



İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı

TEZ KONUSU

Anonim Şirketler ve Tahkime Elverişlilik

Bekir Berk ÇEKTİR

102615010

Tez Danışmanı
Prof Dr. Ziya AKINCI

1.	Giriş.....	3
2.	Genel Olarak Tahkim	5
2.1.	Tahkimin Tanımı	5
2.2.	Ad Hoc Tahkim	7
2.3.	Kurumsal Tahkim	8
2.4.	İhtiyari Tahkim	8
2.5.	Mecburi Tahkim	8
3.	Türk Tahkim Mevzuatı	9
3.1.	Milletlerarası sözleşmeler açısından Tahkim	9
3.2.	1927 tarihli Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (HUMK)	10
3.3.	4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu	10
4.	Tahkim Anlaşması	12
4.1.	Genel Olarak	12
4.2.	Tahkim Anlaşması, Tahkim Sözleşmesi Ve Tahkim Şartı Kavramları	12
4.2.1.	Tahkim Anlaşması Kavramı	12
4.2.2.	Tahkim Sözleşmesi Kavramı	13
4.2.3.	Tahkim Şartı Kavramı	13
4.3.	Tahkim Anlaşmasının Hukuki Niteliği	14
4.4.	Tahkim İradesinin Hangi Uyuşmazlığa İlişkin Olduğunu Belirli Olması Zorunluluğu	16
4.5.	Tahkim Anlaşmasının Kısmi Olabilmesi	17
4.6.	Tahkim Şartının İçinde Bulunduğu Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı	17
4.7.	Tahkim Anlaşmasının Şekli	18
4.8.	Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Tahkim Anlaşması	24
4.9.	HUMK Uyarınca Tahkim Anlaşması	25
4.10.	Milletlerarası Tahkim Kanunu Açısından Tahkim Anlaşması	26
5.	Tahkim Anlaşmasına Konulabilecek Diğer (Tali) Konular	27
6.	Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk	27
7.	Tahkim Anlaşmasının Kurulmasında İrade Bozuklukları	28
8.	Tahkim Anlaşması (Tahkim Sözleşmesi) ile Hakem Sözleşmesi Farkı	29
9.	Tahkim Anlaşmasının Sıhhati Ve Tahkime Elverişlilik	29
10.	Tahkime Elverişlilik	30
10.1.	Genel Olarak	30
10.2.	Tahkime Elverişlilik Konusunda Global Değerlendirme	30
11.	Tahkime Elverişlilik Kavramı	31
11.1.	Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik	32
11.2.	Sübjektif Açıdan Tahkime Elverişlilik	32
11.3.	Tahkime Elverişliliğin Tespitinde Uygulanacak Hukuk	33
11.4.	Tahkime Elverişlilik Konusunun HUMK Açısından Değerlendirilmesi	34
11.5.	Tahkime Elverişlilik Konusunun 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Açısından Değerlendirilmesi	35
11.6.	Tahkime Elverişlilik Konusunun Yabancı Hukuklar Açısından Değerlendirilmesi	36
11.7.	Yabancı Hukuklarda Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik	36
12.	Tahkime Elverişli Olmayan Konular	40
12.1.	Genel Olarak	40
12.2.	Ceza Yargılaması	40
12.3.	Gayrimenkulün Aynından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar	40
12.3.1.	Kamu Düzeni Açısından Değerlendirilmesi	46
12.4.	Tahkime Elverişlilik Konusunda Yargıtay'ın muhtelif Görüşleri	48

13. Şirketler Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Tahkime Elverişlilik.....	49
13.1. Şirketler Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözülmesi Ve Bu Konuların Tahkime Elverişli Kılınması İle İlgili Milletlerarası Organizasyonların Rolü.....	50
13.2. Anonim Ortaklık İle İlgili Konularda Tahkime Elverişlilik.....	53
13.3. TTK Düzenlemesi	53
13.4. Çok Taraflı Tahkim Sorunu	56
14. Anonim Şirket Anasözleşmesine Tahkim Şartı Konulması	56
14.1. Anasözleşmenin Hukuki Niteliği	57
14.1.1. Tahkim Anlaşmasına İlişkin İradenin Oluşması Açısından Anasözleşmenin Akdedilmesinden Önce Ortaklar Arasındaki Hukuki İlişki....	59
14.1.2. Tahkim Anlaşmasına İlişkin İradenin Oluşması Açısından Tescilden Sonraki Dönem.....	61
14.2. TTK Tarafından Sağlanan Serbestinin Sınırları	63
14.3. Ana Sözleşmenin Hükümleri Arasında Gerçek Hükümler Ve Gerçek Olmayan Hükümler Ayrımı.....	65
14.4. Yabancı Hukuklara Kıyas Yolu İle Türk Hukukunda Anasözleşmeye Tahkim Şartı Konulması	66
14.5. Esas Sözleşmeye Koyulan Tahkim Şartının Konu İtibarı İle Tahkime Elverişliliği	68
14.5.1. Genel Kurul Kararlarının İptali Tahkime Elverişli Midir?.....	68
14.5.2. İflasa ilişkin konular ve Tahkime Elverişlilik	69
14.5.3. Şirketin Feshine İlişkin Hususlar ve Tahkime Elverişlilik.....	69
14.5.4. İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkime Elverişlilik.....	72
14.5.5. Fikri Haklara İlişkin İhtilaflarda Tahkime Elverişlilik.....	73
14.5.6. Ortaklığa Taşınmaz Sermaye Konulması Halinde Tahkime Elverişlilik 75	
15. Hissedarlar Sözleşmesi Açısından Tahkime Elverişlilik.....	76
15.1. Hissedarlar Sözleşmesinden doğan hak ve borçların sırayeti.....	76
15.2. Hissedarlar Sözleşmesinde bulunan Tahkim Şartının Yeni Pay Sahibini Bağlaması	76
16. Tahkime Elverişliliği İnceleyecek Makam.....	79
17. Tahkime Elverişlilik Konusunun Hakem Kararının Sıhhati Açısından Değerlendirilmesi	80
18. Tahkime Elverişlilik Konusunun İptal Sebepleri Açısından Değerlendirilmesi	80
19. Mahkemece Resen Dikkate Alınacak İptal Sebepleri	81
19.1. Uyuşmazlığın Türk Hukukuna Göre Tahkime Elverişli Olmaması.....	81
20. Kamu Düzeni Kavramı.....	81
21. Uluslararası Ticari Hakem Kararlarının Tenfizi.....	83
22. Sonuç	86

1. Giriş

Uyuşmazlıkların alternatif yollar ile çözülmesi ticaretin hızı ile doğru orantılı olarak artarak ticaret hayatındaki yerini almaya başlamıştır.

Uyuşmazlıkların devlet yargısına alternatif yollardan çözülmesi metotlarından birisin olan **tahkim** ise, özellikle, Birleşmiş Milletler Model Kanun'u esas alan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girmesi sebebi ile eskisine göre daha çok önem kazanmıştır.

Tahkimin güncel kalma ve hukukçular arasında popüler olma sebeplerinden birisi ise yargılamanın nispeten daha hızlı olmasıdır.

Ancak şahsi kanaatimce tahkimin yaygınlaşma sebeplerinden en önemlisi ise taraf vekillerinin hakem heyetleri önünde kendilerini devlet mahkemelerine nazaran daha iyi ifade edebilmeleridir. Bunun yanında, hakemlerin genellikle uyuşmazlığa konu olay ilgili olarak uzman olması hukukçuların sözleşmelerine tahkim şartı koymak hususunda istekli olmaları sonucunu doğurmaktadır.

Anonim Şirketler şüphesiz başka şirketler ile olan ticari ilişkilerinde yaptıkları sözleşmelere tahkim şartı koyarak bu işlemlerden doğabilecek uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözebilirler.

Bu tez Anonim Şirketlerin ortakları arasında doğacak uyuşmazlıkları Şirket anasözleşmesine ve/veya pay sahipleri sözleşmesine koyacakları bir tahkim şartı vasıtası ile dâhil olacakları tahkim yargılaması ile ne tür uyuşmazlıkları çözebilecekleri sorusuna cevap bulmaya çalışmak için yazılmıştır.

Konunun Anonim şirketler ile sınırlandırılmasının sebepleri ise tahkim şartı bulunan sözleşmelerin, esnek ortaklık yapısının değişik mekanizmalar kurulabilmesine diğer şirket tiplerine kıyasla daha uygun olması sebebi ile genellikle Anonim şirketler açısından uygulama alanı bulmasıdır. İkinci ve etkili bir diğer sebep de konunun dağılmadan sınırlandırılması arzusudur.

Diğer bir konu sınırlaması da tahkime elverişlilik konusunun özellikle 4686 sayılı Tahkim Kanunu açısından inceleme yapılmasıdır.

Bu sınırlamanın yegâne sebebi ise tahkim anlaşmalarının büyük bir çoğunluğunun yabancılık unsuru barındırması sebebi ile bu kanun hükümlerine tabi olmasıdır.

2. Genel Olarak Tahkim

2.1. Tahkimin Tanımı

Doktrinde tahkimin tanımı birçok yazar tarafından yapılmıştır. Örneğin; ANSAY' a göre “.... Her devlet tahkim yolunda hususi yargıya müsaade etmiştir; bu yolda taraflar anlaşmazlıklarının hallini kendi istekleriyle bir veya birkaç kimseye bırakabilirler. Bu bırakmaya bizim eski hukukumuzdan alınma bir tabirle tahkim denir.”¹; POSTACIOĞLU tarafından yapılan tahkim tanımlaması ise, “Tarafların anlaşması üzerine, aralarındaki hukuki nizanın hakem denilen hususi şahıslar tarafından halledilmesine tahkim denilmektedir.” Şeklinde dir.²;

KURU ise “bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim denir” ifadesini kullanmıştır.³

Nomer, Ekşi ve Öztekin’in “Milletlerarası Tahkim” isimli eserinde Kuru’ya atıf ile tahkim tanımı “Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın bu uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması konusunda anlaşmalarına tahkim denir” şeklinde yapılmıştır.⁴

Doğanay’ın tanımı ise “Tahkim, iki veya daha ziyade şahıslar arasında zuhur eden ve fakat intizamı-amme mevzubahis olmayan bir niza ve ihtilafı adli mercilere intikal ettirmeksizin kendi aralarında halledebilmeleri için reşit ve mümeyyiz herhangi bir kimseye bu ihtilafı neticelendirmesi hususunda salahiyet

¹ Ansay, S. Ş: Hukuk Yargılama Usulleri, 6. Bası, Ankara 1960, s. 404

² Postacıoğlu, İ: Medeni Usul Hukuk Dersleri, İstanbul 1975, s. 783

³ Kuru, B: Hukuk Usulü Muhakemeler Kanunu İstanbul 2001, C. VI s. 5875

⁴ Nomer, Ekşi, Öztekin: Milletlerarası Tahkim İstanbul, 2003 (II. Bası) s. 13

vermeleri halidir” şeklindedir.⁵ **Ertekin- Karataş** ise tahkimi daha geniş bir biçimde açıklamıştır.

Buna göre “Tahkim, kanunun men etmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığıyla çözümlenmesidir”⁶

Yukarıda yapılan tanımlar incelenerek “Tahkim”in çözümlemesi yapıldığından karşımıza çıkan Unsurlar şunlardır:

Birincisi, tahkim olabilmesi için iki veya ikiden fazla tarafın varlığı şarttır. Zira husumet yöneltilmeksizin yani hasımsız olarak tahkim yargılaması yapılması mümkün değildir.

İkinci olarak, taraflar arasında bir uyuşmazlık olması gereklidir. Bu uyuşmazlık devlet yargısı ile çözümlenmesi zorunlu olmayan bir uyuşmazlık olmalıdır. Aksi takdirde tahkim yargılaması yapılsa dahi bu ancak sözde bir yargılama olacağından tahkimin varlığından bahsedilemez.

Üçüncü olarak, tarafların aralarındaki bu uyuşmazlığı devlet yargısı dışında alternatif bir yöntem ile çözme konusunda anlaşmaları veya taraflar arasındaki hukuki ilişki gereği olarak uyuşmazlığın devlet yargısı dışında başka bir yöntemle çözme imkânının mevcut olması gereklidir.

