

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MİLLETLERARASI TİCARÎ TAHKİM
ANLAŞMALARININ ŞEKLİ

Sultan Selin ELCİK

2501211442

TEZ DANIŞMANI

Dr. Öğr. Üyesi Melis AVŞAR

İSTANBUL – 2024

ÖZ

MİLLETLERARASI TAHKİM ANLAŞMALARININ ŞEKLİ

SULTAN SELİN ELCİK

Milletlerarası nitelikli ticari uyuşmazlıkların çözüm yöntemi esas olarak milletlerarası ticari tahkimdir. Taraf iradeleriyle devlet yargısının dışlandığı bu uyuşmazlık çözüm yönteminde tahkim anlaşması oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Zira, yabancı hakem kararlarının temelini tahkim anlaşması teşkil etmektedir. Bu yüzden tahkim anlaşmalarının şeklen geçerli olması oldukça önemlidir.

Çalışmamızda öncelikle milletlerarası tahkim anlaşmalarının hukuki rejimine, milletlerarası tahkim anlaşmalarının kaynaklarına, milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekline dair itirazların hangi aşamada ileri sürüleceğine ve şekle uygulanacak hukuk konusundaki tartışmalara yer verilmiştir.

Çalışmamız kapsamında tahkim anlaşmalarının şekli; 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4(2), 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu m. II(2), 1961 Tarihli Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a), UNCITRAL tarafından hazırlanmış olan 1985 tarihli Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanun m. 7(2) ve UNCITRAL tarafından 2006 yılında yenilenmiş hâliyle Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanun m. 7'nin birinci ve ikinci seçeneği kapsamında incelenmiştir. Bu incelemeler yapılırken millî düzenlemelerle milletlerarası anlaşmalar kapsamındaki farklılıklar, millî mahkeme kararları ile bu kararlar arasındaki ve doktrindeki yorum farklılıkları, teknolojik gelişmeler göz önüne alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Tahkim Anlaşması, Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Şekli, New York Konvansiyonu, Milletlerarası Tahkim Kanunu, UNCITRAL

ABSTRACT

FORM OF INTERNATIONAL ARBITRATION AGREEMENTS

SULTAN SELİN ELCİK

In essence, international commercial arbitration is the process used to settle disputes involving international commerce. Arbitration agreements are crucial in this type of dispute settlement, because the parties have agreed to exclude state jurisdiction. Due to the fact that arbitration agreements serve as the foundation for foreign arbitration decisions. As a result, the formal validity of arbitration agreements is crucial.

First and foremost, our study covers the legal regulations surrounding international arbitration agreements, the sources of these agreements, the point at which disputes regarding their form may be brought up, and the legal framework that governs the form.

Our study analyzed the arbitration agreements outlined in Article 4(2) of the Turkish International Arbitration Law No. 4686, article II(2) of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards, article I(2)(a) of the European Convention on International Commercial Arbitration, article 7(2) of the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, and the first and second options of the 2006 revised UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. During these assessments, variations in the extent of national rules and international agreements, discrepancies in interpretations among national court rulings and these rulings in conjunction with legal doctrine, as well as technical advancements, were considered.

Keywords: International Arbitration Agreement, The Form of International Commercial Arbitration Agreement, New York Convention, International Arbitration Law, UNCITRAL

ÖNSÖZ

“Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Şekli” başlıklı bu çalışmamız, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında bir yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Milletlerarası ticarete alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan milletlerarası tahkimin temelini teşkil eden milletlerarası tahkim anlaşmalarının şeklen geçerli olması elzemdir. Zira taraflar, aralarında çıkan uyuşmazlıkları devlet mahkemelerinin yargı yetkisinden vazgeçerek tahkim yargılamasında çözmeyi tercih etmektedirler. Tahkim anlaşmalarının şeklen geçerli olabilmesi için milletlerarası anlaşmalarla öngörülmüş olan kurallar ise milletlerarası ticaretin uygulamalarındaki ihtiyaçları yıllar geçtikçe karşılayamamaya başlamıştır. Bu da öngörülen kuralların yorumlanmasına ve bazılarının revize edilmesine sebep olmuştur.

Çalışmamızın amacı daha önce bir bütün olarak ele alınmayan milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin kuralları incelemek ve hakem kararlarının temelini teşkil eden tahkim anlaşmalarının belirlenmiş olan bu kurallar uyarınca günümüzde nasıl ayakta tutulabileceğini göstermektir.

Çalışmamın her aşamasında değerli görüşleriyle beni yönlendiren, aramızda bulunan kilometrelerce mesafeye rağmen zamanını ayırıp çalışmamı çözüm önerileriyle geliştiren, bana kaynak temin eden, çalışmamı sahiplenen, sorunun olduğunda bana hızlı bir şekilde dönüş sağlayan, karşılaştığım zorlukları aşmamda yardımcı olan değerli hocam, tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Melis Avşar’a öncelikle teşekkürlerimi sunarım. Çalışmamın, değerli Hocam’ın yönettiği ilk tez olmasından dolayı onur duyduğumu da belirtmek isterim.

Jüri üyesi olmayı kabul ederek ve değerli vakitlerini ayırarak çalışmamı titizlikle inceleyen, tezimin gelişmesine önemli katkılarda bulunarak bana yol göstermiş olan değerli jüri üyeleri Doç. Dr. İnci Ataman Figanmeşe ve Dr. Öğr. Üyesi Candan Yasan Tepetaş’a da minnettarım.

Hem çalışıp hem tez yazmanın oldukça zor olduğu bu süreçte bana evlerinin kapısını açıp beni her anlamda desteklemiş olan ablama ve enişteme; kendisi anlamasa dahi bir gülüşünün içimde yarattığı sevinçten dolayı tez yazma sürecimi kolaylaştıran, dünyanın en güçlü ve en özel çocuklarından biri olarak yaşama sıkıca tutunan yeğenim Kaan'a; çocukluğumdan beri yaptığım her seçime destek olan ve bana sonsuz güven duyan, ayrıca hayatımın bu zorlu günlerinde kahrımı çeken değerli anneme ve ablama; bana olan inancını hiç yitirmemiş olan babama; Hamburg'da bulunduğum süreçte aile üyelerim hâline gelmiş olanlara; çalışmalarım için beni misafir etmiş olan teyzeme ve çalışmamın sunumunu bıkmadan dinleyen kuzenlerime şükranlarımı sunarım. Onların desteğı olmadan bu çalışma tamamlanamazdı. Ayrıca, sokakta karşılaştığımız andan beri beni hareketleriyle güldürüp stresimi alan kedim Mickey Su'ya da, kendisinin haberi olmayacak olsa dahi, teşekkürü borç bilirim.

Bu çalışmayı tamamlayabilmem için bana sürekli destek vermiş olan, yüzümü güldürerek stresimi azaltan ve yeri geldiğinde tez kaynaklarımı temin etmiş olan tüm değerli arkadaşlarıma da ayrıca teşekkür ederim.

SULTAN SELİN ELCİK

İSTANBUL, 2024

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİM ANLAŞMALARININ TÂBİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM VE ŞEKLE İLİŞKİN GENEL BİLGİ

1. TAHKİM ANLAŞMALARININ TÂBİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM.....	5
1.1. Türk Hukukunda Milletlerarası Ticari Tahkimin Kaynakları.....	5
1.1.1. Milletlerarası Tahkim Kanunu	9
1.1.1.1. Genel Bilgi	9
1.1.1.2. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Uygulama Alanı.....	10
1.1.2. 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu	14
1.1.2.1. Genel Bilgi	14
1.1.2.2. Uygulama Alanı	15
1.1.3. 1961 Tarihli Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa-Cenevre Konvansiyonu	17
1.1.3.1. Genel Bilgi	17
1.1.3.2. Uygulama Alanı	18
1.1.3.3. New York Konvansiyonu ile Avrupa-Cenevre Konvansiyonu Arasındaki İlişki	20
2. ŞEKLİN İŞLEVİ, ŞEKLE AYKIRILIĞIN İLERİ SÜRÜLECEĞİ AŞAMALAR VE ŞEKLE UYGULANACAK HUKUK.....	22
2.1. Şeklin İşlevi ve Amacı.....	22
2.2. Şekil Şartının İspat Şartı mı Geçerlilik Şartı mı Olduğu Tartışması	24
2.3. Tahkim Anlaşmasının Şekline İlişkin İtirazların Yapılacağı Aşamalar	27
2.4. Tahkim Anlaşmasının Şekline Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi.....	28

2.4.1. Tahkim Anlaşmasının Şeklen Geçersizliğinin Hakemler Nezdinde İleri Sürülmesi	29
2.4.2. Tahkim Anlaşmasının Şeklen Geçersizliğinin Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi	32
2.4.2.1. Tahkim Anlaşmasının Şeklen Geçersiz Olduğu İddiasının Bir Tahkim İlk İtirazı Olarak İleri Sürülmesi	32
2.4.2.2. Tahkim Anlaşmasının Şeklen Geçersiz Olduğu İddiasının İptal Davasında İleri Sürülmesi	35
2.4.2.3. Tahkim Anlaşmasının Şeklen Geçersiz Olduğu İddiasının Tenfiz Aşamasında İleri Sürülmesi	37

İKİNCİ BÖLÜM

4686 SAYILI MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU

ÇERÇEVESİNDE MİLLETLERARASI TAHKİM

ANLAŞMALARININ ŞEKLİ

1. MTK'DE MİLLETLERARASI TAHKİM ANLAŞMALARININ YAZILI ŞEKİL ŞARTINI SAĞLAMASI İÇİN ARANAN ŞARTLAR.....	42
1.1. Genel Bilgi	42
1.2. Tahkim Anlaşmasının Taraflarca İmzalanmış Yazılı Bir Belge ile Yapılması. 45	
1.2.1. Genel Bilgi.....	45
1.2.2. Elektronik İmzanın Doğuracağı Sonuçlar.....	46
1.3. Tahkim Anlaşmasının Taraflar Arasında Teati Edilen Mektup, Teleks, Telgraf, Faks Gibi Bir İletişim Aracıyla Yapılması.....	50
1.4. Tahkim Anlaşmasının Elektronik Ortama Geçirilerek Yapılmış Olması.....	54
1.4.1. Elektronik Sözleşme ve Elektronik Ortam Kavramları	54
1.4.2. Türk Hukukunda Elektronik Sözleşmeler Konusundaki Düzenlemeler ...	57
1.4.3. Elektronik Tahkim Anlaşmaları	59
1.5. Dava Dilekçesinde Yazılı Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığının İddia Edilmesine, Davalının Verdiği Cevap Dilekçesinde İtiraz Edilmemesi Yoluyla Yapılmış Olması	67
1.6. Asıl Sözleşmenin Bir Parçası Hâline Getirilmek Amacıyla Tahkim Şartı İçeren Bir Belgeye Yollama Yapılması.....	70
1.6.1. Genel Olarak	70
1.6.2. Konişmentoda Çarter Partiye Yapılan Atıf Yolu ile Kurulan Tahkim Sözleşmeleri.....	74

2. MİLLETLERARASI TAHKİM ANLAŞMALARININ ŞEKLİNE İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLARIN İNCELENMESİ 78

- 2.1. Genel İşlem Şartları İçinde Düzenlenen Tahkim Şartının Yazılı Şekil Şartını Sağlayıp Sağlamadığı 79
- 2.2. Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmilinin Şekil Açısından İncelenmesi..... 81
- 2.3. 805 Sayılı Kanun'un Tahkim Anlaşmalarının Yazılı Şekil Şartına Etkisi 83
- 2.4. İmzalanmamış Asıl Sözleşmedeki Edimlerin İfasının Yazılı Şekil Şartına Etkisi 89
- 2.5. Temsilci Aracılığıyla Yapılmış Tahkim Anlaşmalarının Şekli..... 90

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER UYARINCA TAHKİM ANLAŞMALARININ YAZILI ŞEKLİ

1. NEW YORK KONVANSİYONU MADDE II UYARINCA TAHKİM ANLAŞMASININ YAZILI ŞEKİL ŞARTI..... 93

- 1.1. Genel Bilgi 93
 - 1.1.1. Tahkim Anlaşmasının Taraflarca İmzalanmış Mukaveleler İçine Konan Hakem Şartı veya Bir Hakem Mukavelesi Şeklinde Yapılması..... 95
 - 1.1.2. Tahkim Anlaşmasının Karşılıklı Olarak Gönderilen Mektup veya Telgraf Yoluyla Yapılması 98
- 1.2. New York Konvansiyonu'nda Açıkça Düzenlenmemiş Bazı Özel Durumların İncelenmesi..... 102
 - 1.2.1. Tahkim Anlaşmalarının Sözlü Olarak veya Zımnen Yapılması 103
 - 1.2.2. Tahkim Anlaşmalarının Incorporation Yolu ile Yapılması..... 109
 - 1.2.3. Tahkim Anlaşmasını İmzalamayan Üçüncü Kişi Açısından Yazılı Şekil Şartı..... 117
 - 1.2.4. Dürüstlük Kuralının Madde II(2) Üzerindeki Etkisi..... 118
 - 1.2.5. Yeni Teknolojik İmkânlar Kullanılarak Yapılması..... 119
- 3. New York Konvansiyonu'ndaki Yazılı Şekil Şartının Azami veya Asgari Şekil Gerekliliği Olup Olmadığı Hakkında Tartışmalar 128

2. 1961 TARİHLİ AVRUPA–CENEVRE KONVANSİYONU UYARINCA TAHKİM ANLAŞMALARININ YAZILI ŞEKİL ŞARTI..... 133

- 2.1. Genel Bilgi 133
- 2.2. Avrupa–Cenevre Konvansiyonu Madde I(2)(a) Uyarınca Yazılı Şekil Şartı..134

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
UNCITRAL ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM MODEL
KANUNU UYARINCA TAHKİM ANLAŞMALARINDA YAZILI
ŞEKİL ŞARTI

1. GENEL BİLGİ	140
2. 1985 TARİHLİ UNCITRAL ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM MODEL KANUNU UYARINCA YAZILI ŞEKİL ŞARTI	142
3. 2006 DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI UNCITRAL ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM MODEL KANUNU UYARINCA YAZILI ŞEKİL ŞARTI	146
3.1. 2006 Tarihli UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu Madde 7 Birinci Seçenek.....	149
3.1.1. Tahkim Anlaşması Yazılı Olmalıdır	150
3.1.2. Tahkim Anlaşmasının İçeriği Herhangi Bir Biçimde Kayda Geçirilmiş Olmalıdır	151
3.1.3. Tahkim Anlaşması Elektronik Haberleşme Araçlarından Biri ile Kurulabilir	152
3.1.4. Karşılıklı İddia ve Savunmalarda Sözleşmenin Varlığının Bir Tarafça İleri Sürülüp Diğer Tarafça İnkâr Edilmediği Hâllerde Yapılan Tahkim Anlaşması	164
3.1.5. Tahkim Şartı İçeren Herhangi Bir Belgeye Yapılan Atıfla Tahkim Anlaşması Kurulması.....	166
3.2. UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu Madde 7 İkinci Seçenek.....	167

BEŞİNCİ BÖLÜM
MİLLETLERARASI TAHKİM ANLAŞMALARININ ŞEKLİNE
İLİŞKİN KURALLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. MTK VE NEW YORK KONVANSİYONU'NDA BENİMSENEN SİSTEMİN İHTİYAÇLARI KARŞILAYIP KARŞILAMADIĞININ, 2006 UNCITRAL MODEL KANUNU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	169
1.1. MTK Açısından Değerlendirme	169
1.2. New York Konvansiyonu Açısından Değerlendirme.....	172
2. YAZILI ŞEKİL ŞARTININ KALDIRILMASINA GERÇEKTEN İHTİYAÇ VAR MIDIR?	175

3. KANAATİMİZ	177
SONUÇ.....	180
KAYNAKÇA.....	193

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
A.Ş.	: Anonim Şirket
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
Bs.	: Baskı
C.	: Cilt
CISG	: International Sale of Goods
Co.	: Company
CUECIC	: United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts
Çev.	: Çeviren
Doc.	: Document
Dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EDI	: Electronic Data Interchange
EİK	: Elektronik İmza Kanunu
EİK-BM	: Elektronik İmzalar Hakkında UNCITRAL Model Kanunu
ETK-BM	: Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu
Et al.	: Et alia
f.	: Fıkra
FIDIC	: Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
FOSFA	: Federation of Oils, Seeds and Fats Associations
GAFTA	: Grain and Feed Trade Association
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
IEC	: International Electrotechnical Commission
Inc	: Incorporation
INCOTERMS	: International Commercial Terms
ISO	: International Organization for Standardization
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
Ltd.	: Limited
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
Para.	: Paragraf
PCA	: The Permanent Court of Arbitration
PEEREA	: Energy Charter Treaty and Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Enviromental Aspects
PIN	: Personal Identification Number
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
U.K.	: United Kingdom
1985 UMK	: 1985 tarihli UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu
2006 UMK	: 2006 tarihli UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu
U.N.	: United Nations
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
USA	: United States of America
v.	: Versus

vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
QMUL	: Queen Mary University of London
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZPO	: Zivilprozessordnung

GİRİŞ

Milletlerarası ticaret hacminin artmasıyla birlikte tacirler arasındaki uyuşmazlıklar da artmaya başlamıştır. Bu uyuşmazlıkların çözümü için devlet mahkemelerine başvurmak yerine alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkime başvurmayı arzu eden taraflar sayesinde tahkim de milletlerarası alanda ön plana çıkmaya başlamıştır. Tarafların devlet yargılaması yerine tahkimi uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak belirlemesi tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin de sıkı şartlara bağlanmasına neden olmuştur. Öyle ki tahkim anlaşmasının geçersizliği yabancı hakem kararının iptali ile tanınmasına ve tenfizine engel olabilmektedir.

Tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olması hâlinde bu geçersizlik yabancı hakem kararının tanınmasına ve tenfizine engel olabileceğinden tahkim anlaşmasının şekli hem milletlerarası anlaşmalarda hem de millî tahkim kanunlarında özel olarak düzenlenmiştir. Oldukça geniş katılımın olduğu 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu'nda (New York Konvansiyonu) ve bu Konvansiyon'u takip eden 1961 Tarihli Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nda (Avrupa-Cenevre Konvansiyonu) tahkim anlaşmasının şekil şartına dair özel hükümler yer almıştır. Bu Konvansiyonlar'a taraf olan devletlerin millî tahkim kanunlarında da tahkim anlaşmalarının şekli, benzer şekilde özel olarak düzenlenmiştir.

Türkiye'de hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olan ilk hükümler 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu¹'nda yer almıştır. Fakat bu hükümler millî tahkime ilişkindir. Türkiye, 1991 yılında hem New York Konvansiyonu'na² hem de Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'na³ taraf olmuş, 2001 yılında ise millî olarak nitelendirilecek olan 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu⁴ hazırlanmış, Kanun 05.07.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu da tahkim anlaşmalarının şekli konusunda özel hüküm içermektedir.

¹ RG: 2, 3, 4.7.1927 – 622, 623, 624.

² RG: 21.5.1991 – 20877.

³ RG: 21.5.1991 – 20877.

⁴ RG: 21.06.2001 – 24453.

Çalışmamızın birinci bölümünde Türk Hukuku'nda milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin olarak hangi kaynakların yer aldığı belirtilmiş, bu kaynakların uygulama alanı konusunda sırasıyla genel bilgi verilmiştir. Tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğunun ileri sürüleceği aşamalar da farklılık arz edebilmektedir. Ayrıca tahkim anlaşmasının şeklen geçersizliğinin ileri sürüldüğü aşamaların farklılaşması tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak hukukun ne olması gerektiği konusunda da tartışmalara ve görüş ayrılıklarına neden olabilmektedir. Dolayısıyla ilk bölümde bu aşamalara ve görüş farklılıklarına da yer verilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından milletlerarası tahkim anlaşmasının şekline değinilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda tahkim anlaşmalarının şekli m. 4(2)'de özel olarak düzenlenmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama alanına giren bir tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığı m. 4(2)'deki kriterlere bakılarak belirlenecektir. Bu kriterlerin nasıl karşılanacağı üzerinde detaylıca durulmuştur. Ayrıca Türk Hukuku'nda tahkim anlaşmasının şekli konusunda bazı özel düzenlemeler de yer aldığından bu düzenlemelere de değinilmiştir.

Milletlerarası tahkim anlaşmalarının şeklen geçerliliği Milletlerarası Tahkim Kanunu açısından incelendikten sonra tahkim anlaşmalarının şekli, Türk Hukuku'nun bir parçası olan New York Konvansiyonu ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu bakımından çalışmanın üçüncü bölümünde incelenmiştir. Özellikle New York Konvansiyonu dünyada oldukça geniş katılımın olduğu bir Konvansiyon olup Konvansiyon'daki hükümler çeşitli millî mahkemeler tarafından farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bu da New York Konvansiyonu'nun yeknesak bir şekilde uygulanmasına engel olmuştur. New York Konvansiyonu ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun imzalandığı dönemlerde milletlerarası ticari uygulamaların henüz günümüzdeki kadar karmaşık bir yapıya sahip olmaması bu Konvansiyon'lardaki şekle dair hükümlerin nasıl yorumlanacağı konusunda da soru işaretleri doğurmuştur. Şunu da belirtmek gerekir ki New York Konvansiyonu daha fazla ülke tarafından benimsendiği için Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'na nazaran daha fazla uygulama alanına sahiptir. Dolayısıyla Türkiye'de de çoğu zaman New York Konvansiyonu

uygulanmıştır. Bu nedenle üçüncü bölümde New York Konvansiyonu üzerinde daha fazla durulmuştur.

1958 yılında düzenlenen ve tahkim anlaşmasının şekline dair hükümler içeren New York Konvansiyonu’nun hazırlandığı yıllarda teknoloji günümüzdeki kadar gelişmiş değildir. Teknolojinin günümüzdeki kadar gelişmiş olmaması da Konvansiyon’da yer almayan teknolojik araçlarla kurulan tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin tartışmalara yol açmıştır. Bundan dolayı, yeni teknolojik araçlar karşısında New York Konvansiyonu’nun nasıl yorumlanması gerektiği konusuna da üçüncü bölümde değinilmiştir.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde ise Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından 1985 yılında devletlerin tahkim kanunlarına örnek teşkil etmesi için hazırlanan UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu’ndaki ve bu Kanun’un 2006 yılında yenilenen hâlindeki yazılı şekil şartlarına değinilmiştir.

UNCITRAL, model kanunlar hazırlamasının yanı sıra New York Konvansiyonu’nun günümüzde oldukça karmaşık bir yapıya sahip olan ticari hayat karşısında nasıl yorumlanması gerektiği konusunda da çalışmalar yapmıştır. Beşinci bölümde Model Kanun’un günümüze ve geleceğe uygun düzenlemelerinin MTK’nin ve New York Konvansiyonu’nun yorumlanmasına nasıl katkı sağlayacağı ve tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartının kaldırılıp kaldırılamayacağı konusuna da değinilmiş ve kanaatimiz belirtilmiştir.

Milletlerarası tahkim anlaşmasının şekli konusu, çalışmamızda her düzenleme açısından ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Bunun sebebi ise New York Konvansiyonu ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu’nun oldukça eski tarihli olması ve bu Konvansiyon’lardaki tahkim anlaşmalarının şekle ilişkin hükümlerinin günümüz ticaretinde yapılan tahkim anlaşmaları çeşitlerini içermemesidir. Özellikle teknolojinin gelişmesiyle birlikte tahkim anlaşmaları çeşitli teknolojik araçlarla da akdedilebilmektedir. Bahsi geçen Konvansiyon’larda ise tahkim anlaşmalarının yapılma şekli oldukça kısıtlı bir alanda ele alınmıştır. Bu da Konvansiyon’lardaki madde hükümlerinde bahsedilmeyen şekillerde yapılan tahkim anlaşmalarının yıllar

boyunca hem doktrinde hem de mahkeme kararlarında yorumlanmasına sebebiyet vermiştir. Konvansiyon’ların aksine MTK ve UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu (UMK) tahkim anlaşmalarının yapılma şekli konusunda oldukça geniş hükümler ihtiva etmektedirler. Dolayısıyla, bir tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliği her bir düzenleme açısından farklı yorumlara ve mahkeme kararlarına sebebiyet verdiğiinden, ayrıca tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak olan hukukun değişmesi tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığını farklılaştıracağından her düzenlemenin farklı başlıklar altında incelenmesi gerekmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİM ANLAŞMALARININ TÂBİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM VE ŞEKLE İLİŞKİN GENEL BİLGİ

1. TAHKİM ANLAŞMALARININ TÂBİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM

1.1. Türk Hukukunda Milletlerarası Ticari Tahkimin Kaynakları

Yirminci yüzyılın başında, milletlerarası ticari tahkim ön plana çıkmaya başladığında millî mahkemeler tahkime olumsuz yaklaşmaktaydı. Bu dönemdeki millî tahkim kanunları genellikle oldukça eskiydi ve kanunlar arasında da önemli ölçüde farklılıklar bulunmaktaydı⁵. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra milletlerarası ticari tahkim uygulaması artmaya başlayınca bu konuda bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuş ve bu ihtiyacı gidermek amacıyla Milletler Cemiyeti tarafından 1923 tarihli Cenevre Protokolü, ardından Milletler Cemiyeti önderliğinde Cenevre'de 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Konvansiyonu (1927 tarihli Cenevre Konvansiyonu) düzenlenmiştir⁶.

Bu iki anlaşma da milletlerarası tahkim anlaşmalarının ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgiliydi⁷. Bu anlaşmaların yeterli görülmemesi üzerine⁸ 1958 yılında yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen ve günümüzde oldukça geniş çaplı katılımın olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu (New York Konvansiyonu)

⁵ Albert Jan van den Berg, **The New York Arbitration Convention of 1958**, The Hague, Asser/Kluwer, 1981, s. 6, (**New York Convention**).

⁶ Hacı Can, Ekin Tuna, **Milletlerarası Usul Hukuku**, 3. Bs., Ankara, Adalet, 2022, s. 396, (**Usul**); Erol Ertekin, İzzet Karataş, **Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararların Tenfizi Tanınması**, Ankara, Yetkin, 1997, s. 521; Mahmut Tefvik Bırsel, “Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, Özel Sayı, 2005, s. 3. 1-38.

⁷ Nigel Blackaby, Constantine Partasides ve Alan Redfern, Martin Hunter, **Redfern and Hunter on International Arbitration, Student Version**, 6. Bası, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 73; Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 521.

⁸ Can, Tuna, **Usul**, s. 396.

imzaya açılmış, ardından ise New York Konvansiyonu'nun tamamlayıcısı olarak görülen 1961 Tarihli Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa-Cenevre Konvansiyonu (Avrupa-Cenevre Konvansiyonu) 21 Nisan 1961 tarihinde tahkim sahasında yerini almıştır⁹. New York Konvansiyonu, Cenevre Anlaşmaları'na kaldığı yerden devam etmiştir¹⁰.

Türkiye Cumhuriyeti, 1923 tarihli Cenevre Protokolü ile 1927 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na taraf olmadığı için yabancı bir hakem kararının tanınması ve tenfizi ancak Yargıtay içtihatları uyarınca gerçekleşmekteydi¹¹. 1949 yılına kadar, Yargıtay, yabancı hakem kararlarının millî hakem kararlarına ilişkin hükümler uyarınca icra edileceğine yönelik karar vermiştir¹². 1949 yılından itibaren ise içtihatlarda, yabancı hakem kararlarının, yabancı mahkeme kararlarının tenfizine dair hükümlerine göre tenfiz edileceği belirtilmiştir¹³. 1951 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bir kararda öncelikle hakem kararlarının milliyetinin belirlenmesi konusu ele alınmış, yabancı olarak nitelendirilen hakem kararlarının tenfiz usulü uygulanmadıkça Türkiye'de tenfizinin mümkün olmadığı belirtilmiştir¹⁴. Dolayısıyla, 1982 yılına kadar

⁹ Rabi Koral, “Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 30 S. 3-4, 2011, s. 745, (Cenevre Konferansı).

¹⁰ Redfern, Hunter, **a.g.e.**, s. 73.

¹¹ Aykut Aydoğan, **Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü**, 1. Bs., İstanbul, Beta, 2003, s. 24.

¹² Aydoğan, **a.g.e.**, s. 24. Türk hukukunda millî ve ihtiyari tahkim ilk kez 1927 yılında yürürlüğe girmiş olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (RG: 2, 3, 4/7/1927 - 622, 623, 624) 516–536. maddeleri arasında yer alan hükümlerle düzenlenmiştir. Bkz. Turgut Kalpsüz, “Tahkim Anlaşması”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan**, C. 2, İstanbul, 2003, s. 1027, (Tahkim Anlaşması); Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 16, (Esasa Uygulanacak Hukuk); Fatih Aydemir, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, 1. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 19. Daha sonra bu hükümler yerini 01.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) (RG: 04.02.2011 – 27836) 407-444 maddelerine bırakmıştır. Bkz. Aydemir, **a.g.e.**, s. 19.

¹³ Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 426-427.

¹⁴ Aydoğan, **a.g.e.**, s. 24; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T., 07.11.1951, E.,126, K., 109 sayılı kararında “yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş olan hakem kararları” yabancı hakem kararı olarak nitelendirilmiştir. YHGK tarafından verilen bu karardaki niteleme de doktrinde benimsenmiştir. Bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 83; Şanlı, **Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 431; Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 525; YHGK T., 07.11.1951, E.,126, K., 109 sayılı kararı için bkz. Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 431 vd.

yabancı (milletlerarası) hakem kararlarının¹⁵ tanınması ve tenfizi Yargıtay içtihatları uyarınca gerçekleşmiştir¹⁶.

Yabancı hakem kararları ile ilgili olarak 1982 yılına kadar özel bir hüküm yer almamış, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusu ilk kez 20.05.1982 tarihinde yürürlüğe giren mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un¹⁷ 43-45. maddeleri ile düzenlenmiştir¹⁸.

Millî mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalelerini en aza indirmek amacıyla imzalanan Avrupa-Cenevre Konvansiyonu, Türkiye tarafından 08.05.1991 tarihli 3730 sayılı Kanun¹⁹ ile onaylanmıştır²⁰. Ayrıca Türkiye, New York Konvansiyonu'nu 08.05.1991 tarihli ve 3731 sayılı Kanun²¹ ile onaylayarak iç hukukuna dahil etmiştir²².

Anlaşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi aynı zamanda anlaşmanın çözümlendiği ülkeye maddi ve manevi yarar sağlamaktadır.²³ Türkiye Cumhuriyeti de bu yarardan pay almak istemiş ve milletlerarası tahkim hukukunda mevzuat çalışmalarına başlamak için ülkenin ileri gelen profesörleri tarafından sempozyumlar düzenlenmeye başlanmıştır²⁴. 1991 yılında hem New York Konvansiyonunu hem de Avrupa-Cenevre Konvansiyonunu iç hukukuna dahil eden Türkiye özellikle Avrupa devletlerinden geri kalmamak arzusuyla milletlerarası tahkim alanında millî bir kanun

¹⁵ Yerli olmayan hakem kararları için doktrinde hem yabancı hakem kararı hem de milletlerarası hakem kararı kavramı kullanılmaktadır. Milletlerarası hakem kararları ile yabancı hakem kararlarının neden bu şekilde adlandırıldığına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994, s. 23-36, (**Tenfiz**); Milletlerarası hakem kararı ile yabancı hakem kararı aynı anlama gelmese de büyük çoğunlukla yabancı hakem kararı aynı zamanda milletlerarası hakem kararı olarak nitelendirilebilir. Yargıtay, içtihatlarında yabancı hakem kararı kavramını kullandığı için bu döneme ilişkin açıklamalar milletlerarası hakem kararları için de geçerlidir. Bkz. Aydoğan, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁶ Aydoğan, **a.g.e.**, s. 23-24.

¹⁷ RG: 22.11.1982 – 17701.

¹⁸ Aydoğan, **a.g.e.**, s. 24; 2675 sayılı MÖHUK, 5718 sayılı MÖHUK'un (RG: 12.12.2007 – 26728) 64(1). maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁹ RG: 21.5.1991 – 20877.

²⁰ Aydoğan, **a.g.e.**, s. 32.

²¹ RG: 21.5.1991 – 20877.

²² Aydoğan, **a.g.e.**, s. 34; Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 523.

²³ Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Organizatör): Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Taslaklar, Tartışmalar, Öneriler, 25-28 Eylül 1997, 6 Haziran 1997, Ankara, 1999, s. IX.

²⁴ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 41.

çıkarmak istemiştir. Nihayetinde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu²⁵ 21.06.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Birleşmiş Milletler bünyesindeki Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından milletlerarası ticari tahkimin yeknesaklaştırılması ve milletlerarası ticareti geliştirmek amacıyla 1985 yılında ortaya çıkarılan UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu da tahkim anlaşmasının şekil şartına ilişkin hükümler barındırmakta olup Model Kanun 2006 yılında yenilenmiş (2006 UMK) ve tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartı konusunda yeni hükümlere yer verilmiştir²⁶. Türkiye’de de MTK hazırlanırken 1985 tarihli Model Kanun (1985 UMK) örnek alınmış²⁷, yazılı şekil şartını düzenleyen MTK m. 4(2) Model Kanun’un 1985 tarihli düzenlemesinde yer alan yazılı şekil şartına ilişkin 7(2) numaralı maddesine benzer şekilde kaleme alınmıştır²⁸.

Özetle, Türk hukukunda milletlerarası tahkim rejimi hem kanunlarla hem de Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarla düzenlenmiştir²⁹. Türk hukukunda milletlerarası tahkimin kaynaklarını; milletlerarası ticari tahkim ile ilgili kaynaklar, yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümüne ilişkin kaynaklar³⁰ ile

²⁵ RG: 21.06.2001 – 24453.

²⁶ Model Kanun, devletlerin tahkim prosedürüne ilişkin kanunlarını, milletlerarası ticari tahkime özgü özellikleri ve ihtiyaçlarını dikkate alacak şekilde yeniden düzenlemelerine ve modernize etmelerine yardımcı olmak üzere tasarlanmıştır. Bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu’nun 2006 değişikliklerinin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi), [UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, With amendments as adopted in 2006](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration) (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

²⁷ İnci Ataman Figanmeşe, “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, S. 1, 2012, s. 100, (Yatırım Tahkimi).

²⁸ Nevhis Deren Yıldırım, **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, İstanbul, Alkım, 2004, s. 44, (Esaslı Sorunlar); Mustafa Erkan, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara, Yetkin, 2013, s. 55, (Yetki Sorunları).

²⁹ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7. Bs., İstanbul, Beta, 2019, s. 16, (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları).

³⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki, yatırım tahkiminde yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında çoğunlukla tahkim şartı içeren bir anlaşma bulunmamaktadır. Yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasındaki uyuşmazlıklarda tahkime başvurmayı sağlayan esas anlaşma, devletlerin kendi aralarında akdettiği İkili veya Çok taraflı Yatırım Teşvik ve Koruma Anlaşmaları’dır. Bkz. Ataman Figanmeşe, **Yatırım Tahkimi**, s. 105. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türkiye’nin akdettiği bazı İkili veya Çok taraflı Yatırım Teşvik ve Koruma Anlaşmaları’nda tahkimin yanında ev sahibi devletin mahkemelerine başvuru veya dostane çözüme yönelik olarak uzlaştırma usulleri de kararlaştırılabilmektedir. Tahkimin yanında kararlaştırılan diğer uyuşmazlık yöntemlerinin tahkime etkisi hakkında bkz. Rümeysa Partalıcı,

yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kaynaklar olarak üç gruba ayırmak mümkündür³¹. Milletlerarası ticari tahkim ile ilgili kaynakları Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Avrupa–Cenevre Konvansiyonu oluştururken yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili kaynakları 5718 sayılı ve 27.11.2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun³² 60-63. maddeleri ile New York Konvansiyonu oluşturmaktadır³³.

1.1.1. Milletlerarası Tahkim Kanunu

1.1.1.1. Genel Bilgi

Türk hukukunda milletlerarası tahkim konusunda temel düzenlemelerden biri 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’dur³⁴. Türkiye’nin MTK’yi hazırlamasının temel nedenlerinden biri olarak yabancı yatırımcı ve yabancı şirketleri ülkeye daha çok çekmek istemesi gösterilmektedir³⁵. Diğer neden ise Türkiye’nin milletlerarası tahkimin oldukça gelişmiş olduğu İsviçre, Fransa ve İngiltere gibi ülkelerden biri gibi olmak istemesidir³⁶.

“Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili Yatırım Antlaşmalarındaki Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Tahkime Etkisi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. Yok, S. 57, 2024, s. 445.

Türkiye, Türkiye’nin taraf olduğu İkili veya Çok taraflı Yatırım Teşvik ve Koruma Anlaşmaları’nda yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ihtilafların çözüm yöntemi olarak tahkimi benimsemektedir. Bunun dışında Türkiye, Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon’a (ICSID) (RG: 06.12.1988 – 19830) taraftır. Ayrıca, Türkiye açısından 1999 yılı yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümü için yapılan yasal çalışmalar açısından oldukça önemlidir. Zira 1999 yılından itibaren kamu imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların çözümü için Anayasa başta olmak üzere bazı kanunlarda değişiklikler yapılmıştır. 4446 sayılı ve 13.08.1999 tarihli Anayasanın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG: 14.08.1999 – 23786), 4501 sayılı ve 21.01.2000 tarihli Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Hâlinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun (RG: 22.01.2000 – 23941), 4492 sayılı ve 18.12.1999 tarihli Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG: 21.12.1999 – 23913), 4493 sayılı ve 20.12.1999 tarihli Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (RG: 22.12.1999 – 23914), 17.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun (RG: 17.06.2003 – 25141) 3. maddesinin (c) fıkrası bu değişikliklerdendir. Bkz. Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, C. 1, 6. Bs., İstanbul, Beta, 2021, s. 17-18.

³¹ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 16.

³² RG: 12.12.2007 – 26728.

³³ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 19.

³⁴ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 5. Bs., İstanbul, Vedat, 2020, s. 33, (**Milletlerarası Tahkim**); Ziya Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 1. Bs., İstanbul, Vedat, 2020, s. 224.

³⁵ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 41.

³⁶ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 42.

MTK'nin yürürlüğe girdiği tarih itibari ile Türkiye artık bir milletlerarası tahkim kanununa sahip olduğu için Türkiye'nin tahkim yeri olarak seçilmesinin önü açılmıştır. Zira, MTK, 1985 UMK'nin hükümlerini benimsediği için milletlerarası alanda tahkim kuralları açısından hukuki bir bütünlük ve uyum sağlanmıştır. Bundan dolayı, milletlerarası ticari tahkimin aktörlerinin hukuki güvenleri, 1985 UMK örnek alınarak hazırlanmış olan bir milletlerarası tahkim kanunu sayesinde temin edilmiş olacaktır³⁷.

MTK, yedi bölüm altında düzenlenen on dokuz bölümden oluşmaktadır. Kanun genel olarak, Kanun'un amaç ve kapsamını, görevli ve yetkili mahkeme ile mahkemenin müdahale sınırını, tahkim anlaşmasının şeklini, tahkim itirazını, geçici tedbirleri, hakemlerin sayısını, seçimini, reddini, sorumluluklarını ve görevlerinin sona ermesini, hakem yargılamasını, yargılamanın sona ermesini, hakem kararının içeriğini, şeklini, yorumunu, maddi hataların düzeltilmesini, hakem kararlarının iptalini, kararın icra edilebilirliğini ve tahkim giderlerini düzenlemektedir³⁸. MTK'nin uygulama alanı ise “amaç ve kapsam” başlıklı madde 1'in 2. fıkrasında belirtilmiştir.

1.1.1.2. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Uygulama Alanı

Bir uyuşmazlığın Kanun'un uygulama alanına girebilmesine olanak sağlayan MTK m. 1(2)'deki ilk seçeneğe göre; uyuşmazlık yabancılık unsuru taşınmalı ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmelidir. İkinci seçeneğe göre ise; uyuşmazlık yabancılık unsuru taşınmalı ve taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca bu Kanun hükümleri seçilmelidir³⁹. Dolayısıyla her iki seçeneğe göre de uyuşmazlık yabancılık unsuru taşınmalıdır⁴⁰.

³⁷ Nomer, Ekşi, Öztek Gelgel, **a.g.e.**, s. 42.

³⁸ Nuray Ekşi, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 23, S. 1-2, 2011, s. 306–307, (**Genel Değerlendirme**).

³⁹ Nomer, Ekşi, Öztek Gelgel, **a.g.e.**, s. 44; Ergin Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, 2. Bs., İstanbul, Beta, 2018, s. 266, (**Usul**); Turgut Kalpsüz, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, 1. Bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2007, s. 16, (**Milletlerarası Tahkim**); Ekşi, **Genel Değerlendirme**, s. 328; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 11. Bs., İstanbul, Beta, 2024, s. 805.

⁴⁰ Ayrıca, Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Hâlinde Uyulması Gereken İlkelere Dair 4501 sayılı Kanun kapsamına giren sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünün de MTK’ye tâbi olduğu belirtilmelidir. Bkz. Nomer, Ekşi, Öztek Gelgel, **a.g.e.**, s. 44; Tahkim yerinin Türkiye olmaması veya

Hangi durumlarda bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı ise “yabancılık unsuru” başlıklı m. 2’de belirtilmiştir⁴¹. Maddede sayılan yabancılık unsurlarından herhangi birinin bulunması durumunda tahkim, milletlerarası tahkim olarak nitelendirilecektir⁴². Kanun’da belirtilen yabancılık unsuru için 1985 UMK’nin⁴³ 1(3) sayılı maddesi esas alınmıştır⁴⁴. Dolayısıyla MTK’de yabancılık unsuru hem coğrafi hem de esas sözleşmenin mahiyetine uygun olarak belirlenmiştir⁴⁵.

İlk seçenekteki ikinci unsur olan tahkim yerinden ne anlaşılması gerektiği konusunda da açıklama yapmak gerekmektedir. Zira, yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın MTK’nin uygulama alanına girebilmesi için tahkim yerinin Türkiye olarak

tarafarla MTK’nin uygulanacağını kararlaştırılmadığı durumlarda MTK’nin uygulanmayacağını iki istisnası MTK m. 1(3)’te düzenlenmiştir. Buna göre tahkim yeri Türkiye dışında belirlenmiş olsa dahi MTK m. 5 ve m. 6’daki hükümler uyuşmazlığa uygulanır. Bkz. Esen Aydın, “Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 39, S. 1, 2019, s. 38; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 7; İnci Ataman Fıganmeşe, “Milletlerarası Ticarî Hakem Kararlarının İptal Ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerde Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”, **Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, S. 2, 2012, s. 43, dph. 23, (İki Öneri).

⁴¹ MTK m. 2: “Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır:

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden,

Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.”

⁴² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 74.

⁴³ 1985 UMK’nin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration (Erişim Tarihi: 24.01.2023).

⁴⁴ Hüseyin Afşın İlhan, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, 1. Bs., Ankara, Adalet, 2016, s. 28.

⁴⁵ İlhan, **a.g.e.**, s. 28; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 73-83; Yabancılık unsuru hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 17-26.

belirlenmesi gerekir. Ancak Kanun’da “tahkim yeri” ile ne kastedilmek istendiği belirli değildir⁴⁶.

Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel’e göre “*Kanun, Türkiye’de bulunan tahkim yerini, tahkim davasının Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun yürürlük alanına girmesine sebep olan bir unsur olarak görmektedir.*”⁴⁷ Başka bir ifadeyle tahkim yerinin Türkiye olması tahkimin MTK’ye tâbi kılındığı anlamına gelmektedir⁴⁸. Tahkim yeri ayrıca, tahkim ile Türk tahkim hukuku arasındaki bağılılığı temin eden bir kavramdır⁴⁹.

Milletlerarası tahkimde tahkim yeri kavramından iki farklı anlam çıkarılabilmektedir. Birinci anlam, tahkimin hukuken kendisi ile irtibatla olduğu yer (*seat of arbitration*)’dir⁵⁰. Bu yer, tahkimin yürütülmesi ve hakem kararının verilmesi gereken yerdir. Tahkim esas olarak bu yerin hukukî yetkisine (*jurisdiction*) tâbi olur⁵¹. İkinci anlam ise, tahkim ile ilgili çeşitli işlemlerin yapıldığı yer (*arbitration place*) olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çeşitli işlemlerden kasıt ise; keşif yapılması, tanıkların dinlenmesi, hakem kararının müzakere edilmesi işlemleridir⁵². MTK’deki “tahkim yeri” kavramı, birinci anlamı ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, tahkim yerinin Türkiye olması, tahkim yargılamasına MTK’nin uygulanacağı anlamına gelir. Böylece MTK, tahkim yargılamasının “*lex loci arbitri*’si” olmaktadır.⁵³

Doktrinde; duruşmaların Türkiye’de gerçekleşmesi, hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlıkla ilgili müzakereleri Türkiye’de yapması, şahit ve bilirkişilerin dinlendiği yerin Türkiye olması gibi kıstasların tahkim yerinin Türkiye olarak

⁴⁶ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 44; Kalpsüz’e göre ise; “...bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru muhteva kıstasıyken tahkim yerinin Türkiye olması muhteva veya mahiyet ile ilgili olmayan şekli/maddi bir kıstastır.” Bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 16-17.

⁴⁷ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 45.

⁴⁸ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 809.

⁴⁹ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 45.

⁵⁰ Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 37.

⁵¹ Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 37.

⁵² Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 37; “Tahkim yeri ülkesi” kavramı, “karar yeri ülkesi” kavramına karşılık gelecek şekilde de kullanılmaktadır. Bazı tahkim yargılamaları, “karar yeri” olarak kararlaştırılmış ülkede hiç yürütülmemektedir. Buna rağmen, tarafların “karar yeri” ülkesi olarak kararlaştırdığı ülke hukuku tahkim yargılamasının “*lex arbitri*’si” olarak kabul edilmektedir. Bkz. Ataman Figanmeşe, **İki Öneri**, s. 42, dpn. 19.

⁵³ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 810.

belirlendiğine ilişkin ölçütler olmadığı savunulmuştur⁵⁴. Örneğin, taraflar Türkiye’deki herhangi bir yeri, yalnızca hakemlerin kısmen veya tamamen yargılama faaliyetini yürütecekleri yer olarak seçmiş olabilirler. Ancak Türkiye’nin herhangi bir yeri yargılama faaliyetinin yürütüleceği yer olarak seçilmiş olsa dahi tarafların açık veya zımni iradesi MTK’ye bağlanmamak ise MTK’nin zorunlu uygulamasından bahsedilemeyecektir⁵⁵.

İkinci seçenek uyarınca MTK hükümlerinin uygulanmasının taraflar veya hakem ya da hakem kurulunca seçilmesi durumunda dahi uyuşmazlık, yabancılık unsuru içermelidir. Bu durumda tahkim yeri yabancı bir ülke olarak belirlenmişse dahi taraflar veya hakemler, tahkim usulüne MTK’nin uygulanmasını kararlaştırmaktadırlar⁵⁶. Ancak 2014 tarihli bir Yargıtay kararının karşı oyunda, uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermemesi hâlinde dahi taraflarca MTK’nin uygulanabileceğinin kararlaştırılabileceği yönünde bir görüş de dile getirilmiştir⁵⁷. Bu durumda bir uyuşmazlık yabancılık unsuru içersin ya da içermesin tahkim yerinin Türkiye olması şartı ile taraflarca uyuşmazlık MTK’ye tâbi kılınabilir⁵⁸.

Belirtmek gerekir ki, MTK, Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklarla ilgili uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradesine tâbi olmayan uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaz⁵⁹. Ayrıca Kanun’da milletlerarası anlaşma hükümleri saklı

⁵⁴ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 45.

⁵⁵ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 811.

⁵⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 69.

⁵⁷ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, T. 01.07.2014, E., 2014/3330, K., 2014/4607 sayılı kararının karşı oy gerekçesinde; yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin de Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda kural olarak HMK’nin tahkim ile ilgili olan hükümlerinin uygulanacağı ancak (MTK uyarınca) tarafların bizzat kendilerinin de MTK’nin uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklar için MTK hükümlerinin uygulanabileceğini kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Somut olayda tahkim yeri Bursa olarak kararlaştırılmış olup uyuşmazlıkta yabancılık unsuru da bulunmamaktadır. Karşı oy gerekçesinde, uyuşmazlık MTK kapsamı dışında kalsa da taraflar uyuşmazlığa MTK’yi uygulamak iradesine sahip oldukları için uyuşmazlığa MTK’nin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), www.dejure.ai (Erişim Tarihi: 26.06.2024).

⁵⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 71.

⁵⁹ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 47-50; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 28-31; Can, Tuna, **Usul**, s. 409; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 92-122.

tutulmuştur. Buna göre, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarla MTK'nin kapsamına giren konularda milletlerarası anlaşmalar öncelikli olarak uygulanır⁶⁰.

1.1.2. 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu

1.1.2.1. Genel Bilgi

1923 tarihli Cenevre Protokolü⁶¹ ve 1927 tarihli Cenevre Konvansiyonu, 1958 tarihli New York Konvansiyonu'nun öncülleri olarak kabul edilen tahkime ilişkin milletlerarası anlaşmalardır⁶².

Cenevre Anlaşmaları aslında New York Konvansiyonu ile aynı konuyu düzenlemelerine rağmen Anlaşmalar'da anlaşılması güç ve belirsiz olan birçok hüküm de bulunmaktaydı. Örneğin bu eski tarihli iki anlaşma tahkim anlaşmalarının şekli hakkında özel bir düzenleme içermemekte, tahkim anlaşmasının şekli hususunda düzenlemeleri millî hukuklara bırakmaktaydı⁶³. Millî hukuklarda da yazılı şekil şartından ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı uygulamalar mevcuttu⁶⁴.

⁶⁰ Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 30; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 47; Nuray Ekşi, **Genel Değerlendirme**, s. 305; Bedriye İclal Poyraz, **Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümü**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 53, (**Tahkim Yolu**).

⁶¹ Cenevre Protokolü her ne kadar milletlerarası ticari tahkimin çağdaş yasal çerçevesinin geliştirilmesi için belirli bir rol oynamışsa da ticaretin gelişmiş olduğu birçok ülke protokolü onaylamayı reddetmiş, ayrıca o dönemdeki siyasi ve ekonomik belirsizlikler de protokolün etkinliğini büyük ölçüde azaltmıştır. Bkz. Gary B. Born, **International Commercial Arbitration-International Arbitration Agreements**, C. 1, 3. Bs., the Netherlands, Kluwer Law International, 2021, s. 679, (**Arbitration**).

⁶² Poyraz, **Tahkim Yolu**, s. 35; Feyiz Erdoğan, **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2004, s. 105, (**Hukuk ve Tahkim**); Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 523; Rabi Koral, "Birleşmiş Milletler New York Konferansı ve 10 Haziran 1958 Tarihli Anlaşma" **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 24, S. 1-4, 2011, s. 311, (**New York Konferansı**); Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, "Article II", **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, Ed. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, et al., Kluwer Law International, 2010, s. 37.

⁶³ Emre Esen, "Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, 2011, s.67, (**Şekil**); 1923 tarihli Tahkim Hükümlerine İlişkin Cenevre Protokolü'nün ("Cenevre Protokolü") 1. ve 4. maddeleri, New York Konvansiyonu'nun II. maddesinin öncüleridir. Bkz. Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 39; 1923 tarihli Cenevre Protokolü'nün hükümlerine erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/11/11-05/protocol-arbitration-clauses.html> (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

⁶⁴ Esen, **Şekil**, s. 67.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra artan milletlerarası ticaret hacmi, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesini de beraberinde getirmiştir. Hakem kararlarının yabancılık niteliği taşımasından dolayı da tanıma ve tenfiz sorunları artmaya başlamıştır⁶⁵. Dolayısıyla yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda daha anlaşılır olan bir Konvansiyon hazırlama ihtiyacı doğmuştur⁶⁶.

Yaklaşık otuz yıldan sonra yani yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren milletlerarası tahkim anlaşmalarının tanınmasına ve tenfizine ilişkin olarak milletlerarası bir hukuki çerçeve düzenlenmesi için çalışmalar devam etmiş ve 1958 tarihinde New York Konvansiyonu taslağı hazırlanmıştır⁶⁷. BM tarafından hazırlanmış olan New York Konvansiyonu'na pek çok devlet taraf olmuştur. 2024 yılı itibariye taraf devlet sayısı 172'dir⁶⁸.

1.1.2.2. Uygulama Alanı

New York Konvansiyonu⁶⁹ m. I(1)'in ilk cümlesi uyarınca “*Bu sözleşme gerçek veya tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarda, tanınması ve tenfizi istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınmasına ve tenfizine uygulanır.*” New York Konvansiyonu m. III'ün ilk cümlesi uyarınca, “*Âkit devletlerden her biri hakem kararlarının muteberliğini tanıyacak ve bunların öne sürüldüğü memlekette yürürlükte olan usul kaideleri gereğince aşağıdaki maddelerde yazılı şartlar dairesinde icrasını temin edecektir.*” Dolayısıyla New York Konvansiyonu, tanıma ve tenfiz talebinin yapıldığı devletten başka bir devlet ülkesinde verilen hakem kararlarına uygulanacaktır⁷⁰. Konvansiyon'un I(1). maddesinin ikinci cümlesi uyarınca: “*Sözleşme aynı zamanda tanınması ve icrası*

⁶⁵ Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 524; Erdoğan, **Hukuk ve Tahkim**, s. 106.

⁶⁶ Koral, **New York Konferansı**, s. 311.

⁶⁷ Born, **Arbitration**, s. 679.

⁶⁸ Taraf devlet sayısı hakkındaki bilgi için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.newyorkconvention.org/contracting-states> (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

⁶⁹ New York Konvansiyonu'nun İngilizce metnine ve Türkçe çevirisine erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/newyork-konvansiyonu06012021021224> (Erişim Tarihi: 14.02.2024).

⁷⁰ Erdoğan, **Hukuk ve Tahkim**, s. 106; Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 524; Bu durumda tarafların vatandaşlığı, tahkim prosedürüne uygulanan hukuk, uyuşmazlığı çözen hakemlerin vatandaşlığı hakem kararının New York Konvansiyonu'na tâbi olabilmesi için önemli değildir. Bkz. Şanlı, **Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 428-429.

istenen devlette millî sayılmayan hakem kararları hakkında da uygulanır.”⁷¹ Böylece New York Konvansiyonu’nun uygulama alanı oldukça genişletilmiştir⁷².

New York Konvansiyonu m. I(3)’ün son cümlesi uyarınca “[...] *Bunun gibi her devlet sözleşmenin uygulanmasını akdi ve akdi olmayan hukukî münasebetlerden doğan uyuşmazlıklar arasında kendi millî kanununa nazaran sadece ticari mahiyette sayılanlara hasredeceğini beyan edebilir.*” Türkiye de anlaşmayı bu çekinceyle onaylamış olup Konvansiyon, Türkiye’de, Türk hukukuna göre ticari sayılan iş ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili verilen kararlarda uygulanacaktır⁷³.

Şunu da belirtmek gerekir ki, Konvansiyon’un uygulanması için verilen hakem kararının yabancı bir ülkede verilmesi yeterli olup hakem kararının verildiği ülkenin New York Konvansiyonu’na taraf olma koşulu bulunmamaktadır. Fakat Konvansiyon’a taraf olan bir devlet yalnızca New York Konvansiyonu’na taraf olan bir devlet ülkesinde verilen hakem kararlarını tenfiz edeceği çekincesini koymuşsa bu durumda bu devlet için “farklı ülke” kavramı sadece New York Konvansiyonu’na taraf olan devletleri ifade eder. Türkiye de bu çekince ile Konvansiyon’u onaylamıştır⁷⁴.

New York Konvansiyonu en başta her ne kadar yalnızca yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için tasarlanmış ve hazırlanmış olsa da müzakerelerin son aşamalarında milletlerarası tahkim anlaşmalarının uygulanmasını ve tanınmasını

⁷¹ Bu noktada kararın hangi durumlarda millî bir hakem kararı niteliği taşıdığına tespit edilmesi gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun T., 07.11.1951, E.,126, K., 109 sayılı kararında “*yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş olan hakem kararları*” yabancı hakem kararı olarak nitelendirilmiştir. YHGK tarafından verilen bu karardaki niteleme doktrinde de benimsenmiştir. Bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 83; Şanlı, **Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 431; Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 525; YHGK T., 07.11.1951, E.,126, K. 109 sayılı kararı için bkz. Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 431 vd.; Ayrıca, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin T., 10.03.1976, 1617-1052 sayılı kararı uyarınca ülke kriteri esas alınmış ve toprak ilkesi bakımından yabancı bir ülkede toplanan, yargılama yapan hakemlerin kararının yabancı hakem kararı olarak nitelendirileceği belirtilmiştir. Ancak bu karar doktrinde ağır bir şekilde eleştirilmiştir. Karar için bkz. Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 437 vd.; 1976 yılında verilen kararın eleştirilmesinin ardından Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T., 28.12.1978, E. 5258, K. 5916 sayılı kararında 1951’de verilen Yargıtay kararındaki görüşü devam ettirmiş ve yabancı kanun otoritesi altında verilmiş olan hakem kararları yabancı hakem kararı olarak nitelendirilmiştir. Karar için bkz. Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 450 vd.

⁷² Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 107; Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 525.

⁷³ Şanlı, **Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 427.

⁷⁴ Şanlı, **Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 428.

kolaylaştırmak Konvansiyon'un temel amaçlarından biri hâline gelmiştir⁷⁵. Ancak temel olarak New York Konvansiyonu, hakem kararının verilmesinden sonraki aşamaları düzenlemektedir⁷⁶.

1.1.3. 1961 Tarihli Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa-Cenevre Konvansiyonu

1.1.3.1. Genel Bilgi

21 Nisan 1961 Tarihli Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa-Cenevre Konvansiyonu, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu tarafından yapılan çalışmalar sonucunda ortaya çıkmış olup özellikle Doğu-Batı ticaretinden doğan uyuşmazlıkların çözülmesine yardımcı olmak, Avrupa ülkeleri arasındaki ticareti ve milletlerarası ticari tahkimi teşkilatlandırmak ve geliştirmek amacı taşıyan milletlerarası anlaşmalardan biridir⁷⁷. Avrupa-Cenevre Konvansiyonu Türkiye'de Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile 1991 yılında onaylanmıştır⁷⁸.

New York Konvansiyonu esas olarak tahkimin yalnızca belirli bir safhasını yani yabancı hakem kararlarının tanınmasını ve tenfizini düzenlemiş olsa da bu düzenleme milletlerarası ticaret alanındaki tahkimin diğer sorunlarını çözmek için yeterli olmamıştır⁷⁹. Bu yüzden yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinden önceki aşamalardan olan hakem teşkili ve tahkim yargılamasının prosedürü safhalarının düzenlenmesi için Avrupa-Cenevre Konvansiyonu tanzim edilmiştir⁸⁰.

⁷⁵ Born, *Arbitration*, s. 256.

⁷⁶ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, *a.g.e.*, s. 106.

⁷⁷ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, *a.g.e.*, s. 67; Koral, *Cenevre Konferansı*, s. 745; Erdoğan, *Hukuk ve Tahkim*, s. 92; Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *on International Commercial Arbitration*, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1999, s. 138-139, (*Arbitration*); Van den Berg, *New York Convention* s. 92; Cemal Şanlı, "21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku", *Avrupa – Cenevre/New York Sözleşmeleri ve Türk Hukuku Sempozyumu*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 3, (*Avrupa Anlaşması*); Ejder Yılmaz, "Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler (Bir Yorum)", *Avrupa – Cenevre/New York Sözleşmeleri ve Türk Hukuku Sempozyumu*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 17, (*Avrupa Sözleşmesi*).

⁷⁸ Poyraz, *Tahkim Yolu*, s. 36.

⁷⁹ Can, Tuna, *Usul*, s. 399.

⁸⁰ Can, Tuna, *Usul*, s. 399; Koral, *Cenevre Konferansı*, s. 745-746; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, *a.g.e.*, s. 68; Van den Berg, *New York Convention*, s. 94.

Başka bir ifadeyle, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu bir ticari uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünü için bu ihtilafın doğumundan başlayarak hakem kararı verilinceye kadarki kısımları düzenlerken New York Konvansiyonu yalnızca hakem kararı verildikten sonra bu hakem kararının yabancı bir devlette tanınması ve tenfizi için gerekli olan hükümleri içerir⁸¹.

Avrupa-Cenevre Konvansiyonu toplamda on maddeden oluşmaktadır. Konvansiyon'un uygulama alanı ve tahkim anlaşmasının şekli meseleleri m. I'de⁸² düzenlenmektedir⁸³.

1.1.3.2. Uygulama Alanı

Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun⁸⁴ I(a) maddesi uyarınca Konvansiyon, *“Milletlerarası ticari ilişkilerden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların çözümünü için akdolunan ve akdin yapılması sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik devletlerde bulunan hakiki ve hükmi şahıslar arasındaki tahkim anlaşmalarına uygulanır.”* Konvansiyon'un I(b) maddesi uyarınca Konvansiyon ayrıca *“I(a) maddesinde belirtilen anlaşmalara dayanan hakemlik usulü ve hakem kararları hakkında uygulanır.”*

Avrupa-Cenevre Konvansiyonu hükümlerinin uygulanması için biri objektif biri subjektif olmak üzere iki şart vardır. Subjektif şart, tahkim anlaşması yapıldığı sırada tarafların mutad meskenleri veya muamele merkezlerinin farklı devletlerde

⁸¹ Koral, **Cenevre Konferansı**, s. 748-749; Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 547; Poyraz, **Tahkim Yolu**, s. 36.

⁸² Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a) uyarınca: *“Hakemlik anlaşması”ndan maksat bir mukaveleye dercedilen hakem şartı veya taraflar arasında aktolunan hakem mukavelesidir; hakem şartının içinde bulunduğu mukavelelerin veya hakem mukavelesinin taraflarca imzalanması, veya tarafların birbirine yolladığı mektup, telgraf yahut teleskriptör metninde mündemiç bulunması ve, kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan memleketler arasındaki münasebetlerde bu kanunların müsaade ettiği şekiller dairesinde aktedilmiş olması lazımdır.”*

⁸³ Avrupa-Cenevre Konvansiyon'un diğer maddeleri ise kamu tüzel kişilerinin tahkime tâbi olma ehliyetini (m. II), yabancıların hakem olarak seçilmesini (m. III), hakem heyetinin teşkilini (m. IV), hakem heyetinin görevsizliği itirazını (m. V), tahkim anlaşmasına rağmen mahkemeye müracaatı ve bunun sonuçlarını (m. VI), uygulanacak hukuku (m. VII), hakem kararının gerekçelerini (m. VIII), hakem kararının iptalini (m. IX) ve son hükümleri (m. X) içermektedir. Bkz. Şanlı, **Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 681-687; Yılmaz, **Avrupa Sözleşmesi**, s. 16.

⁸⁴ Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun İngilizce metnine erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://treaties.un.org/doc/treaties/1964/01/19640107%2002-01%20am/ch_xxii_02p.pdf (16.02.2024). Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun Türkçe çevirisine erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.kanunum.com/files/3730-1.pdf> (Erişim Tarihi: 16.02.2024).

bulunmasıdır⁸⁵. Objektif şart ise uyumsuzluğun milletlerarası ticaretten doğmuş olmasıdır⁸⁶. Milletlerarası ticari ilişki kavramını geniş yorumlamak gerektiği savunulmaktadır⁸⁷. “Örneğin bir bedel karşılığında malların, hizmetlerin bir ülkeden diğer bir ülkeye taşınması işleri; uluslararası satış işleri; lisans sözleşmeleri; müşterek bilimsel ve teknik araştırma ve geliştirme sözleşmeleri; milletlerarası turnelerin söz konusu olduğu sanat ile ilgili sözleşmeler; radyo/televizyon yayınları gibi işler Avrupa Konvansiyonunun uygulanabileceği işlerdir”⁸⁸.

Uygulama alanları bakımından New York Konvansiyonu ile Avrupa–Cenevre Konvansiyonu arasındaki birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan ilki uyumsuzluğun milletlerarası nitelikte olup olmadığıdır⁸⁹. New York Konvansiyonu her ne kadar milletlerarası ticarete tahkimi kolaylaştırma amacı taşısa da temelde yer alan işlemin milletlerarası olması gerektiğine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir⁹⁰. Ancak Avrupa–Cenevre Konvansiyonu, Konvansiyon’un milletlerarası ticari nitelikli uyumsuzluklara uygulanacağını öngörmektedir. Milletlerarası unsurun gerçekleşmesi için ise tarafların iş yerlerinin veya mutad meskenlerinin farklı ülkelerde bulunması gerekmektedir⁹¹.

New York Konvansiyonu ile Avrupa–Cenevre Konvansiyonu arasındaki farklardan bir diğeri de Avrupa–Cenevre Konvansiyonu’nun yalnızca ticari ilişkilerden kaynaklanan uyumsuzluklara uygulanacağına ilişkin hükümdür⁹². Böylece, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu’nda taraflar arasındaki temel ilişkinin ekonomik karakteri esas alınmıştır⁹³.

⁸⁵ Nomer, Ekşi, Gelgel, **a.g.e.**, s. 68; Yılmaz, **Avrupa Sözleşmesi**, s. 16; Aydoğan, **a.g.e.**, s. 33; Erdoğan, **Hukuk ve Tahkim**, s. 94-95.

⁸⁶ Nomer, Ekşi, Gelgel, **a.g.e.**, s. 68; Yılmaz, **Avrupa Sözleşmesi**, s. 16-17; Aydoğan, **a.g.e.**, s. 33.

⁸⁷ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 69.

⁸⁸ Yılmaz, **Avrupa Sözleşmesi**, s. 17.

⁸⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 54.

⁹⁰ Van den Berg, **New York Convention**, s. 17.

⁹¹ Ekşi, **Genel Değerlendirme**, s. 329.

⁹² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 54. Yazar, New York Konvansiyonu bakımından da New York Konvansiyonu I(3) sayılı maddesindeki çekince hakkının kullanılması neticesinde uyumsuzluğun ticari olma koşulunun dikkate alınacağını, örneğin Türkiye’nin de bu çekince hakkını kullandığını belirtmiştir.

⁹³ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s. 32.

1.1.3.3. New York Konvansiyonu ile Avrupa-Cenevre Konvansiyonu Arasındaki İlişki

Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'na taraf devlet sayısı 2024 tarihi itibarıyla 32'dir⁹⁴. Öyle ki, New York Konvansiyonu ile kıyaslandığında Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'na taraf devlet sayısı oldukça sınırlı kalmaktadır. Çoğu Avrupa Devleti de Konvansiyon'a taraf değildir. Fakat hem New York Konvansiyonu hem de Avrupa-Cenevre Konvansiyonu tahkim anlaşmasının şekline ilişkin hüküm içermektedir. Bundan dolayı bahsedilmesi gereken hususlardan bir diğeri de New York Konvansiyonu ile Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun her ikisinin de uygulama alanına giren tahkim anlaşmasının hangi anlaşmaya tâbi olacağıdır.

Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun uygulama alanı hakkında yapılan açıklamalar baz alındığında New York Konvansiyonu'nun uygulama alanının daha geniş olduğu söylenebilir⁹⁵. Öte yandan, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu, tahkim mahkemesinin organizasyonu ve işleyişi gibi New York Konvansiyonu'nda bulunmayan tahkim aşamalarına ilişkin hükümler içerdiğinden Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun kapsamı bu bakımdan daha geniştir⁹⁶. Her iki Konvansiyon da milletlerarası tahkimi düzenleyen anlaşmalardan olmasına rağmen New York Konvansiyonu yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemekte, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu ise hakem heyetinin oluşturulması ve işlemlerini ayrıca hakem kararının iptal sebeplerini düzenlemektedir. Dolayısıyla her iki Konvansiyon'un konusu birbirinden farklıdır⁹⁷.

Anlaşmanın ve kararın tanınması ve tenfizi söz konusu olduğunda, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu, New York Konvansiyonu olmadan işleyemez, çünkü bu durumlarda ilki, ikincisine dayanmaktadır⁹⁸. New York Konvansiyonu uyarınca bir anlaşmanın veya kararın tenfizi durumunda anlaşma veya karar aynı zamanda Avrupa-

⁹⁴ Taraf devlet sayısı için bkz. (Çevrimiçi), https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XXII2&chapter=22&clang=en (Erişim Tarihi: 31.12.2024).

⁹⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 55.

⁹⁶ Van den Berg, **New York Convention**, s. 96; Şanlı, **Avrupa Anlaşması**, s. 3.

⁹⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 55.

⁹⁸ Van den Berg, **New York Convention**, s. 96.

Cenevre Konvansiyonu kapsamına giriyorsa, sorun, ek olarak Avrupa Konvansiyonu'nun da uygulanması gerekip gerekmediğidir. Bu durumda Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun uygulanmaması gerektiğine dair Konvansiyon, hiçbir ibare içermemektedir. Ancak, tenfiz talep eden taraf kural olarak Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun tamamlayıcı hükümlerinden yararlanacağı için sorun daha çok teoriktir⁹⁹.

Avrupa-Cenevre Konvansiyonu hakem kararlarının tanınmasını ve tenfizini düzenlemeyip giriş bölümünde New York Konvansiyonuna atıf yaptığından Avrupa-Cenevre Konvansiyonu, New York Konvansiyonu'nun tamamlayıcısı olarak görülmekte ve her iki Konvansiyonun uyum içinde uygulanması sağlanmış olmaktadır¹⁰⁰. Dolayısıyla her iki Konvansiyon aynı anda uygulanabilir¹⁰¹.

Örneğin 25 Mayıs 1970 tarihinde Almanya Federal Adalet Divanı tarafından verilen bir kararda Mahkeme *lex posterior* ilkesine başvurarak Avrupa-Cenevre Konvansiyonu, New York Konvansiyonu'ndan daha sonraki bir tarihte düzenlendiği için uyuşmazlığa konu olan hakem kararının temelini oluşturan tahkim anlaşmasının şekline Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nu uygulamıştır¹⁰². Doktrindeki bir yoruma göre, bu karar yalnızca Avrupa-Cenevre Konvansiyonu uyarınca tenfiz edilemez zira Avrupa-Cenevre Konvansiyonu, New York Konvansiyonu'nu tamamlayıcı niteliktedir¹⁰³. Dolayısıyla, New York Konvansiyonu hükümleri uygulanmaya devam edeceğinden buradaki sorun esas olarak Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun tamamlayıcı hükümlerinin de uygulanıp uygulanamayacağıdır. Tahkim kararı hem Avrupa-Cenevre Konvansiyonu hem de New York Konvansiyonu kapsamına girdiğinden Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun tamamlayıcı hükümleri uygulanabilir¹⁰⁴.

⁹⁹ Van den Berg, **New York Convention**, s. 96.

¹⁰⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 55.

¹⁰¹ Van den Berg, **New York Convention**, s. 96.

¹⁰² Bundesgerichtshof, Germany, 25 May 1970, VII ZR 157/68, karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1337&opac_view=6 s. 5-6, (Erişim Tarihi: 28.03.2024).

¹⁰³ Van den Berg, **New York Convention**, s. 97.

¹⁰⁴ Van den Berg, **New York Convention**, s. 97.

2019 yılında Çek Cumhuriyeti Yargıtay'ı tarafından verilen bir kararda da Avrupa-Cenevre Konvansiyonu ile New York Konvansiyonu'nun birbirlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği, zaten her ikisinin de aynı şartları haiz olduğu belirtilmiştir¹⁰⁵.

2. ŞEKLİN İŞLEVİ, ŞEKLE AYKIRILIĞIN İLERİ SÜRÜLECEĞİ AŞAMALAR VE ŞEKLE UYGULANACAK HUKUK

2.1. Şeklin İşlevi ve Amacı

Şekil, tarafların iradesini açıklama amacı taşır. Bu açıklama, sözlü, yazılı, işaret ile ya da bazen susma şeklinde vücut bulabilir¹⁰⁶. Anlaşmaların şekle tâbi olmasının sonuçlarından biri, tarafların iradelerinin belirli bir kalıba sokularak beyan etmelerini gerektirmesidir. Tarafların iradelerini belirli bir şekilde beyan etmelerinin faydalarından en önemlileri tarafların menfaatini koruması ve hukuki güvenliği sağlamasıdır¹⁰⁷.

Şekil şartı, sözleşmeye kesinlik, açıklık, ispat güvenliği ve ispat kolaylığı sağlar¹⁰⁸. Ayrıca şekil şartı, tarafları düşünmeye sevk edeceği gibi sözleşmelerin yorumunu da kolaylaştırır¹⁰⁹. Bunların hâricinde şekil şartının hukuki işlemin yapılmasını geciktirmesinden ve ekonomik yönden pahalı olmasından dolayı sakıncaları da bulunmaktadır¹¹⁰.

Türk hukukunda milletlerarası tahkimin kaynakları olan MTK'de, New York Konvansiyonu'nda ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nda tahkim anlaşmalarının

¹⁰⁵ *Zeveta Bojkovice a.s. v. Fagor Arrasate S. Coop.*, NS 23 Cdo 3439/2018, Supreme Court of the Czech Republic, 16 May 2019, orijinal dili Çekçe olan karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.newyorkconvention.org/court-decisions/czech+republic+2022-b> s. 5-6, (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

¹⁰⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 28. Bs., Legem, 2023, s. 304.

¹⁰⁷ Fikret Eren, Ünsal Dönmez, **Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I**, Ankara, Yetkin, 2022, s. 503.

¹⁰⁸ Eren, Dönmez, **a.g.e.**, s. 503-506; Arif Barış Özbilen, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, 1. Bs., Ankara, On İki Levha, 2016, s. 37-42; Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, 1. Bs., İstanbul, Legal, 2015, s. 450.

¹⁰⁹ Eren, Dönmez, **a.g.e.**, s. 503-506; Özbilen, **a.g.e.**, s. 37.

¹¹⁰ Özbilen, **a.g.e.**, s. 42-43; Murat Doğan, Gökhan Şahan, İsmail Atamulu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bs., Ankara, Seçkin, 2023, s. 125.

yazılı şekil şartını sağlaması gerektiği hüküm altına alınmıştır¹¹¹. Peki, tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde yapılmasının işlevleri ve amaçları nedir?

Tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde yapılmasının amacı bir tarafın tahkimi kabul ettiğinin farkında olmasını sağlamaktır¹¹². Ayrıca yazılı şeklin amacı tarafları düşünmeye sevk etmek ve tarafların bilinçli bir şekilde devlet yargılamasından vazgeçtiklerinin farkında olduklarını ve bunu özgür iradeleriyle yaptıklarını tespit etmektir¹¹³. Tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde yapılmasının diğer bir amacı ise tarafların tahkim anlaşması yapma yönündeki iradelerinin açıkça tespitine imkân vermektir¹¹⁴.

Yargıtay tarafından verilen 2020 tarihli bir kararda, tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılmasının nedeni “[...] Özellikle Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi’nin II. maddesinde “yazılı şekil” koşulunun öngörülmesinin temel nedenlerinden birisinin de tarafların gerçek iradelerinin somut olarak belirlenmesi ve güvenli şekilde delillendirilmesi olduğu ve bu şekilde olası ihtilaflarda tarafların hukuki güvenliklerinin sağlanmasının amaçlandığı [...]” olarak belirtilmiştir¹¹⁵.

Yukarıdaki değerlendirmeler göz önüne alındığında tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartı olarak yapılmasının esas sebebinin tarafların devlet yargılaması yerine özel bir yargılama usûlü seçmesinden kaynakladığını söyleyebiliriz. Özellikle geçmişte tahkim yargılaması günümüzdeki kadar yaygın değildir. Bu yüzden taraflar nezdinde oldukça güvenilir olan ve esas uyuşmazlık çözüm merkezi olan devlet mahkemelerinin yerini başka bir uyuşmazlık çözüm yönteminin alması için tarafları düşünmeye teşvik etmek önem arz etmektedir. Böylece taraflar devlet yargılaması yerine başka bir yargılama usûlünü seçtiklerinin farkında olacaklardır. Tahkim anlaşmalarının yazılı

¹¹¹ Tahkim anlaşmalarının şekli MTK m. 4(2)’de, New York Konvansiyonu m. II(2)’de, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a)’da düzenlenmiştir. Bu maddeler uyarınca tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılmalıdır.

