almaktadırlar⁶³. Bu sebepten dolayı da, yetki ve görevlerini kanunlardan alan devlet mahkemelerinde yürütülen yargılama faaliyetinin aksine; tahkim yargılaması için, tarafların tahkime ilişkin rızalarını ortaya koyan bir anlaşmaya ihtiyaç olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim geçerli bir tahkim anlaşmasının olmaması hâli hem hakem kararının iptaline sebep olabilmekte⁶⁴ hem de hakem kararlarının tenfizine engel olabilmektedir⁶⁵. Bu çerçevede, tahkim anlaşması, tarafların tahkime ilişkin rızasını ortaya koyan önemli bir fonksiyonu haizdir.

Tahkim anlaşmasının tarafların tahkime ilişkin rızalarını ortaya koyması fonksiyonu konusunda ise; mecburî tahkim hâlleri ile yatırım tahkiminin özellikli durumunu göz önünde bulundurmak ve mecburî tahkim ile yatırım tahkimini çeşitli açılardan dışarıda bırakmak gerekmektedir⁶⁶.

İhtiyarî tahkimin aksine, kanun hükmü ile belirlenen mecburî tahkim hâllerinde tarafların hakeme başvurması mecburîdir ve taraflar bu hâllerde devlet mahkemelerinde dava açamazlar⁶⁷. Mecburî tahkimde; tarafların rızasını ortaya koyan herhangi bir tahkim anlaşmasına ihtiyaç bulunmamakta olup, tarafların tahkim yargılamasına yönelik

⁶³ **Kalpsüz**, Tahkim Anlaşması, s. 1049; **Born**, s. 250; **Yeşilova**, s. 236.

⁶⁴ **Akıncı**, s. 276; **Redfern/Hunter**, s. 597. Ayrıca bkz. MTK m. 15/ f. A/b. 1/a, UNCITRAL Model Kanun m. 34/ f. 2/ b.a/i.

⁶⁵ Bknz. **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 200 vd.

⁶⁶ **Erkan**, Yetki, s. 40.

⁶⁷ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 763. Mecburî tahkim kavramının tanımı için ayrıca bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2015/6328, K. 2015/9514: “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.” Bahse konu karar için bkz. www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

Bazı durumlarda ise, taraflardan biri için tahkim yoluna başvuru zorunlu iken, diğer taraf için ihtiyarîdir. Örneğin, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (RG. 30/06/2007-5684) m. 30/ f. 1/ c. 3’e göre “Sigorta tahkimine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usûlünden faydalanabilir”. Böylece sigorta tahkimine üye olan sigortacı için tahkim yolu zorunludur. Sigorta ettiren ise, dilerse tahkim yoluna başvurabilir. Ayrıca ilgili mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalar bakımından, sigortacı sigorta tahkim sistemine üye olmasa bile, sigorta ettiren tahkim yoluna başvurabilir (Sigortacılık Kanunu m. 30/ f. 1/ c. 4). Başka bir deyişle, zorunlu sigortalar için, sigorta tahkim sistemine üye olup olmamasına bakılmaksızın, sigortacı için tahkim yolu zorunludur. Sigorta ettiren için ise, ihtiyarîdir. Taraflar arasında akdedilen tahkim anlaşmasının bulunmasına gerek yoktur. İşte sigorta tahkiminde olduğu gibi, tahkim yargılamasının taraflardan ikisi için değil de, sadece biri için mecburî olduğu hâlde “nisbî mecburî tahkim” kavramından bahsedilmektedir: **Ulusoy**, Erol, “Finans Hukukunda Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu (İstanbul, 14 Şubat 2009), İstanbul 2009, s. 237 vd.; **Ekşi**, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, İstanbul, 2013, s. 59, (HMK).

rızalarının olup olmadığına bakılmaksızın, uyuşmazlık kanun gereği tahkim yargılaması yoluyla çözümlenir. Ayrıca, mecburî tahkimi öngören kanunî düzenlemelerde; kimin hakem olacağı, hakemlerin görev ve yetkileri gibi hususlar da düzenlenmiştir⁶⁸. Ülkemiz pozitif hukuk düzenlemelerinde de mecburî tahkimin örneklerine rastlamak mümkündür⁶⁹. Mecburî tahkim daha çok ulusal düzeyde düzenlemelere konu olsa da uluslararası nitelik taşıyan mecburî tahkim yolu öngören düzenlemeler de mevcuttur⁷⁰. Nitekim uluslararası spor organizasyonları, benimsedikleri ilkelere aykırı tüm yerel etkilerden kurtulabilmek için ulusal hukuk sistemlerinin uyuşmazlık usûllerine temkinli yaklaşmışlar ve mecburî uyuşmazlık çözüm ve tahkim mekanizmaları öngörmüşlerdir⁷¹. Bu doğrultuda, spor uyuşmazlıkları noktasında milletlerarası nitelikte mecburî tahkim hâlleri olabileceği dikkate değerdir.

Mecburî tahkimde durum böyleyken; yatırım tahkimi açısından ise, tahkime ilişkin rızanın verilmesi hususu ticarî tahkime göre bazı farklılıklar gösterebilmektedir ve bu sebeple tahkim anlaşmasının tarafların tahkime ilişkin rızalarını ortaya koyma fonksiyonu konusunda yatırım tahkiminin özel durumuna değinmekte fayda vardır. Esasen yatırım tahkiminde de, tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine

⁶⁸ **Dayınlarlı**, s. 11.

⁶⁹ Örneğin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG. 28/11/2013-28835) m. 76; 3461 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevli Hakkında Kanun (RG. 14/06/1988-19842) m. 4; 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluile Halli Hakkında Kanun (RG. 16/07/1938-3961) m. 2; 91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG. 06/10/1983-18183) m. 13, 3039 sayılı Çeltik Ekim Kanunu (RG.11/06/1936-3337) m. 14. Türk hukukunda mecburî tahkim hâlleri için ayrıca bkz. **Dayınlarlı**, s. 10 vd.

⁷⁰ **Redfern/Hunter**, s. 86: Örneğin 1972 yılında Sovyetler Birliği ve diğer doğu bloğu ülkelerinin imzaladığı antlaşma olan Moskova Konvansiyonu'nun I. maddesi; sözleşmeye taraf ülkelerdeki iktisadi örgütler arasında çıkacak her türlü hukukî uyuşmazlık konusunda mecburî tahkim yolunu öngörmüş ve bu tür uyuşmazlıklar için devlet yargısına başvuru yolunu kapatmıştı. Moskova Konvansiyonu'nun İngilizce Metni için bkz.

<http://arbitrations.ru/userfiles/file/Law/Treaty/Moscow%20Convention.pdf>, (son erişim tarihi: 15/03/2017).

⁷¹ **Erten**, Rifat, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Ankara 2007, s. 209. Örneğin olimpiik oyunlarla ilgili uyuşmazlıkların sadece Spor Tahkim Mahkemesi (*Court of Arbitration for Sport*) tarafından çözüleceğini öngören Olimpik Şart'ın 61. maddesi ve FIFA düzenlemelerinde aksi belirtilmedikçe olağan mahkemelere başvuru hakkının yasaklanacağını belirtilen ve uyuşmazlıkların münhasıran Spor Tahkim Mahkemesi'nde görüleceğini öngören FIFA Statüsü'nün m. 57 vd. hükümleri böyledir: Bknz. **Erten**, s. 209-210.

ilişkin olarak rıza göstermeleri gerekmektedir⁷². Ancak, yatırım tahkiminde özellikle devletin tahkime rıza göstermesi hususu bir takım özellikler arz etmektedir. Yabancı yatırımcı, çeşitli riskler sebebiyle yatırım yaparken ev sahibi devlet ile sözleşme ilişkisi içerisinde yatırım yapabilir ve taraflar tahkime ilişkin iradelerini bu sözleşmesel ilişki vasıtasıyla ortaya koyabilir; bu durumda yatırımcı, ev sahibi devlet ile imzaladığı sözleşmeye dayanarak tahkim yoluna gidebilecektir⁷³. Devletin, tahkim iradesini, yatırımcı ile yaptığı somut ilişki veya uyuşmazlığa yönelik tahkim anlaşması ile ortaya koyması doktrinde klâsik yöntem olarak adlandırılmaktadır⁷⁴. Ancak ev sahibi devlet ve yatırımcı arasındaki klâsik tahkim anlaşması anlayışından farklı şekillerde de tarafların tahkime yönelik rızalarını ortaya koymaları mümkün olmaktadır. Örneğin ev sahibi devletin tahkim iradesi, ikili veya çok taraflı uluslararası anlaşmalar marifetiyle ortaya konabilir⁷⁵. Nitekim 2000’li yıllardan önce yabancı yatırımcı ve ülkesinde yatırım yapılan devlet arasındaki tahkim anlaşması yatırım tahkiminin temelini oluştururken; günümüzde devletler, tahkime ilişkin rızalarını uluslararası anlaşmalar yoluyla ortaya koymaktadır⁷⁶. Buna ek olarak, yatırıma ev sahipliği yapan devlet, tahkime ilişkin rızasını ulusal düzeyde yasal bir düzenleme ile tek taraflı olarak da ortaya koyabilmektedir⁷⁷. Uluslararası anlaşmalar veya ulusal düzeyde yasal bir düzenleme ile yatırım tahkimine rıza gösteren ev sahibi devlet, tahkime konu olacak uyuşmazlığı ve uyuşmazlığın karşı tarafı olan yabancı yatırımcının kim olacağını bilmeksizin, önceden

⁷² **Şit-Köşgeroğlu**, Banu, Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, İstanbul, 2012, s. 237; **Dolzer**, Rudolf/ **Schreuer**, Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford, 2008, s. 238.

⁷³ **Yılmaz**, İhsan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID Yargılama Yetkisi, İstanbul, 2004, s. 16; **Çal**, Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Ankara, 2009, s. 139.

⁷⁴ Bknz. **Şit-Köşgeroğlu**, s. 237.

⁷⁵ **Şit-Köşgeroğlu**, s. 238; **Dolzer/Schreuer**, s. 242-244; **Çal**, s. 63.

⁷⁶ **Erkan**, Yetki, s. 41. Bununla birlikte, klâsik yöntemin de günümüzde halen önemini koruduğunu belirtmek gerekir: **Şit-Köşgeroğlu**, s. 237-238.

⁷⁷ **Şit-Köşgeroğlu**, s. 238; **Dolzer/Schreuer**, s. 240; **Yılmaz**, s. 53 vd. Ayrıca bknz. Arnavutluk Yabancı Yatırımlar Kanunu m. 8/ f. 2’ye göre; kamulaştırma, kamulaştırma bedeli, ayrımcılık yasağı ve sermaye transferi hususlarında yabancı yatırımcı ve ev sahibi Arnavutluk Cumhuriyeti’nin anlaşmazlığa düşmesi durumunda yabancı yatırımcı uyuşmazlığı Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez’e (*International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID*) götürülebilmektedir. Arnavutluk Yabancı Yatırımlar Kanunu İngilizce metni için bknz. <http://pbosnia.kentlaw.edu/resources/legal/albania/forinv.htm>, (son erişim tarihi: 15/01/2017). Bununla birlikte eklemek gerekir ki, tahkime ilişkin rızasını ulusal mevzuatlarla ortaya koyan devletlerin sayısı iki taraflı yatırım anlaşmaları karşısında bir hayli azdır: **Erkan**, Yetki, s. 136.

rızasını ortaya koymuş olur⁷⁸. Böylece yatırım tahkiminde, tarafların tahkime ilişkin rızalarını ortaya koyma şekilleri farklılaşmakta olup; yatırım tahkimi açısından ticarî tahkimdeki klâsik anlamda tahkim anlaşması olmayabilmektedir. Tahkim anlaşmasının, tarafların tahkim iradelerini ortaya koyma fonksiyonu irdelenirken; yatırım tahkiminde, tarafların tahkim iradelerini klâsik anlamda tahkim anlaşması olmaksızın ortaya koyabileceğinin göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır.

Ayrıca Alman hukukunda; vasiyetname düzenleyenin, mirasçılarının kendi aralarındaki veya vasiyet alacaklıları ile arasındaki mirasın paylaşılmasına ilişkin uyuşmazlıklar ve mirasçılar ve vasiyeti yerine getirme görevlisi arasında mirasın yönetilmesi ile ilgili uyuşmazlıklar için vasiyetnamesinde tahkim yolu öngörebileceği kabul edilmektedir⁷⁹. Böylece Alman hukukunda, tahkim anlaşması dışında ölüme bağlı tasarruf yoluyla da tahkim iradesinin ortaya konmasının mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın taraflarının bir tahkim anlaşması ile tahkim iradelerini ortaya koymasına gerek bulunmamaktadır.

Ayrıca tüzel kişilerin kuruluş belgelerinde tahkim yolunun öngörülmesiyle, taraflar arasında tahkim anlaşması olmaksızın tahkim yargılamasının söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Örneğin dernek tüzüğünde, dernek tüzelkişisi ile dernek üyeleri arasında doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi öngörülmüş olabilir. Bu durumda; derneğe ister kuruluş aşamasında isterse sonradan üye olmuş olsunlar, üyeler ile dernek arasındaki uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenmelidir⁸⁰. Benzer şekilde, şirket esas sözleşmesinde tahkim yolu öngörülmüş olabilir. Bu durumda, esas sözleşmedeki tahkim kaydı; şirketin ister kurucu ortaklarından olsun isterse şirkete sonradan katılsın şirketin tüm ortakları için ve hatta intifa hakkı sahipleri için bağlayıcıdır⁸¹. Yine benzer şekilde, vakıf senedinde tahkim yolu öngörülmüş olması hâlinde de, vakfa hizmet edenler tahkim yolunu kabul etmiş olacaklar ve tahkim kaydı

⁷⁸ Ekşi, HMK, s. 60.

⁷⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 1035; Huysal, s. 23. Vasiyetname düzenleyenin, mirasçıları ve tereke alacaklılarını tahkim yolu ile bağlı kılamayacağı ve bu görüşün Türk hukukunda yeri olmadığı hakkında bkz. Yeğencil, s. 128 vd. Konunun İsviçre hukukunda tartışmalı olduğu yönünde bkz. Suttur-Somm, Thomas, Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf, 2012, s. 403.

⁸⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 1035 vd.

⁸¹ Huysal, s. 296-297.

onlar açısından bağlayıcı olacaktır⁸². Tüm bu durumlarda, uyuşmazlığın tarafları arasında tahkim anlaşması olmaksızın, tahkim söz konusu olabilmektedir.

Sonuç olarak, tahkim anlaşmasının en temel fonksiyonu, tarafların tahkime yönelik rızalarını ortaya koymaktır. Tahkim anlaşması ile, tarafların rızaları ortaya konulmaksızın, tahkim müessesesi devreye giremez. Ancak, tarafların klâsik anlamda tahkim anlaşması dışında başka şekillerde rızasını ortaya koyabildiği yatırım tahkimi ve tarafların rızası olmaksızın da devreye girebilen mecburî tahkim hâllerini dışarıda bırakmak gerekir. Mecburî tahkim ve yatırım tahkimi dışında, bazı münferit durumlarda da, taraflar arasında tahkim anlaşması olmaksızın tahkimin söz konusu olabilmesi mümkün görünmektedir. Tüzel kişilerin kuruluş belgelerinde tahkim yolunun kararlaştırılması ve Alman hukukunda ölüme bağlı tasarruf yolu ile tahkim yolunun öngörülebilmesi bu durumlara örnektir.

1.2.2. Hakemlerin Yetki Sınırını Belirleme İşlevi

Tahkim anlaşmasının, tarafların tahkime ilişkin rızalarını gösterme fonksiyonu yanında, tahkim yargılamasının kapsamını da ortaya koyan bir işlevi bulunmaktadır. Bu bağlamda, hakemlerin yetkileri, ancak kendilerine bahşedilen yetki kadardır. Bu yargılama yetkisi de tahkim anlaşmasının kapsamı çerçevesinde belirlenmektedir⁸³. Başka bir deyişle, hakem veya hakem heyeti tarafların tahkim iradelerini ortaya koyduğu tahkim anlaşmasının kapsamını aşan bir yargılama yetkisini haiz olamazlar. Aksinin kabulü, tahkimin ihtiyarlığı ve istinaî bir yargılama yolu olması ile de bağdaşmayacaktır.

Nitekim hakem veya hakem heyeti yetki aşımında bulunduğu takdirde; hakem kararının iptali pozitif hukuk düzenlemeleri uyarınca ihtimal dâhilindedir⁸⁴. Ayrıca hakemlerin

⁸² **Yeğengil**, s. 130-131. Ayrıca bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E.2002/7882, K. 2002/8071: “Somut olayda, davalının da uymayı taahhüt ettiği vakıf senedi uygulama yönetmeliğine göre vakıf ile üyeler arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların, Merkez Bankası Başkanının seçeceği üç kişilik hakem heyeti tarafından çözümlenmesi gerekmekte olup...” Bahse konu karar için bkz. www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

⁸³ **Ekşi**, Incorporation, s. 49; **Erkan**, Yetki, s. 44; **Yeşilova**, s. 237.

⁸⁴ **Kalpsüz**, Tahkim, s. 136. Ayrıca bkz. MTK m. 15/ f. A/ b. 1/b, UNCITRAL Model Kanunu m. 34/ f. 2/ b. a/iii.

tahkim anlaşmasında yer almayan ya da belirlenen sınırları aşan bir karar vermeleri hâlinde hakem kararının tenfizinin reddi de mümkün olmaktadır⁸⁵. Bu anlamda hakem veya hakem heyetinin tahkim anlaşması ile kendilerine verilen yetki sınırları dâhilinde hareket etmeleri, hakem kararının akıbeti açısından da önem taşımaktadır.

1.2.3. Taraflara Tahkim Yoluna Başvurma ve Tahkime Katılma Konusunda Yükümlülük Yükleme İşlevi

Taraflar, tahkim anlaşması vasıtasıyla bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi hususunda anlaşmaktadırlar. Böylece, taraflar; uyuşmazlık çıktığı zaman uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmek ve tahkim yargılamasına uygun bir şekilde katılarak tahkim anlaşmasına uygun şekilde tahkim yargılamasını nihayete erdirmek için gerekeni yapmak konusunda yükümlü hâle gelmektedirler⁸⁶. Taraflar; tahkim anlaşması akdetmek suretiyle, uyuşmazlık ortaya çıktığında veya mevcut bir uyuşmazlık söz konusu ise ulusal mahkemelere başvurmama borcunu da yüklenmiş olurlar⁸⁷. Tahkim yargılamasını engelleyen, tahkim anlaşmasına muhalif hareket ve tutumlar içerisinde olan ve tahkim anlaşmasının mevcudiyetine rağmen uyuşmazlığın devlet mahkemeleri eliyle çözülmesi için girişimde bulunan taraf, tahkim anlaşmasının, kendisine yüklediği yükümlülüklerle aykırı hareket etmiş olacaktır. Esasen bu yükümlülüğün kaynağının, sözleşmeler hukukunda tarafların yaptıkları sözleşmelerle bağlı olduklarını ifade eden “*pacta sunt servanda*” ilkesinin sonucu olduğunu da belirtmek gerekir⁸⁸. Sözleşmeler hukukunun bu temel ilkesi bu yönüyle tahkim anlaşması için de geçerli olmaktadır.

⁸⁵ **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 212. Ayrıca bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 62, New York Konvansiyonu m. V. MÖHUK metni için bkz. RG. 12/12/2007-26728.

⁸⁶ **Gottwald**, Peter/ **Schlosser**, Peter, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit - Arbitrage International - International Arbitration, Bielefeld, 1997, s. 34; **Yavuz**, s. 161; **Böckstiegel**, Karl-Heinz/ **Kröll**, Stefan M./ **Nacimiento**, Patricia, Arbitration in Germany The Model Law in Practice, The Netherlands, 2007, s. 30.

⁸⁷ **Şit**, Banu, “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığıyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları”, Prof. Dr. Aslan Gündüz Armağanı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Sayı 1-2, 2005, s. 417, (Yazılı Şekil Şartı).

⁸⁸ **Fouchard**, Phillippe/ **Gaillard**, Emmanuel/ **Goldman**, Berthold, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Ed. Gaillard, Emmanuel/ Savage, John, The Hague/Boston/London, 1999, s. 382.

Özetle, tahkim anlaşması; taraflara uyuşmazlık hâlinde devlet yargısına başvurmamayı, tahkim yargılamasına katlanmayı ve anlaşmaya muhalif davranacak şekilde tahkim yargılamasını engellememeyi yüklemektedir.

1.3. TAHKİM ANLAŞMASININ ETKİLERİ

Tahkim anlaşmasının; biri müspet (pozitif) biri menfi (negatif) etki olmak üzere iki etkisi vardır. Tahkim anlaşmasının pozitif veya müspet etkisi, tarafların tahkim yoluna başvurabilmesini; negatif veya menfi etkisi ise, ulusal mahkemeler önünde uyuşmazlığın çözülmesinin engellenebilmesini ifade etmektedir⁸⁹.

1.3.1. Tahkim Anlaşmasının Pozitif Etkisi

Tahkim anlaşmasının ilk etkisi, pozitif etki olarak da adlandırılan etkidir. Söz konusu etki, uyuşmazlığı çözmek konusunda hakem veya hakem heyetinin yetkili kılınması anlamına gelir⁹⁰. Nitekim tahkim anlaşması vesilesiyle, tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda iradeleri ortaya konmaktadır. Dolayısıyla tahkim anlaşması; hakeme veya hakem heyetine taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözüme yetkisini bahşetmektedir. Ayrıca hakem veya hakem heyetine bahşedilen bu yargılama yetkisi; uyuşmazlığın çözümü için tahkik ve tetkiki icap eden bütün hususları araştırmak, tespit etmek ve gerekli olan adli işlemleri yapmak yetkisini de kapsamaktadır⁹¹.

Hakemlerin uyuşmazlığı çözüme ve bu yönde yargılama faaliyetinde bulunma yetkisinin yanı sıra; UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakemler tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacze karar verme yetkisini de haizdirler⁹². Böylece hakemlere, tahkim anlaşması yolu ile, geçici hukukî koruma

⁸⁹ **Yavuz**, s. 160-161; **Alangoya**, Yavuz/ **Yıldırım**, Kamil/ **Deren-Yıldırım**, Nervis, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul, 2011, s. 598-599; **Akıncı**, s. 124; **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 381; **Suttur-Somm**, s. 404.

⁹⁰ **Kalpsüz**, Tahkim Anlaşması, s. 1049.

⁹¹ **Kalpsüz**, Tahkim Anlaşması, s. 1049.

⁹² **Yavuz**, s. 163. Bknz. MTK m. 6/ f. 2/ c. 1, UNCITRAL Model Kanun m. 17; HMK m. 414.

önlemlerine karar verme yetkisi de tanınmış olmaktadır. Bununla birlikte hakem veya hakem kurulu, cebri icra organları tarafından icrası ya da resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı da veremez (MTK m. 6/ f. 2/ c. 4).

1.3.2. Tahkim Anlaşmasının Negatif Etkisi

Tahkim anlaşmasının negatif (olumsuz veya menfi) etkisi ile birlikte, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın halli için devlet mahkemelerine müracaat etmeleri imkân ortadan kalkar ve böylece adli yargıya müracaat yolu kapanmış olur⁹³. UNCITRAL Model Kanun'da da tahkim anlaşmasının negatif etkisi kabul edilmiştir. Model Kanun m. 8/ f. 1'e göre “*Tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olduğu tespit edilmedikçe; tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan uyuşmazlık mahkeme önüne geldiği vakit, taraflardan biri en geç uyuşmazlığın esasına ilişkin beyanda bulunurken tahkim itirazında bulunursa, mahkeme uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi için davayı reddeder*”. Bununla birlikte, bahse konu hüküm taraflardan birinin belli bir yargılama safhasına kadar tahkim itirazında bulunması gerektiğini de kabul etmektedir. Milletlerarası ticarî tahkimde, mahkemelerin tahkim anlaşmasını res' en dikkate alamayacağı kabul edilmiş ve bu yönde düzenlemeler yapılmıştır⁹⁴. Bu doğrultuda, Model Kanun, devlet yargısında dava açan tarafın zaten tahkim yargılamasından vazgeçmiş olacağını ve buna itiraz etmeyen karşı tarafın da zımnen tahkim yargılamasından feragat ettiğini kabul etmektedir⁹⁵. Tahkim itirazının ileri sürülmesinin süre ile sınırlanmaması hâlinde ise; davanın aleyhine sonuçlanacağını anlayan kötü niyetli taraf, davanın ilerleyen safhasında tahkim itirazını ileri sürebilecektir. Bu sebeplerle, tahkim itirazının res' en dikkate alınmamasının ve ileri sürülmesinin belli bir süre ile sınırlanmasının, yerinde olduğu görülmektedir.

⁹³ **Kalpsüz**, Tahkim Anlaşması, s. 1053.

⁹⁴ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 405. Bu çerçevede, tahkim anlaşmasının, negatif etkisinin mutlak olmadığı kabul edilmektedir. Zira tahkim itirazının ileri sürülmemesi hâlinde, uyuşmazlık yine devlet mahkemesi önünde çözülecektir: **Kalpsüz**, Tahkim Anlaşması, s. 1052.

⁹⁵ **Roth**, Marianne, “UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration”, Practitioner's Handbook On International Commercial Arbitration, Ed. Weigand, Frank, New York 2009, s. 991.

Tahkim anlaşmasının negatif etkisini doğurması ve tahkim itirazının ileri sürülmesi hususunda Model Kanun'da kabul edilen durum belirtilen şekilde olmaktadır. Ancak tahkim itirazının, hangi usûlde, yargılamanın hangi safhasında ileri sürüleceği ve res'en nazara alınıp alınmayacağı meseleleri; usûlî mesele olarak hâkimin hukukuna (*lex fori*) göre belirlenir⁹⁶. Dolayısıyla, tahkim itirazı hangi devletin mahkemesi önünde ileri sürülecekse, tahkim itirazının hangi safhaya kadar ve hangi usûlle ortaya konması gerektiğini, o devletin hukukunda aramak lazımdır. Başka bir deyişle, tahkim anlaşmasının negatif etkisi dolayısıyla, tahkim anlaşmasının kapsamındaki uyumsuzluk bakımından mahkemelerin yetkisi ortadan kalkmaktadır. Ancak bunun için, tahkim anlaşmasının mahkeme önünde usûlüne uygun bir şekilde ortaya konması gerekmektedir.

Türk hukukunda tahkim itirazının hangi usûlle ileri sürüleceği hususuna bakmak gerekirse, Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/ f. 1 hükmü, "Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyumsuzlukta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyumsuzlukların çözülmesi, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü hâlinde, mahkeme davayı usûlden reddeder." demek suretiyle tahkim itirazını ilk itiraz olarak nitelemiş ve tahkim itirazının ne şekilde ileri sürüleceğini düzenlemiştir. Ayrıca HMK m. 116'da; tahkim itirazı, ilk itirazlar arasında sayılmıştır⁹⁷. Buna göre; tahkim anlaşmasının mevcudiyeti, taraflarca ileri sürülen vakıalardan ve dosyadan anlaşılrsa dahi mahkemece res'en dikkate alınmaz. Tahkim itirazının süresi içinde ve cevap dilekçesinde ileri

⁹⁶ **Schack**, Heimo, Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht Ein Studienbuch, München, 2014, s. 488.

Konu ile bağlantılı olarak, gerek maddî hukuka ait gerekse usûl hukukuna ait iddia ve savunmaların hangi usûl ile ileri sürüleceği noktasında *lex fori*'nin uygulama alanı bulacağı hakkında ayrıca bkz. **Şanlı**, Cemal/ **Esen**, Emre/ **Ataman-Figenmeşe**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2014, s. 326.

⁹⁷ Bununla birlikte Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) döneminde tahkim itirazının, tahdidî olarak sayılan ilk itirazlar arasında düzenlenmemiş olması sebebiyle, tahkim itirazının ilk itiraz mı yoksa esasa ilişkin bir def'i mi olduğu tartışmalı idi. Söz konusu tartışmalar için bkz: **Kuru**, VI. Cilt, s. 5968; **Kalpsüz**, Tahkim Anlaşması, s. 1053. Ayrıca bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E.2000/2591 K. 2000/2974: "Yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarına göre, tahkime ilişkin itirazın davalı yanca cevap süresi içinde ileri sürülmesi gerekmekte olup, mahkemenin tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözetererek görevsizlik kararı vermesi olanaklı değildir. Tahkim itirazı bu yönüyle ilk itirazlara benzemekte ise de teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp sözleşmeye dayalı bir def'i niteliğindedir." Bahse konu karar için bkz. www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

sürülmesi gerekmektedir. Cevap dilekçesi verme süresi geçtikten sonra ise, davacının muvafakati ile dahi, tahkim itirazı, mahkemece incelenemeyecektir⁹⁸. Ayrıca tahkim itirazının ve diğer ilk itirazların, ıslah yoluyla ileri sürülmesi de mümkün değildir⁹⁹.

1.4. TAHKİM ANLAŞMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Tahkim anlaşmasının hukukî niteliği konusunda öğretilerde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Tahkim anlaşmasının hem maddî hukuka hem de usûl hukukuna ait çeşitli özellikler göstermesi de tahkim anlaşmasının hukukî niteliğini belirlemeyi güçleştirmektedir¹⁰⁰.

1.4.1. Maddî Hukuk Sözleşmesi Görüşü

Tahkim anlaşması; borçlar hukukuna ait tüm sözleşmeler gibi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulmaktadır. Ayrıca tahkim anlaşması, tarafların geniş irade serbestisine sahip oldukları bir sözleşmedir. Taraflar, tahkim anlaşması ile, hakem heyetini nasıl oluşturacağını kararlaştırabilecekleri gibi yargılamaya esas olacak hususları da belirleyebilmektedirler¹⁰¹. Bu görüş taraftarlarına göre; tahkim anlaşması, taraf iradelerine kurucu ve yenilik doğurucu etki tanıdığı için, salt maddî hukuka ait sözleşme olmaktadır¹⁰².

Tahkim anlaşmasını salt maddî hukuka ait tam iki tarafa borç yükleyen diğer sözleşmelere (*synallagmatischer Vertrag*) benzeten ve usûlî yönünü bir kenara bırakan bu görüş, yüz yıl öncesine kadar İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da

⁹⁸ **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes**, Muhammed, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, Ankara, 2016, s. 299.

HMK m.117/ f. 1: “İlk itirazların hepsi cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır; aksi hâlde dinlenemez.”

HMK m. 127/ f. 1: “Cevap dilekçesini verme süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Ancak, durum ve koşullara göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya, bir defaya mahsus olmak ve bir ayı geçmemek üzere ek bir süre verilebilir. Ek cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhâl bildirilir.”

⁹⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 351-252.

¹⁰⁰ **Deren-Yıldırım**, s. 23.

¹⁰¹ **Deren-Yıldırım**, s. 23.

¹⁰² **Yavuz**, s. 142.

savunulmuştur. Ancak Federal Mahkeme, bu görüşünden uzun zaman önce vazgeçmiştir¹⁰³.

1.4.2. Usûl Hukuku Sözleşmesi Görüşü

Tahkim anlaşmasının hukukî niteliği hakkında bir başka görüşe göre ise; tahkim anlaşması bir usûl hukuku sözleşmesidir. Tahkim anlaşmasını usûl hukuku sözleşmesi olarak kabul edenlerin, tahkim anlaşmasının etkilerinin usûl hukukunda doğmasından hareket ettiği görülmektedir. Bu görüşü savunanlara göre; bir sözleşmenin esas etkileri maddî hukuk sahası içinde doğuyorsa sözleşme maddî hukuk sözleşmesi olurken, bir sözleşmenin esas etkileri usûl hukuku alanı dâhilinde gerçekleşiyorsa sözleşme usûl hukuku sözleşmesi kabul edilmelidir. Tahkim anlaşması da, esas ve doğrudan etkisini usûl hukuku alanında gösterdiği için, bu görüş taraftarlarınca, usûl hukuku sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴. Ayrıca bu görüş taraftarlarına göre; tahkim anlaşması, taraflara ulusal mahkeme önünde ifası talep edilebilecek maddî hukuka ilişkin yükümlülük de yüklememektedir¹⁰⁵.

Esasen usûl hukuku sözleşmeleri açısından; sözleşmenin kurulması, yorumu, geçersizliği, irade sakatlığı sebebiyle sözleşmeye itiraz edilmesi gibi birçok hususta usûl kanunları düzenleme getirmemektedir. Bu sebeple, tahkim anlaşmasını usûl hukuku sözleşmesi olarak gören görüşe göre; bu hususların çözümü için maddî hukuk kaidelerinden faydalanılması, usûl hukuku sözleşmelerini maddî hukukun alanına sokmayacaktır¹⁰⁶.

¹⁰³ **Girsberger**, Daniel/ **Gabriel**, Simon, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht, Geneva/Zürich/Basel, 2008, s. 820.

¹⁰⁴ Ana ve doğrudan etkisinin usûl hukuku alanında doğduğu gerekçesiyle, tahkim anlaşmasının usûl hukuku sözleşmesi sayılması gerektiği yönünde bkz. **Bolayır**, s. 46-47; **Hess**, Burkhard/ **Lent**, Friedrich/ **Jaunerig**, Othmar, Zivilprozessrecht Ein StudienBuch, München, 2011, s. 375; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 598-599; **Kuru**, s. 5937; **Schwab/Walter**, s. 65.

¹⁰⁵ **Schack**, s. 477; **Wagner**, Gerhard, Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen, 1998, s. 582.

¹⁰⁶ **Stachelin**, Andrean, "Dispositives Prozessrecht", Freiheit und Zwang, Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte, Festschrift zum 60. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger, Bern, 1989, s. 650.

Günümüzde İsviçre Federal Mahkemesi de tahkim anlaşmasını bir usûl sözleşmesi olarak kabul etmektedir¹⁰⁷. Yargıtay da, tahkim anlaşması yargılamanın devlet mahkemelerinde mi yoksa hakem veya hakem heyeti önünde mi görüleceğine ilişkin olduğundan dolayı, tahkim anlaşmasının usûl sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmiştir¹⁰⁸.

1.4.3. Karma Sözleşme Görüşü

Karma sözleşme taraflarına göre, tahkim anlaşması salt maddî hukuka ait görülmemelidir, zira etkilerini usûl hukuku alanında göstermektedir ve hakemlerin yargılama faaliyeti mahkemelerin uyuşmazlık çözümünde oynadığı rolden farksızdır. Tahkim anlaşması, salt maddî hukuka ait görülemeyeceği gibi, salt usûl hukukuna ait de görülmemelidir; zira tahkim anlaşması tarafların iradesi ile teşekkül eder. Ayrıca hakemlerin seçimi ve yargılama usûlünün belirlenmesinde de tarafların iradeleri hâkimdir¹⁰⁹. Ayrıca bu görüş taraflarına göre, tahkim anlaşması esasen usûl hukukuna ait yükümlülükler getirirse de yargılama giderlerini ödemek ve hakem kararını icra etmek gibi, maddî hukuka ait kabul edilebilecek bir takım yükümlülükler de getirmektedir¹¹⁰. Özetle söz konusu görüşe göre; tahkim anlaşmasını, salt usûl sözleşmesi yahut salt maddî hukuk sözleşmesi olarak görmemek gerekmektedir. Tahkim anlaşması, hem maddî hukuka hem usûl hukukuna ait özellikler gösteren karma sözleşme niteliğindedir.

¹⁰⁷ **Girsberger/Gabriel**, s. 821. Ayrıca bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 17/03/1975 tarihli kararı, *Jugomineral gegen Grillo Werke AG*, BGE 101 II 168. Bahse konu karar için bkz. www.servat.unibe.ch, (son erişim tarihi: 15/10/2016). Federal Mahkeme 15 Mart 1990 tarihli bir başka kararında da, tahkim anlaşmasının usûl sözleşmesi niteliğinde olduğuna ve bu sebeple tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili olarak nihayetinde kantonların usûl kanunlarına bakmak gerektiğine hükmetmiştir: BGE 116 Ia 56. Bahse konu karar için bkz. www.servat.unibe.ch, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

¹⁰⁸ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2015/3406, K. 2015/5374. Bahse konu karar için bkz. www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

¹⁰⁹ **Yavuz**, s. 143-144. Tahkim anlaşmasının hem usûl hukuku hem borçlar hukukuna ait bir sözleşme olduğu yönünde ayrıca bkz. **Lew**, Julian D. M., "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause", ICCA Congress Series No:9, Ed. van den Berg, Albert Jan, Kluwer Law International 1999; s. 114; **Girsberger/Gabriel**, s. 822; **Schütze**, Rolf, A., *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*. München, 2012, s. 63.

¹¹⁰ **Girsberger/Gabriel**, s. 822.

Ayrıca tahkim anlaşması salt usûl hukukuna ait bir akit olarak görüldüğü vakit, usûl hukukundaki *lex fori* ilkesinin hâkimiyeti dolayısıyla, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hükümlerini *for*'un kendi hukukuna bağlama sonucuna ulaşılır. Bu durum, milletlerarası ticaret alanında kabulü mümkün ve makul bir çözüm olmayacaktır. Zira tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hükümlerini hâkimin kendi hukukuna bağlamak, belirsizlik ve tesadüfi sonuçlara yol açmaya müsaittir¹¹¹.

Bu doğrultuda, doktrinde tahkim anlaşması usûlî ilişkiler üzerinde etki doğuran bir maddî hukuk sözleşmesi olarak da nitelendirilmektedir¹¹². Alman Federal Mahkemesi de, tahkim anlaşmasını usûlî ilişkiler üzerinde etki doğuran bir maddî hukuk sözleşmesi şeklinde nitelendirmiştir¹¹³.

1.4.4. Çalışmamız Konusu Açısından Tahkim Anlaşmasının Niteliğinin Önemi

Tahkim anlaşmasının hukukî niteliği, bu çalışmanın konusu açısından da önemli bir meseledir. Tahkim anlaşması tamamen maddî hukuka ait bir sözleşme olarak görüldüğü takdirde, asıl sözleşmenin yokluğu veya geçersizliği durumunda mantıklı bir şekilde tahkim anlaşmasının da geçersiz olacağı; oysa tahkim anlaşmasının usûlî yönü kabul edilirse, maddî hukuka ait asıl sözleşme ve tahkim anlaşmasının birbirinden ayrı ve bağımsız olacağı ileri sürülebilmektedir¹¹⁴. Başka bir deyişle, tahkim anlaşmasını diğer tüm borçlar hukuku sözleşmeleri gibi maddî hukuka ait olarak nitelediğimiz vakit, ilişkili olduğu asıl sözleşmeden ayrılabilir olduğunu da savunmak güçleşecektir. Zira

¹¹¹ **Nomer**, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2015, s. 547. Karma görüş taraftarlarının en temel endişesi uygulanacak hukuk noktasında kendisini göstermekte ve bu görüş taraftarları bu yüzden tahkim anlaşmasını usûl hukuku sözleşmesi olarak gören görüşe karşı çıkmaktadır: **Wagner**, s. 579.

¹¹² **Heinz-Schwab**, Karl, “Probleme der Prozesshandlungslehre”, Festschrift für Gottfried Baumgartel Zum 70. Geburtstag, Ed. Prütting, Hans, Köln/Berlin/Bonn/München 1989, s. 509. Tahkim anlaşmasının karma niteliği dolayısıyla, tahkim anlaşmasının, usûlî ilişkiler üzerinde etki doğuran bir maddî hukuk sözleşmesi veya sözleşmeler hukuku hükümlerinin uygulandığı bir usûl hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Lionnet/Lionnet**, s. 180.

¹¹³ Bknz. Alman Federal Mahkemesi'nin 22/05/1967 tarihli kararı, BGHZ 23, 198. Bahse konu karar için bkz. www.jurion.de, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

¹¹⁴ **Hesselbarth**, Franziska, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, (Teil) Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts, Jena, 2004, s. 50.

tahkim anlaşmasının, ilişkili olduğu asıl sözleşmeden nitelik olarak herhangi bir farklılığı ileri sürülemeyecektir.

Konu ile ilgili olarak; 1915 yılına ait, eski bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı dikkat çekmektedir. Karara konu inşaat sözleşmesinde, sözleşmeden kaynaklanan bir takım uyuşmazlıkların mimar tarafından çözümleneceğine dair kayıt yer almaktadır. Federal Mahkeme; inşaat sözleşmesi maddî hukuk hükümlerine tâbi olsa da, tahkim kaydının usûlî niteliği gereği usûl hukuku hükümlerine tâbi olacağını belirtmiştir. Bunun sonucunda Yüksek Mahkeme, usûl hukukunun federal düzeyde düzenlenmemiş olması dolayısıyla, her ne kadar federal düzeyde sözleşmeler hukuku kuralları çerçevesinde kısmen inceleme yetkisi olsa da, sözleşme içerisindeki tahkim kaydının geçerliliği meselesinin nihayetinde kanton mahkemelerince karara bağlanması gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁵. Görüldüğü üzere, tahkim kaydı şeklinde düzenlenen tahkim anlaşması; Federal Mahkeme tarafından, usûl hukukuna ait niteliği göz önüne alınarak, sözleşmenin geri kalanından nitelik olarak ayrı tutulmuştur.

Nitekim öğretilerde de asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği açıklanırken tahkim anlaşmasının usûlî yönüne vurgu yapılmaktadır ve tahkim anlaşmasının niteliğinin ve usûlî yönünün ayrılabilirlik prensibinin sebeplerinden olduğu ifade edilmektedir¹¹⁶.

1.5. TAHKİM ANLAŞMASININ BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI

1.5.1. Hakem Sözleşmesi ve Tahkim Anlaşması

Taraflar ve hakem (veya hakemler) arasında uyuşmazlığın çözümü konusunda yapmış oldukları sözleşmeye hakem sözleşmesi denilmektedir¹¹⁷. Hakem sözleşmesi ile,

¹¹⁵ Bknz İsviçre Federal Mahkemesi'nin 28/05/1915 tarihli kararı, *Chr. Jörg gegen B. Jörg*, BGE 41 II 534. Bahse konu karar için bknz. www.servat.unibe.ch, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

¹¹⁶ Bknz. **Born**, s. 360; **Kuru**, s. 5941-5942; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 604; **Lionnet/Lionnet**, s. 181-182; **Yeğengil**, s. 176-177.

¹¹⁷ **Taşkın**, s. 8; **Kuru**, VI. Cilt, s. 5997; **Şanlı**, 248.

hakemler uyuşmazlığın çözümünü, taraflar da uyuşmazlığın çözümü karşılığında hakemlere bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir¹¹⁸.

Öğretide hakem sözleşmesinin borçlar hukukuna tâbi bir sözleşme ve vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁹. Hakem sözleşmesi borçlar hukuku alanına ait bir sözleşmedir¹²⁰ ve çeşitli yönleriyle de vekâlet akdine benzemektedir¹²¹. Hakem sözleşmesi çeşitli yönlerden vekâlet akdine benzemekle birlikte, hakemleri taraflardan birinin menfaatine iş gören vekil olarak da görmemek gerekir. Hakemler görevlerini yerine getirirken taraflardan bağımsızdır. Ayrıca, hakemlere ödenmesi gereken ücret bakımından, her iki taraf da borçlu olduğu gibi, hakemler de her iki tarafa karşı sorumludur¹²².

Tahkim anlaşması ise, açıklanan tanım ve unsurları çerçevesinde hakem sözleşmesinden farklı olmaktadır. Hakem sözleşmesi, uyuşmazlığın tarafları ve hakem (veya hakemler) arasında akdedilirken; tahkim anlaşmasını, uyuşmazlığın tarafları kendi aralarında akdetmekte ve bu anlaşmayla uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini kararlaştırmaktadırlar. Böylece tahkim anlaşması ile hakem sözleşmesinin tamamen farklı olduğu ve farklı hususları konu edindiği söylenebilecektir. Bu bağlamda, tahkim anlaşması ve hakem sözleşmesinin, birbirinden ayırt edilmesi yerinde olacaktır¹²³.

¹¹⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 651.

¹¹⁹ **Akıncı**, s. 15. Ayrıca bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 1989/1023, K. 1989/2841: “*Bilindiği gibi uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında oluşan hukukî ilişkide galip unsur vekâlet ilişkisidir.*” Bahse konu karar için bkz. www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 15/10/2016). Hakem sözleşmesinde vekâlet unsuru baskın olup, vekâlete ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde hakem sözleşmesine de uygulanmasında bir sakınca bulunmamaktadır: **Taşkın**, s. 37.