Dördüncü olarak taraflar arasındaki uyuşmazlığın devlet yargısı dışında atanan, 3. kişilerce çözülmesi gereklidir.

⁵ Doğanay, İ: Türk Ticaret Kanunu ve Tahkim Müessesesi, Ankara 1964, s. 774

⁶ Erol Ertekin-İzzettin Karataş, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara-1997,s. 30

Son olarak ise ihtilafı çözen kişilerin bu çözüm sonunda taraflar arasındaki uyuşmazlığı inceleyerek uyuşmazlık hakkında bir karar varmaları gereklidir.

Bütün bu unsurları yan yana koyduğumuz zaman tahkimin tanımı şu şekilde yapılabilecektir.

İki veya daha fazla taraf arasındaki bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek olan, alternatif yollarla çözülmeye elverişli nitelikteki bir uyuşmazlığın, tarafların serbest iradeleri ile belirledikleri hakem seçim yöntemi ile veya taraf oldukları hukuki işlem sonucunda kanunen, atanan mümeyyiz ve reşit kişilerce incelenmesi, çözülmesi ve karara bağlanmasına tahkim denir.

Tahkim kavramı çeşitli yönlerden ayrıma tabi tutulabilir.

Tahkim usulüne uygulanan kurallar açısından yapılan ayrıma göre tahkim kendi içinde Ad Hoc tahkim ve Kurumsal Tahkim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

2.2. Ad Hoc Tahkim

Uyuşmazlığın taraflarının herhangi bir tahkim kuruluna tabi olmaksızın tahkimin ağırlıklı olarak kendi denetimlerinde gerçekleşmesini istediklerinde, hakem veya hakem kurulunu oluşturarak hakemleri, tahkim yerini, tahkim usulünü ve tahkimin maddi hukukunu kendileri tayin etmeleri veya hakemlere bu konuda yetki vermeleri halinde tahkim mahkemesinin tarafların anlaşması ile ve sadece o taraflar arasındaki somut olay için geçici olarak oluşturulmuş olduğundan, milletlerarası belli bir kuruma bağlı olmadan yapılan bu hakemliğe ad hoc tahkim (geçici, arızı, ad hoc arbitration) denir.⁷

⁷ Şanlı, (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 69; Birsell, (Ticari Tahkim ve Türkiye), s.101.

2.3. Kurumsal Tahkim

Kurumsal tahkim tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için önceden hazırlanmış kuralları olan bir kuruma başvurmaları halinde ortaya çıkacaktır. Taraflar iradelerince düzenlenmiş hususlar bu kurumun kurallarına göre yönetilecektir. İşte, böyle bir kurumun organizasyonuna tabi olarak ve bu kurumun tahkimin kurallarına göre yapılan tahkim, kurumsal tahkim olarak adlandırılacaktır.⁸ Burada dikkate değer bir nokta ise Kurumsal Tahkimi tercih eden tarafların peşinen o kurumun tahkim tüzüğüne de uygulanacağını kabul etmiş olmalarıdır.⁹ Kısacası Kurumsal Tahkime başvuran taraflar tahkim yargılamasının seyrini bir anlamda sadece Hakemlere değil o kurum tarafından belirlenen kurallara da teslim etmektedir.

Bir başka ayrım ise tahkimin ihtiyari veya mecburi olması açısından yapılmaktadır.

2.4. İhtiyari Tahkim

Tarafların tahkim yargılamasına kendi iradeleri ile gitmeleri ihtiyari tahkimdir. İhtiyari tahkim tarafların kanundan doğan bir zorlama olmaksızın aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözmeleridir.¹⁰ İhtiyari tahkim HUMK 516-539 arasında düzenlenmiştir.

2.5. Mecburi Tahkim

Mecburi tahkim kanunun emredici hükümleri uyarınca bir uyuşmazlığın taraflarının aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözmeleridir. Bu bakımdan Mecburi tahkim istisnaidir.¹¹

⁸ Şanlı, (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 69; Birsal, M. T: (Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye) Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, S. İzmir 1980, s. 101.

⁹ KESER BERBER, Leyla, Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, İstanbul Haziran 2001 s. 1

¹⁰ KURU, Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı İstanbul 200, Cilt 6 s. 5875

¹¹ KURU, Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı İstanbul 200, Cilt 6 s. 5876

Mecburi tahkim hallerine en sık rastlanan örnek kamu kurumlarının aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözmelerine ilişkin 3533 sayılı mecburi tahkim kanunu'ndan doğan tahkim yargılamasıdır.

3. Türk Tahkim Mevzuatı

Tahkim mevzuatı Milletlerarası Sözleşmeler açısından tahkim, HUMK açısından tahkim ve 4686 sayılı Kanun açısından Milletlerarası tahkim olmak üzere üç kısımda incelenmiştir.

3.1. Milletlerarası sözleşmeler açısından Tahkim

Avrupa (Cenevre) Anlaşmasında (m.I.2 [b]) ifade edildiği üzere, “Hakemlik (Tahkim) terimi ihtilafların sadece belirli hakemler tarafından (ad hoc hakemlik) değil, bunların aynı zamanda daimi hakemlik kurumları tarafından (da) halledilmesini ifade eder”.

New York Sözleşmesi'nde de “Hakem kararı (teriminin) sadece münferit meselelerin halli için tayin olunan hakemlerin değil, aynı zamanda tarafların başvurdukları daimi hakemlik organlarının (kurumsal tahkim) verdikleri kararları kapsadığı” hükmüne yer verilmiştir (m.I.2).

Tahkim müesseseleri genellikle resmi bir milletlerarası veya devlet kuruluşu niteliğinde değildir. Bunun önemli bir istisnası Dünya Bankası bünyesi içinde yer alan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (International Center for Settlement of Investment Disputes [ICSID]) tahkim müessesidir.

Taraflarca yapılan tahkim anlaşmasında, ICC (MTO), Paris, Londra, Hamburg, Viyana ve Zürih gibi şehirlerdeki ticaret odalarının hakemlik merkezleri ile FOSFA (Hayvani ve Nebati Yağlar Ticaret Birliği), GAFTA (Hububat ve Gıda Maddeleri Ticaret Birliği) gibi kuruluşların tahkim kuralları tahkim

anlaşmasının bir parçası haline gelir. Ad hoc tahkimde ise genellikle UNCITRAL tahkim kuralları^{12[27]} tahkim anlaşmalarında sıklıkla karşımıza çıkmaktadır.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı 1990 yılında TOBB nezdinde bir tahkim kuruluşunun faaliyet göstermesine ve TOBB Tahkim Şartnamesinin yürürlüğe girmesine izin verilmiştir. Benzer şekilde İstanbul Ticaret Odası Tahkimi de fiilen kullanılan tahkim kurumlarından birisidir.

3.2. 1927 tarihli Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (HUMK)

HUMK tahkimi 516 – 539 maddeleri arasında düzenlemektedir. HUMK’NUN tahkime elverişlilik ile ilgili yaklaşımı aşağıda detaylı olarak incelenmiştir.

3.3. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımlamasında dikkati çeken husus bir hakem kararının milletlerarası olup olmadığını belirlerken, ilk defa olarak, uyuşmazlığın esası ile ilgili unsurları kıstas olarak almış olmasıdır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 2. maddesi 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklı tutarak; Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden Başka bir devlette bulunması, veya Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı

^{12[27]} KALPSÜZ, T.: Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonunun Tahkim Hükümlerine Göre Cereyan Eden Tahkim, Ankara 1990.

sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması veya Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi hâllerinden herhangi birinin varlığı durumunda uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyacağını ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanacağını belirtmektedir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu tahkimin milletlerarası nitelikli olup olmadığını belirlerken, başka noktaları değil uyuşmazlığın kendisinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığından yola çıkmakta yabancılık unsuru doğrudan uyuşmazlığın esası ile ilişkilendirilerek tespit edilmekte ve yukarıda sayılan hallerin varlığı durumunda tahkimin “milletlerarası nitelik” kazanacağını açıkça belirtmektedir.

4. Tahkim Anlaşması

4.1. Genel Olarak

Anonim Şirket'in ortakları arasında tahkime gidilebilmesinin temel şartı tarafların aralarındaki uyuşmazlığı hakem marifeti ile çözmek konusunda anlaşmaktır. Tarafların aralarında bu konuda yaptıkları anlaşmaya tahkim anlaşması denir.

4.2. Tahkim Anlaşması, Tahkim Sözleşmesi Ve Tahkim Şartı Kavramları

Çeşitli eserlerde tarafların aralarında yaptıkları ve tahkim yolu ile aralarındaki uyuşmazlıkları çözüme iradelerini beyan ettikleri tahkim anlaşmasını ifade etmek için "Tahkim Anlaşması", "Tahkim Sözleşmesi" ve "Tahkim Şartı" gibi çeşitli kavramlar kullanıldığı görülmektedir. Aşağıda bu kavramlar üzerinde ayrı ayrı durularak hangi terimin neyi ifade ettiği açıklanmaya çalışılmıştır.

4.2.1. Tahkim Anlaşması Kavramı

Doktrin ve uygulamada sözleşme yerine akit, mukavele veya bağit kelimeleri de kullanılmaktadır. TTK 1574. maddesi de tüm bu sözcüklerin birbirleri ile eş anlamlı olduğu yönünde beyanda bulunmaktadır. Borçlar Kanunu ise "akit" kavramını kullanmaktadır.¹³

Tahkim anlaşması taraflar arasında aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için tahkim yoluna gitme konusundaki irade uyumunu ortaya koymaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesi "tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir" hükmünü haizdir. MTK tahkim sözleşmesi

¹³ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2001 s. 195

ve tahkim şartını tahkim anlaşmasının yapılması için kullanılan enstrümanlar olarak işaret ettiğine göre “tahkim anlaşması” kavramının “Tahkim sözleşmesi” ve “tahkim şartı” kavramlarını da içine alan bir üst kavram olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu noktada konunun daha iyi anlaşılması ve okuma kolaylığı sağlamak için tahkim şartı ve tahkim sözleşmesi kavramlarını ayrı ayrı ele alınmıştır.

4.2.2. Tahkim Sözleşmesi Kavramı

Taraflar arasında tahkim yoluna gidilmesi için yapılan bu anlaşma irade beyanının Kanun Koyucu tarafından uygun görülen şekil şartına riayet edilerek bir irade beyanı şeklinde ifade edilmesini gerektirmektedir. Taraflar irade beyanlarını kanun koyucu tarafından emredilen yazılı şekilde ve Borçlar Kanunu anlamında bir sözleşme tesis ederek ortaya koymaları halinde bir “Tahkim Sözleşmesi” yapmış olacaktırlar.

4.2.3. Tahkim Şartı Kavramı

Taraflar zaman zaman aralarındaki asıl sözleşmeden ayrı bir irade beyanından bulunmaksızın, esas sözleşmenin genellikle “uymazlıkların çözümü” başlığı altına bir madde koymak sureti ile aralarındaki uymazlığın tahkim yolu ile çözümleneceği şartını kararlaştırabileceklerdir. Tarafların ayrı bir sözleşme yapmaksızın esas sözleşme içinde bir madde ile tahkim anlaşması yaptıkları bu madde “tahkim şartı” olarak tanımlanabilecektir.

Uygulama açısından ise tahkim anlaşmasının istisnalar dışında tahkim şartı şeklinde kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır.¹⁴

¹⁴ Akıncı Ziya. Milletlerarası Tahkim 2003, Ankara s.71

4.3. Tahkim Anlaşmasının Hukuki Niteliği

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceği yolunda taraflar arasında bir anlaşma bulunmadıkça taraflardan bir tanesinin tahkim yoluna başvurması mümkün değildir. Açıklanan sebeple, tahkim anlaşması, tahkim yargılaması konusunda “olmazsa olmaz” (*conditio sine qua non*) koşuldur¹⁵.

Borçlar Kanunu’nun 19. maddesi “Bir akdin konusu, kanunun gösterdiği sınırlar içinde, serbestçe tayin olunabilir. Kanun’un kesin olarak emrettiği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet, ahlaka veya kamu düzenine yahut şahsi hükümlere müteallik haklara aykırı bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları akit muteberdir.” Hükmünü haizdir.