¹¹² Van den Berg, *New York Convention*, s. 171.

¹¹³ İlhan, *a.g.e.*, s. 37.

¹¹⁴ Hatice Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, 1. Bs., İstanbul, Vedat, 2003, s. 220, (Elektronik Sözleşmeler).

¹¹⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin T., 04.02.2020, E., 2018/3644, K., 2020/253 sayılı kararına erişmek için bkz. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 16.10.2024).

şekilde yapılmasının esas amacı ise tarafların tahkim anlaşmasını yaptıklarına ilişkin iradelerinin açıkça tespitini sağlamak ve somut olarak bu iradelerin ortaya konulmasını sağlamaktır.

2.2. Şekil Şartının İspat Şartı mı Geçerlilik Şartı mı Olduğu Tartışması

Şekil, sözleşmelerde geçerlilik koşulu ve ispat koşulu olmak üzere iki amaçla kullanılır¹¹⁶. Tahkim anlaşmasında aranan yazılı şekil şartının bir geçerlilik şekli mi yoksa hukuki işlemin geçerliliğine etki etmeyen bir ispat şekli mi olduğu hususu da incelenmelidir.

TBK m. 12 uyarınca: *“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”* TBK şekil özgürlüğü ilkesini kabul etmiştir¹¹⁷. Ancak eğer kanunlarda irade beyanlarının belirli bir şekil ile yapılması öngörülmüşse ancak bu şekle uyulduğu takdirde sözleşme *“geçerli”* olarak kurulur¹¹⁸. Bu durumda Kanun tarafından öngörülen şekilde yapılmayan sözleşmeler hiçbir hüküm doğurmaz¹¹⁹.

Şekil şartı, hukuki işlemin ispatını sağlamak için de öngörülebilir¹²⁰. Bu durumda öngörülen şekle uyulmamış olsa bile hukuki işlem hüküm ve sonuç doğurur. Diğer bir ifadeyle, şekle uyulmamış olması hukuki işlemin geçerliliğine etki etmez¹²¹.

Çoğunluk görüşe göre MTK uyarınca tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır¹²². MTK m. 4(2)’nin son cümlesinde *“Asıl sözleşmenin*

¹¹⁶ Eren, Dönmez, **a.g.e.**, s. 507; Özbilen, **a.g.e.**, s. 45; Doğan, Şahan, Atamulu, **a.g.e.**, s. 126.

¹¹⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 307; Özbilen, **a.g.e.**, s. 31; Doğan, Şahan, Atamulu, **a.g.e.**, s. 124.

¹¹⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 307-309.

¹¹⁹ Doğan, Şahan, Atamulu, **a.g.e.**, s. 126; Adnan Tuğ, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, Trabzon, Karadeniz Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., 1979, s. 73.

¹²⁰ Doğan, Şahan, Atamulu, **a.g.e.**, s. 127; Özbilen, **a.g.e.**, s. 45.

¹²¹ Doğan, Şahan, Atamulu, **a.g.e.**, s. 127; Özbilen, **a.g.e.**, s. 45.

¹²² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 168; Şanlı, **Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 354; Aydemir, **a.g.e.**, s. 217; İlhan, **a.g.e.**, s. 38; Serpil Işık, **MTK ve HMK Kapsamında Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası**, 1. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2022, s. 169, (Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası); Deren Yıldırım, **Esaslı Sorunlar**, s. 50; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1040; Cevdet Yavuz, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler,” **Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”**, İstanbul, 2009, s. 152.

bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır” ifadesi yer almaktadır. Bu cümlede geçen “geçerli” kelimesi tahkim anlaşmasının yazılı olmasının geçerlilik şartı olduğuna işaret eder¹²³. MTK m. 4(2)’nin 1985 UMK’nin m. 7(2)’nin neredeyse tercümesi niteliğinde olduğu yukarıda belirtilmişti¹²⁴. 1985 UMK’nin hazırlık çalışmalarında da ilk taslakta yer alan “*must be evidenced in writing*” (yazılı olarak kanıtlanması gerekir) ifadesi ispat şartı şeklinde anlaşılabilir olmasının nedeniyle “*shall be in writing*”¹²⁵ (yazılı olmalıdır) ibaresi ile değiştirilmiştir¹²⁶. 1985 UMK’deki bu değişiklik de yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olduğunu göstermektedir.

Doktrindeki azınlık görüş ise yazılı şekil şartının bir ispat şartı olduğunu belirtmektedir¹²⁷. Bu görüşe göre, yazılı şeklin asıl amaçlarından biri kamu düzenini tesis etmek olduğundan tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri konularda düzenlenen tahkim anlaşmasının yazılı şekilde düzenlenmesinde kamu düzenini tesis etme amacı bulunamaz¹²⁸. Yine, yazılı şeklin koruduğu diğer bir husus olan işlem güvenliği menfaatinin sağlanması da tahkim anlaşmaları bakımından mümkün değildir. Zira, tahkim anlaşmalarında tarafların borç altına girdikleri husus bir uyuşmazlık çıktığında mahkemeye başvurmamaktır. Taraflardan birinin mahkemeye başvurması hâlinde mahkemece tahkim anlaşması re’sen dikkate alınmayacağından dava mahkemede görülmeye devam eder¹²⁹. Yine, taraflar arasında tahkim anlaşması olmasa dahi tarafların tahkime başvurmaları durumunda da hakemlerin geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğü olmadığından uyuşmazlık hakemlerce karara bağlanacaktır. Bu hususlar da tahkim anlaşmasının

¹²³ Aydemir, **a.g.e.**, s. 217.

¹²⁴ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, 1.1.1.2.

¹²⁵ Genel olarak, İngilizce dilinde gelecek zaman ifade eden ve yardımcı fiil niteliğinde olan “*shall*” kelimesi hukuk dilinde gelecek zaman olarak değil; zorunluluk, emir, açıklama ve bildirim ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bkz. Ayfer Altay (Akansel), “İngilizce ve Türkçe Hukuk Dillerinin Özellikleri: Karşılaştırmalı Bir Çalışma”, **Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 2, 2002, ss. 13-32, s. 27.

¹²⁶ Deren Yıldırım, **Esaslı Sorunlar**, s. 50.

¹²⁷ Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 57; Banu Şit, “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 25, S. 1-2, 2011, ss. 411-436, s. 417, (Tahkim Anlaşmasının Şekli).

¹²⁸ Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 417-418.

¹²⁹ Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 418.

niteliği bakımından yazılı şekil şartının işlem güvenliğini sağlamak için öngörülmediğini göstermektedir¹³⁰.

Bizim de katıldığımız görüşe göre tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartı, geçerlilik şartıdır. Zira TBK m. 12 uyarınca Kanun'da sözleşmenin şekline ilişkin özel bir hüküm varsa bu şekil şartı geçerlilik şartı olarak nitelendirilir. Milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekli ise MTK'de özel olarak belirtilmiştir. Bu durumda Kanun'da öngörülen bu yazılı şekil şartı özel olarak belirtildiğinden bu şart bir geçerlilik şartıdır. Ayrıca hem MTK m. 4(2)'nin son cümlesinde yer alan “geçerli” ifadesi hem de 1985 UMK hazırlanırken m. 7(2)'de yapılan ifade değişikliği tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasının geçerlilik şartı olduğunu göstermektedir.

Meseleyi bir de New York Konvansiyonu'ndaki ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'ndaki yazılı şekil şartı açısından incelemekte yarar vardır. Doktrinde, New York Konvansiyonu'ndaki yazılı şekil şartının bir geçerlilik şartı olduğu belirtilmiştir¹³¹. Yargıtay tarafından 2020 yılında verilen ve üstte de değinilen kararda New York Konvansiyonu m. II'ye uyulmadan yapılan bir tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna sonucuna varılmıştır¹³². Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'ndaki yazılı şekil şartı da geçerlilik şartı olarak nitelendirilmektedir¹³³.

Kanaatimizce, New York Konvansiyonu ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nda yer alan yazılı şekil şartı da geçerlilik şartıdır. New York Konvansiyonu m. V(1)(a)'da yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine engel olan bir husus olarak “m. II'de derpiş olunan tahkim anlaşmasının geçersiz olması” belirtilmiştir. Kanaatimizce buradaki “geçersizlik” ifadesi yazılı şekil şartının bir geçerlilik şartı olduğunu göstermektedir. Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a)'da

¹³⁰ Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 418.

¹³¹ Born, **Arbitration**, s. 258; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 49.

¹³² Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin T., 04.02.2020, E., 2018/3644, K., 2020/253 sayılı kararı uyarınca: “[...] Özellikle Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin II. maddesinde “yazılı şekil” koşulunun öngörülmesinin temel nedenlerinden birisinin de tarafların gerçek iradelerinin somut olarak belirlenmesi ve güvenli şekilde delillendirilmesi olduğu ve bu şekilde olası ihtilaflarda tarafların hukuki güvenliklerinin sağlanmasının amaçlandığı gözetildiğinde taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin mevcut olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır[...]” Karara erişmek için bkz. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 16.10.2024).

¹³³ Born, **Arbitration**, s. 259.

ise “*şekiller dairesinde akdedilmiş olması lâzımdır*” ifadesi yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olduğunu göstermektedir.

2.3. Tahkim Anlaşmasının Şekline İlişkin İtirazların Yapılacağı Aşamalar

Tahkim anlaşmasının şekline dair yapılan itiraz mahkeme nezdinde ya da hakem heyeti önünde yapılabilir. Hakem veya hakem heyeti böyle bir itirazla karşılaştığında tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığını incelemekle yükümlüdür¹³⁴. Taraflar arasında tahkim anlaşması bulunmasına rağmen taraflardan biri uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açmış olabilir¹³⁵. Bu durumda davalı olan taraf, taraflar arasında tahkim anlaşması bulunduğundan bahisle tahkim itirazında bulunabilir. Davacı olan taraf ise tahkim anlaşmasının geçerli olmadığını ileri sürebilir¹³⁶. Bu noktada mahkeme tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığını incelemek zorundadır¹³⁷.

Tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin itiraz hakem kararına karşı başvuru yolları sırasında da yapılabilir. Hakem kararına karşı başvuru yollarından biri MTK m. 15(A) ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. IX uyarınca iptal davasıdır¹³⁸. Doktrindeki bir görüşe göre her iki düzenlemede de bir hakem kararının iptal edilebilmesi için sayılan sebepler arasında tahkim anlaşmalarının şeklen geçersizliği yer almamaktadır. Düzenlemelerde yer alan tahkim anlaşmasının geçersizliği sebebi tahkim anlaşmasının esastan geçersizliğine ilişkindir¹³⁹. Ancak iptal davası

¹³⁴ Ekşi, **Incorporation**, s. 63; Aydemir, **a.g.e.**, s. 376.

¹³⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 182; Ekşi, **Incorporation**, s. 65.

¹³⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 182; Ekşi, **Incorporation**, s. 65.

¹³⁷ Ekşi, **Incorporation**, s. 65; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 183; Ergin Nomer, “Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No – 715, 1998, s. 720-721.

¹³⁸ Aydemir, **a.g.e.**, s. 381; Ekşi, **Incorporation**, s. 64.

¹³⁹ Ekşi, **Incorporation**, s. 64-65; MTK m. 15(A)(1)(a) uyarınca hakem kararının iptal sebeplerinden ilki; “*tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz*” olmasıdır. MTK’de yer alan iptal sebebindeki bu geçersizlik, aslında m. 4(3)’teki geçersizliğe atıf yapmaktadır. Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. IX(1)(a)’da yer alan hakem kararının iptal sebeplerinden ilki; “*hakemlik anlaşması akdeden taraflar haklarında tatbiki gereken kanun gereğince ehliyetsiz iseler veya zikri geçen anlaşma taraflarca tabi kılındığı kanuna, eğer bu bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği memleket kanununa göre hükümsüz ise*” olarak belirlenmiştir. Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. IX(1)(a)’daki geçersizlik de m. VI(2)’deki geçersizliğe atıf yapmaktadır. Hem MTK m. 4(3) hem de Avrupa Cenevre Konvansiyonu m. VI(2) tahkim anlaşmasının esastan

aşamasında tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olmadığı ileri sürülebileceğini savunan yazarlar¹⁴⁰ da bulunduğu iptal aşamasında da şekle uygulanacak hukukun belirlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Hakem kararına başvuru yollarından bir diğeri ise temyiz yolu olup temyiz yolu ne MTK’de ne de Avrupa-Cenevre Konvansiyonu’nda düzenlenmiştir¹⁴¹. Zira temyiz yolu mülga HUMK’ta düzenlenen bir kanun yolu iken HMK ile bu durum değişmiş ve temyiz, hakem kararlarına karşı başvurulacak bir kanun yolu olmaktan çıkarılmıştır¹⁴². Dolayısıyla, temyiz yolu eski bir kanun yoludur.

Tahkim anlaşmasının şekline ilişkin yapılacak itirazın aşamalarından bir diğeri ise hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasıdır¹⁴³. Yabancı bir hakem kararının ülkemizde etki doğurabilmesi için bu hakem kararının tanınması ve tenfizi gerekmektedir¹⁴⁴. Her ne kadar belirli bir ülkedeki hakem veya hakem heyeti ya da mahkeme tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olduğuna karar vermişse de kararların tenfizi aşamasında tenfiz edilecek yer mahkemesi tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğu sonucuna varabilir¹⁴⁵.

2.4. Tahkim Anlaşmasının Şekline Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

geçerliliğine ilişkin hükümlerdir. Bkz. Candan Yasan Tepetaş, “Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukukun Tayinindeki Yaklaşımlar ve Türk Hukukundaki Etkileri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 40, S. 2, 2024, s. 281, (Esas); Dolayısıyla, her iki düzenlemeye bakıldığında iptal sebepleri tahkim anlaşmasının esastan geçersizliğine ilişkin gibi durmaktadır; Doktrinde, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinin MTK m. 4(3)’e ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. VI(2)’ye göre yapılacağı belirtilmiştir. Bkz. Ayşe Elif Ulu, “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımnî Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Doktrini”, **Tahkim ve Uygulanacak Hukuk**, Ed. Ziya Akıncı, Berk Demirkol, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2021, s. 32.

¹⁴⁰ Işık, **Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası**, s. 165; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 391; Hacı Can, Ekin Tuna, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2021, s. 546; (Tahkim); Murat Ataç, Meltem Yaman, “Milletlerarası Tahkimde İptal Davası” **Nurkut İnan’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha, 2022, s. 844.

¹⁴¹ Ekşi, **Incorporation**, s. 64.

¹⁴² İnci Ataman Figanmeşe, “Hakem Kararlarının İptali Davalarında Verilen Kararlara Karşı İstinaf Yoluna Başvurmaksızın Temyize Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu ve Buna İlişkin Güncel Gelişmeler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 37, S. 2, 2017, s. 1006, (Güncel Gelişmeler).

¹⁴³ Ekşi, **Incorporation**, s. 65.

¹⁴⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 447.

¹⁴⁵ Ekşi, **Incorporation**, s. 65.

Tahkim anlaşmalarının şeklen geçersiz olduğuna ilişkin öne sürülen iddiaları inceleyen devlet mahkemesinin veya hakem ya da hakem heyetinin bu incelemeyi hangi hukuka göre yapacağını da belirlemesi gerekir¹⁴⁶.

Tahkim anlaşmasının yazılı şekli konusunda milletlerarası anlaşmalar, UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu ve onu izleyen milletlerarası tahkim kanunları, kanunlar ihtilafı kuralları yerine milletlerarası özel hukuk maddi normu getirmişlerdir¹⁴⁷. Bundan dolayı çoğunluk görüşe göre tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği incelenirken kanunlar ihtilafı kuralları esas alınmaz¹⁴⁸. Zira şekle ilişkin bu kurallar başka bir hükmün uygulanmasına ihtiyaç bulunmaksızın sorunun çözülmesinde uygulama alanı bulacaktır. Fakat, bu sefer de mahkemenin hukukunda geçerli olan ve aynı yönde olan düzenlemelerden hangisinin öncelikli olarak uygulanacağı sorunu doğmaktadır¹⁴⁹. Örneğin millî kanunlarda yer alan ve milletlerarası anlaşmalardan daha esnek hükümler içeren düzenlemeler ile milletlerarası anlaşmalardaki hükümler çelişebilmektedir. Bu durumda ayrıca, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğinin ileri sürüldüğü aşama da önem arz etmektedir. Zira tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğunun mahkeme nezdinde veya hakem ya da hakem heyeti önünde ileri sürülmesi tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak hukuku da değiştirmektedir.

2.4.1. Tahkim Anlaşmasının Şeklen Geçersizliğinin Hakemler Nezdinde İleri Sürülmesi

¹⁴⁶ Ekşi, **Incorporation**, s. 71.

¹⁴⁷ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, The Netherlands, Kluwer Law International, 2003, s. 112; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 14; Sibel Özel, “Yabancı hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, S. 1, 2017, s. 307, (Engel); Mustafa Serdar Özbek, **Tahkim Hukuku**, C. 1, 1. Bs., Ankara, Yetkin, 2022, s. 540, Cansu Yener Keskin, **Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi**, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2023, s. 86; Bilgehan Yeşilova, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, İzmir, Güncel, 2008, s. 246, (Mahkemelerin Denetimi); Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 39.

¹⁴⁸ Özel, **Engel**, s. 307; Yener Keskin, **a.g.e.**, s. 86; Lew, **a.g.m.**, s. 128; Ekşi, **Incorporation**, s. 71-72; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 817-818.

¹⁴⁹ Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 246; Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 112-113; Esen, **Şekil**, s. 68.

Hakemlerin tahkim yargılaması yapma ve karar verme yetkilerinin temeli taraflarca akdedilen tahkim anlaşmasıdır¹⁵⁰. Dolayısıyla hakem ya da hakem heyetinin yetkisinin tesis edilebilmesi için tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olması elzemdir¹⁵¹. Zira bir itiraz olması durumunda, şeklen geçerli olmayan tahkim anlaşmaları hakem ya da hakem heyetinin yetkisiz olmasına sebebiyet verecektir.

MTK m. 7/H’de hakem veya hakem kurulunun kendi yetkisi hakkında karar verebileceği düzenlenmiş olup maddede aynı zamanda hakem veya hakem heyetinin yetkisine ilişkin itirazın en geç ilk cevap dilekçesinde ileri sürüleceği belirtilmiştir¹⁵². Benzer şekilde Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. V(3)’te hakem ya da hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verebileceği düzenlenmiştir¹⁵³. Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. V(1)’de ise tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin itirazın hakemler nezdinde yapılması hâlinde itiraz edenin bu itirazı en geç esasa ait müdafaası ile birlikte dermeyan etmesi gerektiği öngörülmüştür¹⁵⁴. Her iki düzenlemede de şekle ilişkin itirazın ileri sürülmesi hâlinde hakemlerin hangi hukuku uygulaması gerektiğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bu hususa dair farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde, şekle olan aykırılığın hakemler önünde ileri sürülmesi hâlinde hakemlerin şekle New York Konvansiyonu m. II(2)’yi uygulamak zorunda olmadıkları savunulmaktadır¹⁵⁵. Zira New York Konvansiyonu, tahkim anlaşmalarının icrası ve hakem kararlarının tenfizi aşaması ile ilgilidir. New York Konvansiyonu özellikle mahkemeler için hazırlanmıştır ve hakemler tarafından uygulanmasını beyan eden

¹⁵⁰ Yener Keskin, **a.g.e.**, s. 234.

¹⁵¹ Ekşi, **Incorporation**, s. 72; Doktrinde bir görüş, en zor konulardan birinin hakemlerin bu konuda nasıl karar verdiğinin belirlenmesi olduğunu, zira hakem kararlarının özel ve gizli olduğunu ve çok azının yayınlandığını belirtmiştir. Bkz. Julian D. M. Lew, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, **Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, Ed. Albert Jan van den Berg, ICCA Congress Series No. 9, 1999, Kluwer Law International, s. 132, (**Applicable Law**).

¹⁵² Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 58.

¹⁵³ Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 95; Yılmaz, **Avrupa Sözleşmesi**, s. 21; Erdoğan, **Hukuk ve Tahkim**, s. 99; Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 551.

¹⁵⁴ Yılmaz, **Avrupa Sözleşmesi**, s. 21; Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. V(2) uyarınca, m. V(1)’de belirtilen süre içinde ileri sürülmeyen itirazlar ileride, hakem kararının icrasıyla ilgili olarak veya esas dava olarak devlet mahkemesinde dahi kural olarak ileri sürülemez. Ancak devlet mahkemesinin bu itirazın vaktinden sonra ileri sürüldüğü hakkında hakem tarafından verilen kararı kontrol yetkisi bulunmaktadır.

¹⁵⁵ Van den Berg, **New York Convention**, s. 188; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 39.

herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Ayrıca hakemlerin Konvansiyon uyarınca tenfiz edilebilir bir karar verme zorunluluğu da bulunmamaktadır¹⁵⁶. Ancak hakemler, mahkemeler karşısında kendilerine yetki verilip verilmediğini inceleme görevini haiz olduklarından tahkim anlaşmasının New York Konvansiyonu m. II(2)'deki yazılı şekil şartını da hesaba katmalılar. Bu durumda hakemler m. II(2)'yi uyguladıkları zaman, tahkim anlaşması New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca şeklen geçerli olmasa bile m. VII(1)¹⁵⁷ uyarınca Konvansiyon'dan daha esnek şekil şartını haiz millî tahkim mevzuatlarına dayanarak tahkim anlaşmasını geçerli kabul edebilirler. Bu nedenle hakemlerin mutlaka New York Konvansiyonu'nu uygulama zorunluluğu bulunmayabilir¹⁵⁸.

Doktrinde yer alan diğer bir görüş uyarınca New York Konvansiyonu hükümleri hakemleri değil doğrudan taraf devlet mahkemelerini bağlar. Ancak hakemlerin tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğini incelerken New York Konvansiyonu m. II(2)'yi uygulamasının mâkul sebepleri bulunmaktadır¹⁵⁹. Bu sebepler arasında New York Konvansiyonu'nun yaygın bir şekilde uygulanması ve hakem kararının ancak New York Konvansiyon'daki şekil şartını sağlaması durumunda tenfiz edilebilmesi bulunmaktadır. Dolayısıyla hakemler bu gerçeği göz önüne alarak tenfiz edilebilir bir karar vermelidir. Ancak tahkim anlaşması New York Konvansiyonu m. II(2)'ye göre geçerli olmasa da tahkim yeri hukukuna göre şeklen geçerli olabilir. Bu noktada hakemler tahkim yeri hukukuna da etki tanıyabilirler. Ayrıca bu aşamada kararın nerede tenfiz edileceği de kesin olarak belli değildir. Tenfiz, tahkim anlaşmasını şeklen geçerli kılan bir ülkede de gerçekleşebilir¹⁶⁰. Bu nedenle hakemlerin tahkim yeri hukukuna göre de tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığını belirlemeleri mümkündür¹⁶¹.

¹⁵⁶ Van den Berg, **New York Convention**, s. 188.

¹⁵⁷ New York Konvansiyonu m. VII(1) hakkında bilgi için bkz. aşağıda Birinci Bölüm, 2.3.2.2.

¹⁵⁸ Van den Berg, **New York Convention**, s. 188-189.

¹⁵⁹ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 117.

¹⁶⁰ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 117.

¹⁶¹ Ekşi, **Incorporation**, s. 75.

Diğer bir görüşe göre ise, tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğunun hakemler önünde ileri sürülmesi durumunda hakemler bu incelemeyi tahkim yeri hukukuna göre yapacaktır¹⁶².

Biz de tahkim anlaşmasının şekline ilişkin itirazın hakem ya da hakem heyeti önünde ileri sürülmesi durumunda bu itirazın tahkim yeri hukukuna göre incelenmesi gerektiği görüşünü benimsiyoruz. Bunda fikrimizi belirleyen esas unsur ise tahkim yeri hukuklarında şekle ilişkin olarak New York Konvansiyonu'na nazaran daha esnek hükümlerin bulunuyor olmasıdır. Ancak yabancı hakem kararlarının tenfizinde esas olarak New York Konvansiyonu m. II(2) esas alındığından hakemlerin New York Konvansiyonu'nun şekil şartını göz önüne almasında bir sakınca da görmemekteyiz. Bu noktada önemli olan husus, New York Konvansiyonu'nun geniş yorumlama kriterlerinin göz önüne alınması ve tahkim anlaşmasının ayakta tutulmaya çalışılmasıdır. Buna ek olarak tahkim yeri hukukunun New York Konvansiyonu'ndan daha katı hükümler içermesi hâlinde tahkim anlaşmasının New York Konvansiyonu'na göre şeklen geçerli olması mümkünse hakemlerin New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca tahkim anlaşmasını ayakta tutmasının da mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

2.4.2. Tahkim Anlaşmasının Şeklen Geçersizliğinin Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi

2.4.2.1. Tahkim Anlaşmasının Şeklen Geçersiz Olduğu İddiasının Bir Tahkim İlk İtirazı Olarak İleri Sürülmesi

Taraflar arasında tahkim anlaşması bulunmasına rağmen taraflardan birinin uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açması durumunda davalı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir¹⁶³. Tahkim ilk itirazının kabul edilmesi yani tahkim anlaşmasının varlığının ve geçerliliğinin tespit edilmesi durumunda mahkeme davayı usûlden

¹⁶² Ekşi, *Incorporation*, s. 63.

¹⁶³ Mustafa Serdar Özbek, "Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2019, s. 182, (İlk İtiraz); Aydemir, *a.g.e.*, s. 312-313; Fouchard, Gaillard, Goldman, *Arbitration*, s. 405.

reddeder. Mahkeme geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığını tespit ederse yargılamaya devam eder¹⁶⁴.

Tahkim itirazı, MTK m. 5(1)'de, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. VI(1)'de, New York Konvansiyonu m. II(3)'te ve 1985 UMK m. 8'de düzenlenmiştir¹⁶⁵. MTK m. 5(1)'de bu itirazın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbi olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, ilk itirazlara ilişkin bir süre öngördüğünden tahkim ilk itirazı da bu süre içinde yapılmalıdır. New York Konvansiyonu'nda ise itiraz için belirli bir süre öngörülmemiştir¹⁶⁶. Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nda ise itirazın esaslı savunmanın sunulmasından önce veya bu savunmayla aynı anda yapılması gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁷.

Davalı tarafından tahkim ilk itirazı ileri sürüldükten sonra mahkeme sadece tahkim anlaşmasının var olup olmadığını değil aynı zamanda geçerli olup olmadığını da araştıracaktır¹⁶⁸. Davacı tarafından tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğunun iddia edilmesi üzerine de mahkeme tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığını da inceleyebilir¹⁶⁹. Dolayısıyla, mahkemenin tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine hangi hukuku uygulaması gerektiğini de belirlemesi gerekir.

UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu ve bu Model Kanun'a göre mevzuatını düzenlenmiş olan millî kanunlar genel olarak tahkim yerinin o ülkede

¹⁶⁴ Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 95-96; Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, 1. Bs., İstanbul, Legal, 2008 s. 80, (**Kanunlar İhtilafı Meseleleri**).

¹⁶⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 174; Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 95; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 405; Aydın, **a.g.m.**, s. 40; Erdoğan, **Hukuk ve Tahkim**, s. 101.

¹⁶⁶ Bkz. New York Konvansiyonu m. II(3): “*Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder.*”

¹⁶⁷ Aydın, **a.g.m.**, s. 40.

¹⁶⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 189; Aydemir, **a.g.e.**, s. 315; Sibel Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s. 80; Aydın, **a.g.m.**, s. 51; Bu konudaki tartışmalardan biri de mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyip inceleyemeyecekleri, inceleyeceklerse bu incelemenin detaylı mı yüzeysel mi olacağı konularıdır. Zira kompetenz-kompetenz ilkesi uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliğini asıl olarak hakemler incelemelidir. Bu konu hakkındaki tartışmalar ve görüşler için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 174-189; Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 95-98; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 406-413; Aydın, **a.g.m.**, s. 41-52.

¹⁶⁹ Ekşi, **Incorporation**, s. 65.

olması durumunda uygulanmaktadır¹⁷⁰. Örneğin MTK'ye tâbi olan bir uyuşmazlık Türk mahkemesi önüne geldiğinde Türk mahkemesi tahkim anlaşmasının şekline MTK m. 4(2)'yi uygulayacaktır¹⁷¹

Tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak kararlaştırıldığı durumlarda tahkim anlaşmasının şekline hangi hukukun uygulanacağı konusu ise tartışmalıdır. Tahkim anlaşmalarının şekli hem millî hukuklarda hem de Konvansiyon'larda düzenlenmiştir. Bir görüşe göre; tahkim yerinin yabancı bir ülke olması durumunda tahkim anlaşmasının şekline New York Konvansiyonu veya tahkim yeri hukuku uygulanabilir. Örneğin, bir Alman mahkemesi tahkim yerinin Fransa olduğu bir tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığının incelenmesi sorunuyla karşılaşabilir. Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) m. 1025 uyarınca tahkim anlaşmasının şekline ilişkin kurallar tahkim yerinin Almanya olması hâlinde uygulanabilecektir. Fakat ZPO, tahkim yerinin yabancı olması hâlinde hangi kuralın uygulanacağına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Bu durumda tahkim anlaşmasına New York Konvansiyonu m. II(2) uygulanırsa tahkim anlaşması Alman hukuku kurallarından daha katı bir şekil şartına tâbi olacaktır. Eğer tahkim yeri olan ve sözlü tahkim anlaşmalarına izin veren Fransa hukuku tahkim anlaşmasının şekline uygulanırsa bu durum taraflardan birinin Alman hukukunun yazılı şekil şartından kolayca kaçınmasına sebep olacaktır. Ancak devlet uygulamasında hâkim olan eğilim, her devletin kendi mahkemelerinin yargı yetkisinin hangi durumlarda hariç tutulabileceğini, yani yazılı bir anlaşmanın gerekli olup olmadığını kendisinin belirlemek istemesidir¹⁷². Zira tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartının bulunup bulunmadığı, başka bir ifadeyle tahkim anlaşmasının geçersiz olup olmadığı mahkemenin kendi yetkisini de belirleyecektir.

Diğer bir görüş, tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak hukukun belirlenmesi için tahkim anlaşmasının niteliğinin belirlenmesi gerektiğini ve tahkim anlaşmasının da sonuçları açısından usûl hukuku hükümlerine tâbi olduğunu belirtmiştir¹⁷³. Bu noktada, mahkeme ancak şekil açısından geçerli bir tahkim

¹⁷⁰ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 116; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 248; Ataman Figanmeşe, **İki Öneri**, s. 43-44, dpn. 23.

¹⁷¹ Aydın, **Tahkim Anlaşması**, s. 14.

¹⁷² Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 116.

¹⁷³ Ekşi, **Incorporation**, s. 80.

anlaşması varsa uyuşmazlıktan çekileceğinden tahkim anlaşmasının usûle ilişkin sonuçları da *lex fori*'ye göre değerlendirilecektir. Başka bir ifadeyle mahkeme, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğini incelerken kendi tahkim hukukunu baz alacaktır¹⁷⁴.

Kanaatimizce, yabancı bir tahkim yerinin seçildiği bir tahkim anlaşması mahkemenin önüne geldiğinde, mahkemenin kendi yetkisini bu yabancı yer hukukundaki şartları sağlayan, ancak kendi hukukunda aranan şartları sağlamayan bir tahkim anlaşmasına dayanarak bertaraf etmesi pek mümkün değildir. Örneğin Türk mahkemesinin önüne tahkim yerinin Londra olarak kararlaştırıldığı bir tahkim anlaşması geldiğinde, Türk mahkemesi kendi yetkisini İngiltere'nin tahkim hukukunda tahkim anlaşmasının şekline ilişkin aranan şartlara göre belirlememelidir. Bundan dolayı mahkemeler, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğini kendi tahkim hukuklarını baz alarak incelemelidirler. Dolayısıyla, tahkim ilk itirazı ile karşılaştığı durumda mahkeme, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine kendi tahkim hukukundaki tahkim anlaşmasının şekline ilişkin hükümleri uygulayarak karar verecektir. Türk tahkim hukukundaki tahkim anlaşmasının şekline ilişkin hükümler ise New York Konvansiyonu m. II(2) ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a)'dır. Her ne kadar MTK m. 4(2) de şekle ilişkin kural içermekteyse de MTK m. 1(2) uyarınca MTK, yalnızca tahkim yerinin Türkiye olduğu durumlarda uygulandığından tahkim yerinin yabancı bir ülke olması durumunda MTK uygulanamaz. Buna göre Türk mahkemesi, yabancı bir tahkim yerinin kararlaştırılmış olduğu bir tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğini incelerken New York Konvansiyonu m. II(2)'yi ya da Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a)'yı uygulayacaktır¹⁷⁵. Konvansiyon'lardaki şekle ilişkin bu hükümler, kapsamı geniş bir şekilde yorumlanarak uygulanmalıdır.

2.4.2.2. Tahkim Anlaşmasının Şeklen Geçersiz Olduğu İddiasının İptal Davasında İleri Sürülmesi

¹⁷⁴ Ekşi, **Incorporation**, s. 80.

¹⁷⁵ Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 249-250; Esen Aydın, "Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk", **Tahkim ve Uygulanacak Hukuk**, Ed. Ziya Akıncı, Berk Demirkol, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2021, s. 14-16, (Tahkim Anlaşması).

Yabancılık unsuru ihtiva eden uyuşmazlıklar MTK'ye tâbi ise, MTK uyarınca verilmiş hakem kararları MTK'nin hükümlerine tâbi olan iptal davasına konu olabilir¹⁷⁶. Hakem kararlarının iptali davası MTK 15(A)'da düzenlenmiş olup maddeye göre “*Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir.*” İptal davasıyla, taraflar bir bakıma verilmiş olan hakem kararının mahkemece denetimini sağlarlar¹⁷⁷.

MTK uyarınca iptal davası; hakem kararının veya düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren 30 gün içinde açılmalıdır. Görevli mahkeme ise bölge adliye mahkemesidir. MTK m. 15 uyarınca, tahkim yeri Türkiye olan milletlerarası hakem kararlarının iptal edilmesi için Türk mahkemelerine başvurulur¹⁷⁸. Dolayısıyla, MTK'ye tâbi olarak verilmiş bir hakem kararı ancak MTK uyarınca iptal edilebilir.¹⁷⁹ MTK 15(A)(a)(1)'da iptal davasının tahkim anlaşmalarının geçersiz olması nedeniyle de açılabileceği düzenlenmiştir. İptal davasında davacının tahkim anlaşmasının şekli geçersizliğini ileri sürmesi durumunda Türk mahkemesi zaten MTK'ye tâbi olarak verilmiş bir hakem kararının dayanağı olan tahkim anlaşmasının şeklini MTK m. 4(2) uyarınca inceleyecektir¹⁸⁰.

New York Konvansiyonu V(1)(e) uyarınca yabancı bir hakem kararının, verildiği veya tâbi olduğu ülkenin yetkili makamı tarafından iptal edilmiş olması bir tenfiz engeli teşkil edebilir. Fakat New York Konvansiyonu'nda yabancı hakem kararının hangi sebeplerle iptal edileceğine dair bir hüküm yer almamaktadır¹⁸¹. Avrupa-Cenevre Konvansiyonu ise New York Konvansiyonu'nu tamamlayacak şekilde m. IX'da iptal sebeplerini düzenlemiştir¹⁸². Böylece, Avrupa-Cenevre

¹⁷⁶ Ataman Figanmeşe, **Güncel Gelişmeler**, s. 1006-1007.

¹⁷⁷ Işık, **Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası**, s. 108; Can, Tuna, **Tahkim**, s. 531; Ataman Figanmeşe, **İki Öneri**, s. 38.

¹⁷⁸ Ataman Figanmeşe, **İki Öneri**, s. 41.

¹⁷⁹ Nadiren de olsa hakem kararının verildiği ülkenin hangisi olduğuna ya da tahkim yargılamasına uygulanan usul hukukunun hangi ülkeye ait olduğuna bakmaksızın tüm milletlerarası hakem kararlarının kendi ülkelerinin mahkemelerince iptal edilebileceğini öngören ülke hukukları da bulunmaktadır. Bkz. Ataman Figanmeşe, **İki Öneri**, s. 44.

¹⁸⁰ Can, Tuna, **Tahkim**, s. 546; Işık, **Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası**, s. 165-166.

¹⁸¹ Cansu Dönmez, **Verildiği Ülkede İptal Edilen Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, 1. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2022, s. 138-139.

¹⁸² Esra Ögünç, “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 70, S. 3, 2021, s. 805; Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 558; 2006 UMK'de de hakem kararlarının iptali 34. maddede düzenlenmiştir. Bkz. Işık, **Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası**, s. 117-118.

Konvansiyonu uyarınca hakem kararı, hakem kararının verildiği ülke tarafından ya da hakem kararı hangi ülkenin kanunları uygulanarak verildiyse o ülke tarafından iptal edilirse ve bu iptal sebepleri m. IX'da sayılan sebeplerden ise bu hakem kararı New York Konvansiyonu uyarınca tanınmaz ve tenfiz edilemez¹⁸³.

Avrupa-Cenevre Konvansiyonu da dolaylı olarak göstermektedir ki bir hakem kararının iptali, hakem kararının verildiği ülkede veya hakem kararı hangi ülkenin kanunları uygulanarak verildiyse o ülkede mümkündür. Dolayısıyla hakem kararının verildiği ülke mahkemesinde iptal davası açıldığında, mahkeme, hakem kararını kendi ülkesinde yer alan tahkim mevzuatındaki hükümlere göre denetler.¹⁸⁴ Ayrıca kanaatimizce, hakem kararına uygulanan ülke hukukunda iptal davası açılması durumunda da mahkeme, hakem kararını kendi ülkesindeki tahkim mevzuatındaki hükümlere göre denetler. Bu durumda iptal davasında tahkim anlaşmasının şekli geçersizliği ileri sürüldüğünde mahkeme, şekil yönünden kendi millî tahkim kanununu uygulayacaktır.

2.4.2.3. Tahkim Anlaşmasının Şeklen Geçersiz Olduğu İddiasının Tenfiz Aşamasında İleri Sürülmesi

New York Konvansiyonu m. V'te tanıma ve tenfiz engelleri sayılmıştır. Bu engellerden biri de m. V(1)(a) uyarınca tahkim anlaşmasının geçersizliğidir¹⁸⁵. Bu durumda yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi için geçerli bir tahkim anlaşması bulunmalıdır. Tahkim anlaşmasının şeklen geçersizliği de m. V(1)(a) uyarınca bir tenfiz engelidir¹⁸⁶.

Türk mahkemeleri, yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında da tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olmadığı iddiasıyla karşılaşabilirler¹⁸⁷. Tahkim anlaşmasının şeklen geçersizliğinin hakem kararının tenfizi aşamasında ileri sürülmesi durumunda ise tahkim anlaşmasının şekline New York Konvansiyonu m. II(2) uygulanacaktır. Zira, bu durumda Konvansiyon'un II(2) sayılı maddesi tüm taraf

¹⁸³ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 74; Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 558.

¹⁸⁴ Ataman Fıganmeşe, **İki Öneri**, s. 45.

¹⁸⁵ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 85; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 111.

¹⁸⁶ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 111; Nomer, **Usul**, s. 249.

¹⁸⁷ Ekşi, **Incorporation**, s. 91.

devletler bakımından tahkim anlaşmasının şekline dair ortak bir düzenlemedir¹⁸⁸. Yargıtay da kararlarında tahkim anlaşmasının New York Konvansiyonu m. II(2)'ye uygun olmaması nedeniyle kararın tenfiz edilmemesi gerektiğine karar vermiştir¹⁸⁹.

Bu noktada değinilmesi gereken diğer bir nokta ise Konvansiyon'un m. VII(1) hükmüdür¹⁹⁰. Doktrinde “*daha lehe olan hak*” (*more favourable-right*) olarak adlandırılan bu hüküm uyarınca tanıma ve tenfizin talep edildiği devletin millî hukuklarında veya o devletin taraf olduğu anlaşmalarda New York Konvansiyonu hükümlerinden daha esnek ölçütlere dayanarak tanıma ve tenfize cevaz veren hükümler bulunuyorsa o devletin millî hukuku veya taraf olduğu anlaşmalar uygulanabilir¹⁹¹. Lehe olan kurallar, tanıma ve tenfizin talep edildiği devletin (*forum*) millî hukukunda veya o devlette uygulanan anlaşmalarda bulunabilir¹⁹². Dolayısıyla,

¹⁸⁸ Ekşi, **Incorporation**, s. 71; Şanlı, **Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 449. Ayrıca belirtmek gerekir ki tahkim anlaşmasının şekline ilişkin bir hüküm MÖHUK'ta yer almadığı için tanıma ve tenfizin MÖHUK'un uygulama alanına girdiği bir durumda tahkim anlaşmasının şekline kıyas yoluyla New York Konvansiyonu m. II(2) uygulanabilecektir. Bkz. Ekşi, **Incorporation**, s. 97-98.

¹⁸⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T., 28.02.2024, E., 2023/8, K., 2024/1567 sayılı kararı uyarınca: “[...]Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile Yargıtay bozma ilamı doğrultusunda tarafların tahkim sözleşmesi konusunda birbirine uygun irade beyanlarının bulunmadığı, taraflar arasında New York Sözleşmesi'nin II'nci maddesine uygun yazılı bir tahkim şartı olmadığı ve 5718 sayılı Kanun'un 62'nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca usulüne uygun tahkim sözleşmesi yapılmadığı gözetilerek davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur. Davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde görülmemiştir [...]” Karara erişmek için bkz. (Çevrimiçi), www.dejure.ai (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, T., 24.02.2000, E., 1999/7119, K., 2000/1342 sayılı kararı uyarınca: “[...] New-York sözleşmesinin II/2. maddesinde tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesinin gerektiği, yazılı anlaşma teriminden ise karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartının veya bir hakem mukavelesinin anlaşılacağı belirtilmiştir. 29.5.1997 tarihli sözleşmede davalı alıcının imzası bulunmadığı gibi New York sözleşmesinin anılan hükmünde belirtilen ve uyuşmazlığın çözümde hakeme gidilmesine olanak verecek bir diğer hususun varlığı da kanıtlanamamıştır. Mahkemece bu yönler gözetilerek tenfiz talebinin MÖHUK'nun 45/1. maddesi uyarınca reddi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulünde isabet görülmemiştir [...]” Karara erişmek için bkz. (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 09.09.2024).

¹⁹⁰ New York Konvansiyonu m. VII(1) uyarınca: “İşbu sözleşme hükümleri, âkit devletler arasında akdedilmiş hakem kararlarının tanınması veya icrasına dair, iki yahut çok taraflı sözleşmelerin muteberliğine halel getirmez ve ilgili taraflardan hiçbirini, bir hakem kararından, bunun dermeyeran edildiği memleketin kanun ve sözleşmeleri hükümleri dairesinde faydalanmak imkânından mahrum kılmaz.”

¹⁹¹ Can, Tuna, **Usul**, s. 434; Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 431-432; İlhan, **a.g.e.**, s. 45; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 73-74; 1958 New York Sözleşmesi'nin Yorumlanmasına İlişkin ICCA Rehberi: **Hâkimler İçin El Kitabı**, Çev. Ali Yeşilirmak İsmail Esin, Lahey, 2015, s. 60, (Çevrimiçi), https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/icca_guide_turkish_final.pdf (Erişim Tarihi: 15.03.2024), (**Hâkimler İçin El Kitabı**).

¹⁹² Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (ICCA), **Hâkimler İçin El Kitabı**, s. 27.

mahkemenin kendi hukukunda New York Konvansiyonu m. II(2)'de sayılanlardan daha esnek bir şekil şartı öngörülmüşse mahkeme tahkim anlaşmasının şekline kendi millî hukukunu da uygulayabilecektir¹⁹³. Millî mahkemeler de New York Konvansiyonu m. II(2) kapsamında şekil şartını sağlamayan tahkim anlaşmalarının geçerliliğini tesis etmek için New York Konvansiyonu m. VII(1)'i esas almıştır¹⁹⁴.

Örneğin; *Gas Authority of India Ltd. v. SPIE-CAPAG, S.A. and others* davasında Delhi Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararda mahkeme New York Konvansiyonu m. VII(1)'e dayanmıştır. Mahkeme; milletlerarası tahkim anlaşmasının taraflarının Konvansiyon'un II(2) numaralı hükmü yerine iç hukuka dayanarak hakem kararının tenfizini talep edebileceklerini, tahkim anlaşması Konvansiyon uyarınca tenfizi mümkün bir hakem kararına sebebiyet vermediğinde Hindistan'ın paralel iç hukuku olan Hindistan Tahkim Kanunu uyarınca tenfiz edilebileceğini hüküm altına almıştır¹⁹⁵. Mahkeme kararlarında da görüldüğü üzere millî hukukların New York Konvansiyonu'ndan daha lehe hükümler içermesi hâlinde millî hukukların uygulanması New York Konvansiyonu'nun ruhuna ve amacına daha uygundur¹⁹⁶.

Ayrıca belirtmek gerekir ki millî kanunlar New York Konvansiyonu'ndan daha katı bir şekil şartı öngörmekteyse New York Konvansiyonu m. II(2)'deki yazılı şekil şartını sağlayan tahkim anlaşması, millî hukukun daha katı olan yazılı şekil şartına bakılmaksızın şeklen geçerli sayılır¹⁹⁷.

Doktrinde millî hukukların kendi yerel anlayışlarını yansıttıkları, yalnızca yerel nitelikli anlayışların ve yorumların da milletlerarası tahkimi ilgilendiren meselelerde uygulanmasının sakıncalı olacağı, milletlerarası ticaretteki öngörülebilirliğin zarar göreceği ancak yine de milletlerarası ticaret uygulaması ve iletişim teknolojisi

¹⁹³ İlhan, **a.g.e.**, s. 45; Nomer, **Usul**, s. 249; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 109; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 73-74; Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 431-432; Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 113-114; Can, Tuna, **Usul**, s. 434; Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (ICCA), **Hâkimler İçin El Kitabı**, s. 27.

¹⁹⁴ Mutasim Ahmad Alqudah, "Enforceability of Arbitration Clauses in Online Business-to Consumer Contracts", **Journal of International Arbitration**, Vol. 28, Issue 1, 2011, s. 72-73.

¹⁹⁵ *Gas Authority of India Ltd. v. SPIE-CAPAG SA and ors*, High Court of Delhi, India, 15 October 1993, Suit No. 1440; IA No. 5206, Karara erişmek için bkz. (Çevrimiçi) https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1367, para. 107, 108, 109, (Erişim Tarihi: 29.03.2024); Alqudah, **a.g.m.**, s. 73.

¹⁹⁶ Esen, **Şekil**, s. 68.

¹⁹⁷ Lew, Mistelis, Kröll, **a.g.e.**, s. 113-114; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 247.

1958'den beri oldukça değişime uğradığı için Konvansiyon'da yer alan hükümlerin millî mahkemelerin yorumuna ihtiyacı olduğu da belirtilmektedir¹⁹⁸. Kanaatimizce, günümüzdeki çoğu millî tahkim kanununun 1985 UMK'yi esas alınarak hazırlanmış olduğu düşünüldüğünde millî hukukların kendi yerel anlayışlarını yansıttıkları söylenemez. Önemli olan husus tahkim anlaşmasına binaen verilen hakem kararını ayakta tutmaktır. Dolayısıyla m. VII(1)'nin uygulanması durumunda hakem kararı ayakta tutuluyorsa m. VII(1) uyarınca tahkim anlaşmasının şekline millî hukuklar da uygulanabilir.

Bu noktada değinilmesi gereken diğer bir husus da tahkim yargılaması sürerken tahkim anlaşmasının şekline ilişkin bir itirazda bulunmayan tarafın bunu tenfiz aşamasında ileri sürüp süremeyeceğidir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹⁹⁹ m. 2(1) uyarınca: “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*” TMK’de düzenlenen ve “dürüstlük kuralı” olarak adlandırılan bu hükmün yargılama sırasında da uygulanması gerekir²⁰⁰. TMK’deki dürüstlük kuralının tahkim yargılaması sırasında da uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre daha önceki aşamalarda tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine ilişkin bir itiraz ileri sürmeyen taraf, hakem kararı kendisi aleyhine verildiğinde tenfiz aşamasında şekli geçerliliğe ilişkin bir itiraz ileri sürerse bu itirazı dürüstlük kuralına aykırı olacağından değerlendirmeye alınmayabilir²⁰¹. Doğrudan şekle ilişkin olmasa da 2004 yılında temsil/ehliyetle ilişkin verdiği bir kararda Yargıtay da aynı görüşü benimsemiş ve dürüstlük kuralına ilişkin ilkeyi uygulamıştır²⁰². Kanaatimizce de ilk

¹⁹⁸ Esen, **Şekil**, s. 68-69.

¹⁹⁹ RG: 08.12.2001-24607.

²⁰⁰ Ekşi, **Incorporation**, s. 68.

²⁰¹ Ekşi, **Incorporation**, s. 68-69. Kanaatimizce tenfiz aşamasından önce ileri sürülmeyen şekle aykırılığın tenfiz aşamasında ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği hususu hakem kararının iptali davası açısından da geçerli olacaktır.

²⁰² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin E. 2003/6774, K. 2004/3751 sayılı ve T. 09.04.2004 tarihli kararı uyarınca: “[...] davalı hakemde görülen davada kendisine defalarca yapılan tebligata rağmen tahkim şartının kendisi yönünden bu nedene dayalı olarak geçersiz olduğu yolunda bir itirazda bulunmamıştır. Şayet davalı hakem yargılaması sırasında böyle bir savunmada bulunsaydı o taktirde davacıya bu savunmayı yerinde görerek uyuşmazlığın mahkemede çözülmesi cihetine gidecek veya da tahkim şartının geçerli olduğu yolunda bir tesbit davası açarak gereksiz zaman ve masraf kaybını önlemiş olacaktı. Tahkim şartını içeren sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesinden sonra ve tahkim yargılaması sırasında böyle bir savunmada bulunmayan davalının hükmün kesinleşmesini müteakip tenfiz davası sırasında böyle bir savunmada bulunması M.K.nun 2.maddesinde yazılı iyiniyet kurallarına aykırıdır [...]” Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 12.11.2024)

aşamalarda ileri sürölmeyen bir itirazın sırf hakem kararı kendi aleyhine olması sebebiyle tenfiz aşamasında ileri sürölmesi dürüslük kuralına aykırılık teşkil edecektir



İKİNCİ BÖLÜM

4686 SAYILI MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU

ÇERÇEVESİNDE MİLLETLERARASI TAHKİM

ANLAŞMALARININ ŞEKLİ

1. MTK'DE MİLLETLERARASI TAHKİM ANLAŞMALARININ YAZILI ŞEKİL ŞARTINI SAĞLAMASI İÇİN ARANAN ŞARTLAR

1.1. Genel Bilgi

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda tahkim anlaşması, “Tahkim Anlaşması” başlıklı ikinci bölümün “tanımı ve şekli” başlıklı 4(1) sayılı maddesinde tanımlanmıştır. Maddenin ilk cümlesine göre: “*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.*” Kanun'da yapılan tanım uyarınca tahkim anlaşmasına konu edilecek uyuşmazlık sözleşmeden doğabileceği gibi haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden de doğabilir¹.

Tahkim anlaşması, taraflar arasında uyuşmazlık mevcutken yapılabileceği gibi uyuşmazlık çıkmadan önce de yapılabilir². Yine Kanun uyarınca tahkim anlaşması taraflar arasındaki uyuşmazlığın yalnızca bir bölümünün çözümlenmesi konusunda yapılabileceği gibi tümünü kapsayacak şekilde de yapılabilir³. Bu durumda taraflar arasında tahkime tâbi tutulmayan uyuşmazlık hakkında mahkemeye başvurulabilir⁴.

Kanun'un 4(1) sayılı maddesinin ikinci cümlesi uyarınca tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir. Taraflar,

¹ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 127; Aydoğan, *a.g.e.*, s. 45; Can Yöney, “Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler”, *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt 1*, Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 7.

² Yeşilova, *Mahkemelerin Denetimi*, s. 237; Özbek, *Tahkim Hukuku*, s. 432; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 127.

³ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 127.

⁴ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 127.

esas sözleşmenin içine tahkim şartı ekleyerek tahkim anlaşması yapabilecekleri gibi tahkim anlaşmasını uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceğine dair karşılıklı irade beyanlarıyla kurulan ayrı bir sözleşme şeklinde de yapabilirler⁵.

Tahkimin tarihine bakıldığında tahkim şartı ile tahkim sözleşmesi arasındaki ayrım oldukça yeni olup bu ayrım ilk olarak 1923 tarihli Cenevre Protokolü'nün 1.1. maddesi ile 4.1. maddesinde yer almıştır⁶. Bazı yazarlar tahkim sözleşmesi (*submission agreement, compromise, compromis*) ile tahkim şartının (*arbitration clause*) birbirinden farklı anlamlara geldiğini ifade etmiştir⁷. Taraflar arasında doğmuş bir uyuşmazlığa ilişkin yapılan tahkim anlaşması “*tahkim sözleşmesi*” iken ileride doğacak bir uyuşmazlığa ilişkin yapılan tahkim anlaşması “*tahkim şartı*”dır⁸. Buna göre, hakemlerin adını ve hakemlerce karara bağlanacak hususları da içeren ve tarihi oldukça eskiye dayanan tahkim sözleşmesi uyuşmazlıklar doğduktan sonra yapılır. Tahkim şartı ise esas sözleşmenin içinde yer alır ve uyuşmazlıklar doğmadan önce düzenlenir⁹. Bu durumda tahkim şartı ile tahkim sözleşmesi arasındaki temel fark uyuşmazlığın ortaya çıktığı zamanlamaya bağlı olarak tarafların tahkim anlaşmasını yaptığı zamandır¹⁰.

Ancak esas sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartı ile bağımsız tahkim sözleşmesi arasında günümüzde böyle bir ayrım genellikle bulunmamaktadır¹¹. Kaldı ki, uyuşmazlık doğduktan sonra yapılan tahkim anlaşmalarına da nadir rastlanmaktadır¹². Günümüzde de ayrı ayrı “tahkim şartı” veya “tahkim sözleşmesi” kavramlarından değil müşterek bir biçimde “tahkim anlaşması” kavramından

⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 132.

⁶ Verónica Sandler Obregón, “Chapter 2: Arbitration Agreements: The Argentine Perspective”, **Arbitration in Argentina**, Ed. Fabricio Fortese, Kluwer Law International, 2020, s. 19-20.

⁷ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 432; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 237; Lew, **Applicable Law**, s. 116.

⁸ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 432; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 237; Deren Yıldırım, **Esaslı Sorunlar**, s. 20; Redfern, Hunter, **a.g.e.**, s. 13; Lew, **Applicable Law**, s. 116; Klaus Peter Berger, “Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?”, **International Arbitration 2006: Back to Basics?**, Ed. Albert Jan van den Berg, ICCA Congress Series No. 13, Kluwer Law International, 2007, s. 30.

⁹ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 432; Lew, **Applicable Law**, s. 116.

¹⁰ Obregón, **a.g.m.**, s. 19; İlhan, **a.g.e.**, s. 5-6.

¹¹ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 433; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 238; Aydemir, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, s. 96; Obregón, **a.g.m.**, s. 19;

¹² Nuray Ekşi, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, 2. Bs., İstanbul, Beta, 2010, s. 46, (**Incorporation**).

bahsedilmektedir¹³. Ayrıca, tahkim sözleşmesi ile tahkim şartı arasında kural olarak anlaşmanın maddi ve şekli geçerliliği, kapsamının tespiti ve yorumu konusunda da bir fark bulunmamaktadır¹⁴. Nitekim MTK’de de her iki şekilde de tahkim anlaşması yapılabileceği hüküm altına alınmıştır¹⁵.

Tahkim anlaşmasında belirtilmesi zorunlu bir unsur yer almamaktadır. Ancak tahkim anlaşmasında tahkim iradesinin açık ve kesin olması gerekir¹⁶. Ayrıca, tahkim anlaşması mevcut bir hukuki ilişkiye dayanmalı ve taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmalıdır¹⁷.

MTK m. 4’te tahkim anlaşmasının tanımının yapılmasının ardından ikinci fıkrada tahkim anlaşmasının şekli hüküm altına alınmıştır. MTK m. 4(2) uyarınca: *“Tahkim 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*

¹³ Obregón, **a.g.m.**, s. 19; Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 433.

¹⁴ Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 238-239. Ancak bazı durumlarda tahkim anlaşması ile tahkim şartı arasında farklar ortaya çıkabilir. Yeşilova’ya göre uyumsuzluk doğduktan sonra akdedilen tahkim sözleşmelerinin yorum yoluyla genişlemeleri ve değişimleri mümkün değildir. Çünkü tahkim sözleşmelerinin tarafları ile uyumsuzluk bellidir. Ancak aynı şey tahkim şartı bakımından söylenemez. Zira tahkim şartı, uyumsuzluk doğmadan önce akdedildiği için yorumunun genişletilmesi ve değiştirilmesi mümkündür. Bkz. Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 238-239; Doktrinde yer alan diğer bir görüş uyarınca, tahkim anlaşması tahkim şartı şeklinde yapıldığı takdirde esas sözleşme ile tahkim anlaşması, taraflarca hukuk seçimi yapılmış olması hâlinde, aynı hukuka tâbi olur. Taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda ise esas sözleşme ile tahkim şartı için uygulanacak hukuk konusunda aynı kıstaslara bakılır. Öte yandan, tahkim sözleşmesi şeklinde yapılan bir tahkim anlaşmasında esas sözleşme ve tahkim sözleşmesi iki ayrı sözleşme olarak vücut bulacağından taraflar her iki sözleşmeye uygulanacak hukuku farklı şekilde belirleyebilirler. Bkz. Aydemir, **a.g.e.**, s. 97; Aydemir’in görüşüne karşıt olan bir görüşe göre ise “tahkim anlaşmasının bağımsızlığı” ilkesi uyarınca esas sözleşmeye uygulanacak hukuk otomatik olarak tahkim şartına da uygulanamaz. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan ayrı ve bağımsız bir şekilde belirlenir. Bkz. Ulusu, **a.g.m.**, s. 36-37; Tahkim anlaşmasının esas sözleşmede tahkim şartı olarak düzenlendiği bir durumda tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yasan Tepetaş, **Esas**, s. 277-309.

¹⁵ Deren Yıldırım, **Esaslı Sorunlar**, s. 22. Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde tahkim anlaşması kavramı bir üst kavram olarak kullanılmıştır. Zira, tahkim anlaşması hem esas sözleşmeye konulan tahkim şartı şeklinde hem de bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilmektedir.

¹⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 143-151.

¹⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 157-159.

*tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.*¹⁸”

Madde 4(2) ilk cümleye göre tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Sonraki cümlelerde ise bu yazılı şekil şartının nasıl yerine getirileceği düzenlenmiştir.

1.2. Tahkim Anlaşmasının Taraflarca İmzalanmış Yazılı Bir Belge ile Yapılması

1.2.1. Genel Bilgi

MTK m. 4(2)’de tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasının ilk yöntemi tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeyle yapılmasıdır¹⁹. MTK’de ve hatta TBK’de yazılı şekil şartının tanımı ve tarifi yapılmış değildir²⁰. Türk hukukuna göre yazılı şekil; adî yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmî şekil, belirli bir sicile tescil ve ilan olmak üzere beşe ayrılmaktadır²¹. Milletlerarası tahkim anlaşmalarının yazılı şekli ise adî yazılı şekildir²². TBK m. 14-16 arasında adî yazılı şeklin unsurları düzenlenmiştir²³. Adî yazılı şekil, metin ve imza unsurlarından oluşmaktadır²⁴. Metin, tarafların işlem iradesinin dil araçlarıyla ifade eden belgedir²⁵. İmza ise kişinin kimliğini belirlemeye yarayan ve kişiyi diğerlerinden ayırma amacı güden işarettir²⁶. Milletlerarası tahkim anlaşmalarının taraflarca imzalanmış yazılı bir

¹⁸ MTK’de yer alan bu hüküm 1985 UMK m. 7(2) hükmüne paralel bir düzenlemedir. Bkz. Deren Yıldırım, **Esaslı Sorunlar**, s. 44; Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 55.

¹⁹ Kalpsüz, 1985 UMK m. 7(2)’de “*taraflarca imzalanmış bir belge*” (a document signed by the parties) denildiği hâlde, MTK m. 4(2)’de “*taraflarca imzalanmış yazılı bir belge*”den bahsedildiğini ancak “belge”nin zaten “itimâd edilen yazı” anlamına geldiğini bu yüzden MTK’deki yazılı ifadesinin gereksiz olduğunu ve Kanun’da yer almaması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1033.

²⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 314.

²¹ Eren, **a.g.e.**, s. 313.

²² Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 55; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1031; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 815.

²³ Eren, **a.g.e.**, s. 314.

²⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 314; Tuğ, **a.g.e.**, s. 75; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 16. Bs., Vedat, İstanbul, 2018, s. 142. TBK m. 14(1) uyarınca: “*Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.*”

²⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 314. Metnin, sürekli ve dayanıklı bir madde üzerine yazılmış olması gerektiğinden ses bandı, bilgisayar disk ve disketlerine veya CD ya da flash disklere yüklenmiş olan veriler Eren’e göre yazılı metin sayılmaz. Ancak bu verilerin yazıcıdan çıktıların alınması durumunda durum değişmekte ve bunlar metin sayılmaktadır.

²⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 315; Tuğ, **a.g.e.**, s. 78; Temsilci veya vekilin imzası, beyaza imza, el yazısıyla imzanın istisnaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 318-322.

belge ile yapılması durumunda, tahkim anlaşmalarının şekli adî yazılı şekil olduğundan, anlaşmada metin ve imza unsurlarının bulunması şarttır²⁷.

TBK m. 14(1) uyarınca sözleşmelerde borç altına girenlerin imzası bulunması elzem olduğundan ve tahkim anlaşmalarında tarafların her ikisi de borç altına girdiğinden anlaşmada her iki tarafın da imzasının bulunması zorunludur²⁸. Kaldı ki, bu husus için TBK m. 14(1)'e bakmaya bile gerek bulunmamaktadır. Zira MTK m. 4(2)'de “*taraflarca imzalanmış*” ifadesinden tahkim anlaşmasının her iki tarafının da yazılı belgede imzasının bulunmasının şart olduğu anlaşılmaktadır²⁹.

Tarafların imzalarının aynı belge üzerinde yer alması ve tarafların imzayı aynı anda atma zorunluluğu bulunmamaktadır³⁰. Taraflardan her birinin tahkim anlaşmasını ayrı ayrı imzaladıktan sonra imzalı olan bu belgeleri birbirlerine teslim etmeleri durumunda da yazılı şekil şartı karşılanmış olacaktır. Yine, taraflardan birinin tahkim anlaşmasını imzaladıktan sonra bu anlaşmayı karşı tarafa iletmesi durumunda karşı tarafın tahkime başvurmadan hemen önce anlaşmaya imza atması da mümkündür³¹.

Tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılması hâlinde metin ile imza unsurunun bulunması gerekli olduğundan anlaşmanın esas sözleşmede yer alan tahkim şartı olarak akdedilmesi durumunda esas sözleşmenin de adî yazılı şekilde yapılması gerekmektedir³². Zira tahkim anlaşmasının tahkim şartı olarak yapılması durumunda da imza gerekli ve zorunlu bir unsurdur³³.

1.2.2. Elektronik İmzanın Doğuracağı Sonuçlar

İmza unsuru hakkında bahsedilmesi gerekli diğer bir nokta ise teknolojinin gelişmesi ile hayatımızda yerini alan elektronik imzadır. Gelişmiş ülkelerdeki kanunlara paralel olarak elektronik imzaya ilişkin Türk hukukunda da 5070 sayılı

²⁷ Deren Yıldırım, *Esaslı Sorunlar*, s. 44; Aydemir, *a.g.e.*, s. 189.

²⁸ Erkan, *Yetki Sorunları*, s. 56; Aydemir, *a.g.e.*, s. 189.

²⁹ Aydemir, *a.g.e.*, s. 190.

³⁰ Aydemir, *a.g.e.*, s. 189.

³¹ Aydemir, *a.g.e.*, s. 190.

³² Aydemir, *a.g.e.*, s. 190.

³³ Erkan, *Yetki Sorunları*, s. 191.

Elektronik İmza Kanunu (EİK)³⁴ hazırlanmış ve Kanun 23.01.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

EİK'nin tanımlar başlıklı 3. maddesinin b bendinde elektronik imza, *“Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri”* şeklinde tanımlanmaktadır³⁵. Elektronik imza kavramı üzerinden tanımlanan güvenli elektronik imzaya ilişkin tanım ise EİK m. 4'te yer almaktadır. Maddeye göre: *“Güvenli elektronik imza; a) Münhasıran imza sahibine bağlı olan, b) Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, c) Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, d) İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır.”* Güvenli elektronik imzanın hukuki sonucu ve uygulama alanı başlıklı 5. maddenin (1) numaralı fıkrası uyarınca ise *“Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur.”* Dolayısıyla, elle atılacak imza ile yapılacak tüm işlemler güvenli elektronik imza kullanılarak da yapılabilecektir³⁶.

TBK m. 14(2)'de güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinlerin de yazılı şekil yerine geçeceği hüküm altına alındıktan sonra TBK m. 15(1)'de güvenli elektronik imzanın el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı öngörülmüştür³⁷. Bu durumda elle atılan imza ile güvenli elektronik imza aynı hukuki sonucu doğurur³⁸. Bu bağlamda, güvenli elektronik

³⁴ RG: 23.01.2004 – 25355.

³⁵ Elektronik veri ise elektronik, optik veya bunlara benzer yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtları ifade etmektedir. Bkz. Mete Özgür Falcıoğlu, **Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu**, Ankara, Yetkin, 2004, s. 95, (Elektronik Satım Sözleşmesi).

³⁶ Turgay Sarıakçalı, **İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler**, 2. Bs., İstanbul, Seçkin, 2021, s. 86.

³⁷ TBK m. 14(2) uyarınca: *“Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.”*

TBK m. 15(1) uyarınca: *“İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur.”*

³⁸ Leyla Keser Berber, “Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki İmza Açısından Yeri”, s. 3, (Çevrimiçi), <https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2019/8/2/biyometrik%20imza%20bilgi%20notu.pdf> (Erişim Tarihi: 01.02.2024).

imzayla imzalanmış bir tahkim anlaşması TBK uyarınca geçerlilik şartı olarak aranan adı yazılı şekil şartını sağlamış olacaktır³⁹.

Hem TBK hem de EİK yalnızca güvenli elektronik imzanın elle atılan imzayla aynı hukuki sonucu doğuracağını belirterek diğer elektronik imza çeşitlerini kapsam dışı bırakmıştır⁴⁰. Kişinin biyometrik verileri kullanılarak elde edilen (parmak izi gibi) biyometrik imza, PIN (Personal Identification Number)⁴¹, dijital forma dönüştürülmüş el yazısı da elektronik imza kapsamına girmektedir⁴². Ancak EİK, yalnızca güvenli elektronik imzayı elle atılan imzaya denk tuttuğu için örneğin biyometrik imza ile imzalanan bir tahkim anlaşması adı yazılı şekil şartını sağlayamayacağından tahkim anlaşması şeklen geçersiz olacaktır⁴³.

Doktrindeki bir görüşe göre kişinin el yazısı ile tablete, cep telefonuna veya bilgisayara attığı biyometrik imza TBK'deki adı yazılı şekil şartını sağlamaktadır⁴⁴. Zira, TBK'de “el yazısı ile atılan imza” kavramına ilişkin bir açıklama yer almamakta, el yazısıyla atılan imzanın hangi ortamda atılacağı belirtilmemekte ve dolayısıyla teknoloji nötr bir yaklaşım benimsenmektedir⁴⁵. TBK'de belirtilen tek husus “el yazısı ile” imza atılması olduğundan tablet veya bilgisayar gibi elektronik ortamda yine “el yazısı ile” atılacak olan imza TBK m. 15(1) anlamında yazılılık şartını gerçekleştirecektir⁴⁶. Ayrıca kriminal polis laboratuvarları veya adli tıp kurumları da elektronik ortama el ile atılan imzanın analizini tıpkı dijital ortama atılmamış olan imzanın analizini yaptığı gibi yapabilmektedir⁴⁷.

Kanaatimizce bu konuda değerlendirilmesi gereken öncelikli husus biyometrik imzanın fonksiyonel eşitlik ilkesine uygun olarak el yazısı ile atılan imza ile aynı işleve sahip olup olmadığıdır. Fonksiyonel eşitlik ilkesi, el yazısı ile atılan imzanın yerine getireceği işlevleri elektronik imzanın da yerine getirebileceği esasına

³⁹ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 96.

⁴⁰ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 96.

⁴¹ Kişisel kimlik numarası

⁴² Sarıakçalı, **a.g.e.**, s. 70.

⁴³ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 97.

⁴⁴ Keser Berber, **a.g.m.**, s. 9.

⁴⁵ Keser Berber, **a.g.m.**, s. 9. Teknoloji nötr kavramı yazar tarafından teknolojik gelişmelerin engellenmemesi olarak kullanılmıştır.

⁴⁶ Keser Berber, **a.g.m.**, s. 9.

⁴⁷ Keser Berber, **a.g.m.**, s. 9.

dayanmaktadır⁴⁸. İmza; diğer kişilerden onu ayırt eden, kişinin beyanda bulunma iradesini yansıtan bir işaret olup imza atan kişinin kimliğinin tespiti dışında belgenin onaylandığını ve değiştirilmediğini gösterir⁴⁹. Biyometrik imza da el yazısı ile atılan imzanın tüm bu işlevlerini yerine getirecek özelliklere sahiptir⁵⁰. Dolayısıyla, aslında elle atılan imza ile biyometrik imza fonksiyonel eşitlik ilkesi uyarınca birbirine eşittir. Zira ikisi de aynı işlevleri yerine getirmektedir. Aralarındaki fark imzanın atıldığı ortamdır. Biyometrik imzada imza tablete, cep telefonuna ya da bilgisayara atılmaktayken el yazılı imzada imza kağıda atılmaktadır. Ancak gerek TBK’de gerek EİK’de yalnızca güvenli elektronik imzanın el yazısı ile atılan imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı hüküm altına alındığından biyometrik imza ile imzalanan anlaşmalar şu aşamada adî yazılı şekil şartını sağlamaya elverişli değildir.

AB’nin Elektronik İmza Yönergesinin 5. maddesinin 2. fıkrasına⁵¹ göre bir elektronik imza, nitelikli bir sertifikaya dayanmasa hatta nitelikli bir sertifikaya dayanmasına rağmen akredite bir servis sağlayıcısı tarafından verilmese veya güvenli bir elektronik imza oluşturma aracı tarafından oluşturulmasa dahi hukuki etki ve ispat aracı olarak kabul edilebilirlikten yoksun bırakılmamalıdır⁵². Türk hukukunda güvenli olmayan elektronik imza konusunda böyle bir düzenleme olmadığından yalnızca güvenli elektronik imza ile akdedilen sözleşmelerin yazılı şekil şartını sağlaması bir eksikliktir⁵³. Kanaatimizce, elektronik ticaretin milletlerarası alanda cereyan ediyor

⁴⁸ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 93.

⁴⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 316; Tuğ, **a.g.e.**, s. 78; Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 94.

⁵⁰ Ayrıca biyometrik imza, imza inkârı olması hâlinde el yazısı ile atılan imzanın inceleme usûlüne benzer bir biçimde ISO/IEC 19794 standardında öngörülen şekilde incelenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Keser Berber, **a.g.m.**, s. 6-7.

⁵¹ Avrupa Birliği Elektronik İmza Yönergesi m. 5(2) uyarınca: “Üye Devletler; elektronik imzanın yasal geçerliliğinin ve yasal işlemlerde kanıt olarak kabul edilebilirliğinin sadece aşağıdaki gerekçelerden dolayı reddedilmemesini sağlayacaktır:

- elektronik biçimde olması, veya
- nitelikli bir sertifikaya dayalı olmaması, veya
- akredite bir sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından verilen nitelikli bir sertifikaya dayalı olmaması, veya
- güvenli bir imza oluşturma cihazı tarafından oluşturulmaması.”

Avrupa Birliği Elektronik İmza Yönergesi metnine erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0093> (Erişim tarihi: 24.05.2024). Maddenin Türkçe çevirisi yazara aittir.

⁵² Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 97.

⁵³ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 97.

olmasından dolayı Avrupa Birliği'nin ve diğer devletlerin elektronik imzaya ilişkin mevzuatlarıyla Türk hukuku mevzuatının uyum içinde olması gereklidir.

1.3. Tahkim Anlaşmasının Taraflar Arasında Teati Edilen Mektup, Teleks, Telgraf, Faks Gibi Bir İletişim Aracıyla Yapılması

MTK m. 4(2)'de tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını yerine getirilmiş sayılması için gerçekleşmesi gereken ikinci durum, tahkim anlaşmasının taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına geçirilmiş olmasıdır.

Kanun maddesi uyarınca tahkim anlaşmasının kurulabilmesi için kanunda sayılan iletişim araçlarından biriyle tahkim anlaşmasının “teati” edilmesi gerekmektedir. Teati sözcüğü karşılıklı alıp verme anlamına gelmekte olup tahkim anlaşmasının kurulabilmesi için tek taraflı bir gönderim yeterli değildir⁵⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki, taraflar arasında yapılacak olan bu teatinin aynı türden iletişim araçlarıyla yapılması da zorunlu değildir⁵⁵. Örneğin taraflardan birinin tahkim anlaşmasını telgraf ile karşı tarafa iletmesi durumunda diğer tarafça kabul beyanı faks ile yapılabilir⁵⁶.

Değinilmesi gerekli diğer bir husus ise Kanun'da sayılan bu iletişim araçlarının sınırlı sayıda olup olmadığıdır. Kanunda sayılan bu iletişim araçları sınırlayıcı sayıda olmayıp örnekleyici niteliktedir⁵⁷. Zira Kanun maddesindeki “gibi” sözcüğü de bu görüşü doğrulamaktadır.

MTK m. 4'ün ilk iki paragrafı 1985 UMK m. 7(2) ile benzerdir⁵⁸. 1985 UMK'de iletişim araçları örnekleyici olarak sayıldıktan sonra bu iletişim araçlarının

⁵⁴ Teati sözcüğünün sözlükteki anlamı için bkz. (Çevrimiçi), <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 05.02.2024); Aydemir, **a.g.e.**, s. 192; Süleyman Yasin Zorlu, “Tahkim Anlaşmasının Yazılı Olma Şartı”, **Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt 1**, Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 114; Nuray Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, 2. Bs., İstanbul, Beta, 2019, s. 78, (HMK).

⁵⁵ Aydemir, **a.g.e.**, s. 192.

⁵⁶ Aydemir, **a.g.e.**, s. 192.

⁵⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 169.

⁵⁸ Doktrinde iki madde kıyaslanırken MTK'deki maddenin 1985 UMK'dekinin tercümesi olduğu belirtilmiştir. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 168. Ancak bu görüşe katılmamaktayız. Zira MTK m. 4(2) ile 1985 UMK m. 7(2) arasında bazı farklar bulunmaktadır. Bu yüzden m. 4(2)'nin m. 7(2)'nin hemen hemen aynısı olduğu söylenebilir. Bkz. Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 435.

tahkim anlaşmasını yazılı olarak kaydedebilecek nitelikte olması koşuluyla kabul edildiği görülmektedir⁵⁹. MTK’de ise tahkim anlaşmasının teati edilebileceği iletişim araçları sayılırken Model Kanun’daki gibi “*yazılı olarak kaydedebilecek*” nitelikte olma koşulu aranmamıştır⁶⁰. Yazılı şekil şartının sağlanması için bilgiye tekrar ulaşılabilir olması gerekli olduğundan ve bu da ancak tahkim anlaşmasının bir kaydının sağlanması yolu ile mümkün olduğundan, MTK’deki bu eksikliğin UNCITRAL’in görüşü doğrultusunda yorum yoluyla giderilebileceği savunulmaktadır⁶¹.