¹²⁰ **Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe**, s. 549. *Karş.* Bir başka görüşe göre ise, hakem sözleşmesi, tamamen borçlar hukukuna ait değildir ve usûl hukukuna ilişkin sonuçlar da doğurmaktadır: **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 652.

¹²¹ Hakem sözleşmesinin, eser, hizmet ve vekâlet sözleşmeleriyle benzeşen ve benzeşmeyen yönleri hakkında bkz. **Vorgt**, Stephan A., *Der Schiedsrichtervertrag nach Schweizerischem und internationalem Recht*, Aachen, 1996, s. 97 vd; **Taşkın**, s. 23 vd. Hakem sözleşmesinin Kıta Avrupası Hukuku sistemindeki herhangi bir sözleşmenin benzeri olmadığı ve bu yönüyle kendine özgü (*sui generis*) sözleşme olduğu görüşü için ayrıca bkz: **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 607-608; **Taşkın**, s. 30-31.

¹²² **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 652. Hakemler; sadece tahkim yargılamasının taraflarına karşı değil, aynı zamanda tahkim kurumlarına karşı da bağımsızdır: **Taşkın**, s. 37.

¹²³ Nitekim Roma Hukuku’nda da tarafların hakemler ile yaptıkları anlaşma “*receptum arbitri*” olarak ifade edilirdi ve bu anlaşma tarafların uyuşmazlığı hakeme götürmek konusunda kendi aralarında yaptıkları ve “*compromissum*” denilen tahkim anlaşmasından farklıydı: **Söğüt**, s. 127.

Bu çalışma çerçevesinde tahkim anlaşması ve asıl sözleşme arasındaki hukukî ilişki incelenecek ve bu iki sözleşmenin ayrılabilirliği araştırma konusu yapılacaktır. Ayrıca ilginçtir ki, tahkim anlaşması geçersiz olsa bile, hakem sözleşmesinin geçerli olacağı, aksi hâlde tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmedildiğinde hakemin ücret alacağına sözleşmesel temelinin ortadan kalkacağı ileri sürülmektedir¹²⁴. Böylece hakem sözleşmesi de tahkim anlaşmasından ayrılmakta ve onun hukukî kaderini paylaşmamaktadır¹²⁵. Bu durum; bu çalışmanın konusunun kapsamı dışında olsa da, farklı nitelik, amaç ve fonksiyona sahip sözleşmelerin hukukî kaderlerinin ayrı tutulabildiğini göstermesi açısından çarpıcı bir örnektir. Bu sözleşmelerin birbirleri ile yakın ilişki içerisinde olması ve birlikte akdedilmesi de bunu değiştirmemektedir.

1.5.2. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesi ve Tahkim Anlaşması

Hakem-bilirkişilik kurumu tahkim yargılamasından, hakem-bilirkişi sözleşmesi de tahkim anlaşmasından farklıdır. Bu yüzden, bu kavramların birbirine karıştırılmaması veya birbirinin yerine kullanılmaması gerekmektedir. Öncelikle hakem-bilirkişiler, tahkim yargılamasındaki hakemlerden farklıdır. Hakem; tıpkı devlet yargısındaki hâkimler gibi, uyuşmazlığı çözer ve icraya elverişli hüküm vermekle mükelleftir. Hakem-bilirkişi ise, bir hukukî meselenin halli için gereken bir vakıayı belirlemekle görevlendirilen kişidir¹²⁶. Hakem-bilirkişiler hukukî uyuşmazlığı esastan çözmekte; sadece bir vakıa hakkında uzmanlıkları vasıtasıyla tespitte bulunmaktadır¹²⁷. Hakem-bilirkişiler uyuşmazlığı çözmeyeceği ve kararları sadece tespitten ibaret olacağı için, uyuşmazlığın çözülmesinde, nihayetinde yargılama faaliyetine ihtiyaç duyulacağı açıktır. Hakem-bilirkişilerin yaptıkları iş de sadece bir tespitten ibaret olduğundan, raporlarının da doğrudan doğruya icra edilmesi mümkün değildir¹²⁸. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi; Türk hukukunda, ağırlıklı olarak münhasır bir delil sözleşmesi olarak kabul

¹²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 652.

¹²⁵ Tahkim anlaşması ile hakem sözleşmesinin arasında sınırlı bir ilişki olmakla birlikte, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin hakem sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceği yönünde ayrıca bkz. Taşkın, s. 214 vd.

¹²⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 765.

¹²⁷ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, III. Cilt, s. 2914, (III. Cilt).

¹²⁸ Kuru, III. Cilt, s. 2916; Yeğengil, s. 147.

edilmekle birlikte, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği üzerinde tartışmalar da mevcuttur¹²⁹.

Sonuç olarak, hakem-bilirkişiyeye başvurulması yönünde tarafların anlaşmasını sağlayan hakem-bilirkişilik sözleşmesi de tahkim anlaşmasından tabiatıyla farklı olacaktır. Tahkim, istinaî bir yargılama yolu olup; tahkim yargılaması sonucunda, uyuşmazlığın çözüme kavuşturularak maddî anlamda icra edilebilir bir karar verilmesi amaçlanmaktadır. Tahkim; sadece maddî hadiselerin tespiti, bunlar hakkında sahip olunan özel yahut teknik bilginin sunulması veya çekişmeli vakıaların özel bilgi yardımı ile tespitinden ibaret olmadığı için, hakem-bilirkişilik, bilirkişilik, bilirkişi-şahitlik gibi müesseselerden farklılaşmaktadır¹³⁰. Dolayısıyla işlev, amaç ve fonksiyon itibarıyla tahkim yargılamasına hayat veren tahkim anlaşması ile hukukî uyuşmazlığa konu vakıaların tespitine yönelik olarak akdedilen ve Türk hukukunda ağırlıklı olarak bir delil sözleşmesi olarak kabul edilen hakem-bilirkişilik sözleşmesi de farklı olacaktır.

1.5.3. Yetki Sözleşmesi ve Tahkim Anlaşması

Tahkim anlaşması ve yetki sözleşmesi birçok açıdan benzeşmektedir. Öncelikle her iki sözleşme de uyuşmazlığı çözmek konusunda yetkili olmayan mahkeme veya kişi/kişilere uyuşmazlığı çözüme yetkisi bahşetmektedir¹³¹. Ayrıca yetki sözleşmelerinin hukukî niteliği üzerinde de, tahkim anlaşmasında olduğu gibi, tartışmalar mevcuttur¹³².

¹²⁹ Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği üzerine tartışmalar için bkz. **Taşpınar**, Sema, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara, 2001, s. 142 vd. Ayrıca bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2013/1574, K. 2013/2445: “...hakem bilirkişiyeye müracaat koşulu, bir dava koşulu olmayıp HMK'nın 193. maddesinde yer alan bir delil anlaşmasıdır”. Bahse konu karar için bkz. www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 15/10/2016). Hakem bilirkişilik sözleşmesinin münhasır delil sözleşmesi olduğu yönünde ayrıca bkz. **Kuru**, III. Cilt, s. 2908.

¹³⁰ **Kalpsüz**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 344.

¹³¹ **Yeğengil**, s. 178.

¹³² Bu yöndeki tartışmalar için bkz: **Sargın**, Fügen, Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s. 93-98; **Bolayır**, Nur, Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul, 2009, s. 37.

Hâkim görüş ise, bir sözleşmenin maddî hukuka mı yoksa usûl hukukuna mı ait olduğunun tespitinde, sözleşmenin hangi hukuk alanında etki doğurduğuna bakmakta ve bu yönüyle de yetki sözleşmelerini bir usûl hukuku sözleşmesi olarak görmektedir: **Erdoğan**, Ersin, Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara, 2016, s. 122-123.

Tahkim anlaşması ile yetki sözleşmesi arasında mevcut olan ve konumuz açısından daha önemli olan benzerlik ise, yetki sözleşmesinin de asıl sözleşme ile ilişkisi inceleme ve tartışma konusu yapılmaktadır. Asıl sözleşmenin geçersizliği veya sona ermesi gibi durumların, yetki sözleşmesini nasıl etkileyeceği bir sorun olarak karşımıza çıkabilmektedir. Doktrinde baskın görüş ise; yetki sözleşmesi ister asıl sözleşme içerisinde yetki kaydı şeklinde isterse müstakil bir şekilde düzenlensin, ortada asıl sözleşme ve yetki sözleşmesi olmak üzere, iki farklı sözleşme olduğu yönündedir. Bu yönüyle de, asıl sözleşme veya yetki sözleşmesinden birinin geçersizliği yahut sona ermesinin diğerini etkilemeyeceği kabul edilmektedir¹³³.

Çeşitli benzerliklere karşın, tahkim anlaşmasının yetki sözleşmelerinden de ayırt edilmesi gerekmektedir. Tahkim anlaşmasında, uyuşmazlığın özel bir kişi veya kişiler tarafından çözümü kararlaştırılırken; yetki sözleşmesinde, uyuşmazlığın çözümü için bir mahkemenin seçimi kararlaştırılmaktadır¹³⁴. Bu yönüyle, tahkim anlaşması ve yetki sözleşmesi birbirinden farklılaşmaktadır.

1.6. TAHKİM ANLAŞMASININ ŞEKLİ

1.6.1. Asıl Sözleşme İçerisinde Bir Kayıt Olarak veya Müstakil Bir Sözleşme Olarak Düzenlenmesi Bakımından Tahkim Anlaşması

Taraflar; tahkim anlaşmasını, akdettikleri bir sözleşmenin içerisine koyabilecekleri tahkim kaydı (*die Schiedsklausel*) veya müstakil bir tahkim anlaşması (*die Schiedsabrede*) şeklinde düzenleyebilmektedirler¹³⁵. En başta New York Konvansiyonu

¹³³ **Sargın**, s. 241; **Bolayır**, s. 55; **Erdoğan, E.**, s. 128. Nitekim İsviçre hukuk doktrininde, yetki sözleşmelerinin asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, oybirliği ile kabul edilmektedir. Ayrıca yetki sözleşmelerinin ayrılabilirliği anlayışının, İsviçre hukukunda, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği fikrinden daha önce ortaya çıktığı da ileri sürülmektedir: **Hoffmann-Nowotny**, Hortmann, *Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren*, Zürich/St. Gallen, 2010, s. 152. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bahse konu tutumu için ayrıca bkz. **Yeğengil**, s. 178.

¹³⁴ **Born**, s. 257.

¹³⁵ **Akıncı**, s. 98; **Şanlı**, s. 248-249; **Baumbach**, Adolf/ **Lauterbach**, Wolfgang/ **Albers**, Jan/ **Hartmann**, Peter, *Zivilprozessordnung*, München, 2014, s. 2617; **Kalpsüz**, *Tahkim Anlaşması*, s. 1029. *Karş. ZPO m. 1031/ f. 5 hükmüne göre ise, bir tarafı tüketici olan tahkim anlaşmalarının ayrı ve müstakil bir sözleşme olarak düzenlenmesi veya tahkim kaydı şeklinde düzenlendiği durumda da taraflarca ayrıca imzalanması gerekmektedir. Söz konusu hükmün 4. cümlesi uyarınca, bahse konu*

m. II/ f. 2 hükmü tahkim anlaşmasının her iki şekilde yapılabilmesine inkân tanımaktadır. Bu durum UNCITRAL Model Kanunu m. 7 hükmünün birinci versiyonu için de geçerlidir. Bu doğrultuda MTK da “*Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir*” hükmünü getirmiştir (m. 4/ f. 1/ c. 2). Bu çalışmada da, müstakil nitelikteki tahkim anlaşması ve tahkim kaydını her ikisini de kapsayacak şekilde “tahkim anlaşması” (*die Schiedsvereinbarung*) kavramı kullanılmıştır. Esasen, sözleşme dışı uyuşmazlıklar ve tarafların sonradan tahkim yolunu kararlaştırdıkları durumlar bir tarafa bırakılacak olursa müstakil tahkim anlaşmasının uygulaması nadirdir. Taraflar; ayrı bir tahkim anlaşması düzenlemek yerine, genellikle asıl sözleşmeye konulan tahkim kaydı düzenlemektedirler¹³⁶.

Müstakil nitelikteki tahkim anlaşması uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılabileceği gibi, uyuşmazlık çıkmadan önce de yapılabilmektedir¹³⁷. Dolayısıyla müstakil olarak düzenlenen tahkim anlaşmasının sadece uyuşmazlık doğduktan sonra yapılabileceğini söylemek yanlış olacaktır. Hem müstakil tahkim anlaşması hem de tahkim kaydı tamamen aynı hükümlere tâbidir ve bu nedenle uyuşmazlığın doğduğu zaman bakımından müstakil nitelikteki tahkim anlaşması ile tahkim kaydı arasında fark yoktur¹³⁸.

Tahkim kaydı ve müstakil nitelikteki tahkim anlaşması arasında, uyuşmazlığın doğduğu zaman bakımından bir fark olmadığı gibi; bu iki şekildeki tahkim anlaşmalarının maddî ve şeklî geçerliliği, kapsamı ve yorumu konusunda da fark bulunmamaktadır. Tahkim anlaşması, ister asıl sözleşmeden müstakil olarak yapılsın ister tahkim kaydı şeklinde yapılsın, aynı geçerlilik ve yorum kurallarına tâbidir¹³⁹. Bu çerçevede, tahkim kaydı ve

şekil şartı, noter tarafından onaylanan veya düzenlenen tahkim anlaşmaları bakımından uygulanmayacaktır. Bu hükümde belirtilen şekil şartının, hem tüketici tarafından hem de tahkim anlaşmasının karşı tarafınca ileri sürülebilmesi mümkündür: **Böckstiegel/Kröll/Nacimiento**, s. 134-137.

¹³⁶ **Akıncı**, s. 88-89.

¹³⁷ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 598: “*Müstakil nitelikteki tahkim sözleşmesi ihtilâf çıkmadan önce yapılabileceği gibi ihtilâfın doğmasından sonra da yapılabilir.*” Aynı yönde ayrıca bkz. **Redfern/Hunter**, s. 86; **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 202. *Karş.* **Karadağ**, s. 61-62

¹³⁸ **Kalpsüz**, Tahkim Anlaşması, s. 1030. Aksi yönde görüş için bkz. **Ertekin**, Erol/ **Karataş**, İzzet, Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, s. 54-55.

¹³⁹ **Yeşilova**, s. 238-239.

müstakil tahkim anlaşması arasında yapılan ayrımın gereksiz bir ayrım olduğu da ifade edilmektedir¹⁴⁰.

Esasen ayrılabilirlik prensibi kapsamında müstakil olarak akdedilen tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı ve bağımsız olduğunun kabulü daha kolay olsa gerektir. Tahkim anlaşmasının; asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmesi durumunda, tahkim anlaşması kendisi münferit bir sözleşme niteliğinde olduğundan dolayı, geçerliliği ayrı olarak değerlendirilecektir. Asıl mesele, tahkim kaydının asıl sözleşme içerisinde yer alması durumunda, asıl sözleşmenin geçerliliği veya sona ermesine ilişkin itirazların, tahkim kaydını nasıl etkileyeceği meselesidir¹⁴¹. Daha zor olan husus; asıl sözleşme içerisinde olan ve görünüşte sözleşmenin diğer alelade şartlarına benzeyen tahkim anlaşmasının, asıl sözleşmeden ayrılabilirliğini kabul etmektir. Bu çerçevede, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini düzenleyen UNCITRAL Model Kanun m. 16 hükmü sadece tahkim kaydından bahsetmektedir. İngiliz Tahkim Kanunu m. 7 hükmünde de, ayrılabilirlik prensibi, “tahkim kaydının ayrılabilirliği” şeklinde ifade edilmektedir. Hâl böyleyken ve tahkim kaydı şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmalarının asıl sözleşme ile daha yakın ilişki içinde olduğu açık iken; bu çalışma kapsamında belirtilen durumlar ve sunulacak örneklerde sıklıkla asıl sözleşme içerisindeki tahkim kaydından bahsedilmesi makul kabul edilmelidir.

Bununla birlikte, doktrinde işaret edildiği üzere, müstakil tahkim anlaşmasının da asıl borç ilişkisiyle ilgili/ilintili olduğu gerçeği de göz ardı edilmemelidir¹⁴². Dolayısıyla tahkim anlaşmasının, müstakil bir anlaşma şeklinde yapıldığı hâlde de, tahkim anlaşmasını asıl sözleşmeden tamamen bağlantısız görmemek gerekir. Müstakil tahkim anlaşmasının da asıl borç sözleşmesiyle yakın ilişkisi dolayısıyla ve asıl sözleşmenin hukuken mevcut veya geçerli olmadığına ilişkin itirazların müstakil olarak düzenlenmiş tahkim anlaşmasının akıbetini de tehlikeye düşürme ihtimaline binaen bu çalışmada tahkim şartı ve müstakil tahkim anlaşması ayrımı gözetilmemiştir. Bu çalışmada, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği konusunda, sıklıkla tahkim kaydı şeklinde düzenlenen tahkim anlaşması söz konusu olsa da, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğine

¹⁴⁰ Esen, Teşmil, s. 46.

¹⁴¹ Erkan, s. 82; Yeşilova, s. 239; Lew/Mistelis/Kröll, s. 101.

¹⁴² Yeşilova, s. 239.

ilişkin açıklamalar, esas itibariyle müstakil şekilde düzenlenen tahkim anlaşması açısından da geçerli olacaktır. Bu çerçevede, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini düzenleyen MTK m. 4/ f. 4 hükmü de, sadece tahkim kaydından bahsetmemekte ve “tahkim anlaşması” ifadesini kullanmaktadır.

Sonuç olarak, bu çalışmanın konusu açısından, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği gereği tahkim anlaşması; ister müstakil bir sözleşme olarak yapılsın, isterse asıl sözleşme içine konan tahkim kaydı şeklinde yapılsın, asıl sözleşmeden ayrıdır. Tahkim anlaşmasının geçerliliği de asıl sözleşmenin geçerliliğinden ayrı olarak belirlenecektir¹⁴³.

1.6.2. Genel Olarak Yazılılık Şartı

Tahkim anlaşmasının hangi şekilde yapılacağı hususunda hem ulusal kanunlarda hem uluslararası metinlerde çeşitli düzenlemeler yapılmış olup, bu düzenlemelerde tahkim anlaşmalarının yazılı olarak yapılması veya yazılı olarak ispat edilmesi hükme bağlanmış durumdadır¹⁴⁴. Yazılılık şartını öngören düzenlemelerin genel gerekçesi ise, tahkim anlaşmasının mahkemeye başvuru imkânını ortadan kaldırması olup¹⁴⁵; yazılılık şartıyla birlikte tarafların tahkime yönelik bir anlaşma yaptıkları konusunda belirliliğin sağlanması amaçlanmaktadır¹⁴⁶.

New York Konvansiyonu m. II/ f. 1 hükmü, âkit devletlerin uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine yönelik olarak tarafların akdettikleri yazılı anlaşmaları mûteber addedeceğini hükme bağlamıştır. Konvansiyon’un aynı maddesinin ikinci fıkrası ise, yazılılık şartından ne anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bu hükme göre; “*Yazılı anlaşma*” terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır.” Bahse konu hükmün tahkim anlaşmasının şekliyle ilgili olarak en önemli

¹⁴³ **Özel**, Sibel, Uluslararası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, 2008, s. 62.

¹⁴⁴ **Esen**, Emre, “Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, MHB, Yıl 28, Sa. 1–2, 2008, s. 65, (*Tahkim Anlaşmalarının Şekli*).

¹⁴⁵ **Esen**, Tahkim Anlaşmalarının Şekli, s. 65; **Kaplan**, s. 29.

¹⁴⁶ **Mbaye**, Kabe, “Arbitration Agreements: Conditions Governing Their Efficacy”, ICCA Congress Series No:9, Ed. van den Berg, Albert Jan, Kluwer Law International 1999, s. 98-100; **İlhan**, Hüseyin Afşın, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Ankara, 2016, s. 37-38.

düzenleme olduğu ifade edilmektedir. Zira New York Konvansiyonu, azamî şekil zorunluluğu getirmekte olup; âkit devletler Konvansiyon'a göre şeklen geçerli tahkim anlaşmalarını şekil yönünden müteber sayacaklarını taahhüt etmişlerdir¹⁴⁷.

Bununla birlikte, özellikle milletlerarası ticarî tahkim uygulamasının gelişme göstermesi sonucu, yazılı şekil şartı da gelişme göstermiş ve esnetilmiştir. Bu doğrultuda, pozitif hukuk düzenlemelerinde yazılılık şartının yerine gelmesini sağlayan birden fazla imkâna yer verilmeye çalışılmıştır¹⁴⁸. Ayrıca iletişim teknolojisindeki gelişmeler de tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasını kolaylaştıran düzenlemelerin dayanağı durumundadır¹⁴⁹. Bu doğrultuda iletişim imkânlarının gelişmesi sonucu, New York Konvansiyonu'ndan daha esnek düzenlemeler sevk edilmeye başlanmıştır¹⁵⁰.

UNCITRAL Model Kanun'da da, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması öngörülmele birlikte; Model Kanun'un 7. maddesinin ilk versiyonunun üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarında tahkim anlaşmasının yazılılık şartının hangi hâllerde gerçekleşmiş sayılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre; herhangi bir şekilde akdedilen tahkim anlaşmasının kayıt altına alınmış olması veya tekrar ulaşılabilir olmak kaydıyla elektronik ileti yoluyla akdedilmiş olması veya sözleşmenin bir parçası olacak şekilde tahkim kaydı içeren bir belgeye atf yapılması veya taraflar arasında dilekçeler teatisinde taraflardan birinin tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ilişkin iddiasına, karşı tarafça itiraz edilmemiş olması hâllerinde yazılılık şartı yerine gelmiş sayılacaktır.

Türk hukukunda da yazılılık şartının hangi hâllerde gerçekleşmiş olduğu düzenlenmiş olup; Türk hukukundaki düzenlemelerin, genel olarak Model Kanun'daki düzenlemeye paralel ve uygun olduğu söylenebilir¹⁵¹. Bu doğrultuda MTK m. 4/ f. 2 hükmü, "*Tahkim*

¹⁴⁷ **Wolff**, Reinmar (ed.), *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958*, München, 2012, para. 72-77; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 112-113. Konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Born**, s. 667 vd.

¹⁴⁸ **Özel**, s. 62; **Deren-Yıldırım**, s. 44.

¹⁴⁹ **Şit**, *Yazılı Şekil Şartı*, s. 412.

¹⁵⁰ **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 114. New York Konvansiyonu için, tahkim anlaşmaları için imza zorunluluğu olup olmadığı tartışmalı idi. Ulusal hukuk düzenlemeleri ise, New York Konvansiyonu'ndan daha esnek hükümler getirerek, imza zorunluluğunu açık bir şekilde esnetme yoluna gitmişlerdir: Bknz. **Redfern/Hunter**, s. 90 vd.

¹⁵¹ **İlhan**, s. 40.

anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.” demek suretiyle yazılılık şartını öngörmekte ve yazılılık şartının hangi durumlarda yerine getirilmiş sayılacağını düzenlemektedir¹⁵².

Türk hukukunda, bir hukukî işlemin yazılı olması, yazılı metin ve imza anlamına gelmektedir. Bu itibarla, ancak taraflarca imzalanmış bir yazılı metnin varlığı hâlinde Türk hukuku açısından yazılılık şartı sağlanmış olacaktır¹⁵³. O hâlde; adi yazılı şekilden genel olarak anlaşılan şekilde, tahkim iradesini ortaya koyan yazılı bir metnin imzalanması suretiyle, tahkim anlaşması akdedilebilecektir. Bununla birlikte; MTK m. 4/ f. 2 hükmünde ise, tahkim anlaşmasının taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olmasının da yazılılık kapsamına alındığı görülmektedir. Tahkim anlaşması açısından öngörülen “yazılı olma” şartının, tahkim hukukuna özgü bazı özellikleri bulunmaktadır. Tahkim anlaşması için, yazılı şekil şartının yerine getirilmesi için, imza unsurunun mevcudiyetine her zaman ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁵⁴. Bu bağlamda, teati edilen bir iletişim aracı ya da elektronik ortama geçirilmiş olan tahkim anlaşmaları için elle ya da elektronik imza zorunluluğu bulunmadığı söylenebilecektir¹⁵⁵. Dolayısıyla yazılı şeklin gerçekleşmesi için mutlak olarak aranan imza şartının gerekliliği kuralının, tahkim anlaşmasının şekli konusunda yumuşatılmış olduğunu belirtmek isabetli olacaktır.

Ayrıca yazılılık şartı bakımından MTK m. 4/ f. 2/ c. 3 hükmü; “*Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.*” demekte ve bu bağlamda

¹⁵² Ayrıca bkz. HMK m. 412/ f. 3.

¹⁵³ **Özel**, s. 64. Ayrıca bkz. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 5/ f. 1: “*Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur*” (RG 23.01.2004-25355).

¹⁵⁴ **Ekşi**, Incorporation, s. 45; **Özel**, s. 64; **Redfern/Hunter**, s. 90.

¹⁵⁵ **Özel**, s. 64. Ayrıca bkz. **Şit**, Yazılı Şekil Şartı, 420; **Akıncı**, s. 119.

incorporation yoluyla yapılan tahkim anlaşmaları bakımından yazılılık şartının yerine gelmiş olacağını hükme bağlamaktadır¹⁵⁶. Nitekim *incorporation* yolu ve standart sözleşmelere göndermede bulunulması, uluslararası ticarete yaygın bir şekilde kullanılmaktadır¹⁵⁷. Bu şekilde yapılan tahkim anlaşmalarının da yazılılık şartı kapsamında geçerli addedilmesinin, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına cevap verebilmek açısından önemli olduğu söylenebilir.

Tahkim anlaşmasının bir belgeye yollama yapılması yoluyla yapılmasında asıl tartışmalı olan mesele, tahkim kaydından ayrıca ve açıkça söz edilmeksizin tahkim kaydının olduğu tip sözleşme veya genel işlem şartlarına yapılan genel bir yollama yapılması durumunda tahkim kaydının taraflar açısından bağlayıcılığıdır¹⁵⁸. MTK'daki düzenlemede, belgenin tamamına yönelik genel bir yollama yapmak yeterli görülmüştür. Böyle bir durumda, taraflar, yollama yapılan belgede tahkim kaydı olduğunu bilmedikleri iddiasında bulunamayacaklardır¹⁵⁹.

Ayrıca, UNCITRAL Model Kanun'daki düzenlemeye paralel şekilde, Milletlerarası Tahkim Kanunumuzun açık hükmü gereği; dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine, davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması da şekil şartının yerine getirilmesi için yeterli olmaktadır (MTK m. 4/f. 2/c. 2). Böylelikle kanunda öngörülen yazılılık şartını sağlamayan ve şekil eksikliği taşıyan bu tür tahkim anlaşmaları, karşı tarafın itirazda bulunmaması ile şekil açısından geçerlilik kazanabilmektedir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ **Deren-Yıldırım**, s. 49-50.

¹⁵⁷ **Craig/Park/Paulson**, s. 60; **Ekşi**, Incorporation, s. 47 vd.; **Born**, s. 819.

¹⁵⁸ **Ekşi**, Incorporation, s. 38.

¹⁵⁹ **Özel**, s. 64-65; **Yeşilova**, s. 302, **Kalpsüz**, Tahkim Anlaşması, s. 1038-1039; **Şanlı**, s. 324. Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. **Ekşi**, Incorporation, s. 113 vd.

Model Kanun'da da tahkim kaydı içeren belgeye yapılan genel bir yollamanın yeterli olduğu ve tarafların ayrıca tahkim kaydına yönelik yollama yapmalarına gerek olmadığı yönünde bkz. **Roth**, s. 988.

Karş. Başka bir görüşe göre, MTK'da açıkça zikredilmese de, böyle bir yollamanın açıkça tahkim kaydına yönelik olması gerekmektedir. Zira tahkim, istinaî bir yargılama yolu olup; tarafların tahkim iradelerinin şüphe olmayacak şekilde açık olması gerekmektedir: **Esen**, Teşmil, s. 164.

Konumuz açısından önemli olan tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi de tahkim kaydına yönelik olarak spesifik bir yollamayı zorunlu kılmamaktadır: Bknz. **Born**, s. 820.

¹⁶⁰ **Deren-Yıldırım**, s. 48-49. MTK m. 4/ f. 2'de düzenlenen durum UNCITRAL Model Kanun'daki düzenlemeden farklılaşmakta ve "yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine"

Hemen belirtmek gerekir ki, esas itibariyle, tahkim anlaşmasının şekline ilişkin olarak uluslararası sözleşmeler, UNCITRAL Model Kanun ve Model Kanun'u esas alan ulusal düzenlemelerde yer alan normlar maddî devletler özel hukuku kurallarıdır¹⁶¹. Uyuşmazlıkla ilgili maddî milletlerarası özel hukuk kuralı olması durumunda; hâkimin kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurmadan maddî milletlerarası özel hukuk kuralını uygulaması gerekir¹⁶². Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliği konusunda, hukukî işlemlerin şekline ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınmayacaktır¹⁶³.

Ayrıca, konu tartışmalı olmakla birlikte; Model Kanunu esas alan devletlerin mahkemeleri, tahkim anlaşmasının şekline ilişkin olarak ulusal hukuk düzenlerindeki maddî milletlerarası özel hukuk normlarını, tahkim yerinin başka ülke olduğu zamanlarda da uygulama eğilimindedirler¹⁶⁴.

1.7. TAHKİM ANLAŞMASINA UYGULANACAK HUKUK

Tahkim anlaşmasının esasına ve şekline uygulanacak hukuk farklı olabileceğinden tahkim anlaşmasının şekline ve esasına uygulanacak hukukun ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Tahkim anlaşmasının şekli, maddî milletlerarası özel hukuk kuralları ile

ibaresini ihtiva etmek suretiyle sözlü tahkim anlaşması iddialarını dışlamaktadır. Başka bir deyişle, MTK'nın ifadesine göre davacının herhangi bir tahkim anlaşmasından ziyade yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığını iddia etmesi gerekmektedir: **Deren-Yıldırım**, s. 48. *Karş. Yeşilova*, s. 282, (144 no'lu dipnot): “*En azından hakemlerin, MTK'nın 4/II. maddesine konu edilen ve sözlü tahkim anlaşmalarını kapsam dışı bıraktığına inanılan ayırımın uygulanabilmesi için, davacıyı, taraflar arasında herhangi bir tahkim anlaşması olup olmadığı ve varsa bunun şekli konusunda, bir beyanda bulunmaya mecbur etmesi, mümkün gözükmemektedir.*”

¹⁶¹ **Özel**, s. 62; **Born**, s. 621; **Yeşilova**, s. 246.

Bahse konu maddî milletlerarası özel hukuk normlarının ve tahkim anlaşmasının şekline ilişkin kuralların maddî milletlerarası özel hukuk normları ile düzenlenmesinin başlıca kaynağı New York Konvansiyonu görülmektedir. Zira New York Konvansiyonu yazılılık şartı ile ilgili olarak uluslararası bir standart getirmiş olmaktadır: Konuyla ilgili olarak bkz. **Wolff**, para. 75; **Mbaye**, 95-97.

¹⁶² **Demirkol**, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2014, s. 14.

¹⁶³ **Ekşi**, Incorporation, s. 72.

¹⁶⁴ **Born**, s. 622. Konu ile ilgili tartışmalar; tahkim yerinin başka bir yer olduğunda yine *for*'un tahkim anlaşmasının şekline ilişkin maddî milletlerarası özel hukuk kurallarının mı, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun mu, yoksa tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının şekline ilişkin hükümlerinin mi uygulanması gerektiği hakkında bkz. **Born**, s. 621-626; **Yeşilova**, s. 248-250. MTK m. 4/ f. 4 hükmünün tahkim yerinin Türkiye dışı olduğu hâllerde de uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Şanlı**, 326.

düzenlenirken; tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, kanunlar ihtilâfi kuralları ile tespit edilmektedir¹⁶⁵. Çalışmanın bu kısmında ise, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk inceleme konusu olacaktır.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk taraf iradelerinin geçerliliği veya geçersizliği hakkında söz sahibi olan hukuktur¹⁶⁶. Tarafların irade beyanını sakatlayan hata, hile veya tehdit gibi durumların olup olmadığı, tahkim anlaşmasının yorumu, kapsamı ve etkisi de tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka göre belirlenir¹⁶⁷. Tahkim anlaşmasının yorumu ve kapsamı, tahkim anlaşmasının tarafları ve hangi uyuşmazlıkları kapsadığı hakkında da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk karar vermektedir. Başka bir deyişle, tarafların iradelerinin yorumlanması konusunda da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ön plâna çıkmaktadır¹⁶⁸.

Hemen belirtmek gerekir ki; tarafların tahkim anlaşması akdetme ehliyeti olup olmaması ve temsil meseleleri ise, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre belirlenmemektedir. Genellikle tarafların tahkim anlaşması akdetme ehliyetine ve temsil yetkisine uygulanacak hukuk, ehliyete ve temsile ilişkin genel kanunlar ihtilâfi kurallarına göre tespit edilmektedir¹⁶⁹.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk; tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yargılamasının, hangi safhasında ve hangi makamın önünde incelendiğine göre incelenmelidir.

1.7.1. Tahkim Anlaşmasının Ulusal Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasının ulusal mahkeme önünde bir tahkim itirazı ile ileri sürülmesi durumunda tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre tespit edileceği

¹⁶⁵ Lew, s. 117, 122.

¹⁶⁶ Özel, s. 79.

¹⁶⁷ Chuckwumerije, Okezie, Choice of Law in International Commercial Arbitration, London, 1994 s. 34.

¹⁶⁸ Abdulla, Zina, "The Arbitration Agreement" in International Arbitration in Switzerland", A Handbook for Practitioners, Ed. Kaufmann-Kohler, Gabrielle /Stucki, Blaise, The Hague, 2004, s. 18; Born, s. 489-490.

¹⁶⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 118; Abdulla, s. 24; Nomer, s. 547; Özel, s. 77.

sorusuna ulusal mevzuatlar çeşitli kanunlar ihtilâfi kuralları getirmektedir¹⁷⁰. Tahkim anlaşmasının maddî geçerliliği konusunda ilk bağlama kuralı, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmeleri hâlinde o hukukun uygulanmasını öngörmektedir¹⁷¹. Tahkim müessesesinin taraf iradelerine dayanması sebebiyle, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçebilmeleri de yadırganmamalıdır. UNCITRAL Model Kanunu m. 34/ f. 2/ b. a-i, MTK m. 4/ f. 3, IPRG m. 178/ f. 2 gibi birçok pozitif hukuk düzenlemesinde, taraflara, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçme imkânı verilmiştir.

Tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmedikleri durumda ise, ilk olarak tahkim yeri hukuku devreye girmekte ve tahkim anlaşmasının geçerliliği tahkim yeri hukukuna göre tespit edilmektedir¹⁷². Tahkim anlaşmasının geçerliliği tespit edilirken tahkim yeri hukukunun esas alınması gerektiği, tahkim yerinin tahkim anlaşması ile en sıkı irtibatlı hukuk olduğu ve böyle bir çözümün tarafların tahkim yeri seçerken ortaya koymuş olduğu irade ile örtüşeceği doktrinde ifade edilmektedir¹⁷³. Bu doğrultuda, İsveç Tahkim Kanunu¹⁷⁴ m. 48; hakem kararı öncesi veya sonrasında ilişkin bir ayırım yapmaksızın, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku kararlaştırmadıkları durumda, tahkim yargılamasının gerçekleştiği veya gerçekleşeceği ülke hukukunun uygulanacağını hükme bağlamaktadır¹⁷⁵. Bahse konu hükme göre; *“Tahkim anlaşması, milletlerarası nitelik taşıdığı takdirde, tarafların seçtikleri hukuka tâbi olur. Tarafların böyle bir hukuk seçimi bulunmadığı takdirde, tahkim yargılamasının gerçekleştiği veya gerçekleşeceği ülke hukuku dikkate alınır.”* Benzer bir yaklaşım İngiliz hukukunda da kabul edilmektedir¹⁷⁶. 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Avrupa Konvansiyonu¹⁷⁷ (Avrupa Konvansiyonu), tahkim

¹⁷⁰ **Chuck wumerije**, s. 34; **Özel**, s. 80; **Lew**, s. 126.

¹⁷¹ **Yeşilova**, s. 262; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 121; **Özel**, s. 80; **Lew**, s. 118.

¹⁷² **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 120; **Yeşilova**, s. 262; **Özel**, s. 81; **Chuck wumerije**, s. 35.

¹⁷³ **Born**, s. 512; **Redfern/Hunter**, s. 168. Bununla birlikte, doktrinde, tahkim yerinin üçüncü kişilerce tespiti veya tahkim yerinin tahkim yargılaması başlamadan evvel tespit edilememesi durumunda tahkim yeri hukukunun her zaman ideal bağlantı noktası olmadığına da işaret edilmektedir: Bknz. **Chuck wumerije**, s. 35-36.

¹⁷⁴ İsveç Tahkim Kanunu'nun İngilizce tercümesi için bknz.

<http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf>, (son erişim tarihi: 15/01/2017).

¹⁷⁵ **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 119-120.

¹⁷⁶ **Born**, s. 510; **Redfern/Hunter**, s. 168-169.

¹⁷⁷ Avrupa Konvansiyonu metni için bknz.

anlaşmasının geçerliliğinin ilk olarak taraflarca seçilen hukuka, böyle bir seçim olmadığı takdirde ise hakem kararının verileceği yer hukukuna göre tespit edilmesini hükme bağlamak suretiyle, tahkim yerini bağlama noktası olarak öngörmüştür¹⁷⁸.

Nitekim Türk Hukuku'nda MTK m. 4/ f. 3 hükmü de, “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*” düzenlemesini amirdir. Söz konusu hükme göre; öncelikle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçip seçmediğine bakılmalıdır. Böyle bir hukuk seçimi bulunmadığı takdirde ise, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarına bakılmaksızın doğrudan Türk hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı tespit edilmelidir¹⁷⁹. MTK 4/ f. 3 hükmü uygulama alanı bulduğunda, Türk hukuku çoğunlukla tahkim yeri hukuku olarak işlev görecektir; bu yüzden de mezkûr hüküm tahkim yeri kıstası ile bağdaşmakta, ancak daha basit ve kesin bir kural getirmektedir¹⁸⁰.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun¹⁸¹ (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht - IPRG*) ise, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk noktasında farklı bir çözüm benimsemiştir. Bahse konu kanun, tahkim anlaşmasının mümkün olduğunca ayakta kalmasını sağlayacak şekilde, *in favorem validatis* ilkesine üstünlük tanımaktadır¹⁸². IPRG m. 178/ f. 2 hükmüne göre; tahkim anlaşmasının, taraflarca seçilen hukuka veya uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka veya asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka veya İsviçre hukukuna göre geçerli olması yeterlidir. IPRG m. 178/ f. 2 hükmü belirtilen hukuklardan birine göre, tahkim anlaşmasının

https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf, (son erişim tarihi: 15/01/2017).

¹⁷⁸ **Özel**, s. 83. Ayrıca bkz. Avrupa Konvansiyonu m. 6/ f. 2. Bahse konu hükme göre, hakem kararının verileceği hukuk tespit edilemediği takdirde ise, mahkemenin kendi kanunlar ihtilâfi kurallarına göre meselenin halli gerekecektir.

¹⁷⁹ **Akıncı**, s. 113; **Kalpsüz**, Tahkim, s. 38-39; **Özel**, s. 81.

¹⁸⁰ **Özel**, s. 81.

¹⁸¹ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'un Almanca metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>, (son erişim tarihi: 15/01/2017).

¹⁸² **Yeşilova**, s. 262-263; **Lew/Mistel/Kröll**, s. 122; **Abdulla**, s. 18; **Redfern/Hunter**, s. 173.

geçerli olmasını yeterli görmüştür. Bu suretle de, İsviçre hukuku, Türk hukukundaki düzenlemeden farklı olarak, daha esnek bir çözümü ihtiva etmektedir¹⁸³.

Fransız yaklaşımı ise; tahkim anlaşmasının maddî geçerliliğine uygulanacak hukuk bakımından, bir diğer yaklaşımdır¹⁸⁴. Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de Cassation*); *Dalicio* Davası'nda, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin, Fransız hukukunun müdahaleci kuralları ve milletlerarası kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla sadece tarafların ortak iradesine tâbi olduğunu belirtmiştir¹⁸⁵.

1.7.2. İptal Davası Aşamasında Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

Ulusal ve uluslararası düzenlemelere bakıldığında tahkim anlaşmasının geçersizliği bir iptal sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim MTK m. 15 hükmünde de, UNCITRAL Model Kanun m. 34 hükmünde olduğu gibi, tahkim anlaşmasının geçersizliği; hakem kararının iptal sebebi olarak düzenlenmiştir.

İptal davasının açılması hâlinde, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının hangi hukuka göre belirleneceğinin de tespiti gerekebilir. Bu çerçevede, UNCITRAL Model Kanun m. 34/ f. 2/ b. a-1 hükmü; tahkim anlaşmasının tarafların seçtiği hukuka, böyle bir hukuk seçimi olmaması hâlinde de iptal davası açılan mahkemenin hukukuna göre geçersiz olmasını iptal sebebi olarak düzenlemiştir. Türk hukukunda da MTK m. 15/ f. A/ b. a hükmü göz önünde bulundurulduğunda, Türk hâkimi; tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre tespit edileceği meselesinde, öncelikle tarafların hukuk seçimi olup olmadığına bakacak; taraflar hukuk seçiminde bulunmuşlarsa bu hukuka, bulunmamışlarsa da Türk hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını tespit edecektir¹⁸⁶.

¹⁸³ Yeşilova, s. 265; Kalpsüz, Tahkim, s. 39; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 237.

¹⁸⁴ Redfern/Hunter, s. 172; Blessing, s. 172-174.

¹⁸⁵ Özel, s. 82-83, (naklen). Ayrıca bknz. Yeşilova, s. 263-264.

¹⁸⁶ Özel, s. 85.

1.7.3. Hakem Kararının Tenfizi Aşamasında Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

Hakem kararının tenfizi aşamasında uygulanacak hukuk bahsine değinecek olursak, New York Konvansiyonu m. V/ f. 1/ b. a hükmüne göre, tahkim anlaşmasının “*tarafarca tâbi kılındığı kanuna ve eğer bu konuda açıklık yoksa hakem kararının verildiği yer kanununa göre geçersiz*” olması durumu tenfiz talebinin reddedilmesi sonucunu doğurabilecek sebepler arasında sayılmıştır¹⁸⁷.

Benzer bağlama noktaları, MÖHUK m. 62/ b. 5 hükmünde de kabul edilmiştir. Söz konusu hükme göre; tahkim anlaşmasının, taraflarca tâbi kılındığı hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa hakem kararının verildiği ülke hukukuna göre geçersiz olması durumunda tenfiz talebi reddedilecektir¹⁸⁸. Başka bir deyişle; New York Konvansiyonu m. V/ f. 1/ b. a ve MÖHUK m. 62/ b. 5 hükmü çerçevesinde, hakem kararının tenfizi aşamasında tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı tespit edilirken, önce tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçip seçmediklerine bakılacak ve böyle bir hukuk seçimi olması hâlinde tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı, bu hukuka göre tespit edilecektir. Eğer taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmemişler ise, her iki düzenleme de, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk noktasında hakem kararının verildiği yeri esas almaktadır.

1.7.4. Hakem veya Hakem Heyeti Önünde Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukukun Tespit Edilmesi

Ulusal mahkemeler, mahkemenin kanunlar ihtilâfi kuralları ile tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlerken; hakemlerin *lex fori*'si olmadığı için, hakemler, herhangi bir kanunlar ihtilâfi kuralı ile bağlı değildir¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Şit, Kurumsal Tahkim, s. 154-155. Hakem kararının verildiği yerden maksadın, tahkim yargılamasının gerçekleştiği, başka bir deyişle tahkim yeri hukuku olduğu hakkında bkznz. **Craig/Park/Paulsson**, s. 96; **Özel**, s. 85-86. *Karş.* Bir başka görüşe göre ise; hakem kararının verildiği yerden maksat, hakem kararının imzalandığı yerdir: **Chuckwumerije**, s. 37.