İşbu hükme aykırı bütün sözleşmeler gibi tahkim anlaşması da kanuna aykırı olduğu takdirde batıl olacaktır.¹⁶

Tahkim Anlaşmasını sıhhati açısından uyuşmazlığın mutlak olarak hakemde çözümleneceğinin taraflarca kararlaştırılması şartı Yargıtay kararlarında açıkça gösterilmekte ve bu hükme uyulmaması halinde sözleşmenin geçersiz olacağına işaret edilmektedir¹⁷.

Tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı hakemlere gördürmek yolundaki isteğinin tahkim sözleşmesinden açık ve kesin bir biçimde anlaşılması gerekir.

¹⁵ Akıncı s.70

¹⁶ Akıncı, age s.208

¹⁷ Y.HGK.5.5.1965 t. 776-198 sa. ka.(Karataş, İ: s. 38, Y.15. HD. 15.9.1994. t. 722-4938 sa. ka., Y. 15. HD. 8.7. 1992 t. 3004- 3710 sa. ka., Y. 15. HD. 23.10.1986 t. 4446- 3473 sa. ka., Y. 15. HD. 13.3.1989 t. 4943- 1218 sa .ka. Y. 15. HD. 9. 4. 1990 t. 361-1677 sa. ka., Y.15. HD.4. 11. 1986 t. 19-3650 sa. ka., Y. 15. HD. 17.12.1984 t. 2342 – 3966 sa. ka., Y.15.HD.11.4.1996 t. 1822- 2105 sa. ka.

Tahkim anlaşmasında ihtilafın tahkimle çözümleneceği hususunda hakem mahkemesine taraflarca münhasır yetki verilmiş olmalıdır. Yargıtay, tahkim anlaşmasında uyuşmazlığın çözüm yeri olarak mahkeme ve hakemlerin birlikte gösterilmesi halinde tahkim sözleşmesinin tahkim iradesini açık ve kesin bir şekilde göstermediği ve dolayısıyla geçersiz olduğu kanaatindedir.¹⁸

Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi hususunda tarafların irade beyanı tahkim anlaşmasının kurulması açısından temel niteliktedir. Yargıtay pek çok kararında bu hususu dile getirmiş ve irade beyanını esaslı unsur olarak saymıştır.¹⁹

Tahkim anlaşmasının geçerliliği için tahkim anlaşmasının taraflarının tahkim yoluna gitmek yönündeki iradelerini yazılı olarak ve açık olarak beyan etmeleri gereklidir.

Açık ve kesin irade açıklaması, tahkim anlaşmasını bağımsız bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı şeklinde yapılmasına önem verilmeksizin tahkim anlaşmasının geçerliliği.

Çeşitli Yargıtay kararlarında tahkim anlaşmasının sıhhati açısından taraflar arasındaki uyuşmazlığın hakemde çözümleneceği hususunun taraflarca kararlaştırılması şartı aranmakta, bu kararlaştırmanın mutlak olarak hakemlere münhasır kılınması şartını aramakta bunlara uyulmaması halinde tahkim anlaşmasının geçersiz sayılacağı açıkça ifade edilmektedir²⁰.

¹⁸ ÖZTEK, S.: agm., s.113; Y.15.HD., 29.5.1986, 1969-2192, ERTEKİN, E./KARATAŞ, İ.: s.72-73.

¹⁹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 8.7.1992 tarih 3004/ 3710 sayılı kararı

²⁰ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 8.7. 1992 t. 3004/3710 sayılı kararı (Karataş, s. 39) , Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 23.10.1986 t. 4446 /3473 sayılı kararı, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 13.3.1989 t. 4943/1218 sayılı kararı, Y. 15. HD. 9. 4. 1990 t. 361/1677 sayılı kararı (Karataş, s. 40), Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 4. 11. 1986 t. 19/3650 sayılı kararı, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 17.12.1984 t. 2342 /3966 sa. ka.(Karataş, s. 41), Y.15.HD.11.4.1996 t. 1822/2105 sa. ka (Karataş, s.42)

4.4. Tahkim İradesinin Hangi Uyuşmazlığa İlişkin Olduğunu Belirli Olması Zorunluluğu

Hangi uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceğinin belirli olması tahkim iradesinin açıklığını ortaya koymak anlamında son derece önemlidir. Zira tahkim anlaşmasının geçerliliği için taraf iradelerinin açıkça anlaşılabilir olması zaruridir.

Bu noktada uyuşmazlığın belirli olması halini açıklamakta fayda vardır. Doğal olarak tahkim anlaşmasının taraflarının henüz aralarında bir uyuşmazlık çıkmadan bu uyuşmazlığı belirleyerek bunun üzerine bir tahkim anlaşması yapmaları hayatın olağan akışı ve gerçeklerine aykırı olacaktır.

Uyuşmazlığın belirli olmasından murad edilen taraflar arasındaki ilişkinin belirli olmasıdır. Yani tahkim anlaşmasının taraflarının, tahkim anlaşmasında uyuşmazlığa ilişkin hukuki münasebeti belirtmeleri, geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulması için yeterli sayılmalıdır.²¹

Tarafların tahkim sözleşmesi yaparken, hangi uyuşmazlık hakkında tahkim anlaşması yaptıklarını bilmelerinin irade beyanı açısından zaruri olduğu ve belli bir hukuki ilişkiden (mesela bir istisna sözleşmesinden) doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırılarak tahkim anlaşması yapılmış olması halinde, uyuşmazlığın belli sayılacağı ve tahkim anlaşmasının geçerli olacağı ifade edilmiştir²².

Uyuşmazlığın belirli olması tahkime elverişlilik prensibi sonucunda belirlenecek olan “hakemlerin yetki”si açısından da gereklidir.

Yukarıda açıklandığı üzere tahkim anlaşmasının yegâne zorunlu unsuru tahkim iradesidir. Tahkim iradesi dışındaki unsurlar

²¹ Akıncı, age, s. 75

²² Kuru, age, C. IV, s. 4009.

sadece tarafların tahkim yargılamasını daha verimli olarak kullanmaları ve tahkim iradesinin daha net anlaşılması için gerekli yan unsurlar olarak karşımıza çıkacaktır.

4.5. Tahkim Anlaşmasının Kısmi Olabilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere Milletlerarası Tahkim Kanunu 4. maddesinde geçen “tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır” ifadesinin “veya bazılarının” kelimeleri tahkim anlaşması tarafları arasındaki uyuşmazlıkların tümünün ya da bazılarının tahkim yolu ile çözümlenebileceğini de kararlaştırmaları mümkündür.

Buna göre tarafların arasında gerçekleştirdikleri sözleşmelerden bazılarının ya da bir sözleşmenin bazı belirli kısımlarına ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğini kararlaştırmaları da mümkündür. Bu durumda, tahkim yolu ile çözümlenmesi murat edilen kısımlar dışında kalan bir konudan kaynaklanan uyuşmazlıklar, devlet yargısı veya kararlaştırılan başka bir uyuşmazlık çözüm şekli ile çözümlenebilecektir.

4.6. Tahkim Şartının İçinde Bulunduğu Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı

Tahkim anlaşması, tahkim şartı ve tahkim sözleşmesi kavramları açıklanırken tahkim şartının taraflar arasındaki bir sözleşmeye konulacak kayıt ile yapılan tahkim anlaşması olduğu açıklanmıştı.²³

²³ Bknz. Sayfa 34

Asıl sözleşmenin geçerliliğinin tartışmalı olduğu durumlarda taraflar arasındaki tahkim anlaşmasını ifade eden tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrılarak geçerliliğini koruması böylelikle asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığının dahi tahkim yolu ile çözümlenmesi esastır.

Bu durum Alman ve Fransız Hukukları'nda *autonomy* yani tahkim şartının özerkliği Amerikan Hukuku'nda ise *severablity/separability* yani tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı veya ayrılabilirliği şeklinde kabul görmüştür.²⁴

Bu durumda geçerlilik açısından, tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsız düşünülmesi kabul edilmiştir.²⁵²⁶

4.7. Tahkim Anlaşmasının Şekli

Tahkim anlaşmasının geçerliği ile ilgili en önemli meselenin irade beyanı olduğu yukarıda açıklanmıştır.²⁷

İrade beyanının taraflarca zapt altına alınması ise tahkim anlaşmasının şekli konusu ortaya çıkarır.

İrade beyanı yani arzunun dışa açıklanması çeşitli şekillerde yapılabilir. Bu dışa vurum sözle, yazıyla yapılabileceği gibi başka bir davranışla da yapılabilir. Bu bakımdan mutlak anlamıyla her türlü irade beyanı bir şekil içinde ortaya çıkar.^{28[45]} O halde genel anlamda bir iradenin açıklanması için kullanılan araca şekil denir. Oysa, dar ve teknik anlamda "şekil" kavramı ile, sadece kanun tarafından ya da hukuki muamele ile, bir irade açıklaması için öngörülmüş bulunan, belirli bir dış kalıp anlaşılır.

²⁴ Akıncı, age s. 79

²⁵ Akıncı, age, s 80

²⁶ Van den Berg., s. 145.

²⁷ Bknz. Sayfa 36

^{28[45]} Oğuzman, s.113.

Dikkat edilirse şeklin niteliği konusunda belirli bir zorunluluk söz konusu değildir. Bu konu tümüyle tarafların iradelerine bırakılmış bir husustur. Ancak burada önemli olan taraflara şekil konusunda tanınan serbesti diğer bir deyişle özerkliktir. Dolayısıyla bu konu yani şekle ilişkin serbesti de sözleşme serbestisinin ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilebilir. Burada önemli olan taraflara şeklin niteliği konusunda tanınan serbestiden çok sözleşmelerin şekle bağlanması ve bu konuda mevcut düzenlemelere uyulması açısından tanınan serbestidir.

Maddi hukukun emrettiği bir şekil kuralına taraflar uymadıkları takdirde yapılan sözleşme esas itibariyle batıldır. Bir hukuki muamele, öngörülen biçimde yapılmadığı takdirde geçerli sayılmayacaksa, geçerlik biçimi söz konusudur. Nitekim B.K. m. 11/II'de bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: “Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz”. İşte Borçlar Kanunu'nun bu hükmünde söz konusu olan şekil kavramı sıhhat şekli olarak tanımlanır.

Türk borçlar hukukunda kabul edilen ilke şekil serbestisidir. Şekil serbestisi Borçlar Kanunu madde 11 de; *“sözleşmenin geçerliliği kanunda açıklık olmadıkça hiçbir şekle bağlı değildir”* diyerek bunu açıkça ifade etmiştir.

Adi yazılı şekil, kişinin iradesini yansıtan metnin irade sahibi tarafından altının imzalanması biçiminde olur. Adi yazılı şekil Borçlar kanunun 12. ve 15. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sözleşmelerde genel olarak şekilden bahsedildiğinde adi yazılı şeklin anlaşılması gerekir. Adi yazılı şekil metin ve imzadan oluşur:

İmza; kişinin kimliğini ve hüviyetini gösteren onu belirleyen diğerlerinden ayırtan bir işarettir.²⁹ İmzanın iki önemi vardır. İlki hüviyeti tespit eder, diğeri de beyanda bulunduğu iradesini teyit eder. İmzanın el yazısı ile atılması şarttır. Borçlar Kanunu da madde 14'te 'imza borçlananın el yazısı ile olması gerekir' şeklinde açıkça ifade etmiştir. Ancak maddede bir takım istisnalara da yer verilmiştir.

Tarafların imzayı aynı zamanda ve yerde aynı kâğıda atma zorunluluğu yoktur. Ancak imzalı belgelerin karşı tarafa verilmesi gerekir. Temsilci ve vekil aracılığıyla atılan imzalarda temsil veya vekâlet ilişkisi belirtilerek, temsilci veya vekil kendi imzasını atmalıdır. İmzanın nereye atılacağı kanunda açıkça yer almamıştır. Ancak tüm metni kapsayacak şekilde metnin sonuna atılmalıdır.³⁰

15 Ocak 2004 tarihinde kabul edilen ve 23 Ocak 2004 Tarih ve 25355 sayılı Resmi Gazetede Yayınlanan 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu 3. maddesin Elektronik imza "*Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi ifade etmektedir*" şeklinde tanımlanmıştır.