Tahkim anlaşmasının Kanun’da örnekleyici nitelikte sayılan iletişim araçlarından birinde yer alarak teati edilmesi durumunda tarafların imzasının gerekli olup olmadığı da tartışılması gereken bir husustur. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşe göre tahkim anlaşmasının taraflar arasında teati edilen mektup, teleks, telgraf, faks gibi iletişim araçlarıyla akdedilmesi hâlinde tarafların imzasına gerek bulunmamaktadır⁶². Zira, Kanun’da tarafların imzasının arandığı hâller açıkça belirtilmiş olup teati edilen iletişim araçlarıyla akdedilen tahkim anlaşmasında imza unsuru zorunlu tutulmamıştır.

Doktrindeki bir görüşe göre ise MTK’de imzanın gerekip gerekmeyeceği konusunda açık bir hüküm bulunmadığı için TBK’nin ilgili hükümlerine bakmak gereklidir⁶³. TBK m. 14(2) uyarınca imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim

⁵⁹ 1985 UMK m. 7(2): “[...] in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement [...]” 1985 UMK’nin 7(2) sayılı maddesi için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 05.02.2023). Belirtilen hükmün Türkçesi ise: “ [...] veya taraflar arasında teati edilen mektuplarda, telekslerde, telgraflarda veya böyle bir anlaşmanın kaydını mümkün kılan diğer iletişim vasıtalarında yer alması [...]” şeklindedir. 1985 UMK’deki yazılı şekil şartına ilişkin detaylı bilgi için bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, 2. Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1032.

⁶⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 169; Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 435; Deren Yıldırım, **Esaslı Sorunlar**, s. 45; Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 57.

⁶¹ Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 435; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 169. Akıncı, ileride ortaya çıkabilecek iletişim araçlarının yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi için 1985 UMK’deki “yazılı kayıt verme” özelliğinin olup olmadığına bakılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 169.

⁶² Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 57; Deren Yıldırım, **Esaslı Sorunlar**, s. 45; Şanlı, **Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 354; Işık, **Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası**, s. 171; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 279; Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 421.

⁶³ Aydemir, **a.g.e.**, s. 194.

araçları ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer. Yazara göre aynı mekanda bulunmayan yani birbirine uzak olan taraflar arasında daha kolay, daha kısa süre içerisinde metin alışverişi yapmaya olanak sağlayan faks ile gönderilen bir metnin çıktısının alınması o metnin imzalanmamasını gerektirmemektedir⁶⁴. Yazar ayrıca, bir mektupla gönderilen tahkim anlaşması için imza şartı aranıyorsa faks ile gönderilen tahkim anlaşmasında da imza şartı aranmalıdır görüşünü benimsemiştir⁶⁵. Sonuç olarak tahkim anlaşmasının mektup, telgraf, faks ve benzeri iletişim araçlarıyla kurulması durumunda gönderen tarafın imzasının bulunması gerektiğini belirten yazar bu imzaların aynı metin altına atılması gerekli görmediğini de belirtmiştir⁶⁶.

Kanaatimizce bu görüş eleştiriye açıktır. Zira, tahkim anlaşmasının faks yolu ile teati edilmesi hâlinde atılacak imza orijinal olmayacak başka bir ifadeyle imza da fotokopi niteliğinde olacaktır⁶⁷. Bu da taraflardan birinin imzayı çok kolay bir şekilde inkâr etmesine sebebiyet verebilecektir. Bu durum ise daha karmaşık sorunlara yol açacak ve tahkim anlaşmasının kolayca kurulması için getirilen maddenin amacına aykırı olacaktır. Kaldı ki, MTK m. 4(2)'de imza aranan durumlar açıkça belirtilmiş olup teati ile tahkim anlaşması kurulması durumunda tarafların imzası aranmamaktadır.

Sözlü veya telefon görüşmesi ile kurulan bir sözleşmede tahkim şartının yer alması durumunda sözleşmenin teyit edilmesi için gönderilen teyit mektubuna sekiz gün içinde itiraz edilmemesi durumunda tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulup kurulmadığı hususunun da tartışılması gerekir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁶⁸ “Tacir Olmanın Hükümleri” başlığında yazılı şekilde yapılamayan sözleşmelerin kurulup kurulmadığını ve sözleşme kurulmuşsa sözleşmenin ihtivasını doğrulamak amacıyla bir yazı yani teyit mektubu gönderilmesini düzenlemiştir⁶⁹. 6102 sayılı TTK m. 21(3) uyarınca: “*Telefonla, telgrafla, herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla*

⁶⁴ Aydemir, **a.g.e.**, s. 196.

⁶⁵ Aydemir, **a.g.e.**, s. 196.

⁶⁶ Aydemir, **a.g.e.**, s. 196.

⁶⁷ Burak Özen, “Adi Yazılı Şeklin Gerçekleşmiş Sayılması İçin Faksın Teyidini Kim ve Hangi Yolla Yapar?”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 1, 2023, s. 20.

⁶⁸ RG: 14.02.2011 – 27846.

⁶⁹ Rıza Ayhan, “Teyit Mektubu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 71, S. 2, 2014, s. 54.

veya diğer bir teknik araçla ya da sözlü olarak kurulan sözleşmelerle yapılan açıklamaların içeriğini doğrulayan bir yazıyı alan kişi, bunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itirazda bulunmamışsa, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır.”

Bizim de katıldığımız görüşe göre, tahkim anlaşması başlangıçta geçerli olarak akdedilmediği için teyit mektubuna itiraz edilmemesi durumunda tahkim anlaşmasının geçerli sayılacağı kabul edilemez. Zira, tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılması gerektiğinden sözlü veya telefon görüşmesi ile kurulan bir sözleşme içinde yer alan tahkim anlaşmasının geçerli olması mümkün değildir⁷⁰. Ancak TTK m. 21(3)’te yalnızca sözlü ya da telefon görüşmeleriyle kurulan sözleşmelerden değil telgrafla, herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla veya diğer bir teknik araçla kurulan sözleşmelerden de bahsedilmektedir. Bu durumda, MTK m. 4(2)’de sayılan telgraf, faks ve benzeri iletişim araçlarıyla kurulan sözleşmelerle yapılan açıklamaların içeriğini doğrulayan bir yazıyı alan (teyit mektubu) kişi sekiz gün içinde itiraz etmezse tahkim anlaşması kurulabilecek midir? Kanaatimizce bu durumda da belge teatisi şartı sağlanamayacağından tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olarak kurulması mümkün değildir.

Taraflar arasında kurulan bir sözleşme neticesinde sözleşmenin ifası sırasında mal veya hizmet sağlamış, bir işi görmüş veya imalat yapmış ya da bir menfaat temin etmiş olan tarafın, içinde tahkim şartı yer alan fatura düzenlemesi ve bu faturaya da karşı tarafın sekiz gün içinde itiraz etmemesi durumunda geçerli bir tahkim anlaşması kurulamaz⁷¹. Zira, faturaya itiraz edilmemesi hâlinde faturaya itiraz etmeyen taraf fatura içeriğini kabul etmiş sayılır⁷². Tahkim anlaşması ise fatura içeriğine dahil değildir. Bu yüzden, faturayı teslim alan kişiye bu hususta bir inceleme yapması zorunluluğu yüklenemez. Ayrıca faturayı teslim alanın bunu imzalaması da söz konusu olamaz⁷³.

⁷⁰ Aydemir, **a.g.e.**, s. 198; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1034.

⁷¹ Aydemir, **a.g.e.**, s. 198; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1035.

⁷² TTK m. 21(2) uyarınca: “Bir fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde, faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa bu içeriği kabul etmiş sayılır.”

⁷³ Aydemir, **a.g.e.**, s. 198; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1035.

1.4. Tahkim Anlaşmasının Elektronik Ortama Geçirilerek Yapılmış Olması

MTK m. 4(2)'ye göre tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartının yerine getirilme koşullarından bir diğeri de tahkim anlaşmasının elektronik ortama geçirilmesidir.

Bilgi iletişimi teknolojilerindeki hızlı gelişme ve bilgisayar kullanımının yaygınlaşması sözleşmelerin kurulma yöntemlerini de etkilemiştir. Fiziksel yolla kurulan sözleşmeler teknolojiye bu hızlı gelişmeye bağlı olarak internet aracılığıyla elektronik ortamda kurulmaya başlanmıştır. Bu kapsamda sözleşmeler akıllı telefonlarla, tabletlerle ve bilgisayar gibi araçlarla çok kolay ve hızlı bir şekilde kurulabilmektedir. MTK'nin hazırlanması sırasında da belirtilen bu teknolojik gelişmeler göz önünde tutulmuş ve tahkim anlaşmalarının elektronik ortamda kurulmasının yazılı şekil şartını sağlayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu kapsamda öncelikle elektronik sözleşme kavramı ile sözleşmelerin elektronik ortamda nasıl kurabilecekleri ve elektronik ortamda kurulan sözleşmelerin şekil açısından geçerliliğinin incelenmesi gereklidir. Daha sonrasında ise tahkim anlaşmalarının elektronik olarak kurulup kurulamayacaklarının ve MTK m. 4(2)'de bahsedilen elektronik ortam kavramı üzerinde durulması gerekmektedir.

1.4.1. Elektronik Sözleşme ve Elektronik Ortam Kavramları

TBK m. 1 uyarınca: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.” Bu irade beyanları açık veya örtülü olabilir. Bu noktada önemli olan husus, Kanun'da açıkça belirtilmemişse irade beyanlarının herhangi bir şekle tâbi olmadığıdır⁷⁴. Bu durumda irade beyanlarının elektronik ortamda açıklanması da mümkündür. Ancak irade beyanlarının elektronik ortamda nasıl açıklanacağı konusu üzerinde durmak gereklidir.

Hazır olmayan taraflar arasında sözleşmelerin kurulması yani irade beyanlarının açıklanması çeşitli iletişim araçlarının kullanılması ile gerçekleşmektedir⁷⁵. Bu iletişim araçlarından televizyon, radyo, telgraf, teleks, faks ve

⁷⁴ Sarıakçalı, a.g.e., s. 40.

⁷⁵ Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 36.

benzer nitelikteki araçlarla kurulan iletişim geniş anlamda elektronik iletişim olarak nitelendirilmektedir⁷⁶. Dar anlamda elektronik iletişim ise başta internet olmak üzere yalnızca ağlar üzerinden kurulan iletişimi tanımlamaktadır⁷⁷.

Bilgisayarlar aracılığıyla gerçekleşen elektronik iletişim kavramıyla birlikte elektronik ortam kavramı da ortaya çıkmıştır⁷⁸. Elektronik iletişimin bir sonucu olarak ortaya çıkan elektronik ortam ise “ [...] *bilginin bilgisayar tarafından işlenebilecek şekilde sayısal olarak yaratılması, iletilmesi ve bu süreçte insanlar tarafından kullanılması ile ortaya çıkan olguyu ifade eder* [...]”⁷⁹ Türk hukukunda da irade beyanları elektronik ortamda gerçekleştirilebilir⁸⁰.

Elektronik ortamda kurulan sözleşmeleri ifade etmek için kullanılan elektronik sözleşme terimi ise aslında belirli bir çeşit sözleşme şeklini ifade etmemekte, sadece sözleşmenin kuruluş şeklini belirtmektedir⁸¹. Elektronik sözleşmenin kurulması için de tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanları gerekmekte olup elektronik sözleşmede taraflardan her biri iradesini elektronik ortamda açıklamaktadır⁸². Bu noktada belirtmek gerekir ki, TBK’de yer alan sözleşmenin kuruluşuna ilişkin kurallar fonksiyonel eşitlik prensibi gereği elektronik sözleşmeler için de uygulanır⁸³. Diğer bir ifadeyle, elektronik sözleşmelerinin kurulması için gereken irade beyanlarının

⁷⁶ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 47.

⁷⁷ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 47. Yazara göre dar anlamda elektronik iletişimde bilgiler veri mesajı şeklinde bilgisayarlar aracılığıyla hazırlanır, iletilir ve bilgisayar ekranında görüntülenir. Bu noktada veri mesajı kavramının da açıklanmasına ihtiyaç duymaktayız. 23 Kasım 2005 tarihli Milletlerarası Akitlerde Elektronik İletişim Kullanılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (BM Elektronik İletişim Sözleşmesi) m. 4(c) uyarınca elektronik veri (*data message*) elektronik posta, telgraf, teleks ve faks içeren, fakat bunlarla sınırlı olmayan elektronik, manyetik, optik ve benzeri araçlarla yaratılan, gönderilen, alınan veya depolanan bilgiyi ifade eder. Sözleşme metnine erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-57452_ebook.pdf, (Erişim Tarihi: 06.02.2024); 23 Kasım 2005 tarihli Milletlerarası Akitlerde Elektronik İletişim Kullanılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nden (BM Elektronik İletişim Sözleşmesi) daha sonra ayrıntılı olarak bahsedilecektir. Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, 1.2.5.

⁷⁸ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 48.

⁷⁹ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 48; Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 423.

⁸⁰ Ergun Özsunay, “Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları”, **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu**, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 128.

⁸¹ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 39; Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 62; Aziz Erman Bayram, “Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 28, S. 119, 2015, s. 334.

⁸² Bayram, **a.g.m.**, s. 334.

⁸³ Hatice Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 39. Yazara göre fonksiyonel eşitlik prensibi, “ [...] *fiilî veya hukukî durumda meydana gelen değişikliklere rağmen, var olan bir hukuk kuralının temelinde yatan amacın korunmasını ifade eder* [...]”

açıklanması için kullanılan araçların elektronik iletişim araçları olmasının sözleşmenin kurulması açısından bir önemi ve etkisi bulunmamaktadır⁸⁴. Neticede elektronik sözleşme; konusu mal, hizmet veya dijital hizmet olan ve tarafların bir araya gelmeden çeşitli elektronik iletişim araçlarıyla elektronik ortamda kurdukları sözleşmedir⁸⁵.

Bu noktada bahsedilmesi gereken diğer bir husus ise günümüzde elektronik sözleşmelerin en çok gerçekleştiği elektronik ortam olan internettir. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde taraflar irade beyanlarını internet aracılığıyla ulaştırmaktadır⁸⁶. İnternet üzerinden sözleşme kurulmasında web sitesi, elektronik posta (e-posta) ve elektronik veri değişimi (EDI) gibi çeşitli yöntemler kullanılmaktadır. Bu yöntemlerden kısaca bahsetme gereği duyuyoruz.

Özellikle işletmeler, mal ve hizmetlerini tanıtmak ve satışını yapmak üzere web sitelerini kullanmaktadır⁸⁷. Web sitelerinde kurulan sözleşmelerin bir tarafından bilgisayar aracılığıyla mesaj gönderen bir insan bulunmaktayken diğer tarafta web sitesinin sunucusuna yüklenmiş olan parametreler bulunmaktadır⁸⁸. Web sitesinde yazılı talimatlara uyulması hâlinde bir sonraki aşamaya geçilmekte ve sözleşme kurulmaktadır⁸⁹.

Herkese yönelik icaplar içeren web sitelerinin aksine bireysel icaplar yapmaya yarayan e-posta ise hukuki açıdan mektuplara benzetilebilir⁹⁰. E-posta ile taraflar kendilerine ait web siteleri aracılığıyla irade beyanında bulunarak sözleşme akdedebilmektedirler⁹¹.

Elektronik veri değişimi (EDI) ise birbirlerine network ağı ile bağlı olan işletmeler arasında stok kontrolü ve sipariş verme amacıyla verilerin araya insan unsuru girmeden değişimini ifade etmektedir⁹².

⁸⁴ Hatice Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 39.

⁸⁵ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 78.

⁸⁶ Sariaççalı, **a.g.e.**, s. 40.

⁸⁷ Sariaççalı, **a.g.e.**, s. 40.

⁸⁸ Sariaççalı, **a.g.e.**, s. 42.

⁸⁹ Sariaççalı, **a.g.e.**, s. 42. Web sitelerinde açıklanan bilginin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 57-66.

⁹⁰ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 68.

⁹¹ Sariaççalı, **a.g.e.**, s. 43.

⁹² Sariaççalı, **a.g.e.**, s. 25.

1.4.2. Türk Hukukunda Elektronik Sözleşmeler Konusundaki Düzenlemeler

Türk hukukunda elektronik sözleşmeler konusundaki düzenlemeler başlıca 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu⁹³ ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun⁹⁴ olmakla birlikte 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da⁹⁵ yer alan mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümler de önem arz etmektedir.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun⁹⁶ kabul edildiği dönemde teknolojinin henüz gelişmemiş olması nedeniyle elektronik sözleşme kavramı Kanun'da yer almamaktaydı⁹⁷. Elektronik sözleşme kavramının ortaya çıkmasıyla birlikte 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu yürürlüğe girmiş ve bu Kanun'un 22. maddesiyle Borçlar Kanunu'nun 14. maddesine “*Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir.*” cümlesi eklenmiştir⁹⁸. 6098 sayılı TBK ise 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasına ve Kanun'un yürürlüğe girdiği dönemde elektronik sözleşmeler yaygın olmasına rağmen Kanun'da elektronik sözleşmelerle ilgili özel bir hüküm yer almamıştır⁹⁹.

Avrupa Birliği'ne uyum süreci nedeniyle elektronik ticarete ilişkin kapsamlı bir düzenleme getiren 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun elektronik sözleşmelere ilişkin de birtakım hükümler içermektedir¹⁰⁰. Kanun'da her ne kadar elektronik sözleşmenin tanımı yapılmamış olsa da amaç ve kapsam başlıklı 1. maddenin 2 numaralı fıkrasında elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelerin Kanun kapsamında olduğu belirtilmiştir¹⁰¹. Ayrıca Kanun'un tanımlar başlıklı 2.

⁹³ RG: 23.01.2014 – 25355.

⁹⁴ RG: 05.11.2014 – 29166.

⁹⁵ RG: 28.11.2013 – 28835.

⁹⁶ RG: 29.04.1926 – 359.

⁹⁷ Bayram, **a.g.m.**, s. 338.

⁹⁸ Bayram, **a.g.m.**, s. 338.

⁹⁹ Bayram, **a.g.m.**, s. 338; Elektronik imza ile ilgili olarak TBK'ye m. 14(2) ve m. 15(1) hükümleri eklenmiştir. Bu hükümlere ilişkin bilgi için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, 1.2.2.

¹⁰⁰ Bayram, **a.g.m.**, s. 338.

¹⁰¹ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 1(2): “*Bu Kanun, ticari iletişimi, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarını, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler ile elektronik ticarete ilişkin bilgi verme yükümlülüklerini ve uygulanacak yaptırımları kapsar.*”

maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ticari elektronik iletinin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre, “*Ticari elektronik ileti; telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, e-posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletileri ifade eder.*” Neticede, Kanun’da sayılan bu iletişim araçlarıyla akdedilen sözleşmeler de elektronik sözleşme olarak nitelendirilebilir¹⁰².

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da esas olarak elektronik sözleşmeler düzenlenmemiş olmakla birlikte elektronik sözleşme kavramı ile yakından ilişkili olan mesafeli satış sözleşmeleri düzenlenmiştir. 6502 sayılı Kanun’un 48. maddesinde mesafeli sözleşme, “*Satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere, uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Kanun’a göre de taraflar mesafeli sözleşmeyi bir araya gelmeden uzaktan iletişim araçlarını kullanarak kurarlar¹⁰³.

Doktrindeki bir görüşe göre elektronik ortamda kurulan sözleşmeler mesafeli sözleşmeler kapsamında olup elektronik ticaret nedeniyle kurulan sözleşmeler de zorunlu olarak mesafeli sözleşme olarak nitelendirilir¹⁰⁴. Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca bir elektronik sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak kabul edilmesi için tarafların sözleşmenin kurulması sırasında bir arada olmaması gereklidir. Aynı zamanda taraflardan birinin tüketici olması gerekir¹⁰⁵. Dolayısıyla, ancak şartları bulunduğu durumda bazı elektronik sözleşmeler aynı zamanda mesafeli sözleşme olarak kabul edilebilir¹⁰⁶. Mesafeli sözleşme kavramı bir tüketici sözleşmesini ifade ettiğinden işletmeler arasında kurulan elektronik sözleşmeler mesafeli sözleşme olarak

¹⁰² Bayram, **a.g.m.**, s. 340.

¹⁰³ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 75.

¹⁰⁴ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 43.

¹⁰⁵ Bayram, **a.g.m.**, s. 344.

¹⁰⁶ Bayram, **a.g.m.**, s. 344.

nitelendirilemez¹⁰⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki mesafeli sözleşmeler de belirli bir sözleşme tipi olmayıp sözleşmenin kuruluş şekliyle ilgilidir¹⁰⁸.

Elektronik sözleşmeler konusuyla ilgili hukukumuzda yer alan diğer bir düzenleme ise 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda yer almaktadır. Elektronik İmza Kanunu'nda da elektronik sözleşme tanımı yer almamaktadır¹⁰⁹. Elektronik sözleşmeleri Elektronik İmza Kanunu açısından tanımlamak için kullanılacak kavram ise elektronik veridir¹¹⁰. EİK'nin 3. maddesinin (a) bendi uyarınca “*Elektronik veri: Elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtları ifade eder.*” Kuruluş şekli açısından bir elektronik kayıt olan elektronik sözleşmenin de elektronik verilerin kullanılmasıyla ya da bu verilerin değiş-tokuşuyla kurulan sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkündür¹¹¹.

Tüm bu düzenlemeler karşısında tahkim anlaşmalarının elektronik ortamda kurulabileceğine ilişkin bir hükmün MTK m. 4(2)'ye konulması mümkün hâle gelmiştir. Böylece tahkim anlaşmalarının elektronik ortamda da kurulabileceği MTK m. 4(2) kapsamına alınmıştır¹¹².

1.4.3. Elektronik Tahkim Anlaşmaları

Dar anlamda elektronik iletişimin başta internet olmak üzere sadece ağlar üzerinden kurulan iletişimi tanımladığı belirtilmiştir¹¹³. Bu bölümde de dar anlamda

¹⁰⁷ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 78.

¹⁰⁸ Savaş Bozbel, “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler: 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, S. 3-4, 2003, ss. 783-804, s. 783.

¹⁰⁹ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 77. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmış olan Elektronik Veri, Elektronik Sözleşme ve Elektronik İmza Kanunu Tasarısı Taslağı'nda elektronik sözleşmelerin dolaylı yoldan tanımlayan ve ““Elektronik Sözleşme” başlığını taşıyan 11(1). maddenin ilk cümlesi uyarınca ““*Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, bir sözleşmede icap ve kabul elektronik veri yoluyla yapılabilir.*” Bkz. Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 77-78; Söz konusu taslak Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu ile AB Elektronik İmza Direktifi'nden yararlanılarak hazırlanmış ancak yoğun eleştiri almış ve yasalaşma sürecini tamamlayamamıştır. Bkz. Süheyla Zorlu, **İnternette Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010, s. 141.

¹¹⁰ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 78.

¹¹¹ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 78.

¹¹² Aydemir, **a.g.e.**, s. 200.

¹¹³ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, 1.4.1.

iletişim araçları aracılığıyla, başka bir ifadeyle, internet üzerinden kurulan elektronik tahkim anlaşmalarına ilişkin yazılı şekil şartından bahsedilecektir.

Çoğunluk görüşe göre tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının elektronik olarak yapılmasının önünde Türk hukukunda herhangi bir engel bulunmamaktadır.¹¹⁴ Kaldı ki, MTK m. 4(2)’de açıkça tahkim anlaşmalarının elektronik ortamda yapılabilceği hüküm altına alınmıştır. Bu konuda ele alınması gereken ilk düzenleme 1985 UMK m. 7(2)’dir.

1985 UMK m. 7(2)’de yazılı şekil şartının gerçekleşmesi için tahkim anlaşmasının “*varlığını kanıtlayabilecek*” bir iletişim aracında yer alması gerektiği belirtilmiřtir¹¹⁵. Ancak MTK m. 4(2)’de, kullanılan iletişim araçlarının tahkim anlaşmasının bir kaydını sağlaması gerektiğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır¹¹⁶. Bu noktada belirtmek gerekir ki, elektronik iletişim bakımından bilginin tekrar ulaşılabilir olmasını sağlayan özellik de kullanılan iletişim aracının tahkim anlaşmasının kaydını saęlamasıdır¹¹⁷. Başka bir ifadeyle bu noktada önemli olan husus elektronik ortamdaki kaydın ulaşılabilir olması yani tahkim iradesinin elektronik ortamdaki veride bulunabilmesidir¹¹⁸. Böylece, elektronik ortama geçirilmiş tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartı, bilgiye yeniden ulaşılabilir olması şartına bağlı tutulduğundan MTK’deki bu eksiklik 1985 UMK’nin yorumu yoluyla giderilecek ve aynı şart MTK açısından da aranacaktır¹¹⁹.

¹¹⁴ Süheyla Balkar, “Online Tahkim”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2004, S. 1, ss. 463-497, 2006, s. 481, (**Online Tahkim**); Ziya Akıncı, “Tahkim Giderlerinin Azaltılması ve Elektronik Tahkim”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, 10 Mart 2003, Ankara, s.109, (**Tahkim Giderlerinin Azaltılması**); zdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 219; şit, **Tahkim Anlaşmasının şekli**, s. 427-428; zbek, **Tahkim Hukuku**, s. 454; Aydemir, **a.g.e.** s. 200.

¹¹⁵ zdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 219.

¹¹⁶ şit, **Tahkim Anlaşmasının şekli**, s. 435; Bu durumda, MTK’nin 1985 UMK’dan daha dar kapsamlı olduğu belirtilebilir. Bkz. zdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 219.

¹¹⁷ şit, **Tahkim Anlaşmasının şekli**, s. 435; Erkan da rızanın elektronik iletişim araçlarıyla verilmesi durumunda bu rızaya yazılı formatta ulaşılabilir olması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 54; Yeşilova ise 1985 UMK m. 7(2) uyarınca, tahkim anlaşmalarının, anlaşmaya *kayıt* sağlayan yeni iletişim araçları ile kurulabileceğini belirtmiştir. Bkz. Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 272.

¹¹⁸ Ekşi, **HMK**, s. 78.

¹¹⁹ şit, **Tahkim Anlaşmasının şekli**, s. 435; Aydemir, **a.g.e.**, s. 201.

Elektronik tahkim anlaşmaları, elektronik sözleşmelerin yapılma şeklinde olduğu gibi e-posta yoluyla veya web siteleri aracılığıyla yapılabilmektedir¹²⁰. Uygulamada karşılaşılan ve internet üzerinden kurulan tahkim anlaşmaları genel olarak üç şekilde yapılmaktadır. Bu noktada tahkim anlaşmaları; e-posta üzerinden yapılan anlaşmalar, “tıklama bazlı” (*click-wrap*) anlaşmalar ve “görüntüleme bazlı” (*browse-wrap*) anlaşmalar olarak üçe ayrılmaktadır¹²¹. Konunun ilk olarak e-posta kapsamında incelenmesini gerekli buluyoruz.

Teleks, telgraf, faks ile e-posta arasındaki fark; teleksin, telgrafın ve faksın kağıt üzerinde yazılı olmasıyken e-postanın alıcının isteği doğrultusunda yazılı hâle getirilmesidir¹²². E-posta aracılığıyla yapılan tahkim anlaşmaları ile örneğin telgrafla yapılan tahkim anlaşmaları pek çok açıdan benzerlik gösterse de e-posta yolu ile yapılan tahkim anlaşmaları daha çok tereddüt doğurmaktadır¹²³. Zira; telgraf ile yapılan tahkim anlaşmalarında telgrafi gönderenin kimliğinin daha belirlenebilir olması veya metnin içeriğinin değiştirilmesinin daha zor olması, ayrıca metnin ulaşp ulaşmadığını kanıtlamanın mümkün olması, telgrafla kurulan tahkim anlaşmalarının daha güvenilir olduğunu düşündürmektedir¹²⁴. Ancak tüm bunlara rağmen tahkim anlaşmaları e-posta aracılığıyla akdedildiğinde MTK m. 4(2)’deki yazılı şekil şartı sağlanmış olacaktır¹²⁵. Bu noktada ortaya çıkan asıl sorun ise e-posta aracılığıyla yapılan elektronik tahkim anlaşmalarının kim tarafından yapıldığının veya içeriğinin aynen korunup korunmadığının belirli olmaması sonucunda yaşanan ispat sorunlarıdır¹²⁶. Bu noktada elektronik tahkim anlaşmalarının kurulabilmesi için elektronik imzanın gerekip gerekmediği hususuna değinmekte fayda vardır.

¹²⁰Samet Sevgi, **Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından Çevrimiçi (Online) Tahkim Yöntemi**, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021, s. 112; Balkar, **Online Tahkim**, s. 481.

¹²¹ Reinmar Wolff, “E-Arbitration Agreements and E-Awards: Arbitration Agreements Concluded in an Electronic Environment and Digital Arbitral Awards”, **Arbitration in the Digital Age: The Brave New World of Arbitration**, Ed. Piers, M./Aschauer, C., Cambridge University Press, 2018, s. 152.

¹²² Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 425.

¹²³ Akıncı, **Tahkim Giderlerinin Azaltılması**, s. 108.

¹²⁴ Akıncı, **Tahkim Giderlerinin Azaltılması**, s. 108.

¹²⁵ Ekşi, **HMK**, s. 78; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 169; Balkar, **Online Tahkim**, s. 481; Akıncı, **Elektronik Tahkim**, s. 431.

¹²⁶ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 219.

MTK’de yalnızca tahkim anlaşmalarının elektronik ortama geçirilmesi hüküm altına alınmış olmakla birlikte diğer iletişim araçlarıyla kurulan tahkim anlaşmalarının kuruluşunda olduğu gibi elektronik imza zorunluluğu arandığına ilişkin bir ifade yer almamaktadır¹²⁷. Bir görüşe göre, bilgisayar üzerinde hazırlanmış olan tahkim anlaşmasının elektronik imza ile imzalanması, imzalanan anlaşmanın dijital formata dönüştürülerek telekomünikasyon ağı üzerinden anlaşmanın diğer tarafına bir veri olarak aktarılması ve anlaşmayı bu şekilde alan diğer tarafın da anlaşmayı elektronik imza ile imzalayarak tekrardan diğer tarafa göndermesi hâlinde tahkim anlaşması kurulabilir¹²⁸. Bu görüşe yakın olan bir görüş de e-posta ile tahkim anlaşması kurulması hâlinde yazılı şekil şartının sağlanması için e-postanın güvenli elektronik imza ile imzalanmasını ya da elektronik iletişimin karşı tarafça alındığını gösteren güvenli araçların (örneğin elektronik tebligat adresine gönderilmesi) varlığının bulunması gerektiğini savunmaktadır¹²⁹.

Yukarıdaki görüşlere katılmak mümkün değildir. Zira, MTK’de yalnızca tahkim anlaşmasının elektronik ortama aktarılmasından bahsedilmiş, elektronik ortama aktarılan anlaşmanın elektronik imzalı olması zorunluluğundan bahsedilmemiştir. Kaldı ki, geniş anlamda elektronik iletişim araçları olarak adlandırılan telgraf, mektup, faks vb. araçlarla teati yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarında imza şartı öngörülmediğinden elektronik ortama aktarılarak kurulan tahkim anlaşmalarında elektronik imza şartının aranmasının teknoloji nötr ilkesine gölge düşüreceği kanaatindeyiz.

Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşe göre e-posta ile kurulan tahkim anlaşmalarında imza şartı aranmamaktadır¹³⁰. Bu görüş sahiplerinden birine göre, e-

¹²⁷ Aydemir, **a.g.e.**, s. 202; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 170.

¹²⁸ Aydemir, **a.g.e.**, s. 203; Özdemir Kocasakal da e-postaların kimden geldiğinin ve e-postaların içeriğinin değiştirilip değiştirilmediğinin ispatında sorunlar yaşanacak olması sebebiyle Elektronik İmzanın Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı kabul edilinceye kadar MTK m. 4(2)’de bahsi geçen ve tahkim anlaşmalarının elektronik ortama aktarılmasına ilişkin hükmün uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Bkz. Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 219- 220. Elektronik İmzanın Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı zamanında ileri sürülen bu görüşün doğru olmadığını düşünmekteyiz. Zira, tahkim anlaşmalarının elektronik ortamda kurulması hâlinde MTK’de bu anlaşmaların imzalanmasına ilişkin bir ifade yer almamaktadır.

¹²⁹ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 454.

¹³⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 170; Esen, **Şekil**, s. 112; Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 425; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 280.

postanın kim tarafından gönderildiği konusunda ortaya çıkacak uyuşmazlıklar ispat hukukunun konusu olduğundan e-posta yolu ile kurulan tahkim anlaşmalarında elektronik imza şartı aranmamalıdır¹³¹. Aynı görüşün destekçisi olan doktrindeki diğer bir görüş uyarınca da elektronik iletişimdeki şifreleme tekniklerinin kullanılmasından dolayı, imza unsurunun bulunmaması her durumda yazılı şekil şartının gerçekleşmesini engellememektedir¹³².

Bir tarafın beyan veya davranışı web sitesinde yapılan bir öneriyi kabul ettiğini gösterdiği sürece web siteleri aracılığıyla da sözleşme kurulması mümkündür.¹³³ Peki bu önerilerin kabul edilmesi *click-wrap* ve *browse-wrap* uygulamalarında nasıl gerçekleşmektedir?

Web sitesi aracılığıyla kurulan sözleşmelerde genel olarak sözleşme şartları site sahibi tarafından tek taraflı olarak hazırlanmakla birlikte muhataba bu şartlar üzerinde müzakere etme imkânı tanınmaz¹³⁴. Tamamen elektronik etkileşim yoluyla bir butona tıklamak yoluyla girilen hukuki işlemler “*click-wrap*”, “*web-wrap*” ya da “*click-on*” olarak adlandırılmaktadır¹³⁵.

Bir *click-wrap* uygulamasında bildirimler kullanıcının “*tamam*” veya “*kabul ediyorum*” ifadelerinin yer aldığı butonlara tıklaması aracılığıyla yapılmaktadır.¹³⁶ Eğer kullanıcı bu butonlara tıklamazsa web sitesi kullanıcının diğer sayfaya ilerlemesine izin vermeyecek ve bildirimler de tamamlanamayacaktır¹³⁷. Tahkim anlaşmaları da web sitesi aracılığıyla taraflardan birinin “*kabul ediyorum*” şeklinde yazılı bir butona tıklaması suretiyle kurulabilmektedir¹³⁸.

Doktrindeki bir görüş uyarınca *click-wrap* şeklinde yapılan tahkim anlaşmaları 1985 UMK m. 7(2)’deki yazılı şekil şartını sağlamaktadır. Zira, web sitesinde ilgili anlaşmalar kullanıcı tarafından görüntülenmekte, müşteri de “*tamam*” veya “*kabul*

¹³¹ Esen, **Şekil**, s. 112.

¹³² Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 425.

¹³³ Wolff, **a.g.m.**, s. 152; Dülger, **a.g.m.**, s. 344.

¹³⁴ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 75.

¹³⁵ Gülin Güngör, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 1, 2002, s. 31.

¹³⁶ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 76.

¹³⁷ Wolff, **a.g.m.**, s. 152.

¹³⁸ Balkar, **Online Tahkim**, s. 481.

ediyorum” butonlarına tıklayarak kabul ettiğine ilişkin beyanları web sitesi operatörüne aktarmaktadır. Böylece beyan alışverişi tamamlandığından yazılı şekil şartı sağlanmış olmaktadır¹³⁹. MTK m. 4(2)’nin 1985 UMK m. 7(2)’nin neredeyse tercümesi olduğu göz önüne alındığında, bu görüş uyarınca, *click-wrap* şeklinde kurulan tahkim anlaşmaları MTK m. 4(2) bağlamında yazılı şekil şartını sağlayacaktır.

Doktrindeki diğer bir görüş uyarınca ise, *click-wrap* yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartını sağlaması için web sitesindeki genel şartlar içinde yer alan tahkim şartının “*kabul ediyorum*” butonuna tıklanması ve bu genel şartların kopyasının temin edilebilmesi ya da kaydedilebilir olması gerekir¹⁴⁰. Yukarıda açıklanan hususlar dahilinde biz de bu görüşe katılmakta ve tarafların irade beyanlarının kaydının sağlanabilir olması durumunda yazılı şekil şartının sağlanacağını düşünmekteyiz¹⁴¹.

“*Browse-wrap*” uygulamasında ise kullanıcı, herhangi bir butona tıklamadan yalnızca web sitesini kullanmak ya da yazılım yüklemek gibi eylemlerde bulunur¹⁴². Kullanıcı sayfaya giriş yapıp çevrimiçi gezinirken başka sayfada yer alan ve bir bağlantı linkiyle erişilebilen genel hüküm ve koşullarla karşılaşır¹⁴³. Bu genel hüküm ve koşullar genellikle “*sitenin kullanımı şartların kabulünü sağlar*” veya “*yazılımı indirmeniz ya da kullanmanız bu lisans şartlarına onayınızı gösterir*” gibi ifadelerle

¹³⁹ Wolff, **a.g.m.**, s. 157.

¹⁴⁰ Balkar, **Online Tahkim**, s. 481.

¹⁴¹ Doktrindeki bazı yazarlar; eğer, web sitesi, tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yapacak şekilde genel şartlar belirlemişse, atıf yapılan belgedeki tahkim şartının da web sitesinde görüntülenebilir olması gerektiğini belirtmişlerdir. Bkz. Özdemir Kocasakal, **Elektronik Akitler**, s. 221; Balkar, **Online Tahkim**, s. 481. Bu husus, atıf (*incorporation by reference*) yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları bölümünde ele alınmıştır. Bkz. aşağıda İkinci Bölüm, 1.6. Aşağıda daha detaylı incelenecek olmasına rağmen web siteleri aracılığıyla kurulan tahkim anlaşmaları açısından da burada kısaca değerlendirme gereği duymaktayız. Atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarında, atfın yapıldığı belgede, tahkim şartını içeren belgedeki tahkim şartından özel olarak bahsedilmesi gerekliliği bulunmamaktadır. Atıf yapılan belgeleri, basiretli iş adamı sıfatıyla özenle incelemeleri gereken tacirlerin, sözleşmede genel şartlara yapılan genel atıfların tahkim şartını açıkça belirtmediği için tahkim şartının geçerli olmayacağını ileri sürmelerinin TTK m. 18(2)’de bahsedilen yükümlülük sebebiyle mümkün olmadığını düşündüğümüzden atıf yapılan belgedeki tahkim şartının da web sitesinde görüntülenebilir olması gerektiğini düşünmüyoruz. Örneğin web sitesinde yer alan hüküm ve koşullarda GENCON 1994’e atıf yapılmışsa GENCON 1994 kurallarının web sitesinde ayrıca gösterilmesine gerek bulunmamaktadır.

¹⁴² Christina L. Kunz et al., “Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements” **Business Lawyer**, Vol. 59, No. 1, 2003, s. 280, Makaleye erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=1640185> (Erişim Tarihi: 23.10.2024).

¹⁴³ Vikash Kumar, “Enforceability of Browse Wrap Contracts: a Legal Overview”, **White Black Legal Law Journey**, 2024, s. 1-14, makaleye erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=4811879> (Erişim Tarihi: 06.07.2024).

başlar¹⁴⁴. Bu hükümleri hazırlayanlar, kullanıcının web sitesini kullanması ya da herhangi bir dosyayı indirmesi gibi eylemleriyle web sitesindeki hüküm ve koşulları kabul ettiğini iddia ederler¹⁴⁵.

Click-wrap uygulamaları genel olarak rızayı ifade etmeye elverişlidir. Ancak *browse-wrap* uygulamalarında rızanın ifade edilebilmesi daha farklıdır. Bu yüzden *browse-wrap* ile yapılan tahkim anlaşmaları geçerli sayılmayabilir. Zira, *browse-wrap* sitelerinde hüküm ve koşullar site içerisinde herhangi bir yere konulmuş bir bağlantıya tıklamak suretiyle görüntülenebildiğinden kullanıcı, hukuki işlem açısından aktif bir rıza gösteremeyebilecektir¹⁴⁶.

Doktrindeki diğer bir görüş uyarınca ise *browse-wrap* ile kurulan tahkim anlaşmalarının 1985 UMK m. 7(2) kapsamında geçerli olabilmesi için kullanıcının kabul beyanının web sitesi operatörüne aktarılması gerekmektedir. Kullanıcının kabul beyanını nasıl aktardığı bu noktada önemlidir. Örneğin kullanıcı yalnızca bu hüküm ve koşulları okumuşsa kabul beyanının web sitesine aktarıldığından bahsedilemez. Ancak kullanıcının kabul beyanını içeren bir dosya indirilirse beyanın aktarımından bahsedilebileceğinden tahkim anlaşması kurulabilecektir¹⁴⁷. Bu görüş uyarınca, 1985 UMK m. 7(2) yorum yoluyla uygulandığında MTK m. 4(2) kapsamında da tahkim anlaşmasının *browse-wrap* yoluyla kurulabilmesi mümkündür.

Kanaatimizi belirtmeden önce bu konuda verilmiş ABD mahkemesi kararlarına da kısaca değinmekte fayda vardır. *Specht v. Netscape* davasında verilen karara konu olan olayda mahkeme, taraflar arasında akdedilen ve içinde tahkim şartı da bulunan *browse-wrap* yoluyla kurulan bir sözleşmeyi incelemiştir¹⁴⁸. Mahkeme sözleşmenin kurulmasında esas unsurlardan birinin karşılıklı rıza olduğuna dikkat çekerek “*bir tüketicinin indirme düğmesine tıklaması; teklif, tüketiciye indirme düğmesine*

¹⁴⁴ Kunz, **a.g.m.**, s. 280.

¹⁴⁵ Kunz, **a.g.m.**, s. 280.

¹⁴⁶ Jeffrey H. Dasteel, “Consumer Click Arbitration: A Review of Online Consumer Arbitration Agreements”, **Arbitration Law Review**, Vol. 9, 2017, s. 1, makaleye erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://elibrary.law.psu.edu/arbitrationlawreview/vol9/iss1/18/> (Erişim Tarihi: 06.08.2024).

¹⁴⁷ Wolff, **a.g.m.**, s. 157.

¹⁴⁸ *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 150 F. Supp. 2d 585 (S.D.N.Y. 2001), Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/150/585/2468233/> (Erişim Tarihi: 04.05.2024).

tıklamanın bu şartlara rıza gösterdiği anlamına geleceğini açıkça belirtmiyorsa, sözleşme şartlarına rıza gösterdiği anlamına gelmez” şeklinde karar vermiştir. ABD Bölge Mahkemesi tarafından verilen *Ticketmaster v. Tickets.com* kararına¹⁴⁹ konu olayda Tickets.com bilgileri doğrudan Ticketmaster'ın web sitesinden alıyor, asgari düzeyde biçimlendirme değişiklikleri yapıyor ve ardından bunları doğrudan kendi web sitesine yerleştiriyordu. Ticketmaster, ticari amaçlarla web sitelerinden toplanan bilgilerin kullanılmasını yasaklayan kullanım şartları sözleşmesindeki maddenin ihlali nedeniyle dava açmıştır. Kullanım şartları sözleşmesi ise *browse-wrap* yoluyla kurulan sözleşme şeklindedir. İnceleme yapan mahkeme, Tickets.com'un sözleşmedeki onayını kesin olarak kanıtlamadığı için, *browse-wrap* yoluyla kurulan sözleşmenin geçersiz olduğuna karar vermiştir.

Kanaatimizce, tahkim anlaşmalarının *browse-wrap* yolu ile kurulması mümkün değildir. Zira, *browse-wrap* anlaşmalarında web sitesinin onay alma biçimi *click-wrap* anlaşmalarındaki gibi değildir. *Browse-wrap* anlaşmaları kullanıcının bir web sitesinde gezinme gibi eylemleriyle kullanıcının onayını alacak bir şekilde düzenlenir. Ancak MTK m. 4(2)'de tahkim anlaşması kurma biçimleri arasında eylem yoluyla tahkim anlaşması kurulması yer almamaktadır. Kaldı ki, anlaşmaya verilen onayın kanıtlanması dahi zorken eylem yoluyla tahkim anlaşması kurulması durumunda bu anlaşmanın kayıt altına alınması daha zor olabilecektir. Dolayısıyla, *browse-wrap* yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları MTK m. 4(2)'deki yazılı şekil şartını karşılamayacaktır.

İncelenmesi gereken diğer bir husus tahkim anlaşmalarının bir web sitesi aracılığıyla kurulmaları durumunda elektronik imzanın gerekip gerekmediğidir. Doktrindeki bir görüşe göre, web sitesi aracılığıyla kurulan tahkim anlaşmalarında imza şartı aranmamalıdır¹⁵⁰. Örneğin, içinde tahkim şartı da bulunan asıl sözleşmenin kurulması internet sitesi üzerinden çevrimiçi belgelere işaret (“tik”) koymak suretiyle veya bir sonraki sayfaya geçmek yoluyla gerçekleşiyorsa ve karşı tarafa da elektronik

¹⁴⁹ *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.*, Case No. CV99-7654-HLH (VBKx) (C.D. Cal. Mar. 7, 2003) Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://casetext.com/case/ticketmaster-corp-v-ticketscom-inc-cdcal-2003> (Erişim Tarihi: 04.05.2024).

¹⁵⁰ Aydemir, a.g.e., s. 203.

imza kullanma şansı verilmiyorsa imza şartı aranmayacaktır¹⁵¹. Ancak aynı yazar tarafından her somut durumda imzanın aranıp aranmayacağının tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁵². Kanaatimizce, elektronik ortamda kurulan tahkim anlaşmaları için imza şartı aranmadığından web sitesi aracılığıyla kurulan tahkim anlaşmalarında da imza şartı aranmaz. Bu noktada önemli olan husus tahkim anlaşmasının kaydedilebilir olmasıdır.

1.5. Dava Dilekçesinde Yazılı Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığının İddia Edilmesine, Davalının Verdiği Cevap Dilekçesinde İtiraz Edilmemesi Yoluyla Yapılmış Olması

MTK'nin 4. maddesinde tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağlayan diğer bir koşul ise dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine, davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olmasıdır.

Buna göre; taraflar arasında yazılı bir tahkim anlaşması bulunmasa veya taraflar arasında teati edilmiş olan mektup, telgraf, teleks, faks gibi iletişim araçlarında tahkim anlaşması yer almasa ya da elektronik ortamda taraflar tahkim iradelerini beyan etmemiş olsa dahi taraflardan birinin dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığını iddia etmesi ve bu iddiaya da karşı tarafça itiraz edilmemiş olması durumunda geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş olacaktır¹⁵³. Böylece davalının itiraz hakkı cevap dilekçesi ile sınırlandırılmıştır¹⁵⁴.

1985 UMK m. 7(2)'ye göre: “[...] *dava ve cevap dilekçelerinin teatisi sırasında anlaşmanın varlığının bir tarafça ileri sürülüp, diğer tarafça inkâr edilmemesi takdirinde yazılı şekil şartı yerine getirilmiş olur.*” Bu durumda MTK'deki bu hüküm 1985 UMK m. 7(2)'nin birebir tercümesi değildir. Zira 1985 UMK m. 7(2) uyarınca tahkim anlaşmasının varlığına hem davacı hem de davalı itiraz edebilir¹⁵⁵.

¹⁵¹ Aydemir, **a.g.e.**, s. 203.

¹⁵² Aydemir, **a.g.e.**, s. 203.

¹⁵³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 171; Aydemir, **a.g.e.**, s. 208; Yener Keskin, **a.g.e.**, s. 189.

¹⁵⁴ Aydemir, **a.g.e.**, s. 208.

¹⁵⁵ İlhan, **a.g.e.**, s. 102.

Bir görüşe göre 1985 UMK ile MTK arasındaki bu farkın sonucu 1985 UMK'deki itirazın hem mahkeme önünde hem de hakem heyeti önünde yapılabilmesinin mümkün olmasıyken MTK'ye göre bu itirazın yalnızca mahkeme önünde yapılabilmesinin mümkün olmasıdır¹⁵⁶. MTK açısından ileri sürülen bu görüşe katılmamaktayız. Zira dava dilekçesinde bir tahkim anlaşmasının varlığının ileri sürülmesi hâlinin mahkeme önünde olması mümkün değildir. Dava dilekçesi davacı tarafından hazırlandığına göre mahkeme önünde dava açan davacıdan hem mahkeme önünde dava açması hem de dava dilekçesinde tahkim anlaşmasının varlığını ileri sürmesi beklenemez. Doktrinde de MTK'de yer alan davacı ifadesi “tahkim davacısı” olarak yorumlanmıştır¹⁵⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, tahkimde davanın açılmasından sonra buna hiçbir şekilde itiraz etmeyen, bilakis duruşmalara katılan ve esasa ilişkin savunmasını yapan davalının hakem kararının aleyhine olması hâlinde davacı ile aralarında tahkim anlaşması bulunmadığını iddia etmesi dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edecektir¹⁵⁸. Zira davalı taraf, dava dilekçesinde tahkim anlaşması bulunduğu iddiasına itiraz etmeyerek uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesine muvafakat

¹⁵⁶ İlhan, **a.g.e.**, s. 102; Yazar, MTK'deki bu hükmün taraflardan biri tarafından açılan tahkime zorlama davasında davacının dava dilekçesinde tahkim anlaşmasının varlığını ileri sürmesine davalı tarafından cevap dilekçesinde itiraz edilmemesi hâlinde uygulanabileceğini belirtmiştir. Davalının cevap dilekçesinde tahkim anlaşmasını kabul etmesi durumunda tahkim anlaşması kurulmuş olacaktır. Davalının cevap dilekçesi vermemesi durumunda ise HMK m. 128 uyarınca davalının davayı inkâr ettiği, dolayısıyla tahkim anlaşmasının varlığını zımnen kabul ettiği sonucuna varılmamalıdır. Bkz. İlhan, **a.g.e.**, s. 102; 1985 UMK'deki hükmün yorum yoluyla uygulanacak olmasından da kısaca bahsetmek gerekmektedir. Bu durumda yazara göre, tahkim anlaşması olmasına rağmen taraflardan biri uyuşmazlığı devlet mahkemesi önüne getirebilir. Bu durumda davalı cevap dilekçesinde tahkim ilk itirazında bulunarak davacı ile arasında tahkim anlaşması bulunduğunu iddia edebilir. Davacı ise cevaba cevap dilekçesinde bu itirazı kabul edebileceği gibi bu itiraza sessiz de kalabilir. Davacı cevaba cevap dilekçesinde tahkim anlaşmasının varlığını kabul ederse tahkim anlaşması kurulmuş olacaktır. Peki davacının cevaba cevap dilekçesinde sessiz kalması durumunda ne olacaktır? HMK m. 126 hükmünün kıyasen cevaba cevap dilekçesi açısından uygulanmasının kabulü durumunda davacının sessiz kalması durumunda davalının tahkim ilk itirazını kabul etmediği sonucuna varılmalıdır ve tahkim ilk itirazı taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığı açısından değerlendirilmelidir. Bkz. İlhan, **a.g.e.**, s. 103.

¹⁵⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 171; Aydemir, **a.g.e.**, s. 208-209; Deren Yıldırım, **Esaslı Sorunlar**, s. 47; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 281; 1985 UMK ile MTK arasındaki farklardan bir diğeri de MTK m. 4(2)'ye göre davacı “yazılı” bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia etmiş olmalıdır. 1985 UMK m. 7(2)'de ise taraflardan birinin yalnızca diğer tarafla arasında tahkim anlaşmasının bulunduğunu iddia etmesi yeterlidir. 1985 UMK'deki bu maddenin amacı 1985 UMK uyarınca geçersiz olan sözlü tahkim anlaşmalarını şeklen geçerli kılmaktır. Doktrinde, MTK m. 4(2)'nin bu hâliyle sadece tek taraflı yazılı tahkim anlaşmalarına uygulanabileceği yani sözlü tahkim anlaşmalarının bu kapsamda olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Deren Yıldırım, **Esaslı Sorunlar**, s. 47-48.

¹⁵⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 171.

etmiştir¹⁵⁹. Nitekim Yargıtay da bir kararında tahkim anlaşmasının varlığı konusunda uyuşmazlık bulunan bir davada, taraflardan birinin hakemlerini seçerek tahkim yargılamasına katılmasının tahkim anlaşmasının varlığının benimsediğini gösterdiğine hükmetmiştir¹⁶⁰. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, aleyhine tahkim yargılamasına başvuru taraf, davacı ile aralarında tahkim anlaşması bulunmadığını düşünerek cevap dilekçesinde öncelikle tahkim anlaşmasına ilişkin itirazını ortaya koymuş fakat hakemini seçerek tahkim yargılamasına da katılıp esasa ilişkin savunmasını yapmışsa, bu durum davalının tahkim anlaşmasını kabul ettiği anlamına gelmeyecektir¹⁶¹. Zira davalı, tahkim anlaşması bulunmadığı itirazını öne sürerken aynı zamanda esasa ilişkin de savunma yapmak mecburiyetindedir. Bu durum ise davalının tahkim anlaşmasının varlığını kabul ettiği anlamına gelmemektedir¹⁶².

Bu konuda hakem kararlarının tenfizi konusunda birtakım sorunlar ortaya çıkma ihtimali bulunmaktadır. MTK m. 4(2)'de düzenlenen “*dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması*” durumunda geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulacağına dair hüküm New York Konvansiyonu m. II(2)'de yer almamaktadır. Bu durumda, Türkiye’de yapılan bir tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararının Türkiye dışında tenfiz edilecek olması durumunda tenfiz ülkesinde yalnızca New York Konvansiyonu’nun uygulanacak olması hâlinde hakem kararının tenfizinin

¹⁵⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 171.

¹⁶⁰ “[...] davacının hakem mahkemesine müracaatı üzerine hakemini seçen, hakem yargılamasına katılarak davayı takip eden davalının, 14.02.1990 tarihindeki teleksteki hakem şartını benimsediğinin kabulü gerekir. Bu nedenle davalının taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığına yönelik itirazları yerinde değildir [...]” Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, T., 26.01.1996, 6153/610 sayılı ve Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, T., 26.11.1996, 6154/611 sayılı kararları. Kararlar yayımlanmamıştır. Kararlar ve kararların yorumu için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 172’den naklen.

¹⁶¹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 173.

¹⁶² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 173. MTK m. 7(H/1) ve 7(H/2)'de de bu konuda bir düzenleme yer almaktadır. İlgili madde fıkralarına göre: “*Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz. Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç ilk cevap dilekçesinde yapılır. Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmaz.*” Bu hüküm uyarınca da davalının hakemini seçmesi ve yargılamaya katılması tahkim anlaşmasının bulunmadığı ya da geçersiz olduğunu iddiasını ileri sürmesine engel teşkil etmez. Ancak bu itiraz en geç cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 173; Yener Keskin, **a.g.e.**, s. 190.

reddedilmesi ihtimali bulunmaktadır¹⁶³. Fakat bu konu özelinde olmasa dahi Macaristan Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi tarafından Budapeşte’de yürütülen tahkim yargılamasında verilen kararın tenfizine ilişkin davada OLG Schleswig Mahkemesi, dava dilekçesinde bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının cevap dilekçesinde itiraz etmemesi durumunda New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca geçerli bir tahkim anlaşması olup olmadığını da incelemiştir¹⁶⁴. Davalının, davacının dava dilekçesindeki tahkim anlaşmasının varlığı iddiasına cevap dilekçesinde itiraz etmemiş olması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmedilmiştir. Dolayısıyla, MTK m. 4(2)’deki bu hükme uygun olarak kurulan tahkim anlaşmalarının şekil açısından New York Konvansiyonu m. II(2) bakımından geçerli sayılabilmesi de mümkün olabilmektedir.

1.6. Asıl Sözleşmenin Bir Parçası Hâline Getirilmek Amacıyla Tahkim Şartı İçeren Bir Belgeye Yollama Yapılması

1.6.1. Genel Olarak

MTK m. 4(2)’nin üçüncü ve son cümlesi uyarınca, asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.

Herhangi bir belgenin, diğer bir belgenin eki veya parçası hâline getirilme metoduna “*incorporation*” adı verilmektedir¹⁶⁵. Diğer bir ifadeyle, taraflar aralarında

¹⁶³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 172; Yener Keskin, **a.g.e.**, s. 191.

¹⁶⁴ Karara konu olan olayda, OLG Schleswig Mahkemesi, taraflarca standart sözleşmeye yapılan atfı içeren belgelerin imzalanması vasıtasıyla geçerli bir tahkim anlaşmasının standart şartlara sahip tarafın bunları diğer tarafa göndermemesine rağmen geçerli bir biçimde kurulup kurulamayacağını ve dava dilekçesinde bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının cevap dilekçesinde itiraz etmemesi durumunda New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca geçerli bir tahkim anlaşması olup olmadığını incelemiştir. Konumuz bakımından önemli olan husus dava dilekçesinde iddia edilen tahkim anlaşmasına davalının itiraz etmemesi durumunda doğacak sonuçlar olduğundan esas olarak kararın ikinci kısmı üzerinde durmak istiyoruz. Mahkeme tarafından, davalının, davacının dava dilekçesindeki tahkim anlaşmasının varlığına cevap dilekçesinde itiraz etmemiş olması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmedilmiştir. Mahkemeye göre, yazılı şekil şartının aynı zamanda tahkim anlaşmasını kanıtlayıcı işlevi de bulunmaktadır ve davalının savunmasında tahkim anlaşmasının varlığına itiraz etmemesi hâlinde tahkim anlaşmasının yazılı delil işlevi sağlanmış olur. Kararın yorumu için bkz. Martin F. Gusy, “The Validity of an Arbitration Agreement Under the New York Convention-Remarks on the Order of OLG Schleswig, March 30, 2000 (16 SchH 5/99)”, **Journal of International Arbitration**, Vol. 19, Issue 4, 2002, s. 371-372.

¹⁶⁵ Ekşi, **Incorporation**, s. 21.

yaptıkları sözleşmeden bağımsız bir metne atıf yapmakta ve o bağımsız metindeki hükümleri aralarındaki sözleşmenin bir parçası hâline getirmektedirler¹⁶⁶. Böylece, taraflar yollama yaptıkları metnin (*incorporation by reference*) de kendi düzenledikleri metin gibi dikkate alınıp uygulanacağını kararlaştırmış olurlar¹⁶⁷. Taraflar kendi sözleşmelerine, tahkim şartı içeren başka bir metni dahil ederek atıf yoluyla tahkim anlaşması kurmaktadır¹⁶⁸.

Uygulamada, tacirler arasında imzalanan milletlerarası anlaşmalarda tarafsız meslek kuruluşları tarafından hazırlanan metinlere atıfta bulunmaktadır¹⁶⁹. Tarafların atıf yaptığı metinler, bahsi geçen tarafsız mesleki kuruluşlarca hazırlanmış olan ve içinde tahkim şartı da bulunan genel sözleşme şartları, standart sözleşmeler, ihale şartları, model kurallar, iki taraflı yatırım anlaşmaları, kodlar, broşürler gibi belgelerdir¹⁷⁰. Taraflar akdettikleri sözleşmede, bahsi geçen metinlerdeki kurallara atıf yapmışlarsa ve bu metinlerin içerisinde de tahkim şartı yer almaktaysa, kural olarak, asıl sözleşmenin parçasını oluşturan bu kurallar içerisinde yer alan tahkim şartının da kabul edildiği varsayılır ve yazılı şekil şartı yerine getirilmiş olur¹⁷¹. Bu arada belirtmek gerekir ki, tarafların akdettiği esas sözleşme yazılı olmalıdır¹⁷².

Atıf yolu ile akdedilen tahkim anlaşmalarıyla ilgili ortaya çıkabilecek sorunlardan biri, atıfta bulunulan belgenin atıf yapan taraflarca imzalanmaması durumunda tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamayacağıdır¹⁷³.

¹⁶⁶ İlhan, **a.g.e.**, s. 82.

¹⁶⁷ Ekşi, **Incorporation**, s. 21; Metnin tamamının sözleşmenin eki veya parçası hâline getirilmesi durumunda bu “*actual incorporation*” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Ekşi, **Incorporation**, s. 21.

¹⁶⁸ İlhan, **a.g.e.**, s. 83; Şanlı, **Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 355.

¹⁶⁹ Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1037-1038; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 272.

¹⁷⁰ Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 58-59; Aydemir, **a.g.e.**, s. 211; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1037-1038; Ekşi, **Genel Değerlendirme**, s. 308; Şanlı, **Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 355; Ekşi, **HMK**, s. 79; Milletlerarası Ticaret Odası tarafından hazırlanan **INCOTERMS**, Müşavir Mühendisler Milletlerarası Federasyonu ile Bina ve Bayındırlık işleri Milletlerarası Federasyonu tarafından hazırlanan **FIDIC Tip Sözleşmeleri**, Baltic and International Maritime Conference tarafından hazırlanan **BALTIME** ve **GENCON** gibi standart çarter parti metinleri atıf yapılacak metinlere örnek olarak verilebilir. Bkz. Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1038; Örneğin taraflar GAFTA’nın tahkim kuralları olan 125 numaralı kuralları sözleşmelerinde atıf yaparak sözleşmelerinde geçerli tahkim kuralı hâline getirirler. Bkz. İlhan, **a.g.e.**, s. 82; GAFTA’nın 125 numaralı tahkim kuralları için bkz. (Çevrimiçi) https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2023/Sept2023/125_SEPT_2023.pdf (Erişim Tarihi: 13.02.2024).

¹⁷¹ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 442; Özel, **Engel**, s. 308.

¹⁷² Deren Yıldırım, **Esaslı Sorunlar**, s. 50.

¹⁷³ Aydemir, **a.g.e.**, s. 212.

Doktrindeki bir görüşe göre, tarafların atıfta bulunduğu belge başkaları tarafından imzalanmış olabileceği gibi standart formüllerde ya da genel işlem şartlarında olduğu gibi herhangi biri tarafından imzalanmamış da olabileceği için yazılı şekil şartının sağlandığını söylemek güçtür¹⁷⁴. Ancak, başka bir metne atıf yolu ile kurulan tahkim anlaşmalarında atıfta bulunulan belgenin (örneğin genel işlem şartlarının) imzalanmasına gerek bulunmamaktadır¹⁷⁵. Zira MTK m. 4(2)'de atıf yolu ile kurulacak olan tahkim anlaşmalarında imza şartı öngörülmemiş, taraflar arasındaki sözleşmede yalnızca tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması yazılı şekil şartı açısından yeterli görülmüştür¹⁷⁶.

Atıf yolu ile yapılacak tahkim anlaşmalarında ortaya çıkabilecek diğer bir sorun ise sözleşmede yer alan genel bir atıfla tahkim anlaşması akdedilebilmesinin mümkün olup olmadığıdır¹⁷⁷. Zira MTK m. 4(2)'de de buna ilişkin bir açıklık yoktur. Bu durumda sözleşmede başka bir belgeye atıf yapılması hâlinde bu atıf, atıf yapılan belgede tahkim şartı olduğunu da belirten özel-açık bir atıf mı olmalı? Yoksa genel bir atıf da yeterli sayılmalı mıdır?

Sözleşmeyi imzalayan tacirler, özen yükümlülüğünden dolayı, o sözleşmede atıf yapılan belgelerin de içeriğinden haberdar olacaklarından ve o belgeleri kabul etmiş sayılacaklarından prensip olarak genel atıf yapılması yeterli olacaktır¹⁷⁸. Bu görüşe benzer görüşe sahip olan bir yazar da MTK m. 4(2)'de yalnızca “tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması”ndan bahsedildiğini, bu atfın özel olarak yapılmasının şart koşulmadığını belirtmektedir. Yazara göre kanun koyucunun amacı özel bir atıf yapılması olsaydı bunu hükmün lafzında da benimserdi¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1038. Ancak yazar yine de atıf yoluyla tahkim anlaşması kurulabileceğinin mümkün olduğunu belirtmektedir.

¹⁷⁵ Aydemir, **a.g.e.**, s. 212; Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 59.

¹⁷⁶ Aydemir, **a.g.e.**, s. 212; Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 59.

¹⁷⁷ Aydemir, **a.g.e.**, s. 213.

¹⁷⁸ Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1039; Turgut Kalpsüz, “İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları”, **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, Ankara, 1996, s. 350, (**İnşaat Sözleşmeleri**); Özellikle sözleşmede, açıkça atıfta bulunulan belgenin o sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olduğu belirtilmişse atıf yapılan belgedeki kayıtların tarafları bağlayacağına şüphe yoktur. Bkz. Kalpsüz, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 350.

¹⁷⁹ Berk Demirkol, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 40, S. 2, 2020, s. 1331, (**Genel İşlem Şartları**).

Doktrindeki diğer görüşe göre ise sözleşmede yer alan genel şartlara atıf, tahkim iradesini özel olarak belirtmeyen genel bir atıf ise, bu atıf, genel şartlar içerisinde yer alan tahkim şartını kapsamaz¹⁸⁰. Zira bu tür genel atıflar, kural olarak, maddi hukuk karakterine sahip genel şartlara yönelik olduğundan maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız olan ve istisnai bir nitelik arz eden tahkim iradesini yansıtmazlar¹⁸¹. Bu yüzden, taraflarca sözleşmede genel şartlara atıf yapılması durumunda ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi maksadıyla tahkim şartına açıkça atıf yapılması gerekir¹⁸². Ancak aynı görüş uyarınca, taraflar arasındaki ya da sektördeki mükerrer veya yeknesak uygulamalardan dolayı sözleşmede yer alan genel şartlara yapılan genel bir atıf tahkim şartını kapsayabilir, taraflar arasında tahkim anlaşması kurulabilir¹⁸³.

Doktrinde yer alan bir başka görüşün sahibi yazar ise bu hususu atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarının taraflarına göre bir ayırım yaparak incelemiştir. Yazar göre, sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla kendisine yollama yapılan ve tahkim şartı içeren belgelerden asıl sözleşme yapılmadan önce karşı tarafın haberdar olup olmadığının incelenmesi gereklidir¹⁸⁴. Her tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü olduğundan atıf yapılan tüm belgeleri incelemesi gereklidir. Dolayısıyla tacirler açısından genel atıf yeterli olacaktır. Fakat tacir olmayan kişiler tarafından akdedilen sözleşmeler de bulunduğu için bu sözleşmelerde atıf yapılan diğer belgedeki tahkim şartının varlığının tacir olmayan kişi tarafından bilinip bilinmediğinin araştırılması ve buna göre bir sonuca varılması gerekir. Bu noktada önemli olan husus, tarafların asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilen ve tahkim şartı içeren belgeden haberdar olmaları veya haberdar olduklarına dair deliller bulunmasıdır¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Cemal Şanlı, “Konışmentonun Devri, Alacağın Temliki ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konışmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2011, s. 774, (Konışmentonun Devri).

¹⁸¹ Şanlı, **Konışmentonun Devri**, s. 774.

¹⁸² Şanlı, **Konışmentonun Devri**, s. 774-775.

¹⁸³ Şanlı, **Konışmentonun Devri**, s. 775.

¹⁸⁴ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 443.

¹⁸⁵ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 443.

6102 sayılı TTK m. 18(2) uyarınca: “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.*” Milletlerarası bir sözleşmede atıf yapılan belgeleri, basiretli iş adamı sıfatıyla özenle incelemeleri gereken tacirlerin, sözleşmede genel şartlara yapılan genel atıfların tahkim şartını açıkça belirtmediği için tahkim şartının geçerli olmayacağını ileri sürmelerinin TTK m. 18(2)’de bahsedilen yükümlülük sebebiyle mümkün olmadığı görüşünderiz¹⁸⁶. Dolayısıyla, atıf yapılan belgelerin sıklıkla kullanıldığı ticari uygulamalarda her tacirin atfın yapıldığı belgeyi incelemekle yükümlü olması olağandır. Bu nedenle yapılan atıfların özel olmasına gerek yoktur. Ayrıca MTK m. 4(2)’de, yapılan atfın özel olarak yapılması gerektiği belirtilmediğinden özel atıf yapılması gerektiğinin kabul edilmesi maddenin lafzıyla çelişecektir. Dolayısıyla, karşı tarafın tacir olup olmadığına bakılmaksızın atıf yapılan belgeleri inceleme yükümlülüğü olan taraflar da genel atıf yoluyla tahkim anlaşması akdedilmesi durumunda tahkim anlaşmasıyla bağlı olacaktır. Bu noktada önemli olan husus tacir olmayan sözleşme taraflarına atıf yapılan belgenin sağlanmasının gerekli olmasıdır.

1.6.2. Konişmentoda Çarter Partiye Yapılan Atıf Yolu ile Kurulan Tahkim Sözleşmeleri

Uygulamada, atıf yoluyla tahkim anlaşması kurulmasına sıkça rastlanan durumlardan biri konişmentolardır¹⁸⁷. Milletlerarası deniz taşımacılığında taşıyan ile

¹⁸⁶ Karş. Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1038-1039. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T., 18.04.2013, E., 2012/6961, K., 2013/7612 sayılı kararı uyarınca: “...davacı ile davalılar arasında yapılmış bulunan 07.09.2009 tarihli çarter parti anlaşmasında Gencon 1994’e atıf yapılarak navlun sözleşmesinin düzenleneceğinin kararlaştırıldığı, her ne kadar taraflar arasında imzalanmış bir tahkim sözleşmesi kurulmamış ise de, 4686 SY 4/2 ve HMK’nın 412/3 maddelerindeki düzenlemeler ile Yargıtay uygulamalarına göre yazılı bir şekilde yapılması gereken tahkim sözleşmesinin, taraflarca imzalanan yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olmasının yazılı şekil şartı için yeterli olduğu, asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de tahkim sözleşmesinin yapılmış sayılacağı kabul edildiğinden, olayda da elektronik ortamda gerçekleşen 07.09.2009 tarihli sözleşme sırasında Deniz Taşımacılığı için dünyada en yaygın şekilde kullanılan standart yol çarter sözleşmesi olan Gencon 94 kurallarına yollamada bulunulmakla, Gencon 94’ün 19. maddesinde tahkim kaydının bulunduğu gözetildiğinde geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulmuş olduğu kabul edilerek...” şeklinde hüküm kurularak taraflar arasında kurulan sözleşmede Gencon 94’e yapılan atfın geçerli bir tahkim anlaşması kurduğu belirtilmiştir. Karar için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.dejure.ai/search> (Erişim Tarihi: 02.09.2024).

¹⁸⁷ TTK m. 1228(1)’de konişmentonun tanımı yapılmıştır. Maddeye göre: “Konişmento, bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye

taşıtan bir taşıma sözleşmesi (*charter party – charter parti*) akdetmekte, bu taşıma sözleşmesinde ise genellikle tahkim şartı yer almaktadır¹⁸⁸. Ayrıca taşıyan, bizzat veya acentesi aracılığıyla konişmento düzenlemekte ve konişmentodaki hükümlerle bağlı olmaktadır¹⁸⁹. Taşınan yük ise konişmento ile temsil edilmektedir. Bu konişmentoda charter partiye atıf yapılmakta (*incorporation by reference*) ve charter partide yer alan hükümler konişmentonun parçası hâline gelmektedir¹⁹⁰. Buradaki özel durumlardan biri konişmentoyu ciro yoluyla devralan üçüncü kişi konumundaki hamilin, charter partide yer alan ve esasında taşıyan ile taşıtan arasında akdedilmiş olan tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmayacağıdır. Ciro edilen konişmentodaki charter partiye yapılan atıf, konişmento hamili konişmentoyu ciro ettiği için onu da tahkim anlaşmasının tarafı hâline getirmektedir. Böylece, atıf yoluyla esas sözleşmenin bir parçası hâline gelen ve yazılı belgede yer alan tahkim anlaşması, tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını yerine getirmektedir¹⁹¹. Bu konudaki tartışmalardan biri charter partiye yapılan bu atfın charter partide tahkim şartı olduğunu belirtecek şekilde özel olarak mı yoksa genel olarak mı yapılması gerektiğidir.

Uygulamada, konişmentolarda charter partiye genel atıf içeren hükümler yer almakta ve bu “*bütün diğer şartlar charter party’deki gibidir*” (*all other conditions as charter party*) şeklinde ifade edilmektedir¹⁹². Ancak charter partideki tahkim şartından özel olarak bahsedilen “*arka sayfada yer alan charter partinin tüm hüküm ve*

yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir.”

¹⁸⁸ Şanlı, **Konışmentonun Devri**, s. 776; Ekşi, **Incorporation**, s. 110-111; Carlos Esplugues Mota, “Validity and Effects of the Incorporation by Reference of Arbitration Agreements in International Maritime Arbitration: Current Situation and Future Trends” **Forthcoming in the Special Issue of Diritto del Commercio Internazionale in Honour of Prof. Sergio M. Carbone**, 2012, s. 70, Makaleye erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=2063117> (Erişim Tarihi: 05.05.2024).

¹⁸⁹ İlhan, **a.g.e.**, s. 64; TTK m. 1237(1) uyarınca ise taşıyan ile gönderilen veya konişmento hamili arasındaki ilişkilerde konişmento esas alınmaktadır. Ayrıca gönderilenin konişmentodaki kayıtlarla bağlı tutulabilmesi için ise gönderilenin usûlüne uygun bir şekilde ciro edilmiş konişmentoyu yükün kendisine teslimi için ibraz etmesi gerekmektedir. Bkz. İlhan, **a.g.e.**, s. 64-65.

¹⁹⁰ İlhan, **a.g.e.**, s. 92; Ekşi, **Incorporation**, s. 111.

¹⁹¹ Özel, **Engel**, s. 308.

¹⁹² Şanlı, **Konışmentonun Devri**, s. 776; Mota, **a.g.m.**, s. 73; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, **Konışmentodan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2007, s. 43.

koşulları ... uygulanacak hukuk ve tahkim maddesi de dahil olmak üzere, işbu belgeye dahil edilmiştir” şeklinde atıflar da mevcuttur¹⁹³.

Türk hukukunda konişmentolarda yapılan atıflara ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁹⁴. Konu özellikle 6762 sayılı mülga TTK¹⁹⁵ döneminde tartışılmıştır¹⁹⁶. Mülga TTK döneminde, Şanlı’nın görüşüne göre, konişmentoda çarter partiye yapılan genel bir atıf, çarter partide yer alan tahkim klozunu konişmentoya aktarmayacağı için taşıyan ile konişmento hamili arasında tahkim anlaşması kurulmaz¹⁹⁷. Bu görüşe göre, konişmento hamili konişmentoda tereddüt etmeyecek şekilde tahkim anlaşmasının var olduğunu anlamalıdır¹⁹⁸. Dolayısıyla, üçüncü kişi hamilin de tahkim anlaşması ile bağlı olması için konişmentodaki atfın özel bir atıf olması gerekmektedir¹⁹⁹.

Kalpsüz’ün mülga TTK dönemindeki görüşüne göre ise, konişmentoda çarter partiye yapılan atfın genel atıf olması hâlinde dahi konişmento hamili çarter partideki tahkim anlaşmasıyla bağlı olacağından geçerli bir tahkim anlaşması kurulabilecektir²⁰⁰. Buna göre, milletlerarası ticarete de geçerli olan tacirlerin basiretli ve özenle davranma yükümlülüğünün atıf yapılan belgeleri de inceleme yükümlülüğünü kapsadığı, bu nedenle yapılan genel atıfların tahkim anlaşması

¹⁹³ Mota, **a.g.m.**, s. 73.

¹⁹⁴ İlhan, **a.g.e.**, s. 98.

¹⁹⁵ RG: 09/07/1956 - 9353.

¹⁹⁶ Hüseyin Afşin İlhan, “Konşimentoda ve Çarter Sözleşmelerinde Bulunan Tahkim Şartının Yük İlgililerine Etkisi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 2, 2017, s. 190, (**Çarter Sözleşmeleri**).

¹⁹⁷ Şanlı, **Konşimentonun Devri**, s. 776;

¹⁹⁸ Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 65.