¹⁸⁸ **Özel**, s. 86.

¹⁸⁹ **Lew**, s. 126.

Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun mahkemelerce tespitinde öncelikle taraf iradelerine öncelik tanıdığı bu bakımdan tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçebildikleri ve seçilen bu hukuka göre tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine karar verildiği yukarıda belirtilmişti¹⁹⁰. Esasen benzer durum, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun hakemler tarafından tespiti hâlinde de geçerli olmaktadır. Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında hakemler de, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçme yönündeki iradesine saygı göstermekte ve tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini genel olarak bu hukuka göre belirlemektedirler¹⁹¹.

Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği hakkında karar verme durumunda olan hakemler tarafından, taraflarca herhangi bir hukuk seçimi yapılmadığı zaman genel olarak dört metot kullanılmaktadır: Bazı hakemler tahkim yeri hukukuna göre karar verirken, bazıları uyuşmazlığın esası hakkında uygulanacak hukuka göre tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verirler. Kurumsal tahkimde ise, tahkim kurumunun kurallarına göre tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verilebilmektedir. Son olarak ise, sözleşmelere uygulanacak uluslararası nitelikteki genel kurallara göre tahkim anlaşmasının geçerliliği tespit edilebilmektedir¹⁹². Doktrinde isabetli olarak belirtildiği üzere; hakemlerin, taraflarca herhangi bir hukuk seçimi olmaması hâlinde, hakem kararının iptali ihtimalini en aza indirmeyi teminen tahkim yeri hukukuna başka bir deyişle tahkim yargılamasının tâbi olduğu hukuka göre, tahkim anlaşmasının geçerliliğini belirlemesi yerinde olacaktır¹⁹³. Nitekim MTO bünyesinde cereyan eden bir davada, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk seçilmediği takdirde, hakem kararının iptal edilme ihtimalinin en aza indirilmesi ve tenfiz olasılığının maksimize edilmesi için tahkim anlaşmasına, tahkim yeri hukukunun (*lex arbitri*) uygulanmasının en makul çözüm olacağı belirtilmiştir. Bahse konu davada, hakem heyeti; tahkim yeri hukukunu tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak belirlemiştir¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Bknz. 42.

¹⁹¹ **Özel**, s. 83; **Lew**, s. 126; **Chuckwumerije**, s. 36.

¹⁹² **Chuckwumerije**, s. 36-37; **Özel**, s. 83-85.

¹⁹³ **Özel**, s. 84-85.

¹⁹⁴ ICC Case No. 4392, (1983). Karar için bknz. **Arnaldez**, Jean Jacques/ **Derains**, Yves/ **Hascher**, Dominique, Collection of ICC Arbitral Awards, V.1, Kluwer Law International, 1997, s. 273 vd.

2. BÖLÜM

GENEL OLARAK TAHKİM ANLAŞMASININ ASIL SÖZLEŞMEDEN AYRILABİLİRLİĞİ

2.1. ASIL SÖZLEŞME VE TAHKİM ANLAŞMASI AYRIMI

2.1.1. Genel Olarak

Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, taraflar arasında bir borçlar hukuku sözleşmesi bulunmakta ve bu sözleşme, asıl sözleşme olarak adlandırılmaktadır¹⁹⁵. Asıl sözleşme; taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan hak ve borçları düzenler ve edimlerin ifası, sözleşmenin sona ermesi ve özel borç ilişkisinin mahiyetine göre bir hakkın başkasına nakli veya bir işin yapılması gibi hususları içerir. Bu sebeple, tarafların maddî hukuka ait yükümlülüklerini düzenleyen asıl sözleşme ile taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü esas alan tahkim anlaşmasının konusu farklı olmaktadır¹⁹⁶. Ayrıca asıl sözleşme tamamen maddî hukuka ait olacaktır, zira düzenleme konusu yaptığı hak ve borçlar maddî hukuka ilişkindir. Bu doğrultuda, asıl sözleşme, etkilerini de maddî hukuk sahasında gösterecektir. Böylece asıl sözleşme ve tahkim anlaşmasının hukukî nitelikleri de birbirinden farklıdır¹⁹⁷.

¹⁹⁵ **Kalpsüz**, s. 1041. Bu çalışmada da bilinçli olarak “esas sözleşme” kavramı yerine “asıl sözleşme” kavramı kullanılmıştır. Çünkü “asıl sözleşme” kavramı MTK m. 4/f. 4 ve HMK m. 412/f. 1 hükümlerinde de yer alan kavramdır. Türk kanun koyucusu da “asıl sözleşme” kavramını tercih etmiştir. Bu yüzden “asıl sözleşme” kavramının kullanılması, kanunî düzenlemelerdeki lafza da uygun olacaktır. Ayrıca esas sözleşme kavramı şirketler hukuku alanında da kullanılmaktadır ve Türk Ticaret Kanunu’nda da ifade edilmiştir. Bu sebeplere binaen, herhangi bir kavram karmaşasına da mahal vermemek adına, bu çalışmada “esas sözleşme” kavramının kullanılmasından bilinçli şekilde kaçınılmıştır.

¹⁹⁶ **Kalpsüz**, s. 1041-1042; **Şanlı**, s. 422.

¹⁹⁷ **Şanlı**, s. 422.

2.1.2. Tek Sözleşme ve İlişkili Sözleşme Görüşü

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı konu, fonksiyon, etki ve hukukî niteliğe sahip olması, çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Söz konusu tartışmaların odak noktası, asıl sözleşmeden doğan veya doğabilecek uyumsuzluklara yönelik tahkim anlaşması akdedilmesi durumunda, ortada tek bir sözleşme mi olduğu yoksa iki ayrı sözleşme mi olduğudur. Zira tahkim anlaşmasının, özellikle de tahkim kaydı şeklinde düzenlenmesi hâlinde, sözleşmenin bir hükmü veya parçası olup olmadığı gündeme gelebilir. Bir görüşe göre, asıl sözleşme içindeki tahkim kaydı asıl sözleşmenin bir parçasıdır ve bu görüş tek sözleşme teorisi (*one contract theory*) olarak da adlandırılır¹⁹⁸. Daha sonra tek sözleşme görüşünün yerini almaya başlayan başka bir görüş ise, tahkim anlaşması ister müstakil bir sözleşme şeklinde yapılsın ister asıl sözleşme içindeki tahkim kaydı şeklinde düzenlenmiş olsun, asıl sözleşme ve onunla ilişkili olan tahkim anlaşması olmak üzere iki sözleşmenin mevcut olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe ise, ilişkili veya ilintili sözleşme teorisi (*collateral contract theory*) adı verilmektedir¹⁹⁹.

Günümüzde asıl sözleşmenin içerisinde yer alan tahkim kaydının asıl sözleşmenin herhangi bir parçası olmadığı ve ondan ayrı bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir²⁰⁰. Konu ile ilgili olarak, 1981 tarihli *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinen Fabrik v. South India Shipping Corporation* Davası'nda²⁰¹ da, asıl sözleşme içerisindeki tahkim

¹⁹⁸ **Samuel**, Adam, "Separability in English Law-Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Separate and Collateral to a Contract in Which It Is Contained?", *Journal of International Arbitration*, Vol: 3, No: 3, 1986, s. 95-96.

¹⁹⁹ **Samuel**, s. 95-96.

²⁰⁰ **Born**, s. 354; **Redfern/Hunter**, s. 117; **Moses**, s. 18; **Esen**, Teşmil, s. 53; **Özel**, s. 35; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 102; **Yeşilova**, s. 240-241; **Dimolitsa**, Antonias, "Separability and Kompetenz-Kompetenz", ICCA Congress Series No:9, Ed. van den Berg, Albert Jan, Kluwer Law International, 1999, s. 218-219; **Born**, s. 360.

²⁰¹ Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) 1981 tarihli kararı, *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinen Fabrik v. South India Shipping Corporation*, [1981] AC 909. Bahse konu karar için bkz. *Lloyd's Rep. (Lloyd's Law Reports)*, V.1, 1981, s. 253 vd.

Benzer şekilde 1983 tarihli *Paal Wilson v. Partenreederei* Davası'nda da, asıl sözleşme içerisinde yer alan tahkim kaydının, asıl sözleşmenin getirdiği birincil ve ikincil yükümlülüklerden ayrı olarak kendine özgü yükümlülükler getirdiği ifade edilmiştir: Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) 1981 tarihli kararı, *Paal Wilson v. Partenreederei Hannah Blumenthal*, [1983] 1 AC 854. Bahse konu karar için bkz. *Lloyd's Rep.*, V.1, 1983, s. 103 vd.

kaydının asıl sözleşme ile ilişkili olmakla birlikte, kendi başına müstakil (*self-contained*) bir anlaşma olduğu ifade edilmiştir.

Nitekim tahkim anlaşmasının hukuk alanında var olabilmesi için, tahkim anlaşmasından başka bir sözleşmenin veya sözleşme ilişkisinin mevcudiyetine ihtiyaç yoktur. Ayrıca sözleşme ilişkisi olduğu durumlarda da tahkim anlaşması sözleşmeye dayalı olmayan talepleri kapsayabilir ve asıl sözleşmenin kapsamını da aşabilir. Bu sebeplerle, asıl sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için akdedilen tahkim anlaşmasını, tahkim anlaşması ister müstakil olarak isterse maddî hukuk sözleşmesinin içinde bir tahkim kaydı şeklinde düzenlensin, bahse konu sözleşmenin bir parçası olarak kabul etmemek yerinde olur.

Nihayetinde, yargılama hukuku alanında etkilerini gösteren tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak kabulü de; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin (*separability principle*) ve bu prensibi ortaya koyan ayrılabilirlik doktrininin (*separability doctrine*) gelişmesine sebep olmuştur²⁰².

2.1.3. Tahkim Anlaşması ve Asıl Sözleşme Arasındaki İlişki

Bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla akdedilen tahkim anlaşmasının mevcudiyetinin sebebi, nihayetinde asıl sözleşmeden kaynaklanan ilişkidir. Bu doğrultuda, sözleşme ilişkileri için akdedilen tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden kopuk ve asıl sözleşme ile tamamen ilişkisiz olduğunu savunmak zordur. Sözleşme ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için akdedilen tahkim anlaşması ve asıl sözleşme arasındaki ilişkinin göz ardı edilmemesi gerekir.

Bu iki sözleşme arasındaki yakın ilişkinin, hukukta çeşitli dayanakları da bulunmaktadır. Örneğin, UNCITRAL Model Kanun m. 1/ f. 3 hükmündeki düzenlemeye paralel şekilde, MTK m. 2'ye göre; tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu

²⁰² **Born**, s. 359-360; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 102; **Yeşilova**, s. 241-242; **Esen**, Teşmil, s. 43.

yerden başka bir devlette bulunması veya tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi hâllerinde; tahkim yargılaması milletlerarası tahkim niteliği kazanmaktadır²⁰³. Böylelikle doktrinde de ifade edildiği üzere, tahkim anlaşmasının yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı belirlenirken, asıl sözleşme ve onun getirdiği temel borç ilişkisinden de hareket edilmektedir²⁰⁴. Nitekim günümüzde milletlerarası ticarî tahkimde genel eğilim, tahkim anlaşmasına konu borç ilişkisinin milletlerarası nitelik taşıması hâlinde, tahkim yargılamasının da milletlerarası olacağı yönündedir²⁰⁵. Başka bir deyişle, asıl sözleşme yabancı unsurlu olduğu durumda, tahkim anlaşmasının da yabancı unsurlu olduğu kabul edilebilmektedir. Bu husus, asıl sözleşmenin düzenlediği temel borç ilişkisi ve tahkim anlaşmasının yakın ilişkisine örnek olarak verilebilir. Eğer iki sözleşme birbiri ile ilişkisiz ve bağlantısız kabul edilseydi; asıl sözleşmenin ve getirdiği temel borç ilişkisinin ihtiva ettiği yabancı unsurun, tahkim anlaşmasını ve tahkim yargılamasını yabancı unsurlu ve milletlerarası karakteri haiz hâle getirmesi düşünülemezdi. Bu çerçevede tahkim hukukunda, tahkim anlaşması ve asıl sözleşme birbiriyle ilişkili olmaktadır ve bu ilişki somut örnek ve sonuçlar ile de izah edilebilmektedir²⁰⁶.

²⁰³ Hüküm ile ilgili açıklamalar için ayrıca bkz. **Özel**, s. 21-22; **Akıncı**, s. 59 vd.; **Tanrıbilir**, Feriha Bilge/ **Şit**, Banu, Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, MHB, C. 22, Sa. 2, 2002, s. 829-830 vd.

²⁰⁴ **Kalpsüz**, Tahkim, s. 22,27. Ayrıca bkz. **Şanlı**, s. 312: “Yasa koyucu, yabancılık unsurunun tanımında karma bir anlayıştan hareketle; tahkim sözleşmesinde veya tahkime konu maddî hukuk münasebetlerinde yer alan herhangi bir yabancılık unsurunun varlığını gerekli ve yeterli saymıştır.”

²⁰⁵ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 55; **Poudret/Besson**, s. 23.

²⁰⁶ Ayrıca bu iki sözleşmenin ilişkili olması; sadece tahkim hukukunda değil, hukukun farklı alanlarında da karşımıza çıkabilmektedir. Asıl sözleşme içerisine dercedilen tahkim kaydı olması durumunda, sözleşme içerisindeki tahkim kaydı ile asıl sözleşme bir asıldan doğma ve birbirine bağlı akit kavramı içerisinde mütalaa edileceğinden damga vergisi açısından tek vergilendirmenin söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Bu durum göstermektedir ki, tahkim anlaşması ve asıl sözleşme arasında yakın bir ilişki vardır. Bu yakın ilişki de sadece tahkim hukukunda değil, hukukun başka alanlarında da dikkate alınmaktadır: **Kırman**, Ahmet, 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu Şerhi, Ankara, 1997, s. 455; **Işık**, Ekrem, 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu, Kanun Maddesi Açıklaması ve Yorumu, İstanbul, 2015, s. 905. Bununla birlikte, müstakil nitelikteki tahkim anlaşması olması durumunda, tahkim anlaşması asıl sözleşmeden ayrı kâğıtta düzenlendiği için damga vergisine tâbi olacaktır; çünkü damga vergisi kâğıttan alınan bir vergidir: **Kırman**, s.455; **Işık**, s. 905. Aynı kâğıtlarda yer alan sözleşmeler birbirine bağlı ve bir asıldan doğma akitler olsa dahi her bir kâğıt ayrı ayrı vergilendirmeye tâbi tutulur: **Işık**, s. 223. Ayrıca bkz. Danıştay 7. Dairesi E. 1998/2944, K. 1999/1392: “Bu durum karşısında, birbirine bağlı olsa ve bir asıldan doğma olsa dahi, işlemlerin ayrı kâğıtlarda yer almış bulunmaları hâlinde her bir kâğıdın değerinden ayrı olarak vergi alınır.”

Sonuç olarak görülmektedir ki; farklı amaç, fonksiyon ve etkilere sahip, hukukî nitelikleri farklı, iki ayrı sözleşme olan tahkim anlaşması ve asıl sözleşme birbirinden tamamen kopuk ve ilişkisiz de değildir. Her biri ayrı birer sözleşme olan, asıl sözleşme ve tahkim anlaşması aynı zamanda birbiri ile ilişkili durumda olup; iki sözleşme arasındaki sıkı ilişki, çeşitli hukukî düzenlemelere de yansımış bulunmaktadır. Neticede asıl sözleşmenin getirdiği hukukî ilişkiden doğan ihtilâfların çözümü için akdedilen tahkim anlaşmasının, asıl sözleşme ile ilişkisiz olduğunu iddia etmek isabetli olmayacaktır. Böylece, tahkim anlaşması ve asıl sözleşme arasında ne tam bağımlı ne de tam bağımsız bir ilişki olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

2.2. TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİNİN ANLAMI, SONUÇLARI VE İŞLEVLERİ

2.2.1. Terim Sorunu

Anglo Sakson hukukunda tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği (“*separability*” veya “*severability*”) kavramı kullanılırken, Kıta Avrupası hukukunda tahkim anlaşmasının bağımsızlığı veya özerkliği (“*independence*” veya “*autonomy*”, Alm. “*Unabhängigkeit*”) kavramları kullanılmaktadır²⁰⁷. Bu durumun temelinde ise; Kıta Avrupası hukuk düşüncesinde yer alan, tahkim anlaşmasını asıl sözleşmeden çok daha farklı bir hukukî rejime bağlama ve tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini daha geniş ölçüde kabul etme isteğinin yattığı düşünülmektedir²⁰⁸. Böylece, iki hukuk sisteminin bakış açısının farklılaşmasının, literatürde farklı kavramların kullanılmasına yol açtığı görülmektedir.

Bununla birlikte, doktrinde “bağımsızlık” kavramının; birbirini herhangi bir şekilde etkilemeyen, birbirleri ile mutlak şekilde ilişkisiz iki sözleşmenin mevcut olduğunu

Söz konusu karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

²⁰⁷ **Akıncı**, s. 115; **Born**, s. 352; **Erkan**, Mustafa, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensiplerinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), C. XVII, Sa. 1-2, 2013, s.539, (*Yokluk*); **Göksu**, s. 223; **Gottwald/Schlosser**, s. 21-22.

²⁰⁸ **Born**, s. 352

çağrıştırdığı ileri sürülmektedir²⁰⁹. Asıl sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için akdedilen tahkim anlaşması ve asıl sözleşme tamamen birbirinden kopuk ve ilişkisiz olamayacağı için, “bağımsızlık” veya “özerklik” kavramlarından ziyade, tahkim anlaşması ile asıl sözleşme arasındaki ilişkiyi daha iyi ifade eden “ayrılabilirlik” kavramının kullanılmasının daha isabetli olduğu doktrinde savunulmaktadır²¹⁰.

Sonuç olarak, “ayrılabilirlik” kavramının asıl sözleşme ve tahkim anlaşması arasındaki ilişkiyi daha doğru bir şekilde ifade etmesi sebebiyle; bu çalışmada bilinçli şekilde Kıta Avrupası hukukunda kullanılan “bağımsızlık” veya “özerklik” kavramları yerine, Anglo-Sakson hukukunda kullanılan “ayrılabilirlik” kavramı kullanılmıştır.

2.2.2. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Anlamı

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi; tahkim anlaşması ister müstakil bir şekilde isterse asıl sözleşme içerisindeki bir tahkim kaydı şeklinde yapılsın, tahkim anlaşmasının, asıl sözleşmenin hukukî kaderinden ayrılmasını ve asıl sözleşmenin geçersizliği veya sona ermesi gibi durumlardan etkilenmemesini ifade eder²¹¹. Bu

²⁰⁹ **Mayer**, Pierre, “The Limits of Severability of the Arbitration Clause”, ICCA Congress Series No:9, Ed. van den Berg, Albert Jan, Kluwer Law International, 1999, s. 261-262; Aynı yönde bkz. **Uluocak**, Nihal, “Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temliki İle İntikali-Fransız İçtihadı”, MHB, c. 19-20, Sa. 1-2, 1999-2000, s. 997.

²¹⁰ **Born**, 352-353; **Uluocak**, s. 997.

Ayrıca “tahkim anlaşmasının bağımsızlığı” kavramı aslında iki ayrı anlama sahip olup; bunlardan birincisi tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığını ifade ederken, diğer anlamı tahkim anlaşmasının ulusal hukuk sistemlerinden bağımsız olduğunu belirtmektedir. Nitekim Fransız hukukunda, “tahkim anlaşmasının bağımsızlığı” kavramının iki anlama sahip olması dolayısıyla, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı, tahkim anlaşmasının maddî bağımsızlığı (*autonomie materielle*); tahkim anlaşmasının tüm hukuk sistemlerinden bağımsızlığı ise, tahkim anlaşmasının hukukî bağımsızlığı (*autonomie juridique ou de rattachement*) olarak ifade edilmektedir: **Poudret**, Jean-François/ **Besson**, Sebastien, Comparative Law of International Arbitration, London, 2007, s. 132-133; **Born**, s. 352 vd. Bu yüzden, doktrinde de, “bağımsızlık” veya “özerklik” kavramları yerine ayrılabilirlik (*severability* veya *separability*) kavramının kullanılmasının, herhangi bir kavram karmaşasının önüne geçebilmek için, daha uygun olduğu ifade edilmiştir: **Born**, s. 353; **Fouchard/ Gaillard/Goldman**, s. 198.

²¹¹ **Smit**, Robert H., “Report: Seperability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or can Something Indeed Come from Nothing?”, The American Review of International Arbitration 13, 2002, s. 19; **Redfern/Hunter**, s. 1; **Erkan**, Yokluk, s. 539-540; **Poudret/Besson**, s. 133; **Chuckwumerije**, s. 30-31; **Erkan**, Yetki, s. 82; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 102; **Schwab/Walter**, s. 35. Doktrinde başka bir görüşe göre ise; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, asıl sözleşme içerisinde yer alan tahkim kaydının ayrı bir sözleşme olduğu anlamına gelmemekte olup, asıl sözleşmenin bir parçası olan tahkim kaydının sözleşmenin geri kalanından etkilenmemesini ifade etmektedir: **Mayer**, s. 261-262.

çerçevede tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, tahkim anlaşmasının hukukî akıbeti ve geçerliliği ile ilgili bir kavram ve prensiptir²¹².

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği; tahkim anlaşmasının hukukî akıbetinin asıl sözleşmenin hukukî akıbetinden ayrı tutulması anlamına geldiği gibi, aynı zamanda asıl sözleşmenin hukukî akıbetinin de tahkim anlaşmasından ayrı olacağını ifade eder²¹³. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu²¹⁴ (TBK) m. 504 hükmüne göre vekilin tahkim yoluna başvurması için bu hususta özel olarak yetkilendirilmiş olması; HMK m. 74'e göre de vekilin tahkim anlaşması yapabilmesi için açıkça yetkilendirilmiş olması gerekir. Dolayısıyla, tahkim anlaşması akdetmek hususunda özel bir yetkiye sahip olmayan vekilin akdettiği asıl sözleşme geçerli olmakla birlikte, asıl sözleşmenin içindeki tahkim kaydı geçersiz olabilecektir²¹⁵. Başka bir deyişle, asıl sözleşmenin geçerli olması da tahkim anlaşmasına bağlı değildir. Böylece, ayrılabilirlik ilkesinin çift yönlü bir anlamı haiz olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

2.2.3. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Sonuçları

2.2.3.1. Asıl Sözleşmenin Geçersizliği veya Sona Ermesine Rağmen Hakemlerin Yetkilerinin Devam Etmesi

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin en önemli sonucu; asıl sözleşmenin geçersizliği veya sona ermesi gibi durumlardan tahkim anlaşmasının etkilenmemesi sayesinde, hakemlerin yetkisinin, asıl sözleşmenin hukukî kaderine rağmen devam etmesidir²¹⁶. Bu da; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği sayesinde, hakemlerin asıl sözleşmeye ilişkin ihtilâflar hakkında hüküm tesis edebilmesini ve asıl sözleşmenin geçerliliği ve son bulup bulmadığı gibi hususları karara bağlayabilmeleri anlamına gelmektedir. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi sayesinde, asıl sözleşmenin

²¹² Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 197; Born, s. 470.

²¹³ Smit, R.H., s. 19; Wagner, s. 329.

²¹⁴ RG. 04/02/2011-27836.

²¹⁵ Kuru, VI. Cilt, s. 5942.

²¹⁶ Gottwald/Schlosser, s. 22; Deren-Yıldırım, s. 52-53.

geçerliliği ve sona erip ermediği gibi ihtilâflar, mahallî mahkemeler aracılığıyla değil, tahkim yargılaması yoluyla çözüme kavuşturulacaktır²¹⁷.

Ayrıca asıl sözleşmenin ve temel borç ilişkisinin geçersiz olması veya sona ermesi, tarafların birbirine karşı dermeyeran edeceği herhangi bir talebin olmayacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin taraflar, asıl sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olacağını düşünerek, borçlarını ifa etmiş; ancak asıl sözleşme, herhangi bir sebeple geçersiz hâle gelmiş ve hüküm ve sonuçlarını doğuramamış olabilir. Bunun sonucu olarak ise, istihkak davası veya sebepsiz zenginleşme davası yolu ile edimlerin iadesi talep edilebilir²¹⁸. Ayrıca sözleşmenin geçersizliği hâlinde, maddî hukuk açısından taraflardan birinin tazminat sorumluluğu da söz konusu olabilir²¹⁹. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği sayesinde ise, tahkim anlaşması asıl sözleşmenin hukukî kaderinden etkilenmeyeceği için, asıl sözleşme batıl olsa veya sona ermiş olsa dahi, hakemler bu tür talep ve ihtilâfları karara bağlayabileceklerdir²²⁰. Bu durum, tahkim anlaşmasının sözleşmesel olmayan talepleri de kapsayacak şekilde yorumlanması yönündeki genel eğilimle de uyumlu olacaktır.

²¹⁷ **Dimolitsa**, s. 217; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 103; **Landolt**, s. 515; **Kalpsüz**, Tahkim Anlaşması, s. 1043; **Schwab/Walter**, s. 55; **Lionnet/Lionnet**, s. 181; **Wicki**, Jodok/ **Gabriel**, Simon, “Vorvertragliche Schiedszuständigkeit” Swiss Arbitration Association Bulletin, S.2, 2009, s. 247-248; **Rau**, Alan Scott. “Everything You Really Need to Know About Separability in Seventeen Simple Propositions”, American Review of International Arbitration, Vol. 14, 1996, s. 208.

Karş. ABD Hukuku’nda 29 Nisan 2015 tarihinde bir yasa tasarısı gündeme gelmiş ve bahse konu tasarı; tüketici, işçi, anti-trust ve temel haklara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından Amerikan Federal Tahkim Kanunu’na (*Federal Arbitration Act – FAA*) çeşitli hükümler eklenmesini öngörmüştür. “*Arbitration Fairness Act*” isimli tasarıya göre; tüketici hakları, iş hukuku, anti-trust ve temel haklara ilişkin uyuşmazlıklarda, tahkim anlaşmasının veya asıl sözleşmenin geçerliliğine yönelik uyuşmazlıklar hakemlerce değil, mahkemelerce çözülecektir. Tasarı için bkz. <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/1133/text>, (son erişim tarihi: 14/09/2016). Tasarının amacı; tüketici hakları, iş hukuku, anti-trust ve temel haklara ilişkin uyuşmazlıkların özellikli durumları gereği, bu tür uyuşmazlıklar için özel düzenlemeler sevk etmektir. Bununla birlikte bahse konu tasarı; 2007 yılından itibaren çeşitli şekillerde gündeme gelmiş olmasına rağmen yasalaşmamıştır. Tasarı hakkında açıklamalar için ayrıca bkz. **Born**, s. 432.

²¹⁸ **Koç**, Nevzat, “Türk Medenî Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (Butlan)”, DEÜHFD, C. 2, Sa. 2, 1981.

²¹⁹ **İnan**, Ali Naim/ **Yücel**, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 235. Taraflardan biri, diğerini hükümsüz bir sözleşme yapmaya kusurlu olarak sevk etmişse, tazminat sorumluluğu doğabilir. Bu sorumluluk, sözleşme öncesi sorumluluğa (*culpa in contrahendo*) dayanmaktadır. Örneğin, kusurlu olarak yanılanın, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlü olması (bkz. TBK m. 35) böyledir: **Koç**, s. 130-131; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 9.

²²⁰ **Kalpsüz**, Tahkim Anlaşması, s. 1043; **Deren-Yıldırım**, s. 52-53; **Schlosser**, s. 392.

2.2.3.2. Tahkim Anlaşması ve Asıl Sözleşmenin Farklı Hukukî Rejimlere Tâbi Olabilmesi

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin, uygulanacak hukuk noktasında da sonuçları bulunmaktadır. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği; kanunlar ihtilâfi hukukunda da tahkim anlaşmasının kaderinin asıl sözleşmenin hukukî kaderinden ayrılabilmesi, başka bir deyişle tahkim anlaşması ve asıl sözleşmenin farklı hukuklara tâbi olabilmesi sonucunu doğurmaktadır²²¹. Böylece, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ve etkinliğinin korunabilmesi sağlanabilmektedir²²². Başka bir anlatımla, asıl sözleşme daha katı hükümler içeren bir hukuka tâbi iken; ayrılabilirlik prensibi sayesinde, tahkim anlaşması, daha esnek hükümler içeren ve daha liberal bir hukuka tâbi olabilmektedir. Böylece asıl sözleşmeyi etkileyen bir geçersizlik sebebinin, tahkim anlaşmasını etkilemesinin önüne geçilebilecektir. Bu da şüphesiz ki, tahkim anlaşmasının hukukî

²²¹**Epping**, Manja, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reforms des deutschen Schiedsverfahrensrecht, München,1999, s. 25-26; **Deren-Yıldırım**, s. 53; **Poudret/Besson**, s. 141-142; **Born**, s. 464; **Greenberg**, Simon/ **Kee**, Christopher/ **Weeramantry**, Romesh, International Commercial Arbitration An Asia-Pasific Perspective, Cambridge, 2011, s. 160; **Redfern/Hunter**, s. 167; **Özel**, s. 79; **Hill**, Jonathan/ **Chong**, Adeline, International Commercial Disputes Commercial Conflict of Laws in English Courts, Oxford, 2010, s. 783; **Mayer**, s. 266-267; **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 212-213; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 107-108.

Karş. Doktrinde bir görüşe göre ise, tahkim anlaşması ile asıl sözleşmenin farklı hukuka tâbi olabilmesi ayrılabilirlik ilkesinin bir sonucu değildir. Bu görüşe göre, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabilmesi için, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak görülmesine ve tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibine lüzum bulunmamaktadır. Tahkim anlaşması asıl sözleşmenin bir parçası olarak görülse dahi, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden farklı bir hukuka tâbi olabilmesi mümkündür. Zira hukukî işlemlerin farklı kısımlarının farklı hukuklara tâbi olabilmesi, kanunlar ihtilâfi hukukunda mümkün olup, bu durum “parçalanma” (*depeçage*) kavramı ile de ifade edilmektedir: **Sparka**, Felix, Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents, Hamburg 2009, s. 96.

Bununla birlikte, kanunlar ihtilâfi hukukunda bir hukukî işleme uygulanacak hukukun parçalanması ve bir hukukî işlemin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasına şüpheyile yaklaşıldığı görülmekte olup; “parçalanma” müessesine kısıtlı ve istinaî olarak yer verilmektedir: Konu ile ilgili olarak bkz. **Demirkol**, s. 286 vd. Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divânı da objektif olarak belirlenen hukukun parçalanmasına imkân tanıyan Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu Roma Konvansiyonu m. 4/ f. 1 hükmünün istisnaî olarak uygulama alanı bulacağını ve genel kuralın bir hukukî işlemin bütünüyle tek bir hukuka tâbi olması olduğunu belirtmiştir: Avrupa Birliği Adalet Divânı’nın (ABAD) 06/10/2009 tarihli kararı, *Intercontainer Interfrigo SC v. Balkanende Oosthuizen*, Case C-133/08. Bahse konu ABAD kararı için bkz., <http://curia.europa.eu/>, (son erişim tarihi: 11/12/2016).

Ayrıca, emredici bir kuraldan kaçınmak amacıyla yapılan kısmî hukuk seçimine de imkân tanınmamaktadır: **Demirkol**, s. 231.

²²²**Born**, s. 476.

kaderinin asıl sözleşmenin hukukî kaderinden ayrılabilmesini ifade eden tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi sayesinde mümkün olmaktadır.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin sonucu olarak ayrıca, tahkim anlaşması ve asıl sözleşme aynı hukuka tâbi olsa dahi farklı hükümlere tâbi olabilmektedir. Asıl sözleşme için öngörülen geçerlilik şartlarının tahkim anlaşması için de aranması gerekmez. Tahkim anlaşmasının kendisi için öngörülen maddî ve şeklî geçerlilik şartlarına uygun olarak akdedilmesi gerekli ve yeterlidir. Tahkim anlaşması ve asıl sözleşmenin aynı hukuk düzeninde farklı hukukî rejimlere tâbi olabilmesi de, ayrılabilirlik prensibinin bir sonucudur²²³. Örneğin, asıl sözleşme ağırlaştırılmış bir yazılı şekil şartına tâbi olmasına rağmen, tahkim anlaşması için gerekli olan şekil şartına riayet edilmesi, tahkim anlaşması ister asıl sözleşme içerisindeki bir tahkim kaydı şeklinde isterse müstakil şekilde düzenlenmiş olsun gerekli ve yeterlidir²²⁴.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin bir sonucu olarak tahkim anlaşması ve asıl sözleşmenin aynı hukuk düzeninde farklı hükümlere tâbi olacağını gösteren *Sojuznefteexport v. JOC Oil* Davası'nda²²⁵da, her iki sözleşmenin geçerlilik şartlarının farklı hükümlere tâbi olabileceği belirtilmiştir. Asıl sözleşmenin geçerliliği için gerekli olan çift imza kuralının asıl sözleşme içerisindeki tahkim kaydını kapsamadığına ve bu sebeple asıl sözleşmenin geçerliliği için gerekli olan çift imza kuralına riayet edilmemesine rağmen tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmedilmiştir.

Sonuç olarak ise, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin bir sonucu olarak; tahkim anlaşması ve asıl sözleşmenin hukukî kaderleri ayrılmakta ve her iki sözleşme farklı

²²³ **Born**, s. 465-466.

²²⁴ **Kalpsüz**, Tahkim Anlaşması, s. 1044; **Yeşilova**, s. 273-274. Örneğin Alman hukukunda gayrimenkul satım sözleşmesinin resmî yazılı şekilde yapılması gerekirken, tahkim anlaşmasının adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Gayrimenkul satım sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılmışsa şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olmasına rağmen, içerisindeki tahkim kaydı kendisi için öngörülen şekil şartları yerine geldiği için geçerli olarak kurulmuş olacaktır: **Schlosser**, Peter, "Der Grad der Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag", Law of International Business and Dispute Settlement In The 21st Century, Ed. Briner, Robert, 2001, s. 709. Aynı yönde bkz. Alman Federal Mahkemesi'nin 22/09/1977 tarihli kararı, BGHZ 69, 260-266 için bkz. <https://dejure.org>, (son erişim tarihi: 15/03/2017).

²²⁵ Bermuda Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court of Bermuda*) 1987 tarihli kararı, *Sojuznefteexport v. JOC Oil*. Bahse konu karar için bkz. <http://www.justis.com/document.aspx?doc=d7jstUrxA0LxsKjlo5atm0Gto5WIivLerIOJicretnsm5GZnJqZnZmsmJitnIWIkVNCPhzPngDP9MBjrMi6atF>, (son erişim tarihi: 15.04.2016).

hukukî rejimlere tâbi olabilmektedir. Bu durum, hem tahkim anlaşması ve asıl sözleşmenin farklı hukuk düzenlerine tâbi olabilmesini hem de her iki sözleşme aynı hukuka tâbi olsa bile her iki sözleşmenin geçerlilik şartlarının farklı olabilmesini ifade etmektedir.

2.2.4. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin İşlevleri

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği sayesinde, asıl sözleşmenin kaderinin, tahkim anlaşmasını etkilemesinin önüne geçilmiş olacaktır. Bu çerçevede, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin tahkim yargılaması açısından nasıl işlevlere sahip olduğunu da ortaya koymak gerekir²²⁶:

İlk olarak; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği sayesinde asıl sözleşmeye ilişkin ihtilâflar da hakem veya hakem heyetince çözülebileceği için tahkim yargılamasında bütünlük sağlanmaktadır²²⁷. Gerçekten de, tahkim anlaşması vasıtasıyla hakemler uyuşmazlığı esastan çözmek için yetkili hâle gelmişken, asıl sözleşmeye ilişkin ihtilâflar bakımından yetkili kabul edilmemesi ve bu tür ihtilâfların devlet mahkemeleri önünde çözülmesi tahkimde yargılama bütünlüğüne zarar verir.

İkinci olarak; asıl sözleşmenin geçerliliğine ilişkin ihtilâfları çözüme kavuşturmak için, davanın esasına girilmesi, tarafların iddia ve savunmalarını sunmaları ve hatta bazı durumlarda bilirkişiye başvurulması dahi gerekir²²⁸. Bu durumun da emek ve süre kaybına sebep olacağı açıktır. Böylece, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği kabul edilmediği takdirde, tahkim yargılamasını sürüncemede bırakmak isteyen taraf da asıl sözleşmenin geçersizliği veya sona ermesi iddiasıyla mahkemeye başvurabilecektir²²⁹. Başka bir deyişle, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin kabulü ile, mahkemelerin tahkim yargılamasına gereksiz müdahalesi önlenmekte ve kötü niyetli itirazların da önüne geçilmektedir.

²²⁶ Benzer bir sınıflandırma için ayrıca bkz. **Esen**, Teşmil, s. 45-46; **Smit R. H.**, s. 20-21.

²²⁷ **Smit R. H.**, s. 20; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 102-103.

²²⁸ **Ertabak**, Ünal, "Tahkim Sözleşmesi ile İlgili İhtilâflar", Hukuk Defteri, Sayı: 2, İstanbul, 2009, s. 36; **Kalpsüz**, Turgut, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Cilt 2, Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler (Abant, 25-28 Eylül 1997; Ankara, 6 Haziran 1998), Ankara, 1998, s. 244, (Seminer).

²²⁹ **Poudret/Besson**, s. 136; **Born**, s. 398.

Üçüncü olarak; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği kabul edilmediği takdirde, taraf iradelerine de aykırı bir durumun ortaya çıkacağı, doktrinde ifade edilmektedir²³⁰. Asıl sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları çözmek konusunda tahkim anlaşması akdeden tarafların iradesi; asıl sözleşmenin geçersizliği gibi bir durumdan tahkim anlaşmasının etkilenmemesi, iki sözleşmenin hukukî kaderinin ayrılması ve hakemlerin yetkilerinin devam etmesi yönündedir²³¹. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin, tarafların iradesinin tahkim yargılamasına yansımını sağlamak yönünde bir işlevi gördüğü sonucuna ulaşılmaktadır.

Dördüncü olarak; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, müstakil şekilde düzenlenen tahkim anlaşması ve asıl sözleşmeye dercedilen tahkim kaydı arasındaki gereksiz ayrımı ortadan kaldıran bir işleve sahiptir²³². Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği sayesinde de, her iki durumda da tahkim anlaşması, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak kabul edilecektir.

Ayrılabilirlik prensibinin sahip olduğu işlevlerin güttüğü esas ve nihaî amaç ise; tahkim yargılamasının gelişmesine, uluslararası ticarî uyuşmazlıkların etkin şekilde çözülmesine ve nihayetinde uluslararası ticaretin gelişmesine katkı sağlamaktır²³³. Nitekim tahkim yargılamasının gelişmesi ve liberalleşmesinin sağlanabilmesi için, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin kabulünün şart olduğu doktrinde ifade edilmektedir²³⁴. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği kabul edilmediği takdirde ise,

²³⁰ **Erkan**, Yetki, s. 83; **Ertabak**, s. 37.

Ayrıca bkz. Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court of India*) 14/02/2014 tarihli kararı, *Enercon (India) Limited & Ors v. Enercon GmbH&Anr*, Civil Appeal no.2086/2014: Hindistan Yüksek Mahkemesi, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi yönündeki taraf iradelerinin tahkim yargılamasına yansiyabilmesi için tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin bir gereklilik olduğunu belirtmiştir. Bahse konu karar için bkz. <https://indiankanoon.org/doc/146487961/>, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

Karş. Bununla birlikte, doktrinde bir görüşe göre ise; özellikle de asıl sözleşmenin içine tahkim kaydı konulduğu zaman, taraflar iki farklı sözleşme yaptıklarının farkında değildirler. Bu sebeple, taraflar, öngörmemiş olmalarına rağmen, asıl sözleşmenin geçersizliği veya sona ermesi gibi durumlarda tahkim anlaşmasının hüküm ve sonuçlarını doğurması sonucuyla karşılaşacaklardır: **Landolt**, Phillip, "The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz", *Journal of International Arbitration* 30, no.5, 2013, s. 512.

²³¹ **Born**, s. 398; **Smit R. H.**, s. 22-23, **Craig/ Park/ Paulson**, s. 49.

²³² **Esen**, Teşmil, s. 46.

²³³ **Born**, s. 361-362.

²³⁴ **Weixia**, Gu, "China's Search For Complete Separability of the Arbitration Agreement", *Asian International Arbitration Journal*, Vol. 3, Number 2, 2007, s. 171-173.

tahkim yargılaması, belirtilen işlevlerden yoksun kalacaktır. Bu durum da şüphesiz ki, milletlerarası tahkimin gelişmesini ve uyuşmazlıkların etkin bir şekilde çözümünü olumsuz etkileyecektir.

2.3. TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

2.3.1. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği ve Kısmî Hükümsüzlük

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi genel hatlarıyla incelendikten sonra, hukukî niteliği ve özellikleri açısından kısmî hükümsüzlük müessesesi ile farklılığına dikkat çekmek faydalı olacaktır. Böylece tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin hukukî niteliği ortaya konurken, benzer bir hukukî müesseseden farklılığı görülmüş olacaktır.

2.3.1.1. Genel Olarak Kısmî Hükümsüzlük Kavramı

Genel itibarıyla, bir sözleşmenin bir kısmının geçersiz olmasına rağmen, kalan kısmının tarafların farazi iradeleri doğrultusunda geçerli olarak devam etmesi hâline kısmî hükümsüzlük denilmektedir²³⁵. Böylece, kısmî hükümsüzlük sayesinde sözleşmenin bir kısmına ait geçersizlik sebebi bulunduğu, söz konusu geçersizlik sebebinin sözleşmenin tamamına sirayet etmesi önlenmekte ve sözleşmenin geri kalanı geçerli olarak ayakta tutulmaktadır.

Kısmî hükümsüzlüğün söz konusu olması için genel olarak iki şarttan bahsedilebilir: Bu şartlardan birincisi objektif şart olup, sözleşmenin bölünebilir olması ve geçersizliğin sözleşmenin sadece bir kısmına ilişkin olması gerektiğini ifade etmektedir. İkinci şart

²³⁵ **Başpınar**, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara, 1998, s. 29; **Eren**, s. 336. Ayrıca bkz. **Hürlimann**, Roland, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen Nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg, 1984, s. 52 vd.; **Schwenzer**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern, 2012, s.258-259; **İnan**, Ali Naim/ **Yücel**, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 233-234.

ise, subjektif şarttır ve bu şart tarafların, sözleşmenin hukuken sakat kısmı olmaksızın sözleşmeyi yapacak olmaları sonucuna ulaşılmasıdır²³⁶.

Kısmî hükümsüzlükten bahsedebilmek için; öncelikle objektif şartın gerçekleşmesi, yani tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulmuş olan sözleşmenin bölünebilir olması ve sakatlığın sadece sözleşmenin bir kısmına ilişkin olması gerekmektedir. Sözleşmenin bölünebilmesi ise, sözleşmenin kısımlara ayrılabilmesini ifade eder. Sözleşmenin bölünmesi sonucu oluşan kısımların her biri ise, ayrı bir kayıt (*clause*) veya sözleşme (*die Abrede*) niteliğindedir²³⁷. Örneğin bir satın sözleşmesinde; teslim şartı, temerrüt faizine ilişkin hüküm, zamanaşımı kaydı gibi her kısım sözleşmeyi oluşturan bir münferit anlaşmadır²³⁸. Böylece bölünebilmeye ve kısımlara ayrılmaya müsait her sözleşme aslında bir nevi sözleşmeler bütünü olmaktadır²³⁹. Sözleşmenin bölünebilmesi ile birlikte, sözleşmeyi oluşturan bu tür münferit kayıt ve anlaşmaların bir kısmına ait geçersizlik sebebinin, sözleşmenin geri kalanını etkilememesi mümkün olacaktır.