Kanun koyucu elektronik imza uygulaması ile ilgili şüpheleri bertaraf etmek ve kullanım alanını yaygınlaştırmak amacı taşıyarak **Elektronik İmza Kanununun 22. Maddesi** ile 22.4.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasına "*Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir*" cümlesini eklemiştir. Yine uygulama kolaylığı sağlamak için **Elektronik İmza Kanununun 23. Maddesi** ile 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 295 inci maddeden sonra gelmek üzere 295/A maddesini

²⁹ EREN, age, s .246

³⁰ OĞUZMAN,K. . Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul (1995) s.120

eklemiştir. Madde metni uyarınca, Elektronik İmza Kanununda belirtilen usule göre “güvenli elektronik imza” oluşturulmuş elektronik verilerin senet hükmünde olacağı ve bu şekilde oluşturulmuş elektronik verilerin aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılacağı ifade edilmiştir. Yine aynı maddede dava sırasında bir tarafın kendisi aleyhine ileri sürülen elektronik imza ile oluşturulmuş veriyi inkar etmesi halinde HUMK 308. maddesinin kıyas yolu ile uygulanacağını ifade etmiştir.

HUMK 308. madde uyarınca hâkim öncelikle kendisi bir kanaat edinmeye çalışacak bu kâfi gelmez ise bir oturum yaparak tarafları sorguya çeker bu şekilde de sonuca varılamaz ise imza incelemesi önce hâkimin kendisi daha sonra ise bilirkişi vasıtası ile yapılır.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu da yukarıda kısaca anlatılan yöntemlere atıf yapmaktadır. Ancak imzanın elektronik ortamda bulunması sebebi ile bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Örneğin hâkimin tarafları 308. madde ve devamında gösterilen şekilde dinlemesine ve isticvab ve sair yolları izlemesine gerek bulunmamaktadır.³¹ Güvenli elektronik imza normal elektronik imzadan farklı olarak imzalayanın kimlik bilgilerini de içeren ve imzalanan belgeye eklenen sayısal bir veridir.

Hakim gerekli teknik araçları kullanarak bu hususu kendisi dahi doğru olarak tespit edebilecektir.

Resmi şekil, resmi makamlar önünde resmi memurun katılması suretiyle yapılan hukuki işlemlerdir. Borçlar Kanunumuz resmi şekli tarif etmemiş, resmi makamların nereler olduğunu belirtmemiştir. Resmi şekilden amaç devlet güvencesini sağlamaktır. Hukuki işlem mevzuatımızdan anlaşılacağı üzere noter, sulh hâkimi, tapu memuru gibi resmi makamlar önünde,

³¹ KESER BERBER, Leyla, e-imza ve adi senetler, <http://turk.internet.com/haber/yaziyaz.php> sayfa 1

kanunun öngördüğü usul ve şartlara uygun olarak yapılması kaydıyla geçerlilik kazanır. Örnek taşınmaz mülkiyetinin devri işlemi gibi.

Resmi şekli adi yazılı şekilden ayırtan en belirgin fark adi yazılı şeklin taraflar huzurunda yapılması yeterli iken; resmi şeklin resmi memur ve makam huzurunda yapılması zorunludur. Asıl olan şekil zorunluluğunun sağladığı faydalar en çok resmi şekilde kendini gösterir. Çünkü resmi memur, taraf iradelerini daha açık ve tam doğru kaleme alırken tarafları da hukuki işlemin sonuçları hakkında aydınlatır. İspat bakımından da doğruluk karinesine sahip olmasından dolayı kolaylık sağlar.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 4. maddesi

“Tahkim Anlaşması tanımını yaparken, anlaşmanın şeklini de açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir. Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.

Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.

Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyumsuzluğa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.”

Görüldüğü üzere Milletlerarası Tahkim Kanunu “*Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır*” diyerek tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması konusunu açıklamıştır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’na göre Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflar arasında teati edilebilecek şekilde elektronik ortama geçirilmiş olması yeterli olacaktır. Bir anlaşmanın taraflar arasında teatisinin günümüzde çok yaygın bir şekilde elektronik posta ile yapıldığı göz önüne alındığında, tahkim sözleşmesi akdetmeye yetkili kişiler arasında teati edilen elektronik posta ile tahkim anlaşması yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 11/2. Maddesine göre kanunun sıhhat şartı olarak aradığı şekle aykırılık taşıyan sözleşmeler hükümsüzdür. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere bu hükümsüzlük kesin hükümsüzlüktür.³² Bu hükümsüzlük zamanın geçmesi ile veya icazetle ortadan kalkmaz, herkes tarafından ileri sürülebilir ve hakim tarafından re'sen nazara alınması gerekir.³³

³²[60] Oğuzman K., Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali, İ.B.D. 1955, Sayı 6, s.249.

³³[61] Yarg. İçt. Bir. K. 30.9.1988, 2/2, Y.K.D., 1989, s.153.

4.8. Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Tahkim Anlaşması

Anayasanın 90. maddesi “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir*” hükmü uyarınca Türkiye Cumhuriyeti’nin usulüne uygun olarak taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin kanun hükmünde olacaktır.

Bu durum göz önüne alındığında Türkiye’nin, tahkim alanında önemli “Dünya Bankası (ICSID) Sözleşmesi”, “Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında New York Sözleşmesi” ve “Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Cenevre (Avrupa) Sözleşmelerine taraf olmasının önemi daha çok ortaya çıkmaktadır.

Tahkime ilişkin milletlerarası antlaşmalarda tahkim sözleşmesi veya şartının yazılı şekilde olması şartının daha esnek olduğu görülmektedir. Avrupa (Cenevre) Anlaşması Mader I 2 (a) uyarınca tahkim sözleşmesi veya şartı yazılı olmalıdır. Yazılı sekilden kasıt, adi yazılı şekildir. Tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının bulunduğu esas sözleşmenin taraflarca imzalanması veya taraflardan birbirine yolladığı mektup, telgraf veya telekriptör metni içinde bulunması gerekir.

Bununla beraber usul kanunları yazılı şekil şartı aramayan ülkeler arasındaki uluslararası ticari ilişkiler açısından bunların kanunlarına uygun şekilde yapılan tahkim anlaşmaları da geçerli sayılacaktır^{34[26]}.

İngilizce kısaltması BIT olarak adlandırılan İkili Yatırım Anlaşmaları “İYA” da tahkim açısından son derece önemlidir. İYA vasıtası ile imzalayan devlet vatandaşı yatırımcı ve yatırımın yapıldığı imzacı devlet arasında çıkan uyuşmazlıklarda tahkim şartının varlığı kabul edilmektedir.

^{34[26]} ŞANLI, C.: “21 Nisan 1961 tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku”, Avrupa – Cenevre/ New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 1991, s.6.

4.9. HUMK Uyarınca Tahkim Anlaşması

Her ne kadar çalışmanın konusu Anonim Şirketler ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile sınırlandırılmış olsa da tahkim anlaşması konusunda HUMK düzenlemesinden de kısaca bahsetmekte fayda görüyoruz.

Tahkim müessesesi temel olarak HUMK.m.516. maddesi içinde düzenlenmiştir. Tarafların, yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koyarak veya ayrı bir sözleşme akdederek aralarında hali hazırda çıkmış veya ileride çıkabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi hususunda tahkim anlaşması yapmaları mümkündür.³⁵

HUMK. 516. maddesi;

“iki taraf aralarındaki nizam hal için hakem tayin edebilirler. Tahkim hususi bir mukavele ile yapılabileceği gibi herhangi bir mukaveleye bunan tahaddüs etmesi muhtemel nizam hakemler vasıtasıyla halline dair bir şart da dercolunabilir.) gösterilen mukavele ve şart tahriren tesbit edilmedikçe keenlemyekündür.”

Hükmünü haizdir.

Tahkim sözleşmesi (veya şartı)nın yazılı olması HUMK açısından da geçerlilik şartıdır. Şekil şartının geçerlilik şartı olduğuna HUMK Madde 517’de açıkça işaret edilmiştir.

“ Tahkimin tahriri olması lazımdır. Yukarıdaki maddede gösterilen mukavele ve

³⁵ HUMK 516. Maddesi

*şart tahriren tespit edilmedikçe
keenlemekündür.”*

4.10. Milletlerarası Tahkim Kanunu Açısından Tahkim Anlaşması

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesinde tahkim anlaşmasının tanımı yapılmıştır.

Madde metni; *“tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır”* hükmünü haizdir.

Madde metni incelendiğinde tarafların sadece sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar için değil aralarında mevcut tüm hukuki ilişkiler ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü için Tahkim yoluna gidebileceklerini ifade etmektedir.

Tahkim anlaşmasının kanun tarafından yapılan tanıma uymaması halinde bu madde hükmüne aykırı tahkim anlaşmaları kanun nezdinde kabul görmeyeceği sonucuna varılmaktadır.

MTK 4. maddesi tahkim anlaşmasını tarif ederken *“mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek”* ifadesini kullanması tarafların tahkim anlaşmasını akdettikleri sırada arasında bir hukuki uyuşmazlık söz konusu olmasa dahi gelecekte meydana gelmesi muhtemel uyuşmazlıklar için tahkim anlaşması yapılabileceklerini ortaya koymaktadır³⁶.

³⁶ Bununla beraber, tahkimde dava açılması için taraflar arasında bir uyuşmazlığın mevcut olması gerekir.

5. Tahkim Anlaşmasına Konulabilecek Diğer (Tali) Konular

Taraflar arasındaki tahkim anlaşması sonucunda tahkim yargılaması yapılması ihtimalini değerlendirerek bu yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılması için gerekli diğer konulara da yer vermeleri uygulama açısından faydalı olacaktır. Örneğin tarafların hangi kurumsal tahkim yolunu seçtiklerini belirtmeleri uygun olacaktır.

Bu tür kayıtlara yer verilmesi tahkim iradesinin açıklığı açısından da önem arz edebilecektir.

Tarafların tahkim anlaşması yaparken kendi yazacakları bir metin ile akit kurmaları yerine standart terim kullanarak tahkim iradelerini ortaya koymaları da mümkündür. Bu durumda uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini öngören bir kurala gönderme yapan ve milletlerarası ticaret alanında faaliyet gösteren tarafların, böyle bir standart kural veya tip sözleşmeye gönderme yaparak tahkim iradelerini açıkça beyan ettiklerini kabul etmek mümkün olacaktır.³⁷

6. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası Tahkim Kanunu tahkim anlaşmasının geçersiz olmasını ilgili hakem kararının iptal sebepleri içinde saymıştır.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin olarak Akıncı'nın ifadesinin konuya yeterince açıklık getirdiği kanaatindeyiz.

Akıncı'nın görüşü “Eğer taraflar tahkim sözleşmesinin maddi geçerliliğine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmışlarsa öncelikle bu hukuka, yapmamışlarsa Türk Hukuku'na

³⁷ Akıncı, age, s. 77

göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı tespit edilecektir. Belirtmek gerekir ki, hukuk seçimi yapılmaması durumunda, tahkim anlaşmasına Türk Hukuku uygulanırken, kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayacaktır. Bu husus, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Zira, Kanun'da, tahkim anlaşması "hukuk seçimi yoksa Türk Hukuku'na uygun olduğu takdirde geçerlidir" denmekle, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına atıf yapılmaksızın, tahkim anlaşmasının geçerliliğine Türk Hukuku'nun uygulanacağını ifade edildiği söylenebilir".³⁸ Şeklindedir.

7. Tahkim Anlaşmasının Kurulmasında İrade Bozuklukları

Tahkim anlaşmasının sıhhati açısından irade ve irade beyanının şekli son derece önemlidir.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan patolojik bir tahkim anlaşması hatası ise hem tahkim yoluna gidilmesi hem de mahkeme marifeti ile uyuşmazlığın çözülmesi hususunda bir irade beyanında bulunulmasıdır

Yargıtay kararlarında ele alındığı üzere, hakem yoluyla halledilemeyen uyuşmazlıkların mahkemece çözümleneceğine dair konulan kayıtların dahi tahkim sözleşmesini hükümsüz kılmaktadır³⁹.

Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçerli olması halinde taraflar aralarında doğacak uyuşmazlıkları tahkim şartında gösterilen usule uyarak tahkim yolu ile çözebileceklerdir.

³⁸ Akıncı, age, s. 77

³⁹ Y.15.HD. 26.12.1978 t. 2090/2486 sa. ka. (Karataş, s. 42), Y.13. HD. 7.11.1977 t. 4360/ 4867 sa. ka., Y. 15. HD. 21.3.1989 t. 2550/1381 sa. ka.(Karataş, s.43), Y. TD.1950 t. 402 /1072 sa. ka.(Karataş, s.44)

8. Tahkim Anlaşması (Tahkim Sözleşmesi) ile Hakem Sözleşmesi Farkı

Tahkim sözleşmesi kavramı zaman zaman ses benzerliği sebebi ile hakem sözleşmesi kavramı ile karıştırılmaktadır.

Tahkim sözleşmesi tarafların aralarındaki uyuşmazlığı hakem vasıtası ile çözüme iradelerini ortaya koydukları bir anlaşma iken hakem sözleşmesi, tahkim anlaşmasının yapılmasından sonraki safhada ortaya çıkan ve taraflarla hakemler arasında hakemlik ücreti ve hakemlerin verecekleri servisin şartlarının belirlenmesi ile ilgili olarak yapılan anlaşmadır.

9. Tahkim Anlaşmasının Sıhhati Ve Tahkime Elverişlilik

Tarafların yaptıkları tahkim anlaşmasının geçerliliği öncelikle uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olmasına bağlıdır. Tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim anlaşması yapılsa dahi bu anlaşmaya dayanarak yapılan bir yargılama sonucu verilen kararın iptali söz konusu olabilecektir. Tahkim yargılaması sonunda verilen kararın tenfiz edilebilmesi için tahkime konu uyuşmazlığın tenfiz talep edilen ülke kanunları tarafından kabul görmesi yani bu ülkenin uyuşmazlığın hakem marifeti ile çözülmesine cevaz vermesi gerekmektedir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenip çözümlenmeyeceği meselesi genel olarak “tahkime elverişlilik” olarak ifade edilmektedir. Tahkime elverişlilik hakem kararının sıhhati açısından son derece önemli olduğundan üzerinde dikkatle durulması gereken bir konudur.

10. Tahkime Elverişlilik

10.1. Genel Olarak

Taraflar aralarındaki uyuşmazlığın devlet yargısı dışında hakem vasıtası ile çözümleme serbesitisine sahiptir. Bu serbestinin sınırları, yani bir uyuşmazlığın devlet yargısına alternatif olarak tahkim yargılaması ile çözülüp çözülemeyeceği kıstası “tahkime elverişlilik” kıstasıdır.

Bir tahkim anlaşmasının geçerliliği temel olarak tahkime konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına (objektif tahkime elverişlilik) ve tarafların tahkime gitme ehliyetlerine (sübjektif tahkime elverişlilik) dayanmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 15/A, f hükmü gereğince “hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk Hukuku’na göre tahkime elverişli olmadığı”nın belirlenmesi durumunda, hakem kararının iptal edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

10.2. Tahkime Elverişlilik Konusunda Global Değerlendirme

Tahkime elverişli olmayan alanların azaltılması yönünde bir trend olduğu gözlenmektedir. Örneğin Amerikan Hukuk sistemi son 30 yıl içinde tahkim karşıtı denilebilecek bir düzeyden tahkimi her hali ile teşvik eden tahkim dostu denilebilecek bir seviyeye getirmiştir.

Bu tür bir yaklaşım, küreselleşen ve hızlanan ticaret hayatının bir gereği olarak diğer hukuk sistemlerinde de görülmektedir. Son yıllarda, pek çok ülke tahkime elverişli kılınan uyuşmazlıkların sınırlarını genişletme ve tahkim usulünü kolaylaştırma eğilimindedir.

Tahkim elverişliliğın sınırları, istisnalar ÷lkeden ÷lkeye farklılıklar gösterse de, genellikle tarafların uyuşmazlığa konu olay üzerinde tasarruf yetkilerinin olup olmaması çerçevesi içinde değerlendirilir.

Bu durumda tahkime elverişlilik dışında kaldığı ilk bakışta göze çarpan konular vergi, ithalat ihracat ile ilgili düzenlemeler, idare tarafından tanınan imtiyazlar, iflas gibi sayılabilir. Bu konular genellikle ÷lkelerin emredici hukuk kuralları ile düzenlenip tarafların üzerinde herhangi bir tasarrufu olmayan konulardır. Tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilebilecek olan konular tahkime elverişli olacaktır.

Tahkime elverişlilik konusunun asıl çıkış noktası devlet yargısını bertaraf eden bir başka uyuşmazlık çözüm şeklinin etkisidir.

Mahkeme kararını veren hakimler devleti temsil etmekte ise de verilen karar uygulanan hukuk kuralları çerçevesi içinde kalmak zorundadır. Hakem heyetleri devleti ve/veya Kanun Koyucu tarafından konulan kuralları hiçe saymamakta, aynı hukuk kuralları ile bağılı olarak karar vermektedir. Millet adına karar veren hakimler ve uyuşmazlığı çözen hakemler aynı hukuk kuralları ile bağılıdır.⁴⁰

11.Tahkime Elverişlilik Kavramı

Genel olarak tanımlandığında “Tahkime Elverişlilik” bir uyuşmazlığın devlet yargısı dışında tahkim yolu ile çözülmeye elverişli olmasıdır.

⁴⁰ Washington University Law Quarterly 3, 1996, 637-712, p. 652.

Tahkime Elverişlilik iki şekilde değerlendirilebilir. Bu ayırım Objektif elverişlilik ve sübjektif elverişlilik şeklinde yapılabilir.

11.1. Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik

Objektif açıdan tahkime elverişlilik 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 1 de düzenlenmiştir. Objektif elverişlilik sınırları olarak “iki tarafın iradelerine tabi olmayan ve Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar” gösterilmiştir. Buna göre sınırlı aynı haklardan olan, rehin hakkı, gayrimenkul mükellefiyeti, irtifak hakkı konularından doğan uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözülemez.

11.2. Sübjektif Açıdan Tahkime Elverişlilik

Sübjektif açıdan tahkime elverişlilik, tahkim anlaşması yapan tarafların ehliyetleri başka yani tahkim anlaşması akdetme kabiliyeti⁴¹ üzerine kuruludur.

Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının kapsamı dâhilinde taraflar arasındaki bazı uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözülmeye elverişli iken tarafların durumlarından kaynaklanan sebepler ile tahkime gidilip gidilememesi yani tahkime elverişli olup olmaması sübjektif ölçü içinde değerlendirilecektir.

Sübjektif açıdan tahkime elverişlilik de objektif elverişlilik kadar önem arz etmektedir. Zira objektif veya sübjektif olması önem taşımaksızın elverişlilik bulunmaması hakem yargılaması sonucu verilen kararın sıhhatini doğrudan etkilemektedir.

⁴¹ DEREN YILDIRIM, Nehvis, Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul Mayıs 2004, s 27

Subjektif elverişlilikle aykırılık da hakem kararının sıhhatini doğrudan etkileyecek ve iptal edilmesine sebep olacaktır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun bu konudaki düzenlemesi hiçbir tereddüte yer bırakmayacak şekilde ehliyet eksikliğinin iptal sebebi olduğunu ortaya koymaktadır.

11.3. Tahkime Elverişliliğin Tespitinde Uygulanacak Hukuk

Hakem heyetinin uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmeye elverişli olup olmadığını hangi hukuka göre belirlemesi gerektiği önemli bir konudur.

Dünya çapında değişik milli hukuklarda tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun tespiti için farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Buna göre çeşitli milli Hukuklarda tahkime elverişliliği belirleyecek hukuk olarak muhtelif görüşler mevcuttur.

Türk Hukuku açısından ise yabancılık unsuru taşıyan bir tahkimin tabi olacağı 4686 sayılı kanun bu konuyu çok açık bir şekilde ele almıştır. Kanunun 15. maddesi hükmü

“Hakem Kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir

1. Başvuruyu yapan taraf;

A. Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk Hukukuna göre geçersiz olduğunu....

2. Mahkemece

A. Hakem veya Hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk Hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

B. Kararın kamu düzenine aykırı olduğu”

Şeklindedir.

Görüldüğü üzere tahkime elverişliliğin incelenmesinde iki bölümlü bir sistem vardır. Tahkime elverişsizlik iddiası taraflardan birisi tarafından ileri sürülebileceği gibi mahkeme tarafından da resen ele alınabilecektir.

Madde uyarınca tahkime elverişlilik sınırları daraltılmıştır. Zira 1. madde a bendi gereğince bir uyuşmazlık Türk Hukuku'na göre tahkime elverişli olsa ve fakat tarafların sözleşmeyi tabi kıldıkları hukuk açısından tahkime elverişlilik bulunmaması halinde hakem kararı iptal edilebilecektir.

11.4. Tahkime Elverişlilik Konusunun HUMK Açısından Değerlendirilmesi

Türk Hukuku'nda, tahkime elverişlilik konusuna ilişkin prensipler HUMK ve aynı doğrultuda olmak üzere Milletlerarası Tahkim Kanunu tarafından belirlenmiştir.

Tahkime elverişlilik konusundaki temel prensip, HUMK'nun 518. maddesinde yer almaktadır. Kanun tahkime elverişliliği yalın bir şekilde *“yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez”* ifadesi ile düzenlenmiştir.

Anılan madde uyarınca, tarafların arzularına tabi olan uyuşmazlıklar hakkında tahkim caiz iken bunlar dışında kalan konular tahkime elverişli olmayacaktır.

HUMK ile ilgili tasarı ise tahkime elverişliliği daha detaylı düzenlemektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu tasarısının tahkimi düzenleyen 11. kısmında yer alan “uygulama alanı” başlığı altında bulunan 411. maddesi aşağıdaki şekildedir.

“Bu Kısımda yer alan hükümler, 21 Haziran 2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.”

Buna göre 21 Haziran 2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununca tanımlanan şekilde yabancılık unsuru içermeyen bir uyuşmazlık bulunmalı ve uyuşmazlığın çözümü ile ilgili yapılacak hakem yargılamasında tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında HUMK’un ilgili hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

HUMK Kanun tasarısı 412. Maddesi ise **Tahkime elverişlilik başlığı altında** taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını zikretmektedir.⁴²

11.5. Tahkime Elverişlilik Konusunun 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Açısından Değerlendirilmesi

Tahkime elverişlilik konusunda sınırları koyan diğer bir kanun da 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’dur.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 1. Maddesi *“bu kanun, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz”* hükmü ile tahkime elverişlilik sınırlarını çizmiştir.

⁴² HUMK tasarısı 412. madde metni “Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.” şeklindedir.

Kanunun gerekçesinde de tahkime elverişlilik konusunda aynı ifade kullanılmıştır.

11.6. Tahkime Elverişlilik Konusunun Yabancı Hukuklar Açısından Değerlendirilmesi

UNCITRAL Model Kanun, objektif açıdan tahkime elverişlilik konusunda bir tanım getirmekten kaçınmıştır.

1. madde 5. fıkrasında ise her ülkenin tahkime elverişli konuları kendi hukuku ile tanımlayacağı ifade edilmiştir.

11.7. Yabancı Hukuklarda Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik

Finlandiya Hukuku uyarınca tahkime elverişlilik, uyuşmazlıkların kamu otoritelerinin dâhili gerekmeksizin çözülebildiği hallerde mevcut olacaktır. Mahkemeler tarafında çözülmesi mecbur kamu düzenini ilgilendiren hususlar ise tahkime elverişli olmayacaktır. Buna örnek olarak kişi halleri, gerçek kişilerin ehliyetleri, boşanma, evlat edinme veya velayet gibi konularda tahkime gidilmesi mümkün olmayacaktır.⁴³

2003 tarihli İspanyol Tahkim Kanunu da benzer şekilde tahkime elverişlilik konusunu sözleşmenin konusunu belirleme özgürlüğü sınırları içinde tutarak ancak tarafların üzerinde [sulh olabilecekleri şekilde] tasarrufları bulunan konulardan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olacaklarını belirtmiştir.⁴⁴

İsviçre Hukuku'nda (MÖHUK 177/II) kesin bir düzenleme getirerek devletler açısından elverişlilik konusunun tartışılmasını ve savunma olarak kullanılmasını imkansız kılmıştır. Buna göre tahkim anlaşmasının taraflarından birisinin devlet veya

⁴³ Lindfors, Patrik Nordic Journal of Commercial Law, 2003 s. 3

⁴⁴ Inigo Quintana, ELizabeth de Nadal, İspanyol Milletlerarası Tahkim Mevzuatı, Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Rehberi, Bölüm 54

devlet kontrolü altında bulunan bir kuruluş olduğu durumda, devletin kendi hukukuna dayanarak tahkime elverişsizlik savunmasında bulunması mümkün değildir.⁴⁵

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Madde 177⁴⁶ uyarınca “malvarlığı ile ilgili her türlü uyuşmazlık” tahkime elverişlidir.