¹⁹⁹ Şanlı’nın bu görüşünü desteklemek için sunduğu Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T., 24.11.1983, E., 1983/5142, K., 1983/5268 sayılı kararı uyarınca: “[...] Gönderen veya taşıyıcı arasındaki navlun mukavelesinde yer alan tahkim şartı ile yetki anlaşmasının bu anlaşmada taraf olmayan gönderilenin halefi olan (sigorta şirketi) davacıya karşı ileri sürülemeyeceğine, TTK’nun 1110. Maddesi uyarınca gönderilen ile taşıyıcı arasındaki ilişkiyi düzenleyen konşimentoda ise bu yönde bir hüküm bulunmamasına göre [...]” taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin kurulmadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar (yayınlanmamıştır) için bkz. Şanlı, **Konşimentonun Devri**, s. 776’dan naklen; Şanlı ayrıca, konşimentonun ekinde çarter sözleşmesi bulunmuyorsa, konişmento üzerindeki atıf ile tahkim şartına açıkça atıfta bulunulsa dahi çarter sözleşmesinin tarihi yer almıyorsa, konişmento hamilinin tahkim şartıyla bağlılığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Şanlı, **Konşimentonun Devri**, s. 779-780.

²⁰⁰ Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1038-1039.

kurulması için yeterli olduğu savunulmaktadır.²⁰¹ Yargıtay konişmentolardan charter partiye yapılan atıfların genel bir atıf şeklinde yapılmasını yeterli görmektedir²⁰².

Yargıtay'ın görüşlerine katılmayan ve konişmentodaki atfın özel bir atıf olması gerektiğini savunan doktrindeki görüş, bunun sebebinin MTK'nin 1985 UMK'deki hükmü aynen almaması olduğunu belirtmiştir²⁰³. Yazar, 1985 UMK'de her ne kadar özel bir atıf yapılması gerektiği belirtilmemişse de 1985 UMK'nin tahkim anlaşmasını asıl sözleşmenin tarafı hâline getirmek niyetinin atıftan anlaşılması gerektiğini düzenlediğini belirtmiştir. Ayrıca yazar, Yargıtay'ın tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde düzenlemesinin sebebine dikkat etmediğini belirtmiştir. Zira, tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde düzenlenmesinin sebebi tarafın devlet mahkemesi yargılamasını değil tahkim yargılamasını seçtiğinin kesin olarak belirlenebilmesidir. Ancak taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişkiden haberi olmayan üçüncü kişinin bir anda tahkim anlaşmasının tarafı hâline gelmesi taraf iradesine dayanan tahkimin temel prensibine uygun değildir²⁰⁴.

²⁰¹ Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1038-1039.

²⁰² İlhan, **a.g.e.**, s. 99. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T., 13.06.2005, E., 2004/9458, K., 2005/6114 sayılı kararı uyarınca: “[...] Tahkim şartının taşıyanla yükleten arasında kararlaştırılmış olduğunu, kendisinin üçüncü şahıs durumunda bulunduğunu ve bu nedenle konişmentoda kararlaştırılan tahkim şartı ile bağlı tutulamayacağını iddia edemez [...]” Karara erişmek için bkz. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 04.10.2024).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T., 02.05.2012, E., 2012/5132, K., 2012/7052 sayılı kararı uyarınca: “[...] TTK'nun 1110. maddesinde taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki ihtilaflarda konişmentonun esas tutulacağı hükme bağlandığı, davacıya gönderilen ve konişmentoya göre teslim alman malların millileştirilmesinin yapıldığı, bu durumda davacı tarafça konişmentonun kullanıldığı açık olup konişmento ile birlikte kullanılacak charter parti hükümlerinin de artık davacı için bağlayıcı hale geldiği, bu charter partide mevcut tahkim klotuna göre taraflar arasındaki uyuşmazlığın Londra'da oluşturulacak hakem heyetince çözümlenmesi gerektiği [...]” gerekçesi ile yerel mahkeme kararını onamıştır. Karar için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.dejure.ai/search> (Erişim Tarihi: 02.09.2024).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T., 01.02.1995, E., 1994/11-765, K., 1995/39 sayılı kararı uyarınca: “[...] TTK'nun 1110 f. I'de taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki münasebetlerde konişmento esas tutulur kuralı konulmuştur. Gönderilen konişmentoyu ciro ile alıp bunu ibrazla yükü teslim almada kullandığı vakit konişmentonun şartları ile bağlanmış olur. Artık tahkim şartının taşıyan ile yükleten arasında kararlaştırılmış olduğunu, kendisinin konişmentonun üçüncü şahıs hamili durumunda bulunduğunu ve bu sebeple charter partideki atıf yapılan tahkim şartı ile bağlı tutulamayacağını iddia edemez. Konişmentoyu devralmakla yükleteni ilzam eden bütün konişmento kayıtları ile mülzem olur. [...]” Karar için bkz. Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s. 1036'dan naklen.

²⁰³ İlhan, **a.g.e.**, s. 100-101.

²⁰⁴ İlhan, **a.g.e.**, s. 100-101.

6102 sayılı TTK döneminde ileri sürülen bazı görüşlere göre konişmentoda çarter partiye yapılan atfın özel bir atıf olması gerektiği savunulmaktaysa da²⁰⁵ genel bir atfın yeterli olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır²⁰⁶. Özel bir atıf olması gerektiğini ileri süren görüşlerin dayanağı ise TTK m. 1237(3) hükmüdür²⁰⁷. Zira, TTK m. 1237(3) hükmü uyarınca, konişmento devredilirken çarter partinin bir suretinin de yeni hamile ibraz edilmesi gerektiğinden çarter partinin ibraz edilmediği bir durumda konişmentodaki atfın özel bir atıf olması gerekmektedir²⁰⁸.

Çarter partinin konişmentoya ekli bir şekilde konişmento hamilinde bulunmaması durumunda konişmentoda, çarter partide yer alan tahkim anlaşmasına özel bir atıf yoksa konişmento hamilinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacağı düşüncesindeyiz. Zira, konişmento hamili hem çarter partinin tarafı değildir hem de hamilin konişmentoda ekli bulunmayan çarter partinin şartlarından haberdar olması oldukça zordur. Dolayısıyla konişmentoda çarter parti ekli değilse kanaatimizce, çarter partideki tahkim anlaşmasının konişmento hamilini bağlayabilmesi için konişmentoda tahkim anlaşmasına özel olarak atıfta bulunulmalıdır.

2. MİLLETLERARASI TAHKİM ANLAŞMALARININ ŞEKLİNE İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLARIN İNCELENMESİ

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda her ne kadar tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartını sağlaması için gereken koşullar düzenlenmişse de uygulamada yapılan birtakım tahkim anlaşmalarının yapılış tarzı açısından buradaki yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamadığının incelenmesi gereklidir. Zira, uygulamada tahkim şartı genel

²⁰⁵ İlhan, **a.g.e.**, s. 100; Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 65; İbrahim Arslan, Sevgican Aydın, "Çarter Partideki Tahkim Klotunun Konişmento Hamiline Etkisi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 2, 2013, s. 137; Fehmi Ülgener, **Çarter Sözleşmeleri I**, 2. Bs., İstanbul, Der Yayınevi, 2017, s. 547.

²⁰⁶ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 449.

²⁰⁷ Arslan, Aydın, **a.g.m.**, s. 137; İlhan, **Çarter Sözleşmeleri**, s. 192; TTK m. 1237(3) uyarınca: "Konişmentoda, yolculuk çarteri sözleşmesine gönderme varsa, konişmento devredilirken çarter partinin bir suretinin de yeni hamile ibraz edilmesi gerekir. Bu takdirde çarter partide yer alan hükümler, nitelikleri elverdiği ölçüde konişmento hamiline karşı da ileri sürülebilir. Ancak, 1245 inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmü saklıdır." TTK m. 1237(3) her ne kadar yalnızca yolculuk çarteri sözleşmelerinden bahsetmişse de hüküm, zaman çarteri sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulur. Bkz. Bülent Sözer, **Deniz Ticareti Hukuku I**, 1. Bs., İstanbul, Vedat, 2013, s. 373.

²⁰⁸ İlhan, **Çarter Sözleşmeleri**, s. 192; Arslan, Aydın, **a.g.m.**, s. 137.

işlem koşulları içinde yer alabilmekte, tahkim anlaşması içeren bir sözleşme üçüncü kişiye devredilebilmekte, tahkim anlaşması yapacak tarafların esas sözleşmesi 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'a²⁰⁹ tâbi olabilmektedir. Ya da esas sözleşme imzalanmamasına rağmen esas sözleşmedeki edimler ifa edilebilmektedir. Bahsi geçen hususlarda MTK'de açık bir hüküm yer almadığı için çeşitli şekillerde kurulan tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamadığının incelenmesi gereklidir.

2.1. Genel İşlem Şartları İçinde Düzenlenen Tahkim Şartının Yazılı Şekil Şartını Sağlayıp Sağlamadığı

Tahkim anlaşmalarının genel işlem koşullarında yer alması durumunda TBK'deki genel işlem şartlarına ilişkin olan emredici normlar devreye girebilmektedir. Bu durumda tahkim hukukuna ilişkin olan temel ilkeler ile TBK'deki emredici hükümlerin arasındaki ilişki önem arz etmektedir²¹⁰. Zira tahkim anlaşmalarının genel işlem şartları içerisinde yer alması durumunda TBK'de yer alan bazı şartlar karşılanmıyorsa tahkim anlaşması “yazılmamış sayılacak”²¹¹ ve dolayısıyla bu klozlar “yok” hükmünde olacaktır²¹². Bu ise genel işlem şartları içinde yer alan tahkim şartlarının da yok hükmünde olmasına sebep olacak ve tahkim anlaşması geçersiz sayılacaktır.

Bu noktada genel işlem şartları ile tahkim anlaşmalarının ilgisi *incorporation* ile yapılan tahkim anlaşmaları bağlamında doğmaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi bir esas sözleşmede atıf yapılan belgedeki tahkim şartı aslında genel işlem şartları olarak düzenlenmiş bir belgede yer alabilmektedir.

Tahkim anlaşmasının genel işlem şartları içerisinde yer almasından dolayı doğacak sorunlar tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkindir²¹³. Kaldı ki, çoğu

²⁰⁹ RG: 22.04.1926 – 353.

²¹⁰ İlyas Gölcüklü, “Genel İşlem Şartlarında Tahkim İradesinin Öngörülmesi”, **Tahkim ve Uygulanacak Hukuk**, Ed. Ziya Akıncı, Berk Demirkol, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2021, s. 111, (Genel İşlem Şartları).

²¹¹ Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 116.

²¹² Demirkol, **Genel İşlem Şartları**, s. 1323; Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 469.

²¹³ Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 116; Burcu Zengin, “Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 2, 2013, s. 134.

yazar da genel işlem şartları içinde yer alan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin incelemeyi tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğini incelerken yapmıştır²¹⁴. Zira genel işlem şartlarının geçerli olup olmadığının incelenmesinin ve buna ilişkin hükümlerin TBK’de yer almasının sebebi de aslında tarafların sözleşme kurmaya yönelik gerçek ve serbest iradelerinin bulunup bulunmadığını tespit etmektir. Bu ise sözleşmenin esastan geçerliliğine ilişkin bir sorundur.

Bunun yanında genel işlem şartlarında yer alan bir tahkim şartının geçerliliği esastan geçerliliğe ilişkin olsa da atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarında olduğu gibi bazen şekli geçerlilikler de işin içine girebilmektedir²¹⁵. Peki bu durumda genel işlem şartları içinde yer alan tahkim anlaşmalarının şeklen geçerliliği hangi açıdan incelenecektir? Yazılı şekil şartını sağlayan unsur nedir?

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, MTK m. 4(2)’de de yer aldığı üzere *incorporation* yoluyla kurulan sözleşmelerde sözleşmenin bir parçası hâline getirilmesi için atıf yapılan belge, içinde tahkim şartının da yer aldığı genel işlem şartları şeklinde hazırlanmış olabilir²¹⁶. Bu noktada belirtmek gerekir ki, bir sözleşmede veya sözleşmenin atıf yaptığı genel işlem şartları içinde yer alan tahkim anlaşması, sözleşmenin (atıf yapılan metnin değil esas sözleşmenin) yazılı şekil şartını sağlaması durumunda yazılı şekil şartını yerine getirmiş olacaktır²¹⁷. Böylece, tarafların *incorporation* yöntemiyle tahkim anlaşması akdetmek istemeleri durumunda önemli olan, tarafların aralarında yaptıkları bu esas sözleşmenin MTK m. 4(2)’deki yazılı şekil şartına uymasıdır. Dolayısıyla, esas sözleşmenin yazılı şekilde yapılmış olması *incorporation* yoluyla yapılan tahkim anlaşmaları bakımından yazılı şekil şartını sağlayacaktır.

²¹⁴ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 469-472; İlhan, **a.g.e.**, s. 202-206; Özel, **Engel**, s. 319.

²¹⁵ Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 283; Ekşi, **Incorporation**, s. 43-44; Ferda Nur Güvenalp, “Genel İşlem Şartları İçinde Tahkim Anlaşmasına Yer Verilmesi ve Sonuçları”, **Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt 1**, Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 218

²¹⁶ Demirkol, **Genel İşlem Şartları**, s. 1329-1330; Örneğin web sitesi aracılığıyla satışa sunulan mal ve hizmetlerle ilgili sözleşmeler site sahibi tarafından tek taraflı olarak hazırlanarak muhatabın bu şartlar üzerinde müzakere etmesine imkân tanınmamaktadır. Dolayısıyla, web sitesinde yer alan bu şartlar da genel işlem şartları olarak değerlendirilmektedir. Tahkim anlaşmalarının web siteleri aracılığıyla kurulabildiği göz önüne alındığında tahkim şartının web sitesinde de genel işlem şartları içinde yer alması mümkündür. Bkz. Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 75.

²¹⁷ Demirkol, **Genel İşlem Şartları**, s. 1335.

2.2. Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmilinin Şekil Açısından İncelenmesi

Tahkim yargılamasında hakemler yargılama yetkisini taraflarca akdedilmiş olan tahkim anlaşmasından alırlar ve tahkim yargılaması bu anlaşmayı imzalayan taraflar arasında cereyan eder²¹⁸. Zira, tahkim anlaşmasının nisbîliği ön plandadır²¹⁹. Ancak bazı durumlarda tahkim anlaşması, tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir kişiye karşı veya böyle bir kişi tarafından ileri sürülebilmektedir²²⁰. Bu noktada tahkim anlaşmasının üçüncü kişinin üzerinde de hüküm ve sonuç doğurup doğurmayacağı veya onun üzerinde etkili olup olmayacağı diğer bir ifadeyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edip etmeyeceği meselesi gündeme gelmektedir²²¹. İşte sadece tarafları bağlayan tahkim anlaşmasının nisbîliği ilkesinin bazı istisnaları bulunmakta ve tahkim anlaşması üçüncü kişilere teşmil edilebilmektedir²²². Bu istisnalar uyarınca tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişiler tahkim yargılamasına taraf olarak katılabilmekte ve tahkim anlaşması üçüncü kişileri kapsayacak şekilde genişletilebilmektedir²²³.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilmesi hâllerine örnek olarak temsil, ortak ve ortaklıklar arasındaki ilişki, alacağın temliki, halefiyet hâlleri, garanti sorumluluğu, üçüncü kişi yararına sözleşme, iyi niyet prensibinin gerektirdiği bazı hâller, devletlerin alt birimleri veya devlet teşebbüsleri ile özel şahıslar arasında akdedilen tahkim anlaşmalarının daha sonradan devlete teşmilinin istenmesi, farklı taraflar arasında akdedilen sözleşmelerin veya bunlardan doğan yükümlülüklerin

²¹⁸ Emre Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, 1. Bs. İstanbul, Beta, 2008, s. 1, (Teşmil); Banu Şit Köşgeroğlu, “Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 3, 2011, s. 2, (Tenfiz); Berk Demirkol, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, **Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt I**, Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, On İki Levha 2020, s. 308, (Teşmil); Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 280; Ekşi, **Incorporation**, s. 100.

²¹⁹ Şit Köşgeroğlu, **Tenfiz**, s. 2.

²²⁰ Esen, **Teşmil**, s. 1.

²²¹ Esen, **Teşmil**, s. 1; Demirkol, **Teşmil**, s. 281.

²²² Esen, **Teşmil**, s. 12; Demirkol, **Teşmil**, s. 281; Hande Bingöl, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Grup Şirketler Doktrini Çerçevesinde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2023, s. 11.

²²³ Şit Köşgeroğlu, **Tenfiz**, s. 5.

arasında bağlantı olması, birden çok sözleşmenin aslında tek bir sözleşmenin parçalarını teşkil etmesi veya birbirlerini tamamlaması gibi durumlar verilebilir²²⁴.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili konusunda yazılı şekil zorunluluğu açısından tartışılması gereken sorun ise tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartının tahkim anlaşmasının teşmil edileceği üçüncü kişi açısından da zorunlu olup olmadığıdır²²⁵. Diğer bir ifadeyle, tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartı yalnızca anlaşmayı akdeden taraflar arasında mı aranacak yoksa tahkim anlaşmasının teşmil ettiği üçüncü kişi açısından da tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartı zorunlu tutulacak mıdır²²⁶?

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 16.10.2003 tarihli kararına²²⁷ konu olan bir davada Mahkeme, İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 178(1)'de aranan şekli zorunluluğu yalnızca tahkim anlaşmasına taraf olanlara uygulamıştır²²⁸. Davaya konu olan olay; (X) *SA Libanaise*, (Y) *SA Libanaise* ve (Z) *Société à Responsabilité Limitée Libanaise* arasında akdedilmiş olan tahkim anlaşmasına dayanılarak Z tarafından X, Y ve tahkim anlaşmasının tarafı olmayan A'ya karşı uyuşmazlığın çözümü için tahkim prosedürünün başlatılması hakkındadır²²⁹. Z tarafından başlatılan tahkimde hakem tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişi A bakımından da yetkili olduğuna karar vermiştir. Karar, İsviçre'de iptal davasına konu edilmiştir zira davacılara göre tahkim şartının üçüncü kişiye teşmilinde İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 178(1) uyarınca bir üçüncü kişinin mevcut bir tahkim şartıyla bağlanma iradesinin yazılı olarak ispat edilmesi gerekmektedir. Sorun, üçüncü kişinin tahkim iradesinin yazılı bir metinden kaynaklanması gerektiği iddiası ile tahkim şartının kişi bakımından kapsamının tayininin maddi hukuka ilişkin olduğu iddiası arasında hangi iddianın geçerli olduğu hususunda doğmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen karara göre, tahkim anlaşmasının şekli zorunluluğu yalnızca tahkim anlaşmasının

²²⁴ Esen, **Teşmil**, s. 14-16.

²²⁵ Esen, **Teşmil**, s. 54; Bingöl, **a.g.e.**, s. 11.

²²⁶ Esen, **Teşmil**, s. 54.

²²⁷ X. S.A.L., Y. S.A.L. and A v. Z, SARL and ICC Arbitral Tribunal, DFT 129 III 727, 4P_115/2003, Karar için bkz. Esen, **Teşmil**, s. 55'ten naklen; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 287; Bingöl, **a.g.e.**, s. 12.

²²⁸ Esen, **Teşmil**, s. 54; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 284-285; Bingöl, **a.g.e.**, s. 12.

²²⁹ Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 285.

akdedilmesi sırasında yani kuruluşunda uygulanır, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde uygulanmaz²³⁰.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkin bir meseledir²³¹. Zira, tahkim anlaşmasının içeriği, kapsamı ve taraflarının kim olduğu tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğini oluşturmaktadır²³². Yazılı şekil şartının amaçları; tarafları anlaşma hakkında düşünmeye sevk etmek, anlaşmayı kanıtlamak, anlaşmanın içeriğini ortaya koymaktır²³³. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinin mümkün olup olmadığı araştırılırken ise yazılı şekil şartının bu amaçları göz önünde bulundurulmaz²³⁴. Ancak tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili her ne kadar tahkim anlaşmasının esasıyla ilgili ise de şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması zorunludur²³⁵. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkin bir mesele olduğundan üçüncü kişiye teşmilde üçüncü kişinin yazılı bir beyanda bulunması aranmaz²³⁶.

2.3. 805 Sayılı Kanun'un Tahkim Anlaşmalarının Yazılı Şekil Şartına Etkisi

Milletlerarası ticari anlaşmalar ve bu anlaşmaların bir parçası olan tahkim anlaşmaları günümüzde genel olarak yabancı dilde hazırlanmakta olup bu durum milletlerarası ticaretin vasfı göz önüne alındığında olağan sayılmaktadır²³⁷. Milletlerarası ticarete aktif rolü olan Türkiye'de de milletlerarası anlaşmalar ve dolayısıyla tahkim anlaşmaları yabancı bir dilde veya İngilizce hazırlanabilmektedir²³⁸. Ancak 1926 tarihinden bu yana yürürlükte olan 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun²³⁹ ve bu

²³⁰ Esen, **Teşmil**, s. 55; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 287; Bingöl, **a.g.e.**, s. 12.

²³¹ Esen, **Teşmil**, s. 58; Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 521-522; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 285.

²³² Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 285.

²³³ Esen, **Teşmil**, s. 58.

²³⁴ Esen, **Teşmil**, s. 58.

²³⁵ Şanlı, **Konışmantonun Devri**, s. 788.

²³⁶ Esen, **Teşmil**, s. 58.

²³⁷ Emre Esen, "İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi", **Public and Private International Law Bulletin**, C. 40, S. 1, 2020, s. 207, (**Mecburî Türkçe**).

²³⁸ Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 207.

²³⁹ RG: 22.04.1926 – 353.

Kanun'un mahkemeler tarafından yorumlanması ve uygulanması neticesinde yabancı dilde hazırlanan milletlerarası tahkim anlaşmaları bu Kanun'a istinaden geçersiz sayılmaktadır²⁴⁰. Bir sözleşmenin hangi dilde akdedildiği o sözleşmenin şekline ilişkin bir meseledir²⁴¹. Dolayısıyla, yabancı dilde hazırlanmış olan milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliği konusunda 805 sayılı Kanun'un uygulanma biçimi de incelenmesi gerekli bir meseledir.

Esasen, milletlerarası tahkim anlaşmaları 805 sayılı Kanun kapsamına girmemektedir²⁴². Zira, Türkiye 1926'dan bu zamana dek New York Konvansiyonu'na ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'na taraf olmuş ayrıca 2001 yılında da MTK kabul edilmiştir. Bahsi geçen tüm metinlerde tahkim anlaşmalarının şekli konusunda müstakil bir düzenleme getirilmiştir²⁴³. 2001 yılında yürürlüğe giren MTK'nin 4(2) sayılı maddesi uyarınca tahkim anlaşmalarının şekli konusu ayrıca düzenlendiğinden 805 sayılı Kanun'un uygulanma imkânı ortadan kaldırılmıştır²⁴⁴. Fakat milletlerarası tahkim anlaşmalarının 805 sayılı Kanun kapsamına girdiğinin kabul edilmesi durumunda bu Kanun hükümlerinin yorumlanması ve nasıl uygulanması gerektiği incelenmelidir.

805 sayılı Kanun, Cumhuriyet'in ilk yıllarında kabul edilen 1926 tarihli bir Kanun olup medenî ülkelerde özellikle resmî işlemlerde millî dilin kullanılması mecburiyeti varken Türkiye'de dilin ihmal edildiği ve yabancı dil konusunda yeterli olmayan Türk vatandaşlarının iktisadî hayatın dışında kaldığı gerekçesiyle çıkarılmıştır²⁴⁵. Dolayısıyla, Kanun esas olarak iktisadî müesseselerde Türkçe kullanılmasını zorunlu hâle getirilmesini düzenlemektedir²⁴⁶.

²⁴⁰ Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 207.

²⁴¹ Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 209.

²⁴² Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 461; Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 212.

²⁴³ Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 227-228.

²⁴⁴ Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 212. Tahkim anlaşmalarının 805 sayılı Kanun kapsamında olmamasının yalnızca MTK açısından değil tahkim anlaşmasının yazılı şekline ilişkin hükümler içeren milletlerarası anlaşmalar açısından da mümkün olmadığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 209-214.

²⁴⁵ İlhan Dinç, "İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılmasına Dair Kanuna İlişkin Güncel Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 44, 2020, s. 130; Süheyla Balkar, "805 Sayılı Kanun'un Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi", **Tahkim ve Uygulanacak Hukuk**, Ed. Ziya Akıncı, Berk Demirkol, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2021, s. 74-75 (**805 Sayılı Kanun**).

²⁴⁶ Balkar, **805 Sayılı Kanun**, s. 75.

Kanun'un 1. maddesi uyarınca: “*Türk tâbiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler; Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmaya mecburdurlar.*” Bu hüküm uyarınca tahkim anlaşmasının Türkçe düzenlenmesinin zorunlu olması için tahkim anlaşmasının Türk tâbiyetindeki iki şirket veya iki müessese arasında akdedilmiş olması ve tahkim anlaşmasının *Türkiye dâhilinde*²⁴⁷ olması gerekir. Ancak bu iki koşulu da yerine getiren tahkim anlaşmaları milletlerarası tahkim anlaşmaları olarak değil millî tahkim anlaşmaları olarak nitelendirilirler²⁴⁸. Bu nedenle, tahkime tâbi iş ve ilişkiler MTK m. 2 hükmü uyarınca yabancılik unsuru taşıyorsa bu iş ve ilişkiler “*Türkiye dâhilinde*” olma koşuluna uymayacağından bu tahkim anlaşmaları açısından Türkçe kullanma zorunluluğu aranmayacaktır²⁴⁹.

805 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca ise: “*Ecnebi şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müessesatı ile ve Türkiye tebaasından olan efrat ile muhabere, muamele ve temaslarına ve devair ve memurini Devletten birine ibraz mecburiyetinde bulundukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir.*” Kanun'un 1. maddesinde Türkçe zorunluluk her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterleri kapsarken 2. maddesinde “*mukaveleler*” ifadesi hariç tutulmuştur²⁵⁰. Kanun'un 2. maddesinde mukavele yani sözleşme teriminin hariç tutulması Türk tâbiyetindeki gerçek veya tüzel kişiler ile yabancı şirket veya müesseseler arasındaki ilişkiler bakımından sözleşmelerin Türkçe zorunluluk kapsamına alınmak istenmemesinden kaynaklanmaktadır²⁵¹. Zira Kanun'un 1. maddesinde hem mukavele hem de muamele ifadelerine yer verilmişken 2. maddesinde yalnızca muameleden bahsedilmesi kanun koyucunun sözleşmeleri kapsam dışı tutmak istemesinden kaynaklanmaktadır²⁵². Başka bir ifadeyle kanun koyucu “*mukavele*” terimini ikinci maddede bilinçli olarak

²⁴⁷ Kanun maddesindeki “*Türkiye dâhilindeki*” ifadesinin Türkiye’de akdedilen sözleşmeleri mi yoksa Türkiye’de ifa edilecek sözleşmeleri mi ya da yabancılik unsuru taşımayan yerel nitelikteki sözleşmeleri mi kastettiği hakkındaki yorumlar ve Yargıtay kararları için bkz. Balkar, **805 Sayılı Kanun**, s. 84-89.

²⁴⁸ Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 215.

²⁴⁹ Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 228.

²⁵⁰ Simel Sarılioğlu, “Tahkim Sözleşmesi Hazırlarken Dikkate Alınması Gerekenler”, **Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt 1**, Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 139.

²⁵¹ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 461; Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 228; Balkar, **805 Sayılı Kanun**, s. 91.

²⁵² Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 228.

hariç tutmuştur²⁵³. Bu nedenle yabancı şirket veya müesseseler ile Türk tâbiyetindeki gerçek veya tüzel kişiler arasında kurulacak tahkim anlaşmalarında Türkçe kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır²⁵⁴. Bazı mahkeme kararlarında bu görüşle isabetli olarak anlaşmalarda Türkçe kullanma zorunluluğu yalnızca Türk şirketleri bakımından aranmışken²⁵⁵ taraflardan birinin yabancı şirket olmasına rağmen tahkim anlaşmasının Türkçe olmaması nedeniyle anlaşmanın geçersiz kılındığı kararlar da mevcuttur²⁵⁶.

İncelenmesi gerekli olan diğer bir husus ise 805 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerine uygun olmayan tahkim anlaşmalarına uygulanacak olan yaptırımın ne olduğudur. Türkçe zorunluluğuna uyulmamasının tahkim anlaşmaları açısından yaptırımı Kanun'un 4. maddesinde yer almaktadır²⁵⁷. 805 sayılı Kanun m. 4 uyarınca; *"Bu Kanunun mevkii meriyete vaz'ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkâmına*

²⁵³ Balkar, **805 Sayılı Kanun**, s. 93-94.

²⁵⁴ Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 228.

²⁵⁵ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi'nin T., 13.02.2020, E., 2020/19, K., 2020/184 sayılı kararı uyarınca: "...davacı taraf İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında 805 sayılı Yasanın 1. maddesine dayanmakta, yabancı dilde yapılan tahkim sözleşmesinin hükümsüz olduğunu savunmaktadır: 805 sayılı Yasanın 1. maddesine göre *"Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar"*. Anılan Yasanın 2. maddesine göre ise bu zorunluluk, yabancı şirket ve müesseseler için, Türk müesseseleri ile Türkiye uyruğunda olan kişiler ile muhabere, muamele ve temaslarına ve devlet kurumlarına ibraz zorunluluğunda bulundukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir. Somut olaya döndüğümüzde, tahkim şartı içeren sözleşmenin bir tarafının yabancı şirket olması nedeniyle 805 sayılı yasanın 1. maddesinin uygulama olanağının bulunmadığı kanaatine varıldığından..." şeklinde karar verilerek Kanun'un ilk maddesinin sadece yerli şirket ve müesseselerin kendi aralarındaki sözleşmeler açısından Türkçe kullanma zorunluluğunu düzenlediği hüküm altına alınmıştır. Karar için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.dejure.ai/search> (Erişim Tarihi: 02.09.2024).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından T., 14.06.2007, E., 2007/5129, K., 2007/9050 sayılı verilen bir kararda da sözleşmelerin Türkçe yapılma zorunluluğunun yalnızca 805 sayılı Kanunun 1. maddesindeki Türk şirketleri arasındaki tahkim anlaşmaları için söz konusu olduğu fakat 2. maddede yabancı şirketler bakımından böyle bir zorunluluğun öngörülmediği, dolayısıyla İngilizce düzenlenen münhasır mali müşavirlik sözleşmesinin içinde yer alan tahkim anlaşmasının geçersiz olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 04.10.2024). Kararın yorumu için bkz.: Balkar, **805 Sayılı Kanun**, s. 95; Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 212-214.

²⁵⁶ Taraflardan birinin yabancı şirket olmasına rağmen tahkim anlaşmasının Türkçe yapılmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersiz kılındığı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T., 28.02.2014 E., 2014/1385, K., 2014/3815 sayılı kararı ile Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T., 26.09.2017, E., 2016/5836, K., 2017/4720 sayılı kararı hakkındaki yorumlar için bkz. Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 222-224; Kararlar için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.dejure.ai/search> (Erişim Tarihi: 02.09.2024); İlk derece mahkemesinin, İngilizce hazırlanan tahkim anlaşmasının 805 sayılı Kanun'a uygun olup olmadığını incelememesi nedeniyle bozulan karara ilişkin bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T., 04.03.2013, E., 2012/4088, K., 2013/3972 sayılı kararı, karara erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.dejure.ai/search> (Erişim Tarihi: 02.09.2024).

²⁵⁷ Balkar, **805 Sayılı Kanun**, s. 96; Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 225,

muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaik şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz.”

Kanun'un 4. maddesinde yer alan “*lehte nazara alınmama*” ifadesi yoruma açık olup bir görüşe²⁵⁸ göre bu maddede yaptırım olarak butlan amaçlanmış, diğer bir görüşe²⁵⁹ göre ise bu maddede öngörülen yaptırım sözleşmenin geçerliliği ile değil ispatı ile ilgilidir. Doktrindeki diğer bir görüş uyarınca *Kanun maddesindeki yaptırım Türk şirketinin veya yabancı şirketin 805 sayılı Kanun'a aykırı bir milletlerarası tahkim anlaşmasına dayanmasının engellenmesi ve böyle bir anlaşmanın ilgili taraf lehine dikkate alınmamasıdır*. Zira 805 sayılı Kanun'da, Kanun'a aykırılığın yaptırımı olarak açıkça geçersizlik öngörülmemiştir²⁶⁰. Mahkeme kararlarında ise 805 sayılı Kanun'a aykırılığın yaptırımı olarak genellikle tahkim anlaşmasının geçersizliği hüküm altına alınsa da madde 4 hükmündeki yaptırımı benimseyen kararlar da mevcuttur²⁶¹.

²⁵⁸ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 143.

²⁵⁹ Mehmet Bahtiyar, “805 Sayılı Kanun'a Aykırılık ve Yabancı Dilde Yazılmış Tahkim Şartının Yaptırımı Sorunu”, Prof. Dr. Zühtü Aytaç'a Armağan, Ed. Korkut Özkorkut et al., İstanbul, On İki Levha, 2024, s. 358.

²⁶⁰ Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 225.

²⁶¹ Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 225. 805 sayılı Kanun'a aykırılığın yaptırımının geçersizlik olarak değerlendirilmediği İstanbul 4 Asliye Ticaret Mahkemesi, 2017/815 E., 2018/1052 K. sayılı ve 11.10.2018 tarihli kararı uyarınca: “ [...] Davanın her iki yanı da Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan şirketlerdir. Sözleşmenin ifa yeri Türkiye'dir. Bu hali ile 805 Sayılı Kanunun incelenmesi gerekir. 805 Sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca Türkçe olması zorunlu iken İngilizce düzenlendikleri anlaşılmaktadır. Aynı Kanunun 4. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi konusundaki gerekliliğe uyulmamasının müeyyidesi yer almakta olup, yasada belirtilen müeyyide mutlak geçersizlik sonucu doğuran maddi bir hukuk kuralı niteliğinde değildir. İspat hukukuna dair bir kural mahiyetinde bulunmaktadır. Davalı tarafın tahkim itirazında bulunmasının ve sözleşme hükmüne dayanmanın bir tarafın lehine bir durum bir durum oluşturmadığı, Davacı tarafın, Sözleşme uyarınca diğer yükümlülükleri yerine getirdiğini belirtmişken, yargılama sırasında Sözleşmenin bir örneğini ve tercümesini kendisi ibraz etmişken Tarafların özgür iradeleri ile düzenledikleri sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmesi davalının tahkim itirazına karşı çıkmasının 4721 Sayılı Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan iyiniyet kuralına aykırı olduğu yönünde Mahkememizce Kanaat Hasıl olmakla taraflar arasında düzenlenen Sözleşmenin 16.1.md.si 6100 Sayılı Kanunun 413.md uyarınca hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız olmadığından tahkim itirazının kabulü ve davanın usulden reddine karar verilmiştir [...]” Kararın yorumu için bkz. Esen, **Mecburî Türkçe**, s. 225-227. Karar için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.dejure.ai/search> (Erişim Tarihi: 02.09.2024).

805 sayılı Kanun'a aykırılığın geçersizlik yaptırımına tâbi tutulduğu Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T., 04.03.2013, E., 2012/4088, K., 2013/3972 sayılı kararında: “[...]805 sayılı iktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 2. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi öngörülmüştür. Davacı tarafından dava dilekçesine eklenen tahkim şartını içeren sözleşmenin ise İngilizce düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla mahkemece tahkim şartının geçerli olup olmadığı değerlendirilip tahkim itirazının buna göre karara bağlanması gerekirken bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir” Karar için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.dejure.ai/search> (Erişim Tarihi: 02.09.2024).

Kanaatimizce, 805 sayılı Kanun'un çıkarıldığı tarih olan 1926'da Kanun'un çıkarılma gerekçesine bakıldığında bu gerekçenin artık günümüz dünyasında geçerli olamayacağı anlaşılmaktadır. Zira, küreselleşme neticesinde artık aralarında kilometreler bulunan ve birbirine tamamen yabancı olan ve farklı iki dili konuşan kimseler arasında internet üzerinden dahi çok kısa bir sürede sözleşmeler akdedilebilmektedir. Bu şekilde akdedilen sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesini zorunlu tutmak ise tarafları bilmedikleri bir dilde sözleşme akdetmeye zorlamak olacak ve bu durum sözleşme serbestisi ilkesine gölge düşürecektir. Özellikle tahkim anlaşmalarının milletlerarası ticarete birbirinden farklı diller konuşan kimseler arasında akdedildiği düşünüldüğünde 805 sayılı Kanun'un uygulanmasının tarafları yıldıracığı düşüncesindeyiz. Zira tahkim anlaşmalarının şekli açısından MTK m.

805 sayılı Kanun'a aykırılığın yaptırımının geçersizlik olduğunu hüküm altına alan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T., 05.02.2019, E., 2017/5003, K., 2019/842 sayılı kararı uyarınca: "[...]Dava; acentelik sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle portföy tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece, taraflar arasındaki sözleşmede tahkim şartı bulunduğu ve geçerli bu şart nedeniyle mahkemenin görevsiz olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiş, davacı vekilinin istinaf istemi de sözleşmenin taraflarından birisinin yabancı olduğu, 805 sayılı Yasanın bu sözleşme açısından uygulanabilecek norm olmadığı, ayrıca süregelen ilişki içinde tahkim şartının yenilenmediği itirazının da yersiz olduğu gerekçesiyle HMK 353/1.b.1 maddesi gereğince esastan reddedilmiştir. İlk derece mahkemesindeki yargılama aşamasında ve istinaf incelemesi sırasında dosyaya ibraz edilen sözleşme ve ticaret sicil kayıtlarına göre tali acentelik sözleşmesinin taraflar Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetindedir. 805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 1. maddesi Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetindeki şirket ve müesseselerin ülke içindeki her türlü sözleşmeleri hesap ve defterlerini Türkçe olarak düzenlemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaksızın düzenlenen sözleşmeler ise aynı Kanun'un 4. maddesine göre geçersizdir. Somut olayda taraflar arasındaki tahkim şartını içeren acentelik sözleşmesi yabancı dilde düzenlenmiş olmakla yukarıda sözü edilen yasa gereğince geçersizdir. İlk derece mahkemesince davalının tahkim ilk itirazının reddedilmesi gerekir iken, yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir [...]" Karar için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.dejure.ai/search> (Erişim Tarihi: 02.09.2024).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T., 16.03.2012, E., 2012/3122, K., 2012/4073 sayılı kararında da 805 sayılı Kanun'un 4. Maddesinde yer alan "lehte nazarı itibare alınmama" ifadesinin yerel mahkeme tarafından tartışılması gerektiği belirtilerek "[...] Dosya kapsamından, davanın her iki yanının da Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan şirketler olup aralarındaki varlığı ihtilafsız sözleşme(ler)in - ifa yerlerinin Türkiye dahilinde olduğu da gözetildiğinde 805 sayılı Yasa'nın 1. maddesi uyarınca Türkçe olması zorunlu iken İngilizce düzenlendikleri anlaşılmaktadır. Aynı yasanın 4. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi konusundaki gerekliliğe uyulmamasının müeyyidesi yer almakta olup, mahkemece söz konusu yasa hükümleri nazara alınarak yasada belirtilen müeyyidenin mutlak geçersizlik sonucu doğuran maddi bir hukuk kural niteliğinde olup olmadığı, aksi halde ispat hukukuna ilişkin bir kural mahiyetinde bulunup bulunmadığı, bu anlamda davalı yan dayanağı sözleşmenin özellikle tahkime ilişkin hükümlerinin onun lehine nazara alınıp alınmayacağı tahkim itirazında bulunmanın ve buna ilişkin sözleşme hükmüne dayanmanın "bir tarafın lehine" bir durum tevhit eder nitelikte olup olmadığı, öte yandan davalının davalının tahkim itirazına karşı çıkmasının MK'nun 2. maddesinde yer alan iyi niyet kuralına aykırı olup olmadığı hususlar değerlendirilip tartışılmadan taraflar arasındaki 22.4.2007 tarihli sözleşmenin ilgili hükümlerine değer ilave olunarak davalının tahkim itirazının kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, davacı yan vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir [...]" şeklinde hüküm kurulmuştur. Karar için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.dejure.ai/search> (Erişim Tarihi: 02.09.2024).

4(2)'nin esas alınması gerekmektedir. MTK m. 4(2)'de ise tahkim anlaşmalarının Türkçe olması gerektiğine dair bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda şekil kuralları MTK m. 4(2) ile özel olarak düzenlendiğinden özel hüküm içeren Kanun'un uygulanması gerekir²⁶². Ancak mahkeme kararlarına bakıldığında 805 sayılı Kanun'un hala dikkate alınan bir Kanun olduğunu görebildiğimizden önlem olması açısından tahkim sözleşmelerinin hem Türkçe hem de yabancı dilde hazırlanmasının daha uygun olacağını belirtmek isteriz. Fakat bu noktada ortaya çıkan sorunlardan biri de esas sözleşmede yer alan tahkim şartı şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmalarında esas sözleşmenin oldukça uzun ve sayfa sayısının fazla olabilmesidir. Bu durumda, sadece tahkim şartı yer alıyor diye örneğin iki yüz sayfalık bir esas sözleşmenin Türkçe de düzenlemesi hem maddi hem de zaman açısından taraflara yük getirecektir. Dolayısıyla, böyle bir durumda yalnızca tahkim şartı yer alan maddenin Türkçe de düzenlemesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Aynı şekilde, bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılan tahkim anlaşmalarında da tahkim sözleşmesinin Türkçe de yapılması yeterli olacaktır.

2.4. İmzalanmamış Asıl Sözleşmedeki Edimlerin İfasının Yazılı Şekil Şartına Etkisi

Tartışılması gereken konulardan bir diğeri de tahkim şartı içeren asıl sözleşme imzalanmadan asıl sözleşmeye yönelik ifa hareketlerinin tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamayacağıdır. Doktrinde, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesi gereğince asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden farklı hukuki nitelikte olduğu, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı olarak kendi geçerliliğini koruması gerektiği için tahkim anlaşmasına yönelik yazılı

²⁶² Hukuki düzenleme genel, sonraki hukuki düzenleme özel, yani sadece düzenleme yaptığı konuyu kapsar nitelikte ise, sonraki özel kanun hükümleri, önceki genel düzenlemenin ilgili hükümlerini ilga edecektir. Bkz. Ersan Şen, Sefa Eryıldız, **Hukuka Giriş**, 3. Bs., Ankara, Seçkin, 2021, s. 72-73; Süleyman Yılmaz, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara, Yetkin, 2019, s. 145. MTK ve 805 Sayılı Kanun arasında özel-genel kanun ve önceki-sonraki kanun ilişkisi kurulabilir. Bu durumda MTK'nin tahkim anlaşmaları bakımından daha özel nitelikli olduğu kanısındayız. Ayrıca tarihsel açıdan da baktığımızda MTK, 805 Sayılı Kanun'dan çok daha sonra yürürlüğe girmiştir. Bu durumda, tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin özel hükümler içeren ve sonraki özel kanun niteliğinde MTK, kanımızca 805 Sayılı Kanun'un bahsi geçen hükmünü ilga edecektir.

şekil şartı aranacağı, bu nedenle asıl sözleşmeye yönelik ifa hareketlerinin tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağlamayacağı belirtilmiştir²⁶³.

Doktrinde yer alan karşıt bir görüş ise, sözleşmeye ihtirazî bir kayıt konulmadan karşılıklı teyit mektuplarıyla teyit edilmesinin ve sözleşmedeki edimlerin ifasına başlanmasının fiilî bir kabul içine girildiğinden dolayı tahkim şartı da dahil tüm sözleşme hükümlerinin kabul edildiğini gösterdiğini belirtmiştir²⁶⁴. Ancak bu son görüşteki ihtimalde tarafların karşılıklı teyit mektupları göndermesi bir bakıma MTK m. 4(2)'deki teati şartını (eğer teyit mektupları MTK m. 4(2)'de sayılan araçlar ile gönderilmişse) karşılamaktadır. O yüzden yazarın bahsettiği bu durumda tarafların salt sözleşmedeki edimlerin ifasına başlama hareketleri bulunmamaktadır. Sözleşmenin ifa hareketlerine başlanmadan önce taraflar, tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağlayabilecek bir eylemde de bulunmuşlardır.

Kanaatimizce, ilk görüş desteği hak etmektedir. Zira MTK m. 4(2)'de tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde kurulmasının koşulları belirtilmiş olup bu koşullar gereğince tarafların tahkim anlaşmasına yönelik bir beyanları bulunması gerektiği açıktır. Yazılı şekil şartını sağlayan ilk ihtimal tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış bir yazılı belgede bulunmasıdır. Dolayısıyla, bu koşulu yerine getirmeyen yani imzalanmamış bir sözleşmedeki tahkim anlaşması geçerli olmayacağından esas sözleşmeye yönelik olan ifa hareketleri de yazılı şekil şartını sağlamayacaktır.

2.5. Temsilci Aracılığıyla Yapılmış Tahkim Anlaşmalarının Şekli

Tahkim anlaşmalarının temsilci vasıtasıyla yapılması durumunda TBK m. 504(3)'te “*Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz [...]*” şeklinde ve HMK m. 74'te “*Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz [...]*” şeklinde belirtilmektedir.

²⁶³ Erkan, **Yetki Sorunları**, s. 58; Esen, **Şekil**, s. 113.

²⁶⁴ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 452.

TBK m. 12 uyarınca kanunda aksi öngörülmedikçe hukuki işlemler şekle tâbi değildir. Tahkim anlaşması akdetmek için özel yetkiyi içeren temsil sözleşmesi yapılmasına yönelik olarak ne HMK’de ne de TBK’de bir yazılı şekil şartı öngörülmüştür. Dolayısıyla, temsilciye tahkim anlaşması yapması için verilen yetkinin yazılı olmasına gerek yoktur. Bu noktada ortaya çıkan sorun, tahkim anlaşmasının temsilci aracılığıyla yapılması durumunda temsilciye verilen özel yetkinin de yazılı olarak verilmemesinin tahkim anlaşmasının yazılı şeklini etkileyip etkilemeyeceğidir. Zira, bazı ülke hukuklarında tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartı tahkim anlaşması yapma yetkisine de teşmil ettiği görülmektedir²⁶⁵.

Doktrindeki bir görüşe göre temsil yetkisi temel sözleşmenin şekline tâbi olmalıdır²⁶⁶. Zira, temel sözleşmenin şekline tâbi olarak yapılmayacak olan temsil sözleşmesi, tarafların menfaatini koruma amacı bulunan ve şekli öngören kanun hükmü ile çelişecektir. Bu durumda temsil sözleşmesi de tahkim anlaşmasının şekline tâbi olmalıdır. Başka bir ifadeyle, tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartı temsil anlaşmasına da teşmil etmeli yani temsil sözleşmesi de yazılı şekilde yapılmalıdır. Zira bu yöntemle tahkim anlaşmasının tarafları koruma altına alınmaktadır²⁶⁷.

Kanaatimizce, tahkim anlaşmasının özel yetkili bir temsilci tarafından akdedilip akdedilmediği hususu tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkindir. Zira, temsilciye özel bir yetki verilmediği için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulamayan tahkim anlaşmasının bu koşullar yerine gelmediği için geçersiz olması ancak tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini etkileyebilir. Başka bir ifadeyle, tahkim anlaşması yapmaya yönelik iradenin bulunup bulunmadığı ile iradenin yazılı şekilde beyan edilmesi gerekliliği birbirinden farklı hususlardır. Bu durumda tahkim anlaşması akdetmek için özel yetkisi olan temsilcinin karşı tarafla yazılı bir tahkim anlaşması yapması yeterlidir. Özel yetkisi olmayan bir temsilcinin tahkim anlaşması akdetmesi hâlinde ise temsil olunanın tahkim anlaşması akdetme iradesi olduğundan bahsedilemeyecektir. İradenin bulunup bulunmadığı ya da

²⁶⁵ Fatih Işık, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk**, 1. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 27, (Yetki).

²⁶⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 224.

²⁶⁷ Işık, **Yetki**, s. 31.

karşılıklı iradelerin birbirine uygun olmadığı bir durum yazılı şekil şartına ilişkin değildir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER UYARINCA TAHKİM ANLAŞMALARININ YAZILI ŞEKLİ

1. NEW YORK KONVANSİYONU MADDE II UYARINCA TAHKİM ANLAŞMASININ YAZILI ŞEKİL ŞARTI

1.1. Genel Bilgi

Milletlerarası tahkim anlaşmaları için en evrensel yazılı şekil şartı New York Konvansiyonu'nda öngörülmüştür. Şekil şartına ilişkin farklı millî yaklaşımlar dikkate alındığında Konvansiyon, tek tip bir milletlerarası standart yakalamak amacını taşımaktadır¹.

New York Konvansiyonu m. II(1)'de tahkim anlaşmalarının yazılı olarak yapılması gerektiği hüküm altına alındıktan sonra m. II(2)'de yazılı teriminden ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir². Maddeye göre; “*“Yazılı anlaşma” terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır.”*

Doktrindeki bir görüşe göre New York Konvansiyonu m. II(2) Konvansiyon'un en kötü biçimde hazırlanmış hükmüdür³. Bu madde ile beklenen yarar maddenin yazılı anlaşma terimine yeknesak bir yorum getirmesiyle maddenin daha fazla kafa karışıklığına yol açtığı belirtilmektedir. Bunun nedeni olarak ise maddenin İngilizce

¹ Born, *Arbitration*, s. 704; Esen, *Şekil*, s. 67; Ekşi, *Incorporation*, s. 156; Van den Berg, *New York Convention*, s. 170.

² New York Konvansiyonu m. II(1) uyarınca: “*Âkit devletlerden her biri, tarafların akte dayanan veya akdî olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder.”* Konvansiyon'un Türkçe metni için bkz. (Çevrimiçi), <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141817Newyork%20Konvansiyonu%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf> (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

³ Adam Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schultess, 1989, s. 81-82.

ve Fransızca versiyonlarının farklı anlamlara geliyor olması gösterilmektedir⁴. Hükümün Fransızca versiyonu İngilizce'ye çevrildiğinde tahkim anlaşmalarını sadece m. II'de tanımlananlarla sınırlı tutmaktayken İngilizce versiyonu daha "*kapsayıcı nitelikte*" olarak tanımlanmıştır. Zira maddenin İngilizce versiyonu uyarınca m. II(2)'de bahsedilen türdeki tahkim anlaşmaları Konvansiyon'un kapsamına kesinlikle girerken Konvansiyon'un uygulanması m. II(2)'de bahsedilen tahkim anlaşmalarıyla sınırlı değildir⁵. Bu durumda Konvansiyon'un İngilizce versiyonunu benimseyen devletlerde m. II(2)'nin yorumu daha liberal olacakken Fransızca versiyonunu benimseyen devletlerde yorum daha kısıtlayıcı olacaktır⁶. Ancak kanımızca, New York Konvansiyonu hakem kararlarının icrasını kolaylaştırmak amacıyla kabul edildiğinden tahkim anlaşmalarının Konvansiyon kapsamına girmesini kolaylaştıran ve kapsayıcı olan yorumun benimsenmesinin daha uygun olacağı görüşündeyiz.

Türk hukukunda tahkim anlaşması MTK m. 4(1)'de belirtildiği üzere tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi biçiminde yapılabilir. New York Konvansiyonu m. I(2)'de de tahkim anlaşmasının "hakem şartı" veya "hakem mukavelesi" şeklinde yapılabileceği hüküm altına alınmış olmakla birlikte bu iki kavram hakkındaki genel bilgiye burada yukarıdaki bölüme atıf vermekle yetiniyoruz⁷.

⁴ Samuel, **a.g.e.**, s. 81

⁵ New York Konvansiyonu m. II(2)'nin Fransızca versiyonu uyarınca: "*On entend par «convention écrite» une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.*" Yazarın düşüncesine göre Fransızca versiyon İngilizce'ye çevrildiğinde "*the term "arbitration agreement" shall mean either...*" ("*tahkim anlaşması*") terimi aşağıdakilerden birini ifade eder...) şeklinde olmaktadır. Bu da Konvansiyon kapsamındaki tahkim anlaşmalarını madde II(2)'de tanımlananlarla sınırlıyor gibi görünmektedir. Bkz. Samuel, **a.g.e.**, s. 83; İngilizce versiyonu ise: "*The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement [...]*" şeklinde olup bu versiyonda "either" ifadesi yer almamaktadır. Dolayısıyla, kanaatimizce kısıtlayıcı anlamı veren "either" kelimesi İngilizce metinde yer almadığı için İngilizce versiyonu yazara göre daha kapsayıcı görünmektedir.

⁶ Samuel, **a.g.e.**, s. 85.

⁷ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, 1.1. Bu konuda New York Konvansiyonu özelinde belirtilmesi gereken husus, Van den Berg tarafından yapılan yorumdur. İlgili yoruma göre New York Konvansiyonu'nun İngilizce metni "*an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties [...]*" (tarafarla imzalanan, esas sözleşmedeki bir tahkim şartı veya tahkim anlaşması) şeklinde kaleme alınmıştır. Van den Berg'e göre "*the arbitration agreement*" (tahkim anlaşması) terimi hem "*arbitration clause*" (tahkim şartı) hem de "*submission agreement*" (tahkim sözleşmesi) terimlerini kapsamaktadır. Bu durumda İngilizce metin "*an arbitral clause in a contract or a submission agreement, signed by the parties*" (tarafarla imzalanan, esas sözleşmedeki bir tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi) şeklinde okunmalıdır. Bunun için bkz. Van den Berg, **New York Convention**, s. 190.

1.1.1. Tahkim Anlaşmasının Taraflarca İmzalanmış Mukaveleler İçine Konan Hakem Şartı veya Bir Hakem Mukavelesi Şeklinde Yapılması

Konvansiyon'un II(2). maddesi uyarınca tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartının sağlanması için maddede tahkim anlaşması yapmanın iki türü sayılmıştır. Maddeye göre tahkim anlaşması ya taraflarca imzalanmış bir sözleşme içinde tahkim şartı olarak yer alabilir ya da taraflarca bağımsız bir tahkim sözleşmesi imzalanabilir.

Madde II(2)'deki şekil şartını sağlayan bir tahkim anlaşmasının en belirgin örneği gelecekte ortaya çıkacak veya mevcut bir uyuşmazlığın çözümü için akdedilen ve tüm taraflarca imzalanmış bağımsız bir tahkim sözleşmesidir⁸. Konvansiyon'un m. II(2)'deki şekil şartının yerine getirilmesi için taraflarca imzalanmış bağımsız bir tahkim sözleşmesinin bulunması gerekli olup bu anlaşmanın tüm taraflarca imzalanması gerekir⁹. Her ne kadar genellikle her iki taraf da aynı anlaşmayı imzalıyor olsalar da yazılı şekil şartının yerine getirilmesi için her iki tarafın da diğer tarafa gönderilecek olan kopyayı, kopyaların aynı olması şartıyla, imzalaması da yeterli görülmektedir¹⁰. Hatta imzalı görev belgesi (Terms of Reference) dahi duruma göre yazılı bir tahkim anlaşması oluşturabilmektedir¹¹.

Tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağlayan koşullardan biri de taraflarca imzalanmış bir sözleşmede yer alan tahkim şartıdır. Bu şekilde tahkim anlaşmasının

⁸ Born, **Arbitration**, s. 718.

⁹ Born, **Arbitration**, s. 718; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 489; Van den Berg, **New York Convention**, s. 192; Jean-François Poudret, Sébastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration**, 2. Bs, Çev.: Stephen V. Berti, Annette Ponti, London, Sweet Maxwell, 2007, s. 153. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin, T., 24.02.2000, E., 1999/7119, K., 2000/1342 sayılı kararı uyarınca: "[...]Türkiye'nin de imzalayarak iç mevzuatına dahil etmiş olduğu New-York sözleşmesinin II/2. maddesinde tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesinin gerektiği, yazılı anlaşma teriminden ise karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartının veya bir hakem mukavelesinin anlaşılacağı belirtilmiştir. 29.5.1997 tarihli sözleşmede davalı alıcının imzası bulunmadığı gibi New-York sözleşmesinin anılan hükmünde belirtilen ve uyuşmazlığın çözümde hakeme gidilmesine olanak verecek bir diğer hususun varlığı da kanıtlanamamıştır. Mahkemece bu yönler gözetilerek tenfiz talebinin MÖHUK'nun 45/1. maddesi uyarınca reddi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulünde isabet görülmemiştir [...]" şeklinde karar verilerek tahkim anlaşmasının imzalanması gerektiğine karar verilmiştir. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 09.09.2024).

¹⁰ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 80; Born, **Arbitration**, s. 719.

¹¹ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 80; Bu konu hakkında detaylı bir değerlendirme için bkz. Esen, **Teşmil**, s. 32-35.

m. II(2)'deki yazılı şekil şartını karşılayabilmesi için içinde tahkim şartı barındıran sözleşme her iki tarafça ya da tüm taraflarca imzalanmalıdır¹². Tahkim şartı barındıran bir sözleşmenin yalnızca bir tarafça imzalanması madde II(2)'deki yazılı şekil şartını sağlamayacaktır¹³. Sözleşmede tahkim şartı olarak yer alan tahkim anlaşmasının ayrıca imzalanmasına (veya paraflanmasına) gerek bulunmamaktadır¹⁴. Ayrıca, bağımsız tahkim sözleşmelerine benzer bir şekilde, şekil şartının yerine getirilmesi için her iki tarafın da sözleşmenin aynı kopyasını imzalaması gerekliliği bulunmamaktadır¹⁵. Bir anlaşmanın aynı nüshaları üzerindeki imzalar m. II(2)'deki şekil şartını karşılayacaktır¹⁶.

ABD Mahkemeleri, New York Konvansiyonu m. II(2) hükmündeki tahkim sözleşmelerini ve tahkim şartını ayrı ayrı ele aldığından birtakım yorum farklılıkları ortaya çıkmaktadır¹⁷. ABD Beşinci Temyiz Dairesi'nin görüşüne göre tahkim anlaşması esas sözleşme içinde yer alan tahkim şartı şeklinde akdedildiyse imzaya gerek bulunmamaktadır¹⁸. Zira ABD Beşinci Temyiz Dairesi'nin görüşüne göre, m. II(2) uyarınca yazılı şekil şartının yerine getirilebilmesi için imza şartı yalnızca bağımsız şekilde yapılan tahkim sözleşmeleri için gereklidir¹⁹. ABD Beşinci Temyiz Dairesi'nde görülen *Sphere Drake Insurance Plc v. Marine Towing, Inc.* davasına²⁰ konu olan olayda İngiliz sigortacı, sigorta sözleşmesinde tahkim şartı olduğu için devlet mahkemesinde ileri sürülen talebin tahkime tâbi olduğunu iddia etmiş, sigortalı ise sigorta sözleşmesini imzalamadığını ileri sürmüş ve tahkim talebine itiraz etmiştir. Beşinci Temyiz Dairesi tarafından verilen karara göre, m. II(2)'deki imza şartı yalnızca bağımsız tahkim sözleşmesi şeklinde yapılan tahkim anlaşmaları için geçerli olup

¹² Born, *Arbitration*, s. 719; Samuel, *a.g.e.*, s. 82; Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 1. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 533; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 490; Van den Berg, *New York Convention*, s. 192; Fouchard, Gaillard, Goldman, *Arbitration*, s. 377.

¹³ Born, *Arbitration*, s. 719.

¹⁴ Schramm, Geisinger, Pinsolle, *a.g.m.*, s. 80; Esen, *Şekil*, s. 69.

¹⁵ Born, *Arbitration*, s. 719.

¹⁶ Born, *Arbitration*, s. 719.

¹⁷ Esen, *Şekil*, s. 69-70.

¹⁸ Michael H. Bagot, Dana A. Henderson, "Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration", *Tulane Maritime Law Journal*, Vol. 26, 2002, s. 426.

¹⁹ Bagot, Henderson, *a.g.m.*, s. 425-426; Esen, *Şekil*, s. 71.

²⁰ *Sphere Drake Insurance PLC v. Marine Towing, Inc.* 16 F.3d, s. 669 (5th Cir. 1994), Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/16/666/491774/> (Erişim Tarihi: 10.05.2024).

tahkim şartı içeren bir sözleşmedeki tahkim anlaşmasının geçerli olması için bu sözleşmenin imzalanmasına gerek yoktur²¹. Başka bir ifadeyle Mahkeme, m. II(2)'de yer verilen imza zorunluluğunun yalnızca bağımsız şekilde yapılan tahkim sözleşmeleri için geçerli olduğuna ve tahkim şartı içeren bir esas sözleşmenin imzalanmış olmasına gerek olmadığına hükmetmiştir²². Bu yoruma İngilizce metinde bulunan virgül neden olmaktadır. İngilizce metinde yer alan virgül nedeniyle “*imzalanmış veya taraflar arasında teati edilmiş bir belgede yer alma*” ifadesi sadece bağımsız şekilde kurulan tahkim sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulacak, tahkim şartı içeren esas sözleşme bakımından ise imza şartı aranmayacaktır²³. Doktrinde, Amerika Beşinci Temyiz Dairesi tarafından verilen karara uygun olarak tahkim şartı şeklinde yapılan tahkim anlaşmasının imzalanmasına gerek olmadığı yönünde görüş de mevcuttur²⁴. 2023 yılında ABD mahkemeleri tarafından verilmiş olan iki kararda da ABD Beşinci Temyiz Dairesi tarafından verilen *Sphere Drake Insurance Plc v. Marine Towing, Inc.* kararındaki görüş benimsenmiştir²⁵.

ABD İkinci Temyiz Mahkemesi ise tahkim anlaşması belge teatisi suretiyle kurulmamışsa, anlaşma, ister bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde akdedilmiş

²¹ Born, *Arbitration*, s. 720.

²² Zorlu, *a.g.m.*, s. 108; Jing Wang, “International Judicial Practice and the Written Form Requirement for International Arbitration Agreements”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 10, No. 2, s. 377; Susan L. Karamanian, “The Road to the Tribunal and Beyond: International Commercial Arbitration and United States Courts”, *George Washington International Law Review*, Vol. 34, No. 1, 2002, s. 68; Doktrinde Esen, söz konusu mahkeme kararını daha farklı yorumlamıştır. Yazara göre, mahkeme, zaten imzalanmış olan esas sözleşmedeki tahkim şartının ayrıca imzalanmasına gerek olmadığına ilişkin karar vermiştir. Bkz. Esen, *Şekil*, s. 72.

²³ New York Konvansiyonu m. II(2)'nin İngilizce versiyonu şu şekildedir: “*The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.*” ABD Beşinci Temyiz Dairesi'ne göre maddede yer alan ve “*an arbitration agreement*” ifadesinden sonra gelen virgül nedeniyle “*signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams*” ifadesi yalnızca “*arbitration agreement*” ifadesini nitelemekte, “*an arbitral clause in a contract*” ifadesini ise etkilememektedir. Yorum için bkz. Born, *Arbitration*, s. 720.

²⁴ Poudret, Besson, *a.g.e.*, s. 153.

²⁵ *Goux Enters. v. Indian Harbor Ins. Co.*, Civil Action 22-4330 (E.D. La. Apr. 14, 2023) Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.newyorkconvention.org/court-decisions/united-states-14-april-2023-goux-enterprises> s. 5, (Erişim Tarihi: 13.10.2024); *Ishwar Krupa LLC v. Indep. Specialty Ins. Co.*, 2:22-cv-03240 (E.D. La. Apr. 12, 2023), Karara göre: “[...] *Sphere Drake v. Ins. PLC v. Marine Towing, Inc.* davasında Mahkeme, “*taraflarca imzalanma*” ifadesinin yalnızca “*bağımsız şekilde yapılan tahkim sözleşmelerini*” kapsadığını, “*esas sözleşmede bulun tahkim şartını*” kapsamadığını, dolayısıyla bir tahkim şartı içeren sözleşmenin imzalanması gerekmediğine hükmetmiştir [...]” Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.newyorkconvention.org/court-decisions/united-states-12-april-2023-ishwar-krupa> s. 3, (Erişim tarihi: 13.10.2024).

isterse tahkim şartı olarak bir sözleşmenin içinde yer alacak şekilde yapılmış olsun imzanın şart olduğunu ileri sürmektedir²⁶. İkinci Daire tarafından verilen bir karar olan *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.* davasına²⁷ konu olan olayda taraflar ticari ilişkilerini yürütürken imzalı siparişler kullanmaktadırlar. Ancak bu siparişlerde yer alan tahkim şartı içeren esas sözleşme her iki tarafça da imzalanmadığından ve ayrıca tahkim şartı taraflar arasında teati edilen belgelerde de yer almadığından İkinci Daire Konvansiyon'un II(2). maddesindeki şekil şartının sağlanmadığına hükmetmiştir²⁸. *Kahn Lucas* davasında ABD İkinci Temyiz Dairesi tarafından verilen kararda virgülün “*mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi*” ibaresinin “*taraflarca imzalanmış veya mektup yahut telgraf vasıtasıyla teati edilmiş*” ibaresinden ayırmak amacını taşıdığına hükmedilmiştir. Dolayısıyla, İkinci Daire, “*taraflarca imzalanmış belgelerde veya teati edilmiş mektup veya belgelerde yer alan*” ifadesinin hem tahkim sözleşmeleri bakımından hem de tahkim şartları içeren esas sözleşmeler bakımından geçerli olduğuna hükmederek hem tahkim şartlarını içeren esas sözleşmenin hem de tahkim sözleşmelerinin ya imzalanması gerektiğini ya da taraflar arasında teati edilen belgelerde yer almasını gerektiğini belirtmiştir²⁹. Kanaatimizce, İkinci Daire tarafından verilen karar daha doğrudur. Hükmün lafzından da hem tahkim şartı içeren sözleşmenin hem de bağımsız şekilde yapılan tahkim sözleşmesinin imzalanması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

1.1.2. Tahkim Anlaşmasının Karşılıklı Olarak Gönderilen Mektup veya Telgraf Yoluyla Yapılması

New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağlayan diğer bir olasılık tahkim anlaşmasının karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunmasıdır. Taraflardan birinin diğer tarafa gönderdiği yazılı bir tahkim sözleşmesi ya da yazılı bir esas sözleşmede yer alan tahkim şartı diğer

²⁶ Bagot, Henderson, **a.g.m.**, s. 426; Esen, **Şekil**, s. 71; Karamanian, **a.g.m.**, s. 68-69.

²⁷ *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*, 186 F.3d, s. 218, (2d Cir. 1999) Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/186/210/569364/> (Erişim Tarihi: 11.05.2024).

²⁸ Esen, **Şekil**, s. 72; İlhan, **a.g.e.**, s. 54-55.

²⁹ Esen, **Şekil**, s. 72; Born, **Arbitration**, s. 721; Karamanian, **a.g.m.**, s. 68-69.

tarafça yazılı bir şekilde kabul edildiğinde yazılı şekil şartı sağlanmış olacaktır³⁰. Dolayısıyla, yalnızca tek tarafın gönderdiği yazılı bir belgeyle “belge teatisi” şartı sağlanmayacağından çoğu mahkeme tek taraflı yapılan gönderimin m. II(2)’deki gerekliliği sağlamadığına hükmetmektedir³¹.

Mektup veya telgraf teatisi ile tahkim anlaşmasının kurulması ile ilgili en çok tartışılan konulardan biri belge teatisi yoluyla tahkim anlaşması kurulurken imzanın gerekli olup olmadığıdır. Çoğunluk görüşe göre tahkim anlaşmasının teati yoluyla kurulması durumunda imza şart değildir³². Zira m. II(2)’de yer alan imza gerekliliği yalnızca tahkim anlaşmasının “tahkim sözleşmeleri” ve “tahkim şartı” şeklinde yapılması durumu için geçerlidir³³. Ayrıca m. II(2)’yi mektupların veya telgrafların imzalanmasını gerektirecek şekilde yorumlamak ticari uygulamaların yanı sıra Konvansiyon’un hedeflerini göz ardı etmek anlamına geleceğinden adaletsiz sonuçlar doğurabilecektir³⁴.

Mahkeme içtihatlarına ve tahkimde verilen hakem kararlarına göre de mektupların, telgrafların veya benzer iletişim araçları üzerinden yapılan tahkim anlaşmalarının imzalanmasına gerek bulunmamaktadır³⁵. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, *Tracom SA v. Sudan Oil Seeds Company* davasında verdiği kararda, m. II(2) hükmünün tahkim anlaşmalarının belge teatisi yoluyla kurulabilmesinin amacının yazılılık kavramının kapsamını genişletmek olduğuna, yazılı bir teklifin ve yazılı bir kabulün bulunması ve bunların teati edilmesi gerektiğine, tarafların imzalarının bulunmasına gerek olmadığına ve tarafların iradelerini faks yoluyla

³⁰ Esen, **Şekil**, s. 73; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 153; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 81-82.

³¹ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 82. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, 1.2.1.

³² Esen, **Şekil**, s. 73; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 81; Born, **Arbitration**, s. 721; Zorlu, **a.g.m.**, s. 108; Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 421; Samuel, **a.g.e.**, s. 82; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 153; Van den Berg, **New York Convention**, s. 194; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 377.

³³ Born, **Arbitration**, s. 721.

³⁴ Born, **Arbitration**, s. 721.

³⁵ Born, **Arbitration**, s. 721.

açıklamalarının yeterli olduğuna karar vermiştir³⁶. Ancak yine de gönderilen yazılı belgelerin taraflara atfedilebilmesi şarttır³⁷.

Bununla birlikte m. II(2)'deki şekil şartını sağlamak için teati edilen yazılarda ne yer alması gerektiği, başka bir ifadeyle, tahkim anlaşması yapma önerisi ile o önerinin kabulünün mü yoksa tahkim anlaşmasının maddelerinin onayladığını içeren yazılı bir kaydın mı olması gerektiği konusunda bir açıklık yoktur³⁸. Bu duruma ilişkin mahkeme kararlarından birine göre “mektup ve telgrafların teatisi” öneri ve kabul teatisini gerekli kılacağından tahkim anlaşması yapma önerisinin kesin ve bu öneriye uygun bir şekilde kabul edilmesi gerekmektedir³⁹.

New York Konvansiyonu m. II(2) kapsamında yazılı (fakat imzalanmamış) bir sözleşmeye, bir mektuba, tahkim şartı içeren başka bir iletişime veya yazılı (fakat imzalanmamış) bir tahkim anlaşmasına verilmesi gereken onayın açık bir irade beyanıyla verilmesi gerektiğine dair bir ibare yer almamaktadır⁴⁰. Madde II(2), “açık bir irade beyanıyla verilmiş” yazılı bir anlaşmayı değil, “yazılı” bir anlaşmayı gerektirir⁴¹. Dolayısıyla, m. II(2)'deki şekil şartını, verilecek olan onayın “açık bir irade beyanıyla” yapılması gerektiği şeklinde genişletmek hem Konvansiyon'un tahkim yanlısı hedeflerine aykırılık teşkil edecek hem de hükmün lafzında yer almayan ancak önemli olan bir gereklilik getirilecektir⁴². Diğer bir ifadeyle, belge teatisi sırasında taraflardan biri diğer tarafa tahkim anlaşması içeren yazılı bir belge gönderir, diğer taraf da bu anlaşmaya atıf yapan yazılı belgeyi diğer tarafa gönderir. İkinci belgenin tahkim anlaşmasına açıkça atıfta bulunması şart değildir⁴³. Dolayısıyla herhangi bir yolla yazılı olarak kabulün, sözleşmedeki tahkim maddesine özel olarak

³⁶ *Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (U.K.) v. Tracom S.A. (Switzerland)* Federal Supreme Court, Switzerland, 5 November 1985, Arrêts du Tribunal Fédéral (1985) BGE 111 Ib 253. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=563 s. 1-2, (Erişim Tarihi: 05.03.2024). Kararın yorumu için bkz. Esen, **Şekil**, s. 73.

³⁷ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 81.

³⁸ Born, **Arbitration**, s. 723-724.

³⁹ *Dynamo v. Ovechkin*, 412 F.Supp.2d 24 (D.D.C. 2006), Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1017, s. 10, 11, 12, (Erişim Tarihi: 30.03.2024).

⁴⁰ Born, **Arbitration**, s. 728.

⁴¹ Born, **Arbitration**, s. 728.

⁴² Born, **Arbitration**, s. 728.

⁴³ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 81.

yöneltmesi gerekmez; sözleşmenin bir bütün olarak kabulü, m. II(2)'deki belge teatisi gerekliliğini yerine getirmek için yeterlidir⁴⁴.

Kanımızca da doktrinde yer alan bu görüşler isabetlidir. Zira belge teatisi yoluyla kurulmuş olan tahkim anlaşmalarında taraflar kendilerine gönderilen belgeleri inceleyecek ve belgelerde yer alan tahkim anlaşmalarının farkına varacaklardır. Tahkim anlaşmasıyla bağlı olmak isteyen tarafın bunu açık bir irade beyanıyla karşı tarafa bildirmesine ilişkin bir zorunluluk New York Konvansiyonu m. II(2)'nin lafzında yer almamaktadır.

Örneğin, taraflardan biri diğer tarafa e-posta, faks veya elden teslimat yoluyla *“malları ekteki şartlara göre temin etmeyi düşünüyoruz”* şeklindeki bir ibareyle tahkim şartı içeren fakat imzalı olmayan bir sözleşme gönderdiğinde diğer tarafın *“lütfen Pazartesi'den itibaren gönderin”* şeklinde bir yanıt vermesi hâlinde m. II(2)'deki belge teatisi gerekliliği karşılanmış olacaktır⁴⁵. Bu örnekte de tahkime ilişkin açık bir anlaşma yoktur ancak m. II(2)'nin gerektirdiği tek şey olan tahkim anlaşmasını kanıtlayan bir yazı alışverişi bulunmaktadır.

Madde II(2)'deki belge teatisi yoluyla tahkim anlaşması yapılmasıyla ilgili ortaya çıkan sorunlardan biri de maddede sayılmış olan *“mektup”* ve *“telgraf”*’ın tahdidî olup olmadığıdır⁴⁶. New York Konvansiyonu’nun 1958 tarihli olduğu dikkate alındığında maddede yalnızca mektup ve telgrafa yer verilmiş olması zamanın şartlarına uygun sayılsa da çok geçmeden maddenin oldukça dar kapsamlı olduğu anlaşılmıştır⁴⁷. Çoğunluk görüşe göre Konvansiyon’un II(2). maddesinde sayılmış olan iletişim araçları sınırlı sayıda değildir ve telgraflara yapılan atıf faks, teleks gibi modern iletişim araçlarına da uygulanacak biçimde geniş yorumlanması gerekir⁴⁸. Kaldı ki, mahkemeler iletişim teknolojileri ilerledikçe bu terimlere daha geniş

⁴⁴ Van den Berg, **New York Convention**, s. 199.

⁴⁵ Born, **Arbitration**, s. 729.

⁴⁶ Esen, **Şekil**, s. 74.

⁴⁷ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 83.

⁴⁸ Esen, **Şekil**, s. 74; Ziya Akıncı, “Elektronik Tahkim”, **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu**, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2002, ss. 429- 437, s. 432, (**Elektronik Tahkim**); Şanlı, **Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 448; Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 223; Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 439.

yorumlar getirmeye başlamışlar, m. II(2) hükmünden vazgeçmeden hükmü geniş yorumlayarak yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit etmekte katı davranmamışlardır⁴⁹. Böylece mahkemeler milletlerarası ticaretin çağdaş taleplerini karşılamaya çalışmaktadırlar⁵⁰.

1.2. New York Konvansiyonu’nda Açıkça Düzenlenmemiş Bazı Özel Durumların İncelenmesi

Tahkim anlaşması, New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca ya belge teatisi yoluyla ya da tahkim anlaşmasının ya da tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin imzalanması ile kurulduğunda yazılı şekil şartı yerine getirilmiş olur. Ancak milletlerarası ticaret uygulamalarında tahkim anlaşmaları farklı şekillerde kurulabildiğinden farklı şekillerde kurulan tahkim anlaşmalarının m. II(2) bağlamında yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamadığının da incelenmesi gereklidir.