Kısmî hükümsüzlüğün subjektif şartı ise; taraf iradelerinin, sözleşmenin geçersiz kısmı olmadan da sözleşmenin geri kalanının geçerli olarak ayakta kalması yönünde olması gerektiğini ifade eder. Taraflar; sözleşmenin sakat kısmı olmaksızın yine o sözleşmeyi yapacak idyseler, tarafların iradeleri kısmî hükümsüzlük yönünde olacaktır. Dolayısıyla, tarafların kısmî hükümsüzlük yönündeki iradesi, gerçek irade olabileceği gibi farazi irade de olabilir²⁴⁰. Burada hâkime tarafların farazi iradelerini araştırma yönünde bir görev tanınmaktadır; ancak Türk-İsviçre hukukunda ana kural kısmî hükümsüzlük, istisna ise sözleşmenin bir kısmının geçersizliğinin tüm sözleşmeye sirayet etmesidir. Bu yüzden, tarafların farazi iradelerinin ortaya çıkarılmaması veya

²³⁶ **Kırkbeşoğlu**, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmî Hükümsüzlük, İstanbul, 2011, s. 111-112; **Eren**, s. 337. *Karş.* Kısmî hükümsüzlükten bahsedebilmek için olumlu objektif şartın (sözleşmenin bölünebilmesi), olumlu subjektif şartın (tarafların iradesinin kısmî hükümsüzlük yolunda olması) ve olumsuz subjektif şartın (tarafların butlan anlaşması yapmamış olması) mevcut olması gerektiğini belirten ve bu yüzden kısmî hükümsüzlüğün şartlarını üç başlık altında değerlendiren görüş için bknz. **Başpınar**, s. 52 vd.

²³⁷ **Başpınar**, s. 62-63; **Kırkbeşoğlu**, s. 115; **Hürlimann**, s. 42-43.

²³⁸ **Kırkbeşoğlu**, s. 117.

²³⁹ **Başpınar**, s. 63.

²⁴⁰ **Eren**; s. 341; **Oğuzman**, Kemal/ **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul, 2016; s. 186. Tarafların farazi iradelerine bakılırken, sözleşmenin yapıldığı andaki iradeleri esas alınmalıdır: **Başpınar**, s. 101; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 609; **Hürlimann**, s. 65.

tarafların farazi iradeleri konusunda şüpheye düşülmesi hâlinde, Türk-İsviçre hukukunda kısmî hükümsüzlük yönünde karar verilmeli ve sözleşmenin geri kalanı geçerli kabul edilmelidir²⁴¹.

2.3.1.2. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Kısmî Hükümsüzlük İle İlişkisi

Genel olarak ve özellikle Türk-İsviçre hukukunda kısmî hükümsüzlük incelendikten sonra; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin kısmî hükümsüzlük müessesesi ile ilişkisi de incelemeye değerdir. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesi olmasaydı kısmî hükümsüzlüğe dayanmak suretiyle aynı sonuca ulaşılabilir ve asıl sözleşmenin geçersizliğine rağmen tahkim anlaşması geçerli tutulabilir miydi? Özellikle asıl sözleşme içerisinde yer alan tahkim kaydı şeklinde düzenlenmiş olan tahkim anlaşmalarının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği bakımından da kısmî hükümsüzlük akla gelebilir. Çünkü kısmî hükümsüzlükte sözleşmedeki bir veya daha fazla kayda ait sakatlık, sözleşmenin geri kalanını etkilememektedir. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi açısından da benzer bir durum söz konusu olmakta ve asıl sözleşmenin geçersizliği tahkim kaydını geçersiz kılmamaktadır.

Bununla birlikte, tahkim anlaşması, asıl sözleşme içerisine dercedilmiş bir tahkim kaydı olarak düzenlenmiş olduğu hâlde bile, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşmedir. Tahkim kaydı, asıl sözleşmeden ayrı amaç, işlev ve etkileriyle ondan ayrı bir sözleşme niteliğindedir. Kısmî hükümsüzlük ise, bir sözleşme içerisindeki bir kısma ait geçersizliğin sözleşmenin geri kalanının geçerliliğini etkilememesini ifade eder. Bu sebeple doktrinde bir görüşe göre; kısmî hükümsüzlük, sözleşmenin kısımları arasındaki ilişkiyle ilgili olduğundan ve tahkim anlaşması asıl sözleşmenin bir kısmı olmadığından

²⁴¹ **Kırkbeşoğlu**, s. 106; **Başpınar**, s. 91-92, 177; **Hürlimann**, s. 56; **Schwenzer**, s. 259. Benzer görüş ve düzenleme Avusturya hukukunda da mevcuttur: Bknz. **Kırkbeşoğlu**, s. 87 vd.

Karş. Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak; Alman hukukunda, bir sözleşmeyi akdeden tarafların iradelerinin, sözleşmenin bir kısmının geçersizliği hâlinde sözleşmenin tamamının geçersiz olması yönünde olduğu düşünülmüştür. Alman hukukunda hukukî işlemin bir kısmının geçersizliği hâlinde tam hükümsüzlük (*die Gesamtnichtigkeit*) kural, sözleşmenin geri kalanının geçerli kalmaya devam etmesi (*die Restgültigkeit*) istisna kabul edilmiştir. Bu doğrultuda Alman hukukunda, hâkimin, tarafların farazi iradelerini araştırdıktan sonra şüpheye düşmesi veya tarafların iradesinin ne yönde olduğunu tespit edememesi durumunda sözleşmenin tamamının geçersizliğine karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir: **Wolf**, Manfred/ **Neuer**, Jörg, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2012, s. 674; **Hürlimann**, s. 11.

dolayı, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin kısmî hükümsüzlük ile ilgili olmamaktadır²⁴².

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibini kısmî hükümsüzlüğe dayandıran görüşe göre ise; bir sözleşmenin birden çok sözleşmeden oluşması durumunda bir sözleşmenin geçersizliğine rağmen diğerlerinin geçerliliğini koruması da kısmî hükümsüzlük müessesesi ile ilgili olmaktadır. Bu yüzden, bir sözleşme içerisinde ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilebilecek olan, tahkim kaydı gibi yargılama hukukuna ilişkin kayıtların ayrılabilirliğinin kaynağı kısmî hükümsüzlük müessesesidir. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin ayrıca düzenlenmesi ise, asıl sözleşmenin geçersizliğine rağmen tahkim kaydının geçerli olabilmesi hususunu daha da güçlendirmiş olmaktadır²⁴³. Bu çerçevede, kısmî hükümsüzlüğü inceleyen bazı eserler²⁴⁴, asıl sözleşmenin geçersiz olması hâlinde onun içerisindeki tahkim kaydının geçerli olabilmesini de kısmî hükümsüzlük çerçevesinde değerlendirmişlerdir.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi olmasa ve asıl sözleşme içerisindeki tahkim kaydı asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak görülmesi dahi kısmî hükümsüzlük müessesesi aynı sonuca ulaşmaya yardım edebilir. Ancak, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin, kısmî hükümsüzlük kavramını da aşan bir boyuta sahip olduğunu unutmamak gerekir. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği konusunda, mesele sadece asıl sözleşmenin geçersizliği hâli değildir. Örneğin; asıl sözleşmenin hiç kurulmaması, asıl sözleşmenin hukukî sonuçlarını doğurabilmesinin şarta bağlı olması veya geçerli olarak kurulan asıl sözleşmenin sona ermesi gibi durumlarda tahkim anlaşmasının akıbetinin ne olacağı, asıl sözleşmenin hukukî akıbetinden ayrı mı tutulacağı meseleleri de tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin kapsam ve sınırları çerçevesinde incelenmektedir. Ayrıca benzer şekilde, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin kanunlar ihtilâfi hukukunda da sonuçları bulunmaktadır.

Sonuç olarak ise; kısmî hükümsüzlük müessesesi, tahkim kaydının geçersiz bir asıl sözleşmeden ayrılması ve asıl sözleşmenin geçersizliğine rağmen geçerli olarak

²⁴² Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1045.

²⁴³ Wagner, s. 327, Wagner, s. 344.

²⁴⁴ Bknz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 600; Hürlimann, s. 70-71; Kırkbeşoğlu, s. 142; İlhan, s. 13-14.

kalabilmesini sağlayabilir. Ancak tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi, kısmî hükümsüzlük kavramının kapsamını aşan bir hukukî boyuta sahiptir.

Ayrıca Alman hukukunda tam hükümsüzlüğün kural, kısmî hükümsüzlüğün ise istisna kabul edilmesi ve Alman Medenî Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) m. 139 hükmünün²⁴⁵ bu yönde çözüm öngörmesi sebebiyle; Alman hukukunda tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği sayesinde kısmî hükümsüzlüğü düzenleyen BGB m. 139 hükmünün asıl sözleşme içerisinde yer alan tahkim kaydı için uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmektedir²⁴⁶. Bu düzenleme penceresinden bakıldığı vakit, kısmî hükümsüzlük müessesesi ile tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi arasında daha büyük farklılık görülecektir.

2.3.2. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Pozitif Hukuk Düzenlemelerine Bağlı Olmaması

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği; pozitif hukuk düzenlemelerinden önce, mahkeme içtihatları ile tarafların iradesinin yorumlanması suretiyle kabul edilmiş ve gelişmiştir²⁴⁷. Bu çerçevede, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin pozitif hukuk düzenlemelerinden değil, doğrudan tarafların iradelerinden doğduğu da doktrinde ifade

²⁴⁵ BGB m. 139: “*Bir hukukî işlemin bir kısmının geçersiz olması hâlinde hukukî işlemin tamamı geçersiz olur, meğer ki geçersiz olan kısım olmaksızın da hukukî işlemin yapılmış olacağı kabul edilmiş olsun.*” Alman Medenî Kanunu metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, (son erişim tarihi: 15/01/2017).

²⁴⁶ **Rosenberg/Schwab/ Gottwald**, s. 1027; **Epping**, s. 25; **Baumbach/ Lauterbach /Albers/ Hartmann**, s. 1029; **Sparka**, s. 86. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi gereğince, kısmî hükümsüzlüğü düzenleyen BGB 139 hükmünün uygulama alanı bulmayacağına hükmetmiştir: 27/02/1970 tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararı, BGHZ, 53, 315. Aynı yönde bkz. 22/07/2002 tarihli Hamm İstinaf Mahkemesi (*Oberlandesgericht Hamm – OLG Hamm*) Kararı, OLG Hamm, 17 SchH 13/01. Söz konusu kararlar için bkz. www.dejure.org, (son erişim tarihi: 22/10/2016).

²⁴⁷ **Sparka**, s. 88; **Ly**, Filip De, *International Business Law and Lex Mercatoria*, North-Holland, 1992, s. 292-293.

Ayrıca bkz. ABD Temyiz Mahkemeleri Üçüncü Dairesi'nin (*United States Courts of Appeal Third Circuit*) 15/01/1979 tarihli kararı, *Stateside Machinery Co. Ltd. v. Alperin*, No. 78-1263; Bahse konu kararda, Üçüncü Daire (*Third Circuit*); tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğine taraf iradelerini yorumlamak suretiyle ulaşmaktadır. Bahse konu karar için bkz. <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/591/591.F2d.234.78-1263.html>, (son erişim tarihi: 22/10/2016).

Almanya'da da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, pozitif hukuk düzenlemelerinde yer almadan önce taraf iradelerinin yorumlanması suretiyle, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilir olduğu sonucuna varılmıştır: **Born**, s. 363.

edilmektedir²⁴⁸. Dolayısıyla pozitif hukuk düzenlemelerinde açıkça yer almıyor olsa dahi taraf iradelerinin yorumlanması suretiyle tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğine ulaşabilmek mümkündür. Böylece hem tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin haiz olduğu işlevlerden tahkim yargılaması yoksun kalmayacak hem de tarafların iradelerine uygun hareket edilmiş olacaktır.

Pozitif hukuk düzenlemelerinde yer almamakla birlikte tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin uygulanmasına Avusturya hukuku örnek gösterilebilir. Avusturya kanun koyucusu, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğine pozitif hukuk düzenlemelerinde bilinçli olarak yer vermemiş; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin somut olay bazında tarafların iradelerinin yorumlanması suretiyle belirlenebileceğini düşünmüştür. Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi (*Oberster Gerichtshof*- OGH); tarafların iradelerinin tahkim anlaşmasının asıl sözleşmenin geçersizliğinden etkilenmemesi ve asıl sözleşmeye ilişkin ihtilâfların tahkim yoluyla çözülmesi yönünde olduğunu belirtmiş ve bu suretle pozitif hukuk düzenlemelerinde yer almasa da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini kabul etmiştir²⁴⁹.

Sonuç olarak; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin uygulanması için pozitif hukuk düzenlemelerinde ayrılabilirlik prensibinin açıkça düzenlenmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Tarafların iradelerinin yorumlanması suretiyle tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibine ulaşabilmek mümkündür.

2.3.3. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Evrensel Bir Kural Olması

Tarafların iradesinin tahkim anlaşmasının asıl sözleşmenin hukukî kaderinden ayrılabilirliği yönünde olduğu varsayımı ve bu yönde gelişen ayrılabilirlik teorisi, pozitif hukuk düzenlemelerinde de yerini almıştır. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği,

²⁴⁸ **Mayer**, s. 265-267; **Sparka**, s. 95; **Rau**, s. 244; **Born**, s. 396.

²⁴⁹ Avusturya Federal Mahkemesi'nin 17/04/1996 tarihli kararı, OGH 7Ob2097/96z. Aynı yönde bkz., Avusturya Federal Mahkemesi'nin 07/08/2007 tarih ve OGH 4Ob142/07x sayılı ve 21/042004 tarih ve OGH 9Ob39/04g sayılı kararları. Avusturya Federal Mahkemesi'nin bahse konu kararlarına Avusturya Federal Cumhuriyeti, Federal Başbakanlık Bilgi Sistemi aracılığıyla ulaşılmıştır. Bknz. <https://www.ris.bka.gv.at>, (son erişim tarihi: 22/10/2016).

dünyanın hemen hemen her yerinde kabul edilmiştir²⁵⁰. Bu çerçevede, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, milletlerarası tahkim alanında kabul edilen tartışmasız ve genel bir prensip olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵¹. Her ne kadar uluslararası pozitif hukuk düzenlemelerinde açıkça ifade edilmese de, doktrinde, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği; milletlerarası ticarî tahkimin ulusötesi (*transnational*) bir kuralı olarak kabul edilmektedir²⁵². Bu sebeple de, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin kabulünün ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız olacağı ifade edilmektedir²⁵³.

Nitekim yargı kararlarında da; tahkim yeri hukuku, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk veya herhangi bir ülke hukukuna bakmaksızın tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği yönünde kararlar verildiği görülebilmektedir. Örneğin *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd.* Davasında²⁵⁴; tahkim yerinin İngiltere olduğu, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Kurallarına göre yürütülen, esasa ve asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun Arkansas hukuku olduğu tahkim yargılamasında, hakem heyeti, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin tarafların iradesinden kaynaklanan, evrensel bir kural olmasından bahisle, ayrılabilirlik prensibini uygulamıştır. Benzer şekilde Almanya'da Münih İstinaf Mahkemesi (*Oberlandesgericht München – OLG München*) de, Kiev Ticaret ve Sanayi Odası bünyesinde ve bahse konu tahkim müessesesinin kurallarınca yürütülen tahkim yargılaması neticesinde verilen bir kararın, Almanya'da tenfizi aşamasında, ayrılabilirlik prensibi dolayısıyla asıl sözleşmenin geçersizliğine rağmen tahkim anlaşmasının geçerli olacağını belirtmiştir. Mahkeme bu yönde hüküm tesis ederken, sadece tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibine göndermede bulunmuş ve

²⁵⁰ **Born**, s. 395; **Tweedale/Tweedale**, s. 217; **Mayer**, s. 266-267; **Sparka**, s. 94.

pek çok ülkede kabul edilen tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi, hem iç tahkim hem de milletlerarası tahkim yönünden kabul edilmiştir ve bu sebeple ayrılabilirlik prensibinin uygulanması açısından tahkim yargılamasının milletlerarası nitelik taşıyıp taşıyımamasının da bir önemi bulunmamaktadır: **Huysal**, s. 185.

²⁵¹ **Born**, s. 395; **Rau**, s. 209.

²⁵² **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 106; **Fouchard/ Gaillard/Goldman**, s. 202; **Özel**, s. 37; **Born**, s.399; **Dimolitsa**, s. 219; **Ly**, s. 293.

Ayrıca tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin genel prensipler de “*lex mercatoria arbitralis*” kavramı dâhilinde telakki edilmektedir. Bu çerçevede, tahkim anlaşmasını ayrılabilirliğinin de milletlerarası tahkim alanında genel kabul gören bir prensip olarak, “*lex mercatoria arbitralis*” kavramı içinde değerlendirildiği görülmektedir: **Smit**, Hans, “A National Arbitration”, *Tulane Law Review*, Vol. 63, 1988-1989, s. 632-636.

²⁵³ **Born**, s. 399; **Mayer**, s. 266-267.

²⁵⁴ Bknz. İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi'nin (*High Court of Justice*) 04/02/2004 tarihli kararı, *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd.*, [2004] EWHC 121. Bahse konu karar için bknz. *Lloyd's Rep.*, V.1, 2004, s. 614 vd.

tahkim yeri hukuku ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olan Ukrayna hukukuna bakma gereği duymamıştır²⁵⁵.

Dolayısıyla evrensel ve ulusötesi bir prensip hâline gelen tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin uygulanması için ulusal hukuk düzenlemelerine bakmaya gerek bulunmamalıdır. Herhangi bir hukukî düzenlemeye bağlı olmaksızın, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği yönünde karar verilebilmesi mümkün görünmektedir. Ayrıca, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin kapsam ve sınırlarını tespit ederken, pozitif hukuk düzenlemelerinin lafzı ile hareket eden hâkim; tarafların iradelerini göz ardı etmiş olacaktır. Bu çerçevede, tahkim anlaşmasının ayrılabilir olup olmadığının ve hangi hukuka göre tespit edileceği gibi bir mesele bulunmaması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir²⁵⁶. Zaten tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibini reddeden herhangi bir hukuk düzeninin olmaması²⁵⁷ dolayısıyla; tahkim anlaşmasının ayrılabilir olup olmadığını tespit için herhangi bir hukuku araştıran ve o hukuka göre karar veren hâkimin yine tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilir olduğu sonucuna varması kuvvetle muhtemeldir²⁵⁸.

²⁵⁵ Bknz. Münih İstinaf Mahkemesi'nin 17/05/2006 tarihli kararı, OLG München ShiedsVZ 2001, 337 (338), www.dejure.org, (son erişim tarihi: 23/10/2016).

²⁵⁶ **Mayer**, s. 266-267. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilir olduğuna karar verirken, kanunlar ihtilâfi kurallarına göre bir tespitte bulunmamıza gerek olmadığından hareketle, ayrılabilirlik prensibinin maddî milletlerarası özel hukuk kuralı olduğu da doktrinde ifade edilmektedir: Bknz. **Dimolitsa**, Antonias, "Arbitration Agreements and Foreign Investments The Greek State Between Contractual Commitment and Sovereign Intervention", *Journal of International Arbitration*, Vol. 5, No. 4, 1988, s. 29, (*Foreign Investments*); **Ly**, s. 294; **Kalpsüz**, İsviçre, s. 17.

²⁵⁷ **Born**, s. 295.

²⁵⁸ **Mayer**, s. 266-267. Örneğin, Almanya'da Dresden İstinaf Mahkemesi (*Oberlandesgericht Dresden – OLG Dresden*) önündeki bir davadaki somut olayda; Çek bir şirket ile Alman bir şirket arasındaki acente sözleşmesinde yer alan tahkim kaydı dolayısıyla, sözleşmeden doğan uyuşmazlık, tahkim yerinin Çek Cumhuriyeti olduğu bir tahkim yargılaması ile çözülmüştür. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk da Çek hukukudur. Hakem kararının Almanya'da tenfizi aşamasında ise, asıl sözleşmenin geçersizliği sebebiyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiasına karşılık, Dresden İstinaf Mahkemesi tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği dolayısıyla, asıl sözleşme geçersiz olsa bile tahkim anlaşmasının geçerliliğini koruyabileceğine hükmetmiştir. Ancak tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği yönünde hüküm tesis ederken, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olması sebebiyle Çek hukukuna göndermede bulunmuştur. Dresden İstinaf Mahkemesi'nin 18/02/2009 tarihli kararı, OLG Dresden, Schieds VZ, 2009, 07/08, <http://www.dis-arb.de>, (son erişim tarihi: 23/10/2016).

Hâkimin Çek hukukuna bakması, ayrılabilirlik prensibinin hemen hemen her ülkede kabul edilmesi sebebiyle, nihayetinde önemli bir fark yaratmamıştır. Ancak yine de, Çek hukukuna bakmadan tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibini uygulaması daha yerinde olurdu. Zira ayrılabilirlik

Bununla birlikte son olarak eklemek gerekir ki; doktrinde ifade edildiği üzere, genel hukuk prensiplerinin uygulama koşulları hukuk kurallarıyla belirlenmediği sürece bu kurallar soyut ilkeler olarak kalacak ve bu prensiplerin etkinliğinin sağlanması zor olacaktır²⁵⁹. Belirtilen sebeple, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, milletlerarası tahkimde evrensel bir prensip olarak kabul edilse de, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin; milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında daha etkin olması ve uygulayıcılara da yol göstermesi amacıyla, pozitif hukuk düzenlemelerinde de yer alması isabetli olacaktır. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği pozitif hukuk düzenlemelerinde yer aldığı vakit, hukuk uygulayıcıları tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini uygulamaktan imtina edemeyeceklerdir. Böylece tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin etkinliği sağlanabilecektir.

2.3.4. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Emredici Olmaması

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini düzenleyen birçok ulusal ve uluslararası düzenlemede tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin emredici olmadığı açıkça düzenlenmemiş olduğu göze çarpmaktadır. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini düzenleyen UNCITRAL Model Kanun m. 16/ f. 1 hükmü lafzında da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin emredici olup olmadığı açıkça ifade edilmiş değildir. Bu da, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin emredici olup olmadığı konusunda tartışmalara sebebiyet vermeye elverişlidir²⁶⁰. Hatta Alman hukukunda; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini düzenleyen UNCITRAL Model Kanun'dan mülhem ZPO m. 1040/ f. 1/ c. 2 hükmünün emredici bir hüküm olduğu, zira yasa koyucunun bunun aksini öngörmemiş olduğu ileri sürülmüştür²⁶¹.

Bununla birlikte, tarafların iradelerinin tahkim yargılamasına yansımını sağlayan ve tarafların iradelerinin yorumlanması suretiyle uygulanmaya başlanan tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği de emredici bir kural olmamaktadır. Bu durum doktrinde

prensibi milletlerarası ticarî tahkimde ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız, genel ve ulusötesi bir prensiptir.

²⁵⁹ **Özel**, s. 146; **Smit H.**, s. 634.

²⁶⁰ **Sparka**, s. 91-92.

²⁶¹ **Rauscher**, Thomas/ **Wax**, Peter/ **Wenzel**, Joachim, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, München, 2008, s. 255.

çoğunlukla kabul edilmektedir. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğine taraf iradesinden daha fazla önem atfetmenin isabetli olmayacağı savunulmaktadır²⁶².

Sonuç olarak, doktrinde ifade edildiği üzere tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin emredici bir kural olmaması gerekir. Zira tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi; taraf iradelerinin tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği yönünde varsayılarak pozitif hukuk düzenlemelerine girmiştir. Bununla birlikte, ulusal ve uluslararası pozitif hukuk düzenlemelerinde tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin emredici olmadığı ayrıca belirtilmesi faydalı olacak ve bu suretle ayrılabilirlik prensibinin emredici olup olmadığına ilişkin olası tartışmalar önenebilecektir.

Bu noktada tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin çift yönlü bir anlama sahip olduğunu hatırlamakta fayda vardır. Taraflar; tahkim anlaşmasının hukukî kaderini asıl sözleşmeye bağlı kılacakları gibi, asıl sözleşmenin hukukî kaderini de tahkim anlaşmasına bağlayabilirler²⁶³.

2.4. TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİNİN DÜZENLENİŞİ VE UYGULANMASI

2.4.1. Uluslararası Hukuk Düzenlemelerinde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği

2.4.1.1. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonu (New York Konvansiyonu)

Milletlerarası Ticaret Odası'nın (MTO) girişimleri sonucunda New York Konvansiyonu 10 Haziran 1958'de kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır²⁶⁴. Bahse konu Konvansiyon, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini kolaylaştırmak ve uluslararası ticarî

²⁶² **Sparka**, s. 94-95; **Born**, s. 396; **Poudret/Besson**, s. 256; **Mayer**, s. 265-266; **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 200.

²⁶³ **Schlosser**, *Unabhängigkeit*, s. 704; **Born**, s. 468; **Poudret/Besson**, s. 134.

²⁶⁴ **Erdoğan**, *Feyiz, Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Ankara, 2004, s. 105.

tahkimin ihtiyaclarına cevap vermek için hazırlanmıştır²⁶⁵. New York Konvansiyonu, milletlerarası tahkim alanında uluslararası standartlar getirmek suretiyle tahkimde uluslararası harmonizasyonu sağlamak gibi bir işleve sahiptir. Bu çerçevede, New York Konvansiyonu'nun yabancı hakem kararlarının tenfizinde en önemli uluslararası anlaşma olduğu ifade edilmektedir²⁶⁶.

New York Konvansiyonu'nun; tahkim anlaşmalarının geçerli olarak akdedilmesini sağlamak, geçerli bir tahkim anlaşmasının şekli ve maddî temel esaslarını belirlemek, hukuken mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması hâlinde uyumsuzluğun tahkim yoluyla çözülmesini temin etmek gibi fonksiyonları bulunmaktadır²⁶⁷. Nitekim Konvansiyon'un giriş kısmının ilk paragrafında, Konvansiyon'un amaçlarından bahsedilirken, tahkim anlaşmalarının geçerli olarak tanınması açısından, genel hukukî standartlar temin etmek hususuna da yer verilmiştir. Bu doğrultuda, Konvansiyon'un II. maddesi; tahkim anlaşmalarının şekli ve maddî geçerliliği hususunda düzenlemeler sevk etmiş, örneğin tahkim anlaşmaları bakımından yazılılık şartını öngörmüş ve sözleşmeye taraf devletlerin sözleşmesel veya sözleşmesel olmayan bir ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyumsuzluklar için akdedilen tahkim anlaşmalarını müteber kabul edeceğini hükme bağlamıştır.

New York Konvansiyonu'nda tahkim anlaşması da düzenlenirken; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin II. maddede, tahkim anlaşmasının hukukî kaderinin asıl sözleşmeden ayrı tutulacağı, asıl sözleşmenin geçersizliğinin tahkim anlaşmasını geçersiz kılmayacağı düzenlenmemiştir. Taraflar arasında hukuken mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasının olmadığı taraflardan biri tarafından ileri sürülmesi hâlinde hakem kararının tanınması ve tenfizinin reddolunabileceğine ilişkin m. V/ f. 1/ b. a hükmünde de tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespitinde tahkim anlaşmasının asıl

²⁶⁵ Yabancı hakem kararı kavramını esas itibarıyla milli olmayan hakem kararı şeklinde anlamak gerekmektedir. Nitekim sözleşmenin uygulama alanını belirleyen I. maddenin lafzı da bu yöndedir. Konu ile ilgili açıklamalar ve milli olmayan hakem kararı kavramı için bkz. **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 153-154.

²⁶⁶ **Redfern/Hunter**, s. 72; **Born**, s. 106, 116.

²⁶⁷ **Born**, s. 108-110.

sözleşmeden ayrı tutulacağı belirtilmemiştir. Böylelikle, New York Konvansiyonu'nun tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini açıkça düzenlemediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bununla birlikte doktrinde, New York Konvansiyonu'nun tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini açıkça kabul etmemekle birlikte, meseleye tamamen kayıtsız kalmadığı ve dahi zımnen tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini kabul ettiği ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre; Konvansiyon'un II. maddesi, tahkim anlaşmasının müstakil olarak veya tahkim kaydı şeklinde olabileceğinden bahsederken, asıl sözleşme içerisindeki tahkim kaydının dahi ayrı bir sözleşme olduğunu işaret etmektedir. Hakem kararının tanınması ve tenfizinin reddi sebeplerinden birini düzenleyen m. V/ f. 1/ b. a hükmü de, tahkim anlaşmasına özgü kanunlar ihtilâfi kuralları getirmek suretiyle, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun asıl sözleşmeden ayrı tutulacağını öngörmektedir²⁶⁸.

2.4.1.2. 21 Nisan 1961 Tarihli Milletlerarası Tahkime İlişkin Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu (Avrupa Konvansiyonu)

1961 tarihinde imzalanan Avrupa Konvansiyonu milletlerarası ticarî tahkimi düzenleyen önemli bir uluslararası sözleşmedir. Avrupa Konvansiyonu; milletlerarası ticarî tahkime ilişkin yeknesak kurallar temin etmek suretiyle, özellikle de soğuk savaş şartlarında, uluslararası ticaretin önündeki engelleri kaldırmak gibi bir amaç gütmüştür²⁶⁹.

New York Konvansiyonu'nun daha ziyade hakem kararlarının tanınması ve tenfizine yoğunlaşması karşısında, Avrupa Konvansiyonu; tenfiz aşamasından önceki başka safhalarını da düzenlemek suretiyle, adeta New York Konvansiyonu'nun tamamlayıcısı olmuştur²⁷⁰. Ayrıca her ne kadar, az sayıda devlet sözleşmeye taraf olsa da, Avrupa Konvansiyonu milletlerarası ticarî tahkime ilişkin önemli prensipler de getirmektedir. Örneğin, hakemlerin kendi yetkileri üzerinde karar verebilmesi ilkesine ("Kompetenz-

²⁶⁸ Bknz. **Born**, s. 356.

²⁶⁹ **Erdoğan F.**, s. 93.

²⁷⁰ **Erdoğan F.**, s. 94; **Redfern/Hunter**, s. 74.

Kompetenz") veya tahkim usûlünü belirlemek noktasında taraf ve hakemlerin iradesine yer vermesi böyledir²⁷¹.

New York Konvansiyonu'nda olduğu gibi, Avrupa Konvansiyonu'nda da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Avrupa Konvansiyonu'nun 5. maddesi ayrılabilirlik prensibini, New York Konvansiyonu'na kıyasla daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Zira bahse konu hükmün 3. fıkrası; hakemlerin, tahkim kaydının yer aldığı asıl sözleşmenin geçersizliği hakkında karar vermeye yetkili olduğunu belirtmektedir²⁷². Böylece görülmektedir ki, Konvansiyon her ne kadar ayrılabilirlik prensibini açıkça hükme bağlamasa ve tahkim anlaşmasının hukukî kaderinin asıl sözleşmeden ayrılacağını açıkça düzenlemiyor olsa da, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin bir sonucunu açık bir şekilde kabul etmiş ve düzenleme konusu yapmıştır.

2.4.1.3. 13 Ocak 1975 Tarihli Uluslararası Ticarî Tahkime İlişkin Amerika Konvansiyonu (Panama Konvansiyonu)²⁷³

Latin Amerika'da tahkim yargılamasına karşı olumsuz tutum ve bölge ülkelerinin ilk zamanlarda New York Konvansiyonu'na taraf olmaması sebebiyle, çeşitli girişimler neticesinde, birçok Latin Amerika ülkesinin ve ABD'nin katılımıyla, 13 Ocak 1975 tarihinde Panama Konvansiyonu imzalanmıştır. Panama Konvansiyonu'nun imzalanması ile, bölgede tahkim yargılamasına ilişkin tutum olumlu yönde değişmeye başlamış ve bu suretle milletlerarası tahkim gelişmeye başlamıştır²⁷⁴.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibine, Panama Konvansiyonu'nda açıkça yer verilmemekle birlikte; Konvansiyon'un 3. maddesi taraflar açıkça aksini öngörmediği müddetçe, tahkim yargılamasının Amerika Ticarî Tahkim Komisyonu (*Inter-American Commercial Arbitration Commission* - IACAC) kurallarına göre yürütüleceğini hükme

²⁷¹ **Born**, s. 118-119.

²⁷² **Born**, s. 357-358.

²⁷³ Panama Konvansiyonu'nun İngilizce metni için bkz.

http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicpae.asp, (son erişim tarihi: 15/03/2017).

²⁷⁴ **Redfern/Hunter**, s. 75; **Born**, s. 119; **Blackaby/Lindsey/Spinillo**, s. 5-6.

bağlamaktadır. IACAC Tahkim Kuralları'nın²⁷⁵ 18. maddesinin 3. fıkrası da tahkim kaydının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olduğunu düzenlemiş ve hakemlerin asıl sözleşmenin geçersizliğine karar vermesinin tahkim anlaşmasını geçersiz kılmayacağını açıkça öngörmüştür.

Nihayetinde ise, Güney Amerika'da Panama Konvansiyonu ile tahkim yargılamasına karşı başlayan olumlu süreçte bölgede tahkime ilişkin ulusal kanunlar yeniden gözden geçirilmiş ve tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi de tahkim kanunlarında kabul edilen prensiplerden biri olmuştur²⁷⁶.

2.4.1.4. Milletlerarası Ticarî Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanun (Model Kanun)

UNCITRAL Model Kanun, farklı ülkelerdeki tahkim kanunlarının harmonizasyonu amacıyla ve milletlerarası tahkim konusunda düzenleme yapacak kanun koyuculara yol göstermek amacıyla Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanmış ve 21 Haziran 1985 tarihinde kabul edilmiştir. 2006 yılında ise, özellikle tahkim anlaşmasının şekli konusunda elektronik iletişim adreslerinin gelişmesi sebebiyle daha esnek düzenlemeler getirmek ve milletlerarası ticarî tahkimde ihtiyati tedbirlere dair daha detaylı düzenleme ihtiyacı sebebiyle çeşitli değişikliklere uğramıştır²⁷⁷. Model Kanununun milletlerarası tahkim alanındaki etkisi ise, oldukça büyüktür. Öyle ki; Almanya, Hindistan, Rusya, İsveç ve Türkiye'nin de aralarında olduğu 100' e yakın ülke Model Kanunu temel alarak milletlerarası ticarî tahkimi düzenlemiştir²⁷⁸.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği noktasında ise; Model Kanun, New York Konvansiyonu ve Avrupa Konvansiyonu'nun çok önüne geçmiş ve tahkim anlaşmasının

²⁷⁵ IACAC Tahkim Kuralları metni için bkz.

https://www.adr.org/cs/groups/international/documents/document/dgdf/mday/~edisp/adrstg_002003~1.pdf, (son erişim tarihi: 15/03/2017).

²⁷⁶ **Blackaby/Lindsey/Spinillo**, s. 7-8.

²⁷⁷ **Redfern/Hunter**, s. 75 vd.; **Born**, s. 134 vd.

²⁷⁸ **Born**, s. 138.

ayrılabilirliğini açıkça düzenlemiştir²⁷⁹. Model Kanun'un 16. maddesinin ilk fıkrası *“Hakem heyeti, tahkim anlaşmasının mevcudiyeti ve geçerliliğine ilişkin iddialar da dâhil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu durumda, sözleşme içerisindeki tahkim kaydı sözleşmenin diğer hükümlerinden ayrı tutulur. Hakem heyetinin, asıl sözleşmenin geçersiz ve etkisiz olduğuna karar vermesi, tahkim kaydını da geçersiz hâle getirmez.”* demek suretiyle tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini açıkça hükme bağlamıştır.

Model Kanun'un, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ve hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesini sağlayan “Kompetenz-Kompetenz” ilkesini birlikte düzenlediği görülmektedir. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin, tahkim anlaşmasının geçerliliğinden ziyade, sanki salt bir yetki sorunuymuş gibi düzenlenmesi; doktrinde haklı bir şekilde eleştirilmektedir²⁸⁰. Gerçekten de, MTK m. 7 veya ZPO m. 1040 hükümlerinde olduğu gibi, Model Kanun'dan esinlenen birçok hukukî metinde bu iki ilkenin beraber düzenlenmiş olması dikkat çekicidir.

Model Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasına göre; Model Kanun'un m. 8, m. 9, m. 17H, m. 17I, m. 17J, m. 35 ve m. 36 hükümleri hariç, diğer hükümler tahkim yerine bağlı olarak uygulanacaktır. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini öngören m. 16/ f. 1 ise, tahkim yerinden bağımsız olarak uygulanacak olan ve yukarıda zikredilen hükümler arasında sayılmamıştır. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin, tahkim yerinden bağımsız olarak uygulanacak hükümler arasında zikredilmemesi sebebiyle; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin evrensel bir prensip olduğunun net bir şekilde ortaya konulmadığı ifade edilmekte ve bu yönüyle de Model Kanun eleştirilmektedir²⁸¹.

²⁷⁹ **Born**, s. 375-376; **Redfern/Hunter**, s. 78.

²⁸⁰ **Born**, s. 377, 405. Hatta bu iki ilkenin birbirine bağlı ve birinin diğerinin bir sonucu olduğu sonucuna varan yazarların, Model Kanun'da bu ilkenin beraber düzenlenmesini gerekçe gösterdiği de görülmektedir: Bknz. **Weixia**, s. 166. Dolayısıyla Model Kanun'un bu şekilde düzenlenme getirmesi yanıltıcı olmaktadır.

²⁸¹ **Born**, s. 377.

2.4.2. Ulusal Hukuk Düzenlerinde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği

2.4.2.1. Türk Hukuku

Türk hukukunda tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini incelerken, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu²⁸² (HUMK) öncesi ve sonrası şeklinde ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Mülga HUMK m. 516 hükmü “*İki taraf aralarındaki nizam hal için hakem tayin edebilirler. Tahkim hususi bir mukavele ile yapılabileceği gibi her hangi bir mukaveleye bundan tahaddüs etmesi muhtemel nizam hakemler vasıtasıyla halline dair bir şart da dercolumabilir.*” demektedir; ancak asıl sözleşmenin geçersizliği gibi bir durumun tahkim anlaşmasını nasıl etkileyeceğini düzenlememekteydi. HUMK m. 519 hükmü de “*Bir nizam hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevelliüt eden ihtilâflar mahkemece seri usûlü muhakeme ile hallolunur.*” demek suretiyle hakem veya hakem heyetinin yetkisine ilişkin ihtilâfların mahkemelerce çözülmesi gerektiğini düzenlemekteydi. Ancak, bu hüküm de tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı tutulup tutulmayacağı konusunda düzenleme getirmemekteydi.

Yargı kararlarında da Türk hukukunda ayrılabilirlik prensibinin kabul edilip edilmediği net bir şekilde ortaya konmuş değildi. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi; bir kararında, bir yetkisiz temsilci tarafından akdedilen sözleşmenin, ifa yoluyla zımnen kurulduğuna, lakin sözleşme içerisindeki tahkim kaydına yönelik ifa hareketi bulunmadığından geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığına hükmetmiştir²⁸³. Benzer bir şekilde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, “*asıl sözleşmenin geçerli olmasının sözleşmedeki tahkim şartının da geçerli olduğunu göstermeyeceği belirtilerek davanın reddine*” karar veren yerel mahkemenin direnme kararını onamış ve tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini kabul etmiştir²⁸⁴. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir kararında ise,

²⁸² 1086 sayılı HUMK metni için bkz. www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1086.doc, (son erişim tarihi: 15/03/2017).

²⁸³ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 1995/9108, K. 1995/9685, (naklen) **Şanlı**, s. 424.

²⁸⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2000/19-1122, K. 2000/1256, www.kazancı.com, (son erişim tarihi: 22/10/2016).

Ayrıca bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1993/2051, K. 1993/3488: “*...esas sözleşme maddi hukuk sözleşmesi olarak geçerlidir. Ne var ki, anılan sözleşmenin 12. maddesindeki tahkim koşulu yani bir usûl hukuku sözleşmesi olan tahkim sözleşmesi yönünden özel yetkisi olmadığından hukuken geçersizdir.*” (naklen), **Kuru**, VI. Cilt, s. 5942.

“Geçersiz bir sözleşmedeki hakem (tahkim) şartı da geçersiz olacağından uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenme olasılığı yoktur.” demek suretiyle tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini açıkça reddetmiştir²⁸⁵. Yargıtay’ın aynı dairesi, bir başka kararında da hakemlerin asıl sözleşmenin geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında karar verme yetkisinin olmadığına hükmetmiştir²⁸⁶. Görülmektedir ki; HUMK yürürlükteyken Türk hukukunda ayrılabilirlik prensibinin olup olmadığı, Yargıtay kararlarında da net olarak ortaya konmamıştır.

Nihayetinde, Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukukunda detaylı çalışmalara konu olan tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi, gerek HUMK’da düzenlenmemiş olması gerekse yargı organlarınca aksi yönde kararlar verilmesi sebebiyle Türk hukuk doktrininde gelişmemiş ve ayrılabilirlik prensibinin üzerinde hemen hemen hiç durulmamıştır²⁸⁷.

21/6/2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ise, milletlerarası tahkime ilişkin usûl ve esasları düzenlemiştir. MTK m. 4/ f. 4 hükmü “*Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*” demek suretiyle tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini açıkça ortaya koymuştur. Hakemlere kendi yetkileri üzerinde karar verme yetkisini tanıyan, başka bir deyişle “Kompetenz-Kompetenz” ilkesini açıkça kabul eden m. 7/ f. H hükmü de “*Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar*

²⁸⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1976/7803, K. 1976/4297, (naklen) **Kuru**, VI. Cilt, s. 5943.

²⁸⁶ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1994/9170, K. 1994/10152: “*Dava hukuksal nitelikçe, tahkim şartını içeren 14.6.1991 günlü sözleşmenin imkânsızlık nedeni ile batıl ve bundan doğan ediminde sakıt olduğuna karar verilmesi istemine ilişkindir. Gerek Tahkim sözleşmesinin geçersizliği gerekse asıl sözleşmenin geçersizliği Genel Mahkemelerde görülür. Bu nitelikteki davalar tahkim usûlü ile Hakemlerce görülemezler. O nedenle Mahkemenin asıl sözleşmenin hükümsüzlüğü istemini kapsayan bu davanın Hakem Şartına dayanarak Hakemlerce görülmesini kabul edip görevsizlik kararı vermesi usule ve yasaya aykırıdır.*” Bahse konu karar için bkz. www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 22/10/2016).

²⁸⁷ **Kalpsüz**, Tahkim Anlaşması, s. 1043.

vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.” demekte ve burada da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğine işaret etmektedir²⁸⁸.

MTK m. 7/ f. H hükmü UNCITRAL Model Kanun m. 16/ f. 1 hükmünün neredeyse tamamen aynısı olup, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi ile düzenlerken; MTK m. 4/ f.4 hükmü ise, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibine tahkim anlaşması ile ilgili maddede yer veren İsviçre IPRG m. 178/ f. 3 hükmünün adeta tercümesidir. Bu şekilde, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği Türk hukukunda iki farklı hükümde düzenlenmiş olup; böyle bir düzenleme kanun yapım tekniği açısından isabetli olmamıştır. Kanun koyucu, iç tahkimi düzenleyen 12/1/2001 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini hem tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin olan “*Tahkim Sözleşmesinin Tanımı ve Şekli*” başlıklı HMK m. 412 hükmünde hem de Kompetenz-Kompetenz ilkesini düzenleyen “*Hakemin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi*” başlıklı HMK m. 422 hükmünde düzenlemiştir. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesinden ayrı olarak, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin, tek bir maddede düzenlenmesi daha isabetli bir yaklaşım olurdu.

Sonuç olarak, MTK ve HMK’da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, kanun yapım tekniği açısından isabetsiz bir şekilde olsa da, kabul edilmiş ve asıl sözleşmenin geçersizliğinin tahkim anlaşmasını da geçersiz kılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Böylece HUMK döneminde tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğine yönelik belirsizliğin kaybolması ve Türk hukukunda da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin gelişmesi beklenebilir. Ancak Yargıtay 2015 tarihli bir kararında, hem MTK hem de HMK hükümleri yürürlükteyken, noterde yapılmadığı için geçersiz olan sözleşmedeki tahkim kaydının da geçersiz olduğuna hükmetmiştir²⁸⁹. Görünen odur ki, tahkim

²⁸⁸ Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun uygulama alanı ve Türk hukukunda iç tahkim ile milletlerarası tahkim ayrımı hakkında bkz. **Tarıbiler/Şit**, s. 828 vd.

²⁸⁹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2015/13042, K. 2015/13042: “*Taraflar arasındaki uyuşmazlık, gayrimenkul satış vaadi ve alıcı kredisi temini sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin 21. maddesinde tahkim şartı bulunmakta ise de, tapuda kayıtlı bir taşınmazın satış vaadi sözleşmesinin geçerli olabilmesi için noterde yapılması gerektiğinden ve somut olayda sözleşme noterde yapılmadığından geçersiz olup, geçersiz sözleşmedeki tahkim şartının da geçersiz olduğu gözetilmeden mahkemece yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*”, (naklen) **Akıncı**, s. 116. Bahse konu kararda gayrimenkulün aynına ilişkin uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması

anlaşmasının ayrılabilirliği prensip ve doktrininin Türk hukukunda daha fazla gelişmesi zaman alacaktır.

2.4.2.2. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Hukuku

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, Federal Tahkim Kanunu'nda (*Federal Arbitration Act – FAA*) düzenlenen bir ilke olmayıp, içtihatlar ve doktrin yoluyla gelişmiş ve nihayetinde ABD hukukundaki yerini almıştır²⁹⁰. Bununla birlikte; FAA'nın ilk bölümünün birinci, ikinci ve üçüncü maddelerinin müstakil nitelikteki tahkim anlaşması ile tahkim kaydı arasında fark gözetmediği ve tahkim anlaşmasına özgü hükümler getirmek suretiyle FAA'da ayrılabilirliğin zımnen kabul edildiği doktrinde ifade edilmektedir²⁹¹. Ayrıca, ABD hukukunda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun da asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabileceği ifade edilmektedir²⁹².

Federal düzeyde ayrılabilirliği kabul eden karar ise, 1967 tarihli *Prima Paint v. Flood&Conklin* Davası'nda²⁹³ verilmiştir. Söz konusu davada *Prima Paint* şirketi ile *Flood&Conklin* şirketi arasında bir danışmanlık sözleşmesi imzalanmış; ancak *Prima Paint* şirketi *Flood&Conklin* şirketinin aslında iflâs durumunda olduğunu ve bu sebeple hileli bir şekilde sözleşmeye taraf olduğunu iddia ederek dava açmış ve tedbir isteminde bulunmuştur. *Flood&Conklin* şirketinin tahkim itirazında bulunması üzerine, *Prima Paint* şirketi tarafından sözleşme hile sebebiyle sakatlandığından, sözleşme içerisindeki tahkim kaydının sakatlanmış olacağı ileri sürülmüştür. Konu ABD Federal Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) önüne gelmiş; Yüksek Mahkeme ise, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini açıkça kabul ederek, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı olduğuna ve asıl sözleşmenin bütününe yönelik uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme,

yerine, ayrılabilirlik prensibinin göz ardı edilerek asıl sözleşmenin geçersizliği dolayısıyla tahkim anlaşmasının da geçersiz olmasına dayanılarak yerel mahkeme kararının bozulması gerekçe açısından isabetsiz olmuştur. Bahse konu kararın eleştirisi için bkz. **Akıncı**, s. 116.

²⁹⁰ **Born**, s. 155; **Smit, R. H.**, s. 23-24. Amerikan Federal Tahkim Kanunu metni için bkz.

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/9>, (son erişim tarihi: 15/03/2017).

²⁹¹ **Born**, s. 367 vd.

²⁹² **Sparka**, s. 88-90; **Frank**, s. 207-208; **Born**, s. 482-483.

²⁹³ ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court of United States*) 12/06/1967 tarihli kararı, *Prima Paint v. Flood&Conklin*, 388 U.S. 365. Bahse konu karar için bkz. <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/388/395.html>, (son erişim tarihi: 15/11/2016).

tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini tarafların iradesine ve FAA düzenlemesinin yorumuna dayandırmıştır. Burada dikkat çeken bir başka husus; Yüksek Mahkeme'nin, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin taraflarca bertaraf edilebileceğini de belirtmiş olmasıdır. *Prima Paint* kararı ile birlikte de, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ABD hukukunda yerini almış ve hem iç tahkim hem de milletlerarası tahkim bakımından kabul edilmiştir²⁹⁴.

Prima Paint Davası ile birlikte, ABD hukukunun parçası hâline gelen tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin tüm federe devlet mahkemeleri için de bağlayıcı olduğu ve bu çerçevede tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin tüm ülkede uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir²⁹⁵. Nitekim otuz sekiz eyalet tarafından iktibas edilen ve tüm eyaletler tarafından iktibas hedeflenen Yeknesak Tahkim Kanunu (*Uniform Arbitration Act-UAA*)²⁹⁶ tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini kabul etmiştir²⁹⁷.

2.4.2.3. İngiliz Hukuku

Klâsik İngiliz hukukunda ilk zamanlar, asıl sözleşmenin herhangi bir sebeple geçersiz olması durumunda, asıl sözleşme içerisindeki tahkim kaydının da, geçersiz olacağı kural

²⁹⁴ **Holtzman**, Howard M./ **Donovan**, Donald F./ **Tahbaz**, Christopher K./ **Amirfar**, Catherine M. , “United States”, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Ed. Paulsson, Jan, V. 5, Kluwer Law Arbitration 2014, s. 27; **Born**, s. 368.

²⁹⁵ **Holtzman/Donovan/ Tahbaz/ Amirfar**, s. 27; **Rau**, s. 245 vd.

Bununla birlikte, Tennessee, Louisiana ve Minnesota mahkemelerinin tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini kabul etmek noktasında çekimser kaldığı ve hatta ayrılabilirlik prensibini açıkça reddettiği görülmektedir. Örneğin, 26/03/1991 tarihli *City of Blaine v. John Coleman Hayes&Associates* Davası'nda Oklahoma Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of Oklahoma*) *Prima Paint* kararına rağmen asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik hileli davranışın tahkim anlaşmasını da sakatlayacağına hükmetmiştir. Mahkeme tamamen Oklahoma eyaletini ilgilendiren uyuşmazlıkta Oklahoma kanunlarının da bu yönde olduğunu belirtmiştir: Bknz. **Stiner**, John D., “Arbitration: Schaffer v. Jeffery: The Oklohama Supreme Court Rejects the Separability Doctrine and Takes a Step Back in the Enforcement of Arbitration Clauses Under Oklohoma Law”, *Oklohoma Law Review*, 1997, s. 261 vd.

²⁹⁶ Yeknesak Tahkim Kanunu metni ve madde yorumları hakkında bknz. <http://www.uniformlaws.org/>, (son erişim tarihi: 21/12/2016).

²⁹⁷ UAA'nın 6. maddesinin c fıkrasında; hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesi de dâhil olmak üzere yetkili olup olmadıkları hakkında ve tahkim kaydı içeren asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığına karar vermeye yetkili olduğu ifade edilmektedir.

olarak kabul edilmiştir²⁹⁸. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, İngiliz hukukunda ilk başlarda sadece müstakil bir şekilde asıl sözleşmeden ayrı olarak düzenlendiği durumda kabul edilmişti. Tahkim anlaşmasının tahkim kaydı şeklinde düzenlendiği hâlde ise, asıl sözleşmenin parçası olarak görülmekteydi. Bu yüzden de tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, İngiliz hukukunda ilk başlarda reddedilmiş ve gelişme göstermemiştir²⁹⁹.

Bununla birlikte, tahkim anlaşması İngiliz hukukunda zamanla asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak kabul edilmeye başlanmış³⁰⁰ ve 1942 yılında *Heyman v. Darwins Ltd.* Davası'nda³⁰¹ tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği açıkça ortaya konmuştur. Mezkûr dava ile birlikte, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi, İngiliz hukukunda ilk kez kabul edilmiştir³⁰². Bahse konu davada, *Heyman* asıl sözleşmenin ihlâli sebebiyle, sözleşmeyi feshettiğini belirterek dava açmış; *Darwins Ltd.* ise, asıl sözleşme içerisindeki tahkim kaydı sebebiyle uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. Lordlar Kamarası ise, tahkim kaydının asıl sözleşmeden ayrı olduğuna ve asıl sözleşmenin ihlâli ve feshinin asıl sözleşme içerisindeki tahkim kaydını sona erdirmeyeceğine ve geçersiz kılmayacağına hükmetmiştir.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin İngiliz hukukunda kabul edilmeye başlanmasıyla birlikte; 1996 yılında yürürlüğe giren İngiliz Tahkim Kanunu'nda da, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibine açıkça yer verildiği görülmektedir. Bahse konu kanunun 7. maddesine göre, “*Taraflarca aksi öngörülmedikçe, bir sözleşmenin bir parçası hâline getirilmiş olan tahkim anlaşması, esas sözleşmenin yokluğu, geçersizliği ve etkisizliği sebebiyle yokluk, geçersizlik veya etkisizlik ile malul olmaz; bu sebeple asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak görülür.*” Böylece İngiliz Tahkim Kanunu; tahkim anlaşmasının, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olduğunu ve asıl sözleşmenin hukukî kaderinden etkilenmeyeceğini açıkça hükme bağlamıştır.

²⁹⁸ **Chuck wumerije**, s. 31-32; **Sparka**, s. 90; **Mustill**, Michael J./ **Boyd**, Stewart C., *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, London/Edinburgh, 1989, s. 108-109; **Özel**, s. 37.

²⁹⁹ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 205.

³⁰⁰ **Samuel**, s. 108 vd.

³⁰¹ Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) 10/02/1942 tarihli kararı, *Heyman v. Darwins Ltd.*, [1942] AC 356. Bahse konu karar için bkz. Lloyd's Rep. V.72, 1942, s. 65 vd.

³⁰² **Merkin**, Robert, *Arbitration Law*, Vol. 1, 2001, para. 4.34; **Samuel**, s. 104.

Ayrıca İngiliz Tahkim Kanunu'nda, Model Kanundan farklı olarak, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, isabetli bir şekilde hakemlerin kendi yetkileri üzerinde karar verebilmesini sağlayan "Kompetenz-Kompetenz" ilkesinden ayrı olarak düzenlenmiş ve iki ilkenin farklı olduğu açıkça ortaya konmuştur³⁰³. Ayrıca, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin taraflarca bertaraf edilebilmesi imkânının açıkça belirtilmiş olması da, ayrılabilirlik prensibinin emredici olmaması ile uyumlu olmuştur.

Bununla birlikte; İngiliz Tahkim Kanunu'nun 2. maddesi, kanunun uygulama alanını belirtmiş ve ilk fıkrasında tahkim yerinin İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda olduğu durumlarda İngiliz Tahkim Kanunu'nun uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Bahse konu maddesinin son fıkrasında ise, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk İngiliz hukuku olduğu takdirde; tahkim yeri İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda olmasa bile uygulanacak hükümlerden bahsedilmiştir. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini düzenleyen 7. madde ise, bu hükümlerden biri olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini ifade eden 7. maddenin tahkim yeri İngiltere, Galler veya Kuzey İrlanda olması veya tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olması hâlinde uygulanacağı anlamı çıkmaktadır³⁰⁴. Tahkim yeri İngiltere, Galler veya Kuzey İrlanda değilse ve dahi tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk da İngiliz hukuku değilse, evrensel bir prensip hâline gelmiş olan tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği uygulanmayacak mıdır? Ayrılabilirlik prensibinin, tahkim yeri hukuku ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk hangi ülke hukuku olursa olsun uygulanması isabetli bir yaklaşım olur.

³⁰³ **Born**, s. 381-382.

Hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesini sağlayan Kompetenz-Kompetenz ilkesi ise, İngiliz Tahkim Kanunu'nda 30. maddede hükme bağlanmıştır. İngiliz Tahkim Kanunu'ndaki bu yaklaşımın, tesadüfî olmadığı da görülmektedir. *Departmental Advisory Committee* (DAC) tarafından hazırlanan resmî yorumda, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi ile Kompetenz-Kompetenz ilkesinin farklı ilkeler olması sebebiyle, Model Kanununun tercihinin aksine, iki ilkeyi farklı hükümlerde düzenlemenin tercih edildiği belirtilmiştir: DAC Report on Arbitration Bill 1996 (DAC Report I), para. 43. DAC Report I için bkz.

<https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/13/3/275/218455/Departmental-Advisory-Committee-on-Arbitration-Law?redirectedFrom=fulltext>, (son erişim tarihi: 15/03/2017).

³⁰⁴ **Merkin**, para. 4.37-4.38.

2.4.2.4. Fransız Hukuku

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin, genel olarak tahkim uygulamasının gelişmiş olduğu Fransız hukukunda oldukça yerleşik olduğu görülmektedir. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini kabul ederek doktrinde bu konudaki eğilimi güçlendiren karar ise, Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından hükme bağlanan 1963 tarihli *Gosset* Davası sonunda verilen karardır³⁰⁵. Bahse konu dava, doktrini de derinden etkilemiş ve tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin gelişmesine ve evrensel bir prensip hâline gelmesine katkıda bulunmuştur³⁰⁶. Bu sebeple doktrinde bir görüş³⁰⁷; daha da ileri giderek, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği yönünde başka ülke mahkemelerine ait kararların bulunmasına rağmen, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin Fransız kökenli bir prensip olduğunu ileri sürmektedir.

Gosset kararı ile birlikte, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi Fransız hukukundaki yerini almış olup, milletlerarası tahkim açısından olduğu gibi iç tahkim açısından da kabul edilmiştir³⁰⁸. Bahse konu davada (*Carapelli v. Gosset*), İtalyan *Carapelli* şirketi, İtalya’da cereyan eden bir tahkim yargılaması neticesinde verilmiş olan bir hakem kararının tenfizi talebinde bulunmuştur. *Gosset* şirketi ise, *Carapelli* ile yapmış oldukları sözleşmenin, Fransız ithalat kurallarına aykırı olması sebebiyle geçersiz olduğunu ve bu sebeple sözleşmedeki tahkim kaydının da geçersiz olduğunu iddia etmek suretiyle tenfiz istemine karşı koymuştur. Uyuşmazlık Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de Cassation*) önüne geldiğinde, Yüksek Mahkeme; tahkim kaydının asıl sözleşmeden tamamen ayrı ve bağımsız bir sözleşme olarak asıl sözleşmenin geçersizliğinden etkilenmeyeceğini belirterek, tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir³⁰⁹.

³⁰⁵ **Redfern/Hunter**, s. 118.

³⁰⁶ **Deren-Yıldırım**, s. 52.

³⁰⁷ **Ly**, s. 292-293.

³⁰⁸ **Dereins, Yvens/ Kiffer**, Laurence, “France”, International Handbook on Commercial Arbitration, Ed. Paulsson, Jan, V.2, Kluwer Law International 2014, s. 27-28; **Poudret/Besson**, s. 140.

³⁰⁹ **Poudret/Besson**, s. 140, (naklen).

Nitekim tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, çeşitli reformlar neticesinde kabul edilen Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun³¹⁰ (*Nouveau Code Procédure Civile-NCPC*) m. 1447 hükmünde de “*Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeden bağımsız olup, onun etkisizliğinden etkilenmez*” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, her ne kadar iç tahkimi düzenleyen hükümler arasında sayılsa da m. 1506/ f. 1 hükmü gereği milletlerarası tahkim bakımından da geçerlidir³¹¹. Ayrıca, hükümdeki “asıl sözleşmenin etkisizliği (*l'inefficacité*)” ifadesinin asıl sözleşmenin her türlü geçersizliği, sona ermesi ve dahi yokluğu hâllerini kapsayacak şekilde bir anlama sahip olduğu da dile getirilmekte olup; bu yönüyle Fransız hukukunda tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği oldukça geniş bir anlama gelecek şekilde düzenlenmiştir³¹².

2.4.2.5. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda; 2011 yılına kadar, medenî yargılamaya ilişkin federal düzeyde bir düzenleme bulunmamış, her kanton kendi yargılama kurallarını oluşturmuşlardır. İsviçre hukukunda, tahkim usûlî bir müessese ve tahkim anlaşması da bir usûl hukuku sözleşmesi olarak görüldüğünden dolayı, tahkime ilişkin düzenleme yapma yetkisi de kantonlara bırakılmış ve tahkime ilişkin federal düzeyde bir düzenleme uzun yıllar yapılamamıştır³¹³. He ne kadar 1969 yılında tahkimin ülke düzeyinde uyumlaştırılması için, Tahkim Hakkında Kantonlararası Arasında Anlaşma³¹⁴ (*Concordat*), kantonların büyük çoğunluğu tarafından kabul edilse de; *Concordat*'ın birçok konuda emredici hükümler ihtiva etmesi sebebiyle *Concordat* eleştirilmiştir. Bu sebeple ve *Concordat*'ın çeşitli yönlerden yetersizliği sebebiyle, 1989 yılında, İsviçre Anayasası ve konfederasyon ile kantonlar arasındaki yetki paylaşımına ilişkin çeşitli tartışmaların da neticesinde; milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeler İsviçre Milletlerarası Özel

³¹⁰ Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun İngilizce tercümesi için bkz.

https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/version/3/.../Code_39.pdf, (son erişim tarihi: 15/03/2017).

³¹¹ **Dereins/Kiffer**, s. 28.

³¹² **Born**, s. 375.

³¹³ **Bucher/Yschanz**, s. 20 vd.; **Poudret/Besson**, s. 26.

³¹⁴ Tahkim Hakkında Kantonlararası Arasında Anlaşma veya “*Concordat*” (*Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit*) veya kısaca “*Concordat*” metninin Almanca versiyonu için bkz. <http://www.zivilprozessordnung.ch/uploads/KSG.pdf>, (son erişim tarihi: 15/03/2017).

Hukuk Hakkında Federal Kanun'a dercedilmiş ve böylece İsviçre'de iç tahkim ile milletlerarası tahkim ayrılmıştır³¹⁵.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ise, *Concordat*'ta yer almamaktadır. Bununla birlikte, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği İsviçre hukukunda zaten *Concordat*'ın yürürlüğe girmesinden önce de kabul edilmişti ve İsviçre mahkemeleri tarafından uygulanmaktaydı³¹⁶. İsviçre hukukunda, tahkim anlaşmasının bir usûl hukuku sözleşmesi olarak görülmesi sonucu, asıl sözleşmeden ayrı bir tabiata sahip olduğu ve bu sebeple de tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı olması gerektiği kabul edilmiştir³¹⁷. İsviçre hukukunda borçlar ve ticaret hukukunun federal düzeyde düzenlenip, yargılama hukukunun kantonlarca düzenlenmesi de asıl sözleşme ve tahkim anlaşması arasında böyle bir ayrımı gerekli kılmıştır³¹⁸. Federal Mahkeme; 1945 tarihli bir kararında, tahkim anlaşmasının, ister tahkim kaydı şeklinde düzenlensin ister müstakil bir şekilde düzenlensin, usûlî karakterinden dolayı asıl sözleşmeden ayrı olduğunu ve geçerliliğinin ayrı olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir³¹⁹. Yine 1962 tarihli bir kararda, Federal Mahkeme; tahkim anlaşmasının geçerliliğinin asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olmadığına ve tarafların da iradesinin bu yönde olduğuna hükmetmiştir³²⁰.

1989 yılından itibaren milletlerarası tahkim IPRG hükümleri tarafından düzenlenmiştir. IPRG m. 178/ f. 3 hükmüne göre; “*Tahkim anlaşmasının geçerliliğine karşı, asıl sözleşmenin geçersiz olduğu veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış bir uyumsuzluğa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*” Böylece, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği IPRG'de resmen hükme bağlanmıştır. Ayrıca IPRG m. 178/ f. 2 hükmü, tahkim anlaşmasına yönelik spesifik bağlama kuralları getirmiş ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabileceğini de

³¹⁵ **Bucher/Yschanz**, s. 24-25; **Poudret/Besson**, s. 26-27.

³¹⁶ **Poudret/Besson**, s. 136-137; **Born**, s. 365.

³¹⁷ **Born**, s. 366.

³¹⁸ **Yeğengil**, s. 169.

³¹⁹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 12/04/1945 tarihli kararı, *Flurry gegen Schweiz Metallwerke*, BGE 71 II 116. Bahse konu karar için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/>, (son erişim tarihi: 15/12/2016).

³²⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 07/04/1962 tarihli kararı, BGE 88 I 100. Bahse konu karar için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/>, (son erişim tarihi: 15/12/2016).

düzenlemiştir³²¹. Hemen eklemek gerekir ki, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hukukî akıbetine ilişkin bir prensip olması sebebiyle, ayrılabilirlik prensibinin, UNCITRAL Model Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak, IPRG'de tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin hükümde düzenlenmiş olması da isabetli olmuştur.

2011 yılına gelindiğinde ise, İsviçre nihayet federal düzeyde bir yargılama kanununa kavuşmuştur. İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 357/ f. 2 hükmü de, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibini aynen kabul etmiştir. Bahse konu hüküm; IPRG m. 178/ f. 3 hükmüne paralel bir düzenleme getirerek, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin asıl sözleşmenin hukukî kaderine bağlı olmayacağını hükme bağlamıştır³²².

2.4.2.6. Alman Hukuku

Ayrılabilirlik prensibi her ne kadar Alman hukukunda 1998 yılında düzenlemeye konu olsa da, bu prensip bu düzenlemeden önce kabul edilmiştir³²³. Örneğin 1970 yılında Alman Federal Mahkemesi, geçersiz bir kira sözleşmesi içerisindeki tahkim kaydının asıl sözleşmeden ayrılabilir olmak suretiyle geçerliliğini koruyabileceğini, sözleşmenin bütünlüğü prensibini benimseyen ve tarafların iradesinden aksi anlaşılmadıkça sözleşmenin bütünüyle geçersiz olacağını belirten kısmî hükümsüzlük hükmünün tahkim anlaşmaları için uygulama alanı bulmayacağını ve asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin ihtilâfların tahkim yoluyla çözülmesi gerektiğini hükme bağlamıştır³²⁴.

Tahkim alanında, UNCITRAL Model Kanunu'nu esas alan reformlar neticesinde, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği de, 1998 yılında UNCITRAL Model Kanunu'na paralel bir şekilde ZPO m. 1040/ f. 1'de düzenlenmiştir. Bahse konu hükme göre, *“Hakem veya hakem heyeti, kendi yetkisi veya tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme yetkisini haizdir. Bu durumda, tahkim anlaşması asıl sözleşmeden ayrı bir*

³²¹ **Bucher/Yschanz**, s. 46; **Poudret/Besson**, s. 259-260.

³²² Hüküm ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Sutter-Somm**, s. 403-404.

³²³ **Poudret/Besson**, s. 138; **Born**, s. 362 vd. Ayrıca bkz. **Frank**, s. 60.

³²⁴ Alman Federal Mahkemesi'nin 27/02/1970 tarihli kararı, BGHZ 53, 315. Bahse konu karar için bkz. <https://dejure.org/>, (son erişim tarihi: 15/12/2016).

sözleşme olarak değerlendirilir.” ZPO m. 1040/ f. 1 hükmü, UNCITRAL Model Kanunu m. 16/ f. 1 hükmünün ilk 2 cümlesini aynen yasalaştırmış; ancak hakemlerin asıl sözleşmenin geçersizliğine karar vermesinin tahkim anlaşmasını geçersiz kılmayacağını belirten son cümlesini almamıştır. Burada; asıl sözleşmenin geçersizliği, yoklukla malul olması veya sona ermesi gibi durumlardan açıkça söz etmeyerek, tahkim anlaşmasının ayrılabirliği prensibinin kapsamına dair tartışmaların önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bunun yerine, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak değerlendirileceğini belirten ikinci cümle ile yetinilmiştir³²⁵.

Ayrıca, Alman hukukunda iç tahkim ve milletlerarası tahkim ayrımı yapılmamaktadır ve bu çerçevede ZPO hükümleri iç tahkim veya milletlerarası tahkim ayrımı yapılmaksızın uygulanmaktadır³²⁶. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının ayrılabirliğini öngören hükmün uygulanması bakımından da tahkim anlaşmasının yabancı unsur taşıyıp taşıymasının bir önemi bulunmayacaktır.

Bununla birlikte, ayrılabirlik prensibinin düzenlenmesi ile ilgili olarak Model Kanun’a yönelik eleştiriler ZPO’daki düzenlemeler için de geçerli olabilecektir. Model Kanun’u esas alan ZPO’da da, tahkim anlaşmasının ayrılabirliği; tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili hükümde değil, hakemlerin kendi yetkisi üzerinde karar vermesi ile ilgili hükümde düzenlenmiştir. Nitekim bu durum, Alman doktrinde de eleştirilmiş ve ayrılabirlik prensibinin tahkim anlaşmasını düzenleyen hükümlerde yer alması gerektiği ifade edilmiştir³²⁷.

2.4.2.7. Çin Hukuku

Çin hukukunda tahkim düzenlemelerine bakacak olursak, öncelikle Model Kanun’un sadece Hong Kong’da kabul edildiğini ve bunun dışında tahkim düzenlemelerinin Model Kanun’a dayanmadığını ve kendine özgü düzenlemeler bulunabileceğini

³²⁵ Poudret/Besson, s. 138.

³²⁶ Poudret/Besson, s. 28; Yeşilova, s. 63.

³²⁷ Bknz. Epping, s. 24.

belirtmek gerekir³²⁸. 31 Ağustos 1994'te kabul edilen ve 2009 yılında çeşitli revizyonlara uğrayan Çin Tahkim Kanunu, tahkime ilişkin temel düzenleme olup, tahkim yerinin Çin olduğu durumlarda, milli ve milletlerarası tahkime uygulanmaktadır³²⁹. Ayrıca Çin Medenî Yargılama Kanunu ve Çin Sözleşmeler Kanunu da tahkime ilişkin düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır³³⁰.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi de; ilk başta kuşkuyla yaklaşılmasına karşın, tahkim anlaşmasının asıl sözleşme içerisinde yer alan tahkim kaydı şeklinde düzenlense bile asıl sözleşmeden farklı nitelikte olduğunun kabulünün de katkısıyla, Çin hukukunda da benimsenmeye başlanmıştır³³¹. Çin Tahkim Kanunu m. 19'da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “*Tahkim anlaşması bağımsızdır. Asıl sözleşmenin değişikliği, feshi, sona ermesi ve geçersiz hâle gelmesi, tahkim anlaşmasını etkilemez.*” Ayrıca, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi, Çin Sözleşmeler Kanunu³³² m. 57 hükmü ile de güçlendirilmiştir. Zira bahse konu hüküm “*Bir sözleşmenin geçersiz hâle gelmesi, feshi ve sona ermesi, sözleşme içerisinde yer alan ve bağımsız niteliğe sahip olan, uyuşmazlık çözümüne ilişkin kayıtları etkilemez.*” demektedir³³³.

Böylece, Çin hukukunda tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği ve asıl sözleşmeye ait ne gibi durumların tahkim anlaşmasını etkileyip etkilemeyeceğinin açıkça belirtildiği görülmektedir. Ancak bu şekilde düzenleme sevk eden hükmün, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibini somutlaştırmakla birlikte, kapsamını daralttığı belirtilmekte ve Çin Tahkim Kanunu bu yönüyle doktrinde

³²⁸ **Akıncı**, Ziya, “Çin ve Türk Ticarî İlişkilerinde Tahkim”, İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Çin Hukuk Zirvesi (12-14 Haziran 2012), 2013, s. 121, (Çin). Örneğin, Çin hukukunda *ad-hoc* tahkime izin verilmemektedir. Tarafların mutlaka bir tahkim kurumu seçmeleri gerekmektedir: **Akıncı**, Çin, s. 122.

³²⁹ **Xiong**, Oi/ **Shang** Yong. “International Arbitration in China (People’s Republic)”. International Commercial Arbitration: International Conventions, Country Reports And Comparative Analysis, Ed. Balthasar, Stephan, München&Baden Baden, 2016, s. 268.

³³⁰ **Xiong/Shang**, s. 268-269.

³³¹ **Born**, s. 384; **Weixia**, s. 164-165. Çin hukukunda, tahkim anlaşmasının hukukî niteliğinin, asıl sözleşmenin hukukî niteliğinden farklı olarak kabul edildiği yönünde ayrıca bkz. **Xiong/Shang**, s. 268.

³³² Çin Sözleşmeler Kanunu’nun İngilizce tercümesi için bkz.

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn137en.pdf>, (son erişim tarihi: 15/03/2017).

³³³ **Xiong/Shang**, s. 278.

eleştirilmektedir³³⁴. Çin kanun koyucusunun bahse konu düzenlemesi, evrensel bir prensibi, pozitif hukuk düzenlemesiyle daralttığı izlenimini uyandırmaktadır. Bu sebeple, Çin kanun koyucusu, ilkeyi somutlaştırmak istemiş olabilirse de; düzenleme esas itibariyle isabetsiz olmuştur.

2.4.3. Milletlerarası Tahkim Kurallarında Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği

2.4.3.1. UNCITRAL Tahkim Kuralları

UNCITRAL Tahkim Kuralları, milletlerarası tahkim uygulamasında önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle, tarafların uyuşmazlığı çözmek için herhangi bir tahkim kurumu seçmediği durumda yani *ad-hoc* tahkim yargılamasında, taraflar ayrıntılı tahkim kurallarından yoksundurlar. Tarafların *ad-hoc* tahkim yargılaması sırasında karşılaşılabileceği sorunlara çözüm olarak, 1976 yılında UNCITRAL tarafından tahkim kuralları yayınlanmıştır. Böylece, taraflar özellikle *ad-hoc* tahkimde, tahkim yargılamasının UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre çözümleneceğini kararlaştırabilirler³³⁵.

UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğine yer verilmiştir. 2010 yılında revize edilen UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 23/ f. 1' e göre, "*Hakem heyeti tahkim anlaşmasının geçerliliği de dâhil olmak üzere, kendi yetkileri hakkında karar verebilir. Bu durumda, tahkim şartı sözleşmenin bütününden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem heyetinin asıl sözleşmenin geçersizliğine karar vermesi, tahkim kaydının da geçersizliğine yol açmaz.*"

2.4.3.2. Kurumsal Tahkim Kuralları

Tahkim kurumları ilk olarak ticarî ilişkilerin ve ticaret camiasının kendisine ait otonom karakteri sebebiyle, tacirlerin kendi aralarındaki uyuşmazlıkları ticaret organizasyonları

³³⁴ Weixia, s. 168.

³³⁵ Keser Berber, Leyla, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü, Ankara, 1999, s. 6-7, (MTO); Born, s. 172-173; Şanlı, s. 352.

bünyesinde çözüme isteğiyle ortaya çıkmış ve nihayetinde Birinci Dünya Savaşı'nı izleyen dönemde milletlerarası nitelik taşıyan ve milletlerarası organizasyonlar bünyesinde faaliyet gösteren tahkim kurumları oluşmuştur³³⁶. Kurumsal tahkim kavramı da, belli bir tahkim kurumunun kontrolünde ve o tahkim kurumunun önceden belirli kuralları çerçevesinde gerçekleşen tahkimi ifade etmektedir³³⁷.

Her ne kadar, hakemlik hizmeti sunan tüm tahkim kurumlarının kurallarını incelemek mümkün olmasa da, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) bünyesinde cereyan eden MTO Tahkim Kuralları ayrıca incelenmelidir. Zira MTO tahkimi dünya çapında uyuşmazlıkların sayısı ve niteliği de göz önüne alındığında, başlıca tahkim merkezi olarak karşımıza çıkmaktadır³³⁸. 2012 yılındaki değişiklikler neticesinde son hâlini alan MTO Tahkim Kuralları'nın 6. maddesinin 9. fıkrasına göre, "*Taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, hakem heyetinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini onaylaması kaydıyla, sözleşmenin yokluğuna veya geçersiz olduğuna dair bir iddia hakem kurulunun yetkisini ortadan kaldırmaz. Esas sözleşme yok hükmünde veya geçersiz olsa dahi, hakem kurulunun tarafların ilgili hakları ile iddia ve savunmaları hakkında karar verme hususundaki yetkileri devam eder*". Esas itibariyle irade muhtariyetine geniş bir şekilde yer veren ve taraf iradesini hâkim kılacak şekilde esneklik sağlayan MTO tahkiminde³³⁹; m. 6/ f. 9'da da görüleceği üzere, tahkim anlaşmasının ayrılabirliği kuralının da taraflarca bertaraf edilmesine imkân tanınmaktadır³⁴⁰.

³³⁶ Zaman içerisinde tahkimin kurumsallaşması ve tahkim kurumlarının ortaya çıkışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 6-15.

³³⁷ **Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe**, s. 552; **Şanlı**, s. 351. Böylece, daha öngörülebilir bir tahkim yargılaması arzulayan taraflar, kurumsal tahkim yolunu tercih ederek, tahkim kurumunun tahkim kurallarına tâbi olmayı isteyebilirler: **Akıncı**, s. 431; **Şanlı**, s. 353.

³³⁸ Birçok dilde, MTO Tahkim Kuralları metnine ulaşabilmek için bkz.

<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>

(son erişim tarihi: 01/10/2016).

³³⁹ **Şit**, Kurumsal Tahkim, s. 18-19; **Berber-Keser**, MTO, 146.

³⁴⁰ **Born**, s. 395-396.

Ayrıca, MTO Tahkim Kuralları'nda açıkça zikredilmese de, MTO tahkiminde Tahkim Divanı m. 6/ f. 4 kapsamında, henüz uyuşmazlık hakemlerin önüne gelmeden evvel, tahkim anlaşmasının ilk bakışta (*prima facie*), geçerli olup olmadığına bakarken, sadece tahkim anlaşmasının geçerliliğine bakmalı ve asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığı ile ilgilenmemelidirler. Bu, tahkim anlaşmasının ayrılabirliği prensibinin bir gereğidir: **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 200.

Ayrıca, Londra Milletlerarası Tahkim Divânı (*London Court of International Arbitration - LCIA*)³⁴¹, ABD Tahkim Birliği (*American Arbitration Association-AAA*)³⁴² gibi birçok kurumsal tahkim kurumunun kurallarında da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibine yer verildiği görülmektedir.

Milli ve milletlerarası uyuşmazlıklarda İstanbul'un önemli bir tahkim yeri olması hedefinin gerçekleştirilmesi amacıyla ve İstanbul Finans Merkezi Projesi içerisinde Türkiye'nin bir projesi olarak ortaya çıkan İstanbul Tahkim Merkezi (*Istanbul Arbitration Centre- ISTAC*), kurumsal tahkim hizmeti sunmak amacıyla, 6570 sayılı Kanun ile kurulan bir tahkim kurumudur³⁴³. ISTAC Tahkim Kuralları m. 9/ f. 2'de de, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği açıkça kabul edilmiştir³⁴⁴.

Sonuç olarak, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi, tahkim kurumlarının tahkim kurallarında da düzenlenmiş ve açıkça ortaya konmuştur. Ticaret hayatının ihtiyaçları, tarafların beklentileri ve daha önce edinilen tecrübeler doğrultusunda hazırlanan kurumsal tahkim kurallarında ayrılabilirlik prensibine açıkça yer verilmesi, ayrılabilirlik prensibinin önemini ve taraf iradesinin ortaya konması yönünde önemli bir fonksiyonu haiz olduğunu göstermektedir³⁴⁵.

2.4.4. Yatırım ve İmtiyaz Sözleşmeleri Açısından Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği Prensibi

Yatırımcı ve ev sahibi devlet (*host country*) bir sözleşme akdetmek suretiyle yatırım ilişkisine girebilir. Bahse konu sözleşmeye yatırım sözleşmesi (*investment contract*)

³⁴¹ Bknz. LCIA Tahkim Kuralları m. 23/ f. 2, http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

³⁴² Bknz. AAA Ticarî Tahkim Kuralları m. 7/ f. 2, https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_004103&revision=latestreleased, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

³⁴³ **Akıncı**, s. 431-432.

³⁴⁴ Bknz ISTAC Tahkim Kuralları m. 9/ f. 2: *Tek Hakem veya Hakem Kurulu, Tahkim Anlaşmasının varlığı veya geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu kararın verilmesinde, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, o sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Tek Hakem veya Hakem Kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.* Ayrıca bknz. **Akıncı**, s. 439.

³⁴⁵ **Born**, s. 395.

denmekte olup; bahse konu yatırım sözleşmesinde gerek yatırımcının gerekse ev sahibi devletin hak ve yükümlülükleri düzenlenmektedir³⁴⁶. Böyle bir sözleşme ilişkisinde de; genellikle uyuşmazlık çözümü için tahkim yargılaması öngörülmekte, böylelikle yatırımcı ile devlet arasında bir eşitlik sağlanmaya ve sağlıklı bir yatırım ortamı oluşturulmaya çalışılmaktadır³⁴⁷.

Yatırımcı ile devlet arasında bir yatırım sözleşmesi kurulması ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yolunun öngörülmesi ise, bu çalışmanın konusu açısından önemli olabilmekte ve tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini gündeme getirebilmektedir. Zira yatırımcı ile devlet arasında, yatırım ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükleri düzenleyen bir yatırım sözleşmesi ile birlikte uyuşmazlıkların çözümü için akdedilen bir tahkim anlaşması bulunmaktadır. Bu iki sözleşmenin nitelik, amaç ve fonksiyon açısından farklı olacağı görülebilmektedir. Böylece yatırım sözleşmesinin, tahkim anlaşmasının hukukî kaderini etkileyip etkilemeyeceği meselesi söz konusu olabilecektir.

Konu ile ilgili *TOPCO/CALAISTIC v. Libya* davasına konu olayda, davacılar ve davalı Libya Devleti arasında petrol arama, çıkarma ve işletmeyi konu alan bir imtiyaz sözleşmesi (*deeds of concession*) akdedilmiş; ancak sonrasında Libya Devleti bu sözleşmeye rağmen petrol kuyularını kamulaştırmış ve petrol çıkarmayı konu alan her türlü imtiyaz sözleşmesini kanunî düzenleme ile feshettiğini duyurmuştur. Bunun üzerine davalılar, sözleşmede yer alan tahkim kaydına dayanarak tahkim yoluna başvurmuştur. Libya Devleti ise, taraflar arasındaki yatırım ilişkisinin devletin egemenlik hakkına dayanarak çıkarılan kanun ile sona erdirildiğini ve bu durumda artık bir yatırım ilişkisi kalmadığı için mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedilemeyeceğini savunmuştur. Hakem heyeti ise; tahkim anlaşmasının asıl

³⁴⁶ **Dolzer/Schreuer**, s. 72-73; **Horn**, Norbert, "Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means", *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Ed. Horn, Norbert/Kröll, Stefan, The Hague, 2004, s. 13 vd.; **Egemen Demir**, Işıl, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, İstanbul, 2014, s. 30-31; **Şit-Köşgeroğlu**, s. 65.

Bazen de yatırımcı ile devletin, sözleşme ilişkisine girmesi zorunlu olabilmektedir. Özellikle devlet tekeline ve rekabete açık olmayan sektörlerde, yatırımcı ruhsata dayanarak faaliyet gerçekleştirememek ve yatırımcıya bir sözleşme ile imtiyaz tanınması gerekebilmektedir: **Çal**, s. 138.

³⁴⁷ **Horn**, s. 12-13.

sözleşmeden ayrılabilirliğine vurgu yapmış, taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinin tek taraflı olarak feshedilmesine rağmen, tahkim anlaşmasının yatırım sözleşmesinden ayrı olarak geçerli olacağını belirtmiştir³⁴⁸.

14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe giren, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (kısaca ISCID Konvansiyonu)³⁴⁹ ise, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğine ilişkin bir hüküm barındırmamaktadır. Öte yandan, yabancı yatırımcı ve devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılabilmesini teminen, ICSID tarafından yayınlanan ICSID İlave Tahkim Kuralları (*ICSID Additional Facility Rules*)³⁵⁰, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibine açıkça yer vermektedir³⁵¹.

Böylece görülmektedir ki, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi, yatırım tahkimi açısından da gündeme gelebilmektedir. Ayrıca, bu yönüyle ayrılabilirlik prensibinin, yatırım sözleşmeleri açısından yatırımcıyı devlete karşı koruyan bir fonksiyonu haiz olduğu ve ayrılabilirlik prensibi sayesinde, devletin yatırım sözleşmesinin sona erdiğine

³⁴⁸ Karar hakkında bkz. **Von Mehren**, Robert/ **Kourides**, Nicholas, “The Libyan Nationalizations TOPCO/CALASTIC v. Libya Arbitration”, *Natural Resources Lawyer*, Vol. 12. No. 2, 1979, s. 477 vd.

³⁴⁹ ICSID Konvansiyonu’nun İngilizce metni için bkz.

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>, (son erişim tarihi: 15/03/2017).

ICSID Konvansiyonu için, Washington Konvansiyonu tabiri de kullanılmaktadır: Bknz. **Akıncı**, s. 38-39; **Dolzer/Schreuer**, s. 22-223.

³⁵⁰ ICSID İlave Tahkim Kuralları için bkz.

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/AFR_English-final.pdf, (son erişim tarihi: 15/03/2017). ICSID İlave Tahkim Kuralları ve bu kuralların işlevi hakkında bkz. **Dolzer/Schreuer**, s. 222-223.

³⁵¹ ICSID İlave Tahkim Kuralları m. 45/ f. 1: “*Hakem heyeti kendi yetkisi hakkında karar vermeye yetkilidir. Bu durumda da, bu kurallara göre tahkimi mümkün kılmak üzere akdedilen tahkim anlaşması, içerisinde yer alabileceği sözleşmenin diğer hükümlerinden ayrılabilir.*”

Ayrıca, ICSID bünyesinde çözüme kavuşturulan uyuşmazlıklarda da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin uygulandığı görülebilmektedir: Bknz. *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28. Bahse konu davada, ayrılabilirlik prensibine vurgu yapan Ad Hoc Komite Kararı için bkz.

https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Anulacion_Laudo_Duke_Energy_International_Peru_Investments.pdf, (son erişim tarihi: 15/12/2016).

ilişkin itirazda bulunmak suretiyle tahkim yolunu bertaraf etmesinin önüne geçilebildiği doktrinde savunulmaktadır³⁵².

³⁵² **Erkan**, Yetki, s. 90. Aynı yönde ayrıca bkz. **Dimolitsa**, Foreign Investments, s. 35 vd.; **Horn**, s. 17.

3. BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİNİN KAPSAMI VE “KOMPETENZ-KOMPETENZ” İLKESİ

3.1. TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİNİN KAPSAMI VE SINIRLARI

Tahkim anlaşmasının, hangi hâllerde asıl sözleşmenin hukukî kaderinden ayrı tutulduğu ve asıl sözleşmenin geçersizliği veya sona ermesi gibi durumlardan neyin anlaşılması gerektiği incelenmelidir. Böylece tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin kapsam ve sınırları ortaya konabilir. Bu doğrultuda bu çalışmada da ayrılabilirlik prensibinin kapsam ve sınırları objektif olarak irdelenmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte unutulmamalıdır ki; taraflar tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini ortadan kaldırıp, tahkim anlaşmasının hukukî kaderini asıl sözleşmenin akıbetine tâbi tutabildiği gibi, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin kapsamını da belirleyebilirler³⁵³. Bu çerçevede, ayrılabilirlik prensibinin kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde tarafların iradesinin göz önünde bulundurulması uygun olacaktır.

3.1.1. Asıl Sözleşmenin Geçersizliği (Hükümsüzlüğü) Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği

3.1.1.1. Genel Olarak

Bir sözleşmenin geçersizliği, sözleşmenin yöneldiği hukukî hüküm ve sonuçları doğuramaması anlamına gelmektedir³⁵⁴. Sözleşmenin içeriğinin hukuka veya ahlaka aykırı olması, sözleşmenin kurulduğu anda sözleşmenin konusunun objektif olarak imkânsız olması, taraflardan birinin fil ehliyetinden yoksun olması, şekil şartına uyulmaması, icazet verilmesi gereken hâllerde gerekli icazetin verilmemesi, irade ile

³⁵³ Mayer, s. 267.

³⁵⁴ Eren, s. 332; Koç, s. 128.

beyan arasındaki uygunsuzluk, irade beyanındaki sakatlık başlıca geçersizlik sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır³⁵⁵.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ise, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak onun geçersizliği veya sona ermesi gibi sebeplerden etkilenmemesi anlamına geldiğine göre, asıl sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuramaması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyecektir. Asıl sözleşme gerçekten geçersiz olsa bile, tahkim anlaşması bu durumdan etkilenmeden hüküm ve sonuçlarını doğurabilecektir³⁵⁶.

Bununla birlikte, hem tahkim anlaşmasını hem asıl sözleşmeyi etkileyen geçersizlik sebebi mevcut olabilir ve böyle bir durumdan hem asıl sözleşme hem tahkim anlaşması etkilenebilecektir³⁵⁷. Örneğin tahkim anlaşmasının taraflarından birinin hukukî işlem ehliyetinden tamamen yoksun olması hâlinde, hem tahkim anlaşmasının hem de asıl sözleşmenin geçerliliği, bu ehliyetsizlik durumundan etkilenmiş olacaktır³⁵⁸. Başka bir deyişle, asıl sözleşmenin geçersiz olduğu her durumda, tahkim anlaşması geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır gibi bir sonuca ulaşmamak gerekmektedir. Zira asıl sözleşmeyi etkileyen geçersizlik sebebinin; aynı zamanda, tahkim anlaşmasını da sakatlayabilmesi mümkündür.

Asıl sözleşmeyi sakatlayan geçersizlik sebebinin aynı zamanda tahkim anlaşmasını da etkileyip etkilemediğinin, her somut olay için ayrı olarak değerlendirilmesi uygun olacaktır³⁵⁹. Bu konuda doktrinde verilen örnekler dikkat çekicidir: Hile veya tehdit gibi hâller hem asıl sözleşmeyi hem tahkim anlaşmasının hukukî akıbetini etkileyebilecek ortak geçersizlik hâllerinden olsa da, her somut olayda hile veya tehdide maruz kalan kişinin asıl sözleşmeyi akdetmek yönündeki iradesi ile birlikte tahkim anlaşmasını

³⁵⁵ Eren, s. 332; Oğuzman/Öz, s. 81 vd.; İnan/Yücel, s. 227-233; Koç, s. 140.

³⁵⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 210; Redfern/Hunter, s. 119; Mayer, s. 263-264; Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1042-1043.

³⁵⁷ Chuckwumerije, s. 31; Lew/Mistelis/Kröll, s. 104; Özel, s. 36; Hess/Lent/Jauernig, 1027; Kalpsüz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 362; Ekşi, Incorporation, s. 49; Rauscher/Wax/Wenzel, s. 256. Alman hukukunda, hem tahkim anlaşmasını hem de asıl sözleşmeyi etkileyen bir durumun ortaya çıkması “*fehleridentität*” (ortak noksanlık) kavramı ile ifade edilmektedir: Schlosser, s. 293; Lionnet/Lionnet, s. 183-184; Born, s. 450.

³⁵⁸ Abdulla, s. 29; Mayer, s. 263-264; Kalpsüz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 363.

³⁵⁹ Aynı yönde bkz. Kalpsüz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 362: “*Asıl sözleşmenin butlanını gerektiren sebebin tahkim sözleşmesini de sakatlayıp sakatlamadığını veya ne derece sakatladığını araştırıp tesbit etmek gerekir.*”

akdetme yönündeki iradesinin de sakatlanıp sakatlanmadığına bakmak gerekir³⁶⁰. Benzer şekilde, yetkisiz temsil genel olarak her iki sözleşmeyi de etkileyen bir geçersizlik sebebi olarak sayılabilirse de, bazı durumlarda, temsilcinin asıl sözleşmeyi akdetmek için yetkisi olmamakla birlikte, tahkim anlaşmasını akdetmek için yetkisi bulunabilir³⁶¹.

Ayrıca bu durumlarda da dikkat edilmesi gerekir ki; tahkim anlaşması asıl sözleşme geçersiz olduğu için değil, kendisini de etkileyen bir durum sebebiyle geçersiz olmaktadır³⁶².

3.1.1.2. Asıl Sözleşmenin Kesin Hükümsüz veya İptal Edilebilir Olması

Bir sözleşmenin geçersizliği baştan itibaren olabildiği gibi; sözleşmenin, daha sonradan geçersiz kınması da mümkündür³⁶³. Geçersizlik kavramı bir üst kavram olarak; geçersizlik sebeplerinin ağırlığına göre, iki grup altında toplanabilir: Bunlar, kesin hükümsüzlük (butlan) ve iptal edilebilirlik kavramlarıdır³⁶⁴. Kesin hükümsüzlük (*Nichtigkeit*) hâlinde, sözleşme baştan itibaren geçersizdir. Geçersiz sözleşme hüküm ve sonuçlarını hiçbir şekilde doğurmaz; ayrıca taraflar sözleşmeyi onasa ve dahi edimleri ifa etseler bile, bahse konu sözleşme hiçbir suretle geçerli hâle gelmez³⁶⁵. İptal edilebilirlik (*Anfechtung*) hâlinde ise, sözleşme; baştan itibaren geçersiz olmayıp, iptal sebeplerinin bulunması durumunda ve iptal hakkı olan tarafın iptal hakkını kullanmasıyla, baştan itibaren geçersiz hâle gelir³⁶⁶. Bu çerçevede, butlan ile iptal edilebilirlik arasında önemli bir ayrım bulunmaktadır. Geçersizlik müeyyidesi bir üst

³⁶⁰ **Mayer**, s. 263-265; **Born**, s. 435.

³⁶¹ **Mayer**, s. 264-266; **Born**, s. 435.

³⁶² **Samuel**, s. 100-101; **Born**, 467.

³⁶³ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 581.

³⁶⁴ **Reisoğlu**, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2010, s. 139. Aynı yöndeki bir ayrım için bkz. **İnan/Yücel**, s. 234-235.

Bir üst kavram olarak kabul edilen geçersizliği; kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, eksik veya askıda hükümsüzlük ve nisbî hükümsüzlük başlıkları altında sınıflandıran görüş için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 580. Hükümsüzlük kavramını, eksiklik, butlan ve iptal edilebilirlik şeklinde sınıflandırmaya tâbi tutan görüş için bkz. **Eren**, s. 332. Kesin geçersizlik (mutlak butlan) ve iptal edilebilirlik arasında, ara kademelerin ve mutlak butlan veya iptal edilebilirlik müeyyidesine yaklaşan geçersizlik derecelerinin olduğu hakkında ayrıca bkz. **Koç**, s. 128; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 588.

³⁶⁵ **Eren**, s. 334; **Reisoğlu**, s. 140; **Koç**, s. 129-130.

³⁶⁶ **Eren**, s. 344.

kavram olarak, çeşitli derecelerde karşımıza çıkabilmekte olup; bu müeyyidelerden en ağırı kesin geçersizlik iken, en hafifi iptal edilebilirliktir³⁶⁷.

Esasen Kıta Avrupası hukukundaki bu ayırım, benzer bir şekilde Anglo-Sakson hukukunda da mevcuttur. Anglo-Sakson hukukunda da, geçersiz (*void*) bir sözleşme, herhangi bir şekilde bağlayıcı değildir ve hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. İptal edilebilir (*voidable*) bir sözleşme ise, hüküm ve sonuçlarını doğurmakla birlikte, taraflardan biri, iptal sebeplerinin bulunması hâlinde, sözleşmeyi iptal etmek hakkına sahiptir³⁶⁸.

ABD hukukunda, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi açısından, asıl sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olması ile iptal edilebilir olması açısından ayırım yapılmıştır. Baştan itibaren geçersiz olan sözleşmenin hiçbir şekilde hüküm ve sonuç doğurmayacağı, dolayısıyla asıl sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olması (*void ab initio*) hâlinde sözleşme içerisinde geçerli bir tahkim kaydından bahsedilemeyeceği ileri sürülmüştür³⁶⁹. ABD Temyiz Mahkemeleri İkinci Dairesi; *Sphere Drake Insurance Limited v. Clarendon National Insurance Company* Davası'ndaki kararında³⁷⁰, *Prima Paint* davası ile ABD hukukunda kabul edilen ayrılabilirlik prensibinin, iptal edilebilir sözleşmeler için geçerli olacağını, baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayan sözleşmeler açısından uygulama alanı bulmayacağını belirtmiştir.

ABD mahkemeleri tarafından yapılan bu ayırım ve ayrılabilirlik ilkesine yönelik ortaya konan yaklaşım ise eleştiriye açıktır. Doktrinde; asıl sözleşmenin baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaması hâlinde ayrılabilirlik prensibi kabul edilmediği takdirde, bu durumun tarafların beklentisi ile uluslararası ticaretin gerekliliklerine aykırı bir durum

³⁶⁷ Koç, s. 128; Kocayusufpaşaoğlu, s. 580.

³⁶⁸ Wörten, Rainer, Introduction to English Civil Law for German-Speaking Lawyers and Law Students, Vol. 1, Münster 2007, s. 178. Örneğin küçüklerin akdettikleri sözleşme bazı durumlarda baştan itibaren geçersiz iken, bazı durumlarda iptal edilebilir kabul edilmektedir: Bknz. Wörten, s. 148 vd.

³⁶⁹ Smit R.H., s. 31 vd.

³⁷⁰ ABD Temyiz Mahkemeleri İkinci Dairesi'nin (*United States Court of Appeals, Second Circuit*) 28/09/2001 tarihli kararı, *Sphere Drake Insurance Limited v. Clarendon National Insurance Company*, No. 00-9404. Bahse konu karar için bknz.

<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1481384.html>, (son erişim tarihi: 21/10/2016).

olacağı ifade edilmiştir³⁷¹. Nitekim ABD Federal Yüksek Mahkemesi; asıl sözleşmenin hukuka aykırılığının ileri sürüldüğü *Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna* Davası'nda³⁷², tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin sadece iptal edilebilir (*voidable*) sözleşmeler açısından değil, asıl sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olması hâlinde de uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Günümüzde de, tüm dünyada ve milletlerarası tahkim uygulamasındaki genel eğilim; asıl sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü veya başka bir deyişle baştan itibaren hükümsüzlüğü (*void ab initio*) hâlinde de, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin uygulama alanı bulacağı yönündedir³⁷³.

Gerçekten de asıl sözleşmenin ne derecede geçersiz olduğunun, baştan itibaren mi geçersiz olduğu yoksa daha sonradan iptal hakkının kullanılması ile mi geçersiz hâle geldiğinin, ayrılabilirlik prensibi açısından bir önemi olmamalıdır. Tahkim anlaşmasının, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak, asıl sözleşmenin hukukî kaderinden ayrılması yönünde olan taraf iradelerinin, böyle bir ayrımı gözetmek isteyeceği düşünülemez. Doktrinde işaret edildiği üzere; önemli olan asıl sözleşmenin baştan itibaren kesin geçersiz mi yoksa iptal edilebilir mi olduğu değil, geçersizliğe yol açan sebebin tahkim anlaşmasına etkili olup olmadığı hususudur. Eğer tahkim anlaşmasını etkileyen bir durum yoksa, sadece asıl sözleşmeyi etkileyen geçersizlik sebebinin ne ölçüde ağır olduğunun ve asıl sözleşmeye yönelik hukukî sonuçlarının, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi açısından bir önemi bulunmamalıdır³⁷⁴.

3.1.2. Asıl Sözleşmenin Yokluğu Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği

Asıl sözleşmenin yokluğu hâlinde de, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin devreye girip girmeyeceği tartışılabilir. Nitekim tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini,

³⁷¹ Smit, R.H., s. 34-36.

³⁷² ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court of United States*) 21/02/2006 tarihli kararı, *Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna*, No. 041264. Bahse konu karar için bkz. <https://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/04-1264.pdf> (son erişim tarihi: 1/11/2016).

³⁷³ Svernlov, Carl, "The Evolution of the Doctrine of Separability in England: Now Virtually Complete?", *Journal of International Arbitration*, Issue 3, 1992, s. 120.

³⁷⁴ Rau, s. 210-211.

Türk hukukunda düzenleyen MTK m. 4/ f. 4 hükmü; tıpkı UNCITRAL Model Kanunu m. 16/ f. 1/ c. 3 ve IPRG m. 178/ f. 3 hükümleri gibi, asıl sözleşmenin geçersizliğinden bahsetmekte, asıl sözleşmenin yokluğu hâlinde bahsetmemektedir.

Sözleşmenin yokluğu; sözleşmenin kurucu unsurlarıyla ilgilidir, bu kurucu unsurların olmaması hâlinde ortaya çıkar ve yoklukla malul bir sözleşme hukuk âleminde hiç meydana gelmemiştir. Sözleşmede kurucu unsur olan irade beyanları, birbirine uygun değilse; başka bir deyişle taraflar bir sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşma sağlayamazlarsa; sözleşme hiç kurulamaz. Yoklukla malul bir sözleşme hukuk âleminde hiç meydana gelmemiş olur³⁷⁵. Yokluk hâlinin geçersizlik müeyyidesinden daha ileri bir durum olması sebebiyle, tahkim anlaşmasının ayrılabirliği kapsamında asıl sözleşmenin yokluğu hâline ayrıca yer vermek isabetli olacaktır.

Asıl sözleşmenin hiç kurulmaması, başka bir deyişle tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olmaması hâlinde; hiç kurulmamış bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların halli için akdedilmek üzere, hukuken mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmenin mümkün olup olmadığı tartışmalı durumdadır. Bir görüşe göre, asıl sözleşmenin yokluğu hâlinde hiç meydana gelmemiş sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için akdedilen mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedilemez ve bu yüzden asıl sözleşmenin yokluğu hâli, ayrılabirlik prensibinin kapsamı dışındadır³⁷⁶.

Asıl sözleşmenin yokluğu hâlini tahkim anlaşmasının ayrılabirliğinin kapsamı dışında gören yargı kararları da mevcuttur: Örneğin, *Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus Davası*'nda³⁷⁷; asıl sözleşmenin yoklukla malul olmasının, ayrılabirlik ilkesinin kabul edildiği *Prima Paint* davasında ortaya konan durumdan farklı bir durum olduğu ve asıl sözleşmenin kurulamaması hâlinde içerisindeki tahkim kaydının hüküm ve sonuç doğuramayacağı ifade edilmiştir. Fransa'da da *Pia Investments v. Cassia Davası*'nda;

³⁷⁵ Eren, s. 239, 332; Schwenger, s. 226.

³⁷⁶ Rau, s. 203; Lionnet/Lionnet, s. 184; Mayer, s. 263-264; Mustill/Boyd, s. 109-111

³⁷⁷ New York Güney Bölge Mahkemesi'nin (*District Court for Southern District of New York*) 13/06/1978 tarihli kararı, *Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus.*, No. 78, Civ. 537. Söz konusu karar için bkz. <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/455/211/1415700/>, (son erişim tarihi: 15/03/2017).

asıl sözleşmenin yokluğu hâlinde, ayrılabilirlik prensibinin uygulama alanı bulmayacağı açıkça kabul edilmiştir³⁷⁸.

Öte yandan, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin asıl sözleşmenin yokluğu hâlinde de uygulama alanı bulup bulmayacağı konusunda yargı kararlarında bir birlik yoktur³⁷⁹. Örneğin Fransa'da *Navimpex, Ducler ve Omenex v. Hugon* Davaları'nda tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin, asıl sözleşmenin yokluğu hâlinde de uygulama alanı bulacağı açıkça kabul edilmiştir³⁸⁰. İsviçre hukukunda da her ne kadar IPRG m. 178/ f. 3 hükmünde asıl sözleşmenin yokluğundan bahsedilmese de, doktrinde asıl sözleşmenin yokluğu başka bir deyişle hiç kurulamaması hâlinde de ayrılabilirlik prensibinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir³⁸¹. Ayrıca ABD mahkemeleri de *Colfax Envelope v. Local No. 458-3M*³⁸² ve *Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Corp.*³⁸³ davalarında, asıl sözleşmenin yokluğu durumunda da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin uygulanabileceğini kabul etmiştir. Ayrıca, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibini düzenleyen bir takım pozitif hukuk düzenlemelerinde, asıl sözleşmenin yokluğu hâlinde de açıkça bahsedildiği görülmektedir. Örneğin, İngiliz Tahkim Kanunu m. 7'de asıl sözleşmenin yokluğu hâli de belirtilmiş ve asıl sözleşmenin yokluğunun da tahkim anlaşmasının akıbetini etkilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde, MTO Tahkim Kuralları m. 6/ f. 9 ve LCIA Tahkim Kuralları m. 23/ f. 2 gibi kurumsal tahkim kurallarında da asıl sözleşmenin yokluğu hâline açıkça yer verildiği görülmektedir.

Görüldüğü üzere, asıl sözleşmenin yokluğu hâlinde de, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Özellikle tahkim anlaşmasının asıl sözleşme içerisindeki bir kayıt olarak

³⁷⁸ **Poudret/Besson**, s. 140-141.

³⁷⁹ **Erkan**, Yokluk, s. 548.

³⁸⁰ **Erkan**, Yokluk, s. 548-549.

³⁸¹ **Poudret/Besson**, s. 137.

³⁸² ABD Temyiz Mahkemeleri Yedinci Dairesi'nin (*United States Courts of Appeals Seventh Circuit*) 01/04/1994 tarihli kararı, *Colfax Envelope v. Local No. 458-3M.*, 20 F.3d 750. Söz konusu karar için bkz. <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/20/750/523299/>, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

³⁸³ ABD Temyiz Mahkemeleri Dokuzuncu Dairesi'nin (*United States Courts of Appeals Ninth Circuit*) 03/10/1999 tarihli kararı, *Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Corp.*, 937 F.2d 469. Söz konusu karar için bkz. <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/20/750/523299/>, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

düzenlenmesi hâlinde, durum daha da çetrefilli hâle gelmektedir. Tarafların asıl sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşamamaları ve asıl sözleşmenin kurulamaması durumunda; asıl sözleşme içerisindeki tahkim kaydına da rıza göstermemiş olduğu ve bu sebeple taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının da kurulmamış olacağı kural olarak söylenebilir³⁸⁴ ve bu durum bir karine olarak kabul edilebilir³⁸⁵. Ancak bu durumda dahi, her iki sözleşmenin kurulup kurulmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Müzakereler sonucunda, asıl sözleşme kurulamamış olsa da; tahkim kaydı üzerinde tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarının mevcudiyeti sonucu, tahkim anlaşması kurulabilir³⁸⁶. Tahkim anlaşmasının, asıl sözleşme içerisindeki bir tahkim kaydı şeklinde düzenlendiği durumda dahi, ayrı bir sözleşme olduğu unutulmamalıdır.

Konuyla ilgili olarak dikkat çeken bir örnek ise; Tahıl ve Yem Ticaret Birliği (*Grain and Feed Trade Association - GAFTA*) bünyesinde görülen *Zurich International Ag v. Moscow Exportkhleb* Davası'nda³⁸⁷ yaşanmıştır: Taraflar; yem buğdayı satımı ve alıcıya teslimini konu alan bir sözleşmenin müzakerelerine başlamış, hatta sözleşmeye konu olan yem buğdayının özellikleri, fiyatı, taşıma süresi gibi esaslı unsurları da kararlaştırmışlardır. Davacı *Zurich International Ag*, sözleşmenin ifasını sağlamak için tahkim yoluna başvurmuş; ancak davalı *Moscow Exportkhleb*, sözleşmenin esaslı unsuru olan astarya süresi (*lay time*) üzerinde anlaşma sağlanamadığını, dolayısıyla taraflar arasında herhangi bir sözleşmenin kurulmadığı ve bu yüzden herhangi bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetinden de bahsedilemeyeceği gerekçesiyle itirazda bulunmuştur. Hakem heyeti ise; ayrılabilirlik ilkesine dayanmış, asıl sözleşmenin kurulup kurulmadığından bağımsız olarak, tarafların tahkim kaydı konusunda mutabakata varmış olduklarını belirterek, davalının itirazını reddetmiştir. Görüldüğü üzere, taraflar asıl sözleşme üzerinde mutabakata varamamakla birlikte, sözleşme

³⁸⁴ **Born**, s. 338, 458; **Erkan**, Yetki, s. 93.

³⁸⁵ **Erkan**, Yokluk, s. 553.

³⁸⁶ **Smit R.H.**, s. 37-38; **Born**, s. 458; **Erkan**, Yokluk, s. 548; **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 211. Doktrinde bir görüş de, asıl sözleşmenin yoklukla malul olması hâlinde, tahkim anlaşmasının da kural olarak bundan etkileneneğini belirtmesine rağmen; bunun her zaman geçerli olmayacağını ifade etmekte ve asıl sözleşmenin kurulamamasına rağmen tahkim anlaşmasının kurulabileceğini kabul etmektedir: **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 104.

³⁸⁷ *Zurich International Ag v. Moscow Exportkhleb*. Bahse konu karar için bkz.

<http://www.lordhacking.com/awards/GAFTA%20PRELIMINARY%20AWARD%20Zurich%20International%20v%20Moscow%20Export%20Oct%202004-1.pdf>, (son erişim tarihi: 15.10.2016).

içerisindeki tahkim kaydı üzerinde mutabakata varmış olabilirler. Somut olay bazında, tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığının asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

3.1.3. Asıl Sözleşmenin Şarta Bağlılığı

Bir hukukî işlemin hukukî etki ve sonuçlarının doğması, devam etmesi veya sona ermesinin, taraf iradeleri ile gelecekte gerçekleşmesi belirsiz bir olaya bağlanması mümkün olup; bu durumda "şarta bağlı borç" kavramı söz konusu olmaktadır³⁸⁸. Tahkim anlaşmasının ilişkili olduğu asıl sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması veya sona ermesi de, tarafların iradesi ile gelecekte belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlı kılınabilir ve böyle bir durumda asıl sözleşme ve ona ait olan maddî hukuka ilişkin hak ve borçlar "şarta bağlı" olacaktır. Tahkim anlaşmasının, asıl sözleşmenin hak ve yükümlülüklerinin "şarta bağlı" olmasından etkilenip etkilenmeyeceği meselesi de, bu doğrultuda tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi kapsamında tartışılabilir.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi kapsamında ise, asıl sözleşmenin şarta bağlanması hâlinde, şart gerçekleşmese bile, tahkim anlaşmasının geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması beklenebilecektir. Nitekim konuyla ilgili olarak, *David McIntyre v. Household Bank* Davası'na³⁸⁹ konu olan somut olayda; davacı ile davalı arasında bir kredi kartı sözleşmesi imzalanmış olup, sözleşmede kredi kartının kullanılması hâlinde, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı belirtilmiştir³⁹⁰. Davacı *David McIntyre*; kredi kartının kullanılmamasına rağmen kendisinden kredi kartı yıllık aidatı talep edilmesi sebebiyle, dava açmış ve sözleşmede belirtilen "kredi kartını kullanma" şartının gerçekleşmemesi dolayısıyla sözleşmenin ve sözleşmedeki kayıtların hukukî sonuçlarını doğurmayacağını iddia etmiştir. Mahkeme ise; asıl sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartın

³⁸⁸ **Pulaşlı**, Hasan, Şarta Bağlı Hukukî İşlemler ve Sonuçları, Ankara, 1989, s. 8.

³⁸⁹ Illinois Kuzey Bölge Mahkemesi'nin (District Court for the Northern District of Illinois) 19/09/2002 tarihli kararı, *David McIntyre v. Household Bank.*, No. 02 C1537. Bahse konu karar için bkz. <https://casetext.com/case/mcintyre-v-household-bank-3> (son erişim tarihi: 15/11/2016).

³⁹⁰ Hemen belirtmek gerekir ki, dava konusu somut olayda olduğu gibi, bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması taraflardan birinin iradi davranışına bağlı kılınabilir ve bu durumda "iradi şart" kavramından bahsedilmektedir. "İradi şart" kavramı için bkz. **Pulaşlı**, s. 39 vd.; **Eren**, s. 1194.

(*conditions precedent*) gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin soruna rağmen, hukukî kaderi asıl sözleşmeden ayrı olan tahkim anlaşmasının hüküm ve sonuçlarını doğuracağını belirtmiştir.

Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi çerçevesinde, asıl sözleşmenin şarta bağlı olmasına rağmen, tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye ilişkin şartın gerçekleşip gerçekleşmemesinden bağımsız olarak; hüküm, sonuç ve etkilerini doğurur³⁹¹. Zira şarta bağlı olarak akdedilen sözleşme, maddî hukuka ait olan asıl sözleşmedir. Asıl sözleşmenin ve asıl sözleşmeden doğan hak ve borçların şartı bağlı olması ise, tahkim anlaşmasının ve tahkim anlaşmasının getirdiği hak ve borçların da şarta bağlı olduğu anlamına gelmez.

3.1.4. Asıl Sözleşmenin Sona Ermesi

Asıl sözleşmenin sona ermesi durumunda, tahkim anlaşmasının hukukî akıbetinin, asıl sözleşmenin hukukî akıbetine bağımlı olmaması; başka bir deyişle sadece asıl sözleşmenin sona ermesi sebebiyle tahkim anlaşmasının sona ermemesi gerekmektedir. Doktrinde de, tahkim anlaşmasının sırf asıl sözleşmenin sona ermesi sebebiyle sona ermeyeceği ve temel ilişki sona ermiş olsa bile tahkim anlaşmasının hüküm ve sonuçlarını doğurabileceği gerek Kıta Avrupası hukukunda gerekse Anglo-Sakson hukukunda genel olarak kabul edilmektedir³⁹².

Konu ile ilgili olarak, İsviçre Federal Mahkemesi önündeki bir davada³⁹³; asıl sözleşmeyi fesheden taraf, lisans sözleşmesinin ve dolayısıyla içerisindeki tahkim kaydının sona erdiği ve dolayısıyla hakemlerin yetkilerinin dayanağı olan tahkim anlaşmasının artık mevcut olmadığı iddiasında bulunmuştur. Federal Mahkeme; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibine dayanmak suretiyle, asıl sözleşmenin sona ermesinin, asıl sözleşme içerisindeki tahkim kaydını sona erdirmeyeceğini ve

³⁹¹ Aynı yönde bkz. **Mustill/Body**, s. 112; **Mayer**, s. 163.

³⁹² **Samuel**, s. 107; **Smit, R.H.**, s. 21-22; **Rau**, s. 198; **Welser**, Irene/ **Molitoris**, Susanne, "The Scope Of Arbitration Clauses or "All Disputes Arising Out Of or In Connection With This Contract", Austrian Yearbook on International Arbitration, Zeiler, Gerold/ Welser, Irene, (ed), Kluwer Law Arbitration, 2012, s. 28-29; **Born**, s. 890; **Mayer**, s. 262-263; **Mustill/Boyd**, s. 112.

³⁹³ Bahse konu karar için bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 27/02/2014 tarihli kararı, BGE 140 III 134, www.servat.unibe.ch, (son erişim tarihi: 15/11/2016).

dolayısıyla davalı maddî hukuktan doğan hakkı sebebiyle asıl sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirse bile tahkim kaydının geçerliliğini koruyacağını belirtmiştir.

İngiltere’de *Paul Smith vs. H&S* Davası’nda³⁹⁴ da İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi; asıl sözleşmenin taraflardan biri tarafından feshedilmesine rağmen, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği sebebiyle, tahkim kaydının, sözleşmedeki diğer kayıtların aksine asıl sözleşmenin sona ermesiyle son bulmayacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme; bu sebeple, fesih sonrasında vuku bulan uyuşmazlıklar bakımından, tahkim anlaşmasının mevcudiyetini ve geçerliliğini devam ettireceğini hükme bağlamıştır.

Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi de bir davada³⁹⁵, davacılar ve davalılar arasındaki inşaat sözleşmesinin, davacının sözleşmeden dönmesi sonucu sona ermesine rağmen, sözleşme içerisindeki tahkim kaydının geçerli olacağını ve dolayısıyla asıl sözleşmeden dönmeye yönelik ihtilâfların tahkim anlaşması kapsamında kalacağını hükme bağlamıştır.

MTO nezdindeki 7929 sayılı davada da³⁹⁶, asıl sözleşmenin herhangi bir sebeple sona erdirilmesi hâlinde, asıl sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir sözleşme olan tahkim anlaşmasının sona ermiş olmayacağı açıkça ifade edilmiştir.

Sonuç olarak görülmektedir ki; doktrinde ve yargı kararlarında da açıkça kabul edildiği üzere, asıl sözleşmenin sona ermesi, tahkim anlaşmasının hukukî akıbetini etkilememektedir. Asıl sözleşme ister ileriye yönelik olarak, isterse geriye etkili bir şekilde ortadan kalksın, bu durum, tahkim anlaşmasının sona ermesine sebep olmaz. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi gereği, tahkim anlaşması, asıl sözleşmenin hukukî kaderini paylaşmak zorunda kalmayacaktır.

Bununla birlikte, taraflar karşılıklı irade beyanları ile sözleşme ilişkisini sona erdirdikleri takdirde, tahkim anlaşmasının da sona erdiği ileri sürülmektedir³⁹⁷. Bunun

³⁹⁴ İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi’nin (*High Court of Justice*) 18/02/1991 tarihli kararı, *Paul Smith vs. H&S*. Bahse konu karar için bkz. Lloyd’s Rep., V. 2, 1991, s. 127 vd.

³⁹⁵ Avusturya Federal Mahkemesi’nin 06/09/1990 tarihli kararı, OGH 6Ob572/90 için bkz. Avusturya Federal Cumhuriyeti, Federal Başbakanlık Bilgi Sistemi, <https://www.ris.bka.gv.at>, (son erişim tarihi: 15/11/2016).

³⁹⁶ ICC Case No 7929, (1995). Bahse konu karar için bkz. YBCA, XXV, 2000, s. 312.

altında yatan temel düşünce ise, tarafların karşılıklı olarak temel sözleşme ilişkisini sona erdirdiği hâlde, taraf iradelerinin tahkim anlaşmasını da sona erdirmek yönünde olacağı varsayımdır³⁹⁸. Bahse konu görüş, özellikle Avusturya hukukunda kabul görmektedir³⁹⁹. Avusturya Federal Mahkemesi; tarafların asıl sözleşmeyi karşılıklı anlaşmak suretiyle sona erdirmesi durumunda, taraf iradesinin asıl sözleşme içerisindeki tahkim kaydını da sona erdirmek yönünde olduğunu ve bu durumda tahkim anlaşmasının da asıl sözleşmenin hukukî kaderine bağlı olarak sona ermiş olacağını belirtmiştir⁴⁰⁰.

Alman doktrininde ise; Avusturya hukukunda kabul gören bahse konu görüş açıkça reddedilmekte, tarafların karşılıklı anlaşmak suretiyle asıl sözleşmeyi sona erdirdiği durumda dahi, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin devam etmesi kabul edilmektedir⁴⁰¹. Nitekim Koblenz İstinaf Mahkemesi (*Oberlandesgericht Koblenz- OLG Koblenz*) önündeki bir davada⁴⁰², ayrılabilirlik prensibi uyarınca, asıl sözleşme olan bayılık sözleşmesinin tarafların karşılıklı iradesi ile sona ermesine rağmen, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin devam edeceği vurgulanmıştır. Mahkeme; tarafların anlaşarak temel borç ilişkisini sona erdirdiği tarihten sonra doğacak uyuşmazlıklar bakımından da, tahkim anlaşmasının hüküm ve sonuçlarını doğuracağını hükme bağlamıştır.

Gerçekten de tarafların anlaşarak temel borç ilişkisini sona erdirdiği durumda dahi, ayrılabilirlik prensibi uygulama alanı bulmalı ve tahkim anlaşması asıl sözleşme

³⁹⁷ Samuel, s. 106.

³⁹⁸ Born, s. 889.

³⁹⁹ Nueber, Michael/ Zeiler, Gerold, "International Arbitration in Austria", International Commercial Arbitration: International Conventions, Country Reports And Comparative Analysis, Ed. Balthasar, Stefan, München&Baden-Baden, 2016, s. 194, 197.

⁴⁰⁰ Bknz. Avusturya Federal Mahkemesi'nin 25/11/1975 tarihli kararı, OGH 6Ob221/75, **Welser/ Molitoris**, s. 29-30, (naklen).

Tarafların karşılıklı anlaşarak temel sözleşme ilişkisini sona erdirdiği durumda, tahkim anlaşmasının da asıl sözleşmenin hukukî kaderini paylaşacağı yönünde başka bir Avusturya Federal Mahkemesi Kararı için bknz. Avusturya Federal Mahkemesinin 10/04/2003 tarihli kararı, OGH 8Ob24/03t, Avusturya Federal Cumhuriyeti Başbakanlık Bilgi Sistemi, <https://www.ris.bka.gv.at>, (son erişim tarihi: 15/11/2016).

⁴⁰¹ Böckstiegel/Kröll/Nacimiento, s. 25.

⁴⁰² Koblenz İstinaf Mahkemesi'nin (OLG Koblenz) 28/07/2005 tarihli kararı, OLG Koblenz 2 Sch 04/05. Bahse konu karar için bknz. <https://dejure.org>, (son erişim tarihi: 15/12/2016).

ilişkisinin sona ermesi sonucu otomatik olarak sona ermemelidir⁴⁰³. Tarafların iradelerinin aksi yönde olduğunun peşin kabulü yanılıcı olabilecektir. Zira asıl sözleşme ilişkisi sona ermiş olsa bile, uyuşmazlık yine o sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Tahkim anlaşmasının geniş bir şekilde yorumlanması ve sözleşme dışı talepleri de kapsadığı yönündeki genel eğilimi de göz önünde bulundurduğumuzda, tahkim anlaşmasının, taraf iradeleri ile sona erdirilmiş bir sözleşme ilişkisi bakımından da uygulama alanı bulması makul görünmektedir.

3.1.5. Asıl Sözleşmeye Yönelik Hukuk Seçimi

Özellikle tahkim anlaşmasının asıl sözleşme içerisindeki bir kayıt şeklinde düzenlenmiş olduğu hâlde, taraflar tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olduğunu düşünmeden, sadece asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmekte ve tahkim anlaşmasına yönelik hukuku ayrıca seçmemektedirler⁴⁰⁴. Ayrılabilirlik prensibinin kapsam ve sınırları çerçevesinde; taraflar asıl sözleşmeye yönelik hukuk seçiminde bulunduğu takdirde, böyle bir hukuk seçiminin tahkim anlaşması için de geçerli olup olmayacağını ayrıca irdelemek yerinde olur.

Doktrinde bir görüş; tarafların asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku seçip, ayrıca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmedikleri durumda, asıl sözleşme için yapılan hukuk seçiminin tahkim anlaşması için de uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, taraflar asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının ayrı sözleşmeler olduğunun bilincinde değildirler⁴⁰⁵. Nitekim İngiliz hukuku doktrin ve yargı kararlarında da, bu görüş savunulmuştur. İngiliz mahkemeleri, genellikle asıl sözleşmeye yönelik hukuk seçimini tahkim anlaşmasına da teşmil etme yoluna gitmişlerdir⁴⁰⁶. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında⁴⁰⁷; taraflarca asıl sözleşme içerisindeki bir kayıt şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmasına yönelik ayrıca bir hukuk seçimi olmadığı için, asıl

⁴⁰³ Aynı yönde bkz. **Born**, s. 889; **Merkin**, para. 4-34.

⁴⁰⁴ **Mayer**, s. 266-267; **Şanlı**, s. 355.

⁴⁰⁵ **Mayer**, s. 266-267; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 107; **Moses**, s. 67.

⁴⁰⁶ İngiliz hukukunda konuya ilişkin eğilim ve mahkeme kararları hakkında bkz. **Hill/Chong**, s. 784.

⁴⁰⁷ Alman Federal Mahkemesi'nin 12/02/1976 tarihli kararı, ZR 42/74. Bahse konu karar için bkz. www.dejure.org, (son erişim tarihi: 10/12/2016).

sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen Romanya hukukunu tahkim kaydına da uygulamış ve böyle bir hukuk seçiminin tahkim anlaşmasını da kapsadığına karar vermiştir. Benzer şekilde Almanya’da Thüringen İstinaf Mahkemesi de bir kararında⁴⁰⁸; taraflarca tahkim yerinin New York olarak seçilmesine ve tahkim yargılamasının New York’ta cereyan etmesine rağmen, asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilen Liechtenstein hukukunun, sözleşme içerisinde yer alan tahkim kaydına da uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme; böyle bir çözüm tarzının tarafların iradesine uygun olduğunu ve Alman mahkemelerinin yaklaşımının da bu yönde olduğunu belirtmiştir. MTO bünyesinde cereyan eden 1990 tarihli ve 6379 sayılı davada da⁴⁰⁹, tarafların tahkim kaydı içeren asıl sözleşmeye yönelik olarak İtalyan hukukunu seçmiş olduğu durumda, tahkim kaydına uygulanacak hukuk olarak da İtalyan hukukunun seçilmiş olduğuna hükmedilmiştir. Bahse konu davada, tarafların asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku seçtikleri durumda, tarafların zımnî iradesinin seçilen hukukun tahkim kaydı için de geçerli olması yönünde olduğu ve böyle bir yorumun genel olarak milletlerarası tahkimde kabul gördüğü ifade edilmiştir.

Doktrinde ikinci görüş ise, taraflar asıl sözleşmeye yönelik olarak hukuk seçiminde bulunduğu takdirde, bu hukuk seçiminin ayrılabilirlik ilkesinin bir gereği olarak tahkim anlaşmasına da yönelik sayılamayacağı yönündedir. Bu görüşe göre, asıl sözleşmeye yönelik hukuk seçimini asıl sözleşme içerisindeki tahkim kaydına da teşmil etmenin tarafların iradesiyle örtüştüğü söylenemez⁴¹⁰. Konu ile ilgili olarak, İsveç Yüksek Mahkemesi önündeki *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. A.I. Trade Finance Inc.* Davası’nda⁴¹¹ (*Bullbank* Davası), taraflar asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Avusturya hukukunu seçmelerine rağmen, asıl sözleşme içerisindeki tahkim kaydına yönelik ayrıca hukuk seçimi olmadığı için, tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukuku olan

⁴⁰⁸ Thüringen İstinaf Mahkemesi’nin (*Oberlandesgericht Thüringen – OLG Thüringen*) 13/01/2011 tarihli kararı, 1 Sch 01/08. Bahse konu karar için bkz. <http://www.dis-arb.de>, (son erişim tarihi: 10/12/2016).

⁴⁰⁹ ICC Case No 6379, (1990). Karar için bkz. **Arnaldez**, Jean-Jacques/ **Derains**, Yves/ **Hascher**, Dominique, *Collection of ICC Arbitral Awards*, Kluwer Law International, 1997, s. 134 vd.

⁴¹⁰ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 222; **Greenberg/Kee/Weeramantry**, s. 160-161; **Poudret/Besson**, s. 258. Tahkim anlaşmasına yönelik bir hukuk seçiminden bahsedebilmek için, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesinin yeterli olmadığı ve tarafların hususi olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku da seçmesi gerektiği yönünde bkz. **Şanlı**, s. 355-356.

⁴¹¹ İsveç Yüksek Mahkemesi’nin (*Swedish Supreme Court*) 27/10/2000 tarihli kararı, *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. A.I. Trade Finance Inc.*, T 1881-99. Bahse konu kararın İngilizce tercümesi için bkz. <https://www.arbitration.sccinstitute.com>, (son erişim tarihi: 10/12/2016).

İsveç hukukunu uygulamış ve taraflarca tahkim anlaşmasına İsveç hukukunun uygulanmasına itiraz da edilmemiştir. Benzer şekilde, Singapur Yüksek Mahkemesi de; *Phillipines v. Phillipine International Air Terminals Co.* Davası'nda, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun Filipinler hukuku olarak seçilmesine rağmen tahkim anlaşmasına Filipinler hukukunu uygulamamıştır. Yüksek Mahkeme; ayrılabilirlik prensibine vurgu yapmış ve ayrılabilirlik ilkesinin sonucu olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabileceğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme; asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesine rağmen, tahkim anlaşmasına yönelik bir hukuk seçimi olmadığından bahisle, tahkim yeri hukuku olan Singapur hukukunun hem tahkim usûlüne hem de tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olacağına hükmetmiştir⁴¹².

Görüldüğü üzere, asıl sözleşmeye yönelik bir hukuk seçiminin tahkim anlaşmasını da kapsayıp kapsamayacağı, tarafların asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku seçtiği takdirde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku da seçmiş olup olmayacakları hususu gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında tartışmalıdır. Taraflar tahkim kaydına yönelik olarak spesifik bir hukuk seçiminde bulunmamakla beraber, asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku seçtikleri hâlde; böyle bir hukuk seçiminin tahkim kaydına da teşmil edilmesinin doktrinde ve yargı kararlarında baskın olan eğilim olduğu ifade edilmektedir⁴¹³.

3.1.6. Asıl Sözleşmenin Hukuka Aykırılığı ve Tahkime Elverişlilik

Taraflar; tahkim anlaşması ile, uyuşmazlığın ulusal mahkemeler yerine, tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşmaktadır. Ancak devletler; bazen kamusal çıkarlar sebebiyle, bazen bazı uyuşmazlıkların münhasıran özel olarak görevlendirilmiş kamusal organlar tarafından çözülmesini teminen ve bazen de zayıf olarak kabul edilen grupların korunması amacıyla, tahkim yoluna başvurulmasını sınırlamaktadır. Bu mesele de uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmamasına ilişkin olup; hangi uyuşmazlıkların

⁴¹² **Greenberg/Kee/Weeramantry**, s. 161-162, (naklen).

⁴¹³ **Poudret/Besson**, s. 258. Böyle bir çözüm tarzının sadece tahkim kaydı için geçerli olacağı, müstakil şekilde düzenlenen tahkim anlaşmaları için uygulama alanı bulmayacağı yönünde ayrıca bkz. **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 222.

tahkim yoluyla çözülemeyeceği sorunu tahkime elverişlilik kavramı dâhilinde mütalaa edilmektedir⁴¹⁴.

Doktrinde, ayrılabilirlik prensibinin kapsamı ve sınırları ile ilgili olarak asıl sözleşmenin hukuka aykırılığı durumunda, tahkime elverişlilik meselesinin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre; asıl sözleşmenin hukuka aykırılığı hâlinde, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, tahkim yoluyla çözülmesi elverişsiz bir uyuşmazlık olarak görülebilecektir⁴¹⁵. Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) nezdinde 1110 numaralı tahkim davasında da, rüşvetle ilgili bir uyuşmazlığın kamu düzenine aykırılığı ve cezai sonuçları bakımından tahkime elverişli olmayan konuya ilişkin olduğu kabul edilmiştir⁴¹⁶. Böylece söz konusu kararda, rüşvetin varlığına ilişkin iddialar; sadece asıl borç ilişkisini etkilemekle kalmamış, ayrıca söz konusu uyuşmazlığı tahkime elverişli olmaktan da çıkarmıştır⁴¹⁷. Başka bir deyişle, asıl sözleşmeye ilişkin durum tahkim yargılamasının akıbetini de etkilemiştir. Bu sebeple, söz konusu davada hakemin (dava tek hakemli görülmüştür), tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini uygulamak noktasında hata ettiği doktrinde ileri sürülmektedir⁴¹⁸.

Bununla birlikte, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili bir mesele iken, tahkime elverişlilik kavramının tahkim anlaşmasının geçerliliğinden ayrı bir konu olduğunu göz önünde bulundurmak uygun olacaktır. Tahkime elverişlilik kavramı, bir takım kurallar uyarınca spesifik uyuşmazlıklar için

⁴¹⁴ **Pamboukis**, Haris, “On Arbitrability: The Arbitrator, As a Problem Solver”, *Arbitrability, International&Comparative Perspectives*, Ed. Mistelis, Loukas/ Brekoulakis, The Netherlands 2009, s. 121; **Huysal**, s. 15; **Şanlı**, s. 468-469. Tahkime elverişlilik meselesi, tahkim için önemli bir yere sahiptir. Tarafların, uyuşmazlık konusu tahkime elverişli olarak kabul edilmemesine rağmen, uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözüme kavuşturmaları hâlinde, hakem kararının iptali söz konusu olabilir. Ayrıca uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması sebebiyle hakem kararının tenfizi ve icrası aşamasında, sorun çıkabilir: Bknz. **Kalpsüz**, Tahkim, s. 182; **Akıncı**, s. 261-262; **Roth**, s. 985. Türk hukukunda konu bakımından ne tür uyuşmazlıkların tahkime elverişli kabul edildiği hususunda bknz. **Özel**, s. 38 vd.; **Akıncı**, s. 72 vd.

⁴¹⁵ **Mayer**, s. 265-266; **Sayed**, Abdulhay, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, The Hague 2004, s. 65.

⁴¹⁶ ICC Case No: 1110, (1963). Kararın tam metni için bknz: **Wetter**, Gilles, “Issues of Corruption Before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunner Lagergren’s 1963 Award in ICC Case No. 1110”, *Arbitration International*, Vol. 10, No. 3, 1994, s. 282 vd.

⁴¹⁷ **Yeşilova**, s. 352. Ayrıca bknz. **Sayed**, s. 58 vd.

⁴¹⁸ **Wetter**, s. 278. Aynı yönde temel sözleşmeye ilişkin durumun tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği gereği tahkim anlaşmasını etkilememesi gerektiği yönünde bknz. **Yeşilova**, s. 352-353

tahkim yoluna başvurulup başvurulamayacağını ifade eder. Tahkime elverişliliğe ilişkin kurallar uyarınca uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olması durumunda, tahkim anlaşması inkânsız veya hukuka aykırı değildir. Zira tahkim anlaşması; yine hüküm ve sonuçlarını doğuracak, sadece tahkim anlaşması kapsamında uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşması uygulanamayacak ve tahkim anlaşmasının kapsamında kalan ve tahkim yoluyla çözülmeye elverişli uyuşmazlıklar bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurabilecektir. Bu doğrultuda da tahkim ile mahkemeler arasındaki yetki paylaşımı sorununa ilişkin olan tahkime elverişlilik ve tahkime ilişkin irade beyanlarının hukuk âleminde hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesini ifade eden tahkim anlaşmasının geçerliliği farklı meselelerdir⁴¹⁹. Nitekim tahkim anlaşmasının geçerliliği ile tahkime elverişlilik meselelerinin pozitif hukuk düzenlemelerinde birbirinden farklı düzenlenmesi de iki meselenin farklılığına delalet etmektedir⁴²⁰. Ayrıca tahkim anlaşmasının geçerliliği ile tahkime elverişlilik meselesine uygulanan hukuklar da farklı olmaktadır⁴²¹.

Tahkime elverişlilik meselesinin tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesinden ayrı olarak ele alınması gereken bir konu olması sebebiyle, asıl sözleşmenin hukuka aykırılığı; otomatik olarak tahkim anlaşmasını da hukuka aykırı ve geçersiz hâle getirmiş olmayacaktır. Bu çerçevede, doktrinde, asıl sözleşmenin hukuka aykırılığının önem taşımayacağı, zira uyuşmazlığın tahkime elverişli olmamasının tahkim anlaşmasını hukuka aykırı hâle getirmeyeceği ifade edilmektedir⁴²². Ülkeden ülkeye

⁴¹⁹ **Born**, s. 948-949.

⁴¹⁹ **Arfazadeh**, Homayoon, “Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited”, *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1, 2001, s. 80-83; **Pamboukis**, s. 127.

Karş. Bir başka görüşe göre ise; konusu hukuka aykırı sözleşmeler geçersiz olduğuna göre, uyuşmazlığın tahkime elverişli olması da tahkim anlaşmasının geçerlilik şartıdır ve tahkime elverişlilik kavramı da doğrudan tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgilidir: **Moses**, s. 31; **Deren-Yıldırım**, s. 26 vd.; **Göksu**, s. 179; **Hanotiau**, Bernard, “The Law Applicable to Arbitrability”, *ICCA Congress Series No:9*, Ed. van den Berg, Albert Jan, Kluwer Law International 1999, s. 146; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 1028 vd.; **Yeğengil**, s. 151.

Ayrıca ABD hukukunda, tahkime elverişlilik (*arbitrability*) kavramı daha geniş olarak tahkim anlaşmasının kapsamı ve geçerliliğini de içine alacak şekilde kullanılmaktadır: **Shore**, Laurance, “The United States’ Perspective on Arbitrability”, *Arbitrability, International&Comparative Perspectives*, Ed. Mistelis, Loukas A./ Brekoulakis, Stavros L., The Netherlands 2009, s. 155-156;

⁴²⁰ **Born**, s. 948 vd.

⁴²¹ **Huysal**, s. 377; **Arfazadeh**, s. 85 vd.; **Hanotiau**, s. 162-165; **Özel**, s. 59. Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk hakkında doktrin ve uygulamadaki tartışmalara ilişkin olarak bkz. **Özel**, s. 51 vd.; **Huysal**, s. 345 vd.

⁴²² **Born**, s. 949.

değişiklik gösteren tahkime elverişlilik meselesinin; evrensel bir prensip olan ve tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili olan tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin kapsamı ve sınırları çerçevesinde değerlendirilmesi isabetsiz olacaktır.

3.1.7. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği ve Asıl Sözleşme ile Tahkim Anlaşması Arasındaki İlişki

Tahkim anlaşması ile asıl sözleşme arasında sıkı bir ilişki olduğu ve asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasını birbirinden tamamen kopuk ve bağlantısız görmemek gerektiği bu çalışmada sıklıkla belirtilmiştir. Bu çalışma kapsamında incelenen tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi de, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmedeki diğer hüküm ve kayıtlardan tamamen kopuk olduğu ve ondan hiç etkilenmediği anlamına gelmemektedir⁴²³. Konu ile ilgili olarak, *JSC Zestafoni G. Nikoladze Ferroalloy Plân v. Ronly Holdings Ltd Davası*'nda⁴²⁴, asıl sözleşme içerisinde yer alan ve sözleşmenin hangi şekil ve usûlde değiştirilebileceğini öngören hükmün, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi dolayısıyla tahkim kaydını kapsamayacağı iddia edilmiştir. İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi ise, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin asıl sözleşmeden ve asıl sözleşmedeki hükümlerden tamamen ilişkisiz olması gerektiği gibi bir anlamı ihtiva etmediğini açıkça ortaya koymuştur.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin, tahkim anlaşması ile asıl sözleşme arasındaki yakın ilişkiyi ortadan kaldırmadığı gerçeği, özellikle asıl sözleşmeye ait hak ve yükümlülüklerin ve asıl sözleşmenin üçüncü kişiye devri hâlinde, daha açık bir şekilde görülebilmektedir. Asıl sözleşmeden doğan alacak hakkının temlik hâlinde de, çeşitli aksi yönde görüş ve kararların da mevcut olmasına rağmen, çoğunlukla ayrılabilirlik prensibinin, tahkim anlaşmasının da üçüncü kişiye devrine engel olmayacağı savunulmaktadır⁴²⁵. Asıl sözleşmeden doğan alacak hakkı ve tahkim anlaşması arasında

⁴²³ **Tweedale/Tweedale**, s. s. 584; **Mayer**, s. 261-262.

⁴²⁴ İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi'nin (*High Court of Justice*) 16/02/2004 tarihli kararı, *JSC Zestafoni G. Nikoladze Ferroalloy Plân v. Ronly Holdings Ltd*, [2004] EWHC 24. Bahse konu karar için bkz. <http://alr.oxfordjournals.org/>, (son erişim tarihi: 15/10/2016).

⁴²⁵ **Born**, s. 1468; **Brekoulis**, Stavros, *Third Parties In International Commercial Arbitration*, New York, 2010, s. 32-33; **Uluocak**, s. 996-997; **Şanlı**, s. 432. Konu ile ilgili tartışmalar için ayrıca

ekonomik nitelikte bir bağlantı olduğu ve bu sebeple alacağın temliki ile birlikte tahkim anlaşmasının da üçüncü kişiye devredileceği kabul edilmiştir⁴²⁶. Doktrinde isabetli bir şekilde işaret edildiği üzere; ayrılabilirlik prensibinin amacı, asıl sözleşmenin geçersizliği gibi hâllerde tahkim kaydının geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmasını sağlamaktır. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi, tahkim anlaşmasının, asıl sözleşmeden doğan alacağın temliki ile üçüncü kişiye devrini engelleyen bir kapsama sahip değildir⁴²⁷.

Sonuç olarak tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği; tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak, asıl sözleşmenin geçersizliği ve sona ermesi gibi sebeplerden etkilenmemesi anlamına gelmekle birlikte, asıl sözleşme ile tahkim anlaşması arasındaki ilişkiyi ve ekonomik bütünlüğü ortadan kaldıran bir kapsama sahip değildir.

3.2. TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİ VE “KOMPETENZ-KOMPETENZ” İLKESİ

3.2.1. Genel Olarak “Kompetenz-Kompetenz” İlkesi

Doktrinde bir görüş tarafından, tahkim anlaşmasının geçerliliği de dâhil olmak üzere hakemlerin yetkileri hakkında kendileri verebilmesinin ayrılabilirlik ilkesinin sayesinde mümkün olduğu ve tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin “Kompetenz-Kompetenz” ilkesine yol açtığı iddia edilmektedir⁴²⁸. Bu durum da tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin kapsamı ortaya konulurken, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin de

bknz. **Esen**, Teşmil, s. 185 vd.; **Girsberger**, Daniel/ **Hausmaninger**, Christian, “Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate”, *Arbitration International*, Vol. 8, Issue 2, 1992, s. 136 vd. Asıl sözleşmenin devri hâlinde de, tahkim anlaşmasının da asıl sözleşme ile birlikte üçüncü kişiye devredildiği ve ayrılabilirlik ilkesinin buna engel olmayacağı kabul edilmektedir: **Akıncı**, s. 104.

⁴²⁶ **Esen**, Teşmil, s. 191.

⁴²⁷ **Gelinas**, Paul A., “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness”, *ICCA Congress Series No:9*, Ed. van den Berg, Albert Jan, Kluwer Law International 1999, s. 63.

Bununla birlikte alacağın temliki ile ve diğer halefiyet hâllerinde ayrılabilirlik ilkesinden başka ayrıca temellük edenin tahkime gitme iradesinin yeterince açık ve kesin olup olmadığı ve dolayısıyla alacağı temellük edenin tahkim anlaşması ile bağlı olup olmayacağı meselesi tartışılmaktadır. Bahse konu mesele, bu çalışmanın kapsamı dışında olsa da bu görüş ve değerlendirmelerin göz önünde bulundurulmasında fayda vardır: Bknz. **Esen**, Teşmil, s. 194. **Şit**, Banu, “Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi”, *GÜHFD*, C. XV, Sa. 3, 2011, s. 8-10, (*Üçüncü Kişi*).

⁴²⁸ **Redfern/Hunter**, s. 345; **Chuckwumerije**, s. 32.

irdelenmesini ve bu ilkenin ayrılabilirlik prensibinin kapsamı dâhilinde mütalaa edilip edilemeyeceğinin incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Ayrıca tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ve “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi birlikte incelenmekte ve çoğunlukla da karşılaştırmalı bir değerlendirmeye tâbi tutulmaktadır⁴²⁹. Pozitif hukuk düzenlemelerinde de bu iki ilkenin aynı normda düzenlendiği görülmektedir ki, UNCITRAL Model Kanunu m. 16 buna en önemli örnektir. Ayrıca milletlerarası tahkimin vazgeçilmez bu iki ilkesi, milletlerarası tahkimde paralel bir şekilde, birlikte gelişme göstermektedir⁴³⁰.

“Kompetenz-Kompetenz” ilkesi, hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesi de dâhil olmak üzere kendi yetkileri hakkında kendilerinin karar verebilmesini ifade eden bir ilkedir⁴³¹. Almanca menşeli “*die Kompetenz*” teriminin Türkçe karşılığı “yetki” kavramıdır. Bu çerçevede, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesini ifade eden “Kompetenz-Kompetenz” kavramı “yetkiye hüküm verme yetkisi” şeklinde ifade edilebilir⁴³².

“Kompetenz-Kompetenz” ilkesi sayesinde, hakemler; sadece tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kapsamı ilgili ihtilâflar hakkında değil, kendi yetkilerini ilgilendirebilecek her türlü meseleyi karara bağlayabilmektedir⁴³³. Tahkim anlaşmasının geçerliliği ve mevcudiyeti meselesinin yanı sıra; uyuşmazlığın tahkim anlaşması kapsamında olup olmadığı, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı, tahkim yargılaması yoluna gidebilmek için öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği, tahkim yoluna

⁴²⁹ **Dimolitsa**, s. 217; **Smith R.H.**, s. 19; **Yeşilova**, s. 428.

⁴³⁰ **Dimolitsa**, s. 217.

⁴³¹ **Born**, s. 1047-1048; **Berber-Keser**, Leyla, “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, 2001, s. 123-124, (*Yetki*); **Poudret/Besson**, s. 385.

⁴³² **Yeşilova**, Bilgehan, “Tahkim İtirazı Üzerine Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Özel Sayı, 2009, s. 745, (*Kompetenz-Kompetenz*). “Kompetenz-Kompetenz” kavramının, “hakem mahkemesinin yetkisi hakkında karar verme yetkisi” veya “hakem mahkemesinin yetkisini karara bağlama yetkisi” kavramları ile de ifade edilmesi mümkün görünmektedir: **Berber-Keser**, Yetki, s. 124.

⁴³³ **Barcelo**, John, “Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, Cornell Law Faculty Publications, 2003, s. 1118-1119; **Landolt**, s. 528.

başvurma hakkında feragat edilip edilmediği gibi meselelerin de hakemlerce karara bağlanabilmesi “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin bir gereğidir⁴³⁴.

“Kompetenz-Kompetenz” ilkesi sayesinde hakemlerin yetkisine taraflarca itiraz edildiği takdirde mahkemelerin müdahale etmesine gerek yoktur; zira hakemler kendi yetkileri hakkındaki itirazları karara bağlayabilmektedirler. Başka bir deyişle, hakemler yetkileri hakkında karar verip, yargılamaya devam edebilecektir. Böylece, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi sayesinde tahkim yargılamasının seri olması mümkün olacak, mahkemelerin gereksiz müdahalesi önlenecek, tahkim yargılamasında bütünlük sağlanacak ve kötü niyetli itirazların önüne geçebilmek mümkün olacaktır⁴³⁵. Nihayetinde de, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi sayesinde tahkim yargılamasının etkinliği sağlanmakta⁴³⁶ ve tahkim yargılamasının uzamasını önlemek suretiyle zaman ve para israfının önüne geçilmektedir⁴³⁷. Bu yönüyle “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin tahkim yargılamasında sahip olduğu işlevlerin, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin gördüğü işlevlere benzediği sonucuna ulaşılmaktadır.

3.2.2. “Kompetenz-Kompetenz” İlkesinin Etkileri

“Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin esas itibariyle iki etkisi bulunmaktadır: “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin pozitif etkisi, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermeye yetkili hâle gelmesidir. Bahse konu ilkenin negatif etkisi ise, en azından hakemler kendi yetkileri hakkında karar verene kadar mahkemelerin hakemlerin

⁴³⁴ **Barcelo**, s. 1118-1119. Uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı, hakem kararı öncesinde kimin tarafından (hakemler veya mahkeme tarafından) inceleneceği meselesi de; “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi ile yakından ilgilidir. Tahkime elverişlilik itirazının kim tarafından çözüme kavuşturulacağı sorununun münferit bir mesele olmadığı ve meselenin hakemlerin yetkisine itiraz kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Huysal**, s. 337; **Tweedale/Tweedale**, s. 122.

⁴³⁵ **Berber-Keser**, Yetki, s. 136-137; **Barcelo**, s. 1116 vd.; **Park**, William W., Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators, 8 American Review International Arbitration, 1997, s. 140-141.

⁴³⁶ **Stojiljkovic**, Mladen, Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, Zurich, 2014, s. 29.

⁴³⁷ **Jalili**, Mahir, “Kompetenz-Kompetenz: Recent U.S. and U.K. Developments”, International Arbitration Review, 169, 1996, s. 170-171.

Karş. “Kompetenz-Kompetenz” yetkisi mutlak bir yetki olmadığı için, hakemlerin yetkisi en nihayetinde mahkemelerce denetlenebilecektir. Hâl böyleyken, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi sayesinde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesi kabul edildiğinde; mahkemenin bir an önce yetki meselesini çözüme kavuşturması yerine, süreç uzamakta ve para ve süre kaybına sebep olunmaktadır: Bahse konu görüş için bkz. **Redfern/Hunter**, s. 346.

yetkisini denetleyememesi ve hakemlerin uyuşmazlığı çözmek bakımından yetkili olup olmadığı konusunda ihtilâf olması sebebiyle tahkim yargılamasına müdahale edememesidir⁴³⁸.

“Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin özellikle negatif etkisi, çeşitli tartışmalara yol açmaktadır. Tahkim anlaşmasının taraflarından biri, ulusal mahkemeler nezdinde tahkim yargılaması başlamadan önce veya başladıktan sonra münferit bir dava açabilir. Karşı taraf da ilk itiraz olarak tahkim itirazını ileri sürdüğü vakit, davayı açan taraf, tahkim itirazının geçerli olmadığını ileri sürmek suretiyle esasen meseleyi ulusal mahkemeler önüne taşımış olmaktadır. Bu durumda; “Kompetenz-Kompetenz” ilkesini kabul eden mahkeme nasıl davranmalıdır? Doktrinde bir görüşe göre; hukuk düzeni “Kompetenz-Kompetenz” ilkesini tanımak suretiyle, hakemlere kendi yetkileri üzerinde karar verme yetkisini vermişken, aynı zamanda bu yetkiyi etkisizleştirmek istemesi ve tahkim itirazı üzerine tahkim anlaşmasının geçerliliği de dâhil olmak üzere hakemlerin yetkisi hakkındaki ihtilâfin çözümünü mahkemeye bırakması düşünülemez. Zaten bu sebeple, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin negatif etkisi kabul edilmiştir. Öte yandan, doktrinde başka bir görüşe göre ise; mahkemenin tahkim itirazı üzerine herhangi bir şekilde tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hakemlerin yetkilerini denetleyememesi, davacı tarafı tahkime mecbur etmek suretiyle tabii hâkimden koparıp, temel hak olan mahkemeye başvuru hakkından mahrum etmiş olacaktır⁴³⁹.

“Kompetenz-Kompetenz ilkesinin” negatif etkisinin ilk olarak kabul edildiği ve kanunla da öngörüldüğü Fransız hukukunda⁴⁴⁰ NCPC m. 1458 hükmüne göre; eğer tahkim yargılaması başlamışsa, uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmesi hâlinde tahkim itirazı üzerine mahkeme davayı reddedecektir (NCPC m. 1458/ f. 1) . Henüz tahkim yargılaması başlamamış ise; tahkim itirazında bulunulduğunda, tahkim anlaşması açıkça geçersiz olmadıkça mahkeme davayı reddedecektir. Başka bir deyişle, henüz tahkim yargılaması başlamadan tahkim itirazı ile karşılaşan mahkeme; tahkim anlaşmasının “açıkça” geçersiz olması hâlinde tahkim itirazını reddedecek, aksi hâlde “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi gereği tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hakemlerin yetkileri

⁴³⁸ **Born**, s. 1069-1070; **Barcelo**, 1124; **Schütze**, s. 85.

⁴³⁹ Bahse konu görüşlere ilişkin olarak bkznz. **Yeşilova**, Kompetenz-Kompetenz, s. 766.

⁴⁴⁰ **Barcelo**, s. 1124-1125.

hakkında kendilerinin karar vermesi gerekecektir⁴⁴¹. Tahkim yargılaması derdest ise de, mahkeme her hâlükârda tahkim itirazını kabul edecektir⁴⁴².

“Kompetenz-Kompetenz” ilkesi, Fransız hukukunda birçok ülkeden farklı olarak bu ilkenin negatif etkisi de açıkça kabul edilerek kullanılmakla⁴⁴³ birlikte, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi dünyanın birçok yerinde kabul edilmesine rağmen, bahse konu ilkenin negatif etkisi her yerde aynı şekilde ve Fransa hukukundaki kadar sert bir şekilde uygulanmamaktadır⁴⁴⁴. Tahkim anlaşmasının negatif etkisi konusunda farklı ülkelerde farklı yaklaşımlar ve çözümler kabul edilmektedir⁴⁴⁵.

“Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin negatif etkisi konusunda farklı yaklaşımlar görülebilmekte olup; UNCITRAL Model Kanun’da ise, tahkim itirazı üzerine tahkim anlaşmasının geçersizliği ve hakemlerin yetkisizliği hâlinde mahkemenin nasıl bir tutum izleyeceği Fransız hukukunun aksine açık bir şekilde çözüme kavuşturulmamıştır. Türk hukukunda da, tahkim itirazı üzerine tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı iddiasıyla karşılaşan mahkemenin ilk bakışta (*prima facie*) inceleme ile yetinmesinin uygun olacağı ileri sürülebilir⁴⁴⁶. Tahkim anlaşmasının geçerliliğini “*prima facie*” inceleme ile yetinmek suretiyle inceleyen ve tahkim itirazını kabul eden mahkemenin, tahkim anlaşmasının geçerliliği yönündeki kararı da kesin hüküm teşkil etmemelidir⁴⁴⁷.

⁴⁴¹ **Bermann**, George, “The Gateway Problem in International Commercial Arbitration”, The Yale Journal of International Arbitration, Vol. 37, 2012, s. 17-18.

⁴⁴² **Esen**, Esen, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, s. 372-373, (*Tahkim İtirazı*).

⁴⁴³ **Özel**, s. 107.

⁴⁴⁴ **Stojiljkovic**, s. 37; **Barcelo**, s. 1126.

⁴⁴⁵ Konu ile ilgili örnekler için bkz. **Esen**, Tahkim İtirazı, s. 364 vd.

⁴⁴⁶ Aynı yönde bkz. **Esen**, Tahkim İtirazı, s. 377; **Erkan**, Yetki, s. 96. *Karş.* Bir diğer görüşe göre, mahkemede dava açıldığı takdirde artık hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesi söz konusu olmayacak, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hakemlerin yetkisi hakkında mahkeme karar vermiş olacaktır. Bu itibarla *prima facie* bir inceleme ile yetinmeyen mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hakemlerin yetkisine ilişkin kararı tarafları bağlayacak ve kesin hüküm etkisine sahip olacaktır: **Akıncı**, s. 25.

⁴⁴⁷ **Erkan**, Yetki, s. 97.

3.2.3. “Kompetenz-Kompetenz” İlkesinin Özellikleri

3.2.3.1. “Kompetenz-Kompetenz” İlkesi Emredici Bir İlkedir

Model Kanun’un hazırlık çalışmalarında, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesini düzenleyen 16. maddenin başlangıcına “ *taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça*” gibi bir ibarenin eklenmesi teklif edilmiş; ancak bu yöndeki teklifler, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi tahkim yargılamasının akıbeti açısından temel ve vazgeçilmez bir ilke olarak görüldüğü için reddedilmiştir⁴⁴⁸. Nitekim Türk⁴⁴⁹, İsviçre⁴⁵⁰ ve Fransız⁴⁵¹ hukuk düzenlerinde “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin emredici bir ilke olduğu kabul edilmektedir⁴⁵².

Burada dikkat etmek gerekir ki, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesinin taraflarca bertaraf edilmesi ve hakemlerin yetkilerine ilişkin ihtilâfların mahkemelerce çözülebilmemesinin kararlaştırılması esasa ilişkin uyumsuzluğun bir kısmının tahkim yargılaması dışında bırakılması durumu değildir. Zira hakemlerin yetkisine ilişkin ihtilâf uyumsuzluğun esasına ilişkin değildir⁴⁵³. Model Kanun’un hazırlık çalışmalarında baskın olarak ortaya çıkan görüşe göre, mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesinin ölçüsü taraf iradeleri ile belirlenebilecek bir mesele değildir. Taraflar mahkemenin tahkim yargılamasına müdahale edebilmesini daha geniş bir şekilde istiyor olsalar da, mahkemenin kanunda öngörülen müdahaleler dışına çıkması söz konusu olmamalıdır⁴⁵⁴. Dolayısıyla, Kompetenz-Kompetenz ilkesinin emredici olduğu kabul edilmeli ve hakemlerin yetkili olup olmadığı meselesi sebebiyle mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahale etmesinin taraflarca kararlaştırılabileceği düşünülmemelidir.

⁴⁴⁸ **Broches**, Aron, “Commentary on The UNCITRAL Model Law”, International Handbook on Commercial Arbitration, Ed. Paulsson, Jan, Kluwer Law Arbitration, 2014, s. 74-75. UNCITRAL Model Kanun’da “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin emredici bir ilke olarak öngörüldüğü hakkında ayrıca bkz. **Jalili**, s. 172; **Roth**, s. 1223.

⁴⁴⁹ **Özel**, s. 109;

⁴⁵⁰ **Stojiljkovic**, s.32; **Poudret/Besson**, s. 389.

⁴⁵¹ **Berber-Keser**, Yetki, s. 129.

⁴⁵² İngiliz hukukunda ise, aksi yönde bir düzenleme öngörülmüştür. İngiliz Tahkim Kanunu m. 30/ f. 1 hükmü “*Taraflarca aksi öngörülmemişse, hakem heyeti kendi yetkisi hakkında karar verebilir*” demektedir. Bu yönüyle İngiliz hukukundaki “Kompetenz-Kompetenz” düzenlemesinin UNCITRAL Model Kanun ve genel eğilim ile farklılaştığı yönünde bkz. **Jalili**, s. 172.

⁴⁵³ **Dimolitsa**, s. 217.

⁴⁵⁴ **Broches**, s. 35.

Sonuç olarak, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin doktrinde ağırlıklı olarak emredici bir ilke olarak kabul edildiğini belirtmek gerekir. Ayrıca doktrinde pragmatik bir yaklaşımla ifade edildiği üzere; “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin emredici olmadığı kabul edildiği takdirde, hakemlerin uyuşmazlık bakımından yetkili olmadığını iddia eden tarafın mahkemeye başvurması ve “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin aksinin kararlaştırıldığını ileri sürmesi söz konusu olabilir. Bu durumda mahkemenin, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin gerçekten taraflarca bertaraf edilip edilmediğini araştırması gerekir. Bu da şüphesiz ki; “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin, kötü niyetli itirazları engellemek ve tahkim yargılamasında emek ve süre kaybının önüne geçmek işlevini tamamen etkisiz hâle getirir⁴⁵⁵.

3.2.3.2. “Kompetenz-Kompetenz” İlkesi Hakemlere Geçici Bir Yetki Tanır

Alman hukuku kökenli olan “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin esas ve gerçek anlamı, hakemlerin yetkileri hakkında nihâî bir şekilde karar verebilmelerini ifade etmektedir. Başka bir deyişle, “Kompetenz-Kompetenz” prensibinin gerçek anlamına göre; hakemler kendi yetkileri hakkında karar verebilecek ve bu karar da nihâî ve kesin bir karar olarak mahkemelerce dahi denetlenemeyecektir⁴⁵⁶.

Günümüzde ise, genel olarak “Kompetenz-Kompetenz” kavramı özgün ve gerçek anlamının dışında kullanılmaktadır. Nihayetinde özel kişiler olan hakemlere mutlak olarak güvenilemeyeceği düşüncesi ile, hakemlerin yetkilerine ilişkin kararlar mahkeme denetiminden vareste tutulmamaktadır⁴⁵⁷. Bu itibarla, “Kompetenz-Kompetenz” yetkisi günümüzde kesin bir yetki olarak değil; ilk, geçici (*vorläufig*) ve denetime tâbi bir yetki olarak nitelendirilmektedir⁴⁵⁸. Nitekim “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin kaynağı olan Alman hukukunda da ZPO m. 1040/ f 3 hükmü ile birlikte, Alman hukukunda anlaşılan şekilde gerçek anlamda bir Kompetenz-Kompetenz ilkesi kalmamıştır. Zira uyuşmazlığı

⁴⁵⁵ **Stojiljkovic**, s. 32-33.

⁴⁵⁶ **Frank**, s. 62; **Yeşilova**, Kompetenz-Kompetenz, s. 743; **Born**, s. 1050.

⁴⁵⁷ **Schütze**, s. 86; **Berber-Keser**, Yetki, s. 123.

⁴⁵⁸ **Poudret/Besson**, s. 385; **Yeşilova**, Kompetenz-Kompetenz, s. 744; **Stojiljkovic**, s. 24; **Tweedale/Tweedale**, s. 170-171.

çözmek için hakemlerin yetkili olup olmadığı meselesinde son söz hakemlerin değil, mahkemelerin olmaktadır⁴⁵⁹.

Sonuç olarak, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi sayesinde hakemler kendi yetkileri hakkında karar verebilmektedirler. Ancak bu yetki ilk, geçici ve denetime tâbi bir yetkidir. “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi sayesinde, hakemler ister uyuşmazlığı çözmek bakımından kendilerinin yetkili olduğuna karar versinler isterse yetkisizlik kararı versinler; kural olarak hakemlerin bu kararları mahkemelerce denetime tâbidir⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Frank, s. 62-63; Gottwald/Schlosser, s. 38.

⁴⁶⁰ Hemen belirtmek gerekir ki; hakemlerin yetkisizlik kararı vermeleri hâlinde bu kararın mahkeme denetimine tâbi olması ittifakla kabul edilmemektedir. Aksi yönde görüş, düzenleme ve kararlar mevcuttur. En başta Model Kanun’un yaklaşımının, hakemlerin yetkili olmadığına dair kararların kesin olduğu ve mahkeme denetimine açık olmadığı yönünde olduğu ileri sürülebilmektedir: **Stojiljkovic**, s. 24. Alman Federal Mahkemesi de, UNCITRAL Model Kanun’dan mülhem ZPO’da hakemlerin isabetsiz bir şekilde yetkisiz olduklarına karar vermeleri halinin bir iptal sebebi olarak düzenlenmediğini belirtmiştir. Federal Mahkeme; bu sebeple, hakemlerin yetkisizlik kararını denetlemekten kaçınmıştır. Bknz. Alman Federal Mahkemesi’nin 27/03/2003 tarihli kararı, BGH SchiedsVZ 2003, 133, www.dejure.org, (son erişim tarihi: 27/12/2016). Alman hukukunda konuya dair yaklaşım ve görüşler hakkında ayrıca bknz. **Yeşilova**, s. 492 vd. *Karş.* Hırvatistan Anayasa Mahkemesi ise; UNCITRAL Model Kanun’u esas alan Hırvatistan Tahkim Kanunu’nda sadece hakemlerin yetkili olduklarına dair kararların denetlenmesinin öngörülmesine rağmen, hakemlerin yetkisizlik kararlarının da denetlenmesinin gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme; geçerli bir tahkim anlaşmasına rağmen, hakemlerin yetkisizlik kararı vermesi sebebiyle, başvuru sahibinin âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiği sonucuna varmıştır: Hırvatistan Anayasa Mahkemesi’nin 27/10/2004 tarihli kararı, No. U-III-669/2003. Kararın İngilizce tercümesi için bknz.

<https://sljeme.usud.hr/usud/prakswen.nsf/Praksa/564242A214E51A80C1257E5F003E3E50?OpenDocument>, (son erişim tarihi: 30/12/2016). Söz konusu karar ve Model Kanun’u esas alan Hırvat düzenlemesi için ayrıca bknz. **Stojiljkovic**, s. 55.

Hollanda Medenî Yargılama Usûlü Kanunu (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – WBR*) ise, hakemlerin yetkisizlik kararlarını mahkeme denetimi dışında bırakmıştır. WBR m. 1052/ f. 5 hükmüne göre; hakemler yetkisiz olduklarına karar verdikleri hâlde, taraflar aksini öngörmemişse tahkim yargılaması bitecek ve uyuşmazlık mahkemelerce çözülecektir. Hollanda Medenî Usûlü Kanunu metni için bknz. <http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm>, (son erişim tarihi: 10/03/2017).

MTK m. 15 hükmünde ise, “*Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi*” açıkça bir iptal sebebi olarak sayılmıştır. Bu yönüyle Türk kanun kovucusu Model Kanun’un aksine meselevi açık bir şekilde çözüme kavuşturmuştur. MTK ‘nın Model Kanun’dan da ileri olduğu yönünde bknz. **Yeşilova**, s. 501-502. Ayrıca bknz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E 2007/13799 K 2009/8820: “... oysa yanlar arasında düzenlenen sözleşmenin 51.maddesi uyarınca uyuşmazlığın oluşturulan Tahkim Heyetinin yargı yetkisine girdiği ve sözleşme kapsamında kaldığı, bu durumda hakem heyetince verilen yetkisizlik kararının doğru olmadığı gerekçesiyle, davanın kabulü ile Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Divânı Hakem Heyeti (ICC) tarafından verilen 23.01.2004 tarih ve 12085/DK sayılı kararın iptaline karar verilmiştir”. Bahse konu karar için bknz. www.kazanci.com, (son erişim tarihi: 30/12/2016).

3.2.3.3. “Kompetenz-Kompetenz” İlkesi Evrensel Bir İlkedir

“Kompetenz-Kompetenz” ilkesi UNCITRAL Model Kanun’da da öngörölmüş ve birçok ölkede kabul edilmiş bir ilkedir. Bu doğrultuda, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin, tıpkı tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi gibi, milletlerarası tahkimin genel bir kuralı ve evrensel bir ilke olduğu doktrinde ifade edilmektedir⁴⁶¹. Bununla birlikte, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin nasıl uygulanacağı ve hakemlerin yetkisinin kim tarafından inceleneceği hususunun mahallî hukuk düzenlerinde farklı şekillerde düzenlendiği ve uygulandığı görölmektedir. Ayrıca “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin tam anlamıyla kabul edilmediği ve reddedildiği hukuk düzenleri de bulunmaktadır.

Her şeyden önce, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi Kıta Avrupası hukukunda fazlasıyla gelişmiştir ve çok sıkı bir şekilde uygulanmaktadır. Kıta Avrupası hukukunu benimseyen ölkelerdeki pozitif hukuk düzenlemeleri hakemlere çok geniş şekilde “Kompetenz-Kompetenz” yetkisi tanımaktadır ⁴⁶². IPRG m. 186, WBR m. 1052/ f. 1, NCPC m. 1496, ZPO m. 1040/ f. 1 hükümlerinde Kompetenz-Kompetenz ilkesi açıkça hükme bağlanmış ve hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilme yetkileri açıkça kabul edilmiştir. Türk hukukunda da her ne kadar mülga HUMK m. 519 hükmü “*Bir nizam hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilâflar mahkemeye seri usûlü muhakeme ile hallolunur*” demek suretiyle, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesini açıkça reddetmiş olsa da⁴⁶³, artık “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi HMK m. 422/ f. 1 ve MTK m. 7/ f. H hükümleri ile açıkça kabul edilmiştir.

“Kompetenz-Kompetenz” ilkesi Kıta Avrupası hukukunda gelişmiş bir ilke iken ve sıkı bir şekilde uygulanırken, Anglo-Sakson hukukunda hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi yetkisine daha şüpheli bir şekilde yaklaşmış ve hakemlere Kıta Avrupası hukukuna sahip ölkelerdeki kadar geniş bir şekilde “Kompetenz-Kompetenz”

⁴⁶¹ **Poudret/Besson**, s. 386-387; **Ly**, s. 293-294; **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 213.

⁴⁶² **Esen**, Teşmil, s. 39 vd.

⁴⁶³ Yetkisizlik itirazı ile karşılaşan hakem veya hakem heyetinin bu durumda tahkim yargılamasını durdurması ve mahkemenin yetkiye ilişkin ihtilâfî çözüme kavuşturması gerekmektedir. Bahse konu düzenleme hakkında bkz. **Ertekin/Karataş**, s. 110 vd. HUMK 519 hükmünün, milletlerarası tahkimin ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak olduğu ve mümkün olduğunca dar yorumlanması gerektiği hakkında bkz. **Ertabak**, s. 24-25.

yetkisi verilmesinden imtina edilmiştir⁴⁶⁴. Örneğin, ABD hukukunda FAA dâhilinde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi açıkça düzenlenmemiştir. Her ne kadar hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesine engel bir durum ABD hukukunda olmasa da, hakemlerin yetkileri ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin ihtilâflar bakımından mahkemelerin müdahalesini engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır⁴⁶⁵. Bu yönüyle ABD hukukunda hakemlerin yetkisine ilişkin ihtilâfların kim tarafından çözüleceği meselesi ve Kompetenz-Kompetenz ilkesinin yeterince gelişmemiş olduğu doktrinde ileri sürülmektedir⁴⁶⁶.

Kıta Avrupası hukuku ve Anglo-Sakson hukuku Kompetenz-Kompetenz gelişmişliği yönünden birbirinden ayrılırken, Çin hukukunda Kompetenz-Kompetenz ilkesinin kabul edilişi ve uygulanışı da tamamen kendine has düzenlemeler içermektedir. Çin Tahkim Kanunu'nda "Kompetenz-Kompetenz" yetkisi hakeme veya hakem heyetine verilmeyip, tahkim kurumuna verilmektedir⁴⁶⁷. Çin Tahkim Kanunu'nun m. 20/ f. 1/ c. 1 "*Tahkim anlaşmasının geçersizliğine itiraz edildiği takdirde bu itiraz tahkim kurumu veya mahkemeler nezdinde yapılabilmektedir*" demektedir. Ayrıca hükmün 2. fıkrası, "*Taraflardan birinin tahkim kurumuna başvurması durumunda, diğer taraf mahkemeye başvurmuşsa; mesele mahkemece çözülecektir*" demek suretiyle hakemlerin yetkisine ilişkin meseleler hakkında mahkemelerin rolünü daha da güçlendirmektedir. Taraflardan biri hakemlerin uyuşmazlığı çözmek bakımından yetkisi olmadığı iddiasıyla mahkemeye başvurduğu takdirde, tahkim yargılaması duracak ve mahkemenin meseleyi çözüme kavuşturması beklenecektir⁴⁶⁸. Bu çerçevede, Çin hukukunda hakemlerin yetkisine ilişkin meselelerin mahkemelerce çözülmesi sebebiyle "Kompetenz-Kompetenz" ilkesinin kabul edilmediği ve tartışmaya açık olduğu ifade edilmektedir⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ **Jalili**, s. 177-178.

⁴⁶⁵ **Born**, s. 1126-1127; **Smit, R.H.**, s. 22-23.

⁴⁶⁶ **Born**, s. 1197.

⁴⁶⁷ **Song**, Lu, "The People's Republic of China", International Handbook on Commercial Arbitration, Ed. Paulsson, Jan, V.1., Kluwer Law International, 2014, s. 5; **Born**, s. 1064. Gerçi Çin'deki bazı tahkim kurumlarının, uygulamada hakemlerin yetkisine ilişkin itirazı çözmeye yetkilerini hakem heyetlerine devrettiğini de belirtmek gerekir: **Song**, s. 5.

⁴⁶⁸ **Akıncı**, Çin, s. 126.

⁴⁶⁹ **Akıncı**, Çin, s. 126; **Born**, s. 1064; **Moses**, s. 88.

Ayrıca “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin dünyanın farklı yerlerinde farklı şekillerde uygulandığına başka örnekler vermek gerekirse; İsrail hukuku ve Güney Afrika hukuk düzenlerinde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi ancak taraflarca kendilerine böyle bir yetkinin tanınması hâlinde mümkün olmaktadır⁴⁷⁰.

Görüldüğü üzere, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin mahallî hukuk düzenlerinde düzenlenişi ve uygulanışı farklılıklar göstermektedir. Bu konuda doktrinde ortaya konan bir örnek oldukça çarpıcıdır: “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin negatif etkisinin açıkça düzenlendiği Fransız hukukunda, tahkim yargılaması bitene kadar hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verebilme yetkisi hakemlere münhasır ve mahkemelerin tahkim yargılaması sona erene kadar meseleye müdahalesi *prima facie* düzeyinde çok kısıtlı iken; Çin hukukunda, hakemlerin yetkisine mahkemeler karar verebilmekte, taraflardan biri hakemlerin yetkisizliğini mahkemeye taşıdığı zaman tahkim yargılaması durmakta ve böylece “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi kabul görmemektedir. Bu itibarla; “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin çok sıkı şekilde kabul edildiği Fransız hukuku ve “Kompetenz-Kompetenz” ilkesine neredeyse hiç etki tanınmayan Çin hukuku iki uç noktadadır⁴⁷¹.

Sonuç olarak görülmektedir ki, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi dünyanın birçok yerinde kabul edilen evrensel bir ilke hâline gelmiştir. Bu yönüyle, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi ile ortak bir noktaya sahiptir, zira her iki ilke de milletlerarası tahkimde genel ve evrensel prensipler olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin uygulanması, etkisi, hüküm ve sonuçları hukuk düzeninden hukuk düzenine farklılıklar barındırmaktadır. Anglo-Sakson hukukunda ve Kıta Avrupası hukukundaki farklı yaklaşımlar, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin negatif etkisinin her hukukta kabul görmemesi, hakemlerin yetkilerine ilişkin kararların denetimine ilişkin farklı çözümler benimsenmesi bu tür farklılıklara örnek verilebilir⁴⁷². Ayrıca “Kompetenz-Kompetenz” ilkesini tam anlamıyla kabul etmeyen hukuk düzenleri

⁴⁷⁰ **Born**, s. 1064.

İsrail hukukunda; taraflar açıkça aksini öngörmedikçe, tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesi de dâhil olmak üzere hakemlerin yetkilerine ilişkin uyuşmazlıkların mahkemelerce çözüme kavuşturulması ana kuraldır: **Kapeliuk**, Daphna, “Israel”, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Ed. Paulsson, Jan, V.3, Kluwer Law International, 2014, s. 20.

⁴⁷¹ **Moses**, s. 88.

⁴⁷² Konu ile ilgili olarak ayrıca bknz. **Born**, s. 1077.

de bulunmaktadır. Bu yönüyle “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi ile bir başka farklılığını ortaya koyan bir görüşe göre; tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi tam anlamıyla küresel bir prensip iken ve her yerde benzer şekilde uygulama alanı bulurken; “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi farklı hukuk düzenlerinde farklı şekillerde uygulanan ve uygulanması noktasında bir mutabakatın sağlanmadığı bir ilkedir⁴⁷³.

3.2.4. “Kompetenz-Kompetenz” İlkesinin Hukukî Dayanağı

“Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin hukukî dayanağı incelenirken öncelikle taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin hukukî dayanağı ve kaynağı olup olmayacağına bakmak gerekir. “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi; hakemlerin, tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesi de dâhil olmak üzere kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi anlamını taşır. Dolayısıyla, geçerliliği ve hukukî akibeti tartışmalı olan bir tahkim anlaşmasının Kompetenz-Kompetenz ilkesinin kaynağı olmayacağı açıktır⁴⁷⁴. “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi tahkim anlaşmasından doğmuş olsaydı, tahkim anlaşması gerçekten geçersiz olsa bile hakemler kendi yetkileri hakkında nasıl karar verebilirdi? Bu sebeple, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin hukukî dayanağı ve kaynağının tahkim anlaşması olmayacağı konusunda doktrinde ittifak bulunduğu ifade edilmektedir⁴⁷⁵.

“Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin ortaya çıktığı Alman hukukunda ise, geçmişte “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin hukukî dayanağının, taraflar arasında hakemlerin yetkileri ile ilgili ihtilâfların hakemlerce çözümünü sağlayan ikinci bir tahkim anlaşması olduğu kabul edilmişti. Taraflar tahkim anlaşmasının geçerliliği de dâhil olmak üzere hakemlerin yetkilerine ilişkin ihtilâfların hakemlerce çözülmesi konusunda anlaşabilmekteydiler. Bu durumda, hakemlerin yetkisine ilişkin ihtilâflar hakemlerce çözüme kavuşturulabilmekteydi. Ayrıca taraflar, hakemlerin yetkilerine ilişkin ihtilâfların hakemlerce çözülmesi konusunda anlaşmış oldukları için; hakemlerin kendi yetkileri hakkında vermiş oldukları karar, mahkemeler ve taraflar için bağlayıcı ve kesin hüküm

⁴⁷³ Barcelo, s. 1117, 1122.

⁴⁷⁴ Poudret/Besson, s. 386; Yeşilova, s. 494.

⁴⁷⁵ Stojiljkovic, s. 25.

etkisine sahipti⁴⁷⁶. Bu görüşü açıkça ortaya koyan Alman Federal Mahkemesi'nin 1977 tarihli bir kararında da⁴⁷⁷; tarafların hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin ihtilâfi çözmek için bir anlaşma yapabileceği ve hakemlerin yetkisi meselesinin kim tarafından çözüleceğine dair böyle bir anlaşmanın ikinci bir tahkim anlaşması niteliğinde olduğu ortaya konmuştur. Alman hukukundaki bu yaklaşım ABD hukukunu da etkilemiş; hakemlerin yetkileri konusundaki ihtilâfin yine hakemlerce çözümüne yönelik olarak, tarafların ikinci bir tahkim anlaşması yapabileceği, bu durumda hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisinin tanınabileceği ve hakemlerin yetkilerine ilişkin verdikleri kararın bağlayıcı olduğu savunulmuştur⁴⁷⁸. Günümüzde ise, milletlerarası tahkimde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmeleri için ayrı bir anlaşma ile böyle bir yetkinin kendilerine tanınmasına ihtiyaç yoktur⁴⁷⁹.

“Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin kaynağı taraflar arasındaki herhangi bir anlaşma olmadığı gibi; ayrıca tahkim yargılamasının tâbi olacağı ve sözleşmesel kurallardan daha kıymetli olmayan usûl kuralları da değildir⁴⁸⁰. Tarafların tahkime yönelik iradeleri dahi ihtilâflı iken; hakemlerin yetkilerine ilişkin kararın yine hakemlerce çözüleceğine yönelik iradelerinin olduğunu söylemek güçtür. Böylece “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin kaynağı taraf iradeleri değildir. “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin tarafların iradesinden değil; hukuk düzenlerinden ve kanunlardan doğduğu kabul edilmektedir⁴⁸¹.

Hakemlerin kendi yetkilerinin olup olmadığı noktasında, tahkim yargılamasının tâbi olduğu hukuk olan tahkim yeri hukuku (*lex arbitri*) doktrinde ön plâna çıkmakta ve “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin kaynağının, tahkim yargılamasının tâbi olduğu *lex arbitri* olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁴⁸². Hakemlerin yetkileri üzerinde karar

⁴⁷⁶ **Stojiljkovic**, s. 26; **Berber-Keser**, Yetki, s. 26-27; **Deren-Yıldırım**, s. 72; **Wagner**, s. 332.

⁴⁷⁷ Alman Federal Mahkemesi'nin 05/05/1977 tarihli kararı, BGHZ 68, 356,366. Bahse konu karar için bkz. www.jurion.de, (son erişim tarihi: 29/12/2016)

⁴⁷⁸ **Stojiljkovic**, s. 27; **Özel**, s. 103.

⁴⁷⁹ **Özel**, s. 104. Alman hukukunda da bahse konu anlayış artık terk edilmiştir: **Frank**, s. 62.

⁴⁸⁰ **Poudret/Besson**, s. 386; **Yeşilova**, *Kompetenz-Kompetenz*, s. 747.

⁴⁸¹ **Born**, s. 1071; **Landolt**, s. 514; **Dimolitsa**, s. 217-218; **Stojiljkovic**, s. 50.

⁴⁸² **Stojiljkovic**, s. 27; **Landolt**, s. 514; **Özel**, s. 109. *Karş.* Doktrinde bir başka görüşe göre ise; “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi *lex arbitri*'den kaynaklanmamaktadır. *Lex arbitri*'den kaynaklanan “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin kendisi değil, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin hüküm ve sonuçlarıdır. “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi işin niteliğinden doğan aslî bir yetkidir. Bir uyuşmazlık, kendilerince çözülmesi için özel kişi veya kişilerin önüne geldiği vakit, bu kişiler öncelikle uyuşmazlığı çözmek konusunda yetkili olup olmadıkları hususunu çözüme

verirken, tahkim yeri hukukuna dayandıkları da görülmektedir. Örneğin, MTO nezdinde görülen 9184 ve 9584 sayılı davalarda, hakemler uyuşmazlığı çözmek bakımından yetkili olup olmadıklarına karar verirken; tahkim yeri hukuku (*lex arbitri*) olan İsviçre hukukunda hakemlerin kendi yetkileri üzerinde karar verme yetkisinin tanınmış olmasına gönderme yapmışlardır⁴⁸³. *Econet Wireless Ltd. v. First Bank of Nigeria* Davası'nda⁴⁸⁴ da hakem heyeti, hakemlerin uyuşmazlığı çözmek bakımından yetkisi ile ilgili meselenin kim tarafından çözüleceği hususunun tahkim yeri hukukuna (*lex arbitri*) göre çözülmesi gerektiğini belirtmiştir.

3.2.5. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliğinin Kapsamı ve “Kompetenz-Kompetenz” İlkesi Arasındaki İlişki

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak onun geçersizliği ve sona ermesi gibi durumlardan etkilenmeyeceğini ifade eden ayrılabilirlik prensibi sayesinde asıl sözleşmenin geçersizliğine yönelik iddiaların hakemlerce çözülmesi sağlanmakta olup, tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik iddiaların hakemlerce çözülmesi ise sağlanmamaktadır. Başka bir deyişle, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi, spesifik olarak tahkim anlaşmasına yönelik iddialarda mahkemelerin müdahalesini önlemekte yetersiz kalmaktadır⁴⁸⁵. Hatta doktrinde bir görüş; daha da ileri giderek, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin, spesifik olarak tahkim anlaşmasına yönelik itirazları mümkün kılmak suretiyle, mahkemelerin müdahalesine davetiye çıkardığını iddia etmektedir⁴⁸⁶. Böylece, asıl sözleşmeden ayrı olarak tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin meseleler hakkında hakemlerin karar verebilmesi ve mahkemelerin müdahalesinin önlenmesi için tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği

kavuşturacaklardır. Bu durum, işin tabiatı gereğidir. Hakemlerin yetkileri hakkında karar vermesine hüküm ve sonuç tanınıp tanınmayacağı ise, *lex arbitri*'ye göre belirlenecektir: Bahse konu görüş için bkz. **Yeşilova**, *Kompetenz-Kompetenz*, s. 748 vd.

⁴⁸³ Bahse konu kararlar için bkz. **Naon**, *Grigera, Choice of Law Problems in International Arbitration*, 2001, s. 41-42, (naklen).

⁴⁸⁴ 02/06/2005 tarihli *Ad-Hoc* Hakem Kararı, *Econet Wireless Ltd. v. First Bank of Nigeria* için YBCA, XXXI, 2006, s. 49 vd.

⁴⁸⁵ **Born**, s. 470, 1073; **Park**, s. 143; **Dimolitsa**, s. 217-218; **Smit, R.H.**, s. 30-31.

“Kompetenz-Kompetenz”, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinden daha ileri bir sorundur. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, asıl sözleşmeye yönelik iddialar ile mahkemelerin müdahalesini engellerken; “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi ise direkt olarak tahkim anlaşmasına yönelik iddialara yönelik olarak mahkemelerin müdahalesini engellemektedir: **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 214.

⁴⁸⁶ **Bermann**, s. 122-124; **Rau**, s. 192.

prensibinin kabul edilmesi yeterli değildir. Hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verebilmesinin ayrıca kabul edilmesi gerekmektedir. Bu ise, şüphesiz ki “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin kabulü ile mümkün olacaktır. Sonuç olarak görülmektedir ki, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin “Kompetenz-Kompetenz” ilkesini de beraberinde getirdiği ve “Kompetenz-Kompetenz” ilkesine yol açtığı söylenemez.

Ayrıca “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin bir sonucu olmadığı gibi, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin kabul edilmesi için tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin kabulü de şart değildir. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilir olmadığı kabul edilirse; “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi gereği hakemler tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verebilecektir. Ancak hakemler kendi yetkileri hakkında karar verirken, asıl sözleşmenin geçerliliğine de bakacaktır. Asıl sözleşmenin geçersizliği hâlinde ise, bu durumdan tahkim anlaşması da etkileneceği için, hakemler yetkisizlik kararı vereceklerdir⁴⁸⁷. Ayrıca tahkim anlaşmasının sözleşme ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için akdedilmesi hâli bu çalışma açısından ayrı bir öneme sahiptir. Zira sözleşme dışı uyuşmazlıkların çözümü amacıyla akdedilen tahkim anlaşması olması hâlinde, tahkim anlaşmasından başka bir sözleşme olmayacak, dolayısıyla tahkim anlaşmasının herhangi bir sözleşmeden ayrılabilirliğini tartışabilmek mümkün olmayacaktır. Oysa “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin söz konusu olması için uyuşmazlığın sözleşme ilişkisinden doğmasına gerek yoktur. Uyuşmazlık sözleşme ilişkisinden kaynaklanmasa bile, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi gereği hakemler tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesi de dâhil olmak üzere kendi yetkileri hakkında karar verebilirler.

Sonuç olarak, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğinin kapsamı dâhilinde görülemez ve tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği “Kompetenz-Kompetenz” ilkesine yol açmamaktadır. Benzer şekilde, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin hukuk düzeninde kabul edilebilmesi için tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin kabulü de zorunlu değildir. “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ile milletlerarası tahkimde benzer işleve sahip olması veya bu iki ilkenin hukuk düzenlemelerinde düzenlenmesi de aksi yönde bir sonuca ulaşmak

⁴⁸⁷ **Born**, s. 1072-107; **Stojiljkovic**, s.39.

için yeterli değildir. Nihayetinde doktrinde ifade edildiği üzere; tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hukukî akıbeti ile ilgilenen tahkim anlaşmasının ayrılabirliği esasa ilişkin bir prensipken; “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi usûle ilişkindir. Tahkim anlaşmasının ayrılabirliği ve “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi, benzer işleve sahip olmakla birlikte, iki farklı prensiptir ve biri diğerinin kapsamında görülmemelidir ⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ **Stojiljkovic**, s. 39; **Dimolitsa**, s. 217; **Deren-Yıldırım**, s. 71; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 102.

SONUÇ

Tahkim anlaşması ve asıl sözleşmenin farklı işlev, etki ve hukukî niteliğe sahip olması sonucu tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi ortaya çıkmıştır. Buna göre; tahkim anlaşması, ister müstakil şekilde ister asıl sözleşme içersisindeki bir kayıt şeklinde düzenlensin, asıl sözleşmeden ayrı bir anlaşma olarak, asıl sözleşmenin geçersizliği veya sona ermesi gibi durumlardan etkilenmemekte ve tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hukukî kaderi asıl sözleşmeye bağlı olmamaktadır. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi, çift yönlü bir anlama sahip olup, benzer şekilde tahkim anlaşmasının geçersizliği veya sona ermesi gibi durumlar da asıl sözleşmeyi etkilemez. Bununla birlikte, bu iki sözleşme birbirinden tamamen ilişkisiz ve kopuk da değildir. Ayrılabilirlik prensibi de bu iki sözleşme arasındaki yakın ilişkiyi ortadan kaldıran bir anlam ve kapsama sahip değildir.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği sayesinde tahkim anlaşmasının hukukî kaderi asıl sözleşmenin hukukî kaderinden ayrılacağı için, hakemlerin yargılama yetkisi asıl sözleşmenin geçersizliği ve sona ermesi gibi durumlara rağmen devam edecektir. Böylece hakemlerin asıl sözleşmeye ilişkin ihtilâflar hakkında karar verebilmeleri mümkün olacak ve tahkim yargılamasında bütünlük sağlanabilecektir. Ayrıca tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin bir sonucu olarak, tahkim anlaşması asıl sözleşmeden farklı bir hukukî rejime tâbi olabilmektedir.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi ve tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesi de dâhil olmak üzere hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verebilme imkânı sağlayan “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi, birçok hukukî düzenlemede birlikte düzenlenmiştir. Bununla birlikte, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin kapsamı dâhilinde mütalaa edilmemelidir. Zira tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir sorun iken; hakemlerin yetkileri hakkında uyuşmazlıkların kim tarafından çözüme kavuşturulacağı ile ilgilenen “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi, usûfî bir meseledir. Bu itibarla pozitif hukuk düzenlemelerinde, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi ve “Kompetenz-Kompetenz” ilkesinin, ayrı hükümlerde düzenlenmesi isabetli bir yaklaşım olur.

KAYNAKÇA

- ABDULLA** Zina. “The Arbitration Agreement” in International Arbitration in Switzerland” A Handbook for Practitioners, Ed. Kaufmann-Kohler, Gabrielle/Stucki, Blaise, The Hague: Kluwer Law International, 2004
- AKINCI** Ziya. Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016
- AKINCI** Ziya. “Çin ve Türk Ticari İlişkilerinde Tahkim”, İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi (12-14 Haziran 2012), 2013, s. 119-130 (Çin)
- ALANGOYA** Yavuz/ **YILDIRIM** Kamil / **DEREN-YILDIRIM** Nervis. Medenî Usûl Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul: Beta, 2011
- ARFAZADEH** Homayoon. “Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited”, Arbitration International, Vol. 17, No. 1, 2001, s. 73-87
- ARNALDEZ** Jean-Jeaques/ **DERAİNS** Yves/ **HASCHER**, Dominique. Collection of ICC Arbitral Awards, V. 1-2, Kluwer Law International, 1997
- ARSLAN** Ramazan/ **YILMAZ** Ejder/ **TAŞPINAR** **AYVAZ** Sema. Medenî Usûl Hukuku, 2. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016
- BARCELO** John. “Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective” , Cornell Law Faculty Publications, 2003, s. 1116-1135
- BAŞPINAR** Veysel. Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Doktora Tezi, Ankara: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1998
- BAUMBACH** Adolf/ **LAUTERBACH** Wolfgang/ **ALBERS** Jan/ **HARTMANN** Peter. Zivilprozessordnung, 72. Auflage, München: C.H. Beck, 2014
- BERBER-KESER** Leyla. Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999 (MTO)
- BERBER-KESER** Leyla. “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 123-139 (Yetki)

- BERMANN** George. "The Gateway Problem in International Commercial Arbitration", The Yale Journal of International Arbitration, Vol. 37, 2012, s. 1-50
- BLACKABY** Nigel/ **LINDSEY** David M./ **SPINILLO** Alessandro. International Arbitration in Latin America, New York: Kluwer Law International, 2002
- BLESSING** Marc. "The Law Applicable to the Arbitration Clause", ICCA Congress Series No:9, Ed. van der Berg, Albert Jan, Kluwer Law International, 1999, s. 168-188
- BOLAYIR** Nur. Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Beta, 2009
- BORN** Gary. International Commercial Arbitration, Second Edition, Volume1, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2014
- BÖCKSTIEGEL** Karl-Heinz/ **KRÖLL** Stefan M./ **NACIMIENTO** Patricia. Arbitration in Germany The Model Law in Practice, The Netherlands: Kluwer Law Arbitration, 2007
- BREKOULIS** Stavros. Third Parties In International Commercial Arbitration, New York, 2010
- BROCHES** Aron. "Commentary on The UNCITRAL Model Law" International Handbook on Commercial Arbitration, Ed. Paulsson, Jan, V. 5, Kluwer Law Arbitration, 2014
- BUCHER** Andreas/ **TSCHANZ** Pierre-Yvens. International Arbitration in Switzerland. Basel/Frankfurt on the Main: Helbing & Lichtenhahn, 1989
- CEYLAN** Nurgül. "Tahkim Şartının Geçerliliği", Legal Hukuk Dergisi, C. 13, Sa.150, 2015, s. 67-97
- CHUCKWUMERİJE** Okezie. Choice of Law in International Commercial Arbitration, London: Quorum Books, 1994
- CRAIG** W. Lawrence/ **PARK** William W./ **PAULSON**, Jan. International Chamber of Commerce Arbitration, Third Edition, New York: Oxford University Press, 2000
- ÇAL** Sedat. Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi. Ankara: Seçkin Yayınları, 2009

- ÇELİKSEL** Aysel/ **ERDEM** Bahadır. Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016
- DAYINLARLI** Kemal. HUMK'da düzenlenen İhtiyarî İç Tahkim, 2. Baskı, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2004
- DEMİRKOL** Berk. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014
- DEREN-YILDIRIM** Nervis. Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul: Alkim Yayınevi, 2004
- DEREİNS** Yves/ **KİFFER** Lawrence. "France", International Handbook on Commercial Arbitration, Ed. Paulsson, Jan, V.2, Kluwer Law International, 2014
- DİMOLİTSA** Antonias. "Arbitration Agreements and Foreign Investments The Greek State Between Contractual Commitment and Sovereign Intervention", Journal of International Arbitration, Vol. 5, No. 4, 1988, s. 17-66 (*Foreign Investments*)
- DİMOLİTSA** Antonias. "Separability and Kompetenz-Kompetenz", ICCA Congress Series No:9, Ed. van der Berg, Albert Jan, Kluwer Law International, 1999, s. 217-256
- DOLZER** Rudolf/ **SCHREUER** Christoph. Principles of International Investment Law. New York: Oxford University Press, 2008
- EGEMEN DEMİR** Işıl. ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, İstanbul, 2014
- EKŞİ** Nuray. Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul: Beta Yayınları, 2010 (*Incorporation*)
- EKŞİ** Nuray. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul, 2013, s. 59 (*HMK*)
- EPPİNG** Manja. Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reforms des deutschen Schiedsverfahrensrecht, München: Beck, 1999
- ERDOĞAN** Ersin. Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Doktora Tezi, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016

- ERDOĞAN** Feyiz. Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Doktora Tezi, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004
- EREN** Fikret. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016
- ERKAN** Mustafa. Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013 (*Yetki*)
- ERKAN** Mustafa. “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Sa. 1-2, 2013, s. 535-562 (*Yokluk*)
- ERTABAK** Ünal. Tahkim Sözleşmesi ile İlgili İhtilaflar, Hukuk Defteri, Sayı: 2, İstanbul: Legal Yayınevi, 2009
- ERTEKİN** Erol/ **KARATAŞ** İzzet. Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara: Yetkin Yayınları, 1997
- ERTEN** Rıfat. Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007
- ESEN** Emre. “Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 28, Sayı 1-2, 2008, s. 65-114 (*Tahkim Anlaşmalarının Şekli*)
- ESEN** Emre. Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Doktora Tezi, İstanbul: Beta Yayınları, 2008, s. 65-114 (*Teşmil*)
- ESEN** Emre. “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, s. 355-381 (*Tahkim İtirazı*)
- FOUCHARD** Phillipe/ **GAİLLARD** Emmanuel/ **GOLDMAN** Betthold. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Ed. Gaillard, Goldman/ Savage, John, The Hague/Boston/London: Kluwer Law International, 1999
- FRANK** Christian. Der Durchgriff im Schiedsvertrag, Berlin: Duncker & Humblot, 2000

- GELINAS** Paul. "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness", ICCA Congress Series No:9, Ed. van der Berg, Albert Jan, Kluwer Law International, 1999, s. 47-66
- GIRSBERGER** Daniel/ **GABRIEL** Simon. "Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht" Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Ed. Gauch, Peter/ Werro, Franz/ Pichonnaz, Pascal, Geneva/Zürich/Bale: Schultess, 2008, s. 819 vd.
- GIRSBERGER** Daniel/ **HAUSMANINGER**, Christian. "Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate", Arbitration International, Vol. 8, Issue 2, 1992, s. 121 vd.
- GREENBERG** Simon/ **KEE** Christopher/ **WEERAMANTRY** J. Rromesh. International Commercial Arbitration An Asia-Pasific Perspective, Cambridge, 2011
- GOTTWALD** Peter/ **SCHLOSSER** Peter. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit - Arbitrage International - International Arbitration, Bielefeld, 1997
- GÖKSU** Tarkan. Schiedsgerichtsbarkeit. Zürich/St. Gallen: Dike, 2013
- HANOTIAU** Bernard. "The Law Applicable to Arbitrability", ICCA Congress Series No:9, Ed. van der Berg, Albert Jan, Kluwer Law International, 1999, s. 146-167
- HESELBARTH** Franziska. Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, (Teil) Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts. Doktora Tezi, Harland Media Verlag, 2004
- HEINZ-SCHWAB** Karl. "Probleme der Prozesshandlungslehre", Festschrift für Gottfried Baumgartel Zum 70. Geburtstag, Ed. Prütting, Hans, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989
- HESS** Burkhard/ **LENT** Friedrich/ **JAUERNIG** Othmar. Zivilprozessrecht Ein StudienBuch, München : C.H. Beck, 2011
- HILL** Jonathan/ **CHONG** Adeline. International Commercial Disputes Commercial Conflict of Laws in English Courts, Oxford, 2010
- HOFFMANN-NOWOTONY** Hortmann. Doppelrelevante Tatsachen im Zivilprozess und Schiedsverfahren, Zürich/St. Gallen: Dike Verlag, 2010

- HOLTZMAN** Howard M./ **DONOVAN** Donald F./ **TAHBAZ** Christopher K./ **AMİRFAR** Catherine M. “United States”, International Handbook on Commercial Arbitration, Ed. Paulsson, Jan, V. 5, Kluwer Law Arbitration, 2014
- HORN** Norbert. “Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means”, Arbitrating Foreign Investment Disputes, Ed. Horn, Norbert/ Kröll, Stefan, The Hague, 2004, s. 3-31
- HUYSAL** Burak. Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Doktora Tezi, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2010
- HÜRLİMANN** Roland. Teilnichtigkeit von Schuldverträgen Nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg Schweiz, 1984
- İŞİK** Ekrem. 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu, Kanun Maddesi Açıklaması ve Yorumu, İstanbul: Süryay Yayıncılık, 2015
- İLHAN** Hüseyin Afşin. Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Doktora Tezi, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- İNAN** Ali Naim/ **YÜCEL** Özge. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014
- JALİLİ** Mahir. “Kompetenz-Kompetenz: Recent U.S. and U.K. Developments”, International Arbitration Review, 169, 1996, s. 169-178
- KALPSÜZ** Turgut. “İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-19 Mart 1996), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1996, s. 341 vd. (*İnşaat Sözleşmeleri*)
- KALPSÜZ** Turgut. “İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, C. 1, Sempozyum-Tartışmalar-Bildiriler (11 Nisan 1997), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1997, s. 5-64 (*İsviçre*)
- KALPSÜZ** Turgut. Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, C. 2, Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler (Abant, 25-28 Eylül 1997; Ankara, 6 Haziran 1998), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999 (*Seminer*)

- KALPSÜZ** Turgut. “Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul: Beta Yayınları, 2003, s. 1027-1053 (*Tahkim Anlaşması*)
- KALPSÜZ** Turgut. Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010 (*Tahkim*)
- KAPELİUK** Daphna. “Israel”, International Handbook on Commercial Arbitration, Ed. Paulsson, Jan, V. 3, Kluwer Law Arbitration, 2014
- KAPLAN** Neil. “In the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?”, Arbitration International, Vol. 12, No.1, 1996, s. 27-46
- KARADAŞ** İzzet. 6100 Sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013
- KIRKBEŞOĞLU** Nagehan. Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Doktora Tezi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011
- KIRMAN** Ahmet. 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu Şerhi, Ankara, 1997
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip. Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008
- KOÇ** Nevzat. “Türk Medenî Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (Butlan)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 2, 1983, s. 127-172
- KURU** Baki. Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Altıncı Baskı, Cilt: 3, İstanbul: Demir-Demir, 2001 (*III. Cilt*)
- KURU** Baki. Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Altıncı Baskı, Cilt: 6, İstanbul: Demir-Demir, 2001 (*VI. Cilt*)
- LANDOLT** Phillip. The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz”, Journal of International Arbitration, 30, no.5, 2013, s. 511-530

- LEW** Julian D. M. “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, ICCA Congress Series No:9, Ed. van der Berg, Albert Jan, Kluwer Law International, 1999, s. 114-145
- LEW** Julian D.M./ **MİSTELİS** Loukas A./ **KRÖLL** Stefan M. Comparative International Arbitration, The Hague/London/NewYork: Kluwer Law International, 2003
- LİONNET** Klaus/ **LİONNET** Annette. Handbuch der Internationalen und nationalen Schiedsgerichtbarkeit, Mörlenbach, 2005
- LY** Flippe De. International Business Law and Lex Mercatoria, North-Holland, 1992
- MAYER** Pierre. “The Limits of Severability of the Arbitration Clause”, ICCA Congress Series No:9, Ed. van der Berg, Albert Jan, Kluwer Law International, 1999, s. 261-267
- MERKİN** Robert M. Arbitration Law, Vol. 1, 2001
- MBAYE** Kabe. “Arbitration Agreements: Conditions Governing Their Efficacy”, ICCA Congress Series No:9, Ed. van der Berg, Albert Jan, Kluwer Law International, 1999, s. 94-104
- MOSES** Margaret. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. New York: Cambridge University Press, 2008
- MUSTİLL** Michael J./ **BOYD** Steward C. The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, London/Edinburgh, 1989
- NAON** Grigera. Choice of Law Problems in International Arbitration, 2001
- NOMER** Ergin. Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul: Beta, 2015
- NUEBER** Michael/ **ZEİLER** Gerold. “International Arbitration in Austria”, International Commercial Arbitration: International Conventions, Country Reports And Comparative Analysis, Ed. Balthasar, Stefan, München: Beck, Baden-Baden: Nomo, 2016, s. 107-214
- OĞUZMAN** Kemal/ **ÖZ** Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016

- ÖZEL** Sibel. Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafi Meseleleri, İstanbul: Legal Yayınları, 2008
- PAMPBOUKİS** Haris. “On Arbitrability: The Arbitrator, As a Problem Solver”, Arbitrability, International&Comparative Perspectives, Ed. Mistelis Loukas/Brekoulakis, Stavros, Kluwer Law International: The Netherlands, 2009, s. 121-143
- PARK** William W. Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators, 8 American Review International Arbitration, 1997, s. 133-145
- PEKCANITEZ** Hakan. “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümleri”, ICC IX. Milletlerarası Tahkim Semineri (Ankara, 19 Nisan 2011), Ankara, 2011
- PEKCANITEZ** Hakan/ **ATALAY** Oğuz/ **ÖZEKES** Muhammet. Medenî Usûl Hukuku, 4. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016
- POUDRET** Jean-François/ **BESSON** Sebastien. Comparative Law of International Arbitration, London, 2007
- PULAŞLI** Hasan. Şarta Bağlı Hukuki İşlemler ve Sonuçları, Ankara, 1989
- RAUSCHER** Thomas. Internationales Privatrecht mit Internationalem Verfahrensrecht, Hemsbach, 2012
- RAU** Alan Scott. “Everything You Really Need to Know About Separability in Seventeen Simple Propositions”, American Review of International Arbitration, Vol. 14, 1996, s. 183-274
- REDFERN** Alan/ **HUNTER** Martin/ **NİGEL** Blackaby/ **CONSTANTINE** Partasides. (**REDFERN/HUNTER**). Redfern and Hunter on International Arbitration, Fifth Edition, Oxford University Press, 2009
- REİSOĞLU** Safa. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul, 2010
- RİEGLER** Stephan/ **PETSCHÉ** Alexander/ **FREUMUTH-WOLF** Alice/ **PLATTE** Martin/ **LİEBSCHER** Christoph. Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure, New York: Juris Publishing, 2007

- ROSENBERG** Leo/ **SCHWAB**, Kal Heinz/ **GOTTWALD**, Peter. Zivilprozessrecht. 17. Auflage, München: C.H. Beck, 2010
- ROTH** Marianne. "UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration", Practitioner's Handbook On International Commercial Arbitration. Ed. Weigand, Frank-Bernd, New York: Oxford University Press, 2009, s. 953-1133
- SAMUEL** Adam. "Separability in English Law-Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Separate and Collateral to a Contract in Which It Is Contained?", Journal of International Arbitration, Vol: 3, No: 3, 1986, s. 95-109
- SAYED** Abdulhay. Corruption in International Trade and Commercial Arbitration, The Hague: Kluwer Law Arbitration, 2004
- SARGIN** Fügen. Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları. Doktora Tezi, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996
- SCHACK** Heimo. Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, München: C.H. Beck, 2013
- SCHLOSSER**, Peter. Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Tübingen, 1989
- SCHLOSSER** Peter. "Der Grad der Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag", Law of International Business and Dispute Settlement In The 21st Century, Ed. Briner, Robert, 2001, s. 697-713 (*Unabhängigkeit*)
- SCHWAB**. Karl-Heinz/ **WALTER**, Gerhard. Schiedsgerichtsbarkeit: Kommentar, München: C.H. Beck, 2005
- SCHWENZER** Ingeborg. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern, 2012
- SCHÜTZE** Rolf. Schiedsgericht und Schiedsverfahren, München: C.H. Beck, 2012
- SHORE** Laurance. "The United States' Perspective on Arbitrability", Arbitrability, International&Comparative Perspectives, Ed. Mistelis, Loukas/ Brekoulakis, Stavros. The Netherlands, 2009, s. 96-84

- SMİT** Hans. "A National Arbitration", *Tulane Law Review*, Vol. 63, 1988-1989, s. 629-645
- SMİT** Robert H. "Report:Seperability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or can Something Indeed Come from Nothing?", *The American Review of International Arbitration* 13, 2002, s. 19-43
- SONG** Lu. "The People's Republic of China", *International Handbook on Commercial Arbitration*, Ed. Paulsson, Jan, V.1, Kluwer Law International, 2014
- SÖĞÜT** İpek Sevda. *Roma Hukukunda Tahkim, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011*
- STAEHELIN** Andrian. "Dispotives Prozessrecht", *Freiheit und Zwang, Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte, Festschrift zum 60. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger*, Bern: Stampfli & Cie, 1989
- STİNER** John D. "Arbitration: Schaffer v. Jeffery: The Oklohama Supreme Court Rejects the Separability Doctrine and Takes a Step Back in the Enforcement of Arbitration Clauses Under Oklohoma Law", *Oklohoma Law Review*, 1997, s. 243-281
- SPARKA** Felix. *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, Hamburg: Springer, 2009
- STOJILJKOVIĆ** Mladen. *Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit*, Doktora Tezi, Zurich: Dike Verlag, 2014
- SUTTUR-SOMM** Thomas. *Zivilprozessordnung, 2. Auflage*, Zürich/Basel/Genf: Schultess, 2012
- SVERNLOV** Carl. "The Evolution of the Doctrine of Separability in England: Now Virtually Complete?", s. 115-121
- ŞANLI** Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 5. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013
- ŞANLI** Cemal/ **ESEN** Emre/ **ATAMAN FİGENMEŞE** İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014

- ŞİT** Banu. Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Doktora Tezi, Ankara: İmaj Yayınevi, 2005 (*Kurumsal Tahkim*)
- ŞİT** Banu. “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığıyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları”, Prof. Dr. Aslan Gündüz Armağanı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı 1-2, 2005, s. 411-436 (*Yazılı Şekil Şartı*)
- ŞİT** Banu. “Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Sa. 3, 2011, s. 1-30 (*Üçüncü Kişi*)
- ŞİT-KÖŞGEROĞLU** Banu. Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşması ile Korunması, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012
- TANRIBİLİR** Feriha Bilge/ **ŞİT** Banu, Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, Sa. 2, 2002, s. 819-836
- TAŞKIN** Alim. Hakem Sözleşmesi, Doktora Tezi, Ankara: Turhan Kitabevi, 2000
- TAŞPINAR** Sema. Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri. Doktora Tezi, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2001
- TAWIL** Goudo S. “Argentina”, International Handbook on Commercial Arbitration, Ed. Paulson, Jan, V.1, Kluwer Law International, 2014
- TWEEDALE** Andrew/ **TWEEDALE** Karen. Arbitration of Commercial Disputes International and English Law and Practice. Oxford University Press, 2007
- ULUOCAK** Nihal. “Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temliki İle İntikali-Fransız İçtihadı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: MHB, c. 19-20, Sa. 1-2, 1999-2000, s. 991-1002
- ULUSOY** Erol. “Finans Hukukunda Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu (İstanbul, 14 Şubat 2009), İstanbul: Tasarruf Mevduatı Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, s. 203-253
- VORGT** Stephan A. Der Schiedsrichtervertrag nach Schweizerischem und internationalem Recht. Aachen: Shaker Verlag, 1996

- XIONG Qi/ SHANG Yong.** “International Arbitration in China (People’s Republic)”, *International Commercial Arbitration: International Conventions, Country Reports And Comparative Analysis*, Ed. Balthasar, Stephan, München: Beck, Baden-Baden: Nomos, 2016, s. 265-299
- WAGNER Gerhard.** *Prozeßverträge*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1998
- WEIXIA Gu.** “China’s Search For Complete Separability of the Arbitration Agreement”, *Asian International Arbitration Journal*, Vol. 3, Number 2, 2007, s. 163-175
- WELSER Irene/ MOLITORIS Sussanne.** “The Scope Of Arbitration Clauses or “All Disputes Arising Out Of or In Connection With This Contract”, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Zeiler G./ Welser I. (ed), Kluwer Law Arbitration, 2012, s. 17-30
- WETTER Gilles.** “Issues of Corruption Before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunner Lagergren’s 1963 Award in ICC Case No. 1110”, *Arbitration International*, Vol. 10, No. 3, 1994, s. 277-294
- WICKI Jodok/ GABRIEL Simon.** “Vorvertragliche Schiedszuständigkeit” *Swiss Arbitration Association Bulletin*, S.2, 2009, s. 236-255
- WOLF Manfred/ NEUER Jorg.** *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2012
- VON MEHREN Robert/ KOURIDES Nicholas.** “The Libyan Nationalizations TOPCO/CALAISTIC v. Libya Arbitration”, *Natural Resources Lawyer*, Vol. 12. No. 2, 1979, s. 476-552
- WOLFF Reinmar (ed.).** *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958*, München: C.H. Beck, 2012
- WÖRLEN Rainer.** *Introduction to English Civil Law for German-Speaking Lawyers and Law Students*, Vol. 1, 4th Edition, Münster, 2007
- YAVUZ Cevdet.** “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, (İstanbul, 14 Şubat 2009), İstanbul: Tasarruf Mevduatı Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, s. 133-179

YEĞENGİL Rasih. Tahkim (L'Arbitrage), İstanbul: Nadir Yayıncılık, 1974

YEŞİLOVA Bilgehan. Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Doktora Tezi, İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008

YEŞİLOVA Bilgehan. "Tahkim İtirazı Üzerine Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları", Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Özel Sayı, 2009, s. 739-818 (*Kompetenz-Kompetenz*)

YILMAZ İhsan. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul: Beta, 2004.

EK 1: KARARLAR LİSTESİ

MAHKEME KARARLARI

ABAD

ABAD'ın 06/10/2009 tarihli kararı, *Intercontainer Interfrigo SC v. Balkanende Oosthuizen*, Case No. 133/08.

ABD

ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin 12/06/1967 tarihli kararı, *Prima Paint v. Flood&Conklin*, 388 U.S. 365.

ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin 21/02/2006 tarihli kararı, *Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna*, No. 041264.

ABD Temyiz Mahkemeleri İkinci Dairesi'nin 28/10/1963 tarihli kararı, *Robert Lawrence Company Inc., v. Devonshire Fabrics*, 271 F.2d 402.

ABD Temyiz Mahkemeleri Yedinci Dairesi'nin (*United States Courts of Appeals Seventh Circuit*) 01/04/1994 tarihli kararı, *Colfax Envelope v. Local No. 458-3M.*, 20 F.3d 750.

ABD Temyiz Mahkemeleri Üçüncü Dairesi'nin 15/01/1979 tarihli kararı, *Stateside Machinery Co. Ltd. v. Alperin*, No. 78-1263.

ABD Temyiz Mahkemeleri Dokuzuncu Dairesi'nin (*United States Courts of Appeals Ninth Circuit*) 03/10/1999 tarihli kararı, *Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Corp.*, 937 F.2d 469.

ABD Temyiz Mahkemeleri İkinci Dairesi'nin 28/09/2001 tarihli kararı, *Sphere Drake Insurance Limited v. Clarendon National Insurance Company*, No. 00-9404.

Illinois Kuzey Bölge Mahkemesi'nin 19/09/2002 tarihli kararı, *David McIntyre v. Household Bank.*, No. 02 C1537.

New York Güney Bölge Mahkemesi'nin 13/06/1978 tarihli kararı, *Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus.*, No. 78, Civ. 537.

Oklahoma Yüksek Mahkemesi'nin 26/03/1991 tarihli kararı, *City of Blaine v. John Coleman Hayes&Associates*

Almanya:

Alman Federal Mahkemesi'nin 22/05/1967 tarihli kararı, BGHZ 23, 198.

Alman Federal Mahkemesi'nin 27/02/1970 tarihli kararı, BGHZ 53, 315.

Alman Federal Mahkemesi'nin 12/02/1976 tarihli kararı, ZR 42/74.

Alman Federal Mahkemesi'nin 05/05/1977 tarihli kararı, BGHZ 68, 356,366.

Alman Federal Mahkemesi'nin 22/09/1977 tarihli kararı, BGHZ 69, 260-266.

Alman Federal Mahkemesi'nin 27/03/2003 tarihli kararı, BGH SchiedsVZ 2003.

Hamm İstinaf Mahkemesi'nin 22/07/2002 tarihli kararı, OLG Hamm, 17 SchH 13/01.

Dresden İstinaf Mahkemesi'nin 18/02/2009 tarihli kararı, OLG Dresden, Schieds VZ 2009, 07/08.

Koblenz İstinaf Mahkemesi'nin (OLG Koblenz) 28/07/2005 tarihli kararı, Schieds VZ 2005, 260.

Münih İstinaf Mahkemesi'nin 17/05/2006 tarihli kararı, OLG München, ShiedsVZ 2001, 337 (338).

Thüringen İstinaf Mahkemesi'nin 13/01/2011 tarihli kararı, OLG Thüringen, 1 Sch 01/08.

Avusturya:

Avusturya Federal Mahkemesi'nin 25/11/1975 tarihli kararı, OGH 6Ob221/75.

Avusturya Federal Mahkemesi'nin 06/09/1990 tarihli kararı, OGH 6Ob572/90.

Avusturya Federal Mahkemesi'nin 17/04/1996 tarihli kararı, OGH 7Ob2097/96z.

Avusturya Federal Mahkemesinin 10/04/2003 tarihli kararı, OGH 8Ob24/03t.

Avusturya Federal Mahkemesi'nin 07/08/2007 tarihli kararı, OGH 4Ob142/07x.

Avusturya Federal Mahkemesi'nin 21/04/2004 tarihli kararı, OGH 9Ob39/04g.

Birleşik Krallık:

Bermuda Yüksek Mahkemesi'nin 1987 tarihli kararı, *Sojuznefteexport v. JocOil*.

İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi'nin 18/02/1991 tarihli kararı, *Paul Smith vs. H&S*

İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi'nin 04/02/2004 tarihli kararı, *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd.*, [2004] EWHC 121.

İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi'nin 16/02/2004 tarihli kararı, *JSC Zestafoni G. Nikoladze Ferroalloy Plant v. Ronly Holdings Ltd*, [2004] EWHC 24.

Lordlar Kamarası'nın 10/02/1942 tarihli kararı, *Heyman v. Darwins Ltd.*, [1942] AC 356.

Lordlar Kamarası'nın 1981 tarihli kararı, *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinen Fabrik v. South India Shipping Corporation*, [1981] AC 909.

Lordlar Kamarası'nın 1983 tarihli kararı, *Paal Wilson v. Partenreederei Hannah Blumenthal*, [1983] 1 AC 854.

Fransa:

Carapelli v. Gosset, (1963).

Navimpex v. Wiking Trader

Omenex v. Hugon

Pia Investments v. Cassia

Dalicio, 20/12/1993.

Hrvatistan:

Hrvatistan Anayasa Mahkemesi'nin 27/10/2004 sayılı kararı, U-III-669/2003.

Hindistan:

Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin 14/02/2014 tarihli kararı, *Enercon (India) Limited & Ors v. Enercon GmbH&Anr*, Civil Appeal no.2086/2014.

İsveç

İsveç Yüksek Mahkemesi'nin 27/10/2000 tarihli kararı, *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. A.I. Trade Finance Inc.*, T 1881-99.

İsviçre

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 28/05/1915 tarihli kararı, *Chr. Jörg gegen B. Jörg*, BGE 41 II 534.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 12/04/1945 tarihli kararı, BGE 71 II 116.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 07/04/1962 tarihli kararı, BGE 88 I 100.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 17/03/1975 tarihli kararı, *Jugomineral gegen Grillo Werke AG*, BGE 101 II 168.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 15/03/1990 tarihli kararı, BGE 116 Ia 56 168.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 27/02/2014 tarihli kararı, BGE 140 II 134.

Kanada

Alberta Temyiz Mahkemesi'nin 16/01/1992 tarihli kararı, *Kaverit Steel v. Kone Corp.*

Singapur

Singapur Yüksek Mahkemesi'nin kararı, *Phillipines v. Phillipine International Air Terminals Co.*

Türkiye:

Danıştay 7. Dairesi E. 1998/2944, K. 1999/1392.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2015/6328, K. 2015/9514.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 1979/3855, K. 1979/44351.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 1996/3621, K. 1996/4800.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E 2007/13799 K 2009/8820.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1976/7803, K. 1976/4297.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1993/2051, K. 1993/3488.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1994/9170, K. 1994/10152.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 1989/1023, K. 1989/2841.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2010/4198, K. 2010/4827.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2013/1574, K. 2013/2445.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2014/3330, K. 2014/467.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2015/2198, K. 2015/2758

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2015/3406, K. 2015/5374.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2016/1133, K. 2016/1445.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E.2002/7882, K. 2002/8071.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 1995/9108, K. 1995/9685.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E.2000/2591 K. 2000/2974.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2015/13042, K. 2015/13042.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2000/19-1122, K. 2000/1256.

HAKEM KARARLARI**Ad-Hoc Tahkim**

Econet Wireless Ltd. v. First Bank of Nigeria

TOPCO/CALAISTIC v. Libya

GAFTA Tahkimi

Zurich International Ag v. Moscow Exportkhleb

ICSID Tahkimi

Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28.

MTO Tahkimi

ICC Case No. 1110, (1963).

ICSID Case No. 4392, (1983).

ICC Case No. 6379, (1990).

ICC Case No. 7929, (1995).

ICC Case No. 9184.

ICC Case No. 9548.

EK 2: ETİK KURUL İZİN MUAFİYET FORMU



**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ETİK KURUL İZİN MUAFİYETİ FORMU**

**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA**

Tarih:12/06/2017

Tez Başlığı / Konusu: Milleterarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği ve "Kompetenz-Kompetenz" İlkesi

Yukarıda başlığı/konusu gösterilen tez çalışmam:

1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır,
2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir.
3. Beden bütünlüğüne müdahale içermemektedir.
4. Gözlemsel ve betimsel araştırma (anket, ölçek/skala çalışmaları, dosya taramaları, veri kaynakları taraması, sistem-model geliştirme çalışmaları) niteliğinde değildir.

Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullar ve Komisyonlarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre tez çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kuruldan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

12/06/2017

Adı Soyadı: Ahmet Onur ÇATAKLI
Öğrenci No: N13238213
Anabilim Dalı: Özel Hukuk Anabilim Dalı
Programı: Tezli Yüksek Lisans
Statüsü: Y.Lisans Doktora Bütünleşik Dr.

DANISMAN GÖRÜŞÜ VE ONAYI

Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU

Telefon: 0-312-2976860

Detaylı Bilgi: <http://www.sosyalbilimler.hacettepe.edu.tr>

Faks: 0-3122992147

E-posta: sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr

EK 3: ORJİNALLİK RAPORU

 <p style="text-align: center;">HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ YÜKSEK LİSANS/DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU</p>
<p>HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA</p> <p style="text-align: right;">Tarih:12/06/2017</p>
<p>Tez Başlığı / Konusu: MİLLETLERARASI TAHKİMDE TAHKİM ANLAŞMASININ AYRILABİLİRLİĞİ VE "KOMPETENZ-KOMPETENZ" İLKESİ</p> <p>Yukarıda başlığı/konusu gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 127 sayfalık kısmına ilişkin, 10/06/2017 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 11 'dir.</p> <p>Uygulanan filtrelemeler:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1- Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç, 2- Kaynakça hariç 3- Alıntılar hariç/dâhil 4- 5 kelmeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç <p>Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.</p> <p>Gereğini saygılarımla arz ederim.</p> <div style="text-align: right; margin-top: 10px;">  12/06/2017 </div> <p>Adı Soyadı: AHMET ONUR ÇATAKLI Öğrenci No: N1323B213 Anabilim Dalı: Özel Hukuk Anabilim Dalı Programı: Tezli Yüksek Lisans Statüsü: <input checked="" type="checkbox"/> Y.Lisans <input type="checkbox"/> Doktora <input type="checkbox"/> Bütünleşik Dr.</p>
<p>DANIŞMAN ONAYI</p> <p style="text-align: center;">UYGUNDUR.</p> <div style="text-align: center; margin-top: 20px;">  Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU </div>