Alman⁴⁷ hukuku İsviçre Hukukuna benzer bir şekilde malvarlığına ilişkin tüm uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul etmektedir.

Alman Usul Kanunundaki düzenleme tahkime elverişlilik kapsamı genişletilmiştir. Buna göre konusu malvarlığı olan uyuşmazlıklarda taraflar “sulh olabilme yetkileri olup olmamasına bakılmaksızın” tahkime gidebileceklerdir. Konusu malvarlığı dışında olan uyuşmazlıklarda ise taraflar ancak üzerinde sulh olabilecekleri uyuşmazlık konuları hakkında tahkime gidebileceklerdir.

Bu görüşün temelinde ise Alman Kanun Koyucunun devlet yargısı ile hakem yargısını aynı seviyede görmesi yatmaktadır.⁴⁸

Bu konuda Alman Hukuk Bülteninde yayınlanan hukuk konferansı tutanaklarında konferansın Avrupa Şirketler Hukuku ve tahkim konulu kısmında söz alan Alman Tahkim Enstitüsü (DIS) üyesi Sayın Raeschke-Kessler bir şirket dahilinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda yaptığı analize

⁴⁵ DEREN YILDIRIM, Nehvis, Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul Mayıs 2004, s 32

⁴⁶ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Madde 177

⁴⁷ Alman Medeni Usul Kanunu 1030 . Eski 1025 te bulunan tahkime elverişliliği sulhe elverişliğe bağlayan kıstastan vaz geçilmiştir.

⁴⁸ Kessler, German Law Journal Article No 3

başlangıç olarak Avrupa Birliği dahilindeki bir şirketin statüsüne ilişkin olarak (EC) 2157/2001 direktifinin yeknesak bir çözüm getirmediğini belirtmiştir.

Direktifin, bu konuda tahkime kısmen izin vermeyen, milli hukuklara atıfta bulunarak bu durumun yeknesak kurallar oluşturulmasını engellediğini belirtmiştir.

Raeschke-Kessler çok taraflı tahkim ve şirketin genel kurul kararına karşı hissedarlar tarafından başlatılabilecek hukuki sürecin zorluklarını reddetmemiş ve fakat bu zorlukların tahkime engel olmayacağını göz önüne almıştır. Raeschke-Kessler mahkeme önünde cereyan eden ve bütün hissedarlar açısından bağlayıcı olan bir davayı şirket ana sözleşmesinde var olan bir tahkim şartına dayandırarak tahkim yargılamasına adapte etmiştir.

Bunu yaparken Raeschke-Kessler in prensipte savunduğu konu hakem heyetleri ile devlet mahkemelerinin eşitliği olmuştur. Raeschke-Kessler azınlık dahil olmaksızın sadece hissedar çoğunluğu ile dahi ana sözleşmeye tahkim şartı konulabilmesi gerektiğini savunmuştur.⁴⁹

Avusturya hukukunda bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı hususundaki genel kural tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri her konu tahkime elverişli Kabul edilmesidir.

Tabi ki bu genel kurala pek çok istisna getirilmektedir. Aile hukukundan doğan meseleler, gayrimenkulün kiralanmasına ilişkin hususlar Avusturya Usul Kanunu 582/2 maddesi uyarınca tahkime elverişli değildir.

Bunun yanında şirketler hukukuna ilişkin pek çok konunun tahkime elverişliliği de tartışmalıdır.

⁴⁹Hilmar Raeschke-Kessler <http://www.germanlawjournal.com/article> No. 3

Tüketici haklarına ilişkin uyuşmazlıklar ve iş hukukuna ilişkin bazı konular da ancak Avusturya Usul Kanunu uyarınca, uyuşmazlık çıktıktan sonra bu uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesine karar verilmesi halinde tahkime elverişli hale gelmektedir.

Sosyal Güvenlik Hukukunun işyeri güvenliği ve işçi temsilciliğine ilişkin konuları da tahkime elverişli değildir.⁵⁰

İspanyol Tahkim Kanunu (2003) Madde 2 uyarınca tarafların üzerinde sözleşme ile tasarruf etme yetkisi bulunan hususlara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu ifade etmektedir.⁵¹

Madde metninin tahkime elverişlilik sınırlarını belirleyen bölümünün İngilizceden çevirisi şu şekildedir; “eğer taraflar yükümlülük konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabiliyorlar ise”.

Bu metinden de anlaşılacağı üzere İspanyol kanun koyucu, 1998 tarihli İspanyol tahkim kanununda yaptığı gibi tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri konuların yani tahkime elverişli olan ya da olmayan konuların bir listesini yapmamaktadır.

⁵⁰ www.iclg.co.uk/iclg. A practical insight to cross-border International Arbitration work

⁵¹ www.iclg.co.uk/iclg. A practical insight to cross-border International Arbitration work

12.Tahkime Elverişli Olmayan Konular

12.1. Genel Olarak

Türk Hukuk Sisteminin benimsediği temel prensibin bir sonucu olarak tarafların iradelerine tabi olmayan konular tahkime elverişli olmayacaktır.

Özellikle kişisel durum, nesep, evlilik, boşanma, gibi uyuşmazlıklarda tahkim yolu kapatılmıştır.⁵²

12.2. Ceza Yargılaması

Ceza yargısında HUMK'nun 518. maddesi ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, tahkim söz konusu olamaz⁵³.

12.3. Gayrimenkulün Aynından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Objektif elverişlilik sınırlarını çizen kanun koyucu 4686 sayılı kanun ile *“Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların”* tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir.

Öte yandan bu sınırlama 4686 sayılı MTK dan önce de mevcut idi, şöyle ki Yargıtay, bir kararında “dava (satış vaadi nedeniyle) ferağa icbar suretiyle tescil işlemine ilişkin olup kamu düzeni ile ilgili olmasından ötürü uyuşmazlığın hakem marifetiyle çözümlenmesi mümkün bulunmadığına” karar vermiştir⁵⁴.

Kanun metni incelendiğinde “Türkiye’de bulunan taşınmazlar” dan bahsedildiği görülmektedir. Bu durumda, Türkiye’de bulunmayan bir taşınmaz için, taşınmazın bulunduğu

⁵² KURU, s.5950

⁵³ Kuru, Baki Hukuk Muhakemeleri usulü C. VI, s. 5918.

⁵⁴ 14. HD 21.5.1985 t., 471/ 3690 sa. ka. (İKİD 1986/305 s. 4130–4131).

ülkenin kanunu uyarınca tahkime elverişlilik sözkonusu olduğu sürece, tahkime gitmek ve bu taşınmaza ilişkin aynı haklardan kaynaklanan bir uyuşmazlığı tahkim yargılaması ile çözmek mümkün olacaktır.

Kanunun açık lafzı karşısında başka bir ülkede bulunan taşınmaz ile ilgili olarak Türkiye’de 4686 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde tahkim yargılaması yapılabilecektir.

Taşınmazların aynı ile ilgili uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesine izin verilmemesi taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazın aynından kaynaklanan hakların kullanımı ve tüketiminin Türk kamu düzeni açısından önemli olması ve devletin bu konudaki yargı yetkisini Münhasıran mahkemelere vermiş olmasına dayanmaktadır.

Yargıtay, bir başka kararında açıkça ifade ettiği üzere, taşınmazlara ilişkin konularda tahkime gidilememesinin gerekçesi kamu düzenine aykırılıktır⁵⁵.

Yabancı ülkedeki taşınmaz Türk Kamu Düzenini ilgilendirmedeği için buna bağlı uyuşmazlık Türkiye’de çözümlenebilecektir.⁵⁶

Gayrimenkulün aynına ilişkin konulardaki kısıtlamanın benzeri, kat mülkiyeti kanununun uygulanmasından doğan

⁵⁵ “.....O halde, kamu düzeni ile ilgili olan taşınmaz mülkiyetinin intikali sonucunu doğuran nizanın çözümü hakkındaki tahkim şartı HUMK’ nun 518. madde hükmü gereğince geçersiz olduğunu düşünmeksizin davanın kabulü gerekirken yazılı olduğu şekilde reddine karar vermesi usul ve yasaya aykırıdır” 15. HD 18.3.1986 t., 3919/ 1044 sa. ka. (YKD 1986/7 s. 1021-1022).

⁵⁶ Burada bir başka olasılık, taşınmazın bulunduğu yer ülkesi hukukuna göre de taşınmazların aynından kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olmamasına karşın, tarafların tahkim şartına yer vermeleridir. Tahkime elverişli olmadığı için böyle bir kararın tenfiz edilmeyeceğinin kesin olarak belirlenmesi üzerine, artık tahkim şartı etkisiz hale gelecektir ve uyuşmazlığın devlet yargısında çözümlenmesi gerekecektir. Nitekim New York Sözleşmesi’nin II, 3. maddesi uyarınca da, tahkim şartının etkisiz hale geldiğinin anlaşılması durumunda, tahkim şartının ve hakem kararının icra edilemeyeceği ve bunun sonucu olarak, uyuşmazlığın artık tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olmayacağı belirtilmektedir.

uyuşmazlıklar açısından da geçerlidir. Yargıtay, bir kararında yönetim planındaki uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğine ilişkin hükmün (tahkim şartının) geçersiz olduğu belirtmiştir.⁵⁷

Yargıtay Kira bedelinin tespitine ilişkin bir uyuşmazlık hakkında verdiği kararında HUMK.nun 518. maddesi gereğince, tahkim anlaşmasının yalnız tarafların arzularına tabi olan uyuşmazlıklar hakkında mümkün olacağını ifade etmiştir. Kararın gerekçesinde tarafların arzularına tabi olan uyuşmazlıklar kavramı, tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu uyuşmazlıkların kastedildiği ve taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı gidermek için serbestçe anlaşma yapabiliyor olmaları bu anlaşmanın mahkemenin kararına gerek olmaksızın geçerli olabilmesi halinde tarafların o uyuşmazlık hakkında tahkim anlaşması yapabileceklerine karar vermiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kabulünden önceki dönemde, taşınmaz kiralarına ilişkin bazı konularda dahi, tahkim yoluna başvurma mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Örneğin, Yargıtay, kira bedelinin tespiti davalarında tahkim yoluna başvurulamayacağını belirtmiştir⁵⁸. Aynı şekilde, bir başka kararında, Yargıtay 6570 sayılı kira kanununa tabi gayrimenkullerin tahliyesi davaları için de tahkim sözleşmesi yapılamayacağına karar vermiştir⁵⁹. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kabulünden sonra ve bu kanun kapsamındaki

⁵⁷ HGK 3.7.1974 t., 5/1450-810 sa. ka. (YKD 1975/7 s. 8-9); 5. HD 22.5.1972 t., 3513/ 5195 sa. ka. (RKD 1973/2-3 s. 103-105); 5. HD 21.6.1973 t., 12788/ 12378 sa. ka. (İBD 1973/7-8 s. 845-846); 5. HD 23.2.1981 t., 313/ 1641 sa. ka. (İKİD 1981/248 s. 491); HGK 29.4.1972 t., 5/247-269 sa. ka. (Arcak, (Kat Mülkiyeti) s. 809-810); 5.HD 5.4.1976 t., 1263/ 1443 sa. ka. (Arcak, Kat Mülkiyeti, s. 811); 5. HD 23. 1. 1989 t., 9902/ 831 sa. ka (Yasa 1989/12 s. 1655-1656).

⁵⁸ 4. HD 11.11.1965 t., 7792/ 5764 sa. ka.; 4 HD 13.9.1965 t., 6722/ 4090 sa. ka. (İBD 4. HD/2 s. 29 ve s. 110-111); 4. HD 5.11.1966 t., 9110/ 9554 sa. ka. (ABD 4. HD/2 s. 63-64).

⁵⁹ 6. HD 3.11.1964 t., 375/ 5196 sa. ka. (Olgaç, s. 209); 6. HD 10.7.1970 t., 3032/ 3170 sa. ka. (İBD 1971/1-2 s. 144-145).

uyuşmazlıklar açısından artık konu, açık bir şekilde kanun ile düzenlenmiştir. Buna göre, (sadece) taşınmazların aynı ile ilgili konular, tahkim yolu ile çözümlenemez. Kanun metninin karşıt kavramından hareketle, taşınmazların aynına ilişkin olmayan ve örneğin bir taşınmazın kiralanmasına ilişkin uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olduğu söylenebilecektir.

Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararı ise yine eski uygulama ile aynı yönde, Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına atıf yapılarak, kira bedelinin tespiti davalarında tahkim yoluna başvurulamayacağı, kira tespiti hususu kamu düzenini ilgilendirdiği için, tarafların serbest iradeleri ile kira parasını karşılaştırmaları ancak belli ölçüler ve sınırlar dâhilinde mümkün olacağı ve dolayısıyla bu hususta tarafların tasarruf yetkilerinin sınırsız olmadığı ifade edilmiş ve kamu düzenini ilgilendiren kira tespit uyuşmazlıklarının çözümü hakkındaki tahkim anlaşması HUMK. nun 518. maddesi hükmü gereğince geçersiz olduğundan dava konusu kira uyuşmazlığının hakem heyeti tarafından görülmesinin doğru olmayacağı kanaatine varmıştır.⁶⁰

Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık ile ilgili kararında Yargıtay taraflar arasındaki gayrimenkul inşaat ve satış vaadi sözleşmesinin feshi ile tapu kaydı üzerindeki şerh ve takyidatların kaldırılması istemiyle HUMK'nun 520. maddesi hükmüne karşı taraf hakeminin tayini için mahkemeye başvurulması üzerine önüne gelen bir davada, hakem tayini sonrasında yapılacak yargılamada tapu kütüğündeki şerh ve takyidatların kaldırılmasının da istenileceği anlaşıldığından bahisle taraflar arasındaki sözleşme gereğince bu sözleşmeyle ilgili ihtilafların tahkim yolu ile halledileceği kabul edilmiş ise de, tapu kütüğündeki şerh ve takyidatların terkinin işlemi kamu düzeniyle ilgili olduğundan uyuşmazlığın çözümünde hakemlerin görevli

⁶⁰ T.C. YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ E. 2004/13018 K. 2004/13409 T. 2.12.2004

olduğu kabul edilemeyeceği sonucuna vararak ancak genel mahkemelerde dava açılabilirliğini ifade ederek talebin kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁶¹ Kararın mevhumu mualifinden anlaşılacağı üzere taraflar arasındaki sözleşmenin feshi açısından yargıtayın bir çekincesi olmamış ve fakat fesih sonrası şerhlerin kaldırılması talebi sebebi ile konunun tahkime elverişli olmadığı kanaatine varmıştır.

Yargıtay gayrimenkul satış vaadi sözleşmesine ilişkin bir başka uyuşmazlıkta, davacı ile davalı şirket arasında gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi olmasına rağmen davalı şirket tarafından yapıлып satılan, dava konusu villa tipi gayrimenkulün, satış vaadi sözleşmesi gereği, tapusunun iptali ile adına tescilini, aksi halde ödenen parasının tahsilini talep eden davacının talebi karşısında Yargıtay taraflar arasında akdedilen Genel Satış Şartnamesinde satıcı ile alıcı arasında doğacak ihtilafların hakem usulü ile halledilecektir hükmünün yer aldığını davada, satış vaadi sözleşmesi uyarınca taşınmaz mal mülkiyeti geçirimi istendiğini ancak Türk Medeni Kanunun 706 ve 1017, Tapu Kanunun 26 ve 27. maddeleri ile 5519 sayılı Kanun hükümlerine göre, tapu kayıtlarında yapılacak intikaller tarafından tapu memuru huzurundaki takrirleri ya da Mahkeme kararları ile mümkün olduğundan ve anılan hükümlerin kamu düzeni ile ilgili olması sebebi ile tahkim şartının geçersiz olduğuna hükmetmiştir.⁶²

Yargıtay tapu iptali ve tescil isteğine ilişkin olarak açılan bir davada yargılama devam ederken yürürlükte bulunan 3533 Sayılı Yasanın 4. maddesi 19.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4916 Sayılı Yasanın 24. maddesi ile değişikliğe uğramış, yeni düzenleme ile "taşınmaza ilişkin uyuşmazlıklarda, taşınmazın

⁶¹ T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2004/1798 K. 2004/5076 T. 13.10.2004

⁶² .C. YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ E. 2003/6387 K. 2003/6813 T. 7.10.2003

aynına yönelik" çekişmeler hakemin görev alanından çıkartılmış Somut olayda uyuşmazlığın taşınmazın aynına yönelik olduğu tartışmasızdır. Öte yandan görev kuralları kamu düzeni ile ilgili olup, re'sen (kendiliğinden) dikkate alınması zorunludur. Yeni yasal düzenleme eldeki dava bakımından göz önünde bulundurulmalıdır diyerek yerel mahkemenin kararını bozmuştur. ⁶³

Yargıtay taşınmaz mülkiyetinin nakline ilişkin bir hususta hakem yargılaması talebi karşısında görevsizlik kararı veren yerel mahkemenin kararını esasa girmeksizin salt görevsizlik kararı vermesi sebebi ile bozmuştur.

Yargıtay kararında "BK.nun 19. maddesine göre ""Bir aktin mevzuu kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabilir"", ancak, tarafların sözleşme serbestisi sınırsız değildir. Nitekim, uygulamada kanun koyucunun ahlaki, sosyal ve iktisadi, kamu düzeni gibi nedenlerle sözleşme konusuna bazı sınırlamalar getirdiği görülmektedir. Somut olayda, yanlar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi yanında yükleniciye devri yapılan tapu kaydının iptal ve tescili de istenmiştir. Burada tarafların uyuşmazlıkları aynı hakka da ilişkin olduğundan ve taşınmazın tapuda mülkiyet nakli ancak rızaen veya mahkeme ilamı ile olabileceğinden, kanunun kamu yararı amacı ile getirdiği kurula aykırı olan bu konuda tahkim yargılamasının cereyanı olanaksızdır. Bu yüzden, yanlar arasındaki uyuşmazlık konusuna ilişkin tahkim şartı geçerli sonuç doğurmaz. Mahkemece, tüm bu yönler gözetilerek uyuşmazlığın esasının incelenmesi yerine yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi doğru olmadığından karar bozulmalıdır." Şeklinde hüküm tesis etmiştir. ⁶⁴

⁶³ T.C. YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ E. 2004/10234 K. 2004/10658 T. 6.10.2004

⁶⁴ YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2002/4321 K. 2002/4067 T. 23.9.2002

Öte yandan yargıtayın taşınmazlar ile ilgili tahkime elverişlilik sınırlarını genişleten bazı kararları da mevcuttur. Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, “*Kat Mülkiyeti Kanununda kat malikleri arasında çıkacak uyuşmazlıkların hakem yolu ile çözümlenmesini engelleyen bir hüküm bulunmadığına*” karar vermiştir. Bunun yanında 4686 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki dönemlerde taşınmazlar ile ilgili konularda tahkim yoluna gidilebileceğini belirten ve tezin savunduğu esas konu olan tahkime elverişliliğin sınırlarının genişletilmesi fikrini destekleyen kararlar da bulunmaktadır⁶⁵.

12.3.1. Kamu Düzeni Açısından Değerlendirilmesi

Kamu düzeni tahkime elverişlilik sınırlamaları konusunda en önemli kavramlardan birisidir.

Zira tahkime elverişlilik tarifinde kullanılan olumlu belirleyici olan “ *tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri hususlar*” dışında kalan konular Kamu Düzenine ilişkin olmaları hasebi ile sınırlamaya tabidir.

Tarafların üzerinde sulh olabildikleri bir konu olan “*taşınmaz üzerindeki aynı haklar*” dan kaynaklanan bir uyuşmazlığın tarafların tasarrufu altında bulunan bir konunun tahkime elverişli olmamasına sebep olarak Kamu Düzeni sınırı gösterilmektedir.

Bu tür bir sınırlama, devletin egemenlik hakkını kullanmasındaki sınırsızlığı ifade etmektedir.

Kanaatimizce taraflar arasında üzerinde rahatça tasarruf edilerek her türlü işlemin yapılabileceği taşınmaz mallar açısından

⁶⁵ AKINCI, age, 4. HD 10.4.1967 t., 2760/ 3075 sa. ka. (ABD 4. HD/2 s. 258–259).

tahkim mümkün olmalıdır. 4686 sayılı kanun hükmü kesin bir dille Türkiye’de bulunan taşınmazlara ilişkin aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını ifade etmiştir. Kanunun gerekçesinde ise bu konuda bir açıklama yapılmamış kanun madde metni tekrarlanmıştır.

Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemlerde ise hukuk mantığı içinde kabul edilebilir ve doğru olan Yargıtay yaklaşımı gayrimenkuller ile ilgili olarak tahkim yargılamasının mümkün olduğu yönündedir.

Yargıtay’ın konu ile ilgili bir kararında şöyle denmiştir: *“..... bir taşınmaz mal payının geri verilmesi ve bu maksat altında tapu sicilinde lüzumlu olan düzeltme işlemlerinin yaptırılması tarafların serbestçe gerçekleştirebilecekleri muamelelerdir. Bu biçim tasarruflar tarafların arzularına tabi olan mesailden sayılmalıdır. Uyuşmazlığın hakemler eliyle karara bağlanmasında kanuna aykırı bir yön yoktur. Kamu düzeni ile ilgili değildir”*⁶⁶.

Buna benzer bir yaklaşım ile Yargıtay, taşınmazların aynına ilişkin bir uyuşmazlığın kamu düzeni ile ilgili bulunmadığını “kanunların açık ve zımni olarak cevaz verdiği durumlarda tahkim yolu açıktır ve taraflar bu halde uyuşmazlığın hakem yoluyla çözülmesi konusunda irade serbestisine sahiptirler. Taraflar arasında düzenlenmiş bulunan taşınmaz mal satım sözleşmesi kamu düzeni ile ilgili bulunmadığından tahkim şartı geçerlidir....”⁶⁷. Şeklinde ifade etmiştir

Kamu düzenine ilişkin belirlemenin yapılması ve pratikteki etkisi hakem kararının tenfizi aşamasında ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple bu konu aşağıda hakem kararının tenfizi ve tahkime elverişlilik başlığı altında incelenmiştir.

⁶⁶ 15. HD 31.5.1979 t., 1195/ 1330 sa. ka. (YKD 1981/3 s. 342–343).

⁶⁷ 13. HD 16.6.1994 t., 4390/ 5895 sa. ka. (Erdemir, s. 1939).

12.4. Tahkime Elverişlilik Konusunda Yargıtay'ın muhtelif Görüşleri

Tahkim yolunun sadece iki tarafın iradesine tabi olan konularda söz konusu olabileceği bunun dışındaki konularda yargı yetkisinin mahkemelere ait olduğu çeşitli yargı kararlarında da belirtilmiştir.

Örneğin, Yargıtay 15. HD. 26.12.1978 t. 2090/ 2486 sa. Kararında “Taraflar arasında doğmuş ve doğacak, adli yargının görev alanına giren her çeşit uyuşmazlıkların çözümünde kural olarak mahkemeler görevlidir. Ancak bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, kamu düzenine ilişkin olmayan konularda anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümlenmesini mahkemeler yerine özel kişilere bırakmaları mümkündür”⁶⁸ diyerek tarafların kamu düzenine ilişkin olmayan konularda uyuşmazlığın çözümünü mahkemeler yerine özel kişilere bırakmaları mümkündür diyerek sadece tahkim yolunu değil aynı zamanda diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını da işaret etmiştir.

Yargıtay'ın bir kararında M.Ö.H.U.K.nun 45/h maddesi hükmüne göre, hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise (bu kısım hakkında) yabancı hakem kararının tenfizi istemini ret edeceği ifade edilmiştir.⁶⁹

Yargıtay'ın konişmento üzerinde bulunan tahkim anlaşması ile ilgili olarak verdiği bir kararda tahkim itirazının teknik olarak “itiraz” değil def'i sebebi olduğunu ifade ederek

⁶⁸ Yargıtay 15. HD. 26.12.1978 t. 2090/ 2486 sa. ka.

⁶⁹ T.C. YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ 3.6.2002 tarihli E. 2001/9357 K. 2002/4209 sayılı kararı

tahkim itirazının esasa cevap süresi içinde ilk itiraz yoluyla ileri sürülmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁰

Yargıtay ayrıca konişmentonun sadece taşıyanla yükleten arasında olduğu yönündeki davalı itirazını kabul etmemiş ve konşimentoda yer alan tahkim şartı böylece gönderileni bağlayacağı gibi, TTK.nun 1361. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca davacı sigorta şirketini de bağlayacağını ifade etmiştir.

Yargıtay taraflar arasında görülen itirazın iptali talepli davada yapılan yargılama sonucunda yerel mahkemenin Davacı, 2003 yılı Nisan ayı enerji satışına ilişkin düzenlenen 5.2 nolu fatura bedelinin tahsili için icra takibi yapması ve davalının itirazı üzerine de itirazın iptaline ve %40 icra inkar tazminatı istemiyle bu davayı açması, bunun üzerine davalı vekilinin, sözleşmenin 9. maddesinde "bu anlaşma hükümlerinin uygulanması esnasında ortaya çıkacak anlaşmazlıkları tahkimde çözümleneceğinin yazılı olduğunu, mahkemenin görevsiz olup, görevsizlik kararı verilmesini istemesi üzerine davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay yerel mahkemenin kararını oybirliğiyle onamıştır⁷¹

13.Şirketler Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Tahkime Elverişlilik

Günümüzde Arbitration of Company Law Disputes [ADCL] yani Şirketler Hukuku ['na ilişkin uyuşmazlıkların] Tahkimi pek çok ülkede yer edinmiştir. Bu durum son 20–30 yıllık bir akımın, yani şirketlere, hissedarlarına, müdürlerine ve çalışanlarına dair uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesinin kabul görmesi ve kullanımının artmasının bir sonucudur.

⁷⁰ T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2004/189 K. 2004/9234 T. 4.10.2004

⁷¹ T.C. YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ E. 2005/3125 K. 2006/209 T. 20.1.2006

Yabancı Hukuklar bu konuda ticaretin hızını yakalama gayreti içindedir.

Örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde bazı şirketler hukuku meseleleri, ki bu şirketlere borsaya kote şirketler de dahildir, örneğin; üst düzey yöneticiler ile yapılan hizmet sözleşmeleri, hisse değerlemesine ilişkin uyuşmazlıklar, müdürlerin ihtiyari tazminatlarına ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilmektedir.

Görüldüğü gibi yabancı sermaye sadece Türkiyede değil tüm dünyada taraflar arasındaki sözleşmeyi tarafların kanunu kabul edebilecek ve uyuşmazlıkları devlet yargı organlarına gitmeden çözecek yöntemler aramaktadır.

13.1. Şirketler Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözülmesi Ve Bu Konuların Tahkime Elverişli Kılınması İle İlgili Milletlerarası Organizasyonların Rolü

Şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi hususu tahkime elverişlilik açısından önem taşımaktadır.

25 Haziran 2003 tarihinde OECD ve UNCITRAL uyuşmazlıkların çözümü ve kurumsal yönetim konularını ve özellikle gelişmekte olan ülkelerde “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim yolu ile çözülmesi konusunu tartışmak üzere bir grup başuzmanı bir araya getirmiştir.

Bu kavram İngilizce’de Arbitration of Company Law Disputes “ACLD” şeklinde anılmakta olup bu çalışmada ise Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim şeklinde çevrilmiş olup kısaca “ŞİRKETLER HUKUKUNA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM” olarak anılacaktır.

OECD Bölgesel Kurumsal Yönetim Yuvarlak Masa Toplantıları sürekli olarak yetersiz adli uygulamaların gelişmekte olan piyasalardaki hissedarların ve doğrudan yabancı yatırımların korunması bakımlarından oldukça büyük bir engel teşkil ettiğini tespit etmiştir.

Sonuç olarak, Şirketler Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Tahkim OECD üyesi ülkelerdeki yabancı yatırımcıların Rusya ve Çin gibi gelişmekte olan piyasalarda yaşadıkları uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilen bir yol haline gelmiştir.

Bu alanda gelişme sağlanabilmesi için ciddi bir politika değişikliği gereklidir. Bunun için öncelikle Şirketler Hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümü ve tahkime elverişliliğin sağlanması hususunda mukayeseli çalışma yapılmalı ve diğer ülkelerdeki uygulamalar geliştirilerek kullanılabilir hale getirmelidir.

Bunun için New York sözleşmesinin tenfiz imkânını en çok ve rahat şekilde sağlayacak şekilde yorumlanması gereklidir.

OECD nin bu amaçla geliştirdiği bazı çalışmalar vardır. Bu çalışmaların amacı genellikle politika opsiyonları geliştirmek ve, uygun olduğu müddetçe, politika uyumunu desteklemek mevcut uygulamaların anlaşılmasını sağlamak üzerine kuruludur.

Şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi hususu da tahkim'nun mevcut iş programı böyle çabalar sağlamaktadır. Program 2004'ün ortalarından günümüze kadar olan araştırmalarla mevcut uygulama ve analitik çerçeveler üzerine ve uygulanan politikaların sonuçlarını tartışmak üzere UNCITRAL'le ortak yapılacak uluslar arası bir konferans tasarlanmaktadır.

Şirketler Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Tahkim bazında yapılacak çalışmalar ve işbirliği, yatırımları ve ekonomik gelişmeyi arttıracaktır. Ulusal yaklaşımlar, ülkelerin Şirketler Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Tahkim uygulanmasına verdikleri izinlerin kapsamı bakımından değişiklik göstermektedir. Pek çok ülke Şirketler Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Tahkim'e izin verirken, gelişmekte olan ülkelere bazıları şirketler hukuku konularında nihai ve bağlayıcı çözümlerin ulusal mahkemeler dışındaki makamlarca karara bağlanmasını reddetmeye devam etmektedirler. Aynı zamanda, kurumsal yönetim bakımından birtakım konularda belirgin bazı uluslar arası farklılıklar vardır.

Bu konulardan bazıları: (i) hissedarların değerlendirme haklarının, şirkete karşı yöneltecekleri davaların, ikincil davaların ve toplu davaların (class action) tahkime konu edilebilirliği; (ii) hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi ve bu kararın uygulanması (örneğin: belgelerin ibraz edilmesi veya bir ön kararın ödenmesi yönünde karar); (iii) davacıların tahkim muamelelerine memurları ve yöneticileri dâhil etme ehliyetleridir.

Bunun yanında, mahkeme marifetinin tatmin edici şekilde uygulanmadığı gelişmekte olan ülkelere, diyalog yolu ile gelişmekte olan ülkeye yabancı yatırımın gelmesini ve ülkede kalmasına yardım edecek temel seviyede bir Şirketler Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Tahkim sistemi getirilmesinin kabul edilmesini teşvik edebilir. Gelişmiş ülkelere ise Şirketler Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Tahkim sisteminin geliştirilmesi için gerekli çalışmalar yapılmalıdır.

Buna ek olarak, böyle bir diyalog politikaları hazırlayan kişilerin önemli Şirketler Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Tahkim eğilimlerini tespit etmelerine ve kıymet takdiri yapmalarına olanak tanır. Bazı durumlarda, politika hazırlayan kişiler bu eğilimlerin hızlandırılmasını ve genişletilmesini isteyebilirler. Diğer durumlarda, yatay politika konuları (bknz.

aşağı) böyle eğilimlerin potansiyel olarak zarar verebileceğini ve bu sebeple yeniden yönlendirilmesini veya kısıtlanmasını önerebilirler.

13.2. Anonim Ortaklık İle İlgili Konularda Tahkime Elverişlik

Anonim Şirket ile hissedarlar arasındaki veya hissedarların kendi aralarındaki uyuşmazlıkların hangilerinin Türk Hukuk Sistemi açısından tahkime elverişli midir?

HUMK. 518 Madde Metni uyarınca tarafların arzularına tabi olmayan hususlarda tahkime izin verilmediği son derece açıktır.⁷² HUMK 518. emredici nitelikte bir madde olduğu için tarafların ihtiyarı da bu noktada önemli olmayacaktır.

13.3. TTK Düzenlemesi

Anonim Şirket ile hissedarlar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gidilip gidilmeyeceği hususu ve eğer gidilebilecek ise bunların hangi konular ile sınırlı olduğu konusunda TTK da açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

İdare İşlerinin Şümulü başlığı altında düzenlenen Türk Ticaret Kanunu Madde 165 hükmü

“Şirketin idaresine giren hususlar, şirket maksat ve mevzuunu elde etmek için icrası gereken mutat muamele ve işlerden ibarettir. Şirketi idare edenler şirket menfaatine uygun gördükleri işlerde sulh, feragat ve kabul ile tahkime dahi salahiyetlidirler. Şu kadar ki; teberruda bulunmak ve şirket mevzuuna girmiyorsa gayrimenkulleri satmak, satın

⁷² HUMK Md. 518

almak ve teminat olarak göstermek gibi mutata iş ve muameleler dışında kalan hususlarda ortakların ittifakı şarttır.”

Şeklindedir.

Kolektif ortaklığa ilişkin olarak, TTK 165’te yöneticilerin tahkime de yetkili oldukları düzenlenmiştir.⁷³

Türk Ticaret Kanununun 219. maddesi temsil başlığı altında düzenlenmiştir. Madde hükmü aşağıdaki şekildedir;

“Tasfiye halinde bulunan şirketi mahkemelerde ve hariçte temsil salahiyeti tasfiye memurlarına aittir. Tasfiye memurları şirket için faydalı gördükleri takdirde sulh, feragat, kabul ve tahkime ve hususiyle hakem seçmeye dahi salahiyetlidirler ve zaruret halinde yeni muameleler de yapabilirler. Tasfiye halinde bulunan kolektif şirket namına tanzim olunan bütün evrak ve senetlerin "Tasfiye halinde bulunan filan şirketin tasfiye memurları" ibaresi ilave edilmek suretiyle tasfiye memurları tarafından imzalanması şarttır. Bir tasfiye memurunun vazifesini ifa dolayısıyla işlediği haksız fiillerden şirket dahi mesuldür”.

Yine benzer şekilde Türk Ticaret Kanunu Madde 219 da tasfiye memurlarının tahkime de yetkili oldukları düzenlenmiştir.⁷⁴

Kooperatifler Kanunu 95. maddesi hükmü aşağıdaki gibidir;

“Kooperatif organları ile kooperatifler, kooperatiflerle bağlı bulundukları kooperatif birlikleri, kooperatif merkez birlikleri ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliği arasında iştirak konularına giren hususlardan dolayı çıkan

⁷³ Türk Ticaret Kanunu Madde 165 f/2

⁷⁴ Türk Ticaret Kanunu Madde 219

*anlaşmazlıklar, genel hükümler saklı kalmak
şartiyle anasözleşmelerinde öngörülen hakem
kurullarınca da halledilebilir”.*

Kooperatifler Kanunu 95. maddesi, kooperatif organları ile kooperatifler, kooperatifler ile bağlı bulundukları kooperatif birlikleri, kooperatif merkez birlikleri ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliği arasında iştigal konularına giren hususlardan dolayı çıkan anlaşmazlıkların, genel hükümler saklı kalmak koşuluyla ana sözleşmelerinde öngörülen hakem kurullarınca da çözüleceği hükmünü haizdir.⁷⁵

Bahtiyar’a göre “TTK. 381. maddesi “....” /1’in münhasıran ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeyi yetkili kılan emredici hüküm ile aynı maddenin 3. fıkrasının davaların birleştirilmesini zorunlu kılan hükmü de tahkim müessesisiyle bağdaşmamaktadır.”

Kanatimizce ilgili maddenin ve sair düzenlemenin yorumlanması ile kar payı, hazırlık devresi faizi, yönetim kurulu üyelerