

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ASİMETRİK TAHKİM ANLAŞMALARI

Devlet Çağla NİZAM

115613039

Doç. Dr. Cemile DEMİR GÖKYAYLA

İSTANBUL

2020

Asimetrik Tahkim Anlaşmaları
Asimetrik Tahkim Anlaşmaları/Asymmetrical Arbitration Agreements

Devlet Çağla Nizam
115613039

Tez Danışmanı : **Doç. Dr. Cemile DEMİR GÖKYAYLA** (İmza)
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Jüri Üyeleri : **Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA** (İmza)
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emre ESEN (İmza)
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 13.01.2020

Toplam Sayfa Sayısı : 84

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Asimetrik Tahkim
- 2) Tek Taraflı Tahkim
- 3) Hibrit Tahkim
- 4) Tek Yanlı Tahkim
- 5) Tahkim Anlaşmaları

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Asymmetrical Arbitration
- 2) Unilateral Arbitration
- 3) Hybrid Arbitration
- 4) One-Sided Arbitration
- 5) Arbitration Agreements

Özet

Çağımızda, uyuşmazlıkların çözümü için tahkim prosedürüne yönelimin artması ile taraflar hem tahkim yoluna başvurabilmek hem de tahkim prosedürünü diledikleri gibi düzenleyebilmek adına çeşitli tahkim anlaşmaları imzalamaktadırlar. Sözleşme serbestisi prensibi altında tam anlamıyla kendi diledikleri kurallarla yargılanmak isteyen ve bu prosedür ile kuralları yazılı hale getirmeye çalışan taraflar gün geçtikçe daha detaylı, daha karmaşık ve bazen de patolojik veya hukuka aykırı nitelikte tahkim anlaşmaları düzenlemeye ve imzalamaya başlamaktadırlar. Tahkim anlaşmasının diğer anlaşmalar gibi müzakere edilebilir olması tahkim anlaşmasının hatalı kaleme alınması, zayıf tarafa dayatılması ve başkaca sebepler nedeniyle asimetric nitelikte veya asimetric düzenlemeler içerir şekilde kaleme alınmasına neden olabilmektedir. Bu asimetriclik ise bazen sadece taraflardan birinin tahkim yoluna başvurabilmesine veya taraflardan birinin başvurulacak uyuşmazlık çözüm yöntemini seçebilmesine neden olmaktadır.

Çalışmamızın konusu tarafların başvuru hakları açısından asimetriclik barındıran asimetric, hibrit ve tek taraflı tahkim anlaşmalarının incelenmesi olup, tarafların farklı tahkim heyetlerine başvuru yapabileceğini düzenleyen veya tarafların farklı koşullar altında tahkim yargılamasında yer almasına neden olan asimetric düzenlemeler barındıran anlaşmalar çalışmamızda hukuki değerlendirmeye konu olmamaktadır. Çalışmamız kapsamında asimetric tahkim anlaşmaları detaylıca irdelenmekte, farklı ülke hukuk düzenlerinde asimetric tahkim anlaşmalarına yaklaşımlar incelenmekte ve daha sonra bu yaklaşımlar dikkate alınarak asimetric tahkim anlaşmalarının Türk hukuk kural ve prensipleri uyarınca değerlendirilmesi yapılmaktadır.

Abstract

In our era, parties execute arbitration agreements both to initiate arbitration and draft arbitration procedures, as they started to prefer arbitration more frequently. Parties who desire to be involved into legal proceedings in accordance with the rules they prefer within the scope of freedom of contract principle started to draft and execute detailed, complicated and sometimes pathological or invalid arbitration agreements. Since arbitration agreements might also be negotiated by the parties likewise other agreements, arbitration agreements might be imposed to a weak party, and drafted in a way including errors and being asymmetrical or including asymmetrical provisions due to further grounds. This asymmetry may either cause only one of the parties to initiate legal action before arbitration or choose dispute resolution method.

Our study's subject is being asymmetrical, hybrid and unilateral arbitration agreements; arbitration agreements which contain asymmetrical provisions and enable parties to recourse different arbitral tribunals or get involved in arbitration procedure in different circumstances are not analyzed hereunder. Within the scope of our study, asymmetrical arbitration agreements and the approaches of several jurisdictions to asymmetrical arbitration agreements are analyzed in detail, and then asymmetrical arbitration agreements are evaluated under the rules and principles of Turkish law with the consideration of the approaches of other jurisdictions.

İÇİNDEKİLER

Özet	iii
Abstract.....	iv
İçindekiler.....	v
Kısaltmalar Cetveli.....	viii
Giriş	1
I. Tahkim Anlaşması Kavramı.....	3
A. Genel Olarak.....	3
II. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk	6
A. Genel Olarak.....	6
B. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Seçilmiş Olması Halinde	7
C. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Seçilmemiş Olması	8
Halinde	8
III. Asimetrik Tahkim Anlaşması Kavramı	10
A. Genel Olarak.....	10
B. Asimetrik Tahkim Anlaşmalarına Genel Yaklaşım.....	11
C. Asimetrik Tahkim Anlaşmasının Görünümleri	12
1. Asimetrik Tahkim Anlaşmasının Kullanıldığı Alanlar	12
2. Asimetrik Tahkim Anlaşması Çeşitleri.....	14
3. Asimetrik Tahkim Anlaşması Görünümlü Diğer Anlaşmalar	16
D. Asimetrik Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Karar Verilebilecek	17
Haller	17
1. Hakem Heyeti Önünde İtirazda Bulunulması.....	17
2. Mahkemeler Önünde İtirazda Bulunulması.....	18
3. İptal Davası.....	19
4. Tenfiz Davası	19
IV. Karşılaştırmalı Hukukta Asimetrik Tahkim Anlaşmasına Yaklaşım	20
A. Avrupa Birliği Mevzuatının Yaklaşımı	20
B. Birleşik Hukuk Sistemi Ülkelerinin Yaklaşımı.....	21
1. Amerika Birleşik Devletleri.....	22

2. İngiltere	29
3. Avustralya	31
C. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi Ülkelerinin Yaklaşımı	32
1. Fransa.....	32
2. Almanya	33
3. İsviçre	34
4. İtalya.....	34
5. İspanya	35
6. Rusya	36
7. Polonya	38
8. Bulgaristan.....	39
9. Avusturya.....	40
V. Türk Hukukunda Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Değerlendirilmesi.41	41
A. Hak Arama Hürriyeti Açısından Değerlendirme.....	41
B. Tahkim İradesinin Mevcudiyeti Açısından Değerlendirme	46
C. Sözleşme Genel Geçerlilik Şartları Açısından Değerlendirme	49
1. Ahlaka Aykırılık Kavramı Açısından Değerlendirme.....	49
2. Aşırı Yararlanma Kavramı Açısından Değerlendirme	51
3. Hata, Hile ve Korkutma Kavramları Açısından Değerlendirme.....	54
4. Genel İşlem Şartları Açısından Değerlendirme	57
5. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Haksız Şartlar Açısından Değerlendirme	62
a) Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği.....	61
b) Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Haksız Şart Açısından Değerlendirilmesi.....	64
VI. Asimetrik Tahkim Anlaşmalarına Dayanılarak Verilen Hakem Kararlarının Türk Yargı Mercileri Nezdindeki Durumu	67
A. Hakem Heyeti Önünde İtirazda Bulunulması	67
B. Mahkemeler Önünde İtirazda Bulunulması.....	68
C. İptal Davası	68
D. Tenfiz Davası	69

Sonuç.....	71
Kaynakça.....	75
Elektronik Ağ Adresleri.....	84

KISALTMALAR

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Arb.	: Arbitration
b.	: bent
Bkz./bkz.	: bakınız
BÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜHD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Disp.	: Dispute
E.	: esas numaralı
e.t.	: erişim tarihi
f.	: fıkra
FAA	: Federal Tahkim Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IBA	: International Bar Association
ICLG	: International Comparative Legal Guides
IFLR	: International Financial Law Review
Int.	: International
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JOIA	: Journal of International Arbitration
Jour.	: Journal
K.	: karar numaralı
karş.	: Karşılaştırınız
L.	: Law
m.	: madde
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MTK	:	4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÜHFD	:	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
New York Konvansiyonu	:	1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu
NYLS	:	New York Law School
Res.	:	Resolution
Rev.	:	Review
RG	:	Resmi Gazete
RTK	:	Russkaya Telefonnaya Kompaniya
s.	:	sayfa
T.	:	tarihli
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	:	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
UNCITRAL Model Kanun	:	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006
Uni.	:	University
Vol.	:	Volume
Y.	:	Yargıtay
YHGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
93/13 sayılı Direktif	:	93/13/EEC sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartlara İlişkin Avrupa Birliği Direktifi

GİRİŞ

Çağımızda, uyuşmazlıkların çözümü için mutlaka devlet mahkemelerine başvurulması gerektiğine ilişkin düşünce yapısı yerini, tarafların yargılamanın neredeyse her safhasını özgürce belirleyebilecekleri tahkim yargılamasına bırakmaya başlamıştır. Tahkim yargılamasının, milletlerarası ticaretin aktörlerinin ihtiyaç duyduğu hız, güvenlik ve bağımsızlık unsurlarını barındırıyor olması tahkimin uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak yaygınlaşmasını sağlamıştır¹. Milletlerarası iletişimin artması ile şirketler yabancı oldukları ülkelerde yatırımlar yapmaya, ticari faaliyetlerde bulunmaya başlamış ve çıkan uyuşmazlıklar milletlerarası nitelik kazanmıştır. Uyuşmazlıkların milletlerarası niteliği ise yabancı yatırımcıların, yabancı tacirlerin ve diğer yabancı tarafların yargılamanın karşı tarafı ile aynı veya yakın milliyete, geçmişe, kültüre sahip devlet mahkemelerinde yargılanmaktan tedirginlik duymasına neden olmuştur. Bu sebeptendir ki yargılamanın, tarafların her birine eşit mesafede yer alan kişi ve kurumlar tarafından yürütülmesi fikri günümüzde giderek cazipleşmeye ve tercih edilmeye başlamıştır.

Bugün bazı yabancı kurum veya kişiler, uyuşmazlığın karşı tarafı ile aynı devlete mensup hakimlerden oluşan devlet mahkemeleri nezdinde yargılanmaktan kaçınmaktadır. Bu yaklaşım, daha ilişkinin başında uyuşmazlık ortaya çıkmadan, tarafların uyuşmazlık çözüm yöntemlerini belirlemeyi tercih etmelerine neden olmaktadır. Günümüzde tahkim yargılamasının tercih edilmesinin sebeplerinden biri ise tahkim prosedürünün esnekliği ve şekil verilebilirliğinin, devlet mahkemelerinde uygulanan dayatılmış yargılama usullerine nazaran taraflara daha cazip gelmeye başlamasıdır.

Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğinin öngörülmesi için tarafların bu konuda özel bir anlaşma yapması gerekmektedir. Bu doğrultuda taraflar, hem tahkim yoluna başvurabilmek hem de tahkim prosedürünü diledikleri gibi

¹ **Hüseyin Afşin İlhan**, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, 1. Baskı, 2016 (“**İlhan**, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği”), s. 21.

düzenleyebilmek adına çeşitli anlaşmalar imzalamaktadırlar. Sözleşme serbestisi prensibi altında, tam anlamıyla kendi diledikleri kurallarla yargılanmak isteyen ve bu prosedür ile kuralları yazılı hâle getirmeye çalışan taraflar ise gün geçtikçe daha detaylı, daha karmaşık ve bazen de patolojik veya hukuka aykırı nitelikte tahkim anlaşmaları düzenlemeye ve imzalamaya başlamaktadırlar. Asimetrik tahkim anlaşmalarının bağlı olduğu üst grubu teşkil eden asimetrik uyuşmazlık çözüm anlaşmalarına bu şekilde bir yönelim, sıradan uyuşmazlık çözüm yollarını aşmaya gereksinim duyulduğunu ve duruma özel kaleme alınmış yollar seçme eğiliminin gün geçtikçe arttığını göstermektedir².

Tahkim anlaşması özünde satım ve eser sözleşmesi gibi tarafların müzakeresi ışığında şekillenen bir sözleşmedir ve dolayısıyla tarafların geçerli iradeleri ile kurulmuş olduğu sürece bağlayıcıdır³. Tahkim anlaşmasının diğer anlaşmalar gibi müzakere edilebilir olması tahkim anlaşmasının hatalı kaleme alınması, zayıf tarafa dayatılması ve başkaca sebepler nedeniyle asimetrik nitelikte veya asimetrik düzenlemeler içerir şekilde kaleme alınmasına neden olmaktadır. Kural olarak tahkim anlaşmaları taraflara uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğine ilişkin eşit yükümlülükler yüklerken, taraflar bir tarafa daha geniş haklar tanıyarak bu eşitliği bozabilirler⁴.

Tahkim anlaşmasının bu genel asimetrik niteliği bazen uyuşmazlık çözüm mercilerine başvuru hakkının asimetrik şekilde düzenlenmesinden kaynaklı olarak sadece taraflardan birinin tahkim yoluna başvurabilmesine veya taraflardan birinin başvurulacak uyuşmazlık çözüm yöntemini seçebilmesine yol açarken, bazen de yargılama süreci içerisinde takip edilmesi gereken kuralların asimetrik şekilde düzenlenmesinden kaynaklı olarak tarafların farklı tahkim heyetlerine başvuru yapabilmesine veya farklı koşullar altında tahkim yargılamasında yer almasına neden olmaktadır. Bahsedildiği üzere iki farklı açıdan asimetriklik barındırabilen

² **Deyan Draguiev**, “Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability”, Jour. of Int. Arb. 31, No. 1, 2014 (“**Draguiev**, Unilateral Jurisdiction Clauses”), s. 19.

³ **Draguiev**, Unilateral Jurisdiction Clauses, s. 22.

⁴ **Nuray Ekşi**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, 1. Baskı, 2013 (“**Ekşi**, HMK’da Tahkim”), s. 83; **İlhan**, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, s. 211.

tahkim anlaşmaları, asimetrikliğin hangi unsurdan kaynaklandığına göre farklı incelemelere tabi olacaktır. Aşağıda daha detaylı şekilde açıklandığı üzere bu çalışmanın konusu tarafların başvuru hakları açısından asimetriklik barındıran asimetrik tahkim anlaşmalarının incelenmesi olup, tarafların farklı tahkim heyetlerine başvuru yapabileceğini düzenleyen veya tarafların farklı koşullar altında tahkim yargılamasında yer almasına neden olan asimetrik düzenlemeler barındıran anlaşmalar çalışmamızda hukuki değerlendirmeye konu olmamaktadır.

Bazı hukuk sistemleri tahkim anlaşmalarının ve asimetrik tahkim anlaşmalarının akıbeti hakkında detaylı hükümlere sahip olmakla birlikte Türk kanun koyucusu tahkim anlaşmalarına ilişkin kazuistik düzenlemeler yapmayı tercih etmemiştir. Türk hukukunda asimetrik tahkim anlaşmalarının detaylı ve kazuistik bir şekilde düzenlenmemiş olması kanun koyucunun ve mahkemelerin böylesine anlaşmaları değerlendirmedeği veya tartışmasız geçerli kabul ettiği anlamına gelmemektedir. Türk hukukunda hâlihazırda mevcut bulunan tahkim düzenlemeleri ile diğer genel hukuk düzenleme ve prensipleri asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliğine doğrudan etki etmekte ve asimetrik tahkim anlaşmalarının akıbetini belirlemektedir.

Bu çalışmamız kapsamında öncelikle asimetrik tahkim anlaşması kavramı ve farklı ülke hukuk düzenlerinde asimetrik tahkim anlaşmalarına yaklaşımlar incelenmekte, daha sonra bu yaklaşımlar dikkate alınarak asimetrik tahkim anlaşmalarının Türk hukukunda yer alan kural ve prensipler uyarınca değerlendirilmesi yapılmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASI KAVRAMI

A. Genel Olarak

Türk hukukunda, herhangi bir yabancılik unsuru barındırmayan tahkim anlaşmalarına ve prosedürlerine uygulanacak tahkim kuralları 6100 s. Hukuk

Muhakemeleri Kanunu⁵ (“**HMK**”)’nda düzenlenmiş olmakla birlikte yabancılık unsuru barındıran tahkim anlaşmalarına ve prosedürlerine uygulanacak tahkim kuralları 4686 s. Milletlerarası Tahkim Kanunu⁶ (“**MTK**”)’nda düzenlenmiştir. Dolayısıyla milletlerarası tahkim anlaşması kavramı ve bu anlaşmaya uygulanacak kurallar ile bu anlaşmanın geçerliliğine doğrudan temas edecek düzenlemeler temelde MTK’da mevcuttur.

MTK m. 4 f. 1 “*Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır*” demek suretiyle tahkim anlaşmasının asgari unsurları olarak, tarafların uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözüme iradelerinin mevcudiyetini ve bu iradelerin uyuşmasını yâni bu hususun mutabakat ile bir sözleşme haline gelmesini aramıştır. Nitekim Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanun⁷ m. 7⁸’de de tahkim anlaşması aynı şekilde tanımlanmıştır. Milletlerarası tahkim alanında önemli yeri olan 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu⁹ (“**New York Konvansiyonu**”)’nda ise tahkim anlaşması “*tarafların akde dayanan veya akdi olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirlerine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmaları*” olarak tanımlanmış olup New York Konvansiyonu tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartına tabi olacağı düzenlenmiştir.

Tahkim anlaşması asıl sözleşmeden bağımsız ayrı bir sözleşme olarak imza altına alınabileceği gibi asıl sözleşme içerisine eklenen bir madde ile de

⁵ RG 04.02.2011, s. 27836.

⁶ RG 05.07.2001, s. 24453.

⁷ http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (e.t. 23.09.2019)

⁸ “*Arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not*”.

⁹ RG 21.05.1991, s. 20877.

tahkim anlaşmasının oluşturulması mümkündür¹⁰. MTK m. 4 f. 4'te düzenlenen tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi gereğince de ayrı tahkim anlaşması ve asıl sözleşme içerisine eklenen tahkim şartı aynı değerlendirme ve incelemelere tabi olmaktadır.

Tahkim anlaşmasının niteliğine ilişkin olarak doktrinde tartışmalar mevcut olup bu konuda dört farklı görüş mevcuttur¹¹. Bu kapsamda tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesi, usul hukuku sözleşmesi, karma sözleşme ve bağımsız sözleşme olduğuna dair farklı görüşler mevcuttur. Kanun koyucunun ise tahkim sözleşmesini borçlar hukuku alanında yapılan bir sözleşme olarak kabul ettiği yâni akdi teoriyi benimsediği savunulmaktadır¹². Bununla birlikte tahkim anlaşmalarının usul hukuku alanında da etki doğuruyor olması nedeniyle, karma görüş savunucuları tahkim anlaşmalarını açıklamak konusunda maddi hukuk ve usul hukuku görüşlerinin tek başına yetersiz olacağını savunmuşlardır¹³. Bu sebeple, tahkime uygulanacak kuralların düzenlendiği tahkim mevzuatına tabi olmanın yanı sıra tahkim anlaşmasının, 6098 s. Türk Borçlar Kanunu¹⁴ (“**TBK**”) kapsamında akdedilen sözleşmeler ile aynı sözleşmesel temele sahip olması nedeniyle aynı zamanda sözleşmelere uygulanacak genel hukuk kurallarına da tabi olacağı açıktır¹⁵.

MTK m. 4 f. 2, tahkim anlaşmasının ıslak imzalı bir metin olarak veya ıslak imza mevcut olmaksızın iletişim sağlanan belgeler ile oluşturulabileceğini düzenledikten sonra tahkim anlaşmasının, uyuşmazlığın ortaya çıkması ve yargılamanın başlamasının akabinde tahkim iddiasına itiraz edilmemesi vasıtasıyla da oluşturulabilmesine imkân tanımıştır. Bununla birlikte, yargılama

¹⁰ **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, 2016 (“**Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim”), s. 97.

¹¹ **Fatih Aydemir**, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, 1. Baskı, 2017 (“**Aydemir**, Tahkim Sözleşmesi”), s. 66.

¹² **Altan Fahri Gülerci**, Milletlerarası Tahkim Sözleşmesi, 1. Baskı, 2014, s. 48; Aksi görüş için bkz.: **Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe**, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, 2019 (“**Şanlı-Esen-Figanmeşe**, Milletlerarası Özel Hukuk”), s. 689.

¹³ **Aydemir**, Tahkim Sözleşmesi, s. 76.

¹⁴ RG 04.02.2011, s. 27836.

¹⁵ Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD, 1990/8778 E., 1991/4492 K., 25.04.1991 t. kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon) (e.t. 23.09.2019).

başladıktan sonra, taraflardan birinin tahkim iddiasına itiraz etmemesi üzerine meydana getirilen uyuşmazlık sonrası tahkim anlaşmaları, tarafların her ikisinin de devam eden bir tahkim yargılaması önünde bulunmayı kabulünü içermekte olup uyuşmazlık çözüm mercilerine başvuru açısından asimetriklik ihtiva etmeyecek ve değerlendirmelerimize konu olmayacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Olarak

Asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliğini ve icra edilebilirliğini tespit edebilmek, öncelikle tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku tespit etmekle mümkündür. Nitekim bu çalışmada da detaylıca incelendiği üzere bir ülke hukukuna göre geçersiz ve icra edilemez sayılabilecek asimetrik bir tahkim anlaşması bir diğer ülke hukukuna göre geçerli ve icra edilebilir olabilir veya simetrik başvuru hakları içeren tahkim anlaşmasının sonuçlarını doğurabilir.

MTK m. 4 f. 4 “*Tahkim anlaşmasına karşı asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz*” demek suretiyle tahkim anlaşmasının akıbeti ve geçerliliğinin taraflar arasında akdedilmiş olan asıl sözleşmeden bağımsız olduğunu düzenlemiştir. Bu sebeptir ki taraflar arasında akdedilmiş olan asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca kabul edilmiş tahkim anlaşmasına da uygulanması zorunlu değildir¹⁶. Nitekim, bizim hukukumuzda MTK m. 4 f. 3’te “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde*

¹⁶ Gary B. Born, International Commercial Arbitration, 2nd Edition, 2014 (“Born, International Commercial Arbitration”), s. 475.

geçerlidir” demek suretiyle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan ayrı olarak düzenlenmiştir.

MTK taraflara tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçme hakkı tanımış olmakla birlikte bu seçimi yukarıda bahsedilen tahkim anlaşmasının asgari unsurları arasında saymamıştır. Dolayısıyla taraflar dilerlerse böyle bir seçim yapabilir veya bu hususu hiç mutabakat altına almayabilirler. Tarafların böyle bir seçim yapmış olup olmamalarına göre, tahkim anlaşmasının tabi olması gereken kuralların tespiti MTK m. 4 f. 3 kapsamında tahkim anlaşmasına uygulanacak olan hukuk vasıtasıyla yapılacaktır¹⁷.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun ve tahkim anlaşmasının ilgili hukuk kapsamında geçerliliğinin tespitinin hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermelerine imkân tanıyan *Kompetenz-Kompetenz* prensibi kapsamında tahkim sürecinde, devlet mahkemelerinde görülmekte olan bir uyuşmazlıkta tahkim ilk itirazında bulunulması hâlinde ilgili devlet mahkemelerinde, MTK m. 15 gereğince bölge adliye mahkemeleri önünde iptal davası sürecinde, New York Konvansiyonu veya 5718 s. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹⁸ (“MÖHUK”) m. 59 vd. kapsamında tanıma ve tenfiz süreçlerinde yapılması mümkündür.

B. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Seçilmiş Olması Halinde

Bu hallerde, *“işbu tahkim anlaşmasına İngiliz hukuku uygulanacaktır”*, *“işbu tahkim anlaşmasının yorumlanması ve geçerliliğine İsviçre hukuk kuralları uygulanacaktır”* gibi ibareler ile tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk taraflarca seçilmiş olur. Bu durumda MTK m. 4 f. 3’ün ifadesinden de açıkça anlaşılacağı üzere seçilen hukuk, asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız olarak tahkim anlaşmasının geçerliliği, yorumlanması gibi tahkim anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacaktır.

¹⁷ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 114.

¹⁸ RG 12.12.2007, s. 26728.

Nitekim, UNCITRAL Model Kanun içerisinde de tahkim anlaşmasına tarafların seçtiği hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁹. Zaten aksini yasaklayan bir hüküm olmadıkça tahkimde, tarafların iradelerine öncelik vermek isabetli olacaktır. UNCITRAL Model Kanun açısından problem, tarafların uygulanacak hukuka ilişkin bir seçim yapmamaları halinde söz konusu olabilecektir.

C. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Seçilmemiş Olması Halinde

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin seçim tahkim anlaşmasının asgari unsurları arasında yer almamaktadır. Bu sebeptendir ki, taraflar uyuşmazlıkların esasına ve dolayısıyla asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmiş ancak tahkim anlaşmasına ilişkin olarak hukuk seçimi yapmamış veya asıl sözleşme içerisinde hiçbir hukuk seçimi yapmamış olabilirler.

Doktrinde bir kesim tarafından savunulan görüşe göre, özellikle tahkim anlaşmasının tahkim şartı olarak kaleme alınmış olduğu durumlarda esasa uygulanacak hukukun seçilmiş olması halinde, aynı hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere de seçilmiş olduğu düşünülebilir²⁰. Ancak tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi nedeniyle bu yaklaşımın hatalı olduğunun savunulduğu karşı görüş de mevcuttur²¹.

Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi²², tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçilmemiş olduğu durumlar için tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin detaylı düzenlemeler

¹⁹ Article 34 (2): "...An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:
(a) the party making the application furnishes proof that:
(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or..."

²⁰ **Blackaby Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern, J. Martin Hunter**, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th edition, 2015, s. 158.

²¹ **İlhan**, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, s. 29-30.

²² Bkz.: 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c060/tbmm18060114ss0499.pdf>) (e.t. 23.09.2019).

içermektedir²³. MTK ise aksine, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir seçimin yapılmadığı haller için detaysız bir düzenleme barındırmaktadır. MTK m. 4 f. 3 uyarınca, hakkında hukuk seçimi yapılmamış tahkim anlaşmalarına Türk hukuku uygulanır ve bu tahkim anlaşmalarının geçerliliği Türk hukuk kurallarına göre belirlenir.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir seçimin yapılmadığı durumlarda, tahkim anlaşmasının da özünde taraflar arasında akdedilmiş olan ve yabancılık unsuru barındıran herhangi bir sözleşme olduğundan bahisle, bahsetmiş olduğumuz MTK düzenlemesinin uygulanmasından önce MÖHUK m. 24'ün uygulama alanı bulacağını savunanlar da mevcuttur²⁴. Oysa doktrinde MTK'nın lafzı gereği, tahkim anlaşmasına Türk hukuku uygulanırken Türk hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmayacağı belirtilmiştir²⁵. Tahkim anlaşmalarına ilişkin olarak MTK'nın MÖHUK'un ilgili maddesine kıyasla özel düzenleme niteliğinde olması nedeniyle ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmaması gerektiği görüşüne biz de katılmaktayız.

²³ “...Âkit devlet mahkemelerinin bir hakemlik anlaşmasının mevcudiyeti veya muteberliği hakkında karar vermeleri gerektiği zaman bunu akdeden tarafların ehliyeti için haklarında tatbiki gereken kanun hükümlerine göre ve diğer hallerde:

a) Tarafların hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanuna;

b) Bu bapta anlaşmada sarahat yoksa hakem kararının verileceği memleket kanununa;

c) Taraflar hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanun hakkında sakıt kalmışlar ve meseleye adli mahkemece el koyulduğu zaman hakem kararının nerede verileceği tayin edilemiyor ise işe el koyan mahkemenin kanunlar ihtilafı kaidesi gereğince selahiyetli olan kanun hükümlerine göre, karar vereceklerdir...”.

²⁴ **Mehmet Rıfat Bacanlı**, “Hakem Sözleşmesinde Esasa Uygulanacak Hukuk”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 10. Sayı, Aralık 2017, s. 145.

²⁵ **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 113-114; **Şanlı-Esen-Figanmeşe**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 667.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ASİMETRİK TAHKİM ANLAŞMASI KAVRAMI

A. Genel Olarak

Kural olarak uyuşmazlık çözüm anlaşmaları, uyuşmazlıkların çözümü için her iki tarafa da aynı seçenekleri sunar²⁶. Oysa, sözleşme serbestisi prensibi kapsamında kaleme alınan asimetrik veya tek taraflı tahkim anlaşmaları taraflara, uyuşmazlığın hangi yöntem ile çözüleceği hususunda seçim hakları tanır veya onlar için farklı çözüm yöntemleri öngörür. Karşılaştırmalı hukukta da oldukça sık karşılaşıldığı üzere tahkim anlaşması taraflar üzerinde iki açıdan eşitsizliğe yol açabilir; asimetrik tahkim anlaşması genel tabiriyle taraflardan sadece birine tahkime başvurma imkânı veya yükümlülüğü getirebilir veyahut her iki tarafın da tahkim yoluna başvurmaya imkân vermesine rağmen farklı şartlar altında bu yargılamada yer alınacağına dair asimetrik düzenlemeler içerebilir. Birçok defa tek anlaşmanın hem tarafların tahkime başvuru hakkı açısından hem de tahkim prosedürüne ilişkin olarak, örneğin tahkim masraflarının tek bir tarafa bırakılması, hakem seçiminde bir tarafa imtiyaz tanınması gibi asimetrik düzenlemeler barındırdığı görülmektedir. Bahsedilen her iki çeşit tahkim anlaşması da özünde taraflar arasında eşitsizlik, dengesizlik ve bazen adaletsizliğe yol açsa da bu tahkim anlaşmalarının ve bu tahkim anlaşmalarının sonuçlarının hukuken aynı kapsamda değerlendirilmemesi gerekmektedir. Nitekim, taraflardan sadece birine tahkime başvurma hak ve yükümlülüğü getiren veya başvuru yapılacak yargı yolunu seçme hakkı veren anlaşmalar ile her iki tarafa da aynı başvuru hakkını bahşeden ancak örneğin tahkim masraflarının ödenme şekli, hakemlerin seçimi, başvuru yapılacak tahkim heyeti ve prosedürü gibi konularda asimetrik düzenlemeler barındıran anlaşmalar farklı incelemeler gerektirmektedir. Bu çalışmamızın inceleme ve değerlendirme konusu tarafların tahkim yoluna başvuru

²⁶ **Simon Nesbitt, Henry Quinlan**, “The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses”, *Arb. Int.*, vol. 22, Issue 1, 2006 (“**Nesbitt-Quinlan**, Unilateral or Optional Arbitration Clauses”) s. 134; **Draguiev**, *Unilateral Jurisdiction Clauses*, s. 23.

hakları açısından asimetriklik barındıran asimetrik tahkim anlaşmaları olduğu için çalışmamızda “asimetrik tahkim anlaşması” kavramı tarafların başvuru hakları açısından asimetriklik barındıran anlaşmaları ifade etmektedir. Bu tip anlaşmalar doktrinde hibrit, tek taraflı, seçimlik, karşılıklı olmayan uyumsuzluk çözüm anlaşmaları olarak da anılmaktadır²⁷.

Her şeyden önce, asimetrik tahkim anlaşması ve şartı, içerisinde asimetrik yetki anlaşmalarını da barındıran asimetrik uyumsuzluk çözüm anlaşma ve şartlarının bir alt çeşidi niteliğindedir. Asimetrik uyumsuzluk çözüm anlaşmaları ise genel olarak, taraflardan birine diğer tarafa kıyasla, örneğin uyumsuzluğun tahkim veya yetkili mahkemelere götürülmesini seçme hakkı gibi daha geniş haklar veren anlaşmalardır²⁸. Bu tip anlaşmaların belirgin özelliği, anlaşma koşullarının ekonomik olarak güçlü taraf lehine kaleme alınmış olmalarıdır²⁹. Dolayısıyla tahkim kuralları kapsamında değerlendirilmesi gereken asimetrik tahkim anlaşmaları aynı zamanda asimetrik uyumsuzluk çözüm anlaşması niteliğini haiz oldukları için genel olarak asimetrik uyumsuzluk çözüm anlaşmalarına ilişkin kurallar kapsamında da değerlendirmeye tabi olmaktadır.

B. Asimetrik Tahkim Anlaşmalarına Genel Yaklaşım

Asimetrik tahkim anlaşmaları doktrinde patolojik tahkim anlaşmalarının bir alt çeşidi olarak nitelendirilmektedir³⁰. Bu anlaşmalar mahkemelerin veya *Kompetenz-Kompetenz* prensibi gereğince hakem heyetlerinin kararlarına konu olmuştur. Bu tip anlaşmaların mahkemeler önüne gitmesi hâlinde mahkemelerin anlaşmaları farklı hukuk kavramları altında değerlendirmekte oldukları tespit edilmiştir. Bu değerlendirmeler kapsamında ise mahkemelerin zaman zaman bu

²⁷ Neil Andrews, *Arbitration and Contract Law: Common Law Perspective*, 2016, s. 19.

²⁸ Franz T. Schwarz, “International Arbitration in Central and Eastern Europe: A Diversity of Approaches”, *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2015*, 12th Edition, s. 120.

²⁹ Draguiev, *Unilateral Jurisdiction Clauses*, s. 21.

³⁰ Bkz.: Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd Edition, 2015 (“Born, *Arbitration Law and Practice*”), s. 73-90.

anlaşmaların geçersizliğine hükmetmekte veya bu anlaşmaların akıbetine ilişkin olarak çelişkili kararlar vermekte oldukları görülmüştür.

Önceleri genel eğilim, tahkim anlaşmalarının taraflar için tam olarak aynı başvuru mercii ve yöntemini öngörmesi gerektiği yönündeydi. Dolayısıyla önceleri asimetrik anlaşmaların her iki tarafa da aynı başvuru imkânını tanımaması nedeniyle geçersiz olduğuna karar verilmesine rağmen yakın zamanda verilen kararlar ile bu tip anlaşmaların geçerli olabileceğine hükmedilmektedir³¹.

Asimetrik tahkim anlaşmalarına yaklaşımın değişmesinde zaman önemli bir unsur olmakla birlikte, asimetrik uyuşmazlık çözüm anlaşmaları ve dolayısıyla asimetrik tahkim anlaşmalarına yönelik farklı yaklaşımların temelinde seçilen forumların milliyeti yatmaktadır³². Tüm bu sebeplerle, bu anlaşmalar açısından önemli risk, bu anlaşmalara dayanılarak verilen hakem kararlarının asimetrik tahkim anlaşmaların geçerliliğini kabul etmeyen tenfiz ülkelerinde aşağıda bahsedilecek nedenlerden kaynaklı olarak zorluklarla karşılaşmaları ve tenfiz edilmemeleri olacaktır³³. Bu sebeple, asimetrik tahkim anlaşmalarının ve tek taraflı opsiyonların bir uzman ile kaleme alınması sıklıkla tavsiye edilmektedir³⁴.

C. Asimetrik Tahkim Anlaşmasının Görünümleri

1. Asimetrik Tahkim Anlaşmasının Kullanıldığı Alanlar

Taraflardan birini diğerinden daha avantajlı konuma getiren asimetrik tahkim anlaşmaları genellikle taraflardan birinin diğerine kıyasla daha güçlü veya baskın konumda bulunduğu ilişkiler sonucunda ortaya çıkmaktadır. Genel kural bu olmakla birlikte, tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olduğu ilişkilerden

³¹ Nesli Şen Özçelik, “Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”, Public and Private Int. L. Bulletin, Cilt 26, Sayı 2, 2016, s. 72.

³² Draguiev, Unilateral Jurisdiction Clauses, s. 25.

³³ Siubhàn J.E. Magee, Judith Mulholland, “The Enforceability of Arbitration Awards Made Pursuant to Unilateral Jurisdiction Clauses”, Mealey’s Int. Arb. Report, vol. 28, 2013, s. 6.

³⁴ Gary B. Born, International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing, 5th Edition, 2016, s. 29-114, paragraf 158; Maxi Scherer, “A Cross-Channel Divide Over Unilateral Dispute Resolution Clauses”, Jurisdictional Choices in Times of Trouble, 2015, s. 17.

kaynaklı olarak kaleme alınan uyuşmazlık çözüm anlaşmalarında da zaman zaman bu tip düzenlemeler görülebilmektedir.

Milletlerarası uygulamada, asimetrik tahkim anlaşmalarının farklı sektörlerde ve farklı aktörler tarafından kullanılmakta olduğu tespit edilmiştir. Finansal sözleşmelerde³⁵ özellikle kredi verenin, müzakere gücünü kullanarak, kredi alan tarafın sadece tahkim çözüm yöntemine başvurabileceğini düzenleyen ancak kendisine hem tahkim hem de yetkili mahkemelere başvurma yolunu açık bırakan düzenlemeleri karşı tarafa kabul ettirdiği görülmektedir³⁶. Bu kapsamda bankalar gibi uluslararası finans kuruluşları, borçluları ile aralarındaki ilişkilerinde sıklıkla asimetrik tahkim anlaşmalarını tercih etmektedirler³⁷. Büyük kitlelere servis ve ürün sağlayan sağlayıcıların da asimetrik tahkim anlaşmalarını kullanımlarının arttığı tespit edilmiştir³⁸. Diğer yandan inşaat sektöründe de asimetrik tahkim anlaşmaları görülmeye ve kullanılmaya başlanmıştır³⁹. Ayrıca iş sözleşmeleri⁴⁰ ve tüketicilerin taraf olduğu sözleşmeler içerisinde de zaman zaman asimetrik tahkim anlaşmalarının bulunduğu tespit edilmiştir.

Milletlerarası uygulamada asimetrik tahkim anlaşmalarının kullanımının giderek artmakta olduğu tespit edilmiş ve asimetrik tahkim anlaşmaları ülkemizde de incelemelere konu olmuştur. Ülkemizde asimetrik tahkim anlaşmasının bilinen

³⁵ **Draguiev**, Unilateral Jurisdiction Clauses, s. 20; **Bas van Zelst**, “Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context”, 33 Jour. of Int. Arb. Issue 4, 2016 (“**Zelst**, Unilateral Option Arbitration Clauses”), s. 368; **Iurii Ustinov**, Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity, 2016 (“**Ustinov**, Unilateral Arbitration Clauses”), s. 9; **Nesbitt-Quinlan**, Unilateral or Optional Arbitration Clauses, s. 134.

³⁶ **Paul D. Friedland**, Arbitration Clauses for International Contracts, 2nd Edition, 2007 (“**Friedland**, Arbitration Clauses”), s. 114.

³⁷ **Erik Grigoryan**, Les Clauses Alternatives De Règlement Des Conflits Dans Les Contrats Commerciaux. Etude De Droit Comparé : France, Russie Et Angleterre, 2014-2015, s. 26.

³⁸ **Hans Smit**, “Contractual Modifications of the Arbitral Process”, Penn State L. Rev., vol:113:4, 2009, s. 1010.

³⁹ **Adam M. Nahmias**, “The Enforceability of Contract Clauses Giving One Party the Unilateral Right to Choose Between Arbitration and Litigation”, Construction Lawyer, vol. 21, Issue 3, 2001 (“**Nahmias**, Unilateral Right to Choose Between Arbitration and Litigation”), s. 36; **Zelst**, Unilateral Option Arbitration Clauses, s. 368; **Nesbitt-Quinlan**, Unilateral or Optional Arbitration Clauses, s. 134.

⁴⁰ **Michael H. Leroy, Peter Feuille**, “Judicial Enforcement of Predispute Arbitration Agreements: Back to the Future”, Ohio State Jour. on Disp. Res., vol. 18, No.2, 2003 (“**Leroy-Feuille**, Predispute Arbitration Agreements”), s. 314.

örneği Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi'nin önceki metninde yer alan m. 6'nın 4. paragrafında bulunmaktaydı. Maddenin ilgili kısmı şu şekildeydi: *Taraflarca sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen kurtarma-yardım hizmetinden kaynaklanan kurtarma-yardım alacağının tayinine ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde kurtarıcının talebi üzerine İstanbul'da tahkim yolu ile hallolunur*⁴¹. Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yeni Türk Kurtarma Sözleşmesi metninde ilgili düzenleme "*Taraflarca sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen kurtarma hizmetinden kaynaklanan kurtarma alacağının veya 6. maddede belirtilen özel tazminat miktarının tayin, tespit ve tahsiline ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde taraflardan birinin talebi üzerine, İstanbul'da tahkim yolu ile hallolunur*" şeklinde değiştirilmiştir⁴². Hukukumuzda Yargıtay kararına konu olması nedeniyle çalışmamız kapsamında, ilgili düzenlemenin önceki metni de detaylı olarak incelenmektedir.

Ayrıca, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu⁴³ m. 30'da yer alan tahkim düzenlemesinin de sigorta kuruluşunun tahkim sistemine üye olmamasına rağmen hak sahiplerine tahkime başvurma hakkı tanınması nedeniyle özünde asimetrik tahkim hakkı barındıran bir düzenleme olduğundan söz edilebilir⁴⁴.

2. Asimetrik Tahkim Anlaşması Çeşitleri

Şüphesiz, ilk akla gelen asimetrik tahkim anlaşması çeşidi taraflardan sadece birine tahkime başvurma imkânı tanırken diğer tarafa sadece anlaşmada belirlenen yetkili mahkemelere başvurma imkânı tanıyan anlaşmadır. Bu çeşitte tahkime başvuru, taraflardan biri için bazen bir hak bazen ise bir yükümlülük olarak düzenlenmektedir. Tahkime başvurunun hak olarak düzenlendiği

⁴¹ Bkz.: **Emre Esen**, "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği", İKÜHFD, Cilt 9, Sayı 2, 2010 ("**Esen**, Kıyı Emniyet Müdürlüğü Tahkim Şartının Geçerliliği"), s. 151; **Ayşegül Polat**, "Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1 ("**Ayşegül Polat**, Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri"), s. 50.

⁴² Bkz.: http://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/turks2015_tr.pdf (e.t. 23.09.2019)

⁴³ RG 14.06.2017, s. 26552.

⁴⁴ **Eksi**, HMK'da Tahkim, s. 83-84; **Ayşegül Polat**, Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri, s. 51 vd.

durumlarda bu hakka sahip olan taraf dilerse genel yetkili mahkemede de bir yargılama başlatabilecekken, tahkime başvurunun yükümlülük olarak düzenlendiği durumlarda bu yükümlülük altında olan taraf uyuşmazlığını sadece hakemler önünde çözebilecektir, aksi halde tahkim ilk itirazı ile karşılaşabilecektir. Benzer şekilde, önce simetrik bir şekilde tarafların uyuşmazlıklar dolayısıyla anlaşmada belirlenen yetkili mahkemelere başvuracağı öngörülüp ek olarak taraflardan sadece birisine tahkime başvuruda bulunma hakkı da tanınabilir⁴⁵.

Öbür taraftan, aynı düzenlemenin tersini kararlaştırmak da mümkündür. Örneğin taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceği konusunda mutabık kalındıktan sonra taraflardan birine belirli talepler için, belirli durumlarda veya herhangi bir sınırlama olmaksızın anlaşmada belirlenen yetkili mahkemelere başvurma hakkı da tanınabilir. Bu ihtimalde uyuşmazlığın taraflarından biri her iki yargı merciine başvurma imkânına sahip olurken diğer taraf tek imkân ile yetinecektir ve asimetriklik bu imkânların farklılığından kaynaklanacaktır. Çoğu asimetrik tahkim anlaşması burada olduğu gibi, tahkimi taraflar için olağan başvuru mercii olarak belirleyerek yetkili mahkemelere başvuru imkânını taraflardan biri için bir opsiyon ve seçenek olarak öngörmektedir⁴⁶.

Diğer bir ihtimalde, asimetrik tahkim anlaşması taraflardan birinin uyuşmazlıkların çözümü için tahkime başvuracağını düzenleyerek diğer taraf hakkında sessiz kalmış da olabilir⁴⁷. Bu ihtimalde hakkında sessiz kalınan tarafın tahkime başvuruda bulunamayacağı, ancak genel usul kural ve prensipleri uyarınca genel yetkili mahkemelere başvurarak hakkını arayabileceği açıktır⁴⁸. Bununla birlikte, burada her halde tahkime başvuru hakkına sahip olmayan

⁴⁵ Bu anlaşmaların “tek seçenek” (*sole option*) düzenlemeleri olarak da anıldığına ilişkin açıklamalar için bkz.: **Blackaby Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern, J. Martin Hunter**, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th edition, 2015, s. 102-103.

⁴⁶ **Paul D. Friedland**, Arbitration Clauses for International Contracts, 2nd Edition, 2007, s. 115.

⁴⁷ **Alan Scott Rau**, “Asymmetrical Arbitration Clauses- The United States”, Jurisdictional Choices in Times of Trouble, 2015, s. 21.

⁴⁸ **Esen**, Kıyı Emniyet Müdürlüğü Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 155.

tarafın, tahkime başvurma hakkına istinaden tahkim yargılaması başlatan tarafın karşısında davalı olarak yer alması söz konusu olacaktır⁴⁹.

3. Asimetrik Tahkim Anlaşması Görünümlü Diğer Anlaşmalar

Tarafların farklı hakem heyetleri veya tahkim kurumlarının kuralları uyarınca yürütülecek tahkim prosedürlerine başvuracaklarını düzenleyen anlaşmalar ise özünde başvuru hakkı bakımından asimetrik tahkim anlaşması niteliğinde kabul edilmemelidir. Bu kapsamda örneğin taraflardan birinin Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), diğerinin İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC) nezdinde tahkim heyetine başvuracağı düzenlenebilir. Nitekim taraflardan herhangi birine ayrıca mahkemelere başvurma hakkı veya yükümlülüğü tanınmadığı sürece, bu anlaşmalar her iki taraf için de tahkime başvuruyu uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak belirlemektedir. Daha ziyade bu anlaşmalar yukarıda değinmiş olduğumuz asimetrik düzenlemeler içeren anlaşma kategorisinde kabul edilmeli ve değerlendirilmelidir.

Aynı şekilde, tarafların her ikisine de tahkim ve mahkemelere başvurma hakkı tanıyan ancak konusuna göre belirli uyuşmazlıkların tahkim önünde belirli uyuşmazlıkların ise mahkemeler önünde çözüleceğini öngören tahkim anlaşmaları asimetrik tahkim anlaşması niteliğinde kabul edilmemektedir⁵⁰. Bununla birlikte, her halde, ilgili uyuşmazlık konularının ayrıştırılmasından bir adım daha öteye giderek uyuşmazlık konularına ilişkin olarak taraflara asimetrik başvuru hakkı da tanıyan tahkim anlaşmaları ise yine asimetrik tahkim anlaşması niteliğini haiz olacaktır.

⁴⁹ Alan Scott Rau, "Asymmetrical Arbitration Clauses- The United States", *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, 2015, s. 21.

⁵⁰ İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, s. 212-213.

D. Asimetrik Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Karar Verilebilecek Haller

Tahkim anlaşmaları çeşitli süreçlerde mahkemeler ve hakem heyetleri nezdinde geçerlilik incelemesine konu olabilir. Bu doğrultuda, mahkemelerin ve hakem heyetlerinin uyuşmazlığın esasına ilişkin yapılan incelemeler esnasında veya iptal ve tenfiz süreçlerinde tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin incelemeler yapılması gerekebilir. Kural olarak, hukukumuzda hakem kararlarının iptali ve tenfizi talepleri ile yürütülen hukuki süreçlerde uyuşmazlığın esasına ilişkin inceleme yapılmaz ve sadece iptal veya tenfiz koşullarının oluşup oluşmadığı incelenir⁵¹. İptal ve tenfiz koşullarının mevcudiyetinin tespiti esnasında tahkim anlaşmalarının geçerlilik incelemesine konu olması söz konusu olabilmektedir. Tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin inceleme yapılabilen tüm bu süreçlerde asimetrik tahkim anlaşmaları için de aynı incelemeler yürütülebilecektir.

1. Hakem Heyeti Önünde İtirazda Bulunması

MTK m. 7 f. H'de hakem veya hakem heyetinin tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar verebileceği açıkça düzenlenmiştir. Ancak hakem veya hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi, aleyhine tahkimde dava açılan tarafın kural olarak en geç cevap dilekçesinde hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itirazda bulunmuş olması hâlinde mümkündür⁵². MTK uygulandığı bu halde hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına ilişkin karardan önce davalının yetkisizlik iddiası hakkında karar vermesi gerekecektir⁵³.

Taraflar arasında akdedilmiş bir asimetrik tahkim anlaşmasının bulunması halinde, kendisine asimetrik tahkim anlaşması ile sadece mahkemelere başvuru hakkı verilmiş olan tarafın tahkim davası açması üzerine, davalı taraf tahkim

⁵¹ **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 251; **Şanlı-Esen-Figanmeşe**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 670-671, 680.

⁵² **Aydemir**, Tahkim Sözleşmesi, s. 378-379.

⁵³ **Aydemir**, Tahkim Sözleşmesi, s. 380.

itirazında bulunabilir. Ayrıca, asimetrik tahkim anlaşması ile kendisine tahkim ve mahkemeler arasında seçim hakkı tanınmış olan davalı, bu seçim hakkını süresi içerisinde itirazda bulunarak veya böyle bir itirazda bulunmaksızın tahkim yargılamasına devam ederek kullanabilir. Davalının itirazda bulunması üzerine ise MTK m. 7 f. H'de düzenlenmiş olan *Kompetenz-Kompetenz* prensibi gereğince hakemler asimetrik anlaşmasının geçerliliği ve kendi yetkileri hakkında bir inceleme gerçekleştirecektir.

2. Mahkemeler Önünde İtirazda Bulunulması

MTK m. 5'te tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlığa ilişkin olarak davanın mahkemede açılması halinde davalı tarafın tahkim itirazında bulunabileceği düzenlenmiştir. Hukukumuzda yer alan bu düzenleme UNCITRAL Model Kanun m. 8'den hareket ile kaleme alınmıştır⁵⁴. MTK kapsamında tahkim itirazında bulunulabilecek zaman dilimi sınırlandırılmış olup bu süre içerisinde tahkim itirazında bulunulmaması halinde mahkeme uyuşmazlığın esasına girecektir⁵⁵.

Kendisine asimetrik tahkim anlaşması ile sadece tahkime başvurma hakkı tanınmış olan tarafın devlet mahkemelerinde dava açması halinde, davalı tarafın tahkim ilk itirazında bulunması mümkündür. Diğer yandan, asimetrik tahkim anlaşması ile kendisine tahkim ve mahkemeler arasında seçim hakkı tanınmış olan davalı, bu seçim hakkını süresi içerisinde tahkim ilk itirazında bulunarak da kullanabilecektir. Belirtilen şekillerde tahkim ilk itirazında bulunulması üzerine mahkeme yetkisine ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin inceleme yapacaktır.

⁵⁴ **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 125.

⁵⁵ Yargıtay 11 HD. 2013/13397 E., 2014/4050 K., 04.03.2014 t. kararı; Yargıtay 11 HD. 2014/1941 E., 2014/4264 K., 06.03.2014 t. kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon) (e.t. 23.09.2019); **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 126.

3. İptal Davası

MTK m. 15’de hakem kararlarına karşı iptal davası açılabileceği düzenlenmiş olup hakem kararlarına karşı başvurulabilecek tek kanun yolu iptal davasıdır⁵⁶. Hakem kararlarının iptal nedenleri arasında ise tahkim anlaşmasının geçersizliği, hakem seçim usul ve yöntemine aykırılık, hakem kararının süresi içerisinde verilmemesi, hakem veya hakemlerin yetkisini aşarak karar vermesi gibi nedenler sayılmış olup sayılı sebepleri sınırlayıcı olarak kabul etmek gerekir⁵⁷.

Dolayısıyla, hakem kararının iptali talebi ile bölge adliye mahkemeleri önüne gidilmesi halinde asimetrik tahkim anlaşmasının iptal mahkemesi önünde incelemeye tabi tutulması ve iptal mahkemesinin asimetrik tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar vermesi gündeme gelebilecektir.

4. Tenfiz Davası

Yabancı hakem kararlarının icra edilebilmesi için ilgili hakem kararının MÖHUK m. 60 vd. veya Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler uyarınca tanınması veya tenfiz edilmesi gerekir. New York Konvansiyonu m. I uyarınca New York Konvansiyonu taraf devletler için, tanınması ve tenfizi istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarına uygulanır. New York Konvansiyonu’nun kapsamı dışında kalan hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ise MÖHUK uygulanır⁵⁸.

Türk hukukunda, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi esnasında kararın maddi ve hukuki olgular açısından tekrar incelenmesi yasaklanmış olup⁵⁹ bu süreçte mahkemenin sadece tenfize engel nedenler açısından inceleme yapmasına izin verilmiştir. New York Konvansiyonu m. V ve

⁵⁶ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 251.

⁵⁷ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 266.

⁵⁸ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 339; Şanlı-Esen-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 707.

⁵⁹ Yargıtay 19. HD. 2000/7171 E., 2000/7602 K., 09.11.2000 t. kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon) (e.t. 23.09.2019); Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 361.

MÖHUK m. 62 kapsamında tenfiz talebini ret nedenleri sayılmış olup bu nedenlerin varlığı halinde tenfiz yabancı hakem kararının tenfizi mümkün olamayacaktır⁶⁰. İlgili ret nedenleri arasında tahkim sözleşmesinin geçersizliği, tahkime elverişliliğin söz konusu olmaması, kamu düzeni, hakem seçim usul ve yöntemine aykırılık, adil yargılanma hakkının ihlali gibi nedenler sayılmıştır. Dolayısıyla, asimetrik tahkim anlaşmasının tenfiz mahkemesi önünde incelemeye tabi tutulması ve tenfiz mahkemesinin asimetrik tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar vermesi gündeme gelebilecektir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ASİMETRİK TAHKİM

ANLAŞMASINA YAKLAŞIM

A. Avrupa Birliği Mevzuatının Yaklaşımı

Günümüzde Avrupa Birliği'nde, bireysel olarak müzakere edilmeyen ve tüketici aleyhine hak ve yükümlülüklerde belirgin oransızlığa neden olan sözleşme hükümlerini geçersiz kılan tüketiciyi koruyucu düzenlemeler aynı zamanda asimetrik tahkim anlaşmalarına da uygulanmaktadır⁶¹.

93/13/EEC s. Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartlara İlişkin Avrupa Birliği Direktifi (“**93/13 sayılı Direktif**”)⁶² kapsamında, tüketiciye münhasıran hukuki düzenlemeler ile düzenlenmemiş tahkim yargılamasında hak aramaya zorlayan tahkim anlaşmalarının haksız şart niteliğinde kabul edileceği düzenlenmiştir. Çoğu tahkim prosedürünün en azından MTK gibi ulusal tahkim kurallarına konu olmuş olması ve 93/13 sayılı Direktif içerisinde “*hukuki düzenlemeler ile düzenlenmemiş tahkim*” ibaresinin neyi ifade ettiğinin

⁶⁰ **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 362.

⁶¹ **William W. Park**, “Arbitration in Banking and Finance”, Annual Rev. Of Banking L., vol. 17, 1998 (“**Park**, Arbitration in Finance”), s. 258.

⁶² Bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0013> (e.t. 23.09.2019).

belirtilmemiş olması nedeniyle düzenleme yeterince açık değildir⁶³. Avrupa Birliği Komisyonu'nun Tüketici Uyuşmazlıklarının Devlet Yargısı Dışında Çözümüne İlişkin Temel İlkeler başlıklı, 1998 tarihli tavsiyesi uyarınca ise tüketici uyuşmazlıklarının ancak uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tahkimde çözüleceği kararlaştırılabilecektir⁶⁴. Bu nedendir ki uyuşmazlık henüz ortaya çıkmadan önce tüketiciler ile yapılan tahkim anlaşmaları Avrupa Birliği mevzuatı kapsamında geçersiz sayılacaktır⁶⁵. Uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce akdedilen asimetrik tahkim anlaşmalarının da aynı değerlendirmeye tabi olması beklenir.

93/13 sayılı Direktif gereği olarak ise, üye devlet mahkemelerinin bu haksız şart denetimini re'sen yapmaları gerekmektedir⁶⁶. Re'sen incelemenin söz konusu olduğu bu hallerde uyuşmazlık çıkmadan önce akdedilen asimetrik tahkim anlaşmalarının haksız şart olarak nitelendirilmesi ve geçersiz kabul edilmesi gündeme gelebilecektir.

B. Birleşik Hukuk Sistemi Ülkelerinin Yaklaşımı

Genel olarak, birleşik hukuk sistemine sahip ülkelerde asimetrik uyuşmazlık çözüm anlaşmalarının geçerli olduğu kabul edilmektedir⁶⁷. Bu kararlarda dikkat çeken nokta ise bu istikrarlı yaklaşımın İngiliz mahkemeleri tarafından daha da ileri götürülmesidir. İngiliz mahkemeleri, asimetrik tahkim anlaşması ile devlet mahkemeleri ve tahkim arasında seçim hakkı tanınan tarafın bu seçim hakkını hem davacı sıfatıyla yapacağı başvuru esnasında hem de karşı tarafın yaptığı başvuruya davalı sıfatıyla itiraz ederek kullanma hakkına sahip olabileceğine karar vermiştir.

⁶³ **Andreas von Goldbeck**, "Consumer Arbitrations in the European Union", *Pepperdine Disp. Res. L. Jour.*, vol. 18:263, 2018, s. 280.

⁶⁴ Bkz.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31998H0257> (e.t. 23.09.2019).

⁶⁵ **Gökçe Kurtulan**, "Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği" *TBB Dergisi*, Sayı 131, 2017 ("Kurtulan, Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği"), s. 258.

⁶⁶ **Zelst**, *Unilateral Option Arbitration Clauses*, s. 372.

⁶⁷ **Draguiev**, *Unilateral Jurisdiction Clauses*, s. 26.

1. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerinin 1970 ve 1980’li yıllardaki geleneksel eğilimi uyuşmazlık çözümü anlaşmalarına itibar etmeme ve bu anlaşmaların icrasını kamu düzeni gerekçeleri ile reddetme yönünde olsa da yıllar geçtikçe bu yaklaşım ortadan kalkmıştır⁶⁸. Bahsedilen bu geleneksel yaklaşımın tipik örneği olarak *Wales v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* uyuşmazlığına ilişkin verilen 1976 tarihli kararda tahkim anlaşmalarının mahkemelerin yetkisini dışlaması sebebiyle kamu düzenine aykırı olduğuna ve dolayısıyla geçersiz olduğuna hükmedilmesi gösterilebilir⁶⁹. *Intermountain Systems, Inc. v. Edsall Const. Co.* uyuşmazlığına ilişkin olarak 1983 yılında verilen karar ile de aynı yaklaşım gösterilmiştir⁷⁰.

Asimetrik tahkim anlaşmalarına gelindiğinde ise, bazı Amerika Birleşik Devletleri mahkemeleri karşılıklılık unsurunun eksikliğine dayanarak bu anlaşmaları reddetme yoluna gitmiştir⁷¹. Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerinin kararlarına konu olan karşılıklılık prensibi, “yükümlülüklerin karşılıklılığını” ifade etmekte olup taraflardan her birinin aynı yükümlülüğe tabi olmasını ve aksi halde taraflardan hiçbirinin ilgili yükümlülük ile bağlı olmamasını ifade eder⁷². Kısacası ilgili prensip, sözleşme hukukunun doğasına ters bir şekilde sıkı sıkıya bir simetri öngörür⁷³. Karşılıklılık prensibi temelde Kaliforniya mahkemelerinin hakkaniyete aykırılık kriterini yüksek standartta

⁶⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz.: **Michael D. Moberly, Carolyn F. Burr**, “Enforcing Forum Selection Clauses in State Court”, *Southwestern L. Rev.*, vol. 39, 2009, s. 266-267.

⁶⁹ Kolorado Yüksek Mahkemesi, *Wales v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, No. 75-563, 18.11.1976 t. kararı (<https://law.justia.com/cases/colorado/court-of-appeals/1976/75-563.html>) (e.t. 23.09.2019); **Michael D. Moberly, Carolyn F. Burr**, “Enforcing Forum Selection Clauses in State Court”, *Southwestern L. Rev.*, vol. 39, 2009, s. 270.

⁷⁰ Kolorado Yüksek Mahkemesi, *Intermountain Systems, Inc. v. Edsall Const. Co.*, Civ. A. No. 83-K-1729, 16.12.183 t. kararı (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/575/1195/1462411/>) (e.t. 12.11.2019).

⁷¹ **Cristopher R. Drahozal**, “Nonmutual Agreements to Arbitrate”, *The Jour. of Corporation L.*, 2002 (“**Drahozal**, Nonmutual Agreements to Arbitrate”), s. 542-543; **Ustinov**, *Unilateral Arbitration Clauses*, s. 15.

⁷² **Drahozal**, *Nonmutual Agreements to Arbitrate*, s. 538.

⁷³ **Drahozal**, *Nonmutual Agreements to Arbitrate*, s. 539.

uygulamaları sonucunda Amerikan hukukunda uygulama alanı bulmuştur⁷⁴. Ayrıca, Kaliforniya hukukundaki bu katı gereklilik sadece tahkim anlaşmalarına uygulanmıştır⁷⁵. Karşılıklılık prensibinin uygulandığı hallerde Amerika Birleşik Devletleri mahkemeleri, ilgili tahkim düzenlemesi ile her iki taraf da bağlı değil ise hiçbirinin bağlı olmayacağına karar vermiştir⁷⁶. Karşılılık unsurunun eksikliğinden kaynaklı olarak verilen geçersizlik kararlarının aksi şekilde, aşağıda açıkladığımız üzere, karşılılık unsurunun tahkim anlaşmalarının geçerliliği için gerekli bir unsur olmadığını vurgulayan ve kararlar da mevcuttur.

1984 yılında verilen ve asimetrik tahkim anlaşmasının konu alındığı bir kararda mahkeme karşılılık prensibine ilişkin olarak açık bir şekilde, yasal çözüm yollarına ilişkin olarak adaletin tam bir simetri gerektirmediğine ve uyumsuzluk çözüm anlaşmalarının her iki tarafa da aynı mercie başvuru hakkı tesis etmesine gerek olmadığına karar vermiştir⁷⁷. Bununla birlikte, karşılıklılık prensibi uyarınca tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmedilen durumlara örnek olarak *Stevens/Leinweber/Sullens, Inc. v. Holm Dev. and Management, Inc.* davası gösterilebilir. 1990 yılında verilen bu kararda tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsız olduğuna, asıl anlaşma içerisinde yer alan karşılıklığın tahkim anlaşmasına sirayet etmeyeceğine, tahkim anlaşmasının karşılıklılık barındırmaması sebebi ile geçersiz olduğuna karar verilmiştir⁷⁸. Yine aynı yaklaşım *Lopez v. Plaza Finance* davasında, borçlunun temerrütten kaynaklanan uyumsuzluklarını tahkim heyeti önüne götüremeyeceğini düzenleyen tahkim

⁷⁴ **Michael G. McGuiness, Adam J. Karr**, “California’s “Unique” Approach to Arbitration: Why This Road Less Traveled Will Make All the Difference Federal Arbitration Act”, *Jour. of Disp. Res.*, vol. 2005, Issue 1, 2005, s. 81-82.

⁷⁵ **Michael G. McGuiness, Adam J. Karr**, “California’s “Unique” Approach to Arbitration: Why This Road Less Traveled Will Make All the Difference Federal Arbitration Act”, *Jour. of Disp. Res.*, vol. 2005, Issue 1, 2005, s. 81-82.

⁷⁶ **Park**, *Arbitration in Finance*, s. 252.

⁷⁷ New Jersey Yüksek Mahkemesi, *Kalman Floor Company v. Jos. L. Muscarelle Inc.*, No. 196-16, 02.03.1984 t. kararı (<https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/1984/196-n-j-super-16-0.html>) (e.t. 23.09.2019).

⁷⁸ Arizona Yüksek Mahkemesi, *Stevens/Leinweber/Sullens v. Holm Dev.*, No. 88-548, 07.08.1990 t. kararı (<https://www.courtlistener.com/opinion/2606305/stevensleinwebersullens-v-holm-dev/>) (e.t. 23.09.2019); **Nahmias**, *Unilateral Right to Choose Between Arbitration and Litigation*, s. 37.

anlaşmasının geçersizliğine karar verilmesi ile 1996 yılında İllinois mahkemeleri tarafından da benimsenmiştir⁷⁹.

Ancak 2011 tarihli *AT&T Mobility v. Concepcion* davasına ilişkin kararda, genel sözleşme prensiplerinin ancak tahkimin esaslı özelliklerine etki ettiği noktada dikkate alınması gerektiği söylenmiştir⁸⁰. Bu nedendir ki, karşılıklılık unsurunun tek başına tahkimin esasına etki eden bir yanı bulunmaması nedeniyle, karşılıklılık unsurunun eksikliğinin mahkemelerce geçersizlik sebebi olarak dikkate alınması eleştirilere konu olmuştur⁸¹.

2013 yılında, *Noohi v. Toll Bros, Inc.* uyuşmazlığına ilişkin verilen kararda ise yine tahkim anlaşmasının karşılıklılık barındırması gerektiği ve Maryland hukuku uyarınca taraflardan sadece birisinin tahkime gitmesi gerektiğini öngören anlaşmanın uygulanamaz olduğuna karar verilmiştir⁸². İlâveten, *Noohi v. Toll Bros, Inc.* uyuşmazlığına bakan mahkeme tahkim iradesi lehine yorumun sadece tahkimin kapsamının belirlenmesi esnasında uygulanması gerektiğine ve geçerliliği hakkında şüphe duyulan bir tahkim anlaşmasına ilişkin olarak tahkim lehine yorum ile tahkim anlaşmasının ayakta tutulmaması gerektiğine dikkat çekmiştir⁸³. Mahkeme kararını temellendirirken ise Federal Tahkim Kanunu (“FAA”)’nun, mahkemelerin incelemelerinde eyaletlerin kendi hukukları uyarınca gerek gördüğü karşılıklılık unsurunu aramalarına engel teşkil etmediğini vurgulamıştır⁸⁴.

⁷⁹ **Park**, *Arbitration in Finance*, s. 252, dip not 149.

⁸⁰ Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, *AT&T Mobility v. Concepcion*, No. 09-893, 27.04.2011 t. kararı (<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-893.pdf>) (e.t. 23.09.2019).

⁸¹ **Richard Frankel**, “Conception and Mis-Conception: Why Unconscionability Survives the Supreme Court’s Arbitration Jurisprudence”, *Jour. of Disp. Res.*, vol. 2014 Issue 2, 2014, s. 243.

⁸² Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, *Noohi v. Toll Bros. Inc.*, No. 12-1261, 26.02.2013 t. kararı (<https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1623180.html>) (e.t. 23.09.2019).

⁸³ Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, *Noohi v. Toll Bros. Inc.*, No. 12-1261, 26.02.2013 t. kararı (<https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1623180.html>) (e.t. 23.09.2019); **Ira C. Wolpert**, “Mutuality of Consideration in Arbitration Agreements: A Case Study”, *Disp. Res. Jour.*, vol. 68, Issue 2, 2013, s. 17.

⁸⁴ Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, *Noohi v. Toll Bros. Inc.*, No. 12-1261, 26.02.2013 t. kararı (<https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1623180.html>) (e.t. 23.09.2019); **Ira C. Wolpert**, “Mutuality of Consideration in Arbitration Agreements: A Case Study”, *Disp. Res. Jour.*, vol. 68, Issue 2, 2013, s. 18.

Yukarıda incelemiş olduğumuz karşılıklılık prensibi 1997 yılı itibariyle yerini hakkaniyete aykırılık (*unconscionability*) prensibine⁸⁵ bırakmıştır⁸⁶. Hakkaniyete aykırılık prensibi değerlendirmesinde Amerikan mahkemeleri tarafından sözleşme hükümlerinin adil olup olmadığı sorgulanır⁸⁷. Hakkaniyete aykırılık prensibi kapsamında değerlendirme yapılırken salt sözleşme hükümlerinin hakkaniyete uygun olup olmadığı veya tek tarafa yükümlülük yükleyip yüklediği sorgulanmaz, aynı zamanda bu hükümlerin ne şekilde ve hangi koşullar altında kaleme alındığı da incelenir⁸⁸. Kısacası burada Türk hukukunda yer alan genel işlem şartı ve haksız şart incelemelerine benzer bir inceleme yapılır. Nitekim 1999 yılında Montana Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, dava konusu asimetrik tahkim şartının tek taraf aleyhine yükümlülük getirdiğine, kaleme alan lehine makul olmayan koşullar içerdiğine, asimetrik tahkim şartı barındıran anlaşmanın “kabul et ya da terk et” (*take it or leave it*) yaklaşımı ile akdedilmiş olduğuna ve dolayısıyla asimetrik anlaşmanın ölçüsüz ve baskıcı nitelikte olduğuna karar verilmiştir⁸⁹.

Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc. uyuşmazlığında⁹⁰, sadece işçinin tahkime başvuracağını düzenleyen anlaşmaya ilişkin olarak Kaliforniya Yüksek Mahkemesi tarafından 2000 yılında verilen kararın Kaliforniya mahkemeleri tarafından içtihat olarak benimsenmesi ile

⁸⁵ Amerika Birleşik Devletleri hukukunda içerik denetimi öngören “unconscionability” kavramının Türk hukuku kavramlarıyla anlatımı için bkz.: **Erdem Büyüksagis**, “İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro’nun Düşündürdükleri”, *Jour. of Yasar Uni.*, vol. 8, Issue Özel, 2013, s. 695 vd.

⁸⁶ **Drahozal**, *Nonmutual Agreements to Arbitrate*, s. 547; **Ayşegül Polat**, *Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri*, s. 12.

⁸⁷ **Robert Ward**, “Divide & Conquer: How the Supreme Court Used the Federal Arbitration Act to Threaten Statutory Rights and the Need to Codify the Effective Vindication Rule”, *Seton Hall Legislative Jour.*, vol. 39:1, 2015 (“**Ward**, Vindication Rule”), s. 153.

⁸⁸ **Richard Frankel**, “Conception and Mis-Conception: Why Unconscionability Survives the Supreme Court’s Arbitration Jurisprudence”, *Jour. of Disp. Res.*, vol. 2014 Issue 2, 2014, s. 234-235.

⁸⁹ Montana Yüksek Mahkemesi, *Iwen v. West Direct Division of West Marketing Resources Group Inc.*, No. 98-064, 01.04.1999 t. kararı (<https://caselaw.findlaw.com/mt-supreme-court/1412275.html>) (e.t. 23.09.2019); **Nahmias**, *Unilateral Right to Choose Between Arbitration and Litigation*, s. 36.

⁹⁰ Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, No. S075942, 24.08.2000 t. kararı (<https://caselaw.findlaw.com/ca-supreme-court/1130714.html>) (e.t. 23.09.2019).

hakkaniyete aykırılık prensibi daha çok Kaliforniya mahkemeleri tarafından kullanılır hâle gelmiştir⁹¹. İlgili kararda sözleşmelerin geçersizliğine karar verilirken dikkate alınan hakkaniyete aykırılık prensibinin tahkim anlaşmalarına da aynı şekilde uygulanacağına karar verilmiştir⁹².

Amerika Birleşik Devletleri'nde Asimetrik tahkim anlaşmaları çevrimiçi ortamlarda kabul edilen ve tadil edilen sözleşmelere de konu olmuştur⁹³. Böyle bir asimetrik tahkim anlaşmasından çıkan uyuşmazlıkta, sözleşmeyi tek taraflı olarak tadil etme hakkına sahip tarafın, sözleşmeye eklemiş olduğu asimetrik tahkim anlaşması bile geçerli kabul edilmiştir⁹⁴. Mahkemenin bu kararı, kararın hakkaniyete aykırılık prensibi kapsamında hatalı olduğu gerekçesiyle eleştirilere konu olmuştur⁹⁵.

Tüketici sözleşmelerinde yer alan asimetrik tahkim anlaşmaları ise mahkemeler tarafından yine aynı incelemelere tabi tutulmuştur ve bu kapsamda New Mexico Yüksek Mahkemesi, *Rivera v. American General Financial Services* uyuşmazlığına ilişkin kararında tüketiciyi tüm iddialarını tahkime götürmeye zorlayan ancak kredi veren kurumun belli iddialarını devlet mahkemeleri önüne götürmesine izin veren asimetrik tahkim anlaşmasının hakkaniyete aykırı olduğuna karar vermiştir⁹⁶. Nitekim, tüketici sözleşmeleri gibi taraflardan birinin kurumsal bir yapı ve diğer tarafın bir gerçek kişi olduğu durumlarda mahkemelerin genel eğilimi, asimetrik tahkim anlaşmalarına ilişkin iddiaların

⁹¹ **Drahozal**, *Nonmutual Agreements to Arbitrate*, s. 550.

⁹² Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, No. S075942, 24.08.2000 t. kararı (<https://caselaw.findlaw.com/ca-supreme-court/1130714.html>) (e.t. 23.09.2019).

⁹³ Bkz.: Utah Bölge Mahkemesi, *Margae Inc. v. Clear Link Technologies LLC.*, No. 2:07-CV-916 CW, 05.05.2009 t. kararı (<https://casetext.com/case/margae-inc-v-clear-link-technologies-4>) (e.t. 23.09.2019).

⁹⁴ Bkz.: Utah Bölge Mahkemesi, *Margae Inc. v. Clear Link Technologies LLC.*, No. 2:07-CV-916 CW, 05.05.2009 t. kararı (<https://casetext.com/case/margae-inc-v-clear-link-technologies-4>) (e.t. 23.09.2019).

⁹⁵ **Jonathan Goodman**, “*Margae, Inc. v. Clear Link Technologies*”, *NYLS L. Rev.*, vol. 54 2009/10, s. 858-861.

⁹⁶ New Mexico Yüksek Mahkemesi, *Kim Rivera v. American General Financial Services Inc.*, No. 2011-NMSC-033, 18.02.2010 t. kararı (<https://law.justia.com/cases/new-mexico/supreme-court/2011/011-nmsc-033.html>) (e.t. 23.09.2019).

hakkaniyete aykırılık veya karşılıklılık prensiplerinden hangisine dayandırıldığına bakılmaksızın ilgili anlaşmaların geçerliliklerinin reddedilmesi yönündedir⁹⁷.

İş sözleşmeleri içerisinde yer alan tahkim anlaşmalarının ve dolayısıyla asimetrik tahkim anlaşmalarının ise FAA kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği Amerika Birleşik Devletleri'nde tartışmalara konu olmuştur. FAA'nın "Bölüm 1" başlıklı kısmı FAA'nın kapsamını ve kapsamı dışında kalan konuları düzenlemektedir. İlgili bölümde denizcilerin, demiryolu çalışanlarının ve dış ve eyaletler arası ticarete istihdam edilen tüm işçi sınıflarının FAA kapsamından istisna tutulduğu belirtilmiştir⁹⁸. İlgili kısımda söz edilen dış ve eyaletler arası ticarete istihdam edilen tüm işçi sınıflarından neyin kastedildiği açık değildir⁹⁹. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi *Circuit City Stores, Inc. v. Adams* davasında verdiği kararda, ilgili işçi sınıflarından kastedilenin sadece eyaletler arası ticarete istihdam edilen taşıma işçileri olduğunu, istisnanın tüm iş sözleşmelerini kapsayacak kadar geniş kaleme alınmış olması hâlinde deniz ve demiryolu çalışanlarına spesifik atıf yapılmasının bir anlamı kalmayacağını söylemiştir¹⁰⁰. Ancak bu durum FAA'nın kapsamı dâhilinde bulunan ve iş sözleşmeleri içerisinde yer alan tahkim anlaşmalarının direk icra edilebilirliğine hükmedilmekte olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim, *Ferguson v. Countrywide Credit Industries, Inc.* davasına konu tahkim anlaşmasının taraflar için karşılıklı tahkim yükümlülüğü öngörmesine rağmen doğası gereği genellikle işçinin davacı olacağı iddiaların tahkime götürülmesini gerektirmesi ve ancak işverenin davacı olacağı iddiaların devlet mahkemelerinde görülmesine imkân sağlaması nedeniyle mahkeme, asimetrik tahkim anlaşmasının karşılıklı ve icra edilebilir olmadığına hükmetmiştir¹⁰¹.

⁹⁷ **Christopher R. Drahozal**, "Unfair Arbitration Clauses", *Uni. Of Illinois L. Rev.*, vol. 2001, Issue 3, 2001, s. 720.

⁹⁸ Bkz.: <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title9/chapter1&edition=prelim> (e.t. 23.09.2019).

⁹⁹ **Leroy-Feuille**, *Predispute Arbitration Agreements*, s. 280.

¹⁰⁰ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, *Circuit City Store, Inc. v Adams*, No. 99-1379, 21.03.2001 t. kararı (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/105/>) (e.t. 23.09.2019).

¹⁰¹ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, *Ferguson v. Countrywide Credit Industries, Inc.*, No. 01-55985, 23.07.2002 t. kararı (<https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1260590.html>) (e.t. 23.09.2019); **Leroy-Feuille**, *Predispute Arbitration Agreements*, s. 314.

İlaveten, ticari uyuşmazlıklarda tahkim anlaşmalarına ilişkin olarak ileri sürülen hakkaniyete aykırılık iddialarına Amerikan mahkemelerinin genellikle temkinli ve şüpheli yaklaşmakta olduklarını da belirtmekte fayda vardır¹⁰².

Günümüzde ise, federal hukuk kapsamında bir tahkim anlaşmasının geçersizliği hakların ileri sürülmesi (*vindication of rights*) ve hakkaniyete aykırılık prensipleri kapsamında iddia edilebilir¹⁰³. Hakların ileri sürülmesi prensibi yukarıda bahsetmiş olduğumuz hakkaniyete aykırılık prensibine oldukça benzemektedir¹⁰⁴. Hakların ileri sürülmesi prensibi kapsamında tahkim anlaşmasının, taraflara federal hukuk kapsamında tanınan temel hakları tahkim sürecinde etkili bir biçimde kullanma imkânı tanıyıp tanımadığı sorgulanır¹⁰⁵. Tahkim prosedürü federal hukuk tarafından tanınan temel hakların kullanımını engellemediği sürece tahkim seçimi mahkemelerce uygun addedilir¹⁰⁶.

Yukarıda bahsedilen içtihatlar kapsamında özetle Amerika Birleşik Devleti mahkemelerinin özellikle iş ve tüketici sözleşmelerinde yer alan asimetrik tahkim anlaşmalarına karşı hâlâ katı ve negatif bir tutum içerisinde olduğundan bahsedilebilir¹⁰⁷.

Doktrinde, asimetrik tahkim anlaşmalarına kısmi geçersizlik yönteminin uygulanması suretiyle geçersizliğe neden olan kısımların geçerli kısımdan ayrılmasının veya ilgili anlaşmalarda asimetrik şekilde tanınan hakların her iki tarafa da tanınmasının ve bu şekilde simetrinin sağlanmasının uygun olacağı savunulmuştur¹⁰⁸. Smit ise, kurumsal ve ad hoc tahkim kurallarını düzenleyenlerin bu tip asimetrik anlaşmaların akıbetini belirleyen kurallar kaleme almalarının ve tarafların devlet mahkemelerine gitmek zorunda kalmamaları adına gereken hallerde bu tip asimetrik tahkim anlaşmalarının asimetrik veya opsiyonel nitelikte

¹⁰² **Born**, *Arbitration Law and Practice*, s. 82.

¹⁰³ **Ward**, *Vindication Rule*, s. 153.

¹⁰⁴ **Ward**, *Vindication Rule*, s. 153.

¹⁰⁵ **Ward**, *Vindication Rule*, s. 150.

¹⁰⁶ **Okezie Chukwumerije**, “The Evolution and Decline of the Effective- Vindication Doctrine in U.S. Arbitration Law”, *Pepperdine Disp. Res. L. Jour.*, vol. 14, Issue 3, 2014, s. 396.

¹⁰⁷ **Bas van Zelst**, “Unilateral Option Arbitration Clauses: An Unequivocal Choice for Arbitration Under the ECHR?”, *Maastricht Jour. Of European and Comparative L.*, vol. 25-1, 2018, s. 82; **Ustinov**, *Unilateral Arbitration Clauses*, s. 16.

¹⁰⁸ **Draguiev**, *Unilateral Jurisdiction Clauses*, s. 43-44.

olmayan tahkim anlaşmasına çevrileceğini düzenlemelerinin uygun olacağı kanaatindedir¹⁰⁹.

2. İngiltere

İngiltere mahkemelerinin asimetrik tahkim anlaşmalarına yaklaşımlarında, Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerine kıyasen daha istikrarlı görüş birliğinde olduğundan bahsedilebilir¹¹⁰. İngiliz hukuku tüketicileri koruma eğiliminde olmakla birlikte tüketicilere ilişkin işlemlerin söz konusu olmadığı hallerde tahkim anlaşmasını genel sözleşme hukuku prensipleri altında incelemektedir¹¹¹.

İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından 1966 yılında verilen bir kararda, her iki tarafın uyuşmazlıklarının da tahkim heyeti önünde çözülmesi hususunda anlaşmış olması gerektiği gerekçesi ile asimetrik tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmedilmiştir¹¹². 1986 yılına kadar devam eden bu eğilim *Pittalis v. Sherefettin* davasında terkedilmiş, İngiliz mahkemeleri bu tarihten sonra tahkim anlaşmalarının karşılıklılık ve simetrisine odaklanmaktan vazgeçmişlerdir¹¹³.

Daha sonraki yıllarda *NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd.* davasında, taraflardan birine uyuşmazlıkları dilerse tahkim heyeti önüne götürme hakkı veren asimetrik tahkim anlaşmasından¹¹⁴ çıkan uyuşmazlıkta İngiliz mahkemeleri tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermiştir¹¹⁵. Ayrıca

¹⁰⁹ **Hans Smit**, “Contractual Modifications of the Arbitral Process”, Penn State L. Rev., vol:113:4, 2009, s. 1010.

¹¹⁰ **İlhan**, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, s. 214.

¹¹¹ **Neil Andrews**, Arbitration and Contract Law: Common Law Perspective, 2016, s. 20.

¹¹² Karar için bkz.: **Born**, International Commercial Arbitration s. 866-867; **Nesbitt-Quinlan**, Unilateral or Optional Arbitration Clauses, s. 135-136.

¹¹³ Karar için bkz.: **Ustinov**, Unilateral Arbitration Clauses, s. 13-14.

¹¹⁴ “...*The courts of England shall have jurisdiction to settle any disputes which may arise out of or in connection with this Charterparty but the Owner shall have the option of bringing any dispute hereunder to arbitration...*”

¹¹⁵ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, *NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd.*, No. 2004/510, 13.10.2004 t. kararı ([\(http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2004/2001.html&query=\(three\)+AND+\(shipping\)+AND+\(nb\)\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2004/2001.html&query=(three)+AND+(shipping)+AND+(nb))) (e.t. 23.09.2019); **Nesbitt-Quinlan**, Unilateral or Optional Arbitration Clauses, s. 139; **Draguiev**, Unilateral Jurisdiction Clauses, s. 26.

İngiliz mahkemesi ilgili kararında, içtihatların da ötesine giderek uyuşmazlıkları tahkim önüne götürme opsiyonuna sahip tarafın bu hakkını hem davacı hem de davalı pozisyonlarında kullanabileceğini belirtmiştir¹¹⁶. *NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd.* uyuşmazlığında mahkemenin tam tersi hak tesis eden, yâni taraflardan birine uyuşmazlıkları mahkeme önüne götürme opsiyonu tanıyan asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin bir değerlendirmesi olmamış olsa da bu anlaşmaların geçerliliği *Trust Corporation Plc v. Elektrim others* davasında karara bağlanmıştır¹¹⁷. *Trust Corporation Plc v. Elektrim others* davasında tekrar, tahkim prosedürünün hâlihazırda başlatılmış olmasından bağımsız olarak seçim hakkına sahip tarafın bu hakkını davalı olarak da kullanabileceğine dikkat çekilmiştir¹¹⁸. İlgili kararda ayrıca, taraflardan birini daha avantajlı konuma sokan asimetrik uyuşmazlık çözüm anlaşmalarının diğer sözleşme koşulları gibi dikkate alınmaları ve kendiliğinden özel muameleye tabi tutulmamaları gerektiğinden bahsedilmiştir¹¹⁹. İngiliz mahkemelerinin bu tutumu, *Mauritius Commercial Bank Ltd. v. Hestia Holdings Ltd., Sujana Universal Industries Ltd.*¹²⁰ kararında yüksek mahkeme tarafından da onanmıştır¹²¹.

¹¹⁶ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, *NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd.*, No. 2004/510, 13.10.2004 t. kararı ([\(http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2004/2001.html&query=\(three\)+AND+\(shipping\)+AND+\(nb\)\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2004/2001.html&query=(three)+AND+(shipping)+AND+(nb))) (e.t. 23.09.2019); **Maxi Scherer**, “A Cross-Channel Divide Over Unilateral Dispute Resolution Clauses”, *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, 2015, s. 14; **Nesbitt-Quinlan**, *Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, s. 141-142.

¹¹⁷ **Nesbitt-Quinlan**, *Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, s. 142.

¹¹⁸ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, *The Law Debenture Trust Corporation Plc. v. Elektrim Finance B.V., Elektrim S.A. and Concord Trust*, No. HC05C00554, 01.07.2005 t. kararı ([\(http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2005/1412.html&query=\(Trust\)+AND+\(Corporation\)+AND+\(plc\)+AND+\(v.\)+AND+\(Elektrim\)\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2005/1412.html&query=(Trust)+AND+(Corporation)+AND+(plc)+AND+(v.)+AND+(Elektrim))) (e.t. 23.09.2019); **Maxi Scherer**, “A Cross-Channel Divide Over Unilateral Dispute Resolution Clauses”, *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, 2015, s. 14.

¹¹⁹ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, *The Law Debenture Trust Corporation Plc. v. Elektrim Finance B.V., Elektrim S.A. and Concord Trust*, No. HC05C00554, 01.07.2005 t. kararı ([\(http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2005/1412.html&query=\(Trust\)+AND+\(Corporation\)+AND+\(plc\)+AND+\(v.\)+AND+\(Elektrim\)\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2005/1412.html&query=(Trust)+AND+(Corporation)+AND+(plc)+AND+(v.)+AND+(Elektrim))) (e.t. 23.09.2019); **Draguiev**, *Unilateral Jurisdiction Clauses*, s. 26.

¹²⁰ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, *Mauritius Commercial Bank Limited v. Hestia Holdings Limited, Sujana Universal Industries Limited*, No. 2013 FOLIO 67, 24.05.2013 t. kararı ([\(http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2013/1328.html&query=\(Mauritius\)+AND+\(Comm\)\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2013/1328.html&query=(Mauritius)+AND+(Comm)))

2000’li yılların başında, *Pittalis v. Sherefettin* uyuşmazlığında asimetrik tahkim anlaşmalarına ilişkin genel bir yargıya varılmasına rağmen İngiliz hukukunda asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin halâ bazı belirsizliklerin mevcut olduğu söylenmiştir¹²². İngiliz mahkemeleri bahsedilen kararlarında, asimetrik uyuşmazlık çözüm anlaşmalarının ticari sözleşmeler içerisine yerleştirildiğini ve dolayısıyla sözleşme serbestisinin bir sonucu olduğunu göz önünde bulundurmuştur, ancak taraflardan birinin gerçek kişi ve hatta tüketici olduğu durumlarda İngiliz mahkemelerinin nasıl bir duruş sergileyeceği doktrinde merak uyandırmıştır¹²³.

3. Avustralya

Avustralya hukuku kapsamında geçerlilik incelemesine tabi tutulmuş çok sayıda asimetrik tahkim anlaşması tespit edilmemiştir. Bununla birlikte Avustralya’da, asimetrik tahkim anlaşmalarının geçersizliğini destekleyen yerleşik bir içtihadın mevcut olmadığından söz edilebilir¹²⁴. Nitekim, asimetrik tahkim anlaşmasından kaynaklanan *PMT Partners Pty. Ltd. v. Australian National Parks & Wildlife Service* uyuşmazlığında, uyuşmazlık çözüm anlaşmasının düzenleniş şekli ile mevzuatın tarafların tahkim ve mahkeme arasında seçim yapma hakkına ilişkin herhangi bir kısıtlama getirmediği gerekçesiyle Avustralya Yüksek Mahkemesi ilgili anlaşmanın geçerli olduğuna karar vermiştir¹²⁵.

ercial)+AND+(Bank)+AND+(Ltd.)+AND+(v.)+AND+(Hestia)+AND+(Holdings)+AND+(Ltd.) (e.t. 23.09.2019).

¹²¹ **Draguiev**, *Unilateral Jurisdiction Clauses*, s. 26.

¹²² **Nesbitt-Quinlan**, *Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, s. 137.

¹²³ **Draguiev**, *Unilateral Jurisdiction Clauses*, s. 26.

¹²⁴ **Ustinov**, *Unilateral Arbitration Clauses*, s. 17.

¹²⁵ Avustralya Yüksek Mahkemesi, *PMT Partners Pty. Ltd. v. Australian National Parks & Wildlife*, No. (1995) 184 CLR 301, 11.10.1995 t. kararı (<https://jade.io/article/67904?at.hl=PMT+Partners+Wildlife+>) (e.t. 23.09.2019); **Nesbitt-Quinlan**, *Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, s. 147.

C. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi Ülkelerinin Yaklaşımı

Birçok Kıta Avrupası hukuk sistemi mensubu ülkenin asimetric tahkim anlaşmalarını geçerli kabul ettiği tespit edilmiş ise de, Birleşik Hukuk sistemi ülkelerinde olduğu gibi Kıta Avrupası hukuk sistemi mensubu ülkelerde de asimetric tahkim anlaşmalarının geçerliliği hilafına verilmiş kararlar mevcuttur. Kısacası Kıta Avrupası hukuk sistemi mensubu ülkelerde asimetric tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin yeknesak bir uygulama mevcut deđildir¹²⁶.

Kıta Avrupası ülkeleri mahkemelerinin asimetric tahkim anlaşmalarının geçersizliğine hükmederken farklı hukuki gerekçelere dayandıkları görölmekle birlikte, Avrupa Birliği ülkelerinde tüketicilerin taraf olduğu durumlarla sınırlı olmaksızın, müzakere edilmemiş olan sözleşmelere şüphe ile yaklaşılmakta olduğu tespit edilmiştir¹²⁷.

1. Fransa

Asimetric tahkim anlaşmasından kaynaklı olarak Fransız mahkemeleri önüne giden çok sayıda uyuşmazlık tespit edilmemiş olmakla birlikte konuya ilişkin olarak 70’li yıllarda verilmiş bir karar dikkat çekmektedir. Uyuşmazlıkların mahkemeler önünde çözüleceğinin kararlaştırıldığı ancak taraflardan birinin ayrıca tahkime de başvurabileceğinin öngöröldüğu asimetric tahkim anlaşmasından çıkan uyuşmazlıkta, asimetric tahkim anlaşmasının geçersizliğinin iddia edilmesi üzerine Fransız ilk derece mahkemesi, asimetric tahkim anlaşmasının geçersiz olmadığına, tahkime başvurma hakkına sahip olmayan tarafın ilgili anlaşma ile açıkça uyuşmazlıkların tahkime götürölme ihtimalini

¹²⁶ Ayşegöl Polat, Asimetric Tahkim Sözleşmeleri, s. 14.

¹²⁷ Judita Perényiová, Unilateral Option Clauses in Commercial Arbitration, 2014 (“Perényiová, Unilateral Option Clauses”), s. 19.

kabul ettiğine karar vermiştir ve karar Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından onanmıştır¹²⁸.

2. Almanya

Alman hukukunda, genel olarak asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliğine engel bir düzenleme mevcut değildir¹²⁹. Ancak Almanya’da da tahkim anlaşmaları, hem usul sözleşmesi hem de borçlar hukuku sözleşmesi olarak incelemeye tabi olmaktadır¹³⁰. Bu kapsamda tahkim anlaşmalarının Alman kamu düzenine aykırı olmaması ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde taraflardan biri aleyhine düzenleme barındırmaması gerekmektedir¹³¹.

Alman Mahkemeleri 90’lı yıllarda, asıl uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak mahkemelerin seçildiği ancak taraflardan birine uyuşmazlığı tahkim yargılaması önüne götürme hakkı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmasının geçersizliğine karar vermiştir¹³². Mahkeme gerekçesinde, seçim hakkına sahip olmayan tarafın mecburen mahkemelere başvuracak olması ve mahkeme ile tahkim arasında seçim yapma hakkına sahip olan diğer tarafın ise tahkim yoluna başvurarak bu işlemleri hükümsüz hâle getirebilecek olması nedeniyle, mahkeme yoluna başvuran tarafın katlanacağı masrafların gereksiz olacağını ve bu nedenle anlaşmanın adil olmadığını ifade etmiştir¹³³. Mevcut olayda dikkat çekilmesi gereken unsur, karara konu asimetrik tahkim anlaşmasının standart bir sözleşme içerisinde tahkim şartı olarak kaleme alınmasından mütevellit mahkemenin karar

¹²⁸ Karar için bkz.: **Nesbitt-Quinlan**, *Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, s. 145; **Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage**, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, s. 268-269.

¹²⁹ **Nesbitt-Quinlan**, *Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, s. 145; **Zelst**, *Unilateral Option Arbitration Clauses*, s. 376; **Ustinov**, *Unilateral Arbitration Clauses*, s. 24; **Ayşegül Polat**, *Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri*, s. 14.

¹³⁰ **Nesbitt-Quinlan**, *Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, s. 145; **Perényiová**, *Unilateral Option Clauses*, s. 9.

¹³¹ **Nesbitt-Quinlan**, *Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, s. 145; **Zelst**, *Unilateral Option Arbitration Clauses*”), s. 376.

¹³² Karar için bkz.: **Nesbitt-Quinlan**, *Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, s. 146; **Perényiová**, *Unilateral Option Clauses*, s.10.

¹³³ **Nesbitt-Quinlan**, *Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, s. 146; **Ayşegül Polat**, *Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri*, s. 15.

verirken tahkim şartını Alman hukukunda haksız şart kuralları kapsamında değerlendirmiş olmasıdır¹³⁴. Dolayısıyla Alman mahkemelerinin müzakere edilmiş sözleşmelerde yer alan asimetrik tahkim şartlarının geçerliliğine hükmetmesi mümkündür¹³⁵.

Karara paralel şekilde doktrinde de tek taraflı olarak kabul ettirilen standart sözleşmeler içerisinde yer alan asimetrik tahkim anlaşmalarının geçersiz addedilebileceğine değinilmiştir¹³⁶.

3. İsviçre

2016 tarihi itibarıyla, İsviçre Federal Mahkemesinin asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin herhangi bir içtihadı mevcut değildi¹³⁷. Asimetrik tahkim anlaşmaları aynı zamanda İsviçre doktrininde de henüz çok fazla kaynağa konu olmamış olsa da müzakere gücüne sahip tarafın zayıf tarafa dayatması sonucu ortaya çıkan bir asimetrik tahkim anlaşmasının söz konusu olmadığı durumlarda, taraf iradesinin tahkimdeki üstünlüğü nedeniyle bu tip anlaşmalara geçerlilik tanınması gerektiği belirtilmiştir¹³⁸. Nitekim asimetrik tahkim anlaşmalarının irade serbestisi prensibi kapsamında geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹³⁹.

4. İtalya

İtalyan hukukunda asimetrik tahkim anlaşmalarını özel olarak yasaklayan herhangi bir hüküm mevcut değildir¹⁴⁰. Bu nedenle ki konuya ilişkin İtalyan

¹³⁴ Nesbitt-Quinlan, *Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, s. 146.

¹³⁵ Nesbitt-Quinlan, *Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, s. 146.

¹³⁶ Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, Patricia Nacimiento, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd Edition, 2015, s. 84.

¹³⁷ Daniel Girsberger, Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 3rd Edition, 2016, s. 96.

¹³⁸ Gabrielle Kaufmann-Kohler, Antonio Rigozzi, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, 1st Edition, 2015, s. 93.

¹³⁹ Matthias Scherer, "Switzerland", *IBA Arbitration Guide*, 2018, s. 7.

¹⁴⁰ Luca G. Radicati, Michele Sabatini, "Italy", *IBA Arbitration Guide*, 2018, s. 8-9.

mahkeme kararları incelendiğinde, mahkemelerin istikrarlı bir şekilde asimetric tahkim anlaşmalarının geçerliliğine hükmettikleri görülmektedir¹⁴¹.

İtalyan Yüksek Mahkemesi, 1970 yılında verdiği bir kararında, taraflardan birine sadece tahkim yoluna başvurma hakkı veren asimetric tahkim anlaşmaları dâhil olmak üzere, tarafların prensip olarak uyuşmazlık çözüm yöntemlerini belirleme konusunda özgür olmaları gerektiğini ifade etmiştir¹⁴².

5. İspanya

İspanyol hukukunda geleneksel eğilim seçimin tüm taraflara veya taraflardan sadece birine tanınıp tanınmadığına bakılmaksızın, taraflara tahkim ve yetkili mahkemeler arasında seçim hakkı tanıyan asimetric tahkim anlaşmalarının geçersizliğine hükmedilmesi yönünde idi¹⁴³. Bu eğilim İspanyol Tahkim Kanunu'nda yer alan eski düzenlemenin¹⁴⁴ tahkim anlaşmalarında kesin ve açık bir tahkim iradesinin mevcudiyetini aramasından kaynaklanmaktaydı¹⁴⁵. İspanyol Tahkim Kanunu'nda yapılan değişiklik ile ilgili kanun hükümleri UNCITRAL Model Kanun'a benzer şekilde tadil edilmiş ve değişiklik ile tahkim anlaşması için tarafların tahkim iradesinin mevcudiyeti yeterli kabul edilmiş, ayrıca bu iradenin kesin olması şartı aranmamaya başlanmıştır¹⁴⁶. Dolayısıyla İspanyol

¹⁴¹ **Nesbitt-Quinlan**, Unilateral or Optional Arbitration Clauses, s. 144; **Ustinov**, Unilateral Arbitration Clauses, s. 26; **Álvaro López de Argumedo Piñero, Constanza Balmaseda**, "The Disputed Validity of Hybrid and Asymmetric Clauses in Europe: a review of the decision of the High court of appeal of Madrid of 18 October 2013", Spain Arbitration Review Revista del Club Español del Arbitraje, vol. 2014 issue 192014 ("**Piñero-Balmaseda**, The Disputed Validity of Hybrid and Asymmetric Clauses in Europe"), s. 61.

¹⁴² **Nesbitt-Quinlan**, Unilateral or Optional Arbitration Clauses, s. 144.

¹⁴³ **Piñero-Balmaseda**, The Disputed Validity of Hybrid and Asymmetric Clauses in Europe, s. 64.

¹⁴⁴ "...The arbitration agreement must express the unequivocal will of the parties to submit the resolution of some or all of the litigated matters that arise or may arise out of specified legal relations, whether contractual or otherwise, to the decision of one or more arbitrators, as well as expressing the obligation to comply with such decision..."

¹⁴⁵ **Piñero-Balmaseda**, The Disputed Validity of Hybrid and Asymmetric Clauses in Europe, s. 64.

¹⁴⁶ Bkz. İspanyol Tahkim Kanunu (https://n-lex.europa.eu/n-lex/legis_es/boe_form_en) (e.t. 30.06.2018)

hukukunda asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliğine engel herhangi bir düzenleme kalmamıştır¹⁴⁷.

Uyuşmazlığın, taraflara tahkim veya devlet mahkemeleri arasında seçim yapma hakkı tanıyan ve ticari bir sözleşme içerisinde yer alan asimetrik tahkim anlaşmasından çıktığı olayda, Madrid Yüksek Mahkemesi 2013 tarihli kararı ile İspanya hukukunda asimetrik tahkim anlaşmalarının hüküm doğurmasını ve icra edilebilmesini engelleyen herhangi bir düzenleme yer almadığına ve ilgili seçimin sözleşme serbestisi kavramı kapsamında geçerli olabileceğine hükmetmiştir¹⁴⁸. İlgili karar ile asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliği ilk defa mahkemeler nezdinde kabul edilmiş olduğu için karar İspanya hukuk düzeni için oldukça önem arz etmektedir¹⁴⁹.

6. Rusya

Rus mahkemeleri, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tarafların farklı mercilere başvuracağını öngören asimetrik düzenlemelerin salt mevcudiyetine dayanarak tahkim anlaşmalarının geçersizliğine karar vermemektedir. Rus Mahkemeleri 2009 yılında, *Red Burn Capital v. Zao Factoring Company Eurocommerz* davasında, uyuşmazlıkların çözümünün Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından yapılacağını düzenleyen ancak aynı zamanda hakemin atanmasından önce *Red Burn*'un tahkime itiraz etmesi hâlinde *Red Burn*'e devlet mahkemelerine başvurma hakkı veren asimetrik anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermiştir¹⁵⁰. Mahkeme gerekçesinde ise *Red Burn*'un

¹⁴⁷ **Lauren D. Miller**, "Is the Unilateral Jurisdiction Clause No Longer an Option? Examining Courts' Justifications for Upholding or Invalidating Asymmetrical or Unilateral Jurisdiction Clauses", *Texas L. Jour.*, vol. 51:3, 2016, s. 334.

¹⁴⁸ Madrid Bölge İstinaf Mahkemesi AAP-M-1988/2013 numaralı, 18.10.2013 tarihli kararı (http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=4714&opac_view=6) (e.t. 23.09.2019); **Draguiev**, *Unilateral Jurisdiction Clauses*, s. 28.

¹⁴⁹ **Piñeiro-Balmaseda**, *The Disputed Validity of Hybrid and Asymmetric Clauses in Europe*, s. 64.

¹⁵⁰ **James Stacey, Angela Taylor**, "Unilateral Jurisdiction Clauses in the UK", 2013 (<http://www.iflr.com/Article/3258087/Unilateral-jurisdiction-clauses-in-the-UK.html>) (e.t. 23.09.2019).

verilen krediye ilişkin riski taşıması sebebiyle böyle bir seçim yapma hakkına sahip olması gerektiğine dikkat çekmiştir¹⁵¹.

Taraflarından herhangi birinin davacı pozisyonunda olması halinde tahkim ve mahkemeler arasında seçim yapma hakkına sahip olacağını düzenleyen tahkim anlaşmasına ilişkin olarak verilen 2012 tarihli *Surgutfarmatsiya v. Katren Scientific Production Company* kararında ise mahkeme ilgili anlaşmanın geçerli olduğuna hükmetmiştir¹⁵². Nitekim burada tarafların her ikisinin de dava açarken bu seçim hakkından yararlanabileceği dikkate alındığında ilgili anlaşmasının asimetrik tahkim anlaşması niteliğini haiz olduğundan bile söz edilmeyecektir.

Ayrıca *Russkaya Telefonnaya Kompaniya ("RTK") v. Sony Ericsson Mobile Telecommunication Rus LLC* davasına konu olan mobil telefon ekipmanı satışına ilişkin sözleşme kapsamında, davacı ve davalı uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği ancak bu tahkim anlaşmasının Sony Ericsson'un teslim edilen ürünlere ilişkin ödemeleri tahsil amacıyla ileri süreceği talepleri için yetkili mahkemelere başvurma hakkına engel teşkil etmeyeceği hususunda anlaşmışlardır¹⁵³. Daha sonra RTK, satım sözleşmesi kapsamında tedarik edilen malların kalitesi nedeniyle ikame mal teslimi talebi ile Rus mahkemelerinde dava açmıştır. RTK'nın Rus yüksek mahkemesi nezdinde, Sony Ericsson'a böylesine bir opsiyon tanıyan asimetrik tahkim anlaşmasının Rus hukuku usuli eşitlik prensiplerine aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması gerektiğini iddia etmesi üzerine 2012 yılında verdiği karar ile Yüksek Mahkeme, uyuşmazlık çözüm anlaşmasının hakkaniyete aykırılık sebebiyle taraflar arasında olması gereken adil dengeye aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁵⁴. Yüksek Mahkeme, asimetrik tahkim

¹⁵¹ **James Stacey, Angela Taylor**, "Unilateral Jurisdiction Clauses in the UK", 2013 (<http://www.iflr.com/Article/3258087/Unilateral-jurisdiction-clauses-in-the-UK.html>) (e.t. 23.09.2019).

¹⁵² **Asoskov**, *Unilateral Optional Clauses*, s. 56.

¹⁵³ "Any dispute arising in connection with this Agreement... will be resolved in accordance with the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce...The arbitration clause does not limit Sony Ericsson's right to apply to a court of competent jurisdiction with a claim to recover the amounts owed for products delivered."

¹⁵⁴ Karar için bkz.: **Draguiev**, *Unilateral Jurisdiction Clauses*, s. 30.

anlaşmasının usuli eşitlik kavramına aykırı olduğunu belirtmiş¹⁵⁵, bu sebeple sadece Sony Ericsson'un değil her iki tarafın da devlet mahkemelerine başvurma hakkı olacağına karar vermiştir¹⁵⁶. Ayrıca, Yüksek Mahkeme kararının gerekçesinde ilişkili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") içtihatlarına¹⁵⁷ da atıfta bulunmuştur.

Karara ilişkin değerlendirmeler kapsamında tarafların tacir olmasına rağmen ilgili uyumsuzlukta, uyumsuzlukların çözüm mekanizmasını belirleme hususunda tarafların irade serbestisinin Rus hukuk kuralları tarafından kısıtlanması doktrinde anlaşılması zor bir husus olarak nitelendirilmiştir¹⁵⁸. Yüksek Mahkemenin bu kararı, eleştirilere konu olmuş ve mahkemenin yaklaşımının asimetrik tahkim anlaşmalarının New York Konvansiyonu m. V kapsamında tenfizine engel teşkil edecek olması nedeniyle eleştirilmiştir¹⁵⁹.

Daha sonra 2014 yılında verilen bir karar ile Yüksek Mahkeme *Amursk Shipbuilding Factory v. VMF Partner Ship GmbH* davasında taraflardan birinin tahkim yoluna diğerinin ise yetkili mahkemeye başvuracağını düzenleyen asimetrik tahkim anlaşmasının, tarafların hakları arasındaki dengeyi bozmadığı ve her bir tarafa bir mercie başvurma hakkı bahşederek taraflardan herhangi birine merciler arasında seçim yapma hakkı sağlamadığı için geçerli olduğuna hükmetmiştir¹⁶⁰.

7. Polonya

2016 tarihi itibarıyla gerçekleştirilen analizler uyarınca, Polonya hukuku kapsamında asimetrik tahkim anlaşmalarına ilişkin olarak oluşturulmuş herhangi

¹⁵⁵ **Draguiev**, Unilateral Jurisdiction Clauses, s. 30; **Erik Grigoryan**, Les Clauses Alternatives De Règlement Des Conflits Dans Les Contrats Commerciaux. Etude De Droit Comparé: France, Russie Et Angleterre, 2014-2015, s. 71.

¹⁵⁶ **Draguiev**, Unilateral Jurisdiction Clauses, s. 30.

¹⁵⁷ *Steel and Morris v. United Kingdom* (Application No. 68416/01), *Suda v. Czech Republic* (Application No. 1643/06).

¹⁵⁸ **Asoskov**, Unilateral Optional Clauses, s. 56.

¹⁵⁹ **Siubhán J.E. Magee, Judith Mulholland**, "The Enforceability of Arbitration Awards Made Pursuant to Unilateral Jurisdiction Clauses", *MEALEY'S International Arbitration Report*, vol. 28, 2013, s. 3.

¹⁶⁰ **Asoskov**, Unilateral Optional Clauses, s. 56.

bir içtihat mevcut değildir¹⁶¹. Bu durumun nedeni, Polonya Medeni Usul Kanunu m. 1161¹⁶²'in açıkça asimetrik tahkim anlaşmalarının geçersiz olacağını düzenlemesidir. Polonya Medeni Usul Kanunu m. 1161 f. 2, taraflardan sadece birine iddialarını tahkim heyeti önüne getirme hakkı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmaları hakkında genel bir yasaklama öngörmektedir¹⁶³. Bu sebeple, taraflardan birine tahkim yargılaması veya devlet mahkemeleri arasında seçim yapma yetkisi veren asimetrik tahkim anlaşmaları Polonya Medeni Usul Kanunu'nun açık hükmü gereğince geçersiz sayılacaktır¹⁶⁴.

8. Bulgaristan

Bulgaristan Yüksek Mahkemesi önüne giden bir uyuşmazlıkta, asimetrik tahkim anlaşması ile borç verenin Bulgaristan Ticaret ve Sanayi Odası tahkim heyeti, farklı bir tahkim heyeti veya sözleşme ile belirlenen devlet mahkemeleri nezdinde uyuşmazlık çözüm başvurusunda bulunabileceği kararlaştırılmıştır¹⁶⁵. Her ne kadar ilgili anlaşmada borçlunun sayılı yollara başvuramayacağı açık olarak düzenlenmemişse de borçlunun sadece sözleşme ile yetkilendirilen devlet mahkemeleri nezdinde başvuru yapabileceği anlaşılmaktadır¹⁶⁶. Yüksek Mahkeme, uyuşmazlığa konu asimetrik tahkim anlaşmasının ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğuna, anlaşmanın konusunun tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı nitelikte olduğuna ve dolayısıyla geçersiz olduğuna

¹⁶¹ **Ustinov**, Unilateral Arbitration Clauses, s. 24.

¹⁶² “Provisions of an arbitration agreement in breach of the principle of equality of the parties, in particular provisions entitling only one party to bring a case before the arbitral tribunal indicated in the arbitration agreement or before a court, shall be ineffective.” (http://arbitration-poland.com/legal-acts/132,polish_civil_procedure_code_-_act_of_17_november_1012_.html) (e.t. 23.09.2019).

¹⁶³ **Bartosz Kruzewski, Monika Diehl**, “Poland”, IBA Arbitration Guide, 2018, s. 4.

¹⁶⁴ **Franz T. Schwarz**, “International Arbitration in Central and Eastern Europe: A Diversity of Approaches”, The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2015, 12th Edition, s. 120; **Piñeiro-Balmaseda**, The Disputed Validity of Hybrid and Asymmetric Clauses in Europe, s. 63.

¹⁶⁵ **Draguiev**, Unilateral Jurisdiction Clauses, s. 31; **Ilya Komarevski, Eleonora Mateina**, “Asymmetric Dispute Resolution Clauses”, IFLR Dispute Resolution Guide 2015, 2015 (“**Komarevski-Mateina**, Asymmetric Dispute Resolution Clauses”), s. 12.

¹⁶⁶ **Draguiev**, Unilateral Jurisdiction Clauses, s. 31

hükmetmiştir¹⁶⁷. Söz konusu karar verilirken mahkemenin asimetrik tahkim anlaşmasının konusunun tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir konuya ilişkin olup olmadığı hususunda bir araştırma yapmamış olması, mahkemenin tahkim anlaşmasının direk tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı bir konuya ilişkin olduğunu kabul etmesi ve mahkemenin tahkim anlaşmasının lafzı, tarafların pozisyonu, anlaşmanın niteliği hakkında herhangi bir açıklama yapmamış olması sebepleriyle Bulgaristan Yüksek Mahkemesinin bu kararı eleştirilere konu olmuştur¹⁶⁸.

İlgili uyuşmazlıkta dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus ise uyuşmazlık taraflarının gerçek kişi olmasına rağmen, belki de tarafların birbirlerine nazaran güçlü, zayıf veya tüketici pozisyonunda olmaması nedeniyle Yüksek Mahkemenin kararında tüketiciyi veya zayıf tarafı koruyan herhangi bir kuraldan bahsedilmemiş olmasıdır¹⁶⁹. Nitekim Bulgaristan’da, tarafların sözleşme müzakerelerindeki pazarlık gücü tüketici sözleşmeleri ve sözleşmenin iptali gibi sınırlı durumlarda dikkate alınmaktadır¹⁷⁰.

9. Avusturya

Avusturya hukuku kapsamında asimetrik tahkim anlaşmalarına ilişkin içtihat bulunmamaktadır. Bununla birlikte son yıllarda verilen kararlarda Avusturya Yüksek Mahkemesi, uyuşmazlıkların çözüm yöntemine ilişkin olarak mahkeme ve tahkim seçimi hususunda herhangi bir tutarsızlık veya çelişki bulunması durumunda tahkim lehine yorum yönteminin tercih edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁷¹.

¹⁶⁷ **Draguiev**, Unilateral Jurisdiction Clauses, s.31; **Ustinov**, Unilateral Arbitration Clauses, s. 23-24.

¹⁶⁸ Bkz. **Komarevski-Mateina**, Asymmetric Dispute Resolution Clauses, s. 12.

¹⁶⁹ **Draguiev**, Unilateral Jurisdiction Clauses, s. 31.

¹⁷⁰ **Komarevski-Mateina**, Asymmetric Dispute Resolution Clauses, s. 12.

¹⁷¹ Avusturya Yüksek Mahkemesi, No. 2Ob65/13t, 07.05.2013 t. kararı (https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20130507_OGH0002_00200B00065_13T0000_000) (e.t. 23.09.2019); **Christian Dorda, Veit Öhlberger**, “Vienna Perspective”, Mealey’s Int. Arb. Report, 2014, s. 5.

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ASİMETRİK TAHKİM ANLAŞMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Hak Arama Hürriyeti Açısından Değerlendirme

Asimetrik tahkim anlaşmalarının hak arama hürriyeti kapsamında incelenebilmeleri için öncelikle ilgili kavramın tahkim anlaşmalarına uygulanabilirliğinin tespit edilmesi gerekir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası¹⁷² (“**Anayasa**”) m. 36’da herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Yine aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁷³ m. 6’da herkesin davasının yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından kamuya açık olarak ve makul bir süre içerisinde görülmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Doktrinde bir görüş uyarınca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“**AİHS**”)’nde bahsedilen “kanunla kurulmuş mahkeme” kavramının geniş yorumlanabileceği savunulmuştur¹⁷⁴. Benzer şekilde, Anayasa m. 36’da bahsedilen yargı mercii ifadesinin, tarafların açık ve sağlıklı iradesine dayanılarak öngörülmüş olan tahkim gibi bir mercii de ifade edebileceğinden söz edilmektedir¹⁷⁵. Nitekim Profesör Özkes de hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa m. 36’da yer alan “yargı mercileri” ifadesinin geniş anlamda yargısal

¹⁷² RG 09.11.1982, s. 17863 (Mükerrer).

¹⁷³ Sözleşme metni için bkz.: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (e.t. 23.09.2019)

¹⁷⁴ **Işıl Özkan**, “Adil Yargılanma Hakkı’nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi”, DEÜHD, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 1819.

¹⁷⁵ **Bilgehan Yeşilova**, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, 2014 (“**Yeşilova**, Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü”), s. 112.

faaliyet yürüten hakem heyeti dâhil tüm yargı mercilerini kapsadığını ifade etmiştir¹⁷⁶.

AİHS m. 6'da yer alan "mahkeme" kavramının yorumlanması esnasında ise karar veren makamın ilgili ülkenin iç hukukunda mahkeme olarak nitelendirilip nitelendirilmediğine bakılmamaktadır¹⁷⁷ ve bu kavrama AİHM mahkemesi kararları ile kendine özgü bir anlam yüklenmektedir¹⁷⁸. AİHM ilgili kararlarında karar veren organın bağımsız ve tarafsızlık şartlarını karşıladığı¹⁷⁹, yargısal rol üstlendiği, hukuken düzenlenmiş bir usul izlediği, dava konusunu ham maddi hem de hukuki açıdan incelediği¹⁸⁰, sadece mütalaa ve tavsiye vermekle yetkili kılınmamış olduğu¹⁸¹, bağlayıcı kararlar alabilme yetisine sahip olduğu hallerde mahkeme olarak kabul edileceğine karar verilmiştir. Dolayısıyla, tahkim seçiminin hak arama hürriyetinden vazgeçildiği anlamına gelmediği savunulmaktadır¹⁸².

Yukarıda bahsedildiği üzere tahkim "mahkeme" kavramı kapsamında kabul edilmekle birlikte AİHS m. 6 tahkim prosedürüne tümüyle uygulanabilir değildir¹⁸³. AİHS m. 6'da yer alan haklardan bir bütün halinde feragatin mümkün olmadığı, ancak tahkim anlaşması ile AİHS m. 6'da yer alan haklarının bir kısmından feragat edilmiş sayılacağı AİHM kararları ile hüküm altına alınmıştır¹⁸⁴. Nitekim aynı husus AİHS m. 6'ya ilişkin olarak yayınlanan rehberde de belirtilmiştir¹⁸⁵. Kısmen feragatten bahsedilmiş olmakla birlikte tahkim

¹⁷⁶ **Muhammet Özkes**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, 2003, s. 195-196.

¹⁷⁷ Bkz.: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf (e.t. 23.09.2019); **Sibel İnceoğlu**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Bası, 2013, s. 169.

¹⁷⁸ **Sibel İnceoğlu**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Bası, 2013, s. 158.

¹⁷⁹ Bkz.: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf (e.t. 23.09.2019); AİHM 25781/94 numaralı 10.05.2001 tarihli kararı.

¹⁸⁰ AİHM 10328/83 numaralı 29.04.1999 tarihli kararı.

¹⁸¹ Bkz.: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf (e.t. 23.09.2019); AİHM 8848/80 numaralı 23.10.1985 tarihli kararı.

¹⁸² **Ayşegül Polat**, Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri, s. 40.

¹⁸³ Detaylı görüşler için bkz.: **Sébastien Besson**, "Arbitration and Human Rights", ASA Bulletin, vol. 24, No. 3, 2006, s. 400.

¹⁸⁴ AİHM 4. Kısım 31737/96 numaralı 23.02.1999 tarihli kararı; AİHM 5. Kısım 1742/05 numaralı, 15.09.2009 tarihli kararı; AİHM 3. Kısım 41069/12 numaralı, 01.03.2016 tarihli kararı.

¹⁸⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf (e.t. 23.09.2019).

prosedürüne AİHS m. 6'da yer alan hangi hakların, hangi ölçüde uygulanacağına ilişkin bir kesinlik mevcut değildir¹⁸⁶. Ancak tahkim prosedürünün seçilmesinin genellikle tarafların aleni duruşma haklarını ihlal etmekte olduğundan bahsedilmektedir¹⁸⁷.

Silahların eşitliği prensibi uyarınca doktrinde tarafların yargılamaya eşit imkânlar dâhilinde katılması gerektiğinden bahsedilmektedir¹⁸⁸. Bu kapsamda ilk bakışta uyumsuzlukları tahkime tabi kılan ancak taraflardan sadece birisine tahkim prosedürünü başlatma hakkı veren asimetrik tahkim anlaşmalarının taraflardan diğerinin mahkemelere başvurma hakkını ortadan kaldırdığı düşünülebilir¹⁸⁹. Oysa bahsetmiş olduğumuz üzere Anayasa ve AİHS'te yer alan mahkeme kavramları tahkim heyetini de kapsar şekilde yorumlanmaktadır¹⁹⁰. Dolayısıyla asimetrik tahkim anlaşmaları sadece tarafların haklarını arayacağı mecraya ilişkin olarak taraflara asimetrik yöntemler bahsetmekte olduğu için ve başvuru bir kere gerçekleşikten sonra bu anlaşmalar kendiliğinden silahların eşitliği prensibinin ihlaline neden olmayacak olduğu için tarafların asimetrik tahkim anlaşmasından kaynaklı olarak yargılamada eşit imkânlara sahip olmayacağından bahsedilmemelidir. Nitekim AİHS kapsamında yapılan detaylı incelemeler sonucunda asimetrik tahkim anlaşmalarının AİHS ile uyumlu olduğu sonucuna varılmıştır¹⁹¹.

Hukukumuzda ise asimetrik tahkim anlaşmalarının kendiliğinden hak arama hürriyetini ortadan kaldırmadığı hususu benzer ifadeler ile daha önce de ifade edilmiştir¹⁹². Hal bu olmakla birlikte tahkim ve mahkemeler arasında seçim yapma hakkına sahip olan tarafın, karşı tarafın sadece mahkemelere başvuru

¹⁸⁶ Detaylı görüşler için bkz.: **Sébastien Besson**, "Arbitration and Human Rights", ASA Bulletin, vol. 24, No. 3, 2006, s. 402 vd.

¹⁸⁷ **Matti S. Kurkela, Santtu Turunen**, Due Process in International Commercial Arbitration, 2nd Edition, 2010, s. 43.

¹⁸⁸ **Matti S. Kurkela, Santtu Turunen**, Due Process in International Commercial Arbitration, 2nd Edition, 2010, s. 185.

¹⁸⁹ **Esen**, Kıyı Emniyet Müdürlüğü Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 152.

¹⁹⁰ Bkz.: s. 40-41.

¹⁹¹ Detaylı inceleme için bkz.: **Pavlo Malyuta**, "Compatibility of Unilateral Option Clauses with the European Convention on Human Rights", UCL Jour. of L. and Jurisprudence, vol. 8, No. 1, 2019, s. 29-30.

¹⁹² Bkz.: **Ayşegül Polat**, Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri, s. 41.

hakkına sahip olduğu durumda tahkim ilk itirazında bulunmasına rağmen daha sonra tahkimde dava açmaması halinde ne olacağı sorusu ortaya çıkmıştır¹⁹³. Aşağıda bahsedildiği üzere bu husus Yargıtay'ın Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi'nin önceki metninde yer alan m. 6'ya ilişkin kararında da incelenmiştir.

Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi'nin önceki metninde yer alan m. 6'dan kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin kararında¹⁹⁴ Yargıtay, kurtarma alacağından kaynaklı olarak sadece kurtarıcıya tahkime başvurma hakkı verilmesinin hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacağına, kurtarma hizmeti alanın mahkemeye başvurması akabinde bu başvurunun tahkim itirazı ile engelleneceği ve kurtarıcının tahkim yoluna başvurmaması hâlinde hizmet alanın başvuracağı bir yol kalmayacağına karar vermiştir. Her ne kadar Yargıtay bu kararında Anayasa m. 36'ya açıkça atıf yapmamış olsa da Anayasa m. 36'da düzenlenmiş olan hususları hukukun temel ilkeleri altında incelemiştir¹⁹⁵.

Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir¹⁹⁶. Eleştiriler kapsamında, Yargıtay'ın değerlendirmesinin isabetsiz olduğu ve hizmet alan tarafın ilgili ücreti ödemeyerek kurtarıcıyı tahkime gitmeye zorlayabileceği veya mahkemeler önünde hak arayabileceği savunulmuştur¹⁹⁷. Profesör Ekşi'ye göre ise Yargıtay'ın değerlendirmesi isabetlidir ve taraflardan birinin tahkime diğerinin ise mahkemelere başvurmasına imkân tanıyan asimetric tahkim anlaşmaları paralel yargılamalara ve dolayısıyla karışıklığa sebep olacak niteliktedir¹⁹⁸. Profesör Şanlı ise ilgili tahkim şartına ilişkin olarak vermiş olduğu görüşünde, asimetric tahkim şartının taraflardan biri açısından hem tahkime hem de devlet mahkemelerine başvurma hakkını tamamen ortadan kaldırmakta olduğu

¹⁹³ Bkz.: **Ayşegül Polat**, Asimetric Tahkim Sözleşmeleri, s. 42.

¹⁹⁴ Yargıtay 11. HD. 2009/3257 E., 2011/1675 K., 15.02.2011 t. kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon) (e.t. 23.09.2019).

¹⁹⁵ **Ekşi**, HMK'da Tahkim, s. 90.

¹⁹⁶ Bkz.: **Aydemir**, Tahkim Sözleşmesi, s. 135; **İlhan**, Tahkim Sözleşmesini Geçerliliği, s. 217-218.

¹⁹⁷ **İlhan**, Tahkim Sözleşmesini Geçerliliği, s. 217-218.

¹⁹⁸ **Ekşi**, HMK'da Tahkim, s. 92-93.

için geçersiz olduğuna kanaat getirmiş, gerekçesinde ise Anayasa m. 36 ve AİHS m. 6'ya atıfta bulunmuştur¹⁹⁹.

Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi'nin önceki metni hakkında verilen karar ve görüşler dikkate alındığında, taraflardan birinin belirli iddialarını veya tüm iddialarını tahkime götüreceğini düzenleyen asimetrik tahkim anlaşmasının hak arama hürriyetini ve adil yargılanma hakkını kendiliğinden ortadan kaldırdığının savunulamayacağı kanaatindeyiz. Nitekim yargı yoluna başvurmak isteyen taraf her zaman kendisine tanınmış uyuşmazlık çözüm metodunu takip ederek iddialarını yargı önüne götürebilecektir. Taraflardan birinin başvurusuna ilişkin yöntem öngören ancak diğer tarafın takip etmesi gereken başvuru yöntemi hakkında sessiz kalan asimetrik tahkim anlaşmalarına ilişkin olarak ise, hakkında sessiz kalınan tarafın anayasal haklarına dayanarak devlet mahkemelerine başvurma imkânının mevcut olduğu çıkarımı yapılabilecektir ve sonuç burada da değişmeyecektir²⁰⁰. Nitekim AİHM içtihatları dikkate alındığında, tarafların özgür iradeleri ile kaleme aldıkları asimetrik tahkim anlaşmalarının olağan tahkim anlaşmalarından farklı bir değerlendirmeye tabi olmaması gerektiği savunulmaktadır²⁰¹.

Bir adım öteye giderek, İngiliz mahkemelerinin yukarıda bahsetmiş olduğumuz yaklaşımı²⁰² bir gün Türk hukuku ve mahkemeleri tarafından kabul edilse ve devlet mahkemeleri ile tahkim arasında seçim yapma hakkına sahip olan tarafın bu hakkını hem davacı hem de davalı olarak kullanma hakkına sahip olabileceği düşünülse dâhi adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden söz edilemeyebilir. Nitekim burada hakkını aramak isteyen tarafın kendine tanınmış başvuru yöntemine uygun olarak hakkını arayabilmesi ve seçim hakkına sahip olan karşı tarafın seçim hakkını kullanması akabinde ise seçime göre ilgili hak arama sürecinin ilk başvuru yapılan yargı yolu veya seçim hakkına sahip tarafın

¹⁹⁹ Cemal Şanlı, Hukuki Mütalaalarım, 1. Baskı, 2016 (“Şanlı, Hukuki Mütalaalarım”), s. 615.

²⁰⁰ Hakkında sessiz kalınan tarafın mahkemelere başvurma hakkının mevcut olacağının anlatıldığı detaylı açıklama için bkz.: Esen, Kıyı Emniyet Müdürlüğü Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 155; Ayşegül Polat, Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri, s. 42.

²⁰¹ Bas van Zelst, “Unilateral Option Arbitration Clauses: An Unequivocal Choice for Arbitration Under the ECHR?”, Maastricht Jour. Of European and Comparative L., vol. 25-1, 2018, s. 86.

²⁰² Bkz.: s. 30.

seçebileceği diğer yargı yolu üzerinden devam etmesi söz konusu olacaktır. Böylesine bir durumda dâhi Anayasa m. 36 ve AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının sadece asimetrik tahkim anlaşmasının mevcudiyetinden kaynaklı olarak ihlal edildiği yorumunun yapılamayacağı, ilgili tarafın her halde başvuru yapabileceği bir yargı yolunun mevcut olacağı kanaatindeyiz.

B. Tahkim İradesinin Mevcudiyeti Açısından Değerlendirme

Tahkim anlaşmasının içeriğini oluşturan tahkim iradesinin mevcudiyetinin tespitinde bazen sadece “tahkim” sözcüğünün bulunması yeterli sayılabilirken²⁰³ kimi mahkemeler tarafların devlet mahkemelerine başvuru haklarını kaybetmelerine yol açan tahkim iradesinin daha açık şekilde ifade edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Türk hukukunda ise açık ve kesin irade açıklaması, tahkim şartı ve anlaşmasının geçerliliği için aranan esaslı şartlardan biridir²⁰⁴. Bu nedendir ki kimi zaman tahkim sözcüğünün veya ilgili tahkim kurumunun açık olarak ifade edilmemesi tahkim iradesinin mevcudiyetinin sorgulanmasına yol açarken, kimi zaman hem tahkim hem yetkili mahkeme seçiminin aynı anda yapılmasının tahkim iradesinin açıklığına hanel getirdiğinden söz edilir. Nitekim doktrinde asimetrik niteliği haiz olmayan ancak uyuşmazlıkların Singapur Tahkim Merkezinde ve Mahkemelerinde çözüleceğini öngörmek suretiyle hakemlere ve devlet mahkemelerine birlikte yetki veren tahkim anlaşmalarının Türk hukukunda geçersiz olduğu belirtilmiştir²⁰⁵. Bununla birlikte, davacı tarafın seçimine göre tarafların Moskova Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Mahkemesi veya Stockholm Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi önünde uyuşmazlıklarını çözebileceklerini öngören tahkim anlaşmasına ilişkin olarak taraflara eşit başvuru hakkı tanınmakta olduğu için ve her iki başvuru merciinin de tahkim olması

²⁰³ **Born**, Arbitration Law and Practice, s. 73-90.

²⁰⁴ **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 98.

²⁰⁵ **Şanlı**, Hukuki Mütalaalarım, s. 917.

nedeniyle tahkim iradesini varlığına ilişkin herhangi bir tereddüt oluşmamıştır ve ilgili tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar verilmiştir²⁰⁶.

Tarafların birbirinden farklı uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmalarına imkân veren asimetrik tahkim anlaşmalarında, hem “tahkim” hem de “mahkeme” kelimelerinin sıklıkla birlikte kullanılmakta olması nedeniyle tahkim iradesinin mevcudiyetine ilişkin incelemeler asimetrik tahkim anlaşmaları açısından da önem arz etmektedir.

Tahkim iradesinin tespitinde mahkemelerin genel olarak iki farklı yorum yöntemini tercih etmekte olduğundan söz edilebilir: Tahkim yanlısı yorum, tahkim karşıtı yorum²⁰⁷. Amerikan ve Fransız hukuk sistemlerinde olduğu gibi, tahkim yanlısı yorum yöntemi ile hem mahkeme hem de tahkim yolunun açık tutulduğu tahkim anlaşmalarında tahkim iradesinin mevcut ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar verilebilir²⁰⁸. Oysa Türk mahkemelerinin genel eğilimi, tahkim ve yetki şartlarının birlikte bulunduğu sözleşmelerde tahkim iradesinin açık olmadığı gerekçesiyle tahkim anlaşmasını geçersiz sayma yönündedir²⁰⁹.

Asimetrik tahkim anlaşmalarının ayrıca incelenmesi gerekmele birlikte, MTK veya New York Konvansiyonu’nda mutlak olmayan tahkim anlaşmalarını yâni taraflara hem mahkemelere hem de tahkime başvuru hakkı bahşeden anlaşmaları yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmamakta olduğunu belirtmek gerekir²¹⁰. MTK veya tahkime uygulanan diğer hukuki düzenlemelerin lafzında açık bir ifade mevcut olmamakla birlikte Türk hukukundaki anlayış tahkim anlaşmalarının mutlak olması yâni uyuşmazlıkların mutlak surette tahkim

²⁰⁶ YHGK 1999/467 E., 1999/489 K., 9.6.1999 t. kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon) (e.t. 23.09.2019); **Şanlı-Esen-Figanmeşe**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 664.

²⁰⁷ **İlhan**, Tahkim Sözleşmesini Geçerliliği, s. 129.

²⁰⁸ **İlhan**, Tahkim Sözleşmesini Geçerliliği, s. 129.

²⁰⁹ Yargıtay 15. HD. 2014/3330 E., 2014/4607 K., 01.07.2014 t. kararı; Yargıtay 11. HD. 2004/6686 E., 2005/3600 K., 12.04.2005 t. kararı; Yargıtay 15. HD. 2009/1438 E., 2009/2153 K., 13.04.2009 t. kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon) (e.t. 23.09.2019).

²¹⁰ **Berk Demirkol**, “Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 325, 2017/2, 2017 (“**Demirkol**, Mutlak Olmayan Tahkim Anlaşmaları”), s. 345.

yoluyla çözümlenmesini düzenlemesidir²¹¹. Bu görüş doğrultusunda tarafların tümüne veya taraflardan birine tahkim haricinde çözüm yolu bahşeden asimetrik tahkim anlaşmalarının geçersizliği gündeme gelmektedir²¹².

Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi'nin önceki metninde yer alan m. 6'dan kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin kararında Yargıtay, ilgili asimetrik tahkim anlaşmasının geçersizlik nedenlerinden birinin sözleşmede önce tahkim yönteminin kararlaştırması ve sonraki maddelerde uyuşmazlığın çözümleneceği yetkili mahkemenin belirlenmesi olduğuna karar vermiştir²¹³. Yargıtay'ın da belirttiği üzere Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi içerisinde yetki şartı bulunmakta ve bazı talepler için ise tahkime başvuru imkânı getirilmektedir. Oysa ilgili m.6'nın hem önceki²¹⁴ hem de yeni metninde²¹⁵ tahkim usulü ile çözümlenecek ve yetkili mahkeme vasıtasıyla çözümlenecek hususlar ayrıştırmıştır. MTK m. 4 ise tarafların aralarındaki uyuşmazlıkların tümü veya bir kısmının çözümü hususunda tahkim anlaşması yapmalarına açıkça izin vermektedir. Bu sebeptendir ki, Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi'nde yer alan tahkim anlaşmasının sadece kurtarma alacağına ilişkin hususları kapsamaması ve diğer tüm uyuşmazlıkların çözümünün yetki anlaşmasına tabi kılınmış olması nedeniyle tahkim iradesinin yeterince açık olmasından ötürü Yargıtay'ın ilgili kararı isabetsiz bulunmuştur²¹⁶. Yargıtay'ın ilgili kararında, tahkim ve mahkemelerin birlikte seçiminin tahkim iradesine hanel getireceğine karar verilmiş olduğuna ve taraflara tanınan asimetrik başvuru hakkının kararda tahkim iradesinin mevcudiyeti açısından herhangi bir geçersizlik sebebi olarak dikkate alınmadığına

²¹¹ **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 98; **Demirkol**, Mutlak Olmayan Tahkim Anlaşmaları, s. 326-327.

²¹² **Demirkol**, Mutlak Olmayan Tahkim Anlaşmaları, s. 327.

²¹³ Yargıtay 11. HD. 2009/3257 E., 2011/1675 K., 15.02.2011 t. kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon) (e.t. 23.09.2019).

²¹⁴ Bkz. **Eksi**, HMK'da Tahkim, s. 84.

²¹⁵ http://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/turks2015_tr.pdf (e.t. 23.09.2019)

²¹⁶ **Eksi**, HMK'da Tahkim, s. 84; **İlhan**, Tahkim Sözleşmesini Geçerliliği, s. 218-219; **Nesli Şen Özçelik**, "Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği", Public and Private International Law Bulletin, Cilt 26, Sayı 2, 2016, s. 75; **Aydemir**, Tahkim Sözleşmesi, s. 131; **Ayşegül Polat**, Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri, s. 50.

dikkat edilmelidir. Yargıtay'ın bu yaklaşımı sebebiyle taraflardan birine hem tahkim heyetine hem mahkemelere başvuru hakkı veren asimetrik tahkim anlaşmalarının geçersiz addedilme riskinin söz konusu olduğu kanaatindeyiz. Oysa, taraflardan birine mahkemelere başvuru, diğerine ise tahkim heyetine başvuru hakkı veren anlaşmaların tahkim iradesinin muğlaklığı nedeniyle geçersiz addedilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim burada tarafların her biri özelinde başvuru yapılacak tek bir merci söz konusu olacak ve tahkim iradesine ilişkin herhangi bir muğlaklıktan söz edilemeyecektir.

C. Sözleşme Genel Geçerlilik Şartları Açısından Değerlendirme

Tahkim anlaşması diğer borçlar hukukuna tabi anlaşmalar gibi tarafların karşılıklı iradesi ile kurulmakta olduğu için sözleşmelere uygulanan kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik halleri tahkim anlaşmaları için de aynen uygulama alanı bulacaktır²¹⁷. Bu kapsamda iradeyi sakatlayan hallerin varlığı halinde tahkim anlaşmasının iptal edilebilirliği gündeme gelir. Diğer yandan, kesin hükümsüzlük hallerinin varlığı halinde ise tahkim anlaşmasının geçerliliğine hanel gelmiş olur. Bu nedendir ki asimetrik tahkim anlaşmalarının sözleşmelere uygulanan borçlar hukuku prensipleri kapsamında incelenmesi önem arz etmektedir.

1. Ahlakı Aykırılık Kavramı Açısından Değerlendirme

Somut olaya göre asimetrik tahkim anlaşmalarının ahlaka aykırılık bağlamında kesin hükümsüzlüğü gündeme gelebilir²¹⁸. TBK m. 27 f. 1, ahlaka aykırı olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağını düzenlemiştir. İlgili düzenlemeler altında açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen ahlaka aykırılık sözleşmenin ahlaka aykırı bir sonuca yönelmiş olması, sözleşme ile güdülen

²¹⁷ Şanlı-Esen-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 684.

²¹⁸ Ayşegül Polat, Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri, s. 19.

amacın ahlaka aykırı olması veya üçüncü bir kişinin aldatılması veya tuzağa düşürülmesi gibi amaçlara yönelmesi hallerinde kendini gösterir²¹⁹. Örneğin, bir tarafın ekonomik özgürlüğünün aşırı ölçüde sınırlayan sözleşmelerin hem kişilik haklarına hem de ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olması söz konusu olacaktır²²⁰.

Yargıtay 2002 tarihli bir kararında “... *Ahlaka aykırı sözleşmenin geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde davalı şirketin davacı firma üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya somut olayda olduğu gibi hakemi seçme olanağının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. Bu biçimde yapılan bir tahkim sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca batıl olacağı kuşkusuzdur...*” demek suretiyle tahkim sözleşmesinde eşitliği bir taraf lehine bozabilecek olan hususları birlikte değerlendirmiş ve bu düzenlemelerin ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olacağına hükmetmiştir²²¹. Yargıtay'ın ilgili kararda kullanmış olduğu “*tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi*” ifadesi nedeniyle sadece karara konu olan asimetric düzenlemeler barındıran tahkim anlaşmalarının değil aynı zamanda asimetric tahkim anlaşmalarının da ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizlik incelemesine tabi olabileceği düşünülebilir. Benzer şekilde Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi'nin önceki metninde yer alan m. 6'da düzenlenen asimetric tahkim anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin olarak doktrinde de, sadece kurtarıcının tahkime gidebileceğini öngören tahkim şartının açıkça 4721 s. Türk Medeni Kanunu²²² (“**TMK**”) m. 23'e aykırı ve dolayısıyla kesin hükümsüz olacağı görüşü ifade edilmiştir²²³.

²¹⁹ **M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 16. Bası, 2018 (“**Oğuzman-Öz**, Borçlar Hukuku”), s. 89-90.

²²⁰ **Haluk N. Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, 2018 (“**Nomer**, Borçlar Hukuku”), s. 88.

²²¹ Yargıtay 20. HD. 2002/1955 E., 2002/2791 K. numaralı, 28.03.2002 t. kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon) (e.t. 25.08.2018).

²²² RG 08.12.2001, s. 24607.

²²³ **Şanlı**, Hukuki Mütalaalarım, s. 616.

Hem Yargıtay'ın hem de doktrinin değerlendirmeleri dikkate alındığında, Türk hukuku uygulamasında asimetrik tahkim anlaşmalarının kendiliğinden ahlaka aykırılık unsuru barındırdığından söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Özellikle Yargıtay'ın açık ifadeleri gereği ancak bir tarafın diğer taraf üzerindeki üstünlüğünü kullanması suretiyle asimetrik tahkim anlaşmasının akdedilmesi halinde geçersizlik incelemesi gündeme gelebilir. Bununla birlikte, hukukumuzda zaten hâlihazırda tarafların müzakere gücüne ilişkin bir inceleme öngören genel işlem şartı gibi kavramlar mevcutken TMK m. 23 ile TBK m. 27 f. 1 kapsamında düzenlenmiş olan ve sınırları tam olarak belirlenemeyen ahlaka aykırılık kavramının tahkim anlaşmalarının değerlendirilmesinde dikkate alınmasının uygun bir yaklaşım olmayacağı kanaatindeyiz.

2. Aşırı Yararlanma Kavramı Açısından Değerlendirme

TBK m. 28 uyarınca bir sözleşmenin karşılıklı edimleri arasında açık bir oransızlık bulunuyor ve bu açık oransızlık, oransızlık nedeniyle zor duruma düşen tarafın zor durumu, düşüncesizliği veya deneyimsizliğinden yararlanılmasından kaynaklanıyor ise zor durumda kalan tarafa sözleşmeyi iptal etme hakkı tanınmıştır. Aşırı yararlanma, ancak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden karşılıklı edimlerin bulunduğu sinallagmatik sözleşmelerde söz konusu olur²²⁴. Aşırı yararlanma kavramının tam iki tarafa borç yükleyen sinallagmatik sözleşmeler haricinde eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere de uygun düştüğü ölçüde kıyas yolu ile uygulanabileceği savunulmaktadır²²⁵. Bu tip sözleşmelerde zor durumda kalan tarafın sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme

²²⁴ **Oğuzman-Öz**, Borçlar Hukuku, s.140; **Hüseyin Hatemi, K. Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, 2017 (“**Hatemi-Gökyayla**, Borçlar Hukuku”), s. 105.

²²⁵ **Naklen, Jolanta Kren Kostkiewicz-Peter Nobel-Ivo Schwander-Stephan Wolf**, OR Kommentar-Schweizerisches Obligationenrecht, 2009, Art. 21, N. 21 (Felix Dasser); **Peter Gauch**, “Die Übervorteilung-Bemerkungen zu Art. 21 OR”, recht 3/1989, s. 94; **Claire Huguenin**, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2012, N. 453 (**Gediz Kocabaş**, “Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlı Hukuki Sonuçlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, 2014, s. 106).

yâni sözleşmeyi iptal etme imkânı mevcuttur²²⁶. Ayrıca, TBK m. 28 sözleşmenin iptaline ek olarak aşırı oransızlık nedeniyle zor durumda kalan tarafa sözleşme ile bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep etme hakkı da sunmaktadır²²⁷.

Asimetrik tahkim anlaşmaları kapsamında, bahsedildiği ve adından da anlaşıldığı üzere uyuşmazlıkların çözümü için taraflara farklı uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurma imkânları ve yükümlülükleri getirilmektedir.

Asimetrik tahkim anlaşmalarının aşırı yararlanma kavramı altında değerlendirmelere tabi olup olmayacağının tespiti, öncelikle tahkim anlaşmalarının sinallagmatik sözleşmeler kategorisinde bulunup bulunmadığının tespitine bağlıdır. Sinallagmatik sözleşmeler, tarafların her birinin borcunun diğer tarafın borcunun karşılığını teşkil ettiği, edim değişiminin söz konusu olduğu tam iki taraflı sözleşmelerdir²²⁸. Oysa tahkim anlaşmaları ve asimetrik tahkim anlaşmalarında tarafların borç ve yükümlülükleri alım-satım sözleşmesinde olduğu gibi birbirlerinin yükümlülüklerinin karşılığı niteliğinde değildir ve taraflar birbirlerinin yükümlülüklerinden bağımsız olarak ilgili uyuşmazlık çözüm merciine başvurma yükümlülüğü altına girmektedirler. Bununla birlikte doktrinde tahkim anlaşmalarında yer alan hakemlerin seçimi gibi ek edimlerin aşırı yararlanma halinin mevcudiyetini gündeme getirebileceği savunulmaktadır²²⁹.

Yargıtay ise 2007 yılında vermiş olduğu bir kararında, işçi ile işveren arasında akdedilen fesih ve ibra protokolünde bulunan tahkim şartının işverenin işçi üzerindeki ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak işçi ile işveren arasındaki eşitliği bozacak ve işveren lehine hükümler içerir biçimde kaleme alınmış olması nedeniyle tahkim sözleşmesinin mutlak butlan ile batıl olduğuna karar vermiştir²³⁰. İlgili kararda Yargıtay, tahkim anlaşmasının ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğuna hükmetmiş olmakla birlikte gerekçe olarak işverenin

²²⁶ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s.142.

²²⁷ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s.142; Nomer, Borçlar Hukuku, s. 108.

²²⁸ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 48; Nomer, Borçlar Hukuku, s. 35.

²²⁹ İlhan, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, s. 199.

²³⁰ Yargıtay 9. HD. 2007/28539 E., 2007/26478 K. numaralı, 17.09.2007 t. kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon) (e.t. 23.09.2019).

ekonomik ve sosyal üstünlüğünü sözleşmeyi işçiye kabule ettirmek için kullanmış olmasını göstermiştir. Bu sebeple ilgili karar doktrinde aşırı yararlanma kavramı altında incelemelere konu olmuştur²³¹.

Benzer yaklaşım Yargıtay'ın K1y1 Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün kurtarma hizmetleri sözleşmesine ilişkin vermiş olduğu kararın doktrin tarafından yorumlanması esnasında sergilenmiştir. K1y1 Emniyeti Genel Müdürlüğü Ana Statüsü m. 4 f. 1'de K1y1 Emniyet Genel Müdürlüğü'nün amaçlarından birinin denizlerimizde ve karasularımızda seyreden Türk ve yabancı bayraklı gemilerin seyir güvenliğine yardımcı olmak, belirlenen sahada tekel şeklinde olmak üzere tüm denizlerde su aracı ve/veya diğer eşyaya verilen kurtarma hizmetlerini sunmak olduğu belirtilmiştir²³². Yargıtay'ın K1y1 Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün kurtarma hizmetine ilişkin sözleşmesinin önceki metni hakkında karar verdiği zaman ise K1y1 Emniyeti Genel Müdürlüğü Ana Statüsü henüz değişikliğe uğrayarak mevcut halini almamıştı ancak Müdürlük yine Türkiye karasularında 300 rüsum tonilatodan yukarı gemilerin kurtarma ve yardım hizmetlerini tekel olarak sunmakta idi²³³. Bu sebeple, Yargıtay kararı zamanında 300 rüsum tonilatodan üzerindeki gemilerin, değişiklikten sonra ise tüm gemilerin kurtarma yardım hizmeti almak için K1y1 Emniyeti Genel Müdürlüğü ile sözleşme akdetmesi zorunludur²³⁴. K1y1 Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün kurtarma hizmetlerine ilişkin mevcut sözleşmesinde asimetric tahkim şartı mevcut olmadığı için sözleşmenin yeni metnini incelemeye tabi tutmamakla birlikte, sözleşmenin önceki metninde yer alan asimetric tahkim şartının kurumun tekel konumu da dikkate alınarak incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Doktrinde, Yargıtay kararına konu geminin batma ihtimali ve tekel durumu dikkate alındığında sözleşmenin imza anında sözleşme serbestisinden bahsedilmesinin mümkün olmayacağı belirtilmiştir²³⁵. Bu kapsamda, sözleşmenin kurulması esnasında kurtarma hizmetine ihtiyaç duyan tarafın herhangi başka bir üçüncü kişi ile

²³¹ Bkz.: İlhan, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, s. 200.

²³² Bkz.: <http://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/ana-statu.pdf> (e.t.23.09.2019)

²³³ İlhan, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, s. 219.

²³⁴ Ekşi, HMK'da Tahkim, s. 85; İlhan, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, s. 219.

²³⁵ Esen, K1y1 Emniyet Müdürlüğü Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 153.

kurtarma hizmetine ilişkin sözleşme akdedemeyecek olmasının, edimler arası açık oransızlığı neden olduğu ve dolayısıyla sözleşmenin aşırı yararlanma sebebiyle iptal edilebileceği savunulmuştur²³⁶. Profesör Şanlı da, özellikle sözleşme konusu hizmetlerin tekel niteliği haiz kurumlar tarafından ancak sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasının kabulü koşulu ile sunulacağına öngörülmüş olduğu hallerde, Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerinin bu tahkim anlaşmalarının hakkaniyete aykırı olduğuna hükmettiğini belirtmiştir²³⁷.

Yargıtay'ın 2007 yılında vermiş olduğu karara ilişkin değerlendirmeler esnasında tahkim anlaşmasında yer alan ek edimlerin aşırı yararlanma kavramını gündeme getireceği söylenmiş olmakla birlikte Kıyı Emniyetleri Genel Müdürlüğü'nün kurtarma hizmetleri sözleşmesine ilişkin kararda asimetrik başvuru hakları aşırı yararlanma kavramı altında değerlendirilmiştir.

Tahkim anlaşmalarının sinallagmatik sözleşmeler olarak kabul edilemeyecek olması nedeniyle aşırı yararlanma kavramının asimetrik tahkim anlaşmalarının değerlendirilmesinde dikkate alınamayacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için kıyasen aşırı yararlanma değerlendirmesinin yapılabileceği kabul edilirse, her bir olay özelinde ve olayın niteliği uygun olduğu ölçüde benzer bir değerlendirme yapılabilir.

3. Hata, Hile ve Korkutma Kavramları Açısından Değerlendirme

Diğer sözleşmeler gibi tahkim anlaşması da iradeyi sakatlayan durumlardan etkilenmektedir²³⁸. TBK m. 30 ve devamında irade sakatlıkları düzenlenmiş ve asimetrik tahkim anlaşmasına konu olsun ya da olmasın bu sakatlıklardan birinin mevcut olduğu durumlarda iradesi sakatlanan kişiye sözleşmeyi iptal hakkı tanınmıştır. Hata, hile ve korkutma sebebiyle akdedilen

²³⁶ Bkz. İlhan, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, s. 219.

²³⁷ Şanlı, Hukuki Mütalaalarım, s. 617.

²³⁸ Ayşegül Polat, Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri, s. 26.

sözleşmelerde iptal hakkının ilgili sürede kullanılmaması ile sözleşmeler geçerli hâle gelir²³⁹.

Hatadan kaynaklı olarak iptal hakkının doğması için mutlaka hatanın esaslı olması aranmalıdır²⁴⁰. TBK m. 31’de sayılan ve esaslı hata hallerini açıklayan hususları da dikkate aldığımızda örneğin asimetrik tahkim anlaşmasını hata ile akdeden bir kişinin böyle bir anlaşmaya girme konusunda tümüyle hata etmesi esaslı hata olarak kabul edilebilir. Veyahut bu kişinin anlaşmanın her iki tarafının da aynı merciler önünde başvuruda bulunacağını düşünerek asimetrik tahkim anlaşmasını kabul etmek suretiyle gerçekte üstlenmek istediğinden fazla bir edim üstlenmiş olması halinde yine esaslı hatanın söz konusu olduğundan bahsedilebileceği kanaatindeyiz.

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle milletlerarası uygulamada asıl sözleşmeye ilişkin hatanın kendiliğinden tahkim anlaşmasının geçerliliğine etki etmeyeceği savunulmaktadır²⁴¹. Ancak burada her hatanın ayrıca incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim doktrinde de bağımsızlık prensibine rağmen tahkim anlaşmasının asıl anlaşmanın kaderini paylaşacağından ve tahkim anlaşmasının da iptale konu olacağından bahsedilmektedir²⁴². Örneğin sözleşmenin karşı tarafında hata hallerinde asıl sözleşmeye ilişkin olan hatanın aynı şekilde tahkim anlaşmasının geçerliliğine de etki etmesi söz konusu olabilecektir²⁴³.

Diğer yandan, hile halinde asimetrik tahkim anlaşmasının karşı tarafı veya üçüncü bir kişi tarafından hataya düşürülme söz konusu olmakla birlikte burada hatanın esaslı olması aranmamaktadır²⁴⁴. Örneğin asimetrik tahkim anlaşmasının aslında taraflara eşit haklar tanıdığını beyan ederek, aldatılan kişiyi asimetrik tahkim anlaşması imzalamaya ikna etmek bu kapsamda değerlendirilebilir. Diğer yandan imza altına alınan asimetrik tahkim anlaşmasının lafzının karşı tarafı

²³⁹ **Oğuzman-Öz**, Borçlar Hukuku, s. 110, 117, 121.

²⁴⁰ **Oğuzman-Öz**, Borçlar Hukuku s. 96.

²⁴¹ **Born**, International Commercial Arbitration, s. 853.

²⁴² **Ali Cem Budak**, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2012, s. 42.

²⁴³ **Born**, International Commercial Arbitration, s. 854.

²⁴⁴ **Oğuzman- Öz**, Borçlar Hukuku, s. 114; **Hatemi-Gökyayla**, Borçlar Hukuku, s. 100.

hataya düşürmek amacıyla muğlak ve birden çok anlama gelir şekilde kaleme alınmasının da hileyi gündeme getirebileceği kanaatindeyiz. Nitekim taraflar birbirlerini her zaman uyarmakla yükümlü olmamakla birlikte, ilgili taraf dürüstlük kuralı uyarınca diğer tarafa açıklaması gereken bir hususu açıklamazsa, örneğin karşı tarafın yanıldığını anlamasına rağmen dürüstlük kuralına aykırı şekilde onu uyarmaktan kaçınırsa aldatma yâni hile gerçekleşmiş olur²⁴⁵. Her ne kadar bahsedilen durumlar hilenin gerçekleşebileceği durumlar olsa da hile sebebiyle sözleşmenin iptaline gidilebilmesi için her halde aşağıda sayılan diğer şartların gerçekleşmiş olması gerekecektir.

Yine milletlerarası uygulamada, birçok hukuk sisteminde asıl anlaşmaya etki eden hile direk olarak tahkim anlaşmasının geçersizliğine neden olmayacağından, tahkim anlaşmasının hile sebebiyle iptal edilebilmesi için spesifik olarak tahkim anlaşmasına ilişkin hile iddiasının ileri sürülmesi gerektiği savunulmuştur²⁴⁶.

Asimetrik tahkim anlaşması akdeden taraflardan birinin korkutma (ikrah) olmasa idi hiç tahkim anlaşması akdetmeme veya asimetrik başvuru hakkı barındırmayan bir tahkim anlaşması akdetme niyetinde olduğu durumlarda ise korkutma fiilinin, tüm diğer şartların da sağlaması halinde sözleşmenin düzelebilir hükümsüzlüğüne neden olacağı düşünülebilir. Bu gibi durumlarda korkutulan tarafın bir hak veya yetkinin kullanılma tehdidi ile değil haksız fiil ile korkutulması gerekir²⁴⁷. Oysa milletlerarası tahkimde hakem heyetlerinin korkutmadan kaynaklı geçersizlik iddialarına ılımlı yaklaşmamakta olduğunu belirtmek gerekir²⁴⁸. Diğer yandan, hata ve hileye ilişkin açıklamalarımızda da belirtmiş olduğumuz üzere tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi nedeniyle, korkutma iddiasının asıl sözleşme yerine direk olarak tahkim anlaşmasına etki eder nitelikte olması gerektiği de savunulmaktadır²⁴⁹.

²⁴⁵ **Oğuzman- Öz**, Borçlar Hukuku, s. 114-115.

²⁴⁶ **Born**, International Commercial Arbitration, s. 850.

²⁴⁷ **Hatemi-Gökyayla**, Borçlar Hukuku, s. 101.

²⁴⁸ **Born**, International Commercial Arbitration, s. 813.

²⁴⁹ **Born**, International Commercial Arbitration, s. 814.

Yukarıda bahsedilen ve iradeyi sakatlayan tüm bu hallerde asimetrik tahkim anlaşmasının kendiliğinden geçersizliği söz konusu olmayacak ve yanılma, aldatma veya korkutma sonucu sözleşmeyi akdeden tarafın hata veya hile durumunu öğrenmesinden ya da korkutma durumunun ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içerisinde kendisine tanınan iptal hakkını kullanması gerekecektir. Bu süre içerisinde iptal hakkının kullanılmaması halinde ise sözleşme geçerli bir sözleşme hükümlerini doğuracaktır²⁵⁰.

4. Genel İşlem Şartları Açısından Değerlendirme

TBK m. 20’de tanımlandığı üzere genel işlem koşulları bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. TBK m. 20’de düzenlenen “genel işlem şartı” kavramıyla ilgili bir kavram olan “haksız şart” ise ileride bahsedeceğimiz üzere 6502 s. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁵¹ (“TKHK”)’da düzenlenmiştir. TKHK’nın uygulama alanı tüketiciye yönelik işlemler olduğu için, tüketicilerin taraf olduğu işlemlerin “haksız şart”, tüketicilerin taraf olmadığı işlemlerin ise “genel işlem şartı” incelenmesine tabi tutulması gerekmektedir²⁵².

Genel işlem şartı incelemesi aşağıda açıklandığı üzere yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olarak üç aşamada yapılır²⁵³. Hukukumuzda yer alan genel işlem şartlarına ilişkin incelemelere benzer incelemelerin incelenen kararlar ışığında karşılaştırmalı hukuklarda, ilgili genel işlem şartı niteliğindeki düzenlemelerin hakkaniyete aykırılık prensibi uyarınca denetlenmesi ve standart sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarının değerlendirilmesi suretiyle yapılmış

²⁵⁰ **Oğuzman-Öz**, Borçlar Hukuku, s. 110, 117, 121; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 90; **Hatemi-Gökyayla**, Borçlar Hukuku, s. 103.

²⁵¹ RG 28.11.2013, s. 28835.

²⁵² **Oğuzman-Öz**, Borçlar Hukuku, s. 175; **Burcu Zengin**, “Tahkim Şartının Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu”, MÜHFD Sayı 2/2013, 2013 (“**Zengin**, Tahkim Şartının Genel İşlem Koşulları Karşısında Durumu”), s. 140.

²⁵³ **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 80; **Yeşim M. Atamer**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak” BATIHA E Yayını, Ankara, 2012, s. 11.

olduğu tespit edilmiştir. TBK'nın lafzı gereğince, tarafların ortak katılımı ve müzakeresi ile oluşturulmayan ve benzer durumlarda çok defalar kullanılmak üzere hazırlanmış olan standart sözleşmelerin çoğu defa genel işlem şartı barındırması söz konusu olabilecektir. Bu gibi durumlarda sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü bakımından taraflar arasındaki adil denge bozulmuş kabul edilir²⁵⁴. Nitekim Yargıtay da standart sözleşmeyi, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem şartlarının oluşturduğu, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu değil aksine taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipi olarak tanımlamıştır²⁵⁵. Üstelik genel işlem şartları sözleşmeler içerisine yazılmak haricinde inkorporasyon yoluyla da sözleşmelere dâhil edilebilir²⁵⁶.

Yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde ileride çok sayıdaki benzer durumda kullanılmak üzere kaleme alınan standart sözleşmelerin sıkça kullanıldığı bilinmektedir. Oysa, genel işlem şartı değerlendirmesinde sadece ileride çok sayıdaki benzer durumda kullanılmak üzere kaleme alınan standart sözleşmelerin mevcudiyeti yeterli sayılmayacak, taraflarının gücü ve konumlarının da genel işlem şartı incelemelerinde dikkate alınması gerekecektir.

TBK m. 21 f. 1 uyarınca, bir genel işlem şartının yazılmamış sayılmasının gündeme gelmesi için her şeyden önce bu şartın, sözleşmeyi hazırlayan tarafın karşısında yer alan tarafın menfaatine aykırı nitelikte olması gerekir²⁵⁷. Tahkim şartı kendiliğinden taraflardan biri aleyhine düzenleme niteliğinde sayılmayacak olmakla birlikte tahkim şartı içeriğinde diğer taraf aleyhine hükümler mevcut ise bu şart içerik denetimi sebebiyle yazılmamış sayılabilir²⁵⁸. Örneğin bankalar ile akdedilen kredi sözleşmeleri içerisinde yer alan tahkim şartı, bankanın kendi lehine ve kendi istediği kurallara tabi olarak tahkime gideceğini düzenleyen bir

²⁵⁴ **Hatemi-Gökyayla**, Borçlar Hukuku, s. 63.

²⁵⁵ Yargıtay 13. HD. 2013/22484 E., 2013/20842 K. numaralı, 02.09.2013 t. kararı; Yargıtay 13. HD. 2013/28578 E., 2013/30187 K., 03.12.2013 t. Kararı; Yargıtay 13. HD 2013/20562 E., 2013/20748 K., 02.09.2013 t. kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) (e.t.23.09.2019).

²⁵⁶ **İlhan**, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, s. 203; **Zengin**, Tahkim Şartının Genel İşlem Koşulları Karşısında Durumu, s. 147.

²⁵⁷ **Oğuzman-Öz**, Borçlar Hukuku, s. 172.

²⁵⁸ **İlhan**, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, s. 204.

genel işlem şartı içerebilir²⁵⁹. Dolayısıyla asimetrik tahkim anlaşmalarında taraflardan birinin iddialarını mahkemeler, taraflardan diğ erinin ise iddialarını sadece tahkim heyeti önüne veya hem tahkim heyeti hem mahkemeler önüne götürebileceği dikkate alındığında menfaate aykırılık durumunun bulunup bulunmadığı, bulunmakta ise ne olduğu her olay özelinde incelenmelidir. Elinde her iki uyuşmazlık çözüm merciine başvurma hakkı olan tarafın, sadece tek bir uyuşmazlık çözüm merciine başvurma hakkına sahip olan tarafa nazaran avantajlı durumda olduğu ve asimetrik tahkim anlaşmasının tek başvuru hakkına sahip olan taraf menfaatine aykırı nitelikte olduğu düşünülebilir. Nitekim taraflardan birinin hem mahkemelere hem de tahkime başvuru hakkına ancak diğ er tarafın tek mercie başvuru hakkına sahip olduğu benzer bir durumda, Amerika Birleşik Devletleri mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen hakkaniyete aykırılık incelemesi üzerine bu tip asimetrik tahkim anlaşmalarının geçersizliğine hükmedilmiştir²⁶⁰.

Ancak taraflardan her birinin birbirinden farklı ve tek bir uyuşmazlık merciine başvurma hakkına, yâni bir tarafın mahkemelere diğ er tarafın ise tahkim heyetine başvurma hakkına sahip olduğu durumlarda taraflardan hangisinin menfaatine aykırı nitelikte bir düzenlemenin mevcut olduğu tartışmalıdır. Taraflardan sadece birisine tahkime başvurma hakkı tanınmasının tek başına aleyhe durum olarak kabul edilmemesi gerekir²⁶¹. Burada her bir başvuru merciinin kendine özgü avantaj ve dezavantajları olabilir. Örneğin tahkim daha pahalı ancak daha hızlı olabilirken, mahkemeler önündeki prosedür daha ucuz olabilir ancak daha uzun sürebilir. Benzer şekilde doktrinde, maliyetinin oldukça yüksek olması nedeniyle tahkimin güçsüz tarafa dayatılmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı iddia edilmiştir²⁶². Oysa bu şekilde genel geçer bir yargıda bulunmanın uygun olmayacağı kanaatindeyiz. Nitekim Amerika Birleşik

²⁵⁹ **Zengin**, Tahkim Şartının Genel İşlem Koşulları Karşısında Durumu, s. 139.

²⁶⁰ Bkz.: Montana Yüksek Mahkemesi, Iwen v. West Direct Division of West Marketing Resources Group Inc., No. 98-064, 01.04.1999 t. kararı (<https://caselaw.findlaw.com/mt-supreme-court/1412275.html>) (e.t. 23.09.2019).

²⁶¹ Aynı yönde bkz.: **Ayşegül Polat**, Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri, s. 25.

²⁶² **Zengin**, Tahkim Şartının Genel İşlem Koşulları Karşısında Durumu, s. 145.

Devletleri mahkemeleri tarafından verilen bir kararda tahkimin devlet mahkemelerinden daha çok veya az adil olmadığına karar verilmiştir²⁶³.

Yazılmamış sayılma yaptırımının gündeme gelebilmesi için ayrıca, aleyhine düzenleme bulunan tarafa açıkça bilgi verilmemiş, kendisine açıkça düzenleme içeriğini öğrenme imkânı sağlanmamış olmalıdır. Yukarıda da bahsedildiği üzere farklı avantaj ve dezavantajlar sağlamaları nedeniyle tahkim veya mahkemelere başvuru haklarından hangisinin daha avantajlı olduğuna dair kesin bir kanıda bulunulması mümkün olamayacaktır. Bu nedenle kanımızca, her bir olayda hangi tarafın kaleme almış olduğu genel işlem şartlarının kabul edildiği dikkate alınarak taraflardan her birinin duruma göre kendileri aleyhine genel işlem şartının bulunduğunu ve bu şartın yeterince değerlendirilmeksizin, sonuçları göz önüne alınmaksızın kabul edildiğini iddia etmesi mümkün olabilecektir. Bu durumda ilgili tarafça yeterli incelemenin yapıldığının ispat edilmesi gerekmektedir²⁶⁴.

Ayrıca, TBK m. 21 f. 2 uyarınca sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının da yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olacağı düzenlenmiştir. Oysa doktrinde ve Yargıtay kararlarında milletlerarası ticareti ilgilendiren sözleşmelerde yer alan yetki kayıtlarının sözleşmenin niteliği ve işin özelliği ile yabancı olduğunun iddia edilemeyeceğinden söz edilmiştir²⁶⁵. Yetki şartları ve tahkim şartlarının aynı amaca hizmet ettiği düşünüldüğünde tahkim şartlarının da doktrin ve Yargıtay kararlarında bahsedilen yetki kayıtları gibi işin özelliğine yabancı olduğunun iddia edilemeyeceği kanaatindeyiz.

Başka bir görüş uyarınca ise, amacı uyuşmazlıkların çözüm yöntemini belirlemek olduğu için sözleşmesel ilişki ne olursa olsun tahkim şartları şaşırtıcı

²⁶³ Bkz.: Alaska Yüksek Mahkemesi, Willis Flooring Company v. Howard S. Lease Construction Co. & Associates, No. 6736, 07.01.1983 t. kararı (<https://law.justia.com/cases/alaska/supreme-court/1983/6736-1.html>) (e.t. 23.09.2019); **Nahmias**, Unilateral Right to Choose Between Arbitration and Litigation, s. 37.

²⁶⁴ **Oğuzman-Öz**, Borçlar Hukuku, s. 172.

²⁶⁵ Yargıtay 11. HD. 2015/1422 E., 2015/8645 K. numaralı, 23.06.2015 t. kararı (e.t. 23.09.2019); **Cemile Demir Gökyayla**, “Asimetrik Yetki Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan BÜHFD, Cilt:11 Sayı:145, 2016, s. 450.

şart niteliğinde kabul edilemeyecektir²⁶⁶. Diğer yandan, doktrinde tahkim anlaşmasının asıl sözleşmenin niteliği ve işin özelliğine uygun olup olmadığının her somut olay özelinde ayrıca incelenmesi gerektiğini savunanlar da mevcuttur²⁶⁷. Oysa hukuki ilişkilerden kaynaklı uyuşmazlıkların çözüm yöntemini düzenleyen tahkim ve dolayısıyla asimetrik tahkim şartlarının TBK m. 21 f. 2'ye dayanılarak yazılmamış sayılacağını iddia etmenin mümkün gözükmediği kanaatindeyiz.

Ayrıca TBK m. 25 uyarınca yukarıda sayılı durumlar haricinde, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine olan veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki hükümler de geçersiz sayılacaktır. Dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyen basit bir menfaate aykırılık, geçersizlik yaptırımını için yeterli olmayacağından burada özellikle tüketici niteliği haiz olmayan ve çoğu zaman tacir olan taraflar arasında akdedilen asimetrik tahkim anlaşmalarının sadece asimetrik niteliğinden kaynaklı olarak bu düzenlemeye tabi olamayacağı kanaatindeyiz. Doktrinde ise kendisine genel işlem şartı dayatılan kişilerin genellikle sözleşmeyi müzakere etme imkânı bulunmadığı ve ancak sözleşmeyi akdedip akdetmeme kararını verme özgürlüğüne sahip oldukları için bu kişilerin korunması gerektiği savunulmuştur²⁶⁸.

Genel işlem şartına ilişkin açıklamalar kapsamında Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün kurtarma hizmetine ilişkin sözleşmesinin önceki metninin genel işlem şartı denetimine tabi olabileceği savunulmuştur²⁶⁹. Kanaatimizce bu görüş isabetlidir. Nitekim söz konusu sözleşme Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü tarafından ileride çok sayıda benzer işlemde kullanılmak üzere hazırlanmıştır. Ayrıca, konusu gereği, sözleşme tüketici sıfatını haiz taraflara nazaran tacirler tarafından imza edilir nitelikte olduğu için TKHK yerine TBK kapsamında bir inceleme yapılması gerekecektir. Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün kurtarma hizmetine ilişkin sözleşmesinin önceki metninin genel işlem şartı denetimine tabi

²⁶⁶ Zengin, Tahkim Şartının Genel İşlem Koşulları Karşısında Durumu, s. 143.

²⁶⁷ Bkz.: İlhan, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, s. 204.

²⁶⁸ Zengin, Tahkim Şartının Genel İşlem Koşulları Karşısında Durumu, s. 151.

²⁶⁹ Bkz.: İlhan, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, s. 219.

olacağını kabul etmekle birlikte, bu durum ilgili metinde yer alan düzenlemelerin kendiliğinden yazılmamış sayılması gerektiği anlamına gelmemelidir. İlgili sözleşmede yer alan her bir düzenleme için ayrıca inceleme yapılmalı ve yukarıda sayılı şartların birlikte olarak gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir.

5. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Haksız Şartlar Açısından Değerlendirme

a) Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği

Hukukumuzda tüketici sözleşmelerinde uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak tahkimin kararlaştırılmayacağına ilişkin MTK'da yer alan bir engel bulunmasa da TKHK m. 86 ve m. 73 uyarınca, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri ve tüketici hakem heyetlerinin görevli olacağı düzenlenmiştir. Diğer yandan TKHK m. 68 f. 5 *“bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir”* demek suretiyle tüketicilerin ilgili mevzuata göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmalarına herhangi bir engel bulunmadığını düzenlemiştir.

TKHK'nın yukarıda bahsedilmiş olan maddelerinin tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine etkisi doktrinde de tartışmalara konu olmuştur. Tahkime elverişliliği düzenleyen MTK m. 1 taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin olan ve her iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıkları kapsamı dışında bırakmış ve bu doğrultuda ilgili uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını belirtmiştir. Nitekim HMK m. 408'de de taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan ve iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı açıkça belirtilmiştir.

Yargıtay 2006 yılında vermiş olduğu bir kararında²⁷⁰, tüketici sözleşmesinde yer alan tahkim şartını, tahkim anlaşmasının şekli ve haksız şart kapsamında incelemeye tabi tutarak geçersiz addetmiş ve tüm bu inceleme sırasında tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine herhangi bir şekilde değinmemiştir²⁷¹. Zaten tüketici uyuşmazlıklarında tarafların sulh olmasına veya taraf iradelerine uygun olarak farklı yöntemler izlemesine engel bulunmadığı için bu tip uyuşmazlıkların iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar kategorisinde değerlendirilmemesi gerekir²⁷². Ancak içerdiği suskunluk ve belirsizlik nedeniyle doktrinde ilgili Yargıtay kararının bu aşamada münferit bir içtihat olarak dikkate alınması gerektiği savunulmuştur²⁷³.

Her ne kadar tüketici uyuşmazlıklarının taşınmazların aynından doğan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıkların kapsamına girmeyeceği ve dolayısıyla tahkime elverişli olacağı düşünülse de Yargıtay 2008 yılında verdiği bir kararında, karar tarihinde yürürlükte bulunan 4077 s. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁷⁴ m. 1’de ilgili kanunun amacının özetle kamu yararına uygun olarak tüketici sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını korumak olduğu düzenlenmiş olduğu için 4077 s. Kanun’un tüketiciyi korumayı ve aynı zamanda kamu düzenini sağlamayı da amaçlamakta olduğuna, 4077 s. Kanun’da belirlenen uyuşmazlık çözümün yöntemleri harici seçimlerin geçersiz olacağına karar vermiştir²⁷⁵. Yargıtay’ın bu kararında, HMK ve MTK’da yer alan “iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar” ifadeleri ile kamu düzenini

²⁷⁰ Yargıtay 13. HD. 2006/7789 E., 2006/12275 K., 25.09.2006 tarihi kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon) (e.t. 23.09.2019)

²⁷¹ “Somut olayda, paket-tur sözleşmesinin genel işlem şartlarını da içerir şekilde davalı tarafından düzenlenen ve standart nitelikte bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle, tahkim şartına ilişkin maddenin davacı tüketici Zeynep ile müzakere edilerek karşılıklı mutabakatla hüküm altına alındığına ilişkin bir delilin varlığı iddia ve ispat edilememiştir. Bu nedenle, davacı tüketici Zeynep ve Hülya ile davalı arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünde Tüketici Mahkemelerinin görevini ortadan kaldıran 19. maddenin bu davacı açısından bağlayıcılığı yoktur.”

²⁷² Kurtulan, Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, s. 253.

²⁷³ Yeşilova, Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü, s. 117.

²⁷⁴ RG 28.11.2013 ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile yürürlükten kalkmıştır.

²⁷⁵ Yargıtay 13. HD. 2008/6195 E., 2008/12026 K., 20.10.2008 t. kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon) (e.t. 23.09.2019)

ilgilendiren uyuşmazlıkları anladığı tespit edilmiş ve bu yaklaşımın isabeti eleştirilmiştir²⁷⁶.

Diğer yandan, TKHK'nın tüketici uyuşmazlıkları için özel görevli mahkeme tesis etmiş olması ise doktrinde çoğu defa tahkim engeli olarak yorumlanmaktadır²⁷⁷. Oysa mevzuatlar incelendiğinde, tüketici uyuşmazlıklarının kendiliğinden tahkime elverişli olmadığına ilişkin bir sonuca varılmadığı görülmektedir²⁷⁸. Bu nedenlerdir ki tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğunu savunan görüşlere katılmaktayız. TKHK m. 68 f. 5'de yer alan *“bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir”* ifadesi dikkate alındığında tüketici sözleşmelerinde bulunan tahkim şartlarının tahkime elverişlilik prensibi kapsamında doğrudan geçersizliğine hükmedilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

b) Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Haksız Şart Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere tüketiciye yönelik işlemlerden kaynaklı uyuşmazlıklarda genel kanunda düzenlenen genel işlem şartı denetimi yerine özel kanun TKHK'nın m. 5'i uyarınca haksız şart denetimi yapılmaktadır. TKHK m. 5'de tanımlandığı üzere haksız şartlar tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan şartlardır. Genel işlem şartları ile aralarındaki benzerliğe rağmen, TKHK kapsamında yürütülen haksız şart denetimi esnasında TBK kapsamında yürütülen genel işlem şartı denetimi gibi üç aşamalı bir denetim mekanizması uygulanmaz²⁷⁹. Burada tüketici lehine tek taraflı bir denetim

²⁷⁶ Kurtulan, Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, s. 252-253.

²⁷⁷ Yeşilova, Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü, s. 117.

²⁷⁸ Bkz. Yeşilova, Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü, s. 116-117.

²⁷⁹ Zengin, Tahkim Şartının Genel İşlem Koşulları Karşısında Durumu, s. 145.

yapılmaktadır²⁸⁰. Dikkat çekilmelidir ki tüketicinin haksız şart iddiasında bulunabilmesi için haksız şart içeren sözleşmenin tek taraflı olarak hazırlanarak kendisine dayatılmış olması yeterlidir ve burada genel işlem şartlarından farklı olarak, haksız şartın ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla kaleme alınmış olması aranmamaktadır²⁸¹.

Tüketici sözleşmelerinde yer alan asimetric tahkim anlaşmalarının müzakere edilmemiş olması halinde, haksız şart tespitinde kullanılan ilk kriterin yâni tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilme şartının mevcut olduğunu düşünülebilir. Ancak haksız şarttan bahsedebilmek için her halde bu şartın dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması gerekecektir. Bir an için hem mahkemelere hem de tahkime başvuru hakkı veren tahkim anlaşmalarının tahkim iradesinin mevcudiyeti açısından Türk hukukunda yapılan değerlendirmeler kapsamında tartışmasız geçerli olduğu kabul edilirse, tüketiciye uyuşmazlıkları sadece mahkeme veya tahkim heyeti önüne götürme hakkı tanırken, karşı tarafa her iki imkânı da sunan asimetric tahkim anlaşmalarının tüketici aleyhine olduğu savunulabilir. Diğer yandan, yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere, tüketiciye tahkim veya mahkeme başvurma imkânlarından birini karşı tarafa ise bir diğerini sağlayan asimetric tahkim anlaşmalarında, her iki uyuşmazlık çözüm merciinin de farklı avantaj ve dezavantajlarının bulunması nedeniyle tüketici aleyhine bir dengesizliğin söz konusu olup olmadığını ilk bakışta tespit etmek mümkün olamayacaktır. Oysa, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik²⁸²'in Haksız Sözleşme Şartları isimli EK-1'inde tüketicilerin hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş hakemlere başvurmasını öngörmek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya sair başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran düzenlemelerin kendiliğinden haksız şart kabul edileceği düzenlenmiştir. Yine aynı şekilde doktrinde, asimetric tahkim anlaşmalarının taraflarından birinin

²⁸⁰ **Murat Aydoğdu**, Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, 1. Baskı, 2014, s. 185.

²⁸¹ **Oğuzman-Öz**, Borçlar Hukuku, s. 175-176; **Zengin**, Tahkim Şartının Genel İşlem Koşulları Karşısında Durumu, s. 141.

²⁸² RG 17.06.2014, s. 29033.

tüketici olduğu durumlarda asimetrik tahkim anlaşmasının geçersiz kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur²⁸³.

Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in Haksız Sözleşme Şartları isimli EK-1'inde yer alan düzenlemenin anlaşılabilirliği için, düzenlemenin temelini teşkil eden Avrupa Birliği mevzuatında yer alan düzenlemenin incelenmesi gerektiği savunulmuştur²⁸⁴. İşbu çalışmamızın Avrupa Birliği hukukuna ilişkin bölümünde yapmış olduğumuz Avrupa Birliği mevzuatına ilişkin açıklamamız kapsamında da bahsetmiş olduğumuz üzere, çoğu tahkim prosedürünün en azından ulusal tahkim kuralları kapsamında düzenlenmiş olması da dikkate alındığında ilgili Avrupa Birliği düzenlemesi yeterince açık değildir²⁸⁵. Avrupa Birliği Komisyonu'nun 93/13 sayılı Direktif'e ilişkin tavsiyesi gereği, ancak uyuşmazlık sonrası akdedilen tahkim anlaşmaları ilgili şartları taşımaları hâlinde geçerli kabul edilecektir. Hukukumuzda ise Avrupa Birliği Komisyonu'nun tavsiyesine benzer bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeptir ki mevcut durumda hukukumuzda, tüketicinin tahkime gitmesi gerektiğini düzenleyen tahkim anlaşmaları otomatik olarak haksız şart kategorisinde olacaktır. Ancak tüketiciye mahkemeye, karşı tarafa ise tahkime başvurma hakkı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmaları ile tüketiciye hem tahkim hem de mahkemelere başvurma hakkı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmalarının Haksız Sözleşme Şartları isimli EK-1'de kullanılan ifadeler nedeniyle kendiliğinden haksız şart niteliğinde olduğundan bahsedilmemesi gerektiği, bu anlaşmalara ilişkin olarak ancak TKHK m. 5 uyarınca haksız şart denetimi yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Tüketicilere hem tahkim hem mahkemelere başvuru hakkı tanıyan bu tip asimetrik tahkim anlaşmalarının ise haksız şart denetiminin yanında çalışmamızda incelemiş olduğumuz üzere ayrıca tahkim iradesinin mevcudiyetinin tespiti açısından değerlendirmeye konu olacağı unutulmamalıdır.

²⁸³ **Esen**, Kıyı Emniyet Müdürlüğü Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 154.

²⁸⁴ **Kurtulan**, Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, s. 257.

²⁸⁵ **Andreas von Goldbeck**, "Consumer Arbitrations in the European Union", *Pepperdine Disp. Res. L. Jour.*, vol. 18:263, 2018, s. 280.

BEŞİNCİ BÖLÜM

ASİMETRİK TAHKİM ANLAŞMALARINA DAYANILARAK VERİLEN HAKEM KARARLARININ TÜRK YARGI MERCİLERİ NEZDİNDEKİ DURUMU

Kural olarak hakem kararlarının iptal ve tenfizi aşamasında uyuşmazlığın esasına ilişkin inceleme yapılmayarak sadece iptal veya tenfiz koşullarının oluşup oluşmadığını incelemektedir²⁸⁶. İncelemeyi yapacak merci açısından ise, tahkim anlaşmalarının geçerliliği konusunda karar verebilecek olan makamlar aynı zamanda asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliği konusunda da karar vermeye yetkili olacaktırlar.

A. Hakem Heyeti Önünde İtirazda Bulunulması

Kendisine asimetrik tahkim anlaşması ile sadece mahkemelere başvuru hakkı verilmiş tarafın tahkim davası açması halinde, davalı tarafın itirazda bulunması üzerine hakem heyeti *Kompetenz-Kompetenz* prensibi kapsamında kendi yetkisine ilişkin karar verirken asimetrik anlaşmasının geçerliliğini inceler. Bu inceleme esnasında ise hakemler, asimetrik tahkim anlaşmasının tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçerli olup olmadığını inceleyecektir. Türk hukuku uyarınca inceleme yapılması halinde ise hakemlerin yukarıdaki incelemelere benzer incelemeler yapması gündeme gelecektir.

Diğer yandan, asimetrik tahkim anlaşması ile kendisine tahkim ve mahkemeler arasında seçim hakkı tanınmış olan tarafın bu seçim yetkisini hakem heyeti önünde itirazda bulunarak kullanması halinde ise hakemlerin, asimetrik tahkim anlaşmasının ve dolayısıyla bu seçim yetkisinin geçerliliğine karar vermesi için aynı şekilde bir inceleme gerçekleştirmesi söz konusu olacaktır.

²⁸⁶ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 251.

B. Mahkemeler Önünde İtirazda Bulunulması

Kendisine asimetrik tahkim anlaşması ile sadece tahkime başvurma hakkı tanınmış olan tarafın devlet mahkemelerinde dava açması halinde, davalı tarafın tahkim ilk itirazında bulunması üzerine mahkeme tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin inceleme yapar (MTK m. 5). Bu inceleme esnasında yine asimetrik tahkim anlaşmasının tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçerli olup olmadığı incelenecektir.

Diğer yandan, asimetrik tahkim anlaşması ile kendisine tahkim ve mahkemeler arasında seçim hakkı tanınmış olan tarafın bu seçim yetkisini mahkemeler önünde tahkim itirazında bulunarak kullanması halinde ise hakemlerin, asimetrik tahkim anlaşmasının ve dolayısıyla bu seçim yetkisinin geçerliliğine karar vermesi için aynı şekilde bir inceleme gerçekleştirmesi söz konusu olacaktır.

C. İptal Davası

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere MTK uyarınca hakem kararlarına karşı başvurulabilecek tek kanun yolu iptal davasıdır²⁸⁷. Asimetrik tahkim anlaşmasına dayanılarak verilmiş olan hakem kararının iptali talebi ile ilgili anlaşmaların MTK m. 15 kapsamında bölge adliye mahkemeleri önüne gitmesi halinde mahkemelerin asimetrik tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin inceleme yapması gündeme gelebilir. MTK m. 15 f. 1 b. 1/a uyarınca mahkeme, iptal davası esnasında asimetrik tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşmasına uygulanacak olan hukuka veya hukuk seçimi olmayan hallerde Türk hukukuna göre geçersiz olduğun tespiti halinde ilgili hakem kararını iptal edebilir²⁸⁸.

²⁸⁷ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 251.

²⁸⁸ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 291.

Örneğin hata, hile, tehdit gibi sebeplerden kaynaklı olarak tahkim anlaşmasının iptal edilmesi gerektiğinin iddia edildiği durumlarda, geçerliliğın tespitinde MTK m. 4'te belirtilen hukuk dikkate alınacaktır²⁸⁹. Ancak tahkim yargılamasında davanın açılması üzerine davalının herhangi bir tahkim itirazında bulunmayarak esasa ilişkin savunmalarını ileri sürmesi halinde, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna ilişkin itirazda bulunarak hakem kararının iptali talep edilemeyecektir²⁹⁰. Nitekim bu durumda MTK m. 4 uyarınca tahkim anlaşması akdedilmiş kabul edilecektir.

Diğer yandan, asimetric tahkim anlaşmasının geçersiz addedilebileceği durumlarda taraflar MTK m. 15 f. A b. 1/d'ye dayanarak hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin olarak tahkim yargılaması esnasında yanlış karar verdiğini iddia ederek iptal talebinde bulunabilirler. Nitekim hakemler uyuşmazlık hakkında yetkili olduklarına karar verdikleri durumlarda tahkim yargılamasına devam ederek uyuşmazlık hakkında karar vermektedirler²⁹¹. Bu halde aslında hakkında karar verilmiş olan uyuşmazlığın çözümü esnasında hakemlerin geçerli olmayan bir asimetric tahkim anlaşması uyarınca yetkili olduklarına karar verdikleri iddia edilebilecektir.

Yine aynı şekilde asimetric tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu durumlarda iptal talebi MTK m. 15 f. A b. 1/e'de düzenlenen hakemlerin tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermeleri veya yetkilerini aşmaları iddiasına da dayandırılabilir.

D. Tenfiz Davası

Asimetric tahkim anlaşmasına dayanılarak verilen hakem kararının New York Konvansiyonu m. V ve MÖHUK m. 62 kapsamında Türk mahkemelerinde tenfizinin talep edilmesi halinde tenfiz engelinin bulunup bulunmadığını tespit ederken mahkeme asimetric tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin inceleme

²⁸⁹ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 292.

²⁹⁰ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 294-295.

²⁹¹ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 300.

yapar. New York Konvansiyonu ve MÖHUK'ta sayılmış olan tenfizi ret sebepleri paraleldir.

Asimetrik tahkim anlaşmasına dayalı olarak verilen bir hakem kararının tenfizi esnasında, New York Konvansiyonu m. V f. 1 b. a veya MÖHUK m. 62 f. 1 b. e'ye dayanarak tahkim anlaşmasının geçersizliği veyahut New York Konvansiyonu m V f. 1 b. b veya MÖHUK m. 62 f. 1 b. d'ye dayanarak adil yargılanma hakkının ihlali iddialarıyla tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiğinin öne sürülebilmesi mümkündür. Bu hallerde tenfiz mahkemesinin tenfiz engellerini, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna ve AİHS dâhil adil yargılanma hakkını düzenleyen metinlere uygun olarak incelemesi gündeme gelecektir.

SONUÇ

Tahkim uygulamasının yaygınlaşması ile milletlerarası uygulamada da sıkça karşılaşılmaya başlanan asimetric tahkim anlaşmalarının yukarıda bahsedilen kavramlar kapsamında değerlendirilmeleri asimetric tahkim anlaşmalarının mahkemeler önüne gitmesi, hakem heyeti önüne gitmesi, hakem kararlarının iptal davasına konu olması veya hakem kararlarının tenfizi hallerinde mümkündür.

Asimetric tahkim anlaşmalarının yorumlanması ve değerlendirilmesi aşamasında asimetric tahkim anlaşmasına uygulanacak olan hukuk kurallarının dikkate alınacak olması nedeniyle asimetric tahkim anlaşması kaleme alırken ilgili hukuk düzenlerinin ve mahkemelerin asimetric tahkim anlaşmalarına olan yaklaşımlarını bilmek ve asimetric tahkim anlaşmasını ilgili yaklaşımlar ışığında kaleme alarak asimetric tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku bu doğrultuda seçmek önem arz etmektedir. Nitekim aynı lafız ile kaleme alınan asimetric tahkim anlaşmalarının geçerliliği ve icra edilebilirliği seçilen uygulanacak hukuka veya tenfiz yeri hukukuna göre farklılık gösterebilecektir.

Yabancı ülke mahkemelerinin yaklaşımları ve yabancı doktrin görüşleri incelendiğinde uygulanacak hukuk, dönem ve kararı veren makam değişse dâhi asimetric tahkim anlaşmalarının hakkaniyete aykırılık ve eşitsizlik prensipleri gibi benzer hukuki kavramlar altında incelemelere konu olduğu görülmektedir. Her ne kadar asimetric tahkim anlaşmalarının incelenmesinde yararlanılan hukuki kavramlar benzer olsa da incelemelerin sonucunda varılan yargılar uygulanan hukuk, dönem ve kararı veren makam değiştikçe değişiklik göstermektedir. Bu doğrultuda karşılaştırmalı hukuklarda gün geçtikçe asimetric tahkim anlaşmalarına daha ılımlı yaklaşılmaya başlandığı, asimetric tahkim anlaşmalarını kendiliğinden geçersiz sayan yaklaşımların terk edildiği ve günümüzde çoğunlukla sözleşme serbestisine öncelik tanınarak ancak zorunlu hallerde bu tip asimetric anlaşmalara müdahale edildiği tespit edilmiştir.

Karşılaştırmalı hukuklar incelendiğinde kanun koyucuların, nadiren de olsa ilgili hukuklarda asimetric tahkim anlaşmalarına ilişkin düzenlemeler kaleme

aldıkları tespit edilmiştir. Bizim hukukumuzda ise hâlihazırda asimetrik tahkim anlaşmalarının kendiliğinden geçersiz olacağına dair bir düzenleme mevcut değildir. Hukukumuzda bu konuda düzenlemenin mevcut bulunmaması bir eksiklik olarak görülmemelidir. Nitekim asimetrik tahkim anlaşmalarının tümüyle geçersiz veya geçerli olacağını düzenleyen bir hukuk kuralı, çok farklı koşullar altında kabul edilmiş olan asimetrik tahkim anlaşmalarının akıbetini kümülatif bir şekilde belirleyeceği için isabetsiz olacaktır. Oysa zaten hâlihazırda hukukumuzda mevcut olan ve yukarıda incelenen hukuk normları uyarınca her bir olay özelinde asimetrik anlaşmalarının değerlendirilmesi ve gerekli ise ilgili anlaşmaların geçersizliğine hükmedilmesi mümkündür. Dolayısıyla zaten hukukumuzda mevcut olan kavramlar altında değerlendirmeye tabi tutulan asimetrik tahkim anlaşmaları için fazladan bir düzenlemenin kaleme alınması gerekli değildir. Gerekli olan, her bir olay özelinde yukarıda yer alan değerlendirmelerin mahkemeler tarafından yapılması ve asimetrik tahkim anlaşmalarının akıbetinin içtihatlar vasıtasıyla belirlenmesidir. Aksi halde eşit pazarlık gücüne sahip iki tacirin taraf olduğu asimetrik tahkim anlaşması ile güçsüz bir tarafa dayatılan asimetrik tahkim anlaşmasının kaderinin aynı olması sözleşme serbestisi ve benzer kavramlar kapsamında hukuken kabul edilebilir sayılamayacaktır.

Diğer yandan, ülkemizde hâlihazırda mevcut olan ve en ufak bir tereddütte tahkim anlaşmalarının geçersizliğine karar veren muhafazakâr yaklaşımın asimetrik tahkim anlaşmalarını da direkt olarak etkilemekte olduğundan bahsedilebilir. Özellikle tahkim iradesinin mevcudiyeti açısından yapılan incelemeler esnasında tahkim anlaşmaları özelinde sözleşme serbestisinin kısıtlanmakta olması, tarafların sözleşme serbestileri kapsamında atipik şekillerde kaleme alınan asimetrik tahkim anlaşmalarının akıbetini oldukça yakından ilgilendirmektedir. Her ne kadar günümüzde Yargıtay tarafından asimetrik tahkim anlaşmalarına ilişkin olarak verilmiş çok sayıda karar mevcut olmasa da simetrik veya patolojik diğer tahkim anlaşmalarına ilişkin olarak verilen Yargıtay kararları incelendiğinde, günümüzde tahkim iradesinde açıklığın sağlanamaması nedeniyle direk olarak asimetrik tahkim anlaşmalarının geçersiz kabul edilmesi kuvvetle muhtemeldir. Oysa, karşılaştırmalı hukuklarda da olduğu gibi sözleşme serbestisi

kavramı ve benzer kavramlar dikkate alınarak direkt olarak böyle bir geçersizliğe karar verilmemesi ve her bir asimetric anlaşmasının olay özelinde incelenmesi ile ilgili hukuki kavramlar altında ayrıca geçersizlik denetimi yapılması gerekir. Bu denetimler kapsamında ise tarafların yanılmalarının söz konusu olmadığı veya herhangi bir şekilde taraf iradeleri ile temel hak ve özgürlüklere halel gelmediğinin tespiti halinde asimetric tahkim anlaşmalarının geçerliliğine karar verilmesi uygun olur.

Hal böyle iken asimetric tahkim anlaşmalarının geçerliliği ve yorumlanması taraflar arasındaki uyuşmazlığın akıbeti için önem arz edecektir. Nitekim mutlak tahkim anlaşmasının bulunduğu durumlarda devlet mahkemelerine başvurulması tahkim anlaşmasının ihlali sonucunu doğuracak olmakla birlikte asimetric tahkim anlaşmasının kendisine bahşettiği seçim hakkına dayanarak devlet mahkemelerine başvuruda bulunan tarafın ilgili tahkim anlaşmasını ihlali söz konusu olmayacaktır. Asimetric tahkim anlaşmasının geçerli kabul edilmediği hallerde ise ilgili hukuk düzenlemeleri ve içtihatlar kapsamında asimetric tahkim anlaşmasının yorumlanarak simetric bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetinin kabul edilmesi veya ortada herhangi bir tahkim iradesinin bulunmadığına karar verilmesi söz konusu olacaktır. Bu kapsamda uyuşmazlıkların çözüleceği merciin ve tahkim anlaşmasının ihlal edilip edilmediğinin tespiti açısından asimetric tahkim anlaşmalarının akıbetinin belirlenmesi önemli olacaktır.

Diğer yandan asimetric tahkim anlaşmasının tahkim anlaşmasına uygulanacak olan hukuk kapsamında geçersiz olduğuna karar verildiği hallerde New York Konvansiyonu m. V f. 1 b. a ve MÖHUK m. 62 f. 1 b. e uyarınca asimetric tahkim anlaşmasına dayanılarak verilmiş olan hakem kararlarının tenfiz edilemezliği gündeme gelecektir. Yine aynı şekilde bu asimetric tahkim anlaşmalarına dayanılarak verilmiş hakem kararlarının iptal davasına konu edilmesi söz konusu olabilecektir. Bu kapsamda yukarıda incelenen içtihatlarla bakıldığında, örneğin istisnai durumlar haricinde asimetric tahkim anlaşmalarının tanıma ve tenfiz amacıyla İngiliz mahkemeleri önüne gitmesi halinde İngiliz

mahkemelerinin ilgili asimetrik anlaşmasının tanınma ve tenfizini reddetmeyeceği düşünülebilecektir.

Sonuç olarak asimetrik tahkim anlaşması kaleme almak isteyen tarafların ilgili anlaşmaları, asimetrik tahkim anlaşmaları ile ilgili ülke düzenleme ve içtihatlarını inceleyerek kaleme almaları tavsiye edilmektedir. Diğer yandan asimetrik tahkim anlaşmaları uyarınca uyuşmazlıklarını çözmek isteyen tarafların bu anlaşmaların ayakta kalabilmesi adına bu anlaşmaların geçersizliğine hükmeden ülkeleri tahkim yeri olarak seçmekten, bu ülke hukuklarını tahkim anlaşmasına veya esasa uygulanacak hukuk olarak kararlaştırmaktan ve asimetrik tahkim anlaşmasına dayanılarak verilmiş olan hakem kararlarını bu ülkelerde tenfiz ettirmekten kaçınmaları da bir çözüm yolu olarak düşünülebilir.

Diğer yandan, asimetrik tahkim anlaşmalarının farklı merciler önünde devam eden paralel yargılamalara yol açmaması adına, asimetrik tahkim anlaşmaları kaleme alınırken ayrıca tarafların uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma zamanlarına göre devam edilmesi öngörülen yargılama metoduna ilişkin düzenlemelerin de bu anlaşmalar altında düzenlenmesi tavsiye edilmektedir. Aksi halde, her iki tarafın da başvuru hakkına sahip olduğu mercie farklı anlarda başvurusu halinde uyuşmazlığın çözümüne hangi yöntem ile devam edileceği noktasında problemler ortaya çıkabilir.

KAYNAKÇA

- Adam M. Nahmias** : “The Enforceability of Contract Clauses Giving One Party the Unilateral Right to Choose Between Arbitration and Litigation”, *Construction Lawyer*, vol. 21, Issue 3, 2001
- Alan Scott Rau** : “Asymmetrical Arbitration Clauses - The United States”, *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, 2015
- Ali Cem Budak** : “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2012
- Altan Fahri Gülerci** : *Milletlerarası Tahkim Anlaşması*, 1. Baskı, 2014
- Álvaro López de Argumedo Piñeiro, Constanza Balmaseda** : “The Disputed Validity of Hybrid and Asymmetric Clauses in Europe: A Review of the Decision of the High Court of Appeal of Madrid of 18 October 2013”, *Spain Arb. Rev. Revista del Club Español del Arbitraje*, vol. 2014, Issue 19/2014
- Andreas von Goldbeck** : “Consumer Arbitrations in the European Union”, *Pepperdine Disp. Res. L. Jour.*, vol. 18:263, 2018
- Anton Vladimirovich Asoskov** : “Unilateral Optional Dispute Resolution Clauses-From Russia with Prejudice”, *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, 2015

- Ayşegül Polat** : “Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1
- Bartosz Krużewski, Monika Diehl** : “Poland” IBA Arbitration Guide, 2018
- Bas van Zelst** : “Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context”, 33 Jour. of International Arb. Issue 4, 2016
- Bas van Zelst** : “Unilateral Option Arbitration Clauses: An Unequivocal Choice for Arbitration Under the ECHR?”, Maastricht Jour. Of European and Comparative L., vol. 25-1, 2018
- Berk Demirkol** : “Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 325, 2017/2, 2017
- Bilgehan Yeşilova** : “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, 2014
- Blackaby Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern, J. Martin Hunter** : Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th Edition, 2015
- Burcu Zengin** : “Tahkim Şartının Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu”, MÜHFD Sayı

- 2/2013, 2013
- Cemal Şanlı** : Hukuki Mütalaalarım, 1. Baskı, 2016
- Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe** : Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, 2019
- Cemile Demir Gökyayla** : “Asimetrik Yetki Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan BÜHFD, Cilt:11 Sayı:145, 2016
- Christian Dorda, Veit Öhlberger** : “Vienna Perspective”, Mealey’s Int. Arb. Report, 2014
- Christopher R. Drahozal** : “Nonmutual Agreements to Arbitrate”, The Jour. of Corporation L., 2002
- Christopher R. Drahozal** : “Unfair Arbitration Clauses”, Uni. Of Illinois L. Rev., vol. 2001, Issue 3, 2001
- Daniel Girsberger, Nathalie Voser** : International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives, 3rd Edition, 2016
- Deyan Draguiev** : “Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability”, JOIA 31, No.1, 2014
- Emre Esen** : “Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü’nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi’nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği”, İKÜHFD, Cilt 9, Sayı 2, 2010
- Erik Grigoryan** : Les Clauses Alternatives De Règlement Des Conflits Dans Les Contrats Commerciaux. Etude De Droit Comparé : France, Russie Et

- Angleterre, 2014-2015
- Erdem Büyüksagis** : “İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro’nun Düşündürdükleri”, Jour. of Yasar Uni., vol. 8, Issue Özel, 2013.
- Fatih Aydemir** : Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, 1. Baskı, 2017
- Franz T. Schwarz** : “International Arbitration in Central and Eastern Europe: A Diversity of Approaches”, The Int. Comparative Legal Guide to: Int. Arb. 2015, 12th Edition, 2015
- Gabrielle Kaufmann-Kohler,** : International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, 1st Edition, 2015
- Antonio Rigozzi**
- Gary B. Born** : International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing, 5th Edition, 2016
- Gary B. Born** : International Arbitration: Law and Practice, 2nd Edition, 2015
- Gary B. Born** : International Commercial Arbitration, 2nd Edition, 2014
- Gediz Kocabaş** : “Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, 2014
- Gökçe Kurtulan** : “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, TBB Dergisi, Sayı 131,

- 2017
- Haluk N. Nomer** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, 2018
- Hans Smit** : “Contractual Modification of the Arbitral Process”, Penn State L. Rev., vol:113:4, 2009
- Hüseyin Afşin İlhan** : Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, 1. Baskı, 2016
- Hüseyin Hatemi, K. Emre Gökyayla** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, 2017
- Ilya Komarevski, Eleonora Mateina** : “Asymmetric Dispute Resolution Clauses”, IFLR Dispute Resolution Guide 2015, 2015
- Ira C. Wolpert** : “Mutuality of Consideration in Arbitration Agreements: A Case Study”, Disp. Res. Jour., vol. 68, Issue 2, 2013
- Işıl Özkan** : “Adil Yargılanma Hakkı’nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi”, DEÜHD, Cilt 19, Özel Sayı, 2017
- Iurii Ustinov** : Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity, 2016
- James Stacey, Angela Taylor** : “Unilateral Jurisdiction Clauses in the UK”, Int. Financial L. Rev., 2013
- Jane Willems** : “The Arbitrator’s Jurisdiction at Risk: The Case of Hybrid and Asymmetrical Arbitration Agreements”, The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer, 2017
- Jonathan Goodman** : “Margae, Inc. v. Clear Link

- Technologies”, NYLS L. Rev., vol. 54
2009/10
- Judita Perényiová** : Unilateral Option Clauses in
Commercial Arbitration
- Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, Patricia Nacimiento** : Arbitration in Germany: The Model
Law in Practice, 2nd Edition, 2015
- Lauren D. Miller** : “Is the Unilateral Jurisdiction Clause
No Longer an Option? Examining
Courts’ Justifications for Upholding or
Invalidating Asymmetrical or
Unilateral Jurisdiction Clauses”, Texas
L. Jour., vol. 51:3, 2016
- Luca G. Radicati, Michele Sabatini** : “Italy”, IBA Arbitration Guide, 2018
- M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt
1, 17. Bası, 2019
- Matthias Scherer** : “Switzerland”, IBA Arbitration Guide,
2018
- Matti S. Kurkela, Santtu Turunen** : Due Process in International
Arbitration, 2nd Edition, 2010
- Maxi Scherer** : “A Cross-Channel Divide Over
Unilateral Dispute Resolution
Clauses”, Jurisdictional Choices in
Times of Trouble, 2015
- Mehmet Rifat Bacanlı** : “Hakem Sözleşmesinde Esasa
Uygulanacak Hukuk”, Uyuşmazlık
Mahkemesi Dergisi, 10. Sayı, Aralık
2017
- Michael D. Moberly, Carolyn F. Burr** : “Enforcing Forum Selection Clauses in
State Court”, Southwestern L. Rev.,

- vol.39, Issue 2, 2009
- Michael G. McGuinness, Adam J. Karr** : “California’s “Unique” Approach to Arbitration: Why This Road Less Traveled Will Make All the Difference Federal Arbitration Act”, Jour. of Disp. Res., vol. 2005, Issue 1, 2005
- Michael H. Leroy, Peter Feuille** : “Judicial Enforcement of Predispute Arbitration Agreements: Back to the Future”, Ohio State Jour. on Disp. Res., vol. 18, No.2, 2003
- Muhammet Özekes** : Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, 2003
- Murat Aydoğdu** : Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, 1. Baskı, 2014
- Neil Andrews** : Arbitration and Contract Law: Common Law Perspective, 2016
- Nesli Şen Özçelik** : Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”, Public and Private International Law Bulletin, vol.26, Issue 2, 2016
- Nuray Ekşi** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, 1. Baskı, 2013
- Okezie Chukwumerije** : “The Evolution and Decline of the Effective- Vindication Doctrine in U.S. Arbitration Law”, Pepperdine Disp. Res. L. Jour., vol. 14, Issue 3, 2014
- Paul D. Friedland** : Arbitration Clauses for International

- Contracts, 2nd Edition, 2007
- Pavlo Malyuta** : “Compatibility of Unilateral Option Clauses With The European Convention on Human Rights”, UCL Jour. of Law and Jurisprudence, vol. 8, No. 1, 2019
- Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage** : Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, 1999
- Richard Garnett** : “Coexisting and Conflicting Jurisdiction and Arbitration Clauses”, Jour. of Private Int. L., vol.9, No. 3, 2013
- Richard Frankel** : “Conception and Mis-Conception: Why Unconscionability Survives the Supreme Court’s Arbitration Jurisprudence”, Jour. of Disp. Res., vol. 2014 Issue 2, 2014
- Robert Ward** : “Divide & Conquer: How the Supreme Court Used the Federal Arbitration Act to Threaten Statutory Rights and the Need to Codify the Effective Vindication Rule”, Setol Hall Legislative Jour., vol. 39, 2015
- Sébastien Besson** : “Arbitration and Human Rights”, ASA Bulletin, vol. 24, No. 3, 2006
- Sibel İnceoğlu** : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Bası, 2013
- Simon Nesbitt, Henry Quinlan** : “The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration

- Clauses”, Arb. Int., vol. 22, Issue 1, 2006
- Siubhàn J. E. Magee, Judith Mulholland** : “The Enforceability of Arbitration Awards Made Pursuant to Unilateral Jurisdiction Clauses”, Mealey’s Int. Arb. Report, vol. 28, 2013
- William W. Park** : “Arbitration in Banking and Finance”, Annual Rev. Of Banking L., vol. 17, 1998
- Yeşim M. Atamer** : “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak” BATIHA E Yayını, 2012
- Ziya Akıncı** : Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, 2016

Elektronik Ađ Adresleri

<https://www.hukukturk.com>

<http://www.kazanci.com.tr>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.tbmm.gov.tr>

<https://uncitral.un.org>

<https://eur-lex.europa.eu>

<https://www.echr.coe.int>

<http://newyorkconvention1958.org>

<http://www.kiyemniyeti.gov.tr>

<https://www.ris.bka.gv.at/default.aspx>

<http://arbitration-poland.com>

<https://www.iflr.com>

<https://jade.io/t/home>

<http://www2.bailii.org>

<https://law.justia.com>

<https://casetext.com>

<https://www.courtlistener.com>

<https://lp.findlaw.com>