Taraflar tahkim şartı içeren bir sözleşmenin içeriği üzerinde esasen anlaşabilirler ve bu sözleşmeye ilişkin yazılı delil de bulunabilir ancak bu yazılı delil her iki tarafça imzalanmamış olabileceği gibi taraflar belge teatisi de yapmamış olabilirler⁵¹. Örneğin taraflar yazılı bir tahkim anlaşmasına sözlü atıf yapabilirler, taraflardan biri tahkim şartı içeren bir sözleşme veya satın alma teyidini diğer tarafa gönderdiği hâlde diğer taraf herhangi bir belge teatisi veya yazılı bir dönüş yapmadan sözlü olarak veya sözleşmedeki edimlerin ifası yoluyla sözleşmeyi kabul edebilir, taraflar tahkim anlaşmalarının geçerli olduğu bir dizi sözleşme akdetmelerine rağmen uyuşmazlık konusu sözleşme yazılı olmayabilir, tahkim anlaşması sözlü veya zımnen kabul edilebilir⁵². Bu şekilde akdedilen tahkim anlaşmalarının da m. II(2) anlamında yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamadığının incelenmesi gereklidir.

⁴⁹ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 83; Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 439.

⁵⁰ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 439. New York Konvansiyonu m. II(2)’de belirtilmemiş olan ve günümüzde kullanılan yeni iletişim araçlarıyla belge teatisi yapılması durumunda tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartının karşılanıp karşılanmadığı hususu için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, 1.2.5.

⁵¹ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 85.

⁵² Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 450-454; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 85-86; Born, **Arbitration**, s. 725-729.

Yukarıda bahsi geçen durumlar dışında MTK’de olduğu gibi tahkim anlaşmasının *incorporation* yoluyla yapılması durumunda New York Konvansiyonu m. II(2)’deki şekil şartının sağlanıp sağlanmadığının da incelenmesi gerekir. Ayrıca karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraf yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarının Konvansiyon’un kabul edildiği dönemde bulunmayan ancak günümüzde iletişim teknolojisinin ilerlemesiyle ortaya çıkan yeni iletişim araçlarıyla kurulması durumunda m. II(2)’nin şekil şartının sağlanıp sağlanmayacağının da incelenmesi gereklidir.

Tahkim anlaşmasının temsilci tarafından yapılması ya da tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin MTK’de olduğu gibi tahkim anlaşmasının esasına ilişkin mi yoksa şekline ilişkin mi bir mesele olduğu ve şekline ilişkin bir mesele ise m. II(2) anlamında şekil şartının sağlanıp sağlanmadığı da üzerinde tartışılması gereken konulardır.

1.2.1. Tahkim Anlaşmalarının Sözlü Olarak veya Zımnen Yapılması

Belge teatisiyle tahkim anlaşması kurulmak istenmesi durumunda taraflardan birinin tahkim anlaşması içeren bir belgeyi diğer tarafa iletmesi, diğer tarafın da bu ilk tarafın gönderdiği belgeye atıf yapan yazılı bir belgeyi göndermesi gerekir⁵³. Ancak milletlerarası ticarette belge teatisi her zaman karşılıklı olacak şekilde gerçekleşmemektedir.

Ticarette tarafların işlemin esası hakkında telefonla sözlü bir anlaşmaya varmaları, daha sonra satıcı veya alıcının anlaşmaya varılan esasları yazılı hâle getirmesi, yazılı hâle getirilen bu anlaşmanın diğer tarafa gönderilmesi yaygındır⁵⁴. Bu durumlara örnek olarak; taraflardan birinin diğer tarafın sözlü veya zımnen kabul ettiği bir teklifi ona göndermesi, taraflardan birinin sözlü bir teklifi yazılı olarak kabul etmesi, taraflardan birinin taraflar arasında sözlü bir anlaşmanın teyidini diğerine göndermesi, bir tarafın diğer tarafa tahkim anlaşması teklifi içeren bir belge göndermesi ve muhatabın da sözleşmenin ifası gibi zımni eylemlerde bulunması

⁵³ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 81; Born, **Arbitration**, s. 728.

⁵⁴ Van den Berg, **New York Convention**, s. 205.

verilebilir⁵⁵. Dolayısıyla yazılı bir tahkim anlaşması içeren ve yazılı bir şekilde yapılmış bir önerinin karşı tarafça sözlü veya zımnen kabul edilmesi durumunda New York Konvansiyonu m. II(2)'deki yazılı şekil şartının sağlanıp sağlanmayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁶.

Konvansiyon'daki m. II(2)'nin taslak çalışmalarına bakıldığında karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraf yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarının zımnen kabul edilmesini hariç tutmayı amaçladığı görülmektedir⁵⁷. Bununla tutarlı olarak çeşitli yargı bölgelerindeki mahkemeler; sipariş formu, fatura, satın alma teyidi ya da başka türlü yazılı bir belgede yer alan tahkim şartı karşı tarafça yazılı olarak kabul edilmedikçe New York Konvansiyonu'nun şekil şartının sağlanmayacağına karar vermişlerdir⁵⁸.

⁵⁵ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 82; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 165-166.

⁵⁶ Born, **Arbitration**, s. 725-729.

⁵⁷ Born, **Arbitration**, s. 725-729. Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi, Uluslararası Tahkim Kararlarının Uygulanmasına İlişkin Komite Raporu'nun 30. paragrafına göre: “Tarafların “ya özel bir anlaşmayla ya da bir sözleşmedeki tahkim şartıyla yazılı olarak anlaşmış olmaları” gerektiği hükmü, tarafların yazılı bir anlaşmaya varabileceği tüm olası yolları kapsamayı amaçlıyordu. Komite milletlerarası ticaret uygulamasında tahkim anlaşmasının mektup veya telgraf aracılığıyla yapılabileceğinin farkında olup Komisyon'a göre anlaşmanın yazılı şekilde olması geçerli sayılması için yeterliydi [...]” U.N. Economic and Social Council, Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards, U.N. Doc. E/2704, ¶30, Art. III(a) (1955). Belgeye erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://digitallibrary.un.org/record/750274#record-files-collapse-header> (Erişim Tarihi: 06.03.2024).

⁵⁸ Born, **Arbitration**, s. 725. *Dynamo v. Ovechkin*, 412 F.Supp.2d 24, para. 28 (D.D.C. 2006) kararına konu olan olayda Ovechkin profesyonel buz hokeyi sporcusu olup 1 Temmuz 2004 tarihli sözleşmeyle Rusya Profesyonel Hokey Ligi üyesi Moscow Dynamo için hokey oynamıştır. Sözleşme standart oyuncu sözleşmesi niteliğinde olup sözleşmeye göre uyuşmazlıklar tahkim komitesi tarafından çözülecektir. 30 Nisan 2005 tarihine kadar geçerli olan sözleşmenin sona ermesinden dört gün önce yani 26 Nisan 2005'te Moscow Dynamo tarafından Ovechkin'e yeni bir sözleşme teklifi içeren mektup gönderilmiştir. Ovechkin ise bu mektuba ne cevap vermiş ne de mektubun alındığını teyit etmiştir. Bu sırada Ovechkin ise Avangard Omsk ile yeni bir sözleşme imzalamıştır. Çıkan uyuşmazlık üzerine Moscow Dynamo tahkime başvurmuştur. Tahkim yargılamasına katılmayan Ovechkin, Moscow Dynamo lehine verilen hakem kararına itiraz etmiştir. Ovechkin, Dynamo ile aralarında imzalı bir tahkim anlaşması olmadığını savunmuştur. Dynamo ise yazılı şekli sağlayan hâllerden birinin 26 Nisan 2005 tarihinde gönderilen mektup olduğunu belirtmiş ve bunun belge teatisini sağladığını savunmuştur. Mahkeme ise Ovechkin'in 26 Nisan 2005 tarihli mektubuna açıkça veya zımni olarak hiçbir şekilde cevap vermediğini, uygun ve kesin bir kabul ifadesinin bulunmadığını, bu yüzden belge teatisinin sağlanmadığını belirterek taraflar arasında yazılı bir tahkim anlaşması bulunmadığına karar vermiştir. Karar için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1017 s. 10, 11, (Erişim Tarihi: 30.03.2024); *Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (U.K.) v. Tracom S.A. (Switzerland)* Federal Supreme Court, Switzerland, 5 November 1985, Arrêts du Tribunal Fédéral (1985) BGE 111 Ib 253, mahkemeye göre: “Madde II(2) sadece tahkim anlaşması yapma teklifinin “yazılı” olmasını değil, aynı zamanda diğer tarafın teklifi kabulünün de “yazılı” olmasını gerektirir”, karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=563 s. 1-2, (Erişim Tarihi:

Sadece bir tarafça gönderilen yazılı bir belgenin çoğu mahkeme tarafından bir “belge teatisi” olmadığı için m. II(2)’nin yazılı şekil şartını karşılamadığına karar verileceği de belirtilmektedir⁵⁹. Ayrıca muhatabın zımni veya sözlü onayının New York Konvansiyonu m. II(2)’deki şekil şartını karşılamadığı hemen hemen oybirliğiyle kabul edilmektedir⁶⁰. Zira, tarafların rızasının, belgelerin imzalanmış olması gerekmesi bile, yazılı olan belge teatisinden kaynaklanması gerekmektedir⁶¹.

Örneğin bir Alman Mahkemesi kararında, belirleyici olan kriterin karşılıklı olmak olduğunu, sipariş teyidinin tek taraflı olarak gönderilmesinin ve buradaki yeni sözleşme önerisinin zımni kabulünün yazılı şeklin gerekliliğini karşılamayacağını hüküm altına almıştır⁶². Benzer şekilde İsviçre mahkemeleri de m. II(2) için aynı yaklaşımı benimsemiş olup bahsi geçen hükmün zımni bir kabulü değil müspet bir kabulü gerektirdiğine hükmetmişlerdir⁶³.

Aynı şekilde bir ABD ilk derece mahkemesi tarafından *Sen Mar, Inc. v. Tiger Petroleum Corp.* davasında verilen kararda, taraflarca imzalanmamış olan ve tahkim şartı içeren yazılı bir belgeye karşı tarafça tahkim şartı içeren bir yazıyla yanıt verilmemiş olmasının m. II(2)’nin şekil şartlarını karşılamadığına karar verilmiştir⁶⁴.

05.03.2024); Germany/18 September 2003/Oberlandesgericht Celle/8 Sch 12/02 kararına göre: “Sözleşmenin tahkim şartı içeren bu genel koşullarının uygulanmasına ilişkin sözlü veya zımni anlaşma, madde II(2)’nin şekline ilişkin gereklilikleri karşılamamaktadır” Karara erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=268&opac_view=6 s. 3, (Erişim Tarihi: 05.03.2024).

⁵⁹ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 82; Nomer, **Usul**, s. 249.

⁶⁰ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 166; Van den Berg, **New York Convention**, s. 196, 206; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 377, 378.

⁶¹ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 166.

⁶² Born, **Arbitration**, s. 725; Oberlandesgericht München, Germany, 34 Sch 20/08, 12 October 2009 tarihli kararında mahkeme: “[...] New York Konvansiyonu m. II(2) için belirleyici olan ölçüt karşılıklı olmadır. Bir sipariş onayının tek taraflı gönderilmesi ve burada yer alan yeni sözleşme teklifinin zımnen kabul edilmesi, yazılı şekil şartı için yeterli değildir [...]”. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=304&opac_view=2 s. 5, (Erişim Tarihi: 07.03.2024)

⁶³ *Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (U.K.) v. Tracom S.A. (Switzerland)* Federal Supreme Court, Switzerland, 5 November 1985, Arrêts du Tribunal Fédéral (1985) BGE 111 Ib 253, Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=563, s. 1, (Erişim Tarihi: 08.03.2024).

⁶⁴ Born, **Arbitration**, s. 727; Esen, **Şekil**, s. 77. *Sen Mar, Inc. v. Tiger Petroleum Corp.*, 774 F. Supp. 879 (S.D.N.Y. 1991) kararına konu olayda Sen Mar, Tiger’a, yapılan görüşmelerde varılan anlaşmayı doğruladığını iddia eden iki teleks göndermiştir. İlk teleks, miktar, fiyat ve teslimat koşullarını gibi bilgileri içeriyorken ikinci teleks ilk teleksteki şartların ayrıntılı düzenlenmesinin yanı sıra bir de tahkim şartı içermektedir. Tiger sözleşmedeki ödeme koşuluna itiraz etti ve taraflar ödeme konusunda sözlü

Ticari Tahkim Model Kanunu'nun uygulandığı devletlerdeki mahkemeler de aynı sonuca varmışlardır⁶⁷. Türkiye'de de Yargıtay tarafından verilen bir kararda sözleşmenin edimlerinin ifa fiillerine başlanmasının yazılı şekil şartını sağladığına hükmedilmiştir⁶⁸.

Doktrindeki bir görüşe göre ise, tahkim anlaşmasının temelini teşkil eden rızanın zımnen verilmesi mümkünse de birtakım tutum ve davranışların tahkim

akreditif açma ve sözleşmenin mücbir sebep maddelerini ileri sürme eylemlerinin yazılı sözleşme şartlarını kabul ettiğini ve onayladığını gösterdiğini belirtmiştir. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=702, s. 4, 5, 6, (Erişim tarihi: 08.03.2024).

⁶⁷ Born, **Arbitration**, s. 727. *Achilles (USA) v. Plastics Dura Plastics (1977) Ltée/Ltd.*, Court of Appeal of Quebec, Canada, 23 November 2006, [2006] QCCA 1523 kararına konu olan olayda taraflar on yıldan uzun süredir iş ilişkisi içindedirler. Bu süre zarfında 3500'ten fazla satış gerçekleştirilmiştir. Her bir satış için işleyiş ise şu şekilde gerçekleşmektedir: Davalı, davacıya bir satın alma emri göndermektedir. Davacı, davalıya bu satın alma emrini kabul ettiğini teyit eden ve sipariş edilen nesnelerin niteliğini, fiyatını, teslim edilecek yeri, ödeme koşullarını açıklayan ve ön sayfanın alt kısmına, arka sayfada satış şart ve koşullarının yer aldığını belirten, ayrıca arka sayfada da satış koşullarını içeren bir onay belgesi ve bu onay belgesinde yer alan hususları içeren bir fatura göndermektedir. Sözleşmelerde ise her daim tahkim şartı yer almıştır. Davalı, sözleşmelerin ve faturaların arka sayfasında yer alan hüküm ve koşulları incelemeyi belirtmiştir. İlk derece mahkemesi, taraflarca herhangi bir tahkim anlaşması imzalanmadığına ve tahkim şartının geçersiz olduğuna karar vermiştir. Temyiz mahkemesi tahkim şartının kabulü de dahil olmak üzere bir sözleşmenin şartlarının kabulünün, taraflardan birinin davranışından doğabileceğini belirtmiştir. Ayrıca temyiz mahkemesi, piyasaların küreselleştiği günümüz dünyasında uzaktan, telefonla veya e-posta ile yapılan sözleşmelerin okunmamasına mahkemeler tarafından göz yumulmasının uygunsuz olduğu tespiti de yapılmıştır. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2006/2006qcca1523/2006qcca1523.html> (Erişim Tarihi: 08.03.2024); *Schiff Food Products Inc. v. Naber Seed & Grain Co. Ltd.*, Saskatchewan Court of Queen's Bench, Canada, 1 October 1996 davasında verilen kararda "[...] milletlerarası elektronik ticari işlemler çağında liberal olarak yorumlama gerektiğinden [...]" cümleleri yer almaktadır. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi),

https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=5921&opac_view=6 s. 4-5, (Erişim Tarihi: 08.03.2024). Born'a göre mahkemenin bu kararına göre; 1985 UMK m. 7(2) uyarınca yazılı olarak düzenlenen bir tahkim anlaşmasına zımni onay yeterlidir. Bkz. Born, **Arbitration**, s. 727. Bu yorum, 1985 UMK m. 7(2) baz alınarak verilen içtihatlarla ilişkin yayınlanan "2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration" kitabında da yapılmıştır. Kitaba erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf> para. 14, s. 29, (Erişim Tarihi: 13.04.2024).

⁶⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T., 11.05.2015, E., 2015/1687, K., 2015/6696 sayılı kararı uyarınca: "[...] Somut olayda taraflar arasındaki uyumsuzluk; asıl taşıyıcı davalı ile fiili taşıyıcı davacı arasında dava dışı O. G. firmasına ait malların İspanya'dan Türkiye'ye nakliyesine ilişkin taşıma sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Dosya içerisinde yer alan "Yükleme Antlaşması" başlıklı taşıma sözleşmesinin, yazılı şekilde düzenlendiği, taraflarca icap ve kabulün teyitleşilerek yapıldığı anlaşılmaktadır. Bahsi geçen sözleşmede; sözleşme koşullarına 24. saat içinde itiraz edilmediği takdirde teyit edilmiş sayılacağı, sözleşmeden doğabilecek uyumsuzlukların İstanbul Ticaret Odası Tahkim Uzlaştırma ve Hakem Birlikli Yönetmeliği uyarınca çözümleneceği belirtilmektedir. Sözleşme uyarınca davacı firma tarafından taşımının yapılması, davacı tarafından bu taşımadan kaynaklı navlun alacağının talep edilmesi karşısında davacı tarafından "Yükleme Antlaşması" başlıklı taşıma sözleşmesindeki koşulların tahkim şartı da dahil olmak üzere kabul edildiği sonucuna varılmaktadır [...]" Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), www.dejure.ai (Erişim Tarihi: 04.09.2024).

şartının kurulabilmesi için gerekli olan irade beyanı olarak kabul edilebilmesi için bu tutum ve davranışların tahkim anlaşmasına yönelik olması gerekir⁶⁹. Ancak tahkim şartı içeren esas sözleşmeye yönelik olarak gerçekleştirilen ifa hareketleri tahkim şartına rıza gösterildiği anlamına gelmeyecektir⁷⁰. Zira yazara göre, esas sözleşme bir maddi hukuk sözleşmesi iken tahkim anlaşması sonuçlarını usûl hukukunda doğuran bir sözleşmedir. Dolayısıyla, esas sözleşmenin ifasına yönelik olan hareketler tahkim anlaşmasına yönelik olarak kabul edilemez. Ayrıca tahkim anlaşması ile esas sözleşmenin birbirinden bağımsız olması nedeniyle de tahkim anlaşması, esas sözleşmenin ifasından etkilenmemekte, başka bir ifadeyle tahkim anlaşması esas sözleşmenin ifası ile geçerli hâle gelmemektedir⁷¹. Ayrıca, zımnen rıza gösterildiği iddia edilen tahkim anlaşmaları bakımından da yazılı şekil zorunluluğu geçerli olup bu zorunluluğa uymayan tahkim anlaşmalarının zımnen akdedildiği yönündeki iddiaların kabulü de mümkün değildir⁷².

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, tahkim anlaşması sonuçlarını usûl hukukunda doğursa da kuruluşu ve geçerliliği açısından maddi hukuka ilişkin bir sözleşmedir. Dolayısıyla borçlar hukukundaki sözleşmenin zımni irade beyanıyla kurulabileceği ilkesi tahkim anlaşması için de geçerlidir. Ayrıca yazara göre, tahkim anlaşması ile esas sözleşmenin bağımsızlığı ilkesi asıl sözleşmedeki geçersizlik sebeplerinin tahkim anlaşmasına etkisini önlemek olduğundan asıl sözleşmenin geçerli şekilde kurulmasını sağlayan irade beyanı, tahkim anlaşmasına rıza gösterilmediği açıkça bildirilmedikçe asıl sözleşmedeki tahkim şartını da kapsamaktadır⁷³. Ayrıca, New York Konvansiyonu m. II(2)'nin lafzında belge teatisi yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarının açık bir irade beyanıyla kabul edilmesi gerektiğine dair bir ibare olmadığından madde liberal şekilde yorumlanabilir.

Madde II(2)'de yer alan belge teatisi yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarının da zımni veya sözlü olarak kabulünün mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira belge teatisinde asıl amaç tarafların belge alışverişi yapmasıdır. Teati kavramı da karşılıklı

⁶⁹ Esen, **Teşmil**, s. 36.

⁷⁰ Esen, **Teşmil**, s. 37.

⁷¹ Esen, **Teşmil**, s. 37.

⁷² Esen, **Teşmil**, s. 37-38.

⁷³ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 525-526.

alıp verme anlamına gelmektedir. Bu durumda yalnızca taraflardan biri tarafından diğerine gönderilen belgenin New York Konvansiyonu m. II(2)'deki teati kavramını karşılaması mümkün değildir⁷⁴.

1.2.2. Tahkim Anlaşmalarının Incorporation Yolu ile Yapılması

Daha önce de belirtildiği gibi *incorporation* yoluyla tahkim anlaşması kurulması çoğu devletin millî kanunları bakımından ve MTK bakımından mümkündür⁷⁵. New York Konvansiyonu m. II(2)'de *incorporation* yoluyla tahkim anlaşmalarının yapılmasına ilişkin olarak ise açık bir hüküm yer almamaktadır⁷⁶. Ancak m. II(2)'deki şekil şartı *incorporation* yoluyla tahkim anlaşması yapılmasına özel bir engel de getirmemektedir⁷⁷. *Incorporation* yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarına ilişkin davaların en hassas davalar olduğu zira bu yolla yapılan tahkim anlaşmalarının m. II(2)'nin kapsamında yer alan iki varsayımın içine de girmediği belirtilmektedir⁷⁸.

Doktrindeki bir görüşe göre, m. II(2)'nin yazılı şekil şartının sağlanması için, ayrı bir belgede yer alan tahkim şartının yalnızca yazılı biçimde olması yeterli değildir, aynı zamanda imzalanan sözleşmede veya belge teatisinde bu tahkim şartına yazılı bir atfın da olması gerekir⁷⁹. Bu hususta ortaya çıkan ve tartışılan sorunlardan biri de MTK'nin uygulanması sırasında da olduğu gibi, yazılı bir biçimde yapılan atfın tahkim şartına özel olarak yapılması gerekip gerekmediğidir. Buna göre bu atıf özel olarak mı yapılmalı yoksa örneğin standart koşullara genel olarak yapılan bir atıf da New York Konvansiyonu m. II(2) açısından yeterli midir⁸⁰?

⁷⁴ Doktrindeki bir görüşe göre de her halükârda yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizinin yapılacağı ülkenin millî hukuku bir belge teatisinin olmamasına rağmen tahkim anlaşmasını geçerli kılıyorsa bu hukuk New York Konvansiyonu m. VII(1) uyarınca uygulanabilecektir. Bkz. Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 88.

⁷⁵ Born, **Arbitration**, s. 732. Türk hukukunda *incorporation* yoluyla tahkim anlaşmalarının kurulabilirliğine ilişkin olarak bkz. yukarıda İkinci Bölüm, 1.6.

⁷⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 273; Domenico Di Pietro, "Incorporation of Arbitration Clauses by Reference", **Journal of International Arbitration**, Vol. 21, Issue 5, 2004, s. 441.

⁷⁷ Born, **Arbitration**, s. 732.

⁷⁸ Vera Van Houtte, "Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience", Ed. William W. Park, **Arbitration International**, Vol. 16, Issue 1, s. 5.

⁷⁹ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 88.

⁸⁰ Born, **Arbitration**, s. 878; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 88; Di Pietro, **a.g.m.**, s. 441.

Doktrindeki bir görüşe göre, standart hükümler içeren metinler, sözleşmenin arka sayfasında yer alan standart hükümler ile ayrı bir belgede yer alan standart hükümler olarak ikiye ayrılmalıdır⁸¹. Yapılan ayrımlardan bir diğeri ise metnin bütününe genel olarak yapılan “genel atıf” (*relatio imperfecta*) ile tahkim anlaşması vurgulanarak yapılan “özel atıf”tır (*relatio perfecta*)⁸². Bahsi geçen görüş uyarınca, atıf yapılan belge eğer sözleşmenin hemen arkasında ise atıf genel veya özel olsa da New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca tahkim anlaşması geçerli olarak kurulacaktır⁸³. Zira her iki atıf türünde de tarafların, sözleşmenin arka sayfasında matbu bir şekilde basılı olan hükümleri kontrol etmeleri ve tahkim klozunu görmeleri mümkündür⁸⁴. Buna karşın, sözleşmede atıf yapılan standart hükümler, sözleşmeden ayrı bir belgede düzenlenmişse tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için standart hükümlere yönelik olarak yapılacak atfın özel nitelikli olması yani tahkim şartından açıkça söz edilmesi gerekmektedir. Genel atfın geçerli olabilmesi için ise atıf yapılan belgenin karşı tarafa ulaştırılıp karşı tarafın o belgedeki tahkim şartından haberdar edilmesi gerekmektedir⁸⁵. Bu noktada yazar yine bir ayırım yapmıştır. Bu ayırma göre, eğer taraflar arasında sürekli bir ticari ilişki mevcutsa ve sürekli aynı standart hükümler kullanılıyorsa tarafların sözleşmelerde bu standart hükümlere genel atıf yapması da mümkündür⁸⁶.

Tarafların belge teatisi yolu ile tahkim anlaşması akdetmeleri durumunda da atıfla tahkim anlaşması kurma yoluna gitmeleri mümkündür⁸⁷. Başka bir ifadeyle, tahkim anlaşmasının hem belge teatisi hem de atıf yoluyla kurulması aynı anda olabilir⁸⁸. Bu durumda karşı tarafta bulunmayan veya ticari konumu sebebiyle içeriğine vakıf olamayacağı bir belgeye özel atıf yapılmalıdır⁸⁹.

Doktrinde yer alan diğeri bir görüşe göre ise, aslında, m. II, âkit devletlerin milletlerarası tahkim anlaşmalarına otomatik olarak “özel” atıf gereklilikleri

⁸¹ Van den Berg, **New York Convention**, s. 215; Ekşi, **Incorporation**, s. 167; İlhan, **a.g.e.**, s. 84.

⁸² İlhan, **a.g.e.**, s. 84; Di Pietro, **a.g.m.**, s. 441.

⁸³ Van den Berg, **New York Convention**, s. 216; Ekşi, **Incorporation**, s. 167; İlhan, **a.g.e.**, s. 84.

⁸⁴ Van den Berg, **New York Convention**, s. 216; Ekşi, **Incorporation**, s. 167; İlhan, **a.g.e.**, s. 84.

⁸⁵ Van den Berg, **New York Convention**, s. 217-221; Ekşi, **Incorporation**, s. 168; İlhan, **a.g.e.**, s. 84.

⁸⁶ Van den Berg, **New York Convention**, s. 221; Ekşi, **Incorporation**, s. 168; İlhan, **a.g.e.**, s. 84-85.

⁸⁷ İlhan, **a.g.e.**, s. 91.

⁸⁸ Van den Berg, **New York Convention**, s. 222.

⁸⁹ Van den Berg, **New York Convention**, s. 222.

getirmesini yasaklamaktadır⁹⁰. Atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarına ilişkin gerekliliklerin şekil gereklilikleri olduğu sonucuna varılacak olunması durumunda, m. II(1) ve m. II(2)'nin azami şekil şartı olma niteliği⁹¹, millî hukuk sistemlerindeki tahkim hükümlerine “özel” atıf aranması gerekliliğini engelleyecektir⁹². Başka bir ifadeyle; özel atıf yapılmasına ilişkin gereklilik, eğer şekil şartı olarak nitelendirilirse, Konvansiyon'ununkinden daha katı bir şekil şartı dayatarak m. II(2) ihlal edilmiş olacaktır. Yazar, âkit devletlerin, “genel” atıfların belirli örneklerinin vaka bazında incelemesine dayanarak tahkim hükümlerinin geçersiz olduğu sonucuna varmakta özgür olduğunu ancak genel bir atıf yoluyla kurulan tüm tahkim anlaşmalarının istisnasız geçersiz olduğuna ilişkin bir dayatmada özgür olmadığını belirtmektedir⁹³.

Doktrinde yer alan diğer bir görüş uyarınca ise atfın örtük veya genel olduğu, yani yalnızca atıfta bulunulan belgeden bahsedildiği ve içinde yer alan tahkim maddesinden bahsedilmediği durumlarda, tahkim maddesinin geçerliliği esas olarak koşullara, özellikle tarafların atıfta bulunulan belgenin içeriği ve dolayısıyla tahkim maddesi hakkında sahip oldukları veya sahip olmaları gereken bilgiye bağlı olacaktır. Bu bağlamda, kişisel yeterlilikler, devam eden ticari ilişkiler ve ilgili ticari teamüller önemli bir rol oynayabilir. Bu nedenle, atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmasının geçerliliği her davanın özel koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir⁹⁴.

Mahkeme kararlarında da bu husus uzun yıllardan beri tartışılan bir konudur. Örneğin, Fransız Yargıtay'ı tarafından verilen *Bomar Oil NV v. Enterprise Tunisienne d'Activites Pétrolières (ETAP)*⁹⁵ kararına konu olan olayda ETAP tarafından 65.000 ton ham petrolün Bomar Oil'e satışına ilişkin sözleşme 1983 yılının ağustos ayının

⁹⁰ Born, *Arbitration*, s. 879.

⁹¹ Madde II(2)'nin azami şekil şartı, âkit devletlerin milletlerarası tahkim anlaşmalarının belirli şekil şartlarını karşılamasını gerektiren millî hukuk kurallarının yerine geçmektedir. Başka bir ifadeyle bu şart, taraflarca milletlerarası tahkim anlaşmalarına tâbi olmak üzere seçilen herhangi bir millî kanununkiler de dahil olmak üzere, Konvansiyon'daki şekil şartından daha katı şekil şartı belirlenemeyeceğini ifade etmektedir. İlgili görüş için bkz. Born, *Arbitration*, s. 710. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, 1.3.

⁹² Born, *Arbitration*, s. 879.

⁹³ Born, *Arbitration*, s. 880.

⁹⁴ Poudret, Besson, *a.g.e.*, s. 169-170.

⁹⁵ *Bomar Oil NV v. Enterprise Tunisienne d'Activites Pétrolières*, Judgment of the French Court of Cassation (First Civil Chamber) 87-15.094 - 11 October 1989. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=129&opac_view=6, s. 2, 3, 4. (Erişim Tarihi: 12.03.2024).

başında teleks yoluyla kurulmuş, bu telekslerde ise ETAP'ın standart anlaşmasının içinde tahkim şartı bulunan genel işlem şartlarına atıfta bulunulmuştur. Yargıtay, taraflar arasında tarafların normal olarak ticari ilişkilerini düzenleyen yazılı koşullardan tam olarak haberdar olmalarını sağlayan uzun süredir devam eden bir iş ilişkisi mevcut olmadığı sürece, ana sözleşmede tahkim hükmünün varlığının açıkça belirtilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁶.

Florida Eyalet Temyiz Mahkemesi'nin *Affinity Internet, Inc. v. Consolidated Credit Counseling Services* kararına⁹⁷ konu olan olayda taraflar arasında imzalanan sözleşmede Affinity'nin ana şirketinin web sitesinde yer alan ve içinde tahkim şartı bulunan genel şartlara atıf yapılmıştır. Temyiz Mahkemesi, taraflar arasındaki sözleşmede tahkim şartı bulunmadığını, atıf yapılan internet sitesinin bir kopyasının da Consolidated'e verilmediğini, tahkim şartını içeren belgenin kopyası diğer tarafa verilmediyse diğer tarafın en azından tahkime aydınlanmış onay verebilmesini sağlayacak kadar yeterli bilginin atıf metninde bulunması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, atıfta bulunulan ve tahkim şartı içeren belgenin atıf metninde yeterince açık belirtilmediği gerekçesiyle tahkim itirazını kabul etmeyen ilk derece mahkemesi kararını onamıştır⁹⁸.

Amerika Birleşik Devletleri'nde *Aceros Prefabricados, S.A. v. Tradearbed, Inc.*⁹⁹ davasına konu olan olayda, taraflar çelik satışına ilişkin sözleşme imzalamış, siparişin onaylandığı belgede ise satışın "ekteki" Genel Satış Koşullarında yer alan

⁹⁶ Born, **Arbitration**, s. 878-879; Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 172. Benzer sonuca varan İtalyan Yargıtay'ı verilen karar için bkz. *Louis Dreyfus Commodities v. Cereal Mangimi Srl*, Italy/19 May 2009 /Corte di Cassazione (Supreme Court)/11529. Kararın İtalyanca metni için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1407 s. 11, (Erişim Tarihi: 13.03.2024). İtalyan mahkemesine göre "[...] Atıf yoluyla sözleşme kurulması milletlerarası hukukta oldukça sık görülür ve yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamadığı konusu da önemli zorluklar yaratmaktadır. İtalyan hukuku, sözleşmeye açık ve belirli bir şekilde yapılan atfın mı (per relationem perfectam) yoksa yalnızca tahkim maddesini içeren belgeye ya da standart forma yapılan genel bir atfın mı (per relationem imperfectam) bulunup bulunmadığını inceleyerek bu hususu ikiye ayırır. İlk durumda tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde kurulduğu kabul edilir. Ancak ikinci durumda New York Konvansiyonu'nun şekil şartı karşılanmaz [...]"

⁹⁷ *Affinity Internet v. Consolidated. Credit*, 920 So. 2d 1286 (Fla. Dist. Ct. App. 2006). Karar için bkz. (Çevrimiçi), <https://casetext.com/case/affinity-internet-v-conso-credit> kenar numarası 1288-1289, s. 2-3, (Erişim Tarihi: 11.06.2024). Karar hakkında yorum için bkz. İlhan, **a.g.e.**, s. 87.

⁹⁸ İlhan, **a.g.e.**, s. 200.

⁹⁹ *Aceros Prefabricados, S.A. v. Tradearbed, Inc.*, 282 F.3d 92 (2d Cir. 2002) Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://casetext.com/case/aceros-prefabricados-sa-v-tradearbed-inc> s. 4, 8, (Erişim Tarihi: 11.09.2024).

şartlara tâbi olduğu belirtilmiştir. Bir tahkim şartı içeren Genel Satış Koşulları ise aslında ekte yer almamaktadır¹⁰⁰. Mahkeme, siparişte atıf yapılan hükümlerin *incorporation* yoluyla taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası hâline geldiğini, tahkim şartı içeren belgelerin ekte gönderilmemesinin önemsiz olduğuna zira tahkimin çelik endüstrisinde kullanımının standart olduğuna karar vermiştir¹⁰¹.

İngiltere Ticaret Mahkemesi tarafından verilen bir karara¹⁰² konu olan olayda, Habaş ile Sometal arasında on dört adet sözleşme imzalanmıştır. On dört adet sözleşmeden ilk üç tanesi Habaş tarafından dördüncü sözleşme ise Sometal tarafından hazırlanmıştır. Dördüncü sözleşmede ise tahkim şartı yer almaktadır. Sometal'in temsilcisi şirket ise kalan sözleşmeleri hazırlamış ancak diğer sözleşmelerin aksine Sometal'in temsilcisi şirket tarafından hazırlanan sözleşmeler baştaki üç sözleşme kadar ayrıntılı hazırlanmamıştır. Tahkim şartı dahil eksik bırakılan şartlar için ya “*Geri kalanı taraflarca sonradan kararlaştırılacak*” ya da “*Kalan hükümler önceki sözleşmelerimiz ile aynıdır*” şeklinde bir atıf yapılmıştır¹⁰³. Uyuşmazlığın doğduğu son sözleşme de Sometal'in temsilcisi tarafından hazırlanmış olan, tahkim şartına açıkça bir atıf içermeyen ve “*Kalan hükümler önceki sözleşmelerimiz ile aynıdır*” hükmünü içeren sözleşme olup hakem heyeti buradaki atfın Sometal'in tahkim şartı içeren sözleşmesine yönelik olduğu sonucuna varmıştır¹⁰⁴. Habaş, tahkimi öngören şartın sözleşmeye atıf yoluyla geçerli bir şekilde dahil edilebilmesi için dahil edilen sözleşmede bu şarta özel bir atıf bulunması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁰⁵. İngiliz mahkemesi, atıf yapılan metnin taraflar arasında yapılmış başka bir sözleşmeye mi yoksa taraflarından en az birinin farklı olduğu bir başka sözleşmeye mi yapıldığı konusunda bir ayırım yapmış, atıf aynı taraflar arasında yapılan başka bir sözleşmeye

¹⁰⁰ Di Pietro, **a.g.m.**, s. 444; *Aceros Prefabricados, S.A. v. Tradearbed, Inc.* kenar numarası 97'den itibaren.

¹⁰¹ Di Pietro, **a.g.m.**, s. 444; *Aceros Prefabricados, S.A. v. Tradearbed, Inc.* kenar numarası 102'den itibaren.

¹⁰² Habaş Sinai ve Tibbi Gazlar İstihsal Endüstri AS v Sometal SAL, (2010) EWHC 29 (Comm), Karara erişmek için bkz. (Çevrimiçi), [Habaş Sinai VE Tibbi Gazlar İstihsal Endüstri A.S. v Sometal S.A.L. \[2010\] EWHC 29 \(Comm\) \(18 January 2010\)](#) (Erişim Tarihi: 12.11.2024).

¹⁰³ *Habaş v. Sometal*, kenar numarası 5, 6. İlhan, **a.g.e.**, s. 88.

¹⁰⁴ *Habaş v. Sometal*, kenar numarası 11.

¹⁰⁵ *Habaş v. Sometal*, kenar numarası 14; İlhan, **a.g.e.**, s. 88.

yapıldığı için taraflar kendi akdettikleri sözleşmenin içeriğinden haberdar olacaklarından genel bir atıfla tahkim anlaşmasının yapılabileceğine hükmetmiştir¹⁰⁶.

Tarafların *incorporation* yoluyla tahkim anlaşmaları akdetmeleri durumunda, atıf yaptıkları belgedeki tahkim şartından esas sözleşmede özel olarak mı yoksa genel olarak mı bahsetmeleri gerektiği tartışması henüz çözüme kavuşturulmamıştır. Mahkemeler tarafından verilen kararların bir kısmında atıf yolu ile yapılan tahkim anlaşmalarının New York Konvansiyonu m. II(2)'deki şekil şartını sağlaması için bu atfın özel bir atıf olması gerektiği kararlaştırılmıştır. Bazı kararlara göre de atıf yapılan standart koşullar karşı tarafa iletilmişse veya zaten karşı tarafın elinde bulunuyorsa genel bir atfın m. II(2)'nin şekil şartını sağlaması mümkündür¹⁰⁷. Bazı içtihatlarla göre ise, tarafların belirli ticari kurallara tâbi sözleşmeler yapmaya alışkın deneyimli tacirler olduğu ya da atıf yoluyla yapılan sözleşmenin etkisinin farkında oldukları tespit edilirse genel atıf da yeterli olabilmektedir¹⁰⁸. Ayrıca taraflar arasında standart koşulların değiş tokuş edildiği daha önceden var olan bir ticari ilişki mevcutsa tarafların tahkim şartından haberdar olabileceği ve olması gerektiği düşünüldüğünden genel atıfların da geçerli olabileceği belirtilmektedir¹⁰⁹. Dolayısıyla, bu husustaki mahkeme kararları aslında her somut olaya göre değişmektedir.

Kanaatimizce eğer atıf yapılan ve tahkim şartı içeren belge diğer tarafın elinde bulunmaktaysa esas sözleşmede tahkim şartına özel atıf yapılması gerekmemektedir. Zira basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü olan bir tacir tüm belgeleri incelemelidir. Tahkim şartı içeren ve atıf yapılan belge diğer tarafın elinde değilse atfın özel olarak mı yoksa genel olarak yapılması gerektiği her somut olay özelinde değerlendirilmelidir. Örneğin taraflar arasında uzun yıllardan beri süregelen bir iş ilişkisi varsa genel atıf da yeterli olacaktır. Fakat taraflar ilk kez iş ilişkisine girecekse veya tahkim, uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak o alanda mutad değilse özel atıf yapılması gerekir.

¹⁰⁶ *Habaş v. Sometal*, kenar numarası 52; İlhan, **a.g.e.**, s. 88.

¹⁰⁷ Di Pietro, **a.g.m.**, s. 446.

¹⁰⁸ Di Pietro, **a.g.m.**, s. 446.

¹⁰⁹ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 91; Van den Berg, **New York Convention**, s. 221.

Atıfla tahkim anlaşması kurulmasının bir alt başlığı olarak değerlendirilen konişmentoda atıf yapılan çarter partideki tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliği konusunu New York Konvansiyonu açısından da inceleme gereksinimi duyuyoruz. Zira, konişmentoyu devralan üçüncü kişi hamilin konişmentonun bir parçası hâline gelen çarter partideki tahkim şartı ile bağlı olup olmadığı sorununun¹¹⁰ New York Konvansiyonu m. II(2)'deki şekil şartını sağlayıp sağlamadığı da tartışılan konulardan bir diğeridir.

Konışmentoda çarter partiye yapılan atıf “*tahkim klozu da dahil diğer bütün şartlar çarter partideki gibidir*” şeklinde açık bir atıfsa konişmentoyu devralan şahsın da tahkim şartı ile bağlı olacağı genel olarak kabul görmektedir¹¹¹. Uygulamada ayrıca konişmentolarda “*bütün diğer şartlar çarter partideki gibidir*” şeklinde genel atıf içeren hükümler de bulunmaktadır¹¹². Bu genel şekilde yapılan atıflar New York Konvansiyonu bakımından da geçerli midir? Bu husustaki mahkeme kararlarına değinmekte fayda vardır.

İtalyan Yargıtay'ı bir davada, konişmentoda, tahkim şartı içeren farklı bir belgeye genel bir atfın bu hükmü konişmentoya dahil etmeyeceğini, bu nedenle konişmentonun sonraki hamiline karşı tahkim şartının ileri sürülemeyeceğini ve tahkim anlaşması geçersiz olduğu için İtalyan mahkemelerinin yargı yetkisinin bulunduğunu, tahkim şartına özel bir atıf yapılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir¹¹³.

İngiliz Yargıtay'ı tarafından verilen bir kararda da aynı sonuca varılmış ve konişmentoda çarter partiye yapılan genel atfın konişmentoya çarter partide yer alan tahkim şartının dahil edilmesini sağlamadığına karar verilmiştir¹¹⁴.

Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi 1984 yılında alıcı ile gönderenin aynı grup şirketlerde yer almasından dolayı konişmentoda çarter partiye yapılan genel bir

¹¹⁰ Ekşi, **Incorporation**, s. 111; Van Houtte, **a.g.m.**, s. 14.

¹¹¹ Ekşi, **Incorporation**, s. 111; Şanlı, **Konışmentonun Devri**, s. 774-776; İlhan, **a.g.e.**, s. 93.

¹¹² Şanlı, **Konışmentonun Devri**, s. 776.

¹¹³ *Granitalia v. Agenzia Marittima Sorrentini*, Corte di Cassazione, 22 December 2000, Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/8/1823_italy-160.pdf s. 1, 2, 3, (Erişim Tarihi: 29.08.2024). Kararın yorumu için bkz. Di Pietro, **a.g.m.**, s. 446.

¹¹⁴ *Federal Bulk Carriers v. C. Itoh & Co. Ltd.* [1989] 1 Lloyd's Rep. 103. Karara erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=150398> (Erişim Tarihi: 11.09.2024). Karar hakkında yorum için bkz. Di Pietro, **a.g.m.**, s. 446.

atfın yeterli olduğuna karar vermiştir¹¹⁵. Ancak bu kararda, Federal Mahkeme'nin tespitlerinde gönderen ile alıcının aynı şirketler grubuna ait olması belirleyici bir rol oynadığından karara herhangi bir emsal değer verilemeyeceği ancak yine de bu hususun her olayın kendi özelliği dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini gösterdiği belirtilmektedir¹¹⁶.

2017 tarihli olan bir ABD Mahkemesi kararında ise¹¹⁷ başka bir karara¹¹⁸ atf yapılarak şu şekilde bir sonuç çıkarılmıştır: “...bir charter partideki tahkim şartı bir konşimentoya açıkça dahil edilmişse, belirli koşullar altında, charter partiyi imzalamayan kişi için bağlayıcı olabilir...”

Tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliğinin MTK kapsamında incelendiği yukarıdaki bölümde de belirttiğimiz üzere eğer charter parti konşimentoya ekli bir şekilde konşimento hamilinde bulunmuyorsa konşimentoda, charter partide yer alan tahkim anlaşmasına özel bir atıfta bulunulmalıdır. Zira, konşimento hamili hem charter partinin tarafı değildir hem de hamilin konşimentoda ekli bulunmayan charter partinin şartlarından haberdar olması oldukça zordur. Bu nedenle hamilin tahkim anlaşmasının kabulüne ilişkin iradesinin oluşması mümkün değildir. Dolayısıyla, kanaatimizce, charter partideki tahkim anlaşmasının konşimento hamilini bağlayabilmesi ve New York Konvansiyonu bakımından yazılı şekil şartını sağlayabilmesi için konşimentoda tahkim anlaşmasına özel olarak atıfta bulunulmalıdır.

¹¹⁵ *Tradax Export SA v. Amoco Iran Oil Company*, Switzerland/07 February 1984/Switzerland, Tribunal Fédéral (Federal Tribunal). Mahkeme kararında: “[...] Bu durumda, Amoco Texas ve Tradax'ın hidrokarbon ticareti ve taşımacılığını içeren işlemlere alışkın profesyonel şirketler olarak kabul edilebileceği düşünülebilir. Bu nedenle, petrol taşımacılığı için kullanılan “Asbatankvoy” modeline dayalı charter partisinin olağan ifadesine aşina oldukları varsayılmaktadır [...]” denilerek şirketlerin profesyonel olduğuna da değinilmiştir. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=560 s. 1, 2, 3. (Erişim Tarihi: 11.09.2024).

¹¹⁶ Van Houtte, **a.g.m.**, s. 15.

¹¹⁷ *Iota Shipholding Ltd. v. Starr Indem. & Liab. Co.*, 16 Civ. 4881 (KPF) (S.D.N.Y. May. 31, 2017), Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), [Iota Shipholding Ltd. v. Starr Indem. & Liab. Co.pdf](#) s.8, kenar numarası 16, (Erişim Tarihi: 14.11.2024).

¹¹⁸ *Continental U.K. Ltd. v. Anagel Confidence*, 658 F. Supp. 809 (S.D.N.Y. 1987), Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), [Continental U.K. Ltd. v. Anagel Confidence.pdf](#) s. 5, kenar numarası 813, (Erişim Tarihi: 14.11.2024).

1.2.3. Tahkim Anlaşmasını İmzalamayan Üçüncü Kişi Açısından Yazılı Şekil Şartı

Tahkim anlaşmasının bağlayıcılığı tahkim anlaşmasını imzalamamış olan tarafları da kapsayacak biçimde genişletilebilir¹¹⁹. New York Konvansiyonu m. II (2)'deki şekil şartının tahkim anlaşmasının genişletileceği imzacı olmayan taraflar için de uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışmalıdır¹²⁰. Tahkim anlaşmasını imzalamayanların da bazı koşullar altında tahkim anlaşmasından kaynaklanan hak ve yükümlülükleri üstlenebilme durumlarına örnek olarak; grup şirketler teorisi, halefiyet, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve dürüstlük (*estoppel*) kuralına aykırılık verilebilir¹²¹.

Çoğunluk görüşe göre tahkim anlaşmasını imzalamayan üçüncü kişinin bu anlaşmayla bağlı kılınması New York Konvansiyonu m. II(2)'deki yazılı şekil şartına engel teşkil etmez. Zira, bu husus anlaşmanın esastan geçerliliğiyle ilgili bir sorun olup şekle ilişkin bir konuyu gündeme getiremez. Bu görüş uyarınca tahkim anlaşmasının taraflarının tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına uyması yeterlidir¹²². Tahkim anlaşmasının taraflarının belirlenmesi, esasa ilişkin bir sorun olduğundan bu sorun, şekli geçerlilik hususundan bağımsızdır¹²³. Şeklen geçerli olarak kurulmuş bir tahkim anlaşmasının hangi tarafları bağlayacağı değerlendirmesi başka bir adım teşkil eder. Dolayısıyla, tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmili olarak da adlandırılan bu husus tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkin bir meseledir¹²⁴. Zira, tahkim anlaşmasının içeriği, kapsamı ve taraflarının kim olduğu tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğini oluşturmaktadır¹²⁵. Sonuç olarak tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkin bir mesele olduğundan New

¹¹⁹ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 93.

¹²⁰ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 93.

¹²¹ Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (ICCA), **Hâkimler İçin El Kitabı**, s. 60.

¹²² Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 93-94; Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 522; Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 285; Can Yöney, “Viyana Satım Sözleşmesi’nin Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk Olarak Uygulanabilirliği”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, 2019, s. 753; Demirkol, **Teşmil**, s. 308; Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (ICCA), **Hâkimler İçin El Kitabı**, s. 60.

¹²³ Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (ICCA), **Hâkimler İçin El Kitabı**, s. 60.

¹²⁴ Esen, **Teşmil**, s. 58; Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 521-522.

¹²⁵ Yeşilova, **Mahkemelerin Denetimi**, s. 285.

York Konvansiyonu m. II(2) kapsamında üçüncü kişiye teşmilde üçüncü kişinin yazılı bir beyanda bulunması aranmaz¹²⁶.

1.2.4. Dürüstlük Kuralının Madde II(2) Üzerindeki Etkisi

Bazen taraflardan biri sözleşmedeki edimi ifa etmesine ya da benzer eylemlerde bulunmasına rağmen uyuşmazlık ortaya çıktığında tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine itiraz edebilir. Özellikle bazı mahkemeler, Konvansiyon'un iyi niyet ve dürüstlük (*estoppel*) ilkelerini içerdiğini ve bu ilkelerin bazı durumlarda tarafları m. II(2)'nin şekil gerekliliklerine dayanmaktan alıkoyduğu sonucuna varmışlardır¹²⁷. Yine bazı mahkemeler de taraflar arasında uzun zamandır süregelen bir iş ilişkisi varsa veya o iş sahasında tahkimin mutad olduğu yönünde bir ticari örf ve âdet varsa taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması kurulabileceğine hükmetmiştir¹²⁸.

Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, *Compagnie de Navigation et Transports SA v. Mediterranean Shipping Co.* davasında uzun zamandır iş ilişkisi bulunan tarafların tahkim şartı da içeren her zamanki genel koşulları kullandıklarını, yükletenin konişmentoyu bizzat doldurarak taşıyana verdiğini, yükleten ile taşıyanın uzun yıllardır iş yapmasından dolayı taşıyanın yükleten tarafından bizzat doldurulan ve aralarında tahkim şartının da yer aldığı genel şartların arkasında bulunan akdî belgelerin de onaylandığına ilişkin iyi niyetinin hukuken korunması gerektiğini belirterek belirli durumlarda belirli bir davranışın iyi niyet kuralları uyarınca şekil şartının yerine geçebileceğine karar vermiştir¹²⁹.

Yukarıda değinilen OLG Schleswig Mahkemesi¹³⁰ tarafından verilen kararda, mahkeme, davalının ve davacının orijinal metinleri kendilerinde kalacak şekilde sipariş teyidini imzaladıklarını ve 1995 senesinden beri aynı belgeleri kullanmak

¹²⁶ Esen, **Teşmil**, s. 66.

¹²⁷ Born, **Arbitration**, s. 733.

¹²⁸ Esen, **Şekil**, s. 80.

¹²⁹ *Compagnie de Navigation et Transports S.A. v. Mediterranean Shipping Co.*, Federal Tribunal, Switzerland, 16 January 1995 tarihli kararda mahkemeye göre: “[...]Buna ek olarak, belirli durumlarda, iyi niyet kurallarına uygun olarak belirli bir davranışın, şekli gerekliliklere uyulmasının yerini alabileceği gerçeği de bulunmaktadır[...]” Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), [Switzerland / 16 January 19... - New York Convention Guide 1958 \(newyorkconvention1958.org\)](https://www.newyorkconvention1958.org/) s. 4, (Erişim Tarihi: 02.03.2024).

¹³⁰ OLG Schleswig, March 30, 2000 (16 SchH 5/99) kararına değinilen kısım için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, 1.5.

suretiyle karşılıklı ticari faaliyette bulunduklarını belirterek davalıyı tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesinden menetmiştir¹³¹.

İyi niyet ve dürüstlük ilkeleri evrensel uygulamaya sahip olduğundan Konvansiyon'u hazırlayanların bu tür ilkelerin milletlerarası ticari bağlamlarda milletlerarası yeknesak bir etkiye sahip olacak şekilde uygulanmasını amaçladığı sonucuna varmak mümkündür¹³². Bu nedenle, âkit devletler, bir tarafın iyi niyetli olmaması nedeniyle m. II(2)'nin şekil gerekliliklerinin uygulanamaz olduğu sonucuna varmakta özgürdür ancak aynı zamanda, tahkim anlaşmasının şekline ilişkin itirazları değerlendirirken iyi niyet ve dürüstlük ilkelerini uygulamakla da yükümlüdürler¹³³.

1.2.5. Yeni Teknolojik İmkânlar Kullanılarak Yapılması

Madde II(2)'nin yorumlanmasına ilişkin diğer bir sorun da 1958'de New York Konvansiyonu'nun taslağının hazırlandığı dönemde milletlerarası ticari iletişimin yaygın biçimleri olan “mektup veya telgraf” ile belge teatisinin sağlanacağına ilişkin hükümdür¹³⁴. Mektup veya telgraf yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarının kapsamı oldukça dardır ve artık küresel ve elektronik ticaretin ihtiyaçlarını da tam olarak karşılamamaktadır¹³⁵. Günümüzde de birçok avukat ve iş insanı “telgraf” dahi görmemişken e-posta, SMS, anlık mesajlaşma ve benzeri yeni elektronik iletişim biçimleri artık milletlerarası ticarete rutin olarak kullanılmaktadır¹³⁶.

Dijital ekonomide sözleşme uygulamaları sürekli olarak değişmekte olup artık sözleşme imzalamak ya da mektup veya faks teatisi ile anlaşma yapmak yerine e-posta alışverişi yolu ile anlaşmalar yapmak daha yaygın hâle gelmiştir¹³⁷. Dolayısıyla, Konvansiyon'un modern iletişim biçimlerini değil de “telgrafi” örnek olarak sayması m. II(2)'nin fazla derecede dar yorumlanmasına neden olmaktadır¹³⁸. Madde II(2)

¹³¹ Esen, **Şekil**, s. 81. Ancak bu kararda Mahkeme yalnızca iyi niyet kuralını değil ayrıca davacının tahkim anlaşmasının varlığını iddia etmesine davalının cevap dilekçesinde karşı çıkmamasını da m. II(2) kapsamında incelemiştir.

¹³² Born, **Arbitration**, s. 734.

¹³³ Born, **Arbitration**, s. 734.

¹³⁴ Born, **Arbitration**, s. 729.

¹³⁵ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 83; Annemarie Grosshans, Niccolo Landi, “Arbitration Agreements: Written Form Requirements and New Means of Communication” **Bocconi Legal Papers**, 4, 2014, s. 225.

¹³⁶ Born, **Arbitration**, s. 729.

¹³⁷ Grosshans, Landi, **a.g.m.**, s. 226.

¹³⁸ Born, **Arbitration**, s. 729; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 83.

kapsamında hangi iletişim araçlarının kullanılabileceği konusunda New York Konvansiyonu’nun geniş yorumlanması gerektiği görüşü hâkimdir¹³⁹. Peki bu geniş yorum, e-posta üzerinden yapılan anlaşmaları, “tıklama bazlı” (*click-wrap*) anlaşmaları ve “görüntüleme bazlı” (*browse-wrap*) anlaşmaları da kapsamakta mıdır? Konuyu New York Konvansiyonu açısından da ilk olarak e-posta kapsamında incelenmesini gerekli buluyoruz.

Çoğunluk görüşe ve mahkeme içtihatlarına göre e-posta ile kurulan tahkim anlaşmaları m. II(2)’deki şekil şartını sağlamaktadır¹⁴⁰. Zira, New York Konvansiyonu m. II(2)’de yer alan “*shall include*” ifadesinden dolayı yazılı şekil şartının gerçekleşmesi için sayılan iletişim araçlarının sınırlı sayıda olmadığı, bu nedenle maddenin modern iletişim araçlarını da kapsayacak şekilde yorumlanması suretiyle e-posta teatisi ile yapılan anlaşmaların da maddenin kapsamına girmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴¹. Bu doğrultuda günümüzde faks, e-posta hatta cep telefonu kullanılarak kısa mesajla dahi tahkim anlaşması akdedilebileceği ileri sürülmektedir. Ancak bu hususta dikkat edilmesi gereken konu taraflar arasında belge teatisi olmasının gerekli olduğudur. Ayrıca teati olması durumunda tahkim anlaşmasının meydana gelmesi için her iki tarafın da aynı belgeyi ıslak imza ile imzalaması gerekmemektedir¹⁴².

Diğer bir görüşe göre de Konvansiyon, çok geniş bir çeşitliğe sahip ekonomik sektörler ve devletler arasında çok çeşitli ticari işlemlere uygulanabilir bir anayasal tüzük olarak işlev görmektedir¹⁴³. Bu nedenle, Konvansiyon’un “mektup veya telgraflara” yaptığı atıfları, milletlerarası ticari uygulamalarda bir telgraf kadar güvenilir olabilen ve bir telgraf kadar anlaşmanın kaydını sağlayabilen modern iletişim araçlarını hariç tutacak şekilde yorumlamak pek mantıklı değildir. Günümüzde

¹³⁹ İlhan, **a.g.e.**, s. 72; Van den Berg, **New York Convention**, s. 204; Born, **Arbitration**, s. 729; Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 427; Balkar, **Online Tahkim**, s. 480; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 83.

¹⁴⁰ Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 83; Born, **Arbitration**, s. 729; Grosshans, Landi, **a.g.m.**, s. 226; Akıncı, **Tahkim Giderlerinin Azaltılması**, s. 109; Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 224; Akıncı, **Elektronik Tahkim**, s. 431-432; Ahmet Dülger, “Çevrim İçi Olarak Yapılan Tahkim Anlaşmalarının Hukuki Geçerliliği”, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 2, 2022, s. 344; Wolff, **a.g.m.**, s. 162.

¹⁴¹ Akıncı, **Elektronik Tahkim**, s. 432; Balkar, **Online Tahkim**, s. 480.

¹⁴² İlhan, **a.g.e.**, s. 72; Dülger, **a.g.m.**, s. 344.

¹⁴³ Born, **Arbitration**, s. 730.

modern iletişim araçları tamamen “telgrafın” yerini almıştır ve maddedeki telgrafa yapılan atıf neredeyse hiçbir şekilde çağdaş ve pratik bir anlam taşımamaktadır. Aksine, Konvansiyon’un temel karakteri ve amacı, m. II(2)’nin “mektuplara” ve “telgraflara” yaptığı atıfların, kesin ve doğrulanabilir bir kayıt sağlama kapasitesine sahip tüm iletişim biçimlerini kapsayacak şekilde yorumlanmasını gerektirir¹⁴⁴.

Bahsi geçen görüşlerle uyumlu olan diğer bir görüşe göre de m. II(2)’nin telekslere, fakslara, e-postalara ve bir web sitesi aracılığıyla yapılan iletişime uygulanabilmesi mümkündür¹⁴⁵. Bu görüşte olan yazarlar, UNCITRAL tarafından belirlenen esnek yorumlama kriteri nedeniyle, tarafların iradelerini kayıt altına alıp bu iradelerin kanıtlanmasını sağladığı sürece (PDF versiyonlar da dahil olmak üzere) m. II(2)’de belirtilen tanımın, her türlü ve aynı zamanda gelecekte ortaya çıkabilecek yazılı iletişim biçimlerini de kapsadığının altını çizmektedir¹⁴⁶.

Elektronik ortamda kurulan anlaşmalar New York Konvansiyonu m. II(2) açısından iki gruba ayırarak incelenebilir¹⁴⁷. Birinci grupta “*taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi*” yer almaktadır. New York Konvansiyonu m. II(2)’deki bu ilk ifade kapsamındaki imza gerekliliği, aynı zamanda beyanın tarafa atfedilmesi amacını da gütmektedir. Bu amaç göz önüne alındığında, yalnızca tarafın adını belirten basit bir elektronik imza ile akdedilen tahkim anlaşmasının (standart e-postalar veya web tabanlı beyanlarda olduğu gibi) bu seçenek kapsamında yazılı olarak nitelendirilebileceği söylenemez¹⁴⁸. Bu görüş çerçevesinde, dijital imzalı e-postalar veya web tabanlı bildirimler yazılı şekil şartını karşılayabilir¹⁴⁹. Ayrıca, millî kanun hükümlerinin aksine (model kanunların uygulanması dahil), diğer milletlerarası anlaşmaların da imzayla ilgili yorum konusunda yardımcı olabileceği belirtilmektedir. Örneğin Milletlerarası Akitlerde Elektronik İletişimin Kullanılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (BM

¹⁴⁴ Born, *Arbitration*, s. 730.

¹⁴⁵ Grosshans, Landi, *a.g.m.*, s. 227.

¹⁴⁶ Grosshans, Landi, *a.g.m.*, s. 227

¹⁴⁷ Wolff, *a.g.m.*, s. 159-162.

¹⁴⁸ Wolff, *a.g.m.*, s. 159-160.

¹⁴⁹ Wolff, *a.g.m.*, s. 160.

Elektronik İletişim Sözleşmesi)¹⁵⁰ m. 9(3) imzanın tanımını belirli kriterleri karşılayan dijital imzaları da içerecek şekilde genişletmektedir. Yine BM Elektronik İletişim Sözleşmesi'nin 20(1) sayılı maddesi¹⁵¹ de New York Konvansiyonu kapsamında yer alan tahkim anlaşmalarının akdedilmesiyle bağlantılı olarak elektronik iletişim araçlarının kullanılmasına açıkça uygulanır¹⁵². Bu nedenle tahkim anlaşması, eğer taraflar anlaşmayı, örneğin BM Elektronik İletişim Sözleşmesi m. 9(3)'ün gerekliliklerini karşılayan bir dijital imzayla imzalamışsa, bu imza New York Konvansiyonu m. II(2) anlamında “taraflarca imzalanmış” olarak kabul edilir¹⁵³.

¹⁵⁰ Sözleşme metnine erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications (Erişim Tarihi: 07.05.2024).

¹⁵¹ BM Elektronik İletişim Sözleşmesi m. 20(1): “Sözleşme’ye taraf devletlerin aşağıda sayılan milletlerarası sözleşmelere taraf olması durumunda, sayılan milletlerarası sözleşmeler kapsamında akitlerin kurulması veya ifası sırasında elektronik iletişimin kullanılması, devletlerin aksi yönde beyanları olmadığı sürece Sözleşme hükümlerine tâbidir: Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi (10 Haziran 1958), [...]” Böylece, Sözleşme’nin 20. maddesinde Sözleşme’nin hükümlerinin uygulama bulacağı milletlerarası anlaşmalar arasında New York Konvansiyonu da sayılmıştır. Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Gülce Gümüşlü, “Milletlerarası Akitlerde Elektronik İletişimin Kullanılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 63, S. 2, 2014, s. 347.

¹⁵² Wolff, **a.g.m.**, s. 160. BM Elektronik İletişim Sözleşmesi’nin 20(1) numaralı maddesinin Sözleşme’nin uygulama alanını genişletip genişletmediği de belirsizdir. Zira, Sözleşme iş yerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki sözleşmelere uygulanır. New York Konvansiyonu ise tarafların iş yerlerinden tamamen bağımsız olup Konvansiyon, hakem kararının yabancılık niteliğiyle bağlantılıdır. Ancak yine de BM Elektronik İletişim Sözleşmesi’nin tahkim anlaşmaları için de uygulanması lehine daha fazla neden bulunmaktadır. Zira Sözleşme’nin amacı New York Konvansiyonu’nun ve diğerlerinin elektronik ortamda daha etkili bir biçimde işlenmesini sağlamaktır. Her ne kadar Sözleşmeler, yalnızca sözleşmeye taraf devletler arasında hukuki etkiye sahip olsa da BM Elektronik İletişim Sözleşmesi, New York Konvansiyonu m. II(2)’yi modern iletişim araçlarına uyarlamayı amaçlamaktadır. Ayrıca New York Konvansiyonu m. II(2)’ye o zamanki teknolojiye yer alan telgraf dahil edildiğine göre Konvansiyon modern iletişim araçlarına da açıktır. Bu durumda imza şartı da elektronik iletişim yoluyla sağlanacak şekilde kapsamlı bir yoruma müsaittir. Bunun dışında, BM Elektronik İletişim Sözleşmesi’nin yasal olarak bağlayıcı olmadığı durumlarda dahi New York Konvansiyonu m. II(2)’nin yorumuna Sözleşme’nin 9(3) sayılı maddesi rehberlik etmelidir. Ayrıca, New York Konvansiyonu m. II(2)’nin BM Elektronik İletişim Sözleşmesi kapsamında yorumlanmasının nedenlerinden biri de Sözleşme geniş çapta kabul edilmemiş olsa dahi Sözleşme’nin New York Konvansiyonu’nun faaliyet alanına girdiği aynı milletlerarası organ olan UNCITRAL tarafından hazırlanmış olmasıdır. UNCITRAL’ın 2006 tarihli Tavsiye Kararı da New York Konvansiyonu m. II(2)’nin yazılı şekil şartının geniş yorumlanmasını önererek UNCITRAL’ın elektronik ticaret ile ilgili metinlerine açıkça atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, milletlerarası ticaretin ihtiyaçları da göz önüne alındığından New York Konvansiyonu m. II(2)’deki imza gerekliliği elektronik iletişim araçlarıyla atılan imzaları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Bkz. Wolff, **a.g.m.**, s. 160-162.

¹⁵³ Wolff, **a.g.m.**, s. 161; Elektronik imza ile tahkim anlaşması kurulması durumunda elektronik imzanın hangi özelliklere sahip olması gerektiğinin hem BM Elektronik İletişim Sözleşmesi’nin 9(3) sayılı maddesi hem de Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu ile Elektronik İmzalar Hakkında UNCITRAL Model Kanunu kapsamında değerlendirilmesi için bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, 3.1.3; Bu noktada 2019 tarihli *Zeveta Bojkovice a.s. v. Fagor Arrasate S. Coop.*, NS 23 Cdo

İkinci grupta, “karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan hakem şartı veya hakem mukavelesi” olarak yapılan tahkim anlaşmaları yer almaktadır. E-postalar ne mektup ne telgraf olarak kabul edilebilir. Ancak kıyas edildiğinde e-postalar fiziksel olarak gönderilmedikleri ve gönderenin kimliğini doğrulamadıkları için telgrafların temel özelliğini paylaşırlar. Dolayısıyla yazara göre e-posta aracılığıyla tahkim anlaşması kurulması New York Konvansiyonu m. II(2)’nin şekil şartını sağlar¹⁵⁴.

Mahkeme içtihatlarında da ağırlıklı olarak Konvansiyon’un “mektup” teatisi tanımı, faks ve e-postalar da dahil olmak üzere kayıt bırakan her türlü iletişim alışverişini kapsayacak şekilde genişletilmektedir¹⁵⁵. Örneğin İtalyan Temyiz

3439/2018, Supreme Court of the Czech Republic, 16 May 2019 tarihli kararına değinmekte fayda vardır. Karara göre e-posta yolu ile tahkim anlaşması kurulması New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca mümkün olup e-postaların imzalanmasına ise gerek bulunmamaktadır. Zira, belge teatisi ile yapılan tahkim anlaşmalarında imza zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca mahkemeye göre nitelikli elektronik imzanın şart koşulması da aşırıya kaçmaktır. Orijinal dili Çekçe olan karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.newyorkconvention.org/court-decisions/czech+republic+2022-b> s. 8, (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

¹⁵⁴ Wolff, **a.g.m.**, s. 162.

¹⁵⁵ Born, **Arbitration**, s. 729. Bu kararlara örnek olarak: *Chloe Z Fishing Co. v. Odyssey Re* (London) Ltd, 109 F.Supp.2d 1236, 1250 (S.D. Cal. 2000) Karara göre: “[...] Ancak Mahkeme, Konvansiyon’un II(2) sayılı maddesinin, çeşitli imzacı milletler arasında ticaret yapmak için düzenli olarak kullanılan diğer tüm yazılı iletişim biçimlerini dışlamayı amaçlamış olamayacağını, “mektup” veya “telgraf”ların kapsamlı bir listesini vermediğini tespit etmiştir [...]” Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/109/1236/2522927/> (Erişim Tarihi: 30.08.2024); *Gabriel Capital, LP v. CAIB Investmentbank AG*, 28 A.D.3d 376, 378 (N.Y. App. Div. 2006) Karara göre: “[...] mektup veya telgraf alışverişi faksları da içerecek şekilde yorumlanmalıdır [...]”, Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://casetext.com/case/gabriel-v-caib-investmentbank-aktiengesell> kenar numarası 378, s. 2, (Erişim Tarihi: 30.08.2024); *Compagnie de Navigation et Transports SA v. Mediterranean Shipping Co.*, Federal Tribunal, Switzerland, 16 January 1995 kararına göre: “[...] İlgili olaya uygulanan şekil şartlarına göre, imzalanmış sözleşmelerde yer alan tahkim anlaşmaları ile mektup, telgraf, faks ve diğer haberleşme araçlarının yazışmalarında yer alan tahkim anlaşmaları geçerli sayılır[...]” Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), [Switzerland / 16 January 19... - New York Convention Guide 1958 \(newyorkconvention1958.org\)](https://www.newyorkconvention1958.org/) s. 4 (Erişim Tarihi: 30.08.2024); *Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (U.K.) v. Tracom S.A. (Switzerland)* Federal Supreme Court, Switzerland, 5 November 1985, Arrêts du Tribunal Fédéral (1985) BGE 111 Ib 253, Mahkemeye göre: “[...] Taraflardan birinin veya diğerinin imzası olmadan, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi, mektup veya telgraf alışverişinden kaynaklanabilir. Faks alışverişi, telgraf alışverişine eşittir [...]” Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=563 s. 1, (Erişim Tarihi: 30.08.2024); *Sheldon Proctor v. Leon Schellenberg*, 11 December 2002/Canada, Court of Appeal of Manitoba/ AI02-30-05317, Mahkemeye göre: “[...] Tanım kapsamlı olmaktan çok kapsayıcı olduğundan, Konvansiyon’u hazırlayanlar tanımı maddede bahsi geçen belgeleme yöntemleriyle sınırlamamıştır. Önemli olan, tarafların anlaşmazlığı tahkim süreciyle çözme konusunda anlaşabildikleri kanıtlayacak bir kayıt olmasıdır. Bu esneklik, iletişim yöntemlerinin değiştiği günümüzde önemlidir. Bana göre, faksla iletişim, maddedeki tanımın kapsamına girmektedir[...]” Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=903 s. 10, para. 18. (Erişim Tarihi: 11.09.2024); *Zeveta Bojkovice a.s. v. Fagor Arrasate S. Coop.*, NS 23 Cdo 3439/2018, Supreme Court of the Czech Republic, 16 May 2019, Mahkemeye göre: “[...] New York

Mahkemesi tarafından verilen bir kararda Mahkeme; faksın karşılıklı bir yazışmaya vücut verdiğini ve telefon ağları ya da faks terminalleri üzerinden uzaktan çoğaltma yoluyla yazışmaların aktarımını hızlandırmayı amaçlayan bir e-posta biçimi olduğunu, m. II(2)'nin amacının sözleşmelerin uzaktan akdedilmesini mümkün kılarak ticari alışverişleri kolaylaştırmak olduğunu, ortada yazılı bir belge olduğu sürece belge teatisinin geleneksel yollarla veya diğer iletişim araçlarıyla gerçekleşmesinin m. II(2) bağlamında eşit tutulduğunu belirtmiştir¹⁵⁶.

Avustralya Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda¹⁵⁷ Mahkeme, Manitoba Temyiz Mahkemesi tarafından verilen *Proctor v. Schellenberg* kararını alıntılarını¹⁵⁸ ve “önemli olanın tarafların uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözme konusunda anlaştıklarını kanıtlayacak bir kaydın bulunması olduğunu, bu esnekliğin iletişim yöntemlerinin değiştiği günümüzde önem addettiğini, faks yoluyla iletişimin de maddenin kapsamına girdiğini, küresel ticaretin hâkim olduğu bu çağda Konvansiyon’u hazırlayanların diğer yargı bölgelerinde verilen tahkim kararlarını yürürlüğe koyma niyetine hizmet edecek şekilde maddenin işlevsel ve pragmatik bir şekilde yorumlanması gerektiğini” belirterek m. II(2)'nin şekil şartının e-posta yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarını kapsadığını belirtmiştir.

Çek Cumhuriyeti Yargıtay’ı tarafından verilen 2019 tarihli bir kararda New York Konvansiyonu’nun tarihsel yorumuna bakıldığında anılan hükmün modern iletişim biçimlerini de içerdiği sonucuna varılabileceği ve e-posta yoluyla tahkim anlaşması kurulabileceği belirtilmiştir. Kararda ayrıca UNCITRAL tarafından 2006

Konvansiyonu’nun tarihsel yorumuna bakıldığında anılan hükmün modern iletişim biçimlerini de içerdiği sonucuna varılabilir [...]” Orijinal dili Çekçe olan karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), www.newyorkconvention.org s. 5-6, (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

¹⁵⁶ *Rudston Prods. Ltd v. Conceria F. Buongiorno*, Judgment of 14 June 2007, Italian Corte di Cassazione, 2009, No: 13916/07, Born, **Arbitration**, s. 730’dan naklen. Kararın özeti için ayrıca bkz. United Nation General Assembly, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/201, Case Law On UNCITRAL Texts, s. 7. Belgeye erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v20/012/55/pdf/v2001255.pdf> (Erişim Tarihi: 11.09.2024).

¹⁵⁷ *Comandate Marine Corp. v. Pan Australia Shipping Pty Ltd.*, 20 December 2006/Australia, Federal Court of Australia/ NSD 1613 of 2006, Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1516 para. 149, s. 45, (Erişim Tarihi: 20.03.2024).

¹⁵⁸ *Comandate Marine Corp. v. Pan Australia Shipping Pty Ltd.*, para. 154, s. 47.

yılında hazırlanan ve New York Konvansiyonu’nun yazılı şekil şartının yorumlanmasına ilişkin “Tavsiye Kararı”na da değinilmiştir¹⁵⁹.

Amerika Birleşik Devletleri Bölge Mahkemesi tarafından verilen *Glencore Ltd. v. Degussa Engineered Carbons L.P.*, kararında¹⁶⁰ taraflar arasında 2010 yılının ilk üç çeyreğinde ham madde yağı teslimi için birtakım sözleşmeler akdedilmiştir. Bu ham madde teslimatları, ödemeleri, ham maddenin miktarı, kalitesi, teslimat yeri ve test özellikleri gibi şartları içeren anlaşmaların tümü e-posta aracılığıyla yapılmıştır. Evonik (Degussa), kendisine teslim edilen ham maddelerin sözleşmelerde belirtilen özellikleri karşılamadığını iddia ederek Glencore’a dava açmıştır. Glencore ise Genel İşlem Şartları’nda yer alan tahkim şartı nedeniyle uyuşmazlığın tahkime tâbi olduğunu belirtmiş ve tahkim sürecini başlatmıştır. Mahkeme, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının New York Konvansiyonu bağlamında yazılı şekil şartını sağlaması gerektiğini belirtmiş ve e-posta yoluyla kurulan tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağladığına karar vermiştir. Mahkeme, New York Konvansiyonu’ndaki “belge teatisi”nin yerine getirildiğini, çünkü tahkim şartının atıf yoluyla sözleşmeye dahil edildiğini, alıcının birtakım değişiklikler istese de bunların Genel İşlem Şartları’na yani tahkim şartına ilişkin olmadığını, taraflar arasında sürekli olarak bir belge alışverişi olduğunu belirtmiştir¹⁶¹.

Bahsi geçen mahkeme içtihatlarında her ne kadar e-posta ile kurulan tahkim anlaşmalarının geçerli olduğu sonucuna varılmışsa da daha eski bir mahkeme içtihatında farklı yönde bir karar verilmiştir. Norveç Hålogaland Temyiz

¹⁵⁹ *Zeveta Bojkovice a.s. v. Fagor Arrasate S. Coop.*, NS 23 Cdo 3439/2018, 16 May 2019, Orijinal dili Çekçe olan karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.newyorkconvention.org/court-decisions/czech+republic+2022-b> s. 5-7, (Erişim tarihi: 13.10.2024); UNCITRAL tarafından hazırlanan “Tavsiye Kararı” hakkında bilgi için bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, 1.2.

¹⁶⁰ *Glencore Ltd. v. Degussa Engineered Carbons L.P.*, 848 F. Supp. 2d 410 (S.D.N.Y. 2012). Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://casetext.com/case/glencore-ltd-v-degussa-engineered-carbons-lp> s. 1, 24, 25, kenar numarası: 413, 436, 437, (Erişim Tarihi: 16.05.2024).

¹⁶¹ 2023 yılında verilmiş olan *Coastal Cargo Co., LLC v. Tenaris Global Servs. Canada Inc.*, Civil Action 22-4622 (E.D. La. Feb. 9, 2023) adındaki kararda da ABD Bölge Mahkemesi, her ne kadar tahkim anlaşmasının zımnen kabul edilmesinin tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağlamadığına karar vermiş olsa da karara konu olan olayda taraflar arasında e-posta ile belge teatisi gerçekleşebileceği örtülü de olsa belirtilmiştir. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.newyorkconvention.org/court-decisions/united-states-9-february-2023-coastal-cargo> s. 1-2, (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

Mahkemesi'nin 16.08.1999 tarihinde verdiği karara¹⁶² konu olayda, 3500 ton ringanın Norveç'ten Ukrayna'ya taşınmasına ilişkin olarak bir geminin kiralanması için e-posta yolu ile GENCON standart sözleşmesine atıfta bulunulan bir sözleşme akdedilmiş, ortaya çıkan uyuşmazlık neticesinde Lofoten Bölge Mahkemesi tahkim anlaşmasının New York Konvansiyonu uyarınca yazılı şekil şartını sağladığına karar vermiştir. Ancak Norveç Hålogaland Temyiz Mahkemesi, Lofoten Bölge Mahkemesi'nin kararını e-postaların içeriğinin müphem ve tamamlanmamış olduğu gerekçesiyle bozmuştur¹⁶³. Aslında taraflar arasında e-posta yolu ile kurulan tahkim anlaşmasının varlığını ve geçerliliğini kanıtlamak için tahkim yeri hukukuna yani bu davada İngiliz Hukuku'na göre bir değerlendirme yapılması yeterlidir¹⁶⁴. Ancak Mahkeme, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin yerel tenfiz makamı tarafından da ayrıca değerlendirilmesi gerektiğine ve hakem kararının tahkim yeri hukuku olan İngiliz Hukuku'na göre geçerli olmasının tenfiz için yeterli olmadığına karar vermiştir¹⁶⁵.

Hem mahkeme içtihatlarına hem de doktrindeki görüşlere göre e-posta ile tahkim anlaşması kurulması New York Konvansiyonu m. II(2)'nin şekil şartlarını sağlayacaktır. Zira m. II(2)'de bahsi geçen iletişim araçları yıllar geçtikçe daha da geniş yorumlanmaya başlanmış, mektup ve telgraf ile belge teatisine ayrıca faks da eklenmiştir. Başka bir ifadeyle mahkemeler Konvansiyon maddesini teknolojik gelişmelere uygun olarak yorumlama eğiliminde olmuşlardır. Bu yorumlama da tahkim kararlarının icrasını kolaylaştırmayı amaçlayan Konvansiyon'un amacına uygun düşmektedir.

Tahkim anlaşmalarının e-posta aracılığı dışında internet üzerinden kurulma yollarından diğer ikisinin “*click-wrap*” ve “*browse-wrap*” yolları olduğu MTK'deki

¹⁶² Norway 1. Hålogaland Court of Appeal, 16 August 1999. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.newyorkconvention.org/court-decisions/norway+1> s. 26, (Erişim Tarihi: 12.09.2024).

¹⁶³ Esen, **Şekil**, s. 75-76. Esen'e göre: “[...] kararda taraflar arasında iletişim araçlarıyla gerçekleşen teati vasıtasıyla geçerli bir tahkim anlaşmasının kabulü için, taraflar arasındaki teatiden, aralarındaki uyuşmazlığın tahkime havale etmek istediklerinin tereddüde mahal bırakmayacak surette anlaşılması zorunluluğuna uygun temin edilmediği gerekçesiyle geçerli bir tahkim anlaşması kurulmadığı sonucuna varılmışsa da, bahse konu zorunluluğa uyulduğu takdirde elektronik posta vasıtasıyla akdedilen tahkim anlaşmalarının da madde II(2) anlamında geçerli bir tahkim anlaşması teşkil ettiği ve dolayısıyla New York Konvansiyonu madde II(2) hükmünde yer verilen iletişim araçlarının tahdidî olarak sayılmadığı sonucunu çıkarmaktayız [...]”

¹⁶⁴ Redfern, Hunter, **a.g.e.**, s. 78.

¹⁶⁵ Redfern, Hunter, **a.g.e.**, s. 78

düzenlemelerin incelendiği bölümde belirtilmişti¹⁶⁶. Bu yollarla yapılan tahkim anlaşmalarının New York Konvansiyonu uyarınca geçerliliğinin de incelenmesi gerekir.

Doktrindeki bir görüşe göre, web tabanlı irade beyanları aslında ne telgraf ne de mektup olarak nitelendirilir. Fakat web sitesi tabanlı irade beyanları, yani *click-wrap* ve *browse-wrap* beyanları, teati şartını sağladığı müddetçe New York Konvansiyonu m. II(2)'deki şekil şartını sağlamış olacaktır. Örneğin web sitesi işleticisi bir öneri yaptığında bu öneri, *click-wrap* yoluyla “tamam” ya da “kabul ediyorum” ifadesini içeren butonun tıklanmasıyla ya da *browse-wrap* yoluyla bir dosyanın indirilmesiyle kabul edilip web sitesi işleticisine bildirilebilir. Bu durumda belge teatisi sağlanmış olacağından New York Konvansiyonu m. II(2) anlamında yazılı şekil şartı sağlanmış olacaktır¹⁶⁷. Yazara göre burada önemli olan husus iki tarafın da beyanlarını teati etmeleridir. Örneğin *browse-wrap* ile akdedilmek istenen anlaşmalarda eğer kullanıcının beyanı web sitesi işleticisine iletilmezse teatiden bahsedilemeyecektir¹⁶⁸.

Kanaatimizce, *click-wrap* ile tahkim anlaşması kurulması hâlinde kullanıcının ve web sitesi işleticisinin beyanları teati edilebileceğinden New York Konvansiyonu m. II(2) bağlamında kurulan tahkim anlaşmasının şekil şartını sağlaması mümkündür. Ancak *browse-wrap* yoluyla kurulmak istenen tahkim anlaşmalarında kullanıcı rızasını zımni olarak beyan etmektedir. New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca zımni onay ise tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağlamamaktadır. Dolayısıyla *browse-wrap* yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarının m. II(2) bağlamında yazılı şekil şartını sağlaması mümkün değildir.

UNCITRAL de New York Konvansiyonu'nu güncellemek ve millî mahkemeleri m. II(2)'deki yazılı şekil şartını daha az katı bir şekilde uygulamaya teşvik etmek amacıyla âkit devletlere m. II(2)'deki koşulların geniş kapsamlı ve ayrıntılı olmadığını ve m. II(2)'ye tahkim anlaşmasının kaydını temin eden diğer

¹⁶⁶ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, 1.4.3.

¹⁶⁷ Wolff, a.g.m., s. 162.

¹⁶⁸ Wolff, a.g.m., s. 162.

telekomünikasyon araçlarının da dahil olduğunu belirtmiştir¹⁶⁹. Bu durumda maddede sayılan araçlara benzer türdeki elektronik araçlarla tahkim anlaşması yapılması mümkün olacaktır¹⁷⁰.

Bu noktada UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu’nun 2006 değişikliklerine ve Komisyon tarafından yapılan önerilere de değinmek gerekmektedir. Zira UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu’nun 2006 revizyonu yazılı şekil şartına ilişkin olarak teknolojik anlamda güncellenmiş bir tanımı içermektedir¹⁷¹. Ancak aşağıda UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu hakkında bilgi verilirken m. II(2)’nin Model Kanun kapsamında değerlendirilmesi daha ayrıntılı bir şekilde yapılacağından burada bu konu üzerinde durulmayacaktır¹⁷².

3. New York Konvansiyonu’ndaki Yazılı Şekil Şartının Azami veya Asgari Şekil Gerekliliği Olup Olmadığı Hakkında Tartışmalar

Âkit devletlerin uygulamasına izin verilen New York Konvansiyonu m. II(2)’nin “azami” bir şekil şartı mı belirlediğini yoksa buna ek veya alternatif olarak “asgari” bir şekil şartı da öngörüp öngörmediğini belirlemek önemlidir¹⁷³.

“Azami” şekil şartı, Konvansiyon’a taraf olan devletlerin Konvansiyon’daki yazılı şekil şartından daha katı yazılı şekil şartı gerekliliği getirmelerini yasaklamaktadır. Madde II(2)’nin azami bir şekil şartı olduğunun kabul edilmesi hâlinde, Konvansiyon’un bir tahkim anlaşmasına uygulanacağı durumlarda,

¹⁶⁹ 10 Haziran 1958’de New York’ta yapılan Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme’nin II. maddesinin 2. paragrafı ve VII. maddesinin 1. paragrafının Yorumlanmasına İlişkin Tavsiye Kararı’na erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/foreign_arbitral_awards (Erişim Tarihi: 19.03.2024). Ayrıca Tavsiye Kararı, Devletleri, UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu’nun yenilenmiş 7. maddesini benimsemeye teşvik etmektedir. Değiştirilen 7. maddenin her iki seçeneği de tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda New York Konvansiyonu kapsamında öngörülenden daha elverişli bir rejim oluşturmaktadır. New York Konvansiyonu’nun VII(1) sayılı maddesinde yer alan “daha lehe olan hak” uyarınca Tavsiye Kararı, “İlgili herhangi bir tarafın”, “tahkim anlaşmasına dayanan ülkenin kanunları veya anlaşmaları uyarınca sahip olabileceği haklardan yararlanarak, böyle bir tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tanınmasını talep etmesine” izin verilmesi gerektiğini açıklığa kavuşturmaktadır.

¹⁷⁰ Dülger, **a.g.m.**, s. 342.

¹⁷¹ Born, **Arbitration**, s. 731.

¹⁷² Bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, 1.2.

¹⁷³ Born, **Arbitration**, s. 708.

Konvansiyon'unkinden daha katı millî şekil gerekliliklerinin yerine m. II(2)'nin yazılı şekil şartının uygulanması gerekmektedir¹⁷⁴. Zira, devletlerin yazılı şekil şartı için Konvansiyon'dan daha katı veya daha resmî gereklilikler getirmesi, Konvansiyon'un tahkim anlaşmalarının uygulanabilirliğini artırma hedefini de engelleyecektir¹⁷⁵.

Spesifik olarak, m. II(2)'nin azami şekil şartı, âkit devletlerin milletlerarası tahkim anlaşmalarının belirli şekil şartlarını karşılama gerektiren millî hukuk kurallarının yerine geçer. Bu tür şekil gerekliliklerine örnek olarak; Almanya'nın tüketici işlemlerindeki tahkim anlaşmalarının ayrı, imzalı bir belgede olması gerekliliği¹⁷⁶, bazı ABD eyaletlerinin tahkim anlaşmalarının büyük harflerle yazılması gerekliliği¹⁷⁷, Brezilya Tahkim Kanunu'ndaki katılma sözleşmelerindeki tahkim şartının koyu harflerle yazılması gerektiği şartı¹⁷⁸ veya bazı ülkelerin belirli anlaşmaların elle yazılması, noter tasdikli olması veya iki şirket yetkilisi tarafından imzalanması şartı verilebilir¹⁷⁹. Görüldüğü üzere bu örneklerdeki şekil şartları m. II(2)'deki şekil şartından daha katıdır. Bu yüzden m. II(2)'nin “azami” olarak nitelendirilen şekil şartı, daha katı olan millî şekil şartlarını kısıtlamakta, m. II(2)'deki şekil şartı bu millî şekil şartlarının yerini alarak bu tür gerekliliklerin uygulanmasını yasaklamakta ve belirli tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğini zorunlu kılmaktadır¹⁸⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, m. II(2)'nin azami şekil şartı, taraflarca

¹⁷⁴ Van den Berg, *Arbitration*, s. 178; Born, *Arbitration*, s. 709-710.

¹⁷⁵ Born, *Arbitration*, s. 709-710; Örneğin milletlerarası tahkim anlaşmalarına ilişkin noter tasdikli belgeler veya belirli bir yazı tipi, yazı fontu veya renk gereklilikleri gibi diğer resmî gereklilikler Konvansiyon'daki yazılı şekil şartından daha katı şekil şartlarıdır. Bu katı şekil şartları Konvansiyon'un azami bir şekil şartına sahip olması dolayısıyla Konvansiyon tarafından dışlanmaktadır. Bkz. Born, *Arbitration*, s. 708.

¹⁷⁶ Almanya Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ZPO) m. 1031(5), Kanun maddesi için bkz. (Çevrimiçi), https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_1031.html (Erişim Tarihi: 13.11.2024).

¹⁷⁷ Kaliforniya Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 1298 (a), Kanun maddesi için bkz. (Çevrimiçi), https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CCP&division=&title=9.4.&part=3.&chapter=&article= (Erişim Tarihi: 13.11.2024).

¹⁷⁸ Brezilya Tahkim Kanunu m. 4(2) uyarınca “*Katılma sözleşmelerindeki tahkim şartı, taraflardan biri tahkim işlemlerini başlatma girişiminde bulunmadığı veya tahkim işlemlerinin başlatılmasını açıkça kabul etmediği sürece, yazılı olarak veya ekli bir belgede veya koyu harflerle ve bu madde için özel olarak yapılmış bir imza veya onay ile yürürlüğe girmedikleri sürece geçerli sayılmaz*”, Kanun'a erişim için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.ipsouire.com.br/servicos/serv-06-Law-9307-English.pdf> (Erişim Tarihi: 13.11.2024). Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.

¹⁷⁹ Born, *Arbitration*, s. 710.

¹⁸⁰ Born, *Arbitration*, s. 710. Hindistan Yargıtay'ı tarafından verilen bir kararda Mahkeme: “[...] Tarafların gerçekten istediği şey olan anlaşmazlıkların etkili, geçerli ve ucuz bir çözümünü elde edebilmesi için pul, mühür ve hatta imza gibi tekniklerin öncelikle ortadan kaldırılması gereken bürokratik işlemlerdir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, Tahkim Yasamızın dayandığı [UNCITRAL Model

milletlerarası tahkim anlaşmalarına uygulanmak üzere seçilen millî kanunlar dahil tüm millî şekil şartlarına tercihen uygulanır¹⁸¹.

New York Konvansiyonu m. II(2)'nin azami şekil şartı olduğu neredeyse evrensel olarak âkit devletler tarafından kabul edilmektedir¹⁸². Bununla birlikte, millî mahkemelerin m. II(2)'yi, âkit devletlerin tahkim anlaşmasının noter tasdikli olması şartı gibi daha katı şekil gereklilikleri uygulamasını engellemeyecek şekilde yorumladığı örnekler de mevcuttur¹⁸³.

Millî hukuklar m. II(2)'den daha az katı bir yazılı şekil şartı öngörse bile m. II(2)'nin âkit devletlerin uygulaması gereken “asgari” olarak nitelendirilen bir şekil şartı getirip getirmediği de cevaplanması gereken bir sorudur. New York Konvansiyonu m. II(2)'nin asgari bir şekil şartı öngördüğünü varsaydığımızda m. II(2)'den daha esnek hükümlere sahip olan millî hukuklardaki yazılı şekil şartları uygulanamayacaktır.

Hem Anglosakson Hukuku'ndaki hem de Kara Avrupası Hukuku'ndaki mahkemeler, m. II(2)'nin hem “asgari” hem de “azami” olarak nitelendirilecek bir

Yasasının] hedeflerinde yer almaktadır. Mahkemeler düzenlemenin gerekçesini uygulamalıdır. Mahkemelerin, mevzuatta öngörülmemiş bir takım ekstra formaliteleri eklemesi uygunsuz ve arzu edilmeyen bir durumdur. Mahkemelerin talimatları da maddenin gerekçesine ulaşma yönünde olmalıdır [...]” şeklinde karar vererek sözleşme özgürlüğü ilkesine atıf yapmıştır. Great Offshore Ltd v. Iranian Offshore Eng'g & Constr. Co., (Indian S.Ct. 2008) (2009), s. 34, para. 72. Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1392 (Erişim Tarihi: 20.03.2024).

¹⁸¹ Born, *Arbitration*, s. 711.

¹⁸² Di Pietro, *a.g.m.*, s. 448; Born, *Arbitration*, s. 708; Schramm, Geisinger, Pinsolle, *a.g.m.*, s. 48; Van den Berg, *Arbitration*, s. 178.

¹⁸³ Judgment of 6 December 2018, Case No. e2A-1185-370/2018 (Lithuanian Ct. App.) Litvanya Temyiz Mahkemesi tarafından verilen bu karara konu olayda, kanunen yazılı ve noter tasdikli olması gereken gayrimenkul satış sözleşmesiyle ilgili olarak taraflar arasında bir uyuşmazlık doğmuş, taraflar ise yazılı bir tahkim sözleşmesi akdetmişlerdir. Tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri süren taraf gayrimenkul satış sözleşmesiyle ilgili doğacak uyuşmazlıkla ilgili akdedilen tahkim anlaşmasının da gayrimenkul satış sözleşmesi gibi noter tasdikli olması gerektiğini ileri sürmüştür. Litvanya Temyiz Mahkemesi, adi yazılı şekilde yapılan tahkim anlaşmasının sözleşmenin noter onayı gerektiren diğer hükümleriyle ve Litvanya Cumhuriyeti Medeni Kanunu'nun 6183(3) numaralı maddesiyle çeliştiğini tespit ederek tahkim anlaşmasının da esas sözleşmeyle aynı biçimde noter tasdikli bir biçimde yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Karara erişmek için bkz. Rimantas Daujotas, “Arbitration in Lithuania”, *Practitioner's Report*, 2nd Edition, 2020, s. 23, (Çevrimiçi), <https://rdaujotas.com/wp-content/uploads/2022/01/Rimantas-Daujotas.-Arbitration-in-Lithuania-2-edition-pdf.pdf> (Erişim Tarihi: 20.03.2024); Ayrıca bkz. Denis Parchajev, “Does New York Convention Really Set Maximum Form Requirements for Arbitration Agreements?”, *Qmul Online*, (Çevrimiçi), <https://hs.online.qmul.ac.uk/blog/new-york-convention-arbitration-agreements> (Erişim Tarihi: 20.03.2024).

şekil şartı belirlediği ve m. II(2)'nin milletlerarası tahkim anlaşmaları için daha esnek şekil şartı öngören millî kanunlardaki şekil şartlarının yerine geçtiği yönünde görüşe sahiptir¹⁸⁴.

Örneğin İsviçre'de Basel-Landschaft Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararda Mahkeme; New York Konvansiyonu'nun II. maddesinde yazılı şeklin zorunlu tutulmasının sözlü veya zımni olarak yapılan tahkim anlaşmalarının hariç tutulması anlamına geldiğini, Konvansiyon'un bu hükmünün aslında birçok yabancı hukuk sistemiyle karşılaştırıldığında katı olduğunu, ancak madde II'nin yalnızca maksimum bir şekil şartı değil, aynı zamanda minimum bir şart da belirlediğini, âkit devletlerin şekil açısından daha katı gereklilikler öngöremeyeceği gibi daha esnek şekil şartı da öngöremeyeceğini belirtmiştir¹⁸⁵. Başka bir ifadeyle m. II(2)'nin hem azami hem de asgari bir şekil şartı getirdiğinin kabul edilmesi gerekmektedir birlikte mahkemeler yazılı şekil şartı konusunda m. II(2)'de öngörülen gereklilikten ne daha azını ne de daha fazlasını talep edebilirler¹⁸⁶.

Madde II(2)'nin asgari bir şekil şartı gerektirdiği yorumunun, Konvansiyon'un VII(1) sayılı maddesiyle ve Konvansiyon'un temel amaçlarıyla bağdaşması mümkün değildir¹⁸⁷. Konvansiyon'un VII(1) sayılı maddesine göre *“İş bu sözleşme hükümleri, âkit devletler arasında akdedilmiş hakem kararlarının tanınması veya icrasına dair, iki yahut çok taraflı sözleşmelerin muteberliğine hâlel getirmez ve ilgili taraflardan hiçbirini, bir hakem kararından, bunun dermeyeran edildiği memleketin kanun ve sözleşmeleri hükümleri dairesinde faydalanmak imkânından mahrum kılmaz.”* Bu hüküm, millî hukuklarda, Konvansiyon'da bulunanlardan daha lehe hükümler bulunuyorsa âkit devletlere Konvansiyon yerine daha lehe hükmün ya da düzenlemenin uygulanması imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla m. VII(1) hükmünün

¹⁸⁴ Born, **Arbitration**, s. 711; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 48.

¹⁸⁵ *DIETF v. RF AG/ 05 July 1994/Switzerland*, Obergericht des Kantons Basel-Landschaft/30-94/261, Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1415 s. 5, (Erişim Tarihi: 21.03.2024). Born, bu yorumun İngilizce metinden daha kapsamlı ve münhasır olan Fransızca metninden kaynaklandığını öne sürmektedir. Bkz. Born, **Arbitration**, s. 712.

¹⁸⁶ Van den Berg, **New York Arbitration**, s. 177-178.

¹⁸⁷ Born, **Arbitration**, s. 712.

yazılı şekil şartı konusunda da uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹⁸⁸. Ayrıca bu hüküm, Konvansiyon'un millî hukuklar tarafından sağlanan korumaları geçersiz kılmamasını veya onları zayıflatmamasını sağlayarak tahkim kararlarının (kıyasen tahkim anlaşmalarının) icra edilebilirliğini kolaylaştırır¹⁸⁹.

Madde II(2)'nin yazılı şekil şartına ilişkin olarak maddenin âkit devletlere bir “asgari” şekil zorunluluğu getirmediğini kabul eden mahkeme kararlarına örnek olarak 21 Eylül 2005 tarihli bir Alman mahkemesi kararı verilebilir¹⁹⁰. Kararda *lex fori* ilkesi uygulanarak “...belirlenen tenfiz ülkesinin milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca bir tahkim anlaşmasının geçerliliği için Konvansiyon'un II(1) ve II(2) sayılı maddelerinden daha liberal bir şekil şartını öngören bir millî kanun varsa Konvansiyon'un VII(1) maddesi uyarınca hakem kararının tanınmasını kolaylaştıran bu kanun uygulanır” şeklinde bir hüküm verilmiştir.

UNCITRAL 2016 tarihli Konvansiyon Rehberi'nde de Konvansiyon'un tahkim kararları ve tahkim anlaşmaları üzerinde azami bir kontrol düzeyi belirlediğini ancak âkit devletlerin Konvansiyon'da belirtilenlerden daha esnek kuralları uygulama konusunda özgür oldukları belirtilmiştir¹⁹¹.

Konvansiyon'un VII(1) sayılı hükmü karşısında biz de m. II(2)'nin tahkim anlaşmaları için asgari değil ama azami bir şekil şartı öngördüğünü düşünmekteyiz. Konvansiyon'un amacı tahkim kararlarının icrasını tüm dünyada kolay ve yeknesak bir şekilde gerçekleştirmektir. Bu durumda m. II(2)'nin asgari bir şekil şartı öngördüğünü kabul etmek, millî kanunlarda yer alan ve m. II(2)'ye nazaran daha esnek şekil şartı öngören maddelerin uygulanamaması nedeniyle, tahkim anlaşmalarının kolayca geçersiz kılınmasına neden olacak ve tahkim kararlarının icrasını kolaylaştırma amacı taşıyan Konvansiyon'un amacıyla ters düşecektir. Dolayısıyla,

¹⁸⁸ Şit, **Elektronik Akitler**, s. 431; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 48-49; Di Pietro, **a.g.m.**, s. 448-449.

¹⁸⁹ Born, **Arbitration**, s. 712-713; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 48-49.

¹⁹⁰ Germany/21 September 2005/Germany, Bundesgerichtshof/III ZB 18/05, Karara erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=278 s. 1, 6, 7, 8. (Erişim Tarihi: 21.03.2024).

¹⁹¹ UNCITRAL, Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 2016, s. 2. Belgeye erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2016_guide_on_the_convention.pdf (Erişim Tarihi: 25.08.2024).

daha lehe hükümlerin uygulanmasının yolunu açan m. VII(1) sayesinde millî kanunlarda m. II(2)'den daha esnek şekil şartı öngören bir hüküm bulunması durumunda millî kanun hükmü uygulanmalı ve hakem kararının (kıyasen tahkim anlaşması) tenfizi olabildiğince mümkün kılınmalıdır. Konvansiyon'daki şekil şartının azami bir şekil şartı öngördüğünün kabul edilmesi hâlinde ise Konvansiyon'daki m. II(2)'den daha katı şekil şartına sahip millî kanunların tahkim anlaşmasına uygulanmasının önüne geçilmiş olacaktır. Böylece Konvansiyon'un hedef ve amacına uygun davranılması mümkün hâle gelecektir.

2. 1961 TARİHLİ AVRUPA–CENEVRE KONVANSİYONU UYARINCA TAHKİM ANLAŞMALARININ YAZILI ŞEKİL ŞARTI

2.1. Genel Bilgi

Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun düzenlemesinin asıl amacı Doğu-Batı Avrupa ilişkilerinin geliştirilmesidir¹⁹². Ancak Konvansiyon'un neredeyse hiç uygulanmaması nedeniyle pratikte istenilen sonuçları elde edilemediği belirtilmiştir. Bunun nedeni olarak ise Konvansiyon maddelerinin karmaşık olması gösterilmiştir¹⁹³. Ancak Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun etki alanı ve önemi New York Konvansiyonu'nunki gibi olmasa da Avrupa-Cenevre Konvansiyonu birçok Avrupa ülkesinde dikkate alınmaktadır¹⁹⁴. Zira, New York Konvansiyonu ile ilgili davalar incelendiğinde Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun New York Konvansiyonu'nu tamamlayıcı niteliğinden ötürü Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun dikkate alındığı görülmektedir¹⁹⁵.

Tahkim anlaşmasının ya da hakem kararının hem Avrupa-Cenevre Konvansiyonu hem de New York Konvansiyonu kapsamına girdiği durumlarda

¹⁹² Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 67; Koral, **Cenevre Konferansı**, s. 745; Erdoğan, **Hukuk ve Tahkim**.

¹⁹³ Van den Berg, **New York Convention**, s. 93.

¹⁹⁴ Can, Tuna, **Usul**, s. 400.

¹⁹⁵ New York Konvansiyonu ile ilgili mahkeme kararlarının, Konvansiyon'a üye ülkeler hakkında bilgi ile üye ülke sayısının, üye ülkelerin verdiği kararların, New York Konvansiyonu ile ilgili kaynakların yer aldığı New York Konvansiyonu'nun resmî web sitesinde Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun dikkate alındığı görülmektedir. Web sitesinde, ülkelerin vermiş olduğu kararlar Avrupa-Cenevre Konvansiyonu özelinde filtrelendiğinde birçok ülkenin kararlarında Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun yer aldığı da görülmektedir. Bkz. (Çevrimiçi), www.newyorkconvention.org (Erişim tarihi: 08.08.2024).

Avrupa-Cenevre Konvansiyonu tamamlayıcı olarak uygulandığından, Avrupa Cenevre Konvansiyonu'ndaki yazılı şekil şartına ilişkin olan m. I(2)(a) hükmü de New York Konvansiyonu m. II(2) hükmünü tamamlayıcı niteliktedir¹⁹⁶. Ancak Avrupa-Cenevre Konvansiyonu ile New York Konvansiyonu arasında tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartıyla ilgili önemli farklar bulunmaktadır.

2.2. Avrupa–Cenevre Konvansiyonu Madde I(2)(a) Uyarınca Yazılı Şekil Şartı

Tahkim anlaşmasının şekli konusu Avrupa–Cenevre Konvansiyonu'nun I(2)(a) sayılı maddesinde düzenlenmiştir¹⁹⁷. New York Konvansiyonu'nda olduğu gibi Avrupa–Cenevre Konvansiyonu'na göre de taraflar tahkim anlaşmasını esas sözleşmeden ayrı bir şekilde ya da aralarındaki esas sözleşmeye bir tahkim şartı koyarak yapabilirler. Ayrı bir sözleşme şeklinde yapılan tahkim anlaşmasının konusu münhasıran tahkimdir¹⁹⁸.

Avrupa–Cenevre Konvansiyonu'nda tahkim anlaşmasının yazılı şekli konusunda New York Konvansiyonu'na kıyasen daha esnek bir düzenleme getirilmiştir¹⁹⁹. Bu düzenlemeye göre tahkim anlaşması yazılı olarak akdedilmelidir²⁰⁰. Bu yazılı şekil ise adi yazılı şekildir²⁰¹.

Yazılı şekil şartının nasıl sağlanacağı maddede açık bir şekilde belirtilmiştir. Öncelikle belirtilmesi gereken husus şudur ki; tahkim anlaşması ister bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde ister esas sözleşmeye konulan tahkim şartı şeklinde

¹⁹⁶ Van den Berg, **New York Convention**, s. 94-95.

¹⁹⁷ Avrupa – Cenevre Konvansiyonu madde I: “2. *İşbu sözleşmeye göre,*
a) *Hakemlik anlaşmasından maksat bir mukaveleye dercedilen hakem şartı veya taraflar arasında akdolunan hakem mukavelesidir; hakem şartının içinde bulunduğu mukavelelerin veya hakem mukavelesinin taraflarca imzalanması veya tarafların birbirine yolladığı mektup, telgraf yahut teleskriptör metninde mündemiç bulunması ve kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan memleketler arasındaki münasebetlerde bu kanunların müsaade ettiği şekiller dairesinde akdedilmiş olması lazımdır.*”

¹⁹⁸ Nomer, Ekşi, Gelgel, **a.g.e.**, s. 69; Erdoğan, **Hukuk ve Tahkim**, s. 95. Hem MTK'de hem de New York Konvansiyonu'nda olduğu gibi Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nda da tahkim anlaşmasının “tahkim şartı” veya “bağımsız bir tahkim sözleşmesi” şeklinde yapılacağı öngörülmüştür. Konu hakkında daha önceki açıklamalar için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, 1.1.

¹⁹⁹ Aydemir, **a.g.e.**, s. 178.

²⁰⁰ Nomer, Ekşi, Gelgel, **a.g.e.**, s. 69;

²⁰¹ Şanlı, **Avrupa Anlaşması**, s. 6; Aydemir, **a.g.e.**, s. 50; Erdoğan, **Hukuk ve Tahkim**, s. 95; Ertekin, **Karataş, a.g.e.**, s. 549.

akdedilmiş olsun Avrupa–Cenevre Konvansiyonu uyarınca her iki türlü yapılan tahkim anlaşması da imzalanmalıdır²⁰². New York Konvansiyonu uyarınca tahkim anlaşmasının esas sözleşmeye tahkim şartı konularak yapılması durumunda imzanın gerekip gerekmeyeceği tartışmaya neden olabilirken Avrupa-Cenevre Konvansiyonu’ndaki ifade, esas sözleşmede imzanın gerekmediği şeklinde bir yorum yapmayı zorlaştırmaktadır²⁰³. Bu durumun, m. II(2)’nin göreceli olarak arkaik sayılabilecek yazılı şekil gerekliliklerini milletlerarası ticari tahkim anlaşmalarına istenmeyen şekilde uygulanmasını devam ettirdiği belirtilmektedir²⁰⁴.

Avrupa–Cenevre Konvansiyonu ile New York Konvansiyonu arasındaki farklılıklardan bir diğeri de Avrupa–Cenevre Konvansiyonu uyarınca tahkim anlaşmasının mektup ve telgraf ile teati edilmesinin yanında teleskriptör ile de teati edilebilmesinin mümkün olmasıdır²⁰⁵. Her iki Konvansiyon’un özünde benzer olduğu dikkate alındığında Avrupa–Cenevre Konvansiyonu’nun da New York Konvansiyonu gibi geniş yorumlanması gerektiğinin altı çizilmektedir²⁰⁶. Madde I(2)(a)’da teleskriptöre yapılan atfın elektronik olarak yapılan (örneğin e-posta ile) tahkim anlaşmaları lehine de bir yoruma yol açmakta olduğu ve bu maddenin de New York Konvansiyonu m. II(2)’nin yorumlanmasında olduğu gibi liberal yorumlanması gerektiği belirtilmektedir²⁰⁷.

New York Konvansiyonu ile Avrupa–Cenevre Konvansiyonu arasındaki diğer bir fark ise Avrupa–Cenevre Konvansiyonu’na göre, kanunları tahkim anlaşmasının şekli konusunda yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan devletler arasındaki ilişkilerde, tahkim anlaşmasının bu kanunların izin verdiği şekiller kapsamında akdedilmiş olmasının geçerli sayılmasıdır²⁰⁸. Bu ise yazılı şekil şartına getirilmiş bir

²⁰² Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 549; Dominique T. Hascher, “European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – Commentary”, **Yearbook Commercial Arbitration**, Vol. XXXVI, 2011, s. 514, (Çevrimiçi), https://cdn.arbitrationicca.org/s3fspublic/document/media_document/media113534204360520hascher_commentary_on_the_european_convention_1961.pdf (Erişim Tarihi: 09.08.2024)

²⁰³ Born, **Arbitration**, s. 735.

²⁰⁴ Born, **Arbitration**, s. 735.

²⁰⁵ Aydemir, **a.g.e.**, s. 179.

²⁰⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 622.

²⁰⁷ Grosshans, Landi, **a.g.m.**, s. 225; Hascher, **a.g.m.**, s. 514; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 378; Akıncı, **Tahkim Giderlerinin Azaltılması**, s. 109-110.

²⁰⁸ Aydemir, **a.g.e.**, s. 179; Nomer, Ekşi, Gelgel, **a.g.e.**, s. 69; Erdoğan, **Hukuk ve Tahkim**, s. 95; Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 549.

istisna olarak değerlendirilmektedir²⁰⁹. Tahkim anlaşmasının şekline ilişkin olarak millî kanunlarda daha katı bir şekil şartı belirlenmişse, m. I(2)(a)'daki bu ifade, millî kanunlardaki bu katı şekil şartlarına ilişkin düzenlemelerden daha öncelikli olarak uygulanacak bir gereklilik belirlemektedir²¹⁰. Başka bir ifadeyle Konvansiyon'un ilgili maddesi asgari bir gereklilik belirlememekte, sözlü bir anlaşma gibi yazılı şekil şartı dışında herhangi bir şeklin kabul edilmesi durumunda yerini iç hukukun daha elverişli hükümlerine bırakmaktadır. Böylece madde aslında bir azami gereklilik belirleyerek âkit devletlerin daha esnek olan şekil şartlarının uygulanmasına izin vermektedir²¹¹.

Kanaatimizce, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'ndaki bu hüküm New York Konvansiyonu m. VII(1)'deki gibi bir işlev görmektedir. Başka bir ifadeyle, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun uygulama alanına giren bir tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliği Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a)'ya uygun değilse milli kanunlardaki daha esnek şekil şartı uygulanacak ve tahkim anlaşması olabildiğince ayakta tutulacaktır. Dolayısıyla, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'ndaki yazılı şekil şartı da New York Konvansiyonu'ndaki gibi oldukça katı addedilebilecek olduğundan günümüzdeki teknolojik araçlarla kurulacak tahkim anlaşmalarının şeklen geçerli olup olmadığı Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a)'ya göre değil ancak milli kanunlardaki daha esnek hükümlere göre belirlenebilecektir.

Söz konusu hüküm bazı yorum sorunlarına sebebiyet vermektedir. Bu yorum sorunlarından ilki “*Kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan memleketler*” ifadesiyle ilgilidir²¹². Bu ifade tahkim anlaşmasının imzalandığı tarihte tarafların idare merkezlerinin veya mutad meskenlerinin bulunduğu ülkeleri mi kastetmekte, yoksa

²⁰⁹ Aydemir, **a.g.e.**, s. 179; Nomer, Ekşi, Gelgel, **a.g.e.**, s. 69; Ertekin, Karataş, **a.g.e.**, s. 549; Erdoğan, **Hukuk ve Tahkim**, s. 95.

²¹⁰ Hascher, **a.g.m.**, s. 515.

²¹¹ Born, **Arbitration**, s. 735; Hascher, **a.g.m.**, s. 515. Örneğin Bayern Yüksek Mahkemesi tarafından 12 Aralık 2002'de verilen bir kararda taraflar arasındaki uyuşmazlığa New York Konvansiyonu m. VII(1)'in atfıyla Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a) da uygulanmıştır. Mahkeme, m. I(2)(a)'daki hüküm uyarınca eğer tarafların ülkelerinin iç hukuku taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının sözlü olarak kurulmasına cevaz veriyorsa sözlü olarak kurulabileceğini belirtmiştir. Ancak mahkeme her iki tarafın ülkesinin iç hukukunun sözlü tahkim anlaşmalarının kurulmasına müsaade etmesi gerektiğini belirtmiştir. Germany/12 December 2002/Germany, Bayerisches Oberstes Landesgericht (Bavarian Highest Regional Court) 4 Z Sch 16/02, Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=authperso_sec&id=77 s. 5, (Erişim Tarihi: 24.08.2024).

²¹² Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 378.

tahkim anlaşmasının uygulanacağı veya kararının tenfiz edileceği ülke veya ülkeler de dikkate alınmalı mıdır? Tam Yetkili Temsilcilerin Özel Toplantısı (*Special Meeting of Plenipotentiaries*) sırasında metin, yalnızca tarafların idare merkezlerinin ya da mutad meskenlerinin bulunduğu ülkelerin kanunlarını değil, aynı zamanda tahkim anlaşmasının veya kararının tenfiz edildiği ülkelerin veya yetkili Ticaret Odasının bulunduğu ülkenin de kanunlarını da kapsayacak şekilde değiştirilmiştir²¹³. Ancak madde o hâliyle kabul edilmemiştir²¹⁴.

Doktrindeki bizim de katıldığımız görüşler ise ilk yorumun geçerli olduğunu yani maddedeki ifadenin tahkim anlaşmasının imzalandığı tarihte tarafların idare merkezlerinin veya mutad meskenlerinin bulunduğu ülkelerin kanunlarını kastettiğini savunmaktadır²¹⁵. Zira, Konvansiyon'un I(1)(a) maddesi, Konvansiyon'un, *akit sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik âkit devletlerde bulunan hakikî veya hükmi şahıslar arasındaki hakemlik anlaşmalarına uygulanacağını* belirtmektedir²¹⁶. Dolayısıyla, aynı maddenin 2. paragrafında “*kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan memleketler arasındaki münasebetler*”e atıfta bulunulduğundan m. I(2)(a) da tahkim anlaşmasına taraf olanların mutad meskenlerinin veya muamele merkezlerinin bulunduğu devletleri ifade ediyor gibi görünmektedir²¹⁷.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise *Fouchard, Gaillard, Goldman* tarafından yapılan bu yorum eleştirilmektedir. Her şeyden önce Avrupa-Cenevre Konvansiyonu taraflar arasındaki değil “devletler arasındaki ilişkiler”e atıfta bulunduğundan yapılan yorum Konvansiyon'un metniyle çelişmektedir. Dolayısıyla, Konvansiyon'daki bu ifade tahkim anlaşmasının uygulanacağı veya kararının tenfiz edileceği ülke veya ülkeleri kapsamaktadır²¹⁸.

Almanya Yüksek Mahkemesi'nin karara bağladığı bir davaya konu olan olayda, bir Alman alıcı, iplik ve dokuma fabrikası olan Avusturyalı satıcıya daha

²¹³ Hascher, **a.g.m.**, s. 515.

²¹⁴ Hascher, **a.g.m.**, s. 515.

²¹⁵ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 378; Şanlı, **Avrupa Anlaşması**, s. 6; Yılmaz, **Avrupa Sözleşmesi**, s. 17.

²¹⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 378.

²¹⁷ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 378.

²¹⁸ Poudret, Besson, **a.g.e.**, s. 153-154.

önceki telefon görüşmelerine atıfta bulunarak belirli ürünlerin teslim edilmesini talep eden bir satın alma siparişi göndermiştir. Satıcı, uyuşmazlıkların Viyana Ticaret Borsası Tahkim Divanı'nda çözümünü öngören bir tahkim anlaşması da içeren bir satış teyidi göndermiş ancak Alman alıcı buna sessiz kalmıştır. Taraflar arasında uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tahkim sürecini başlatan satıcı, lehine hükmedilen hakem kararının Almanya'da tenfiz edilmesini sağlamış ancak alıcı buna itiraz etmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi ise tenfizin New York Konvansiyonu ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'na tâbi olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, New York Konvansiyonu m. II(2)'nin ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a)'nın tahkim anlaşmaları için yazılı şekil şartı öngördüğünü belirttikten sonra bu düzenlemelerden daha güncel olan Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a)'yı uygulamıştır.

Yüksek Mahkeme, Alman ve Avusturya hukukunun belirli koşullar altında yazılı olmayan tahkim anlaşmalarını kabul ettiğini ve tahkim anlaşmasının Alman hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini tespit ederek tahkim şartı da dahil olmak üzere satıcının hüküm ve koşullarını içeren mektuplarının bir onay mektubu (*kaufmännisches Bestätigungsschreiben*) niteliğini taşıdığını belirtmiş, alıcının mektuplara ve burada yer alan tahkim şartına herhangi bir itirazda bulunmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının alıcı açısından bağlayıcı hâle geldiğine karar vermiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, her iki tarafın da tacir olması ve tahkim anlaşmasının ticari bir konuya ilişkin olması nedeniyle, Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1027(2) sayılı maddesi uyarınca tahkim anlaşmasının yazılı olmasının gerekli olmadığına karar vermiştir²¹⁹.

Söz konusu hükme ilişkin olan yorum sorunlarından bir diğeri ise “*tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılmasını gerektirmeyen*” daha esnek şartları haiz millî kanunların özdeş olup olmaması gerektiğine ilişkin sorundur. Aslında, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nda öngörülen koşulların esnekliği göz önüne alındığında, daha liberal olan tek şekil şartı sözlü tahkim anlaşması olabilir ve sözlü tahkim

²¹⁹ Germany/25 May 1970/Bundesgerichtshof/VII ZR 157/68, Karara erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1337&opac_view=6 s. 5, 6, 10, 13, 14, (Erişim Tarihi: 28.03.2024); Bu kararın m. I(2)(a)'ya aykırı olduğu, çünkü şekle ilişkin koşulların, her iki ülkenin kanunu bakımından yani hem Avusturya hem Alman hukuku kapsamında incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Hascher, **a.g.m.**, s. 516.

anlaşmasının farklı varyantlarının nasıl olabileceğini tasavvur etmek zordur.²²⁰ Ancak durum böyle olsa dahi, tahkim anlaşması, ilgili ülkelerin kanunlarının daha esnek şartları haiz olanının gerekliliklerini karşılıyorsa ve bu da anlaşmanın yazılı olmasını gerektirmiyorsa, şekil itibarıyla geçerli olacaktır²²¹.

Sonuç olarak, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a) uyarınca tahkim anlaşmaları yazılı şekle tâbi olacak ancak Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'ndaki bu yazılı şekil şartı geniş yorumlanacaktır. Bunun dışında, eğer tarafların muamele merkezlerinin ya da mutad meskenlerinin milli tahkim kanunları daha esnek şekil şartlarını haizse bu esnek şekil şartları uyarınca tahkim anlaşmaları geçerli olarak kurulmuş kabul edilebilecektir.

²²⁰ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 379.

²²¹ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 379.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

UNCITRAL ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM MODEL KANUNU UYARINCA TAHKİM ANLAŞMALARINDA YAZILI ŞEKİL ŞARTI

1. GENEL BİLGİ

Milletlerarası tahkim uygulayıcıları için bir tahkim yeri hukukunun hem iyi düzenlenmiş olması gerekir hem de bu hukukun iyi bilinmesi ya da en azından içeriğinin kolayca tespit edilebilmesi gerekir¹. Örneğin taraflar uyuşmazlığın çözülmesi için uygun olan bir tahkim yerinde anlaşmaya varmak istediklerinde tarafların avukatlarının tahkim yeri millî hukukuna ilişkin bilgi edinmeye ihtiyacı vardır. Eğer bu tür bilgiler kolaylıkla elde edilemiyorsa taraflar tahkim yeri olarak başka bir yeri tercih edeceklerdir². Dolayısıyla tüm tarafların yabancı olduğu milletlerarası tahkimlerde tarafların kendilerine tanıdık gelen ya da aynı veya benzer bir kanuna tâbi olmaları milletlerarası tahkim uygulayıcıları açısından daha kolay ve avantajlı olacaktır³. Bu da millî kanunların uyumlaştırılması ve hukuk sistemleri arasında yeknesaklık sağlanması gerektiğinin bir göstergesidir.

UNCITRAL, milletlerarası ticari tahkim alanında yaşanan gelişmeler ve ihtiyaçlar nedeniyle özellikle milletlerarası ticaret alanında çalışmalar yapmak ve millî hukuk sistemleri arasında yeknesaklık sağlamak amacıyla kurulmuştur⁴. Ülkelerin mevzuatlarının birbiriyle uyumlu hâle getirilmesi ve güncellenmesi için model kanunlar ortaya çıkaran UNCITRAL, bir çalışma grubu oluşturmuş ve bu çalışma grubu beş oturumdan sonra milletlerarası tahkime ilişkin olarak UNCITRAL

¹ Gerold Herrmann, “The UNCITRAL Arbitration Law: A Good Model of a Model Law”, **Uniform Law Review**, Vol. 3, Issue 2-3, 1998, s. 487.

² Herrmann, **a.g.m.**, s. 487.

³ Herrmann, **a.g.m.**, s. 487.

⁴ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu’na Genel Bir Bakış”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 2, S. 4, 2011, s. 135; 1966 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) adıyla kurulan UNCITRAL, milletlerarası ticaret hukuku alanında Birleşmiş Milletler sisteminde ana hukuk organı olarak kabul edilmektedir. Bkz. Ayşe Öcal, “Elektronik Ticaret Hakkında Uncitral Model Kanunu” ve “Elektronik İmzalar Hakkında Uncitral Model Kanunu” Üzerine Değerlendirme”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 129, 2017, s. 99.

Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu (1985 UMK) hazırlamış, Kanun UNCITRAL tarafından 21 Haziran 1985 tarihinde kabul edilmiştir⁵. 1985 UMK, devletlere, milletlerarası ticari tahkimin belirli özelliklerini ve ihtiyaçlarını dikkate alacak şekilde, tahkim usûlüne ilişkin kanunlarını yeniden düzenleme ve modernleştirme konusunda yardımcı olmak üzere tasarlanmıştır. Bazı ülkeler, 1985 UMK'yi baz alarak millî ve milletlerarası tahkim kanunu hazırlamışlar, bazı ülkeler ise daha önce tahkim kanunlarına sahip olmalarından dolayı bu tahkim kanunlarını 1985 UMK ile uyumlu hâle getirmişlerdir⁶.

1985 UMK, tahkim anlaşmasından, tahkim mahkemesinin oluşumu ve yargı yetkisinden, mahkeme müdahalesinin boyutundan, hakem kararının tanınması ve tenfizine kadar tahkim sürecinin tüm aşamalarını kapsar. Bu, farklı bölgelerdeki tüm devletlerin ve dünyanın farklı hukuki veya ekonomik sistemleri tarafından kabul edilen milletlerarası tahkim uygulamasının temel yönlerine ilişkin dünya çapındaki fikir birliğini yansıtır⁷. UNCITRAL, 11 Aralık 1985 tarihinde yapılan 112. Genel Kurul Toplantısı'nda da tahkim usûllerine ilişkin kanunlarda yeknesaklığın arzulandığını ve milletlerarası ticari tahkim uygulamasının özel ihtiyaçlarının göz önünde tutularak tüm devletlerin 1985 UMK'ye gereken önemi vermesi gerektiğini önermiştir⁸.

1985 UMK'de tahkim anlaşmalarının şekil şartı m. 7(2)'de düzenlenmiştir. Madde 7(2)'de düzenlenen yazılı şekil şartı New York Konvansiyonu'na göre daha kapsamlı ve çeşitli bir şekilde düzenlenmiştir. Zira, 1985 UMK, iletişim teknolojilerinin gelişimini ve değişen ticari uygulamaları da göz önüne almıştır⁹. Ancak UNCITRAL bununla kalmamış 7 Temmuz 2006 yılında tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin olarak düzenlemelerin de yer aldığı yeni bir Model Kanun (2006

⁵ Zorlu, **a.g.m.**, s. 112; Herrmann, **a.g.m.**, s. 487; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 108.

⁶ Bozkurt Yüksel, **a.g.m.**, s. 135; MTK'nin de 1985 UMK'nin hükümlerinin örnek alınarak hazırlandığı yukarıda belirtilmişti. Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, 1.1.1.1.

⁷ Bu açıklamalara ilişkin olan bilgilere UNCITRAL'ın kendi web sitesinde erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration (Erişim Tarihi: 27.04.2024).

⁸İlgili toplantı tutanağına erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/477/79/img/nr047779.pdf?token=fwLgfsrdrsBFUGPuiy&fe=true> (Erişim Tarihi: 27.04.2024).

⁹ Zorlu, **a.g.m.**, s. 112.

UMK)¹⁰ yürürlüğe koymuştur. UNCITRAL, 7. maddenin yenilenmiş şeklinin, tahkim anlaşmasının milletlerarası anlaşma uygulamalarına daha iyi uyum sağlayacak şekilde modernleştirilmesini amaçladığını belirtmiştir¹¹. Dolayısıyla ilk önce 1985 UMK'deki yazılı şekil şartından kısaca bahsedilecek, ardından 2006 UMK'de yer alan yazılı şekil şartına değinilecektir.

2. 1985 TARİHLİ UNCITRAL ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM MODEL KANUNU UYARINCA YAZILI ŞEKİL ŞARTI

1985 UMK m. 7(2), New York Konvansiyonu'nun II(2) sayılı maddesindeki tanımı temel almış ancak yeni tanımın bu tanımdan daha kapsamlı olmasını amaçlamıştır¹². 1985 UMK'de yer alan yazılı şekil şartı, diğer millî tahkim kanunlarının daha esnek düzenlenmeleriyle karşılaştırıldığında New York Konvansiyonu üzerinde oldukça az bir gelişme sağlamıştır¹³.

1985 UMK m. 7(2)¹⁴ uyarınca: *“Tahkim anlaşması yazılı bir şekilde düzenlenmelidir. Anlaşmanın taraflarca imzalanan bir belgede veya taraflar arasında teati edilen mektuplarda, telekslerde, telgraflarda veya böyle bir anlaşmanın kaydını mümkün kılan diğer iletişim vasıtalarında yer alması veyahut dava ve cevap dilekçelerinin teatisi sırasında anlaşmanın varlığının bir tarafça ileri sürülüp, diğer tarafça inkâr edilmemesi takdirinde yazılı şekil şartı yerine getirilmiş olur. Bir sözleşmede tahkim şartını ihtiva eden bir belgeye atıfta bulunulması hâlinde sözleşmenin yazılı olarak akdedilmesi ve atfın, bu şartı sözleşmenin bir cüz'ü hâline getirecek şekilde yapılmış olması kaydı ile bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.”*¹⁵

¹⁰ 2006 tarihinde güncellenen UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu, 2006 UMK olarak anılacaktır.

¹¹İlgili açıklamaya erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration (Erişim Tarihi: 27.04.2024).

¹² Born, *Arbitration*, s. 736.

¹³ Born, *Arbitration*, s. 736; Milli kanunlardaki tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Esen, *Şekil*, s. 86-107.

¹⁴ Maddenin İngilizce metnine erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 27.04.2024).

¹⁵ Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Kalpsüz, *Tahkim Anlaşması*, s. 1032.

1985 UMK m. 7(2) uyarınca sözlü anlaşmalar veya yazılı şekilde yapılmayan tahkim anlaşmaları geçerli değildir¹⁶. Yine 1985 UMK, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde düzenlenmesi gerektiği ve taraflarca imzalanması gerektiği kuralını da korumuştur¹⁷. Böylece, 1985 UMK, New York Konvansiyonu m. II(2)’nin yazılı şekil şartına ilişkin zorunluluğu benimsemeye devam etmiştir¹⁸. Özellikle, m. 7(2), yazılı şeklin yerine getirilmesi için ya imzalı bir yazılı sözleşmeyi ya da tahkim anlaşmasının kaydını sağlayan mektup ve benzer iletişim araçlarını teatisini gerektirmektedir. Böylece, 1985 UMK de hem sözlü anlaşmaları hem de bir tarafın yazılı olarak gerçekleştirdiği tahkim anlaşması yapma önerisinin karşı tarafça zımnen kabul edilmesi durumunu hariç tutmaktadır¹⁹.

Diğer taraftan m. 7(2), tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılmasının veya kayda geçirilmesinin “açık bir irade beyanı” yapılmasını gerektirmez²⁰. Örneğin bir tarafın yazılı olarak tahkim anlaşması önerisi yapması hâlinde karşı taraf, bu teklife, önerilen tahkim şartı hakkında yorum yapmadan yazılı olarak yanıt verebilir. Bu durumda taraflar arasında bir iletişim alışverişi mevcut bulunduğu ve bu da yazılı şekil şartı için yeterli olduğundan m. 7(2)’deki gereklilik karşılanmaktadır²¹.

Model Kanun’un New York Konvansiyonu m. II(2)’ye nazaran önemli bir değişikliği belge teatisi konusunda modern iletişim araçlarından bahsetmiş olmasıdır²². Hatta maddede tahkim anlaşmasının herhangi bir şekilde kayıt altına alınması da yeterli sayılmaktadır²³. Ancak maddede sayılan iletişim araçlarının faks, e-posta ve benzer türdeki iletişim araçlarını da kapsayacak bir biçimde genişletecek şekilde yorumlanması gerektiği ve New York Konvansiyonu m. II(2)’deki gibi sadece mektup ve telgrafa yapılan atıflardan kaynaklanan belirsizliğin giderilmesi gerektiği

¹⁶ Zorlu, **a.g.m.**, s. 113.

¹⁷ Zorlu, **a.g.m.**, s. 113.

¹⁸ Born, **Arbitration**, s. 737.

¹⁹ Born, **Arbitration**, s. 737; Howard M. Holtzmann, Joseph Neuhaus et al., **A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary**, the Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, s. 49.

²⁰ Born, **Arbitration**, s. 738.

²¹ Born, **Arbitration**, s. 738.

²² Zorlu, **a.g.m.**, s. 113.

²³ Zorlu, **a.g.m.**, s. 113; Alan Uzelac, “The Form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality How Far Should We Go?”, **Croatian Arbitration Yearbook**, Vol. 8, 2001, s. 84.

savunulmaktadır²⁴. Türkiye de dahil olmak üzere birçok millî kanun da Model Kanun'daki bu hükmün daha modern bir versiyonunu benimsemiştir²⁵. Bu noktada e-postayla ve web sitesi aracılığıyla yapılan tahkim anlaşmalarının da 1985 UMK m. 7(2) uyarınca yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi ihtiyacı doğmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre, e-posta yolu ile teati edilen tahkim anlaşmaları m. 7(2)'nin yazılı şekil şartını sağlamaktadır. Web sitelerinde “*click-wrap*” sözleşmeleri şeklinde kurulan tahkim anlaşmaları da m. 7(2) anlamında yazılı şekil şartını sağlamaktadır²⁶. *Browse-wrap* ile kurulan tahkim anlaşmalarının m. 7(2) bağlamında geçerli olabilmesi ise ancak bazı şartların gerçekleşmesi hâlinde mümkün olabilecektir²⁷.

Kanaatimizce, 1985 UMK “...*anlaşmanın kaydını mümkün kılan diğer iletişim vasıtalarında...*” hükmünü haiz olduğu için web siteleri aracılığıyla yapılan tahkim anlaşmalarının kaydının sağlanması gerekmektedir. *Click-wrap* yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarında web sitesi işleticisinin tahkim anlaşması içeren hüküm ve koşulları kullanıcı tarafından “tamam” butonuna tıklanıldığında anlaşmanın kaydının oluşması daha mümkündür. Ancak *browse-wrap* yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarında kullanıcı anlaşmaya olan rızasını bir eylemle belirteceğinden bu eylemin kayıt altına alınması daha zordur. Bu da *browse-wrap* yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarının 1985 UMK m. 7(2) anlamında geçersizliğine yol açabilecektir.

²⁴ Born, *Arbitration*, s. 738; Zorlu, *a.g.m.*, s. 113; Uzelac, *a.g.m.*, s. 84.

²⁵ Örneğin MTK, UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu m. 7(2)'yi örnek almasına rağmen iletişim araçları portföyünü genişletmiş ve belge teatisine imkân veren tüm elektronik araçların kullanımına izin vermiştir. Bkz. Zorlu, *a.g.m.*, s. 113; Benzer şekilde Japonya'da 2003 tarihli ve 138 sayılı Tahkim Kanunu hem millî ve milletlerarası tahkimleri hem de yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Millî ve milletlerarası tahkim hükümleri UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu baz alınarak hazırlanmış olsa bile Model Kanun hükümlerinden birtakım farklılıklar da içermektedir. Örneğin bahsi geçen Kanun'daki m. 13(4)'te e-posta yoluyla tahkim anlaşması kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Bkz. Esen, *Şekil*, s. 100; Yine, 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu m. 5 uyarınca taraflar arasında teati edilen mektup, teleks, telgraf veya diğer iletişim araçlarında vücut bulan tahkim anlaşmaları şeklen geçerlidir. Bununla birlikte m. 5(2)(c) uyarınca yazılı olarak yapılmamasına rağmen yazılı olarak ispat edilen tahkim anlaşmaları da geçerlidir. Bkz. Esen, *Şekil*, s. 95.

²⁶ Wolff, *a.g.e.*, s. 157.

²⁷ Wolff, *a.g.e.*, s. 157; *Click-wrap* ve *browse-wrap* yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, 1.4.3.

Madde 7(2) ayrıca imza konusunu da açıklığa kavuşturmuştur. Madde 7(2) taraflar arasında akdedilen yazılı sözleşmenin imzalanmasını şart koşarken mektup, telegram, e-posta veya diğer iletişim araçları kullanılarak teati edilen belgelerin imzalanmasını şart koşmamaktadır²⁸. Bununla birlikte, bir tahkim şartı içeren sözleşme veya tek başına yapılan bağımsız tahkim sözleşmesi için, m. 7(2) sözleşmenin veya tahkim anlaşmasının imzalanmasını gerektirmektedir. New York Konvansiyonu m. II(2)'de olduğu gibi, bu gereklilik tarafların her ikisinin de (veya tüm ilgililerin) imzasını zorunlu tutmaktadır²⁹.

1985 UMK m. 7(2)'de yazılı şekil şartının yerine getirildiği diğer bir durum ise taraflardan birinin varlığını ileri sürdüğü tahkim anlaşmasına diğer tarafın itiraz etmemiş olmasıdır. Böylece, tahkim anlaşmasına dayanılarak yürütülen bir yargılamada, dava dilekçesi ve savunma dilekçeleri gönderildikten sonra karşı tarafça tahkim anlaşmasına itiraz edilmemesi karşı tarafın bu anlaşmayı zımni olarak kabul ettiğini göstermektedir.³⁰ Söz konusu yargılama ise tahkim yargılamasıdır³¹.

1985 UMK m. 7(2)'de düzenlenen ve yazılı şekil şartını sağlayan son husus ise atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarına ilişkindir. İçinde tahkim şartı olan standart sözleşmeler, genel şartlar, model kurallar, ikili ya da çok taraflı sözleşmelere atıf yapılması durumunda m. 7(2) uyarınca yazılı şekil şartını sağlayacaktır³². Ayrıca belirtmek gerekir ki, atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarında tahkim şartı içeren ve atıf yapılan belgelerin taraflarca imzalanması gerekmemektedir³³.

²⁸ Born, *Arbitration*, s. 739.

²⁹ Born, *Arbitration*, s. 739.

³⁰ Zorlu, *a.g.m.*, s. 115; Born, *Arbitration*, s. 739; 1985 UMK'deki bu hükmün tahkim anlaşmasının şekliyle ilgili olmadığı ve hükmün "itiraz hakkından feragat" başlıklı m. 4'te düzenlenmesi gerektiği de belirtilmiştir. Bkz. Uzelac, *a.g.m.*, s. 85.

³¹ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 171; Aydemir, *a.g.e.*, s. 208-209; Deren Yıldırım, *Esaslı Sorunlar*, s. 47; Yeşilova, *Mahkemelerin Denetimi*, s. 281. Yukarıda MTK ile 1985 UMK arasındaki farklardan birinin de MTK'nin yalnızca dava dilekçesinde tahkim anlaşmasının varlığının ileri sürülmesine yer verilmişken 1985 UMK'de hem dava dilekçesinde hem de cevap dilekçesinde ileri sürülebilmesine yer verilmiş olduğu belirtilmişti. Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, 1.5.; Doktrindeki bir görüşe göre 1985 UMK'deki bu düzenleme hem mahkeme önünde hem de hakem heyeti önünde tahkim anlaşmasının varlığı iddiasına ilişkin bir düzenlemedir. Bkz. İlhan, *a.g.e.*, s. 102; Ayrıca belirtmek isteriz ki, İlhan, 2006 UMK m. 7(5)'teki düzenlemeye ilişkin böyle bir yorum yapmışsa da 2006 UMK m. 7(5)'teki düzenleme ile 1985 UMK m. 7(2) arasındaki düzenleme arasında bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla yazarın düşüncesi kıyas yoluyla 1985 UMK bakımından da geçerli olacaktır.

³² Zorlu, *a.g.m.*, s. 117; Born, *Arbitration*, s. 739.

³³ Zorlu, *a.g.m.*, s. 117.

Madde 7(2), milletlerarası tahkim anlaşmalarına maddede sayılanlardan başka herhangi bir şekli gereklilik getirilmesini öngörmemektedir³⁴. 1985 UMK'nin baz alındığı yargı bölgesindeki bir mahkemenin de belirttiği gibi, “*tahkim sürecinde mahkemelerin denetleyici rolünü en aza indirme*” ihtiyacı göz önüne alındığında, m. 7(2)'de bahsedilmemiş olan daha katı olan şekli gerekliliklerin mahkemelerce göz önüne alınmaması gerekmektedir³⁵. Zira, m. 7(2) özellikle tahkim anlaşmasına, esas sözleşme için geçerli olan şekil gerekliliklerinin (örneğin mühür veya noter onayı gereklilikleri) uygulanmasını hariç tutmaktadır³⁶.

1985 UMK'nin eleştirilen noktaları da bulunmaktadır. Örneğin milletlerarası ticarete sıklıkla karşılaşılan durumlardan biri, taraflardan birinin tahkim şartı içeren bir teklifi karşı tarafa göndermesi, karşı tarafın ise farklı hükümler içeren bir tahkim şartıyla bu teklife cevap vermesi ve ilk teklifi gönderen kişinin bu cevap karşısında sözleşmeyi ifa etmeye başlamasıdır. Bu durumda geçerli bir tahkim sözleşmesi kurulup kurulmadığı, kurulduysa hangi tahkim anlaşmasının esas alınacağı belirsizdir³⁷. 1985 UMK bu hususta sessiz kaldığı için bu meselenin hâlli millî mahkemelere ve millî hukuklara bırakılmakta ancak bu da farklı kararlara sebebiyet vermektedir. Bu yüzden 1985 UMK'nin bu konuda açık bir hüküm içermemesi de eleştirilmiştir³⁸.

3. 2006 DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI UNCITRAL ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM MODEL KANUNU UYARINCA YAZILI ŞEKİL ŞARTI

1985 UMK m. 7(2), New York Konvansiyonu m. II(2)'yi yakından takip eden ve yazılı şekil şartı hususunda m. II(2)'ye oldukça benzeyen bir hükümdür³⁹. 1985 UMK m. 7(2) milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun hâle getirilmek amacıyla

³⁴ Born, *Arbitration*, s. 740.

³⁵ Born, *Arbitration*, s. 740. *Great Offshore Ltd v. Iranian Offshore Eng'g & Constr. Co.*, 25 August 2008/India, Supreme Court/Arbitration Petition No. 10 of 2006. Karara erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1392 s. 33, para. 69, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

³⁶ Born, *Arbitration*, s. 740.

³⁷ Esen, *Şekil*, s. 83-84.

³⁸ Esen, *Şekil*, s. 84.

³⁹ Esen, *Şekil*, s. 84.

2006 senesinde yenilenmiştir⁴⁰. Temel değişikliklerden biri, m. 7(2)'nin büyük ölçüde liberalleştirilmiş ve modernleştirilmiş yazılı şekil şartına ilişkin olmuştur. 2000 tarihli 32. Oturum'u yapan Tahkim Çalışma Grubu (*Working Group on Arbitration*), yazılı şekil şartı gerekliliği açısından milletlerarası ticarete mevcut uygulamalara uygun hükümlere ihtiyaç olduğu fikrinden hareket etmiştir⁴¹.

32. Oturum'da Tahkim Çalışma Grubu, New York Konvansiyonu m. II(2)'nin millî mahkemelerce milletlerarası uygulamalara ve milletlerarası ticarete tarafların beklentilerine uygun olarak esnek bir şekilde yorumlandığını gözlemlemiş ancak yine de hükmün doğru bir şekilde yorumlanması konusunda görüş ayrılıkları olduğunu da fark etmiştir⁴². Dolayısıyla millî mahkemelerce yapılan yorumların yeknesak olmaması, milletlerarası anlaşmalara dayalı taahhütlerin öngörülebilirliğini azalttığından milletlerarası ticarete sorun teşkil etmekteydi⁴³. Ayrıca mevcut tahkim uygulamasının 1958'dekinden farklı olduğu, tahkimin artık milletlerarası ticari anlaşmazlıkların çözümü için yaygın olarak kabul edildiği ve bir istisna olmaktan ziyade olağan bir uygulama olarak görülebileceği belirtilmekteydi. Ancak bu da mahkemeler önünde dava açmaktan başka bir uyuşmazlık çözüm yöntemi seçmeden önce tarafların dikkatli bir değerlendirme yapmasını gerektiriyordu⁴⁴.

32. Oturum'da ayrıca, tahkim uygulamasındaki güncel gelişmelerin yanı sıra gelecekte olması muhtemel gelişmelere de uyum sağlamak amacıyla, yazılı şekil şartına ilişkin zorunluluğunun kaldırılmasının düşünüldüğünün uygun olabileceği görüşü dile getirilmiştir⁴⁵. Önerilerden bir diğeri ise tahkim anlaşmasının yapılmış sayılabileceği durumlara odaklanmanın mümkün olabileceği yönünde olmuştur⁴⁶. Bu

⁴⁰ Born, *Arbitration*, s. 740; Esen, *Şekil*, s. 84, Zorlu, *a.g.m.*, s. 116.

⁴¹ Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Second Session, Vienna, 20 – 31 March 2000, Doc. No. A/CN.9/468, para. 88, s. 18, (UN Doc. A/CN.9/468), Belge için bkz. (Çevrimiçi), <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v00/530/64/pdf/v0053064.pdf> (Erişim Tarihi: 01.05.2024); Renaud Sorieul, "UNCITRAL's Current Work in the Field of International Commercial Arbitration", *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, Issue 6, 2005, s. 544.

⁴² UN Doc. No. A/CN.9/468, para. 88, s. 18; Schramm, Geisinger, Pinsolle, *a.g.m.*, s. 40; Sorieul, *a.g.m.*, s. 544.

⁴³ Sorieul, *a.g.m.*, s. 544.

⁴⁴ Sorieul, *a.g.m.*, s. 544.

⁴⁵ UN Doc. No. A/CN.9/468, para. 90, s. 18-19.

⁴⁶ Sorieul, *a.g.m.*, s. 544.

duruma örnek olarak da Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanun'un 6. maddesi verilmiştir⁴⁷.

Alternatif görüşlerden biri ise, 1985 UMK'nin 7. maddesinin kendisinin güncellenmiş bir standart sağlamak amacıyla yeterli olması nedeniyle yeni hükümlere gerek olmadığı yönündeydi. Bu görüşe göre 1985 UMK'nin daha geniş benimsenmesini ve tek tip yorumlanmasını teşvik etmek, zamanla gerekli milletlerarası yeknesaklık düzeyine ulaşılmasını sağlayacaktır⁴⁸.

Toplantılarda 1985 UMK m. 7(2)'nin değiştirilmesinin daha uygun olduğu görüşü baskın gelmiş ve yeni madde için hazırlıklar yapılmıştır. Yıllarca yapılan toplantılar ve çalışmalarda 1985 UMK'deki yazılı şekle ilişkin madde birçok kez değiştirilmiştir. Toplantıya katılan üyelerin görüşleri doğrultusunda taslak maddeler bugünkü şeklini almıştır⁴⁹.

2002 yılında yapılan 36. Oturum'da, Tahkim Çalışma Grubu (*Working Group on Arbitration*), New York Konvansiyonu'nun II(2) sayılı maddesine ilişkin bir yorumlayıcı belge taslağının veya bir değişiklik protokolü hazırlanmasının uygun olup olmadığını da tartışmıştır. Ancak Tahkim Çalışma Grubu'ndaki baskın görüş, New York Konvansiyonu'na ilişkin yorumlayıcı bir belgenin m. II(2)'nin uygulanmasındaki sorunları ve mevcut uyuşmazlıkları gideremeyeceği ve uyuşmazlıklara başa çıkmak için de yeterli olamayacağı, ayrıca yorumlayıcı bir belgenin milletlerarası hukukta bağlayıcı bir etkiye de sahip olamayacağı yönünde olmuştur⁵⁰. Yine Tahkim Çalışma Grubu'ndaki bazı görüşler, New York

⁴⁷ Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu m. 6:

“(1) Yazılı şekil şartının öngörüldüğü hâllerde bu şart, eğer veri mesajındaki bilgi daha sonra başvurulduğunda tekrar kullanılmak üzere ulaşılabilir ise, veri mesajı ile yerine getirilmiş olur.

(2) Birinci bentte öngörülen yazılı şekil şartı ister bir yükümlülük olsun, isterse hukuken bilginin yazılı şekilde olmamasına sadece sonuçlar bağlanmış olsun uygulanacaktır.”

Kanun'un İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce (Erişim Tarihi: 10.04.2024). Kanun'un 6. Maddesinin Türkçe çevirisi için bkz. Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 428.

⁴⁸ UN Doc. A/CN.9/468, para. 91, s. 19.

⁴⁹ 2006 UMK için yapılan toplantılar ve bu toplantılardaki taslak madde düzenlemeleri ile buna ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Holtzmann, Neuhaus, **a.g.e.**, 2015.

⁵⁰ Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Sixth Session, New York, 4-8 March 2002, Doc. No. A/CN.9/508, para. 43, s. 11-12, (UN Doc. A/CN.9/508), Belge için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration (Erişim Tarihi: 10.04.2024).

Konvansiyonu’nu resmî olarak değiştirmenin veya bir protokol oluşturma’nın yeknesak olmayan yorumlama sorunlarını daha da artıracakını, böyle bir değişiklik yapmanın da yıllar süreceğini ve bunun daha fazla belirsizlik yaratacağını belirtmiştir⁵¹.

Sonuç olarak 36. Oturum’u yapan Tahkim Çalışma Grubu, New York Konvansiyonu’ndaki yazılı şekil şartının yorumlanması konusunda rehberlik sunmanın faydalı olabileceği konusunda mutabakata varmıştır⁵². Bunun ise UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu’nun yenilenmiş 7. maddesinin yürürlüğe girmesine ilişkin olan kılavuzda yapılabileceği belirtilmiştir. Böylece Tahkim Çalışma Grubu, Sekreteryâ’dan (*Secretariat*) yenilenmiş madde 7 ile New York Konvansiyonu m. II(2) arasında “dostluk köprüsü” (*friendly bridge*) kurulmasını sağlayacak şekilde bir kılavuz hazırlamasını talep etmiştir⁵³.

Model Kanun’un 2006 Revizyonları, yazılı şekil şartı için iki “seçenek” benimsemiştir⁵⁴. 7. maddenin ilk seçeneği altı fıkradan oluşmakta, ikinci seçenek ise tek fıkradan oluşmaktadır. İlk seçenek 1985 UMK’nin geliştirilmiş bir versiyonu olup daha kapsamlıdır. Aşağıda da ayrıntılı olarak bahsedileceği üzere 2006 UMK Seçenek 1’in amaçları doğrultusunda, tahkim anlaşmasının içeriğinin “herhangi bir biçimde” bir kaydının sağlandığı durumlarda yazılı şekil şartı yerine getirilmiş sayılacaktır⁵⁵.

İkinci seçenek ise yazılı şekil şartını kaldıran bir öneri ihtiva etmektedir⁵⁶. Dolayısıyla Seçenek 2, Seçenek 1’den bir adım daha ileriye giderek tarafların uyuşmazlıkları tahkimde çözme konusunda anlaşmaları hususunu göstermenin yeterli olduğunu öngörmektedir⁵⁷.

3.1. 2006 Tarihli UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu Madde 7 Birinci Seçenek

⁵¹ UN Doc. A/CN.9/508, para. 46, s. 12.

⁵² UN Doc. A/CN.9/508, para. 15, s. 5.

⁵³ UN Doc. A/CN.9/508, para. 15, s. 5.

⁵⁴ Born, *Arbitration*, s. 740.

⁵⁵ Redfern, Hunter, *a.g.e.*, s. 77.

⁵⁶ Zorlu, *a.g.m.*, s. 116.

⁵⁷ Redfern, Hunter, *a.g.e.*, s. 78.

Tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına ilişkin olarak yeniden düzenlenen madde 7'nin ilk seçeneği 6 fıkradan oluşmaktadır⁵⁸. Madde 7(1)'de tahkim anlaşmasının tanımı yapılmıştır.

Madde 7(1) uyarınca: “*Tahkim anlaşması, taraflar arasında, sözleşmeye dayalı olsun ya da olmasın, tanımlanmış bir hukuki ilişki sonucu aralarında ortaya çıkan veya çıkabilecek tüm veya belirli uyuşmazlıkların tahkime sunulması için yapılan bir anlaşmadır. Tahkim anlaşması, bir sözleşmede tahkim şartı getirilerek veya ayrı bir anlaşma yapılması yoluyla gerçekleştirilebilir.*”

Hükümden de görüleceği üzere tahkim anlaşması, taraflar arasında mevcut olan veya ileride doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü için akdedilebileceği gibi anlaşma, hem esas sözleşme içinde yer alan tahkim şartı olarak hem de ayrı bir tahkim sözleşmesi olarak da akdedilebilecektir⁵⁹. Madde 7(1), 1985 UMK'de de yer almakta olup bu hüküm 2006 UMK'de değiştirilmeden aynen korunmuştur⁶⁰.

3.1.1. Tahkim Anlaşması Yazılı Olmalıdır

2006 UMK'nin 7(2) sayılı hükmüne göre “*Tahkim anlaşması yazılı olarak yapılacaktır.*”

Böylece 2006 UMK, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasına ilişkin zorunluluğu koruyarak New York Konvansiyonu m. II(2)'yi takip etmiştir⁶¹. Hatta New York Konvansiyonu m. II(2) ile 2006 UMK arasında “dostluk köprüsü” (*friendly-bridge*) kurulmasına m. 7(2)'nin vesile olduğu belirtilmiştir⁶².

⁵⁸2006 UMK'nin İngilizce metnine erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 01.05.2024); 2006 UMK'nin Türkçe metnine erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/uncitral-ticari-tahkim-model-kanunu/1680a72db8> (Erişim Tarihi: 01.05.2024)

⁵⁹ Bozkurt Yüksel, **a.g.m.**, s. 163.

⁶⁰ Holtzmann, Neuhaus, **a.g.e.**, s. 31; Uğur Erman Özgür, “Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunda Tahkim Anlaşmasının Şekli Hususunda Yapılan Son Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2008, s. 573.

⁶¹ Bozkurt Yüksel, **a.g.m.**, s. 163; Özgür, **a.g.m.**, s. 576-577.

⁶² Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the Work of Its Forty-Fourth Session, New York, 23-27 January 2006, Doc. No. A/CN.9/592, para. 59, s. 12-13, (UN Doc. A/CN.9/592), Belgeye erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration (Erişim Tarihi: 12.04.2024); Holtzmann, Neuhaus, **a.g.e.**, s. 32.

3.1.2. Tahkim Anlaşmasının İçeriği Herhangi Bir Biçimde Kayda Geçirilmiş Olmalıdır

2006 UMK'nin 7(2) düzenlemesinde her ne kadar tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılması gerektiği hüküm altına alınmışsa da bu gereklilik m. 7(3) ile genişletilmiş ve daha esnek bir hâle getirilmiştir⁶³.

Madde 7(3) uyarınca: “*Bir tahkim anlaşması, içeriği herhangi bir biçimde kayda geçirilmişse, tahkim anlaşmasının veya sözleşmenin sözlü olarak, davranışlarla veya başka bir yolla akdedilmiş olup olmadığına bakılmaksızın yazılı olduğu kabul edilir.*”

Böylece 2006 UMK m. 7(3), hem belge teatisine ilişkin şartı hem de imza şartını ortadan kaldırmış, bunların yerine tahkim anlaşmasının nasıl yapılmış olduğuna bakılmaksızın sadece tahkim anlaşmasının yazılı bir kaydının bulunmasını yeterli görmüştür⁶⁴. Seçenek 1 m. 7(3), görünürde yazılı şekil şartına ilişkin gerekliliği korumakta, ancak esasen “yazılı” şekil şartını “sözlü” veya “zımni”yi içerecek şekilde yeniden tanımlamaktadır⁶⁵. Başka bir ifadeyle, yazılı şekil şartı esnetilmiş olsa bile hala tahkim anlaşmasının yazılı bir kaydının bulunması gerekmektedir⁶⁶. Bu noktada belirtmek gerekir ki, yazılı olarak kaydedilmeyen tamamen sözlü bir anlaşma 2006 UMK m. 7(3) uyarınca geçerli olmayacaktır⁶⁷.

Seçenek 1 m. 7(3) kapsamında yazılı olarak kaydedilmesi gereken şeyin yalnızca tahkim anlaşmasının “içeriğinin” (yani şartları veya dilinin) olduğu açıktır; tarafların bu şartlara ilişkin rızalarının veya rıza beyanlarının yazılı olarak

⁶³ Born, *Arbitration*, s. 741.

⁶⁴ Grosshans, Landi, *a.g.m.*, s. 232; Born, *Arbitration*, s. 741; Redfern, Hunter, *a.g.e.*, s. 77; Özgür, *a.g.m.*, s. 576; Sally A. Harpole, “The Arbitration Agreement Under the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards UNCITRAL Model Law and National Laws”, *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, Vol. 2009 Issue 5, 2009, s. 25.

⁶⁵ Born, *Arbitration*, s. 741; Holtzmann, Neuhaus, *a.g.e.*, s. 33; Maria del Pilar Perales Viscasillas, “Novedades legislativas en el arbitraje comercial internacional: Ley Modelo de la Uncitral y Convenio de Nueva York”, *Arbitraje: Revista De Arbitraje Comercial Y De Inversiones*, Vol. 1, No. 2, 2008, s. 378.

⁶⁶ Redfern, Hunter, *a.g.e.*, s. 77; Zorlu, *a.g.m.*, s. 120.

⁶⁷ Perales Viscasillas, *a.g.m.*, s. 379-380.

kaydedilmesi zorunluluğu yoktur⁶⁸. Bu bağlamda tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığının tespiti tarafların bağlı olduğu devletin iç hukukuna yani millî mevzuata bırakılmıştır⁶⁹. Böylece, Seçenek 1 m. 7(3)'teki şekil şartı, örneğin bir tarafın diğer tarafa sözlü şekilde kurulmuş olan tahkim anlaşmasının koşullarını içeren bir e-posta göndermesi yolu ile sağlanmış olacaktır⁷⁰. Benzer şekilde, eğer taraflar, tahkim anlaşması içeren yazılı (ancak imzasız) bir sözleşmeyle bağlı olmayı sözlü olarak kabul ederlerse veya sözleşmeye ilişkin zımnen verilmiş rızalarını kanıtlarlarsa, Seçenek 1'deki yazılı şekil şartı yine yerine getirilmiş olacaktır⁷¹.

3.1.3. Tahkim Anlaşması Elektronik Haberleşme Araçlarından Biri ile Kurulabilir

2006 UMK'nin 7(4) sayılı hükmü uyarınca tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartı elektronik haberleşme araçlarının kullanımı ile karşılanabilmektedir.

Madde 7(4) uyarınca: “*Bir tahkim anlaşmasının yazılı olması şartı, burada yer alan bilgilere daha sonra kullanım amacıyla erişilebilmesi hâlinde, elektronik bir haberleşme ile karşılanır. “Elektronik haberleşme”, tarafların veri mesajları aracılığıyla yaptığı her türlü haberleşme anlamına gelir. “Veri mesajı”, bunlarla sınırlı kalmamak kaydıyla, elektronik veri değişimi (EDI), elektronik posta, telgraf, teleks veya telekopi gibi elektronik, manyetik, optik veya benzeri yollarla üretilen, gönderilen, alınan veya saklanan bilgiler anlamına gelir.*”

Öncelikle m. 7(4)'te bahsedilen elektronik haberleşme, elektronik veri ve diğer kavramlarını açıklamaya ihtiyaç duymaktayız. Zira, maddenin daha iyi anlaşılabilmesi

⁶⁸ UN Doc. A/CN.9/592, para. 59, s. 13; Holtzmann, Neuhaus, **a.g.e.**, s. 33; Born, **Arbitration**, s. 741; Perales Viscasillas, **a.g.m.**, s. 379; Başka bir ifadeyle tarafların icap veya kabulünün değil, tahkim anlaşmasının içeriğinin kaydedilmesi yeterlidir. Bkz. Özgür, **a.g.m.**, s. 576.

⁶⁹ UN Doc. A/CN.9/592, para. 59, s. 13; Özgür, **a.g.m.**, s. 576.

⁷⁰ Born, **Arbitration**, s. 741.

⁷¹ Born, **Arbitration**, s. 741; Doktrinde, 2006 UMK m. 7(3)'ü 1985 UMK m. 7(2)'deki cümleyle kıyaslayan yazara göre 1985 UMK m. 7(2) uyarınca yazılı şekil şartının gerçekleşebilmesi için yalnızca tarafların tahkime rızasının yazılı kanıtının bulunması yeterli değildir. Rızanın kendisi de yazılı olmalıdır. Bu görüşün temel sebebi ise New York Konvansiyonu'nun tarafların rızasını yazılı olarak kaydedilmesini gerektirdiği görüşüdür. O dönemde millî kanunlar hakkında araştırma yapan sekreterler de çoğu millî kanunda rızanın yazılı olarak kayda alınması gerektiği hükmüyle karşılaşmıştır. Bkz. Holtzmann, Neuhaus, **a.g.e.**, s. 34-35.

için buradaki kavramların anlamının ve maddenin hangi düzenlemelere dayanılarak oluşturulduğunun bilinmesi önem arz etmektedir.

Teknolojideki hızlı değişim nedeniyle hukuksal düzenlemeler elektronik ticaret alanını kolayca takip edememekte, bu da elektronik ticaret alanında sürekli olarak değişiklik yapma ihtiyacı doğurmaktadır. Zira, elektronik sözleşmelerin bağlayıcı ve uygulanabilir olup olmadığı, ayrıca ne zaman ve nerede kurulduklarının kabul edildiğine ilişkin sürekli sorunlar ortaya çıkmaktadır.⁷² Bundan dolayı UNCITRAL, milletlerarası ticarete elektronik iletişimin kullanımını kolaylaştırmak amacıyla elektronik olarak akdedilen sözleşmelerin geleneksel olarak kâğıt üzerindeki akdedilen sözleşmeler kadar geçerli ve uygulanabilir olması için elektronik sözleşmelere ilişkin olarak birtakım hukuki metinler hazırlamıştır.⁷³ Bahsi geçen hukuki metinler arasında; 1985 tarihinde kabul edilmiş olan “Bilgisayar Kayıtlarının Hukuki Değeri Üzerine Tavsiye Kararı”⁷⁴, 1996 yılında kabul edilen “Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu (ETK-BM)”⁷⁵, 2001 yılında kabul edilen “Elektronik İmzalar Hakkında UNCITRAL Model Kanunu (EİK-BM)”⁷⁶ ve 2005 yılında kabul edilen “Milletlerarası Akitlerde Elektronik İletişimin Kullanılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (BM Elektronik İletişim Sözleşmesi)”⁷⁷ bulunmaktadır.⁷⁸

⁷² Henry D. Gabriel, “The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts : an Overview and Analysis”, **Uniform Law Review**, Vol. 11, Issue 2, 2006, s. 286.

⁷³ Gümüşlü, **a.g.m.**, s. 330; Sözleşme’nin İngilizce metnine ulaşmak için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications (Erişim Tarihi: 15.04.2024).

⁷⁴ UNCITRAL Recommendation on the Legal Value of Computer Records, İngilizce tam metne ulaşmak için bkz. (Çevrimiçi), <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/computerrecords-e.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2024).

⁷⁵ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, İngilizce tam metne ulaşmak için bkz. (Çevrimiçi), [UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce \(1996\) with additional article 5 bis as adopted in 1998 | United Nations Commission On International Trade Law](https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications) (Erişim Tarihi: 15.04.2024).

⁷⁶ UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001, İngilizce tam metne ulaşmak için bkz. (Çevrimiçi), [UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures \(2001\) | United Nations Commission On International Trade Law](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/computerrecords-e.pdf) (Erişim Tarihi: 15.04.2024).

⁷⁷ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (CUECIC), Sözleşme’nin İngilizce tam metnine ulaşmak için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications (Erişim Tarihi: 15.04.2024).

⁷⁸ Gümüşlü, **a.g.m.**, s. 331.

2006 UMK m. 7(4)'teki hüküm ise, bir önceki paragrafta bahsi geçen ve UNCITRAL tarafından hazırlanmış olan BM Elektronik İletişim Sözleşmesi'nin 9(2), 4(b) ve 4(c) sayılı hükümlerinden dönüştürülerek alınmıştır⁷⁹. Dolayısıyla, Sözleşme hakkında ve Sözleşme'deki bu hükümler ile ilgili olarak açıklama yapma gereği duyuyoruz.

BM Elektronik İletişim Sözleşmesi'nin amacı; elektronik kayıtların, elektronik imzaların ve elektronik sözleşmelerin yasal olarak tanınmasını sağlamak; ayrıca bir kaydın, imzanın veya sözleşmenin oluşturulduğu, sunulduğu veya saklandığı ortamın bunların hukuki önemini etkilemediğini tespit etmektir⁸⁰. Sözleşme, elle yazılan belge ile elektronik belge arasında ve elle atılan imza ile elektronik imza arasında eşitliğin kurulması anlamına gelen *fonksiyonel eşitlik ilkesini* de gözetmiştir⁸¹. Ayrıca, Sözleşme'de elektronik verinin gönderilmesi, saklanması ve alınması sırasında tüm teknolojik araçların kullanılmasına imkân veren bir ilke olan *teknolojik tarafsızlık* ilkesi de benimsenmiştir⁸². Böylece, Sözleşme'nin kuralları "tarafsız" kurallardır; yani söz konusu kurallar belirli teknoloji türlerine bağımlı olmayıp sadece bu teknoloji türlerinin kullanımını öngörmezler⁸³.

BM Elektronik İletişim Sözleşmesi, EİT-BM ve ETK-BM ile birlikte elektronik sözleşmeler konusunda yeknesak kurallar oluşturmak için hazırlanan ilk metindir⁸⁴. Sözleşme, yaklaşık dört yılda hazırlanmış, 23 Kasım 2005 tarihli BM Genel Kurul Kararı ile onaylanmış ve Sözleşme'nin 16. maddesinde de yer aldığı üzere 16 Ocak 2006–16 Ocak 2008 tarihleri arasında tüm devletlerin imzasına açılmıştır⁸⁵. Sözleşme yirmi beş maddeden oluşmakta olup bir ön söz ve dört bölüm hâlinde

⁷⁹ UN Doc. A/CN.9/592, para. 59 – para. 64, s. 13-14; Wolff, **a.g.m.**, s. 157; Özgür, **a.g.m.**, s. 576; Holtzmann, Neuhaus, **a.g.e.**, s. 40; Perales Viscasillas, **a.g.m.**, s. 376-377.

⁸⁰ Gabriel, **a.g.m.**, s. 286-287.

⁸¹ Gabriel, **a.g.m.**, s. 288; Gümüslü, **a.g.m.**, s. 336.

⁸² Gümüslü, **a.g.m.**, s. 336; BM ayrıca, Elektronik İletişim Sözleşmesi'nin açıklayıcı notunu yayınlamıştır. Açıklayıcı notta Elektronik İletişim Sözleşmesi'ndeki maddelerin amaçlarına yönelik de açıklamalar yer almaktadır. Bkz. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts Explanatory Note, s. 26, para. 48, (**UN CUECIC Explanatory Note**), Belgeye erişim bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications (Erişim Tarihi: 01.01.2024).

⁸³ UN CUECIC Explanatory Note, s. 26, para. 48.

⁸⁴ Gümüslü, **a.g.m.**, s. 331.

⁸⁵ Gümüslü, **a.g.m.**, s. 333.

düzenlenmiştir. 2006 UMK m. 7(4)'ün oluşturulmasına katkı sağlayan Sözleşme'nin 4(b) ve 4(c) hükümleri, genel hükümlerin ve Sözleşme'de kullanılan terimlerin tanımına yer verildiği ikinci bölümde yer almaktadır⁸⁶. Madde 9(2) ise elektronik sözleşmelerin şekline ilişkin hüküm olan madde 9'un düzenlediği üçüncü bölümde yer almaktadır⁸⁷.

Sözleşme'nin uygulama alanı ve amacı m. 1'de hüküm altına alınmıştır. Madde 1(1) uyarınca: “*İşbu Sözleşme, işyerleri farklı devletlerin ülkesinde bulunan taraflar arasında akdin kurulması ve ifası sırasında elektronik iletişimin kullanılmasına uygulanır.*”⁸⁸ Sözleşme bağlamında, “sözleşme” (*contract*) sözcüğü iki taraf arasındaki açıkça veya zımnen Sözleşme'nin kapsamı dışında bırakılmayan her türlü ve yasal açıdan bağlayıcı anlaşmayı (*agreement*) kapsayacak şekilde geniş olarak anlaşılmalıdır⁸⁹. Her ne kadar çoğu hukuk düzeni ve New York Konvansiyonu, tahkim anlaşmaları için “sözleşme” (*contract*) ifadesini kullanmamış olsa bile Sözleşme, elektronik olarak akdedilen tahkim anlaşmaları için de uygulanacaktır⁹⁰. Hatta Sözleşme'nin 20(1) sayılı hükmü uyarınca; Sözleşme'nin hükümleri, New York Konvansiyonu'nun uygulandığı bir anlaşmanın (tahkim anlaşmaları da dahil olmak üzere) oluşturulması veya ifasıyla bağlantılı olarak elektronik iletişimlerin kullanılması durumunda da geçerlidir⁹¹. Sözleşme, m. 20(1)'de belirtilen milletlerarası anlaşmaların hükümlerini değiştirmeyi veya yorumlamayı amaçlamamakta yalnızca diğer milletlerarası anlaşmaların elektronik ortamda etkili bir şekilde işlemesine

⁸⁶ Gümüslü, **a.g.m.**, s. 335; Elektronik İletişim Sözleşmesi, 2006 UMK'nin hazırlandığı dönemle aynı dönemde sonuçlandırılmış olup 2006 tarihli 44. Oturum'da Tahkim ve Uzlaştırma Çalışma Grubu (*Working Group on Arbitration and Conciliation*); Model Kanun, New York Konvansiyonu ve BM Elektronik İletişim Sözleşmesi'nin uyum içinde olmasına önem göstermiştir. Bkz. Holtzmann, Neuhaus, **a.g.e.**, s. 40.

⁸⁷ Elektronik İletişim Sözleşmesi'nin 4(b) sayılı maddesi uyarınca: ““*Elektronik haberleşme*”, tarafların veri mesajları aracılığıyla yaptığı her türlü haberleşme anlamına gelir.”

4(c) sayılı maddesi uyarınca: ““*Veri mesajı*”, bunlarla sınırlı kalmamak kaydıyla, elektronik veri değişimi (EDI), elektronik posta, telgraf, teleks veya telekopi gibi elektronik, manyetik, optik veya benzeri yollarla (araçlarla) üretilen, gönderilen, alınan veya saklanan bilgiler anlamına gelir.

9(2) sayılı maddesi uyarınca: “*Kanunun bir iletişimin veya sözleşmenin yazılı olmasını gerektirdiği veya yazılı olmaması için sonuçlar doğurduğu durumlarda, yazılılık şartı, burada yer alan bilgilere daha sonra kullanım amacıyla erişilebilmesi hâlinde, elektronik bir haberleşme ile karşılanır.*”

⁸⁸ Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Gümüslü, **a.g.m.**, s. 337.

⁸⁹ UN CUECIC Explanatory Note, s. 29, para. 57.

⁹⁰ UN CUECIC Explanatory Note, s. 29, para. 57.

⁹¹ Grosshans, Landi, **a.g.m.**, s. 233; Yalnızca New York Konvansiyonu için değil Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) (CISG) gibi diğer milletlerarası anlaşmalar hakkında da uygulanır.

olanak tanıyan kurallar sunmaktadır⁹². Böylece Sözleşme, yazılı şekil şartına ilişkin zorunluluğu karşılayan milletlerarası ve tek tip bir elektronik ticaret anlayışı sunarak bazı eski anlaşmaları modernleştirmeyi amaçlamaktadır⁹³.

Bu noktada Sözleşme'deki bazı hükümler 2006 UMK m. 7(4)'ü oluşturduğu için Sözleşme'deki hükümlerin içerdiği kavramların açıklanması ve bu kavramların tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını nasıl etkilediğinin incelenmesi gereklidir⁹⁴.

2006 UMK'deki m. 7(4)'ün ilk cümlesi BM Elektronik İletişim Sözleşmesi'nde yazılı şekil şartına ilişkin olan m. 9(2) ile aynıdır. Madde 9 ise ETK-BM'deki m. 6, 7 ve 8'den esinlenilerek oluşturulmuştur⁹⁵. ETK-BM'deki m. 7 ise imzaya ilişkin olup 2006 UMK'deki m. 7(4)'te imzaya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığından bu hükümden daha sonra bahsedilecektir.

ETK-BM m. 6(1)⁹⁶ hükmü uyarınca: “*Kanunun bilginin yazılı olmasını gerektirdiği durumda, buradaki bilgi daha sonraki başvuruda kullanılabilir olmak üzere erişilebilir ise, bu gereklilik, veri mesajı ile yerine getirilmiş sayılır.*”

Madde 6'nın temel amacı, bilginin yazılı bir şekilde saklanmasının şart koşulduğu bir durumda bir veri mesajının bu şartı nasıl yerine getireceğini belirlemektir⁹⁷. Eğer bir veri mesajı sonradan erişilebilme ve kullanılabilme özelliklerine sahipse yazılı olma şartı sağlanmış olacaktır⁹⁸.

⁹² Grosshans, Landi, **a.g.m.**, s. 233.

⁹³ Grosshans, Landi, **a.g.m.**, s. 233.

⁹⁴ Kanımızca, UNCITRAL tarafından, teknolojik tarafsızlık ile fonksiyonel eşitlik ilkelerinin benimsendiği ve milletlerarası ticaretin gelişimine katkı sağlamak amacıyla oluşturulmuş milletlerarası bir sözleşmedeki hükümlerin 2006 UMK'deki yazılı şekil şartına ilişkin hükümleri oluşturması iki hukuksal düzenleme arasında bir köprü kurulduğunu göstermektedir.

⁹⁵ Gabriel, **a.g.m.**, s. 297.

⁹⁶ Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Öcal, **a.g.m.**, s. 102.

⁹⁷ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 80-81.

⁹⁸ Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 81. ETK-BM'nin UNCITRAL tarafından hazırlanan Model Kanun'u yürürlüğe koyma rehberinin açıklama notuna da değinmekte fayda vardır. Açıklama notunda millî yasalarındaki yazılı şekil şartının kullanılmasının nedenlerine yer verilmiştir. Örneğin tarafların bir sözleşmeyi akdettiklerinin sonuçlarının farkında olmak, bir belgenin herkes tarafından okunulmasını sağlamak, bir belgenin zaman içinde değiştirilmemesini sağlamak gibi nedenler bu nedenlerden bazılarıdır. Ancak Model Kanun'un hazırlanmasında yazılı şekil ile yerine getirilen bu işlevlere ilişkin aşırı kapsamlı bir anlayışın benimsenmesinin uygun olmayacağı tespit edilmiştir. Zira bu işlevsel yaklaşım, yazılı şekli, şekil zorunluluğu hiyerarşisinde en düşük seviyedeki şekil gerekliliği olarak sınıflandırmaktadır. Buna göre, kâğıt üzerinde somutlaşan belgelerdeki şekil zorunluluğunun çeşitli dereceleri farklı düzeylerde güvenilirlik, delil işlevi ve değişmezlik sağlarlar. Madde 6 ise delil işlevi veya değişmezlik gibi yazılı şekil şartının tüm işlevlerini yerine getirmek için hazırlanmamıştır.

Kanaatimizce, m. 7(4) kapsamına alınan bu hüküm, m. 7(3) ile de uyumludur. Zira m. 7(3)'te de tahkim anlaşmasının yazılı sayılabilmesi için gereken koşul tahkim anlaşmasının bir kaydının sağlanabilmesidir. Madde 7(4)'teki *“daha sonra kullanım amacıyla erişilebilme”* ve ETK-BM m. 6(1)'deki *“buradaki bilgi daha sonraki başvuruda kullanılabilir olmak üzere erişilebilir ise”* ifadeleri anlaşmanın kaydının sağlanmasına ilişkindir. Başka bir ifadeyle, m. 7(3)'te olduğu gibi m. 7(4) açısından da önemli olan husus tahkim anlaşmasının bir kaydının sağlanabilir olmasıdır. Madde 7(4)'teki amaç da tıpkı ETK-BM m. 6'daki amaç gibi bu kaydın elektronik ortamda nasıl gerçekleşeceğini belirlemektir. Eğer tahkim anlaşması elektronik haberleşme yollarından biriyle kurulacaksa, veri mesajına daha sonradan erişilebilme ve kullanılabilme koşulları sağlandığında kayıt koşulu da sağlanmış olacaktır⁹⁹.

2006 UMK m. 7(4)'ün ilk cümlesinin, ETK-BM'deki m. 6'nın ve BM Elektronik İletişim Sözleşmesi'ndeki m. 9(2)'nin, elektronik ortamda kurulan bir tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartının gerçekleşmiş sayılması için bilginin daha sonra ulaşılabilir olmasını yeterli görmesi New York Konvansiyonu m. II(2)'nin yorumlanması açısından da yol gösterici olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁰.

2006 UMK m. 7(4)'teki ikinci cümle ise elektronik haberleşmenin tanımına yer vermiştir. Bu noktada yine BM Elektronik İletişim Sözleşmesi'nin elektronik

6. madde, bir “yazının” belirli işlevlerine, örneğin vergi hukuku bağlamında delil işlevine veya medeni hukuk bağlamında uyarı işlevine odaklanmak yerine bilgiyi içeren veri mesajının tekrar ulaşılabilir ve okunabilir olması ile ilgili temel kavrama odaklanmaktadır. Bkz. Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996, s. 35-36, para. 48-50, (UN **Electronic Commerce Explanatory Note**). Açıklayıcı Not'un İngilizce metnine erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce (Erişim Tarihi: 01.08.2024); Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 428.

⁹⁹ Taraflar arasında gerçekleşen veri alışverişinin içeriğinin sonradan bozulmadan yeniden üretilmesi ve okunabilmesi m. 6'nın temel hedefidir. Bu fikir m. 6'da objektif bir kriter sağladığı tespit edilen terimlerle ifade edilmiştir; yani bir veri mesajındaki bilginin daha sonra referans olarak kullanılabilmesi için ulaşılabilir olması gerekir. “Ulaşılabilir” kelimesinin kullanımı, bilgisayar verileri biçimindeki bilgilerin okunabilir ve yorumlanabilir olması gerektiğini ima etmek içindir. Ayrıca bu tür bilgilerin okunabilir hâle getirilmesi için gerekli olabilecek yazılımın da saklanması gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, “kullanılabilir” kelimesinin yalnızca insan kullanımını kapsamı amaçlanmamıştır. Kelime aynı zamanda bilgisayar işlemlerini de kapsamaktadır. *“Daha sonra başvurulduğunda...”* ifadesi ise çok katı standartlar gerektirebilme ihtimali olan “değişmezlik” ve “dayanıklılık” gibi kavramlar ile çok sübjektif ölçütler getirebilecek olan “okunabilirlik” veya “ulaşılabilirlik” kavramları yerine kullanılmıştır. Bkz. UN **Electronic Commerce Explanatory Note**, s. 36, para. 50.

¹⁰⁰ Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 429.

haberleşmenin tanımına ilişkin maddelerini incelemek gerekmektedir. Zira, m. 7(4)'ün ikinci cümlesi Sözleşme'nin 4(b) hükmünün aynısıdır¹⁰¹. İkinci cümlede esas olarak elektronik haberleşmenin nasıl yapılacağı açıklanmıştır. Cümleye göre elektronik haberleşme veri mesajları aracılığıyla yapılır. Böylece elektronik haberleşme ile veri mesajı arasında bağlantı kurulmuştur. Elektronik Ticaret Çalışma Grubu (*Working Group on Electronic Commerce*) tarafından yapılan 2004 tarihli 44. Oturum'da Elektronik Ticaret Çalışma Grubu, “elektronik haberleşme” tanımının elektronik iletişimlerin kullanılabileceği amaçlar ile “veri mesajları” kavramı arasında bir bağlantı kurduğunu ve bu bağlantının korunmasının önemli olduğunu kaydetmiştir¹⁰².

2006 UMK m. 7(4)'teki üçüncü cümle ise veri mesajlarının neleri içerebileceğini örneklemiştir. Ancak bu örneklerin sınırlı sayıda olmadığı “benzeri yollarla” ifadesi kullanılarak belirtilmiştir. Madde 7(4)'teki üçüncü cümle de BM Elektronik İletişim Sözleşmesi m. 4(c) hükmünün aynısıdır. Sözleşme'nin 4(c) hükmünde olduğu gibi 2006 UMK m. 7(4)'ün üçüncü cümlesinde de veri mesajının anlamına yer verilmiştir.

BM Elektronik İletişim Sözleşmesi'nin açıklama notunda, 4(c) hükmündeki “veri mesajı” tanımının amacının esas olarak kâğıtsız biçimde oluşturulan, saklanan veya iletilen her türlü mesajı kapsamak olduğu belirtilmiştir¹⁰³. Bu amaçla, tanımda listelenen araçlarla gerçekleştirilen işlemlere paralel işlevleri yerine getirmek için kullanılabilecek diğer tüm iletişim ve bilgi depolama araçlarının “veya benzeri yollarla (araçlarla)” ifadesi kapsamına alınması amaçlanmıştır¹⁰⁴.

Sözleşmenin amaçları doğrultusunda, “benzer yollarla (araçlarla)” ifadesi “işlevsel olarak eşdeğer” anlamına gelmektedir. “Benzer yollara (araçlara)” yapılan atıf, Sözleşme'nin yalnızca mevcut iletişim teknikleri bağlamında uygulama için

¹⁰¹ United Nations Commission on International Trade Law Thirty-Ninth Session, New York, 19 June-7 July 2006, Settlement of Commercial Disputes, Form of Arbitration Agreement, Note by the Secretariat, Doc. No. A/CN.9/606, para. 15, s. 6, (UN Doc. A/CN.9/606), Belgeye erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://uncitral.un.org/en/comm/sessions/39> (Erişim Tarihi: 18.04.2024).

¹⁰² Report of the Working Group on Electronic Commerce on the Work of Its Forty-Fourth Session, Vienna, 11-22 October 2004, Doc. No. A/CN.9/571, para. 80, s. 20-21, (UN Doc. A/CN.9/571), Belgeye erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/working_groups/4/electronic_commerce (Erişim Tarihi: 14.09.2024).

¹⁰³ UN CUECIC Explanatory Note, s. 38, para. 92.

¹⁰⁴ UN CUECIC Explanatory Note, s. 38, para. 93.

tasarlanmadığını, aynı zamanda öngörülebilir teknik gelişmelere uyum sağlamayı da amaçladığını göstermektedir¹⁰⁵. Ayrıca, “veri mesajı” tanımında belirtilen örnekler bu tanımın sadece e-postayı değil aynı zamanda elektronik iletişim zincirinde hala kullanılabilecek diğer teknikleri (teleks veya telekopi gibi) de kapsadığını vurgulamaktadır¹⁰⁶.

Kanaatimizce hem ikinci hem de üçüncü cümlede tahkim anlaşmasının bir veri mesajı olarak elektronik haberleşme araçları içinde yer alması durumunda bu haberleşme araçlarının neler olabileceği belirtilerek bir açıklık sağlanmıştır. Ayrıca bu araçların sadece örnek niteliğinde olması ve sınırlı sayıda olmaması gelecekte ortaya çıkabilecek yeni teknolojik araçlarla da tahkim anlaşmasının kurulabileceği garanti altına alınmış olmaktadır¹⁰⁷.

Her ne kadar 2006 değişikliklerinde tahkim anlaşmalarının imzalı olması gerektiğinden bahsedilmemişse de tahkim anlaşmasının imzalı olması gerektiğini hüküm altına alan New York Konvansiyonu gibi düzenlemeler nedeniyle elektronik

¹⁰⁵ UN CUECIC Explanatory Note, s. 38, para. 93.

¹⁰⁶ UN Doc. A/CN.9/571, s. 21, para. 81; UN CUECIC Explanatory Note, s. 38, para. 94. Bu noktada bir de maddede geçen EDI kavramına değinmekte yarar görüyoruz. EDI (Electronic Data Interchange) elektronik veri değişimi anlamına gelmekte olup bilgi ve belgelerin insan faktörü olmaksızın, bilgisayar ağları yardımıyla bilgisayarlar arasında otomatik olarak değişimini sağlayan bir sistemdir. Bkz. Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 29; ETK-BM de “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde, EDI’yi, bir bilginin, onun yapılandırılmasını sağlayacak uygun bir programı uygulamaya koyacak şekilde, bilgisayarlar arası elektronik transferi olarak tanımlamıştır. Birleşmiş Milletler ile ilgili teknik standartların geliştirilmesinden sorumlu Birleşmiş Milletler organı olan Avrupa Ekonomik Komisyonu’nun Uluslararası Ticaret Prosedürlerinin Kolaylaştırılması Çalışma Grubu tarafından kabul edilen EDI tanımına göre; EDI, bilgiyi yapılandırmak için üzerinde mutabakata varılan bir standart kullanılarak bilgisayardan bilgisayara elektronik transfer anlamına gelir. Bkz. UN CUECIC Explanatory Note, s. 38-39, para. 94; Maddedeki EDI kavramı, “veri mesajları” tanımında mesajların elektronik iletişimde EDI mesajlarının bilgisayardan bilgisayara yaygın kullanımı dikkate alınarak yalnızca açıklama amacıyla korunmuştur. Bkz. UN CUECIC Explanatory Note, s. 38, para. 94.

¹⁰⁷ Bu noktada ETK-BM’deki m. 5 ve m. 11’den de bahsetmek gerekmektedir. ETK-BM’de “sözleşmelerin kurulması ve geçerliliği” başlığını taşıyan m. 11(1)’in ikinci cümlesi uyarınca: “*Veri mesajının bir sözleşmenin kurulmasında kullanılması hâlinde, sözleşme salt bu nedenle geçerlik ve icra edilebilirlikten alıkonulamaz*”. Bu madde, elektronik ortamda kurulmuş olan sözleşmeler, kuruluşlarının veya ortaya çıkış şekillerinin baz alınarak içeriklerinin incelenmemesi ve bu nedenle geçersiz kabul edilmelerinin önüne geçmeyi amaçlamıştır. Yine ETK-BM’deki “veri mesajlarının hukuken tanınması” başlıklı m. 5 uyarınca: “*Bilgi, salt veri mesajı olmasından dolayı hukuki geçerlilikten, icra edilebilirlikten ve sonuç doğurmaktan alıkonulamaz.*” Madde 5 de veri mesajlarının kâğıt belgeler karşısında ayrımcılığa maruz bırakılmama ilkesini ifade eden bir hükümdür. Böylece her iki madde de elektronik sözleşmelerin sırf yapılma şekillerinden dolayı diğer sözleşmeler karşısında ayrımcılığa uğramama ve diğer sözleşmelerle aynı statüye kavuşmaları ilkelerini yansıtmaktadır. Bkz. Falcioğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 79-80. Madde 5 ve madde 11’in Türkçe çevirileri için bkz. Falcioğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 79-80.

imzalı tahkim anlaşmalarının geçerli olup olmadığının da incelenmesi önem arz etmektedir.

El yazısı ile atılan imzalar ve diğer geleneksel kimlik doğrulama prosedürlerinin yerine elektronik kimlik doğrulama tekniklerinin kullanımının artması nedeniyle bunun yol açabileceği hukuki etkiye ilişkin belirsizliği azaltmak için özel bir yasal çerçeveye ihtiyaç duyulmuştur¹⁰⁸. Zira, elektronik imzalarla ilgili olarak çeşitli ülkelerde farklı mevzuat yaklaşımlarının benimsenmesi riski, doğası gereği milletlerarası bir olgu olan temel kuralları oluşturmak için yeknesak mevzuat hükümlerinin oluşturulmasını gerektirmektedir¹⁰⁹.

ETK-BM m. 7¹¹⁰ imza zorunluluğuna açıklık getirmektedir. Madde 7’de kâğıt üzerinde yer alan imzanın fonksiyonları elektronik ortamda atılan imza için de tanınmakla birlikte imzanın iki fonksiyonunun da önemi belirtilmektedir¹¹¹. Maddeye göre bu fonksiyonlar, imza sahibinin yani veri mesajı sahibinin kimliğinin tespit edilmesi ve imza sahibin veri mesajının muhtevası ile bağlı olma niyetinin ve isteğinin onaylanmasıdır¹¹². Bu hükmün herhangi bir teknoloji belirtmediği ve tüm teknolojileri kapsadığı ifade edilmiştir¹¹³. Ancak bu hüküm elektronik imzanın hangi durumlarda güvenilir olacağına dair bir belirleme içermediği için farklı yorumlara neden olmakta ve bu de belirsizliğe yol açmaktadır¹¹⁴.

EİK-BM m. 6(1) uyarınca: “*Hukukun bir kişinin imzasını şart kıldığı durumlarda, bu şart, veri mesajının yaratılması ve iletilmesi amacına yönelik olarak, ilgili anlaşmalar dahil olmak üzere tüm şartlar ışığında yeterince uygun şekilde güvenilir bir elektronik imzanın kullanılması hâlinde, bir veri mesajına ilişkin olarak*

¹⁰⁸ UN CUECIC Explanatory Note, s. 51, para. 147.

¹⁰⁹ UN CUECIC Explanatory Note, s. 51, para. 147.

¹¹⁰ Elektronik Ticaret Model Kanunu m. 7 uyarınca: “*İmza, (1) Kanunun, bir kişinin imzasını gerektirmesi durumunda, bu gereklilik, veri mesajı ile bağlantılı olarak yerine getirilmiş sayılır; eğer: (a) O kişinin kimliğini tespit etmek ve veri mesajındaki bilgiyi onayladığını göstermek için bir yöntem kullanılır ise; ve (b) Bu yöntem, ilgili herhangi bir sözleşme dahil olmak üzere tüm koşullar ışığında, veri mesajının amacına uygun olarak oluşturulduğu veya iletildiği ölçüde güvenilir ise.*” Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Öcal, **a.g.m.**, s. 102.

¹¹¹ Öcal, **a.g.m.**, s. 102.

¹¹² Öcal, **a.g.m.**, s. 102.

¹¹³ Öcal, **a.g.m.**, s. 102.

¹¹⁴ Wolff, **a.g.m.**, s. 158.

yerine gelmiş sayılır.¹¹⁵” ETK-BM m. 7’den farklı olarak EİK-BM m. 6(3)¹¹⁶’te hangi durumlarda elektronik imzanın güvenilir olarak kabul edileceği açıklanmıştır¹¹⁷.

BM Elektronik İletişim Sözleşmesi’nde en düşük düzeydeki yazılı şekil şartının elektronik ortamda nasıl yerine getirileceği düzenlendikten sonra imzalı yazılı şekil şartına ilişkin olarak düzenleme yapılmıştır¹¹⁸. Madde 9(3)’te de akdin tâbi olduğu hukuk, akdin ilgili tarafça imzalanmasını şart koşmuşsa Sözleşme, bu şartın nasıl gerçekleşeceğini kullanılan metoda bağlayarak belirlemiştir¹¹⁹. Maddenin (a) bendi uyarınca, *eğer kullanılan metot, tarafın kimliğini tanıtıyorsa veya elektronik veri hakkında tarafın iradesini gösteriyorsa, akdin ilgili taraf tarafından imzalanma şartı karşılanmış sayılmaktadır*¹²⁰. Ayrıca, maddenin (b) bendi uyarınca, *eğer kullanılan metot, konu ile alakalı anlaşmaları kapsayan bütün durumlar ışığında, elektronik iletişimin amaçlarına uygun olarak meydana gelmiş veya iletilmişse veya 9/3. maddesinin a bendinde belirtilen fonksiyonları; yani, elektronik iletişimde kullanılan metodun, tarafın kimliğini tanıtma veya içerdiği veri hakkında tarafın iradesini gösterme fonksiyonlarını tek başına veya ileride ortaya çıkacak kanıtlarla ispatlayabilecekse, elektronik akitte imza şartının yerine geldiği kabul edilmektedir*¹²¹.

UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu 2006 değişikliklerinde her ne kadar yazılı şekil şartına ilişkin kurallar öngörülmüş olmasına rağmen bu yazılı şekil şartlarında imzaya yer verilmemişse de yazılı şekil şartında imza arayan düzenlemeler uyarınca elektronik imzaya ilişkin bu kuralların uygulanması günümüz

¹¹⁵ Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 82.

¹¹⁶ EİK-BM m. 6(3) uyarınca: “1. paragrafta atıfta bulunulan gerekliliğin karşılanması amacıyla elektronik imzanın güvenilir olduğu kabul edilir. Eğer;

(a) İmzayı oluşturan araçlar kullanıldıkları bağlam dahilinde sadece imza sahibiyle bağlantılı olup başka hiçbir kişiyle bağlantılı değilse;

(b) İmzayı oluşturan araçlar imzalama anında sadece imzalayan kişinin kontrolünde olup başka kimsenin kontrolünde değilse,

(c) İmzalama anından sonra elektronik imzada gerçekleştirilecek müdahalelerin tespiti mümkünse,

(d) İmzanın amacının ilgili bilgilerin bütünlüğüne ilişkin güvence sağlanması olan hallerde imza anından sonra gerçekleştirilen değişikliklerin tespiti mümkünse, güvenilirlik ölçütü sağlanmış olacaktır.” Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Sevgi, **a.g.e.**, s. 118; Falcıoğlu, **Elektronik Satım Sözleşmesi**, s. 82.

¹¹⁷ Sevgi, **a.g.e.**, s. 117-118.

¹¹⁸ Şit, **Tahkim Anlaşmasının Şekli**, s. 433.

¹¹⁹ Gümüslü, **a.g.m.**, s. 351.

¹²⁰ Gümüslü, **a.g.m.**, s. 351.

¹²¹ Maddedeki hükümlerin Türkçe çevirisi için bkz. Gümüslü, **a.g.m.**, s. 351.

iletişim teknolojisine daha uygundur. Dolayısıyla, elektronik ortamda akdedilen tahkim anlaşmalarında imza aranmasına ilişkin şart koşan düzenlemelerin bahsi geçen model kanunlardaki maddeler aracılığıyla yorumlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Buna göre, eğer bir elektronik imza veri sahibinin kimliğinin tespit edilebilmesini mümkün kılıyorsa ve imza sahibinin veri mesajı içeriği ile bağlı olma isteğini yansıtıyorsa bu elektronik imza ile imzalanan tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartındaki imza unsurunu sağlaması mümkündür.

Sonuç olarak 2006 UMK m. 7(4) hazırlanırken elektronik iletişimin yıllar geçtikçe daha da kapsamlı hâle geleceği öngörölmüş ve m. 7(4), elektronik iletişimle ile kurulabilecek sözleşmelerin geçerliliğini garanti altına alan hukuki düzenlemelere uygun olarak hazırlanmıştır. Bu kapsamda elektronik ortamda kurulan tahkim anlaşmalarının şeklen geçerli olup olmadığının incelenmesinde bahsi geçen hukuki düzenlemeler mahkemelere ve hakem ya da hakem heyetlerine yol gösterici olacaktır. Ülkelerin 2006 UMK Seçenek 1'e uygun olarak millî tahkim mevzuatlarını düzenlemesi sonucunda ise tarafların elektronik ortamda tahkim anlaşması kurarken daha az çekingen davranmaları sağlanmış olacaktır.

Elektronik iletişim araçlarıyla kurulan tahkim anlaşmalarının geçerliliği konusunda doktrinde tartışmalar sürerken tarafları South West Terminal Ltd. - Achter Land and Cale Ltd. olan yakın tarihli bir Kanada mahkemesi kararında¹²², mahkeme başparmak yukarı emojisini bir sözleşmenin geçerli elektronik imzası olarak kabul etmiştir. Davaya konu olan olayda iki taraf arasında 2015 yılında beri süren uzun bir iş ilişkisi bulunmakta, davacı tahıl şirketi South West Terminal, davalı tarım şirketi Achter Land'dan tahıl satın almakta, davacı ile davalı satış işlemi için şahsen veya telefon ile görüşmekte ve fiyat ile tahıl hacmi konusunda anlaşmaktadırlar. Ancak COVID-19 pandemisi nedeniyle yüz yüze görüşmeler sona ermiş ve sözleşmeler genellikle e-posta veya kısa mesaj yoluyla yapılmaya başlanmıştır¹²³. Mart 2021'de davacı şirket, davalıya Kasım 2021'de teslim edilmek üzere keten satın almak istediğini belirten bir kısa mesaj yollamış ve 87 ton keten için sözleşme hazırlanmıştır.

¹²² *South West Terminal Ltd. v Achter Land*, 2023 SKKB 116 (CanLII), Karar için bkz. (evrimii), <https://www.canlii.org/en/sk/sk/b/doc/2023/2023skkb116/2023skkb116.html?autocompleteStr=2023%20SKKB%20116&autocompletePos=1> (Erişim Tarihi: 15.05.2024).

¹²³ *South West Terminal Ltd. v Achter Land*, para. 19, s. 11.

Davacı, sözleşmeyi hazırlayıp imzaladıktan sonra cep telefonu ile sözleşmenin fotoğrafını çekmiş ve “*Lütfen keten sözleşmesini onaylayın*” cümlesi ile birlikte davalıya sözleşmenin fotoğrafını göndermiştir. Davalı ise “baş parmak yukarı” emojişi ile davacıya cevap vermiştir¹²⁴. Teslimat zamanı gelmesine rağmen keten teslimatları yapılmamıştır. Bunun üzerine uyuşmazlık mahkemeye taşınmıştır. Davacı, “baş parmak yukarı” emojişinin onay anlamına geldiğini; davalı ise emojişinin sözleşmeyi, başka bir ifadeyle sözleşme şartlarını içeren metnin fotoğrafını, teslim aldığı kabul ettiğini anlamına geldiğini iddia etmiştir. Mahkeme ise sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna ve davalının sözleşmeyi ihlâl ettiğine karar vermiştir.

Mahkeme, daha önce taraflar arasında kurulan sözleşmelerde davalının “tamam”, “evet” ve “iyi görünüyor” ifadelerini kullanmasıyla sözleşmelerin kurulduğuna dayanmış, davalının “baş parmak yukarı” emojişinin de keten sözleşmesinin önerildiği şekilde kabul edildiğini anlamına geldiğini belirterek davalının davacıya tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, başparmak yukarı emojişinin, 2000 tarihli Kanada Elektronik Bilgi ve Belgeler Kanunu’nun 18(1) sayılı maddesinde belirtildiği üzere kabulü ifade etmek için kullanılabilecek “elektronik formdaki bir eylem” olduğuna karar vermiştir¹²⁵.

Bahsi geçen mahkeme kararında da görüldüğü üzere teknoloji gelişimindeki hız daha da artmakta ve böylece elektronik ortam, elektronik haberleşme kavramlarının kapsamı da genişlemektedir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmalarının da çeşitli mobil mesajlaşma uygulamaları üzerinden kurulabilmesinin önü açılmaktadır. Bu noktada 2006 UMK’nin öngördüğü yazılı şekil şartı kanaatimizce tahkim anlaşmalarının Whatsapp, Telegram ya da diğer mobil mesajlaşma uygulamaları üzerinden şeklen geçerli olarak kurulmasına olanak sağlamaktadır. Özellikle mobil uygulamalardaki tarafların birbirine gönderdiği mesajların m. 7(4)’teki gibi birer “veri mesajı” olarak nitelendirilmesi hâlinde bu veri mesajlarının kaydının sağlanabilmesi mümkün olduğunda tahkim anlaşmalarını bu uygulamalar üzerinden kurulduğunda m. 7(4)’teki şekil şartı sağlanmış olacaktır.

¹²⁴ *South West Terminal Ltd. v Achter Land*, para. 23, s. 14.

¹²⁵ *South West Terminal Ltd. v Achter Land*, para. 37, s. 20.

3.1.4. Karşılıklı İddia ve Savunmalarda Sözleşmenin Varlığının Bir Tarafça İleri Sürülüp Diğer Tarafça İnkâr Edilmediği Hâllerde Yapılan Tahkim Anlaşması

2006 UMK'nin 7(5) sayılı maddesi uyarınca: “Ayrıca, bir tahkim anlaşması, anlaşmanın varlığını bir tarafın iddia edip diğer tarafın reddetmediği ve bunun dava ve savunma dilekçelerinde belirtildiği hâllerde yazılı olarak kabul edilir.”

2006 UMK'nin 7(5) sayılı maddesi 1985 UMK' m. 7(2)'deki cümleden neredeyse değiştirilmeden alınmıştır¹²⁶. Böylece, taraflar arasında sözlü bir tahkim anlaşması olsa hatta hiç tahkim anlaşması olmasa dahi davacı tahkim mahkemesinde bir dava açar ve davalı da tahkim anlaşmasının varlığına itiraz etmezse taraflar arasında tahkim anlaşması kurulmuş olur¹²⁷. Madde 7(5)'te açıkça dava ve cevap dilekçelerindeki tahkim iddialarının hangi mahkeme önünde ileri sürüleceği belirtilmemişse de buradaki mahkemeden kasıt tahkim mahkemesidir¹²⁸.

2006 UMK'nin 7(5) sayılı maddesinin çeşitli tarihlerde silinmesi teklif edilmiştir. Zira Komisyon'a göre m. 7(5) Model Kanun'un diğer maddeleri tarafından zaten karşılanmaktadır. Buna ilişkin bir yorum 2002 tarihinde Komisyon'un 36. Oturum toplantısında yapılmıştır. Bu toplantıdaki yoruma göre, ilk olarak, “iddia ve

¹²⁶ Perales Viscasillas, **a.g.m.**, s. 376; Holtzmann, Neuhaus, **a.g.e.**, s. 42. Bu noktada maddede MTK m. 4(2)'den farklı olarak hem dava hem de cevap dilekçesinden bahsedilmesinin sonuçlarına ilişkin olarak bkz. yukarıda İkinci Bölüm, 1.5.

¹²⁷ Deren Yıldırım, **Esaslı Sorunlar**, s. 47.

¹²⁸ Deren Yıldırım, **Esaslı Sorunlar**, s. 47; Doktrindeki bir görüşe göre m. 7(5)'teki bu hükümde davalı ve davacı ayrımı yapılmadığı için taraflar anlaşmanın varlığı iddiasını hem mahkeme önünde hem de hakem heyeti önünde ileri sürebilirler. Bkz. İlhan, **a.g.e.**, s. 102. Aslında davacının sadece davalıya verdiği cevap dilekçesinde tahkim anlaşmasının varlığı iddiasına itiraz edebildiği göz önüne alındığında yazarın yaptığı bu yorumun haklılık payı vardır. Zira, ancak davacının devlet mahkemesi önünde dava açması hâlinde davalı tahkim anlaşmasının varlığı iddiasını öne sürebilir, davacı da bunun üzerine davalının ileri sürdüğü bu tahkim anlaşmasının varlığına itiraz etmeyebilir. Tahkim mahkemesi önünde ise davacı zaten tahkim davasını açarak tahkim anlaşmasının varlığını iddia etmektedir. Kanaatimizce de söz konusu hüküm kafa karışıklığına yol açabileceğinden düzeltilmesi gerekirdi. Ancak UNCITRAL raporlarındaki tartışmalardan da burada kastedilen mahkemenin tahkim mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Zira raporlardaki tartışmalarda bu hükmün aslında 2006 UMK m. 4 veya m. 16(2) ile karşılandığı belirtilmektedir. Bahsi geçen hükümler ise tahkim heyetinin yetkisine ilişkin itirazlara yönelik düzenlemeler içermektedir. Bkz. UN Doc. A/CN.9/508, para. 32, s. 9. Yine raporlarda, m. 7(5)'in “Tahkim mahkemesinin yargı yetkisine ilişkin herhangi bir itirazın zamanında ileri sürülmemesi hâlinde tarafların geçerli bir tahkim anlaşması yaptığı kabul edilir” şeklinde değiştirilmesi gerektiği teklifi de ileri sürülmüştür. Bu tekliften de kastedilen mahkemenin tahkim mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. UN Doc. A/CN.9/508, para. 33, s. 9.

savunma beyanlarının değişimine” yapılan atıf muğlak ve yanıltıcıydı, zira örneğin, bir tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin bir iddia genellikle tahkim işlemlerinin daha erken bir aşamasında ileri sürülmekteydi¹²⁹. Zira 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 3 uyarınca tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin atıf tahkim sürecini başlatmak isteyen tarafça karşı tarafa yapılan tahkim ihbarında yapılmaktaydı¹³⁰. Böylece davalı, tahkim anlaşmasından daha ihbar dönemindeyken haberdar olabilmektedir. İkinci olarak, taslak paragrafta ele alınan konunun 2006 UMK’nin 4 ve 16(2) sayılı maddeleri kapsamında olduğu, dolayısıyla ilave bir düzenlemeye gerek olmadığı belirtilmiştir¹³¹.

Taslak paragraf 5’in silinmesi için öne sürülen iddialardan bir diğeri de bu paragrafta esas olarak bahsedilen hususun bir tarafın hakem mahkemesinin yetkisinden feragat etmesiyle ilgili olduğuydu. Bu yüzden anılan hükmün “*Tahkim mahkemesinin yargı yetkisine ilişkin herhangi bir itirazın zamanında ileri sürülmemesi*

¹²⁹ UN Doc. A/CN.9/508, para. 32, s. 9.

¹³⁰ Toplantıda UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 3’e atıf yapılmıştır. 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 3 uyarınca tahkime başvuran tarafın (davacının) diğer tarafa (davalıya) tahkim ihbarında bulunması gerekir. Bu ihbarda da tahkim anlaşmasına atıfta bulunmaktadır. 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 3(3)’e göre tahkim ihbarında; uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi talebi; tarafların isimleri ve adresleri; dayanan tahkim anlaşması; uyuşmazlık hangi sözleşmeye dayanıyorsa o sözleşme, talep ve varsa talep miktarı, talep edilen hukuki koruma ve taraflar önceden anlaşmamışsa hakem sayısına ilişkin öneri yer almalıdır. Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Candan Yasan Tepetaş, “Tahkimde Davanın Açılması ve Tahkim Talebi”, **Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt - 2**, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 136, (**Tahkim Talebi**); 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları’na erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration> (Erişim Tarihi: 01.10.2024). Bu durumda aslında tahkim anlaşmasına itiraz m. 7(5)’te belirtilen süreden daha önce yapılabilir. Zira tahkim ihbarında ihbarı yapan taraf, sadece uyuşmazlığın tarafları ile içeriğini belirtmemekte ayrıca tahkim anlaşmasını da ortaya koymaktadır. Bkz. Yasan Tepetaş, **Tahkim Talebi**, s. 136.

¹³¹ 2006 UMK m. 4 hükmü uyarınca: “*Tarafların sapabilecekleri bu kanunun herhangi bir hükmüne veya tahkim anlaşması kapsamındaki herhangi bir şarta uyulmadığını bilmesine rağmen bu tür uymama durumuna itirazını gecikmeksizin ya da bir süre sınırı öngörülmesi hâlinde, bu süre içinde bildirmeksizin tahkim sürecini sürdüren taraflar itiraz hakkından feragat etmiş sayılacaktır.*”

2006 UMK m. 16(2) uyarınca: “*Hakem heyetinin yargı yetkisine sahip olmadığına dair itiraz cevap dilekçesinin sunulmasından önce gündeme getirilecektir. Taraflardan birinin bir hakem görevlendirmiş olması veya bu tür görevlendirmeye katılmış olması nedeniyle bu tür bir itirazda bulunması engellenemez. Yetki alanı dışında olduğu iddia edilen konunun tahkim işlemleri sırasında gündeme getirilmesi üzerine tahkim heyetinin yetki alanını aştığına dair itiraz ele alınacaktır. Hakem heyeti, her iki durumda da gecikmeyi haklı görürse geç yapılan bir itirazı kabul edebilir.*” Maddelerin Türkçe hâli için bkz. (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/uncitral-ticari-tahkim-model-kanunu/1680a72db8> (Erişim Tarihi: 14.11.2024):

hâlinde tarafların geçerli bir tahkim anlaşması yaptığı kabul edilir” şeklinde değiştirilmesi gerektiği teklif edilmiştir¹³².

Hâkim görüş paragrafın maddede kalması gerektiğine ilişkindi. 2006 UMK’nin 4. maddesinin, taslak paragrafta öngörülenden farklı bir durumu ele aldığı ve 2006 UMK’ye faydalı bir ekleme teşkil ettiği belirtilmiştir. Taslak paragraf (5)’in, 2006 UMK’nin 4. maddesinin dar kapsamının, bunun bir tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin olumlu bir karine olarak yorumlanmasına izin vermemesi nedeniyle gerekli olduğu belirtilmiştir¹³³.

2006 yılında 39. Oturum’da yapılan toplantıda da 2006 UMK’nin 5. paragrafında değinilen durumun uygulamada nadiren ortaya çıktığı ve 3. paragrafta zaten 5. paragrafta kapsanan durumu öngördüğü için bu hükmün silinebileceği yönünde bir yorum yapılmıştır¹³⁴. Ancak paragraf 5’in zaten UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu’nun 7. maddesinin bir kısmı olduğu ve bunun silinmesinin anlaşmanın varlığını bir tarafın iddia edip diğer tarafın reddetmediği ve bunun dava ve cevap dilekçelerinde belirtildiği hâllerde yazılı olarak kabul edilen tahkim anlaşmalarını geçersiz kılabileceği şeklinde yanlış yorumlara sebebiyet verebileceği endişesi dile getirilmiştir¹³⁵. Sonuç olarak m. 7(5) de tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını yerine getiren bir hüküm olarak Model Kanun’da yerini almıştır.

3.1.5. Tahkim Şartı İçeren Herhangi Bir Belgeye Yapılan Atıfla Tahkim Anlaşması Kurulması

2006 UMK m. 7(6) uyarınca: “*Bir sözleşmede tahkim şartı içeren herhangi bir belgeye yapılan atıf, söz konusu atfın bu hükmü sözleşmenin bir parçası hâline getirmesi koşuluyla, yazılı bir tahkim anlaşması teşkil eder.*”

¹³² UN Doc. A/CN.9/508, para. 33, s. 9.

¹³³ UN Doc. A/CN.9/508, para. 34, s. 9.

¹³⁴ Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of Its Thirty-Ninth Session, New York, 19 June-7 July 2006, Doc. No. A/61/17, para. 160, s. 27, (UN Doc. A/61/17), Belgeye erişim için bkz. (Çevrimiçi), <https://uncitral.un.org/en/comm/sessions/39> (Erişim Tarihi: 01.10.2024).

¹³⁵ UN Doc. A/61/17, para. 160, s. 27.

Atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları da eski madde olan m. 7(2)'de hâlihazırda yer almaktaydı. 1985 UMK'ye göre bir sözleşmede tahkim şartını ihtiva eden bir belgeye atıfta bulunulması hâlinde o sözleşmenin yazılı olarak akdedilmesi ve atfın sözleşmenin bir parçası hâline getirecek şekilde yapılmış olması gerekir. 2006 UMK'de ise sözleşmenin yazılı olarak akdedilmesi gerektiği şartı kaldırılmıştır¹³⁶.

Ayrıca 2006 tarihli 44. Oturum'da Tahkim ve Uzlaştırma Çalışma Grubu (*Working Group on Arbitration and Conciliation*) tarafından (6) numaralı fıkranın uygulama kapsamının sınırlandırılması gerektiği de belirtilmiştir. Bu amaçla, (6) numaralı paragrafın sonuna “ve tahkim anlaşmalarının bu tür sözleşmeler için mutad olup olmadığı” ibaresinin eklenmesi teklif edilmiştir. Ancak Tahkim ve Uzlaştırma Çalışma Grubu'nda bu önerinin oldukça kısıtlayıcı olduğu ve bazı yargı bölgelerinde alışılmadık olabilecek farklı sözleşme kategorileri oluşturabileceği gerekçesiyle itiraz edilmiştir¹³⁷. Maddeye eklenmek istenen “mutad” kelimesinin kullanımının belirsiz olduğu ve potansiyel olarak farklı yorumlara açık olduğu değerlendirilmiştir¹³⁸.

3.2. UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu Madde 7 İkinci Seçenek

2006 UMK'deki m. 7'nin ikinci seçeneğinde tahkim anlaşmasının şekli tek maddede belirtilmiştir. Maddeye göre: ““Tahkim anlaşması”, taraflar arasında, sözleşmeye dayalı olsun ya da olmasın, tanımlanmış bir hukuki ilişki sonucu aralarında ortaya çıkan veya çıkabilecek tüm veya belirli uyuşmazlıkların tahkime sunulması için yapılan bir anlaşmadır.”

Bu maddenin kabul edilmesiyle birlikte Komisyon, maddenin tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması zorunluluğunu tamamen ortadan kaldırdığını ve dolayısıyla sözlü tahkim anlaşmalarının geçerli olduğunu kabul ettiğini belirtmiştir¹³⁹. Aslında, Komisyon'da ikinci seçeneğin muhafaza edilip edilmeyeceği konusunda bazı

¹³⁶ Holtzmann, Neuhaus, **a.g.e.**, s. 43.

¹³⁷ UN Doc. A/CN.9/592, para. 72, s. 15.

¹³⁸ UN Doc. A/CN.9/592, para. 72, s. 15.

¹³⁹ Zorlu, **a.g.m.**, s. 121, Grosshans, Landi, **a.g.m.**, s. 232; Schramm, Geisinger, Pinsolle, **a.g.m.**, s. 40; Holtzmann, Neuhaus, **a.g.e.**, s. 44; Perales Viscasillas, **a.g.m.**, s. 382; UN Doc. A/61/17, para. 163, s. 27.

tereddütler de doğmuştur. Çünkü yenilenen madde 7'nin tahkim anlaşmasının şekli bakımından asgari şekil şartını belirlediği ancak ikinci önerinin çok daha ileri gittiği ve tahkim anlaşmasının şekline dair tüm zorunlulukları kaldırdığı örneğin sözlü olarak yapılan tahkim anlaşmalarının dahi tanınmasına olanak verdiği ifade edilmiştir¹⁴⁰. İkinci seçenek her ne kadar büyük bir ilgiyle karşılanmışsa da New York Konvansiyonu dahil olmak üzere çoğu ülkede kolayca kabul edilemeyecek kadar birçok geleneksel mevzuattan radikal bir biçimde ayrıldığı da dile getirilmiştir¹⁴¹.

İkinci seçeneği destekleyen görüşlere göre ise yazılı şekil şartını kaldıran birçok yargı bölgesinde tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartının kaldırılmasının geçerlilik açısından önemli bir uyumsuzluğa neden olmadığı, ayrıca dünyada da tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına ilişkin şartların gevşetildiği, 2006 UMK'nin de millî kanun koyuculara alternatif olarak yer alan ikinci seçeneği tercih etme olanağını sunduğu belirtilmiştir¹⁴². Ayrıca, millî mahkemelerin de New York Konvansiyonu'nu Model Kanun'un maddeleri ışığında yorumladığı ve ikinci seçeneğin de New York Konvansiyonu'nu daha liberal bir şekilde yorumlanmasını sağlayacağı ifade edilmiştir¹⁴³.

Ayrıca, millî mahkemelerin daha elverişli bir iç mevzuatı uygulamak için New York Konvansiyonu'nun VII. maddesinin 1. paragrafına hâlâ başvurabileceği gözlemlenmiş ve madde kabul edilmiştir¹⁴⁴.

¹⁴⁰ UN Doc. A/61/17, para. 164, s. 27.

¹⁴¹ UN Doc. A/61/17, para. 164, s. 27.

¹⁴² UN Doc. A/61/17, para. 165, s. 27.

¹⁴³ UN Doc. A/61/17, para. 165, s. 27.

¹⁴⁴ UN Doc. A/61/17, para. 166-167, s. 27.

BEŞİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİM ANLAŞMALARININ ŞEKLİNE İLİŞKİN KURALLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. MTK VE NEW YORK KONVANSİYONU'NDA BENİMSENEN SİSTEMİN İHTİYAÇLARI KARŞILAYIP KARŞILAMADIĞININ, 2006 UNCITRAL MODEL KANUNU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

1.1. MTK Açısından Değerlendirme

MTK düzenlenirken temelde 1985 UMK m. 7(2) esas alınmıştır. Dolayısıyla, 2001 yılında yürürlüğe giren MTK'nin aslında yürürlüğe girdiği yıla göre tahkim anlaşmalarının şekli bakımından özellikle milletlerarası anlaşmalara nazaran daha esnek hükümler öngördüğü söylenebilir. Ancak MTK'den yaklaşık beş yıl sonra hazırlanmış olan 2006 UMK'ye göre MTK'nin hükümleri daha katı bir yazılı şekil şartı içermektedir.

Aslında hem MTK hem de 2006 UMK Seçenek 1 tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerektiğini belirtmektedir. Ancak fark, 2006 UMK Seçenek 1 ile MTK arasında bu yazılı olma şartının nasıl gerçekleşeceği konusunda kendini göstermektedir. Zira MTK uyarınca yazılı şekil şartı ya taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeyle sağlanmalı ya da tahkim anlaşması teati edilen belgelere geçirilmiş olmalıdır. MTK'de önemli olan husus tarafların iradelerinin yazılı bir şekilde beyan edilmiş olmasıdır. Hâlbuki 2006 UMK'nin Seçenek 1'i, yazılı şekil şartını MTK'dekinden oldukça farklı bir şekilde tanımlamıştır. 2006 UMK Seçenek 1'e göre önemli olan tahkim anlaşmasının içeriğinin kayda geçirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla 2006 UMK Seçenek 1'e göre tahkim anlaşması kayda geçirilmiş olduğu müddetçe yazılı şekil şartı sağlanır. Bu noktada 2006 UMK Seçenek 1 uyarınca tahkim anlaşmaları sözlü veya zımni yolla kurulabilecekken MTK uyarınca kurulamayacaktır. Ayrıca örneğin MTK'deki bazı tahkim anlaşmaları bakımından aranan imza koşulu ile belge teatisi koşulu 2006 UMK Seçenek 1 uyarınca tamamen kaldırılmıştır.

Devletler, kendi millî tahkim kanunlarını 2006 UMK Seçenek 1'e istinaden hazırlamış olabilirler. 2006 UMK Seçenek 1'e istinaden hazırlanmış millî kanuna uygun olan (örneğin; imzasız, belge teatisi gerçekleşmeden, sözlü ya da zımnen kurulan tahkim anlaşmaları) tahkim anlaşmalarının Türk mahkemeleri önünde MTK çerçevesinde geçersiz sayılabilme ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla, MTK ve 2006 UMK Seçenek 1 arasındaki bu fark tahkim anlaşmalarının şeklen geçersiz kılınmasına neden olabilecektir.

Elektronik yolla kurulan tahkim anlaşmaları açısından da aynı şey söylenebilecek midir? Zira hem MTK'de hem de 2006 UMK Seçenek 1'de tahkim anlaşmalarının elektronik yolla kurulabileceği belirtilmiştir. Ancak MTK'de, 1985 UMK'de yer alan "elektronik ortamdaki tahkim anlaşmasına ilişkin kaydın ulaşılabilir olması" ifadesine yer verilmemiştir. Bu durumun yorum yoluyla giderilebilecek olması durumunda elektronik ortamda kurulan tahkim anlaşmalarının ancak bir kaydının olması hâlinde MTK uyarınca yazılı şekil şartı yerine getirilmiş olacaktır. Ancak bu noktada MTK m. 4(2) ile 2006 UMK Seçenek 1 arasında bir fark bulunmaktadır. MTK m. 4(2) için önemli olan husus tahkim anlaşmasına verilen rızaların kayıt altına alınmış olmasıdır. Fakat 2006 UMK m. 7(3) açısından önemli olan husus tarafların rızasının değil tahkim anlaşmasının içeriğinin kayıt altına alınmasıdır. Örneğin; taraflardan biri taraflar arasında kurulmuş olan sözlü bir tahkim anlaşmasına atıf yapan bir belgeyi e-posta ile diğer tarafa gönderdiğinde 2006 UMK uyarınca yazılı şekil şartı sağlanabilir. Bu durumda taraflarının rızasını kayıt altına almayan ve elektronik ortamda kurulan bir tahkim anlaşması MTK m. 4(2) uyarınca geçerli olmayacakken 2006 UMK m. 7(3) uyarınca geçerli olabilecektir.

MTK ile 2006 UMK Seçenek 1'deki benzer olan hüküm ise tahkim anlaşmasının varlığının dava dilekçesinde iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemesi yoluyla tahkim anlaşması kurulmasıdır. Söz konusu madde tahkim yargılamasındaki iddia ve savunmalara ilişkindir. 2006 UMK m. 7(5)'teki hüküm her ne kadar davacının da itiraz etmemesini öngörerek bu itiraz etmemenin devlet mahkemesi önünde de yapılabileceği şeklinde yanlış bir anlama sebebiyet verse de hem BM raporlarındaki tartışmalardan hem de doktrindeki görüşlerden dolayı bu hükmün tahkim yargılaması sırasındaki itirazlara ilişkin

olduğunu düşünmekteyiz. Bu durumda MTK ile 2006 UMK m. 7(5) uyuşmaktadır. Bu şekilde bir tahkim anlaşması kurulduğunda her iki düzenleme açısından da tahkim anlaşması yazılı şekil şartını sağlayacaktır. Eğer 2006 UMK m. 7(5)'teki hükmün devlet mahkemesindeki yargılamalarda yapılacak itiraz etmemeyi de kapsadığı kabul edilecek olursa¹ bu şekilde kurulan tahkim anlaşması MTK açısından şeklen geçerli sayılmayabilecektir. Kanaatimizce, MTK'deki bu hükme ilişkin eksiklik 2006 UMK'deki hükmü aynen benimsemiş olan 1985 UMK'deki hüküm aracılığıyla yorumlanarak giderilebilir. Zira önemli olan tahkim anlaşmasını ayakta tutabilmektir.

2006 UMK Seçenek 1 ile MTK arasındaki benzer olan diğer hüküm de atıf yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarına ilişkindir. Her iki hüküm de neredeyse aynı olduğundan atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları her iki düzenleme açısından da şeklen geçerli olacaktır.

Sonuç olarak bazı noktalarda 2006 UMK Seçenek 1'deki hükümlerin MTK'deki hükümlere göre daha liberal olması, 2006 UMK Seçenek 1'e göre hazırlanmış olan bir millî tahkim kanuna uygun akdedilmiş bir tahkim anlaşmasının, MTK uyarınca geçersiz kılınmasına sebep olabilecektir.

2006 UMK Seçenek 2 ise yazılı şekil şartını tamamen ortadan kaldırarak MTK'den tamamen farklı bir anlayış benimsemiştir. Aslında ikinci seçenek sadece MTK açısından değil birçok millî tahkim kanunu açısından oldukça radikal bir değişiklik olarak nitelendirebilir. Bu noktada, 2006 UMK Seçenek 2'ye uygun olarak akdedilen tahkim anlaşmaları MTK açısından şeklen geçersiz sayılabilecektir. Zira, daha önce de belirtildiği gibi² hakemler önünde şekle ilişkin bir itiraz ileri sürüldüğünde hakem ya da hakem heyeti tahkim anlaşmasının şeklini tahkim yeri hukukuna göre inceleyecektir. Tahkim yerinin Türkiye olduğu bir uyuşmazlıkta 2006 UMK Seçenek 2'ye göre hazırlanmış bir tahkim anlaşması MTK'nin uygulanacak olması sebebiyle geçersiz sayılabilecektir. Ya da tahkim anlaşmasının şekline ilişkin itiraz tahkim ilk itirazı olarak Türk mahkemeleri önünde ileri sürülürse mahkeme kendi yetkisini kendi tahkim hukukundaki şekil kurallarına göre belirleyeceğinden

¹ Konuya ilişkin bilgi için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, 1.5. ve Dördüncü Bölüm, 3.1.4.

² Tahkim anlaşmalarının şekline uygulanacak hukuk konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, 2.

2006 UMK Seçenek 2'ye göre hazırlanmış bir tahkim anlaşması şeklen geçersiz sayılabilecektir.

Tüm değerlendirmeler göz önüne alındığında MTK'de benimsenen sistem aslında şu an için mevcut ihtiyaçların çoğunu karşılamaktadır. Zira 2006 UMK ile MTK arasında çoğu hüküm bakımından büyük bir fark bulunmamaktadır. MTK'nin mevcut ihtiyaçları karşılamadığı hususlar ise tahkim anlaşmalarının zımni veya sözlü olarak kurulduğu durumlardır. Zaten 2006 UMK ile MTK arasındaki en önemli fark tahkim anlaşmalarının sözlü veya zımni olarak kurulması noktasında kendini göstermektedir.

1.2. New York Konvansiyonu Açısından Değerlendirme

UNCITRAL tarafından 2006 UMK'de hem Seçenek 1'in hem de Seçenek 2'nin kabul edilmesi New York Konvansiyonu'nun mevcut "yazılı şekil" şartının çağdaş milletlerarası ticari işlemler için uygun olmadığını göstermektedir³. Zira her iki seçenek hem "imza" şartını hem de "belge teatisi" zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır. Ayrıca her iki seçenek de hem sözlü hem de zımni şekilde kurulacak tahkim anlaşmalarına izin vermektedir. Dolayısıyla, iki seçeneğin de uygulamada benzer etkilere sahip olacağı ifade edilmiştir⁴.

UNCITRAL, UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu'nu 2006 yılında yenilemesiyle birlikte aynı zamanda, 7 Temmuz 2006 tarihinde New York Konvansiyonu'nun yazılı şekil şartının yorumlanmasına ilişkin "Tavsiye Kararı"nı da kabul etmiştir⁵. UNCITRAL tarafından 7 Temmuz 2006'da kabul edilen Tavsiye Kararı, elektronik ticaretin kullanımının yaygınlaşması amacını taşımaktadır. Ayrıca Tavsiye Kararı, tahkim anlaşmalarının şekil şartı, tahkim işlemleri ve tahkim

³ Born, *Arbitration*, s. 742.

⁴ Born, *Arbitration*, s. 742.

⁵ Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konvansiyonu'nun II. Maddesinin 2. Fıkrası ve VII. Maddesinin 1. Fıkrasının Yorumlanmasına İlişkin Tavsiye Kararı'na (**Tavsiye Kararı**) erişmek için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/foreign_arbitral_awards (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

kararlarının tenfizi açısından New York Konvansiyonu'ndan daha uygun olan devletlerin iç hukuk mevzuatı ve içtihatların tanınması amacıyla hazırlanmıştır⁶.

Tavsiye Kararı aslında New York Konvansiyonu m. II(2)'nin uygulanmasını teşvik etmekte, ancak m. II(2)'deki açıklanan koşulların kapsamlı olmadığını da belirtmektedir. Ayrıca Tavsiye Kararı, 2006 UMK'deki m. 7'nin devletler tarafından benimsenmesini teşvik etmeye çalışmak için de hazırlanmıştır. Zira, 2006 UMK'deki madde 7'nin her iki seçeneği de New York Konvansiyonu'ndaki hükümlere göre daha elverişlidir⁷.

Tavsiye Kararı'nda akılda tutulması gerekli olan hususlar dile getirilmiştir. Bunlardan ilki, tahkime ilişkin olan millî kanunlar arasında yeknesaklığın daha iyi sağlanmasının özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde tahkimin etkililiğini artırmanın bir yolu olduğudur. İkincisi, Konvansiyon'un eşit derecede geçerli olan beş farklı dille hazırlanmış metinleri arasındaki ifade farklılıklarından kaynaklanan farklı yorumlarının akılda tutulması gerektiğidir. Bunlardan üçüncüsü, önemli olanın yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizinin mümkün olduğu kadar gerçekleştirmek olduğu göz önüne alındığında Konvansiyon'un VII(1) sayılı maddesinin, taraflara, kararın tenfiz edileceği ülkenin kanunları ve anlaşmalarının New York Konvansiyonu'ndan daha elverişli hükümlere sahip olduğu durumlarda bu kanun veya anlaşmalardan yararlanma hakkı verdiğidir⁸. Tavsiye Kararı'nda özellikle New York Konvansiyonu m. II(2)'nin katı şekilde yorumlanmaması gerektiği ve m. VII(1)'in de New York Konvansiyonu'ndan daha esnek hükümler içeren millî kanunların yazılı şekil şartlarının uygulanmasına izin verecek şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir⁹.

Tavsiye Kararı'nda ayrıca elektronik iletişimin kullanımı açısından da bazı hususları New York Konvansiyonu ile elektronik iletişim ilişkisi bağlamında

⁶İlgili bilgi için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/foreign_arbitral_awards (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

⁷İlgili bilgi için bkz. (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/foreign_arbitral_awards (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

⁸ Tavsiye Kararı, s. 1-2; Perales Viscasillas, **a.g.m.**, s. 371-372.

⁹ Tavsiye Kararı, s. 1-2.

değerlendiren açıklamalar yer almaktadır. Tavsiye Kararı'nda, 2006 UMK'nin özellikle yenilenmiş edilmiş 7. maddesinin, ETK-BM'nin, EİK-BM'nin, BM Elektronik İletişim Sözleşmesi'nin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine, iç mevzuatın yanı sıra içtihatların da şekil şartı açısından dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰.

Doktrindeki bir görüşe göre 2006 UMK, New York Konvansiyonu'nun yorumlanması açısından yasal olarak bağlayıcı değildir. Ancak yasal olarak bağlayıcı olmasa bile tıpkı BM Elektronik İletişim Sözleşmesi'nin 9(3) sayılı maddesinin New York Konvansiyonu m. II(2)'nin yorumlanmasına dahil edilmesi durumu gibi UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu hükümlerine dayanılabilir¹¹.

Bahsi geçen tüm hususlar değerlendirildiğinde New York Konvansiyonu m. II(2) mevcut ihtiyaçları karşılamaktan uzaktır. Aslında sırf bu yüzden New York Konvansiyonu m. II(2) uzun yıllardan beri tahkim anlaşmalarının ayakta tutulabilmesi için oldukça liberal yorumlanmaktadır. Bu liberal yorumlamalara rağmen milletlerarası ticaretteki uygulamaların çoğu, özellikle teknoloji geliştikçe, New York Konvansiyonu m. II(2)'deki engele takılmıştır. Ancak kanaatimizce, New York Konvansiyonu'nun değiştirilmesi milletlerarası ticari tahkime faydadan çok zarar sağlayacağından Konvansiyon'un yıllardır olduğu gibi yorumlama yoluyla uygulanması daha iyi bir çözüm sağlayacaktır. Bu yorumlama ise geniş bir şekilde yapılmalıdır. Zira, Konvansiyon uzun yıllardan beri yürürlükte ve Konvansiyon'a taraf devlet sayısı da oldukça fazladır. Konvansiyon'un değiştirilmesi yıllardan beri yapılan yorumlamaların boşa gitmesine sebep olacağı gibi değiştirilen maddelerin tekrardan yorumlanması da uzun yıllar alacaktır. Ayrıca taraf devlet sayısı bu kadar fazla olan bir Konvansiyon'un değiştirilmesi neticesinde ülkelerin tekrardan değiştirilmiş Konvansiyon'u benimsemesi de uzun yıllara mâl olacaktır. Bu yüzden Konvansiyon'daki hükümlerin Tavsiye Kararı'nda belirtildiği gibi geniş yorumlanması ve bu yorumlamalar yapılırken de teknolojik gelişmelere uygun olarak

¹⁰ Tavsiye Kararı, s. 2.

¹¹ Perales Viscasillas, **a.g.m.**, s. 372-373; Wolff, **a.g.m.**, s. 162, Wolff'a göre, örneğin bir müşterinin bilgisayar kamerası aracılığıyla video kaydı 2006 UMK Seçenek 1'deki 7(3) ve 7(4) maddeleri kapsamındaki şekil gerekliliklerini karşılasa da New York Konvansiyonu m. II(2) anlamında yazılı şekil şartını karşılayamaz.

hazırlanan milletlerarası sözleşmelerin nazara alınması mümkündür. Bu noktada, New York Konvansiyonu, UNCITRAL tarafından yayınlanan Tavsiye Kararı'ndaki ilkelere uygun olarak yorumlanırsa mevcut ihtiyaçların çoğunu ve gelecekteki ihtiyaçları da karşılayabilecektir.

2. YAZILI ŞEKİL ŞARTININ KALDIRILMASINA GERÇEKTEN İHTİYAÇ VAR MIDIR?

UNCITRAL tarafından yapılan 2006'daki düzenlemelere bakıldığında esas amacın modern dünyadaki gelişmelerin tahkim anlaşmaları açısından da uygulanmasının yolunun açılmak istenmesi olduğu görülmektedir. Neredeyse yetmiş yıl önce hazırlanmış olan New York Konvansiyonu her ne kadar çok fazla ülke tarafından benimsenmiş olsa da Konvansiyon'daki yazılı şekle dair hükümler modern dünyadaki ticaretin ihtiyaçlarını karşılamaktan oldukça uzaktır. Peki 2006 UMK düzenlemeleri gerçekten de New York Konvansiyonu'ndaki yazılı şekil şartının kaldırılması için bir yol açmış mıdır?

Doktrinde savunulan bir görüşe göre New York Konvansiyonu'na kıyasla daha ilerici hükümler içeren millî mevzuatlar ve Model Kanun'un 2006 revizyonları ele alındığında milletlerarası tahkime ilişkin yazılı şekil şartından vazgeçmemek için çok az neden görünmektedir¹². Yazara göre, yalnızca, taraflardan birinin milletlerarası tahkim anlaşmasına geçerli bir şekilde rıza gösterip göstermediği sorusu ele alınmalıdır¹³. Örneğin; İsviçre, İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Singapur gibi yazılı şekil şartındaki “yazılılık” kelimesinin ne belge teatisi ne de imza gerektirdiği (sadece yazılı bir delil ya da tahkim anlaşmasının kaydını gerektiren) şeklindeki millî düzenlemelerin esas alınması pozitif bir adım olacaktır¹⁴.

¹² Born, *Arbitration*, s. 758.

¹³ Born, *Arbitration*, s. 758.

¹⁴ Born, *Arbitration*, s. 742-748. Örneğin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 178(1) uyarınca: “Tahkim anlaşması, telgraf, teleks, telekopi veya tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapıldığını ortaya koyabilecek herhangi bir iletişim aracıyla yazılı olarak yapıldığı takdirde geçerlidir” Bu hükmün, New York Konvansiyonu m. II(2)'ye göre yazılı şekil şartı bağlamında daha az talepkâr olduğu belirtilmiştir. Ayrıca İsviçre Kanunu, yalnızca tahkim anlaşmasının bir “yazıyla” tespit edilebilmesini şart koşarken bu şartın modern iletişim araçlarıyla da karşılanabileceğini açıkça ortaya koymuştur. Bkz. Born, *Arbitration*, s. 744-745.

UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu'na ilişkin 2006 Revizyonları ve az sayıda, fakat giderek artan sayıda geliştirilen millî kanunlar, milletlerarası tahkim anlaşmaları için yazılı şekil zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır¹⁵. Bu yasal düzenlemeler uyarınca belirleyici olan konu, tarafların

1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu da neredeyse tüm yazılı şekil gerekliliklerinden büyük ölçüde vazgeçen modern mevzuatın önde gelen bir örneğidir. İngiliz Tahkim Kanunu m. 5(2) uyarınca: “Aşağıdaki durumlarda yazılı bir anlaşmanın var olduğu kabul edilir:

- (a) Taraflarca imzalanmış olsun veya olmasın anlaşma yazılı olarak yapılmışsa,
- (b) Anlaşma yazılı olarak belge teatisi yolu ile yapılmışsa,
- (c) Anlaşma yazılı olarak ispat edilebilirse.

m. 5(3) uyarınca: “Taraflarca yazı dışında başka bir yöntemle de olsa, içinde bir tahkim şartı bulunan herhangi bir sözleşmeye yapılan atıf yoluyla tahkim anlaşmasının yazılı yapılması gereği yerine getirilmiş olacaktır”

m. 5(4) uyarınca: “Yazıdan başka bir şekilde yapılmış olan bir tahkim anlaşmasının taraflardan birince veya taraflardan almış olduğu yetkiye istinaden bir üçüncü şahısça kayıt altına alınmış olmasıyla tahkim anlaşmasının yazılı bir belge ile ispat edilebilir olması şartı yerine gelmiş sayılacaktır”

m. 5(5) uyarınca: “Tahkim veya dava yargılaması sırasındaki yazılı beyanlarında taraflardan birinin taraflar arasında yazılı olmayarak yapılmış bir tahkim anlaşması bulunduğunu iddia etmesi ve diğer tarafın kendi yazılı beyanlarında bu hususta bir itirazda bulunmaması suretiyle de taraflar arasında yazılı bir tahkim anlaşması kurulmuş olacaktır” Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Kerem Ertan, **Deniz Hukukunda Londra’da Tahkim**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 28-29.

Amerika Birleşik Devletleri Federal Tahkim Kanunu m. 2 uyarınca: “Herhangi bir denizcilik işleminde veya ticaret içeren bir işlemi kanıtlayan bir sözleşmede, söz konusu sözleşme veya işlem den kaynaklanan bir ihtilaflın tahkim yoluyla çözümlenmesine yönelik yazılı bir hüküm veya bunların tamamının veya bir kısmının yerine getirilmesinin reddedilmesi veya böyle bir sözleşme, işlem veya reddeden kaynaklanan mevcut bir ihtilaflın tahkime sunulmasına ilişkin yazılı bir anlaşma geçerli, geri alınmaz ve uygulanabilir olacaktır. Herhangi bir sözleşmenin iptali için yasa veya hakkaniyet çerçevesinde mevcut olan veya 4. bölümde belirtilen diğer gerekçeler saklıdır.” Bununla birlikte, ABD mahkemeleri m. 2’yi New York Konvansiyonu m. II(2)’den veya 1985 UMK m. 7(2)’den daha liberal bir şekilde yorumlamışlardır. Bkz. Born, **Arbitration**, s. 742; Maddenin Türkçe çevirisi yazara aittir.

¹⁵ Bu noktada bazı millî mevzuatlardan bahsetmek gerekmektedir. Örneğin Fransa tahkim mevzuatında 2011 yılında revizyonlar yapılmıştır. Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 1507 uyarınca: “Tahkim anlaşması şekil bakımından herhangi bir şarta bağlı olmayacaktır” düzenlemesi mevcuttur. Kanun’un Fransızca metnine erişim için bkz. (Çevrimiçi), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000023427072/#LEGISCTA000023427131 (Erişim Tarihi: 26.04.2024). Fransa’nın tahkim mevzuatı hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Esen, **Şekil**, s. 90-93; Maddenin Türkçe çevirisi yazara aittir.

1999 tarihli İsveç Tahkim Kanunu m. 1 uyarınca: “Tarafların çözüme ulaşabilecekleri konularla ilgili anlaşmazlıklar, anlaşmaya göre, çözüm için bir veya daha fazla hakeme havale edilebilir. Böyle bir anlaşma, sözleşmede belirtilen hukuki ilişkiye ilişkin gelecekteki anlaşmazlıklarla ilgili olabilir. Anlaşmazlık, belirli bir olgunun varlığına ilişkin olabilir. Anlaşmaların yorumlanmasının yanı sıra, sözleşmelerdeki boşlukların doldurulması hakemlere de bırakılabilir. Hakemler, taraflar arasında rekabet hukukunun medeni hukuk etkilerine ilişkin karar verebilir.” İsveç Tahkim Kanunu’nda tahkim anlaşmalarının yazılı şekline ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla İsveç hukukunda tahkim anlaşmalarının sözlü olarak dahi yapılabileceği kabul edilmektedir. Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Esen, **Şekil**, s. 97.

14 Mayıs 2004 tarihli Yeni Norveç Tahkim Kanunu 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Norveç Tahkim Kanunu m. 10 uyarınca: “Taraflar, tanımlanmış bir hukuki ilişkiye ilişkin olarak aralarında ortaya çıkan uyuşmazlıkları ve aralarında doğabilecek tüm veya belirli uyuşmazlıkları tahkime götürme konusunda anlaşabilirler. Taraflar arasında tahkim sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşmasının ilgili olduğu hukuki ilişkinin devri ile birlikte devredildiği kabul

tahkim konusunda esasa ilişkin olarak geçerli bir şekilde mutabakata varıp varmadıklarıdır. Bu noktada bu mutabakata sözlü veya yazılı olarak ve açık veya zımni olarak varılması önemli değildir. Zira yeni düzenlemeler şekli bir geçerlilik kuralından ziyade kanıtlayıcı bir ilke olarak yeniden düzenlenmiştir¹⁶.

Kanımızca New York Konvansiyonu'nun yazılı şekil şartına ilişkin hükümleri her ne kadar arkaik oldukları konusunda eleştirilmekteyse de ortaya çıktığı dönemdeki teknolojik gelişmelere uygun olarak hazırlanmıştır. Ancak teknolojideki hızlı değişimler milletlerarası ticaret alanındaki uygulamaları da değiştirmeye başlamış olduğundan New York Konvansiyonu'nun yazılı şekil şartına ilişkin hükümlerinin günümüzde oldukça katı olduğu düşüncesine katılmaktayız. Milletlerarası alanda da UNCITRAL, New York Konvansiyonu hükümlerinin günümüz dünyasına uygun olmadığı düşüncesiyle birtakım çalışmalar yapmış ve son olarak yazılı şekil şartının öngörülmediği bir Model Kanun hükmü düzenlemiştir. Tüm bu düzenlemeler göz önüne alındığında, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasına dair zorunluluktan vazgeçmemek için makul sebepler bulunmadığı ileri sürülse de bu görüşe katılmamaktayız.

3. KANAATİMİZ

Tahkim anlaşmalarına ilişkin yazılı şekil şartının kaldırılıp kaldırılamayacağı konusundaki tartışma aslında tahkim anlaşmasının yazılı şekle tâbi tutulmasının nedeni, işlevleri ve amacına bağlı olarak yapılmalıdır.

Kanaatimizce tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde yapılmasının nedenleri tarafların gerçek iradelerinin somut olarak belirlenmesi ve bu iradelerinin güvenli şekilde delillendirilmesi, tarafların tahkim anlaşması yapma yönündeki iradelerinin açıkça tespitidir. Tüm bu nedenler göz önüne alındığında tahkim anlaşmalarının yazılı

edilecektir.” Böylece 2004 yılında yürürlüğe giren Norveç Tahkim Kanunu da tahkim anlaşmalarının yazılı şekline ilişkin herhangi bir düzenleme içermediği için tahkim anlaşmalarının yazılı olarak veya sözlü olarak kurulabileceği belirtilmektedir. Ancak ispat yükümlülüğü nedeniyle tahkim anlaşmalarının yazılı yapılması önerilmektedir. Bkz. Esen, **Şekil**, s. 102; Maddenin Türkçe çevirisi yazara aittir.

Yeni Zelanda Tahkim Kanunu m. 7(1) uyarınca: “*Tahkim anlaşması sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. 11. maddeye tabi olarak, tahkim anlaşması, bir sözleşmedeki tahkim şartı şeklinde veya ayrı bir anlaşma şeklinde olabilir.*” 1996 tarihli Yeni Zelanda Tahkim Kanunu en liberal tahkim kanunlarından biri olarak kabul edilmektedir. Bkz. Esen, **Şekil**, s. 104; maddenin Türkçe çevirisi yazara aittir.

¹⁶ Born, **Arbitration**, s. 750.

şekil şartı aslında taraf iradelerinin kayıt altına alınarak bu iradelerin somut olarak belirlenmesi ihtiyacından doğmaktadır. Tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartı kaldırıldığında ise taraf iradelerinin belirlenememesi oldukça karmaşık sorunlara sebep olacaktır. Örneğin sözlü olarak kurulacak tahkim anlaşmalarında tarafların gerçek iradelerinin tespit edilebilmesi ve tarafların iradelerinin somut olarak delillendirilebilmesi oldukça zor olacaktır. Aynı şekilde tahkim anlaşmalarının kapsamına girecek uyuşmazlıkların tespiti de zorlaşacaktır. Aslında yazılı şekil şartının kaldırılması durumunda taraf iradelerinin tespit edilmesi ispat hukukunun konusuna girecektir. Tahkim anlaşmalarının ispat hukukunun konusuna girmesi durumunda ise taraf menfaatlerinin korunması gerçekleştirilemeyecektir. Zira, tarafların tahkim anlaşmasının varlığını ispatlayamaması¹⁷ hâlinde uyuşmazlıklar devlet mahkemelerinde çözülmeye başlanacak, milletlerarası ticaretin hızlı ve güvenilir olması için verilen çabalar anlamsız kalacaktır. Özellikle kötü niyetli taraflar tahkim anlaşmasının ispat edilememesine güvenerek uyuşmazlıkların çözümünü sürüncemede bırakmak isteyebileceklerdir.

Tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartının bir ispat şartı olarak nitelendirilmesi durumunda tahkim anlaşmalarının varlığı bakımından taraflar arasındaki güven ilişkisi önemli bir rol oynayacaktır. Zira taraflar birbirlerine gerçekten güveniyorlarsa tahkim anlaşmasını, örneğin, sözlü olarak akdedebileceklerdir. Bu durumda her iki taraf da aslında tahkim anlaşmasının varlığı konusunda bir uyuşmazlık çıkmayacağına ilişkin güven duygusuyla hareket edecektir. Kanımızca uyuşmazlıkların çözüm yönteminin belirlenmesi hususu oldukça önem arz ettiğinden bunu, tarafların birbirine duyduğu güven ilişkisine dayandırmak pek mantıklı bir yaklaşım değildir. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, tahkim anlaşmasına rıza gösterilip gösterilmediği konusunda ispat sorunlarının yaşanması uyuşmazlıkların çözümünü daha da zorlaştıracak ve günümüz dünyasındaki ticaretin hızlı olması nedeniyle uyuşmazlıkların da hızlı bir şekilde çözülmesi gerektiği ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Her ne kadar UNCITRAL tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde yapılmasını ispat koşuluna yaklaştıran 2006

¹⁷ Milletlerarası tahkim hukukunda ispat yükü hakkında bilgi için bkz. Ekin Hacıbekiroğlu, **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 9-13.

değişikliklerini benimsemişse de bu anlayışın belirttiğimiz sebeplerle doğru olmadığını düşünmekteyiz.

Bu noktada belirtmek gerekir ki günümüz dünyasında artık tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde yapılması gerekliliğinin New York Konvansiyonu m. II(2)'deki katı koşullara tâbi olmaması da elzemdir. Zira, artan nüfus ve küreselleşme hızı karşısında milletlerarası ticaret uygulamalarının da belirli bir hızda olması gerekmektedir. Bu da taraflar arasındaki sözleşmelerin hızlı bir şekilde yapılmasını gerekli kılmaktadır. Ancak bu hız, güvenilirliği de zedelememelidir.

Bu durumda tahkim anlaşmaları da milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun olarak aşırı katı şekil şartına tâbi olmadan yapılmalıdır. Ancak tahkim anlaşmaları tarafların uyuşmazlığı çözmesi bakımından oldukça büyük bir önem teşkil ettiğinden tarafların tahkim anlaşmalarına gösterdikleri rızanın geçerli olup olmadığının tespit edebilmesi için tahkim anlaşmalarının kaydının bulunması gerekir. Bu noktada, tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartına hiçbir şekilde tâbi olmaması gerektiği düşüncesine katılmamaktayız.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken hususlardan bir diğeri de tahkim anlaşmasını hiçbir şekilde yazılı şekil şartına tâbi olmamasını öngören millî tahkim kanunlarıdır. Zira New York Konvansiyonu m. VII(1)'deki “daha lehe olan hak” ilkesi uyarınca tahkim anlaşmasına yönelik yazılı şekil şartı aramayan ülkelerdeki millî kanunların uygulanması mümkün olabilmekte ve tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliği sağlanabilmektedir. Aynı şekilde Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a) uyarınca da taraflar, kanunları yazılı şekil şartını aramayan ülkelerdeki kanunlardan yararlanabilmektedir. Her ne kadar tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartına tâbi olması gerektiğini düşünsek de millî kanunları yazılı şekil şartını aramayan ülkelerdeki hükümlerin tahkim anlaşmasını (hakem kararını) ayakta tutabilmek için uygulanması gerektiğini de düşünüyoruz.

SONUÇ

I. Türk hukukunun milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekline dair hükümler içeren kaynakları, Milletlerarası Tahkim Kanunu, New York Konvansiyonu ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'dur. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama alanı "amaç ve kapsam" başlıklı madde 1'in 2. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre bir uyuşmazlığın MTK kapsamına girebilmesi için o uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermesi ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya taraflarca ya da hakem veya hakem kurulunca uyuşmazlığa MTK'nin uygulanacağını kararlaştırılmış olması gerekir. Yabancılık unsurunun nasıl sağlanacağı hususu ise MTK m. 2'de örnekleme yoluyla yer almıştır.

New York Konvansiyonu ise yabancı hakem kararlarının tanınmasına ve tenfizine ilişkin bir Konvansiyon olup Konvansiyon, gerçek veya tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarda, tanınması ve tenfizi istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınmasına ve tenfizine uygulanır. Türkiye, New York Konvansiyonu'nun ticari iş ve âkit devlet çekinceleriyle onaylamış olup New York Konvansiyonu, Türkiye'de, ticari sayılan iş ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olan ve yalnızca New York Konvansiyonu'na taraf olan devlet toprağında verilen kararların tenfizinde uygulanır.

Avrupa-Cenevre Konvansiyonu milletlerarası ticari ilişkilerden doğan veya doğabilecek olan uyuşmazlıkların çözümü için akdolunan ve akdin yapılması sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri farklı devletlerde bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki tahkim anlaşmalarına uygulanır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, New York Konvansiyonu ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu birbirini tamamlayıcı nitelikte olup her iki Konvansiyon'un aynı anda uygulanması mümkündür.

Milletlerarası anlaşmalar, UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu ve onu izleyen milletlerarası tahkim kanunları, tahkim anlaşmasının şekli açısından kanunlar ihtilafı kuralları yerine milletlerarası özel hukuk maddi normu getirmişlerdir. Dolayısıyla, çalışmamızda tespit ettiğimiz diğer bir husus, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği incelenirken kanunlar ihtilafı kurallarının esas alınamayacağıdır. Ancak bu sefer de milletlerarası tahkim anlaşmalarına ilişkin üç

düzenleme de milletlerarası tahkim anlaşmasının şekline ilişkin hükümler içermekte olduğundan bu hükümlerin çatışması hâlinde hangi hükmün uygulanacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu durumda tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak hükümlerin belirlenmesi gerekmektedir. Bu hükümler ise tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliğine ilişkin itirazın ileri sürüldüğü aşamalara göre değişiklik göstermektedir.

Tahkim anlaşmasının şeklen geçersizliği hakem heyeti önünde ileri sürülebileceği gibi mahkeme önünde de ileri sürülebilir. Hakem ya da hakem heyeti önünde tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğu iddiasının öne sürülmesi hâlinde tahkim anlaşmasının şekline ilişkin itirazlar tahkim yeri hukukuna göre karara bağlanır. Ancak kanımızca, tahkim yeri hukukuna göre şeklen geçerli sayılmayacak bir tahkim anlaşması, New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca geçerli ise tahkim anlaşmasının ayakta tutulabilmesi için hakemler New York Konvansiyonu m. II(2)'yi de uygulayabilir.

Tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğunun mahkeme önünde ileri sürülmesi de mümkündür. Bu durumda bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkeme nezdinde dava açılması durumunda davalı, davacı ile arasında tahkim anlaşması bulunduğu dair tahkim ilk itirazı ileri sürebilir. Davacı ise tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğunu ileri sürebilir. Tahkim anlaşmasının MTK'ye tâbi olduğu bir uyuşmazlıkta Türk mahkemesi tahkim anlaşmasının şekline MTK m. 4(2)'yi uygulayacaktır. Tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığını inceleyen mahkeme, eğer tahkim yeri yabancı bir ülkede ise, şekle kendi hükümlerini uygulayacaktır. Bu durumda Türk mahkemesi, yabancı bir tahkim yerinin kararlaştırıldığı bir tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğini incelerken bu incelemeyi New York Konvansiyonu m. II(2) veya Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a)'ya göre yapabilir.

Tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğu iddiası iptal davası aşamasında da ileri sürülebilir. Bir hakem kararının iptali hakem kararının verildiği ülkede mümkündür. Dolayısıyla hakem kararının verildiği ülke mahkemesinde iptal davası açıldığında, mahkeme, hakem kararını kendi ülkesinde yer alan tahkim mevzuatındaki hükümlere göre denetler. Bu durumda iptal davasında tahkim anlaşmasının şekli

geçersizliği ileri sürüldüğünde her devletin kendi mahkemesi şekil yönünden kendi millî tahkim kanunu uygulayacaktır. Türk mahkemesi önündeki iptal davasında tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğu ileri sürülürse MTK m. 4(2) uygulanacaktır.

Tahkim anlaşmasının geçersizliğinin tenfiz aşamasında ileri sürülmesi hâlinde ise tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığı New York Konvansiyonu'na göre incelenecektir. Fakat, tahkim anlaşması, şeklen, New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca geçersizse mahkemeler New York Konvansiyonu m. VII(1)'deki “*daha lehe olan hak*” ilkesi uyarınca tahkim anlaşmasının şeklen geçerli kılan millî hukuku uygulayabilecektir.

II. MTK m. 4(2)'nin ilk cümlesi uyarınca tahkim anlaşması yazılı olarak yapılmalıdır. Bu yazılı şekil şartının nasıl karşılanacağı ise m. 4(2)'nin diğer cümlelerinde belirtilmiştir. Buna göre MTK uyarınca tahkim anlaşması, taraflarca imzalanarak akdedilebilecektir. Böylece tahkim şartı ya da bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılan tahkim anlaşmasının imzalanması esastır. Bu imza ise el ile atılmış olabileceği gibi güvenli elektronik imza yoluyla da atılabilir. Bu noktada güvenli elektronik imzayla imzalanmış tahkim anlaşmaları da şeklen geçerli kabul edilmektedir.

Tahkim anlaşmasının taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına geçirilmiş olması da yazılı şekil şartını sağlar. Belge teatisi yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarının imzalanması şart değildir. Ayrıca maddede adı geçen iletişim araçları sınırlı sayıda olmayıp günümüz teknolojisinde kullanılan ve gelecekte kullanılacak olan iletişim araçlarıyla da belge teatisi yapılması ve tahkim anlaşması kurulması mümkündür.

Tahkim anlaşması elektronik ortama geçirilerek de kurulabilir. Bu noktada, e-posta yoluyla ve “*click-wrap*” yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları da şeklen geçerli sayılacaktır. Tahkim anlaşmasının “*browse-wrap*” yoluyla kurulması durumunda ise yazılı şekil şartının sağlanmayacağını düşünmekteyiz. İnternet aracılığıyla kurulan bu tahkim anlaşmalarında ise imza şartı aranmaz.

Tahkim anlaşmasının kurulabilme yöntemlerinden bir diğeri ise dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının

verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yoludur. Buradaki davadan kasıt ise tahkim davasıdır.

MTK uyarınca, asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır. Başka bir ifadeyle tahkim anlaşması atıf (*incorporation by reference*) yoluyla da kurulabilir. Türk hukukunda, tahkim şartı ihtiva eden bir belgeye atıf yapılması durumunda, sözleşmede, atıf yapılan belgede tahkim şartı bulunduğu özel olarak belirtilmesinin gerekli olmadığı kabul edilmektedir. Atfın özel bir görünümü ise, konişmentoda çarter partiye yapılan atıftır. Çarter partide tahkim şartı bulunması durumunda üçüncü kişi olan konişmento hamilinin, konişmentoda çarter partiye yapılan genel atıfla, çarter partide bulunan bu tahkim şartı ile bağlı olduğu Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Kanaatimizce, eğer çarter parti konişmento hamilinde bulunmuyorsa, konişmentoda çarter partiye yapılan atfın üçüncü kişi konumundaki konişmento hamilini bağlayabilmesi için özel olması gerekir.

Tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin bazı özel durumlardan ilki genel işlem şartları içinde tahkim anlaşmasının yer almasıdır. Bu durumda tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmayacağı belirlenmek zorundadır. Zira atıfla ya da web sitesi aracılığıyla kurulan tahkim anlaşmalarında, tahkim şartı genel işlem koşulları içinde yer alabilmektedir. Ancak genel işlem şartlarında tahkim anlaşması yer aldığında bu tahkim anlaşmasının geçerliliği tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir incelemeye neden olur. Dolayısıyla, atıf yapılan belgede genel işlem koşulları yer almışsa da önemli olan esas sözleşmenin MTK m. 4(2) uyarınca yazılı şekil şartını sağlamasıdır.

Farklı şekilde kurulan tahkim anlaşmasının ikinci görünümü ise tahkim anlaşmalarının teşmilidir. Ancak teşmil, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir husus olduğundan tahkim anlaşmasının teşmil edilmeden önce şeklen geçerli olması yeterlidir.

Üçüncü farklı durum ise tahkim anlaşmasının Türkçe harici bir dilde akdedilmiş olmasıdır. Zira, 805 Sayılı Kanun'un mahkemeler tarafından yorumlanması ve uygulanması neticesinde yabancı dilde hazırlanan milletlerarası tahkim anlaşmaları bu Kanun'a istinaden geçersiz sayılabilmektedir. 805 Sayılı

Kanun'un 2. maddesinde “mukavele” teriminden bahsedilmediği için yabancı şirket veya müesseseler ile Türk tâbiyetindeki gerçek veya tüzel kişiler arasında kurulacak tahkim anlaşmalarında Türkçe kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak mahkemeler bu konuda farklı kararlar verdiğinden tahkim anlaşmalarının salt Türkçe hazırlanmamaları nedeniyle 805 Sayılı Kanun uyarınca geçersiz kılınmalarının önüne geçilmesinin önlenmesi amacıyla kanımızca tahkim anlaşmaları Türkçe de hazırlanmalıdır. Ancak bu konuda dikkat edilmesi gereken noktalardan biri de tahkim anlaşmalarının yer aldığı esas sözleşmelerin kimi zaman oldukça uzun olmasından dolayı tüm esas sözleşmenin hem yabancı dilde hem de Türkçe yapılacak olmasının oldukça meşakkatli olmasıdır. Bu durumda yalnızca tahkim anlaşmasının hem yabancı dilde hem de Türkçe hazırlanması daha uygun olacaktır.

Tahkim anlaşmalarının temsilci aracılığıyla akdedilmesi durumunda ise tahkim anlaşmasının şeklinin temsil anlaşmasının şekline teşmil etmeyeceği kanaatindeyiz. Zira bir temsilcinin yetkili olup olmadığı hususu esastan geçerliliğe etki etmektedir.

III. New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca yazılı anlaşma (tahkim anlaşması), terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır. MTK m. 4(2) hükmüne benzer şekilde New York Konvansiyonu uyarınca da tahkim anlaşması, tahkim şartı ya da bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde kurulabilir. Bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde kurulan tahkim anlaşmalarının imzalanması gerektiği konusunda görüş birliğine varılmıştır. Ancak ABD mahkemeleri esas sözleşmede tahkim şartı olarak yer alacak şekilde kurulan tahkim anlaşmalarında esas sözleşmenin imzalanıp imzalanmayacağı konusunda fikir ayrılığına düşmüşlerdir. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca esas sözleşmeye konulan tahkim şartı şeklinde yapılan tahkim anlaşmalarında esas sözleşme imzalanmalıdır.

Madde II(2) hükmü uyarınca tahkim anlaşması, belge teatisi yoluyla da kurulursa yazılı şekil şartını sağlayacaktır. Teatiyi gerçekleştirecek araçlar ise m. II(2)'ye göre yalnızca mektup ve telgraflardır. Dolayısıyla, New York Konvansiyonu m. II(2), 1958 yılında kaleme alındığından günümüzdeki teknolojiyle uyumlu değildir.

Konvansiyon, oldukça geniş çapta onaylanmış olsa da m. II(2) hükmü teknolojik gelişmelere ayak uyduramayan bir hüküm hâline gelmiştir. Özellikle teknolojinin gelişmesiyle birlikte tacirlerin tahkim anlaşması kurmak için kullandığı iletişim araçları madde hükmünde yer almamaktadır. Bu da yabancı hakem kararlarını ve dolayısıyla tahkim anlaşmasını ayakta tutma amacı olan Konvansiyon'un m. II(2) hükmünün hem mahkemeler hem de doktrin tarafından yorumlanması ihtiyacını doğurmuştur. Konvansiyon'un düzenlemesinden yıllar sonra, tahkim anlaşmaları örneğin atıf yoluyla ya da modern iletişim araçları ile kurulmaya başlanmıştır. Dolayısıyla, Konvansiyon m. II(2)'de yer almayan modern iletişim araçlarıyla ya da diğer yollarla kurulan tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartının sağlanıp sağlanmayacağı tartışılmaya başlanmıştır.

Tahkim anlaşmalarının zımni veya sözlü olarak kurulmaları hâlinde Konvansiyon m. II(2) uyarınca şekil şartının sağlanıp sağlanmayacağı tartışılan konuların başında gelmektedir. Savunduğumuz görüş uyarınca tahkim anlaşmalarının belge teatisi yoluyla kurulması hâlinde, kabul zımni veya sözlü olarak yapılamayacaktır. Zira teati kavramının karşılıklı alıp verme anlamına geldiği göz önüne alındığında, taraflardan birinin karşı tarafa gönderdiği ve tahkim anlaşması içeren bir belgenin karşı tarafça sözlü veya zımnen kabulü teati kavramına karşılık gelmeyecektir. Ancak bu teati edilen belgelerde tarafların mutlaka açık bir irade beyanıyla tahkim anlaşmasına onay verdiğini belirtmesine gerek bulunmamaktadır.

Atıf yolu (*incorporation by reference*) ile kurulan tahkim anlaşmalarının New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamadığı da doktrinde ve mahkeme kararlarında uzunca bir süre tartışılmıştır. Zira örneğin MTK'de ve UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu'nu takip ederek tahkim kanunlarını hazırlamış olan ülkelerdeki tahkim kanunlarında tahkim anlaşmalarının atıf yolu ile kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak New York Konvansiyonu'nda böyle bir hüküm bulunmadığından bu sorun millî mahkemelerin yorumu yoluyla aşılmaya çalışılmıştır. Yapılan yorumlar neticesinde millî mahkemeler, tarafların atıf yoluyla tahkim anlaşması kurmasını m. II(2) uyarınca geçerli saymaktadır. Bu konudaki tartışmalardan biri tarafların atıf yoluyla tahkim anlaşması akdetmeleri durumunda, atıf yaptıkları belgedeki tahkim şartından esas

sözleşmede özel olarak mı yoksa genel olarak mı bahsetmeleri gerektiğidir. Bu tartışma ise henüz çözüme kavuşturulmamıştır. Tarafların alanında deneyimli tacirler olup olmadığı, tahkimin o ticaret alanında mutad olup olmadığı, tarafların uzun yıllardan beri iş ilişkisi içinde olup olmadığı kriterlerine göre mahkeme kararları da çeşitlilik göstermektedir. Kanaatimizce, atıf yapılan ve tahkim şartı içeren belge diğer tarafın elindeyse esas sözleşmede tahkim şartına özel bir atıfta bulunulmasına gerek yoktur. Atıf yapılan belge diğer tarafın elinde değilse, atfın özel olarak mı genel olarak yapılması gerektiği her somut olay özelinde değerlendirilmelidir. Bu durumda örneğin taraflar uzun yıllardan beri iş ilişkisi içerisinde ise ya da tahkim o iş alanında mutad bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ise genel atıf yeterli olacaktır.

Deniz taşımacılığında taşıyan ile taşıtan arasında charter parti akdedilmekte ve bu charter parti bir tahkim şartı içermektedir. Ayrıca, düzenlenen konişmentolarda bu charter partiye atıf yapılmaktadır. Konişmentoda charter partiye yapılan bu atıf nedeniyle üçüncü kişi olan konişmento hamilinin charter partideki tahkim şartıyla bağlı olup olmayacağı ve konişmento hamili bakımından Konvansiyon'daki yazılı şekil şartının sağlanıp sağlanmadığı da yorum konusu olmuştur. Millî mahkemeler, konişmentoda charter partiye genel bir atfın yapılmasının yazılı şekil şartını sağlamadığına karar vermişlerdir. Kanaatimizce, konişmento hamili kimse üçüncü kişi konumunda olacağından charter partideki tahkim anlaşmasından bihaber olması mümkündür. Bu durumda üçüncü kişi hamilin charter partideki tahkim anlaşmasıyla bağlı olabilmesi için tahkim şartına özel atıf yapılması gerekir.

Tahkim anlaşmasının bağlayıcılığı tahkim anlaşmasını imzalamamış olan tarafları da kapsayacak biçimde genişletilebilir. Bu durumda tahkim anlaşmasını imzalamayanın bu anlaşmayla bağlı kılınması New York Konvansiyonu m. II(2)'deki yazılı şekil şartına engel teşkil etmez. Zira, bu husus anlaşmanın esastan geçerliliğiyle ilgili bir sorun olup şekle ilişkin bir konuyu gündeme getirmemektedir.

Bir diğer husus ise modern iletişim araçlarıyla kurulan tahkim anlaşmalarının New York Konvansiyonu uyarınca geçerli olup olmayacağıdır. Tahkim anlaşmasının mektup ve telgraf yoluyla kurulmasını hüküm altına Konvansiyon'un, bu araçları sınırlı sayıda belirtmediği mahkemeler ve doktrin tarafından benimsenen yaygın

görüştür. Öyle ki, faksın ortaya çıktığı dönemde faks yoluyla teati edilen belgelerle kurulan tahkim anlaşmalarının Konvansiyon uyarınca yazılı şekil şartını sağladığı çoğu mahkemece tespit edilmiştir. Bu nedenle, e-posta yolu ve web sitesi aracılığıyla “*click-wrap*” yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları da m II(2)’nin geniş yorumlanması suretiyle yazılı şekil şartını sağlayacaktır. Bu konudaki istisnalardan biri “*browse-wrap*” yolu ile kurulan tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartını sağlamayacağıdır. Bu noktada değinilmesi gereken konulardan bir diğeri ise bağımsız bir tahkim sözleşmesi ya da esas sözleşmeye konulan bir tahkim şartı şeklinde kurulan tahkim anlaşmalarının elektronik olarak imzalanmaları hâlinde Konvansiyon uyarınca yazılı şekil şartının sağlanıp sağlanmayacağıdır. Bu noktada milletlerarası anlaşmalar yorum konusunda yardımcı olmaktadır. Örneğin BM Elektronik İletişim Sözleşmesi’nin 20(1) sayılı maddesi New York Konvansiyonu’na atıf yapmıştır. Bu nedenle, bir tahkim anlaşması, BM Elektronik İletişim Sözleşmesi m. 9(3)’ün gerekliliklerini karşılayan bir dijital imza ile imzalanmışsa tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağladığı kabul edilir. UNCITRAL’ın 2006 tarihli tavsiye kararı da New York Konvansiyonu m. II(2)’nin yazılı şekil şartının geniş yorumlanmasını önererek UNCITRAL’ın elektronik ticaret ile ilgili metinlerine açıkça atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu konuda da maddenin geniş yorumlanması tavsiye edilerek elektronik imza ile imzalanmış bir tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını sağladığı belirtilmektedir.

Tespit edilen noktalardan bir diğeri ise New York Konvansiyonu m. II(2)’deki yazılı şekil şartının azami nitelikte olduğudur. Böylece milli kanunlarda m. II(2)’den daha katı yazılı şekil şartı öngörülmüşse bu şekil şartına uyulması New York Konvansiyonu m. II(2) uyarınca engellenmektedir. Ayrıca m. II(2)’nin asgari bir şekil şartı olup olmadığı da tartışılan konulardan bir diğeridir. Her ne kadar doktrinde ve mahkeme kararlarında m. II(2)’nin aynı zamanda asgari bir yazılı şekil şartı öngördüğü belirtilmişse de m. VII(1) hükmü nedeniyle bu görüşleri savunmak mümkün değildir. Dolayısıyla UNCITRAL’ın 2016 tarihli Konvansiyon Rehberi’nde de belirtildiği üzere âkit devletler m. II(2)’dekinden daha liberal şekil şartı hükümlerini uygulamakta özgürdürler.

1961 Tarihli Avrupa-Cenevre Konvansiyonu’nda tahkim anlaşmalarının şekli m. I(2)(a)’da düzenlenmiştir. New York Konvansiyonu’ndan yalnızca üç yıl sonra

düzenlenen Avrupa-Cenevre Konvansiyonu da aslında tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartını New York Konvansiyonu m. II(2)'den daha geniş bir hükümle düzenlememiştir. New York Konvansiyonu'nda olduğu gibi Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nda da tahkim anlaşması esas sözleşmeye konulan bir tahkim şartı ya da bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Ancak New York Konvansiyonu'ndaki imza tartışmasının aksine Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nda her iki şekilde de yapılan tahkim anlaşması imzalanmalıdır. Tahkim anlaşması ayrıca tarafların birbirine yolladığı mektup, telgraf yahut teleskriptör metninde mündemiç bulunması hâlinde de yazılı şekil şartını sağlar. Böylece, New York Konvansiyonu m. II(2)'deki mektup ve telgraf haricinde teleskriptör ile teati olması durumunda da tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartı sağlanmış olacaktır. Madde I(2)(a)'da teleskriptöre yapılan atfın elektronik olarak yapılan tahkim anlaşmaları lehine de bir yoruma imkân vermekte olduğu ve maddenin liberal yorumlanması gerektiği belirtilmektedir.

Avrupa-Cenevre Konvansiyonu m. I(2)(a)'nın son cümlesi uyarınca; tahkim anlaşması, kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan devletler arasındaki ilişkilerde bu kanunların müsaade ettiği şekiller dairesinde akdedilmiş olursa şekil şartı sağlanır. Bu cümle uyarınca Avrupa-Cenevre Konvansiyonu, yazılı şekil şartına ilişkin asgari bir gereklilik belirlememektedir. Böylece hüküm, sözlü bir anlaşma gibi yazılı şekil şartı dışında herhangi bir şeklin kabul edilmesi durumunda yerini iç hukukun daha elverişli hükümlerine bırakmaktadır. Ayrıca cümledeki “*yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan devletler*” ifadesi hakkında fikir ayrılıkları oluşmuşsa da bu ifadenin, tarafların idare merkezlerinin veya mutad meskenlerinin bulunduğu ülkeleri kastettiğini düşünmekteyiz.

IV. Ülkelerin mevzuatlarının birbiriyle uyumlu hâle getirilmesi ve güncellenmesi için model kanunlar ortaya çıkaran UNCITRAL'in 1985 tarihinde ortaya çıkarmış olduğu UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu ve bu Model Kanun'un 2006 yılında güncellenmiş olan hâli incelenmiştir. UNCITRAL'in çeşitli konularda hazırlamış olduğu model kanunlar ülkelerin o konulardaki kanunlarını hazırlamasında örnek teşkil etmektedir. Birçok devlet tarafından

UNCITRAL'in hazırlamış olduğu model kanunlar örnek alındığından milletlerarası alanda da uyum ve yeknesaklık sağlanmış olmaktadır.

UNCITRAL'in hazırlamış olduğu 1985 UMK'de yazılı şekil şartı m. 7(2)'de düzenlemiştir. Aslında 2001 tarihli MTK, 1985 UMK'nin neredeyse tercümesidir. Dolayısıyla, MTK ve UNCITRAL yazılı şekil konusunda benzer hükümlere sahiptir. 1985 UMK ile MTK arasında bazı farklar bulunmaktadır. 1985 UMK'de iletişim araçları örnekleyici olarak sayıldıktan sonra bu iletişim araçlarının tahkim anlaşmasını yazılı olarak kaydedebilecek nitelikte olması koşuluyla kabul edildiği görülmektedir. MTK'de ise tahkim anlaşmasının teati edilebileceği iletişim araçları sayılırken 1985 UMK'deki gibi “yazılı olarak kaydedebilecek” nitelikte olma koşulu aranmamıştır. MTK'deki bu eksiklik ise yorum yoluyla giderilebilecektir.

UNCITRAL, 1985 UMK'yi milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun hâle getirmek amacıyla 2006 senesinde yenilemiştir. UNCITRAL, özellikle milletlerarası ticaretteki uygulamalara uygun hükümlere ihtiyaç duyulduğu fıkırdan hareket etmiştir. Bu yenilemede göz önüne alınan düzenlemeler ise 1996 yılında kabul edilen Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu (ETK-BM), 2001 yılında kabul edilen Elektronik İmzalar Hakkında UNCITRAL Model Kanunu (EİK-BM) ve 2005 yılında kabul edilen BM Elektronik İletişim Sözleşmesi'dir. Böylece UNCITRAL, günümüzde oldukça önemli bir hâle gelen elektronik iletişim araçlarını da göz önüne alarak yeni Model Kanun'u hazırlamıştır.

UNCITRAL, 2006 UMK'de tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına ilişkin madde 7 hükmünü yeniden düzenlerken iki seçenek şeklinde düzenlemiştir. İlk seçenekte m. 7, altı fıkradan oluşmaktadır. Esas sözleşmeye konulan bir tahkim şartı ya da bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilecek tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerektiği m. 7(2)'de hüküm altına alındıktan sonra yazılı şekil şartının nasıl sağlanması gerektiği m. 7(3)'te düzenlenmiştir. 7(3) hükmü uyarınca, “Bir tahkim anlaşması, içeriği herhangi bir biçimde kayda geçirilmişse, tahkim anlaşmasının veya sözleşmenin sözlü olarak, davranışlarla veya başka bir yolla akdedilmiş olup olmadığına bakılmaksızın yazılı olduğu kabul edilir.” Böylece tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış sayılması için ne imza ne de belge teatisi şartı

aranmıştır. Madde hükmünce önemli olan tahkim anlaşmasının yazılı bir kaydının bulunmasıdır. Böylece m. 7(3) tahkim anlaşmalarının şekli bakımından oldukça radikal bir değişiklik getirmiştir. Bu maddeyle aslında tahkim anlaşmalarının şekli, ispat koşuluna yaklaştırılmıştır.

2006 UMK m. 7(4) hükmü tahkim anlaşmalarının elektronik iletişim araçlarıyla kurulabilmesine olanak sağlamıştır. Bir tahkim anlaşması, elektronik haberleşmede yer alan bilgilere daha sonra ulaşılabilir olması kaydıyla elektronik haberleşme araçları ile de kurulabilmektedir. Maddenin ikinci ve üçüncü cümlesinde elektronik haberleşme ile veri mesajı kavramlarının tanımları yapılmıştır. Bu tanımlar uyarınca: “*Elektronik haberleşme, tarafların veri mesajları aracılığıyla yaptığı her türlü haberleşme anlamına gelir.*” Veri mesajı ise, “*bunlarla sınırlı kalmamak kaydıyla, elektronik veri değişimi (EDI), e-posta, telgraf, teleks veya telekopi gibi elektronik, manyetik, optik veya benzeri yollarla üretilen, gönderilen, alınan veya saklanan bilgiler anlamına gelir.*” Böylece 2006 UMK elektronik iletişim araçlarının çeşidini artırarak ve bunları sadece maddede sayılanlarla sınırlamayarak gelecekte ortaya çıkabilecek yeni teknolojik araçlarla da tahkim anlaşmalarının kurulabilmesinin ve bu şekilde yazılı şekil şartı sağlanmasının yolunu açmıştır. Kaldı ki, UNCITRAL’in esas amacı da teknolojik gelişmelere uyum sağlanması ve ticari hayatın oldukça arkaik düzenlenmelere sahip eski hükümler nedeniyle yavaşlamasının ve aksamasının önüne geçmektir. 7(4) hükmü ile de bu amaç sağlanmaya çalışılmıştır.

2006 UMK her ne kadar imza şartını ortadan kaldırmışsa da millî kanunların çoğu ve New York Konvansiyonu ile Avrupa-Cenevre Konvansiyonu tahkim anlaşmalarının imzalı olmasını şart koşturmaktadır. Bu durumda elektronik imza ile imzalanmış olan tahkim anlaşmalarının geçerli olup olmadığı da önem teşkil etmektedir. New York Konvansiyonu’na tâbi olan bir tahkim anlaşmasının elektronik imza ile imzalanmış olması hâlinde bu tahkim anlaşmasının BM Elektronik İletişim Sözleşmesi’nin, ETK-BM’nin ve EİK-BM’nin baz alınarak yorumlanması suretiyle geçerli kılınması gerektiği kanısındayız.

2006 UMK m. 7(5), bir tahkim anlaşmasının anlaşmanın varlığını bir tarafın iddia edip diğer tarafın reddetmediği ve bunun dava ve savunma dilekçelerinde

belirtildiği hâllerde de kurulabileceğini hüküm altına aldıktan sonra m. 7(6) atıf yoluyla tahkim anlaşmaları kurulabileceğini düzenlemiştir. Böylece, 1985 UMK m. 7(2)'de yer alan hükümler 2006 tarihli UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu'nda da tekrarlanmıştır.

2006 UMK'nin esas olarak ikinci seçenek olarak belirlediği m. 7 büyük bir değişiklik içermektedir. Zira ikinci seçenek olarak sunulan m. 7, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması zorunluluğunu tamamen ortadan kaldırarak sözlü olarak tahkim anlaşması kurulmasının da yolunu açmıştır. Kanımızca bu düzenleme, devletler tarafından kolayca kabul edilemeyecek derecede radikal bir değişiklik içermektedir. Ayrıca kanaatimizce, bu madde tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasının geçerlilik koşulu değil bir ispat koşulu hâline getirilmek istenmesi sonucudur.

V. UNCITRAL tarafından hazırlanmış olan 2006 UMK'nin, MTK ve New York Konvansiyonu açısından sonuçları da incelenmiştir. MTK, 1985 UMK'nin neredeyse tercümesi olduğundan 2006 yılında hazırlan UMK'den daha katı şekil şartı hükümleri içermektedir. Dolayısıyla 2006 UMK'ye istinaden hazırlanmış olan millî kanunlara uygun olarak akdedilmiş bir tahkim anlaşması MTK m. 4(2) kapsamında bazı durumlarda şeklen geçersiz olabilir. Özellikle 2006 UMK ikinci seçenek yazılı şekil şartını kaldırdığı için bu kadar radikal bir değişikliğe uygun olarak hazırlanan tahkim anlaşması sadece MTK kapsamında değil, henüz bu kadar radikal bir değişiklik yapmamış olan diğer millî kanunlar uyarınca da şeklen geçersiz sayılabilir.

UNCITRAL, 2006 UMK'den sonra New York Konvansiyonu'nun yorumuna ilişkin olarak yine 2006 tarihinde bir Tavsiye Kararı yayınlamıştır. Tavsiye Kararı'nda 2006 UMK'nin 7 numaralı maddesinin benimsenmesi için devletler teşvik edilmektedir. Ayrıca Tavsiye Kararı'nda New York Konvansiyonu m. II(2)'nin uygulanması da teşvik edilmektedir. Ancak m. II(2) hükmünün geniş kapsamlı olmaması nedeniyle m. II(2)'nin yorum yoluyla genişletilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu yorum ise ETK-BM, EİK-BM ve BM Elektronik İletişim Sözleşmesi'nin hükümleri ışığında yapılmalıdır. Ayrıca önemli olan hususun yabancı hakem kararlarının ve buna dayanak teşkil eden tahkim anlaşmalarının ayakta tutulması olduğu göz önüne alındığında New York Konvansiyonu m. VII(1) uyarınca

daha esnek hükümler ihtiva eden millî kanunların da uygulanmasının mümkün olduğunun altı çizilmektedir.

Tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartına ilişkin tartışmalar yıllarca süregelmiştir. Bu tartışmaların bir sonuca varması ve milletlerarası ticaretin daha kolay bir şekilde işleyebilmesi için hem doktrinde hem mahkeme içtihatlarında hem de UNCITRAL tarafından çözümler yaratılmaya çalışılmıştır.

Kanaatimizce milletlerarası tahkim anlaşmaları yazılı şekil şartına tâbi olmaya devam etmelidir. Fakat bu yazılı şekil şartının sağlanma koşulları daha esnek olmalı ve günümüzün ticari ihtiyaçlarına cevap vermelidir. Dünyada oldukça geniş çaplı bir katılımın olduğu New York Konvansiyonu m. II(2) de yorum yoluyla genişletilmeli, m. VII(1)'den yararlanılmalıdır. Tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartı gerekliliğinin kaldırılması bu sefer tahkim anlaşmalarının varlığına ilişkin ispat sorunlarına neden olacaktır. Bu ise yıllardan beri zaten sürekli tartışılan bir konunun tekrardan ve bu sefer en baştan tartışılmasına neden olacaktır. Tartışma konularının içtihatların oluşturulması ise tıpkı yazılı şekil şartında olduğu gibi uzun yıllar kaybettirecektir. Dolayısıyla, devletler millî tahkim kanunlarını yazılı şekil şartı günümüz teknolojik koşullara uygun olacak hazırlamalı, New York Konvansiyonu ve Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'ndaki arkaik hükümler ise tahkim anlaşmalarını ayakta tutacak şekilde yorumlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya:	Milletlerarası Özel Hukuk , 1. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
Akıncı, Ziya:	Milletlerarası Tahkim , 5. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020. (Milletlerarası Tahkim)
Akıncı, Ziya:	“Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları , Ankara, 1994. (Tenfiz)
Akıncı, Ziya:	“Tahkim Giderlerinin Azaltılması ve Elektronik Tahkim”, Milletlerarası Tahkim Semineri , 10 Mart 2003, Ankara, s. 99-114. (Tahkim Giderlerinin Azaltılması)
Akıncı, Ziya:	“Elektronik Tahkim”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu , 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 429-437. (Elektronik Tahkim)
Altay (Akansel), Ayfer:	“İngilizce ve Türkçe Hukuk Dillerinin Özellikleri: Karşılaştırmalı Bir Çalışma”, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi , C. 19, S. 2, 2002, s. 13-32.
Alqudah, Mutasim Ahmad:	“Enforceability of Arbitration Clausesin Online Business-to Consumer Contracts”, Journal of International Arbitration , Vol. 28, Issue 1, 2011, s. 67 – 79.
Antalya, Gökhan:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I , 1. Bs., İstanbul, Legal, 2015.

Ataç, Murat; Yaman Meltem:	“Milletlerarası Tahkimde İptal Davası” Nurkut İnan'a Armağan , İstanbul, On İki Levha, 2022, s. 840-847.
Ataman Figanmeşe, İnci:	“Milletlerarası Ticarî Hakem Kararlarının İptal Ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni , C. 31, S. 2, 2012, s. 35-81. (İki Öneri)
Ataman Figanmeşe, İnci:	“Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni , C. 31, S. 1, 2012, s. 91-152. (Yatırım Tahkimi)
Ataman Figanmeşe, İnci:	“Hakem Kararlarının İptali Davalarında Verilen Kararlara Karşı İstinaf Yoluna Başvurmaksızın Temyize Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu ve Buna İlişkin Güncel Gelişmeler”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni , C. 37, S. 2, 2017, s. 1004-1037. (Güncel Gelişmeler)
Aydemir, Fatih:	Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi , 1. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2017.
Aydın, Esen:	“Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk”, Public and Private International Law Bulletin , C. 39, S. 1, 2019, s. 33-61.
Aydın, Esen:	“Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak

	Hukuk”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk , Ed. Ziya Akıncı, Berk Demirkol, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 3-31.
Aydoğan, Aykut:	Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü , 1. Bs., İstanbul, Beta, 2003.
Ayhan, Rıza:	“Teyit Mektubu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası , C. 71, S. 2, 2014, s. 51-70.
Bagot, Michael H.; Henderson, Dana A.:	“Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration”, Tulane Maritime Law Journal , Vol. 26, 2002, s. 414-450.
Bahtiyar, Mehmet:	“805 Sayılı Kanun’a Aykırılık ve Yabancı Dilde Yazılmış Tahkim Şartının Yaptırımı Sorunu”, Prof. Dr. Zühtü Aytaç’a Armağan , Ed. Korkut Özkorkut, et al., İstanbul, On İki Levha, 2024, s. 355-376.
Balkar, Süheyla:	“Online Tahkim”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 2004, S. 1, 2006, s. 463-497. (Online Tahkim)
Balkar, Süheyla:	“805 Sayılı Kanun'un Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk , Ed. Ziya Akıncı, Berk Demirkol, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2021, s. 71-110. (805 Sayılı Kanun)
Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Organizatör):	Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Taslaklar, Tartışmalar, Öneriler, 25-28 Eylül 1997, 6 Haziran 1997, Ankara, 1999, s. IX.

Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm:	Konışmantodan Doğan Kanunlar İhtilafı , Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2007.
Bayram, Aziz Erman:	“Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi , C. 28, S. 119, 2015, s. 331-366.
Berger, Peter Klaus:	“Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?”, International Arbitration 2006: Back to Basics? , Ed. Albert Jan van den Berg, ICCA Congress Series No. 13, Kluwer Law International, 2007, s. 301 – 334.
Bingöl, Hande:	Milletlerarası Ticari Tahkimde Grup Şirketler Doktrini Çerçevesinde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili , Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2023.
Birsel, Mahmut Tevfik:	“Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 7, Özel Sayı, 2005, s. 1-38.
Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine; Redfern, Alan; Hunter, Martin:	Redfern and Hunter on International Arbitration, Student Version , 6. Bası, Oxford, Oxford University Press, 2015.
Born, Gary B.:	International Commercial Arbitration-International Arbitration Agreements , C. 1, 3. Bs., The Netherlands, Kluwer Law International, 2021. (Arbitration)

Bozbel, Savaş:	“Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler: 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. VII, S. 3-4, 2003, s. 783-804.
Can, Hacı; Tuna, Ekin:	Milletlerarası Usul Hukuku , 3. Bs., Ankara, Adalet, 2022. (Usul)
Can, Hacı; Tuna, Ekin:	Milletlerarası Tahkim Hukuku , 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2021. (Tahkim)
Dasteel, Jeffrey H.:	“Consumer Click Arbitration: A Review of Online Consumer Arbitration Agreements”, 9 Arbitration Law Review , 2017, s. 1-19. (Çevrimiçi), https://elibrary.law.psu.edu/arbitrationlawreview/vol9/iss1/18/ (Erişim Tarihi: 06.08.2024)
Daujotas, Rimantas:	“Arbitration in Lithuania”, Practitioner’s Report , 2nd Edition, 2020, (Çevrimiçi), https://rdaujotas.com/wp-content/uploads/2022/01/Rimantas-Daujotas.-Arbitration-in-Lithuania-2-edition-pdf.pdf (Erişim Tarihi: 20.03.2024)
Demirkol, Berk:	“Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt I , Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 279-315. (Teşmil)
Demirkol, Berk:	“Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, Public and Private International Law Bulletin , C. 40, S. 2, 2020, s. 1313-1350.

Deren Yıldırım, Nevhis:	Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları , İstanbul, Alkım, 2004. (Esaslı Sorunlar)
Domenico Di Pietro:	“Incorporation of Arbitration Clauses by Reference”, Journal of International Arbitration , Vol. 21, Issue 5, 2004, s. 439 – 452.
Doğan, Murat; Şahan, Gökhan; Atamulu, İsmail:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , 3. Bs., Ankara, Seçkin, 2023.
Dinç, İlhan:	“İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılmasına Dair Kanuna İlişkin Güncel Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi , S. 44, 2020, s. 129-184.
Dönmez, Cansu:	Verildiği Ülkede İptal Edilen Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi , 1. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2022.
Dülger, Ahmet:	“Çevrim İçi Olarak Yapılan Tahkim Anlaşmalarının Hukuki Geçerliliği”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 12, S. 2, 2022, s. 317-364.
Ekşi, Nuray:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim , 2. Bs., İstanbul, Beta, 2019. (HMK)
Ekşi, Nuray:	Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları , 2. Bs., İstanbul, Beta, 2010. (Incorporation)
Ekşi, Nuray:	“Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel

	Hukuk Bülteni , C. 23, S. 1-2, 2011, s. 295-338. (Genel Değerlendirme)
Erdem, Ercüment:	Milletlerarası Ticaret Hukuku , 1. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2017.
Erdoğan, Feyiz:	Uluslararası Hukuk ve Tahkim , 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2004. (Hukuk ve Tahkim)
Eren, Fikret:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , 28. Bs., Ankara, Legem, 2023.
Eren, Fikret; Dönmez, Ünsal:	Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I , Ankara, Yetkin, 2022.
Erkan, Mustafa:	Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları , Ankara, Yetkin, 2013. (Yetki Sorunları)
Ertan, Kerem:	Deniz Hukukunda Londra’da Tahkim , Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2010.
Ertekin, Erol; Karataş, İzzet:	Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararların Tenfizi Tanınması , Ankara, Yetkin, 1997.
Esen, Emre:	“İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi”, Public and Private International Law Bulletin , C. 40, S. 1, 2020, s. 203-229. (Mecburî Türkçe)

Esen, Emre:	“Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni , C. 28, S. 1-2, 2011, s. 65-114. (Şekil)
Esen, Emre:	Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili , 1. Bs., İstanbul, Seçkin, 2008, (Teşmil).
Falcıoğlu, Mete Özgür:	Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu , Ankara, Yetkin, 2004. (Elektronik Satım Sözleşmesi)
Fouchard, Philippe; Gaillard, Emmanuel; Goldman, Berthold:	on International Commercial Arbitration , The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1999. (Arbitration)
Gabriel, Henry D.:	“The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts : an Overview and Analysis”, Uniform Law Review , Vol. 11, Issue 2, 2006, s. 285–303.
Gölcüklü, İlyas:	“Genel İşlem Şartlarında Tahkim İradesinin Öngörülmesi”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk , Ed. Ziya Akıncı, Berk Demirkol, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2021, s. 111-138. (Genel İşlem Şartları)
Grosshans, Annemarie; Landi, Niccolo:	“Arbitration Agreements: Written Form Requirements and New Means of Communication” Bocconi Legal Papers , 4, 2014, s. 221-237.
Gusy, Martin F.:	“The Validity of an Arbitration Agreement Under the New York Convention-Remarks on the Order of OLG Schleswig, March

	30, 2000 (16 SchH 5/99)”, Journal of International Arbitration , Vol. 19, Issue 4, 2002, s. 363 – 378.
Gümüşlü, Gülce:	“Milletlerarası Akitlerde Elektronik İletişimin Kullanılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 63, S. 2, 2014, s. 329-364.
Güngör, Gülin:	“Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 51, S. 1, 2002, s. 19-42.
Güvenalp, Ferda Nur:	“Genel İşlem Şartları İçinde Tahkim Anlaşmasına Yer Verilmesi ve Sonuçları”, Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt 1 , Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 207-234.
Hacıbekiroğlu, Ekin:	Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller , İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.
Hascher, Dominique T.:	“European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – Commentary”, Yearbook Commercial Arbitration , Vol. XXXVI, 2011, s. 504-562. (Çevrimiçi), https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media113534204360520hascher_commentary_on_the_european_convention_1961.pdf (Erişim Tarihi: 09.08.2024)
Harpole, Sally A.:	“The Arbitration Agreement Under the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

	UNCITRAL Model Law and National Laws”, Spain Arbitration Review Revista del Club Español del Arbitraje , Vol. 2009, Issue 5, 2009, s. 21 – 27.
Herrmann, Gerold:	“The UNCITRAL Arbitration Law: A Good Model of a Model Law”, Uniform Law Review Vol. 3, Issue 2-3, 1998, s. 483-500.
Holtzmann, Howard M.; Joseph E. Neuhaus; Kristjánsdóttir, Edda; Walsh, Thomas W.:	A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary , the Netherlands, Wolters Kluwer, Law & Business, 2015.
Işık, Fatih:	Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk , 1. Bs., İstanbul, Onikilevha, 2015. (Yetki)
Işık, Serpil:	MTK ve HMK Kapsamında Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası , 1. Bs., İstanbul, Onikilevha, 2022. (Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası)
İlhan, Hüseyin Afşın:	Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği , 1. Bs., Ankara, Adalet, 2016.
Kalpsüz, Turgut:	“İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer , Ankara, 1996, s. 339-379. (İnşaat Sözleşmeleri)

Kalpsüz, Turgut:	“Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan , C. 2, İstanbul, 2003, s. 1027-1053. (Tahkim Anlaşması)
Kalpsüz, Turgut:	Türkiye’de Milletlerarası Tahkim , 1. Bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2007. (Milletlerarası Tahkim)
Karamanian, Susan L.:	“The Road to the Tribunal and Beyond: International Commercial Arbitration and United States Courts”, George Washington International Law Review , Vol. 34, No. 1, 2002, s. 17-100.
Koral, Rabi:	“Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası , C. 30 S. 3-4, 2011, s. 745-783. (Cenevre Konferansı)
Koral, Rabi:	“Birleşmiş Milletler New York Konferansı Ve 10 Haziran 1958 Tarihli Anlaşma” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası , C. 24, S. 1-4, 2011, s. 309-341. (New York Konferansı)
Keser Berber, Leyla:	“Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu’ndaki Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki İmza Açısından Yeri”, (Çevrimiçi), https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2019/8/2/biyometrik%20imza%20bilgi%20notu.pdf (Erişim Tarihi: 01.02.2024).
Kumar, Vikash:	“Enforceability of Browse Wrap Contracts: a Legal Overview”, White Black Legal Law Journey , 2024, s. 1-14.

	(Çevrimiçi), https://ssrn.com/abstract=4811879 (Erişim Tarihi: 06.07.2024).
Kunz, Christina L.; Ottaviani, John; Ziff, Elaine D.; Moringiello, Juliet M.; Porter, Kathleen; Debrow, Jennifer:	“Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements” Business Lawyer , Vol. 59, No. 1, 2003, s. 279-312, (Çevrimiçi), https://ssrn.com/abstract=1640185 (Erişim Tarihi: 23.10.2024).
Lew, Julian D. M.; Mistelis, Loukas A.; Kröll, Stefan M.:	Comparative International Commercial Arbitration , The Netherlands, Kluwer Law International, 2003.
Lew, Julian D. M.:	“The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention , Ed. Albert Jan van den Berg, ICCA Congress Series No. 9, 1999, Kluwer Law International, s. 114-145. (Applicable Law)
Mota, Carlos Esplugues:	“Validity and Effects of the Incorporation by Reference of Arbitration Agreements in International Maritime Arbitration: Current Situation and Future Trends” Forthcoming in the Special Issue of Diritto del Commercio Internazionale in Honour of Prof. Sergio M. Carbone , 2012, s. 64-94, (Çevrimiçi), https://ssrn.com/abstract=2063117 (Erişim Tarihi: 05.05.2024).
Nomer, Ergin:	Milletlerarası Usul Hukuku , 2. Bs., İstanbul, Beta, 2018. (Usul)

Nomer, Ergin; Ekşi, Nuray; Gelgel Öztekin, Günseli:	Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. 1, 6. Bs., İstanbul, Beta, 2021.
Nomer, Ergin:	“Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan , İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No – 715, 1998, s. 685-730.
Obregón, Verónica Sandler:	“Chapter 2: Arbitration Agreements: The Argentine Perspective”, Arbitration in Argentina , Ed. Fabricio Fortese, Kluwer Law International, 2020, s. 17 – 40.
Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 16. Bs., Vedat, İstanbul, 2018.
Öcal, Ayşe:	““Elektronik Ticaret Hakkında Uncitral Model Kanunu” ve “Elektronik İmzalar Hakkında Uncitral Model Kanunu” Üzerine Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi , C. 12, S. 129, 2017, s. 96-114.
Öğünç, Esra	“Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 70, S. 3, 2021, s. 801-839.
Özbek, Mustafa Serdar:	Tahkim Hukuku, C. 1, 1. Bs., Ankara, Yetkin, 2022.
Özbek, Mustafa Serdar:	“Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 1, S. 2, 2019, s. 179-253.

Özbilen, Arif Barış:	Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü , 1. Bs., Ankara, On İki Levha, 2016.
Özel, Sibel:	Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri , 1. Bs., İstanbul, Legal, 2008. (Kanunlar İhtilafı Meseleleri).
Özel, Sibel:	“Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi , C. 23, S. 1, 2017, s. 303-323. (Engel)
Özen, Burak:	“Adi Yazılı Şeklin Gerçekleşmiş Sayılması İçin Faksın Teyidini Kim ve Hangi Yolla Yapar?”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 11, S. 1, 2023, s. 17-23.
Özgür, Uğur Erman:	“Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunda Tahkim Anlaşmasının Şekli Hususunda Yapılan Son Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası , 2008, s. 563-585.
Parchajev, Denis:	“Does New York Convention Really Set Maximum Form Requirements for Arbitration Agreements?”, QMUL Online , (Çevrimiçi), https://hs.online.qmul.ac.uk/blog/new-york-convention-arbitration-agreements (Erişim Tarihi: 20.03.2024).
Partalcı, Rümeysa:	“Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili Yatırım Antlaşmalarındaki Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Tahkime Etkisi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi , C. Yok, S. 57, 2024, s. 445.
Perales Viscasillas, Maria del Pilar:	“Novedades legislativas en el arbitraje comercial internacional: Ley Modelo de la Uncitral y Convenio de Nueva York”,

	Arbitraje: Revista De Arbitraje Comercial Y De Inversiones , Vol. 1, No. 2, 2008, s. 363-402.
Poudret, Jean-François; Besson, Sébastien:	Comparative Law of International Arbitration , 2. Bs, Çev. Stephen V. Berti, Annette Ponti, London, Sweet Maxwell, 2007.
Poyraz, Bedriye İclal:	Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümü , Ankara, Seçkin, 2021. (Tahkim Yolu)
Özsunay, Ergun:	“Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu , 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 121-144.
Samuel, Adam:	Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law , Zurich, Schultess, 1989.
Sariakçalı, Turgay:	İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler , 2. Bs., İstanbul, Seçkin, 2021.
Sarıalioğlu, Simel:	“Tahkim Sözleşmesi Hazırlarken Dikkate Alınması Gerekenler”, Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt 1 , Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 127-165.
Schramm, Dorothee; Geisinger, Elliot; Pinsolle, Philippe:	“Article II”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York

	Convention , Ed. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, et al., Kluwer Law International, 2010, s. 37 – 114.
Sevgi, Samet:	Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından Çevrimiçi (Online) Tahkim Yöntemi , İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021.
Sorieul, Renaud:	“UNCITRAL's Current Work in the Field of International Commercial Arbitration”, Journal of International Arbitration , Vol. 22, Issue 6 2005, s. 543 – 567.
Sözer, Bülent:	Deniz Ticareti Hukuku I , 1. Bs., İstanbul, Vedat, 2013.
Şanlı, Cemal:	“21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku”, Avrupa – Cenevre/New York Sözleşmeleri ve Türk Hukuku Sempozyumu , Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 1-12. (Avrupa Anlaşması)
Şanlı, Cemal:	“Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni , C. 22, S. 2, 2011, s. 773-790. (Konişmentonun Devri)
Şanlı, Cemal:	Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk , Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 16. (Esasa Uygulanacak Hukuk).

Şanlı, Cemal:	Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları , 7. Bs., İstanbul, Beta, 2019. (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları)
Şanlı, Cemal; Esen, Emre; Ataman Figanmeşe, İnci:	Milletlerarası Özel Hukuk , 11. Bs., İstanbul, Beta, 2024.
Şen, Ersan; Eryıldız, Sefa:	Hukuka Giriş , 3. Bs., Ankara, Seçkin, 2021.
Şit, Banu:	“Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni , C. 25, S. 1-2, 2011, s. 411-436. (Tahkim Anlaşmasının Şekli)
Şit Köşgeroğlu, Banu:	“Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 15, S. 3, 2011, s. 1-30, (Tenfiz).
Tuğ, Adnan:	Türk Özel Hukukunda Şekil , Trabzon, Karadeniz Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., 1979. (Şekil)
Ulus, Ayşe Elif:	“Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımnî Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Doktrini”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk , Ed. Ziya Akıncı, Berk Demirkol, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2021, s. 31-70.
Uzelac, Alan:	“The Form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality How Far Should We Go?”, Croatian Arbitration Yearbook , Vol. 8, 2001, s. 83-107.

Ülgener, Fehmi:	Çarter Sözleşmeleri I , 2. Bs., İstanbul, Der Yayınevi, 2017.
Van den Berg, Albert Jan:	The New York Arbitration Convention of 1958 , The Hague, Asser/Kluwer, 1981, (New York Convention).
Van Houtte, Vera:	“Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience”, Ed. William W. Park, Arbitration International , Vol. 16, Issue 1, 2000, s. 1 – 18.
Wang, Jing:	“International Judicial Practice and the Written Form Requirement for International Arbitration Agreements”, Pacific Rim Law & Policy Journal , Vol. 10, No. 2, s. 375-382.
Wolff, Reinmar:	“E-Arbitration Agreements and E-Awards: Arbitration Agreements Concluded in an Electronic Environment and Digital Arbitral Awards”, Arbitration in the Digital Age: The Brave New World of Arbitration , Ed. Piers, M./Aschauer, C., Cambridge University Press, 2018, s. 151-167.
Yasan Tepetaş, Candan:	“Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukukun Tayinindeki Yaklaşımlar ve Türk Hukukundaki Etkileri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi , C. 40, S. 2, 2024, s. 277-309. (Esas)
Yasan Tepetaş, Candan:	“Tahkimde Davanın Açılması ve Tahkim Talebi”, Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt - 2 , İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 131-155. (Tahkim Talebi)

Yavuz, Cevdet:	“Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler,” Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim” , İstanbul, 2009, s. 133-177.
Yener Keskin, Cansu:	Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi , 2. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2023.
Yeşilova, Bilgehan:	Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi , İzmir, Güncel, 2008, (Mahkemelerin Denetimi).
Yılmaz, Ejder:	“Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler (Bir Yorum)”, Avrupa – Cenevre/New York Sözleşmeleri ve Türk Hukuku Sempozyumu , Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 13-24. (Avrupa Sözleşmesi)
Yılmaz, Süleyman:	Hukuk Başlangıcı , Ankara, Yetkin, 2019.
Yöney, Can:	“Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler”, Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt 1 , ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 3-32.
Yöney, Can:	“Viyana Satım Sözleşmesi’nin Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk Olarak Uygulanabilirliği”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 18, S. 2, 2019, s. 745-781.

Zengin, Burcu:	“Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 12, S. 2, 2013, s. 129-153.
Zorlu, Süheyla:	İnternette Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması , Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010.
Zorlu, Süleyman Yasin:	“Tahkim Anlaşmasının Yazılı Olma Şartı”, Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt 1 , ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 105-125.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

1958 New York Sözleşmesi’nin Yorumlanmasına İlişkin ICCA Rehberi: **Hâkimler İçin El Kitabı**, Çev. Ali Yeşilırmak İsmail Esin, Lahey, 2015, (Çevrimiçi), https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/icca_guide_turkish_final.pdf (Erişim Tarihi: 15.03.2024), (**Hâkimler İçin El Kitabı**).

Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996, (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce (UN **Electronic Commerce Explanatory Note**). (Erişim Tarihi: 01.08.2024)

Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the Work of Its Forty-Fourth Session, New York, 23-27 January 2006, Doc. No. A/CN.9/592, (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration (UN **Doc. A/CN.9/592**). (Erişim Tarihi: 12.04.2024)

Report of the Working Group on Electronic Commerce on the Work of Its Forty-Fourth Session, Vienna, 11-22 October 2004, Doc. No. A/CN.9/571, (Çevrimiçi),

https://uncitral.un.org/en/working_groups/4/electronic_commerce (UN Doc. A/CN.9/571). (Erişim Tarihi: 14.09.2024)

Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of Its Thirty-Ninth Session, New York, 19 June-7 July 2006, Doc. No. A/61/17, (Çevrimiçi), <https://uncitral.un.org/en/comm/sessions/39> (UN Doc. A/61/17). (Erişim Tarihi: 01.10.2024)

Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Second Session, Vienna, 20–31 March 2000, Doc. No. A/CN.9/468, (Çevrimiçi), <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v00/530/64/pdf/v0053064.pdf> (UN Doc. A/CN.9/468). (Erişim Tarihi: 01.05.2024)

Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Sixth Session, New York, 4-8 March 2002, Doc. No. A/CN.9/508, (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration (UN Doc. A/CN.9/508). (Erişim Tarihi: 10.04.2024)

U.N. Economic and Social Council, Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards, U.N. Doc. E/2704, ¶30, Art. III(a) (1955). Belgeye erişmek için bkz. (Çevrimiçi), <https://digitallibrary.un.org/record/750274#record-files-collapse-header> (Erişim Tarihi: 06.03.2024).

United Nations Commission on International Trade Law Thirty-Ninth Session, New York, 19 June-7 July 2006, Settlement of Commercial Disputes, Form of Arbitration Agreement, Note by the Secretariat, Doc. No. A/CN.9/606, (Çevrimiçi), <https://uncitral.un.org/en/comm/sessions/39> (UN Doc. A/CN.9/606). (Erişim Tarihi: 18.04.2024)

United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts Explanatory Note, (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications (UN CUECIC Explanatory Note). (Erişim Tarihi: 01.01.2024)

UNCITRAL, Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 2016, (Çevrimiçi), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2016_guide_on_the_convention.pdf (Erişim Tarihi: 25.08.2024).

United Nation General Assembly, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/201, Case Law On UNCITRAL Texts, (Çevrimiçi), <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v20/012/55/pdf/v2001255.pdf> (Erişim Tarihi: 11.09.2024).

<https://uncitral.un.org>

www.dejure.ai

www.jus.uio.no

www.newyorkconvention.org

www.lexpera.com.tr

www.itlaw.bilgi.edu.tr

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0093>

<https://sozluk.gov.tr/>

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-57452_ebook.pdf

<https://www.ssrn.com/>

<https://elibrary.law.psu.edu/>

<https://law.justia.com/>

<https://casetext.com/>

https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2023/Sept2023/125_SEPT_2023.pdf

[612021141817Newyork Konvansiyonu Türkçe.pdf](#)

<https://www.canlii.org/>

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>

<https://www.i-law.com/>

<https://hs.online.qmul.ac.uk/>

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

www.bailii.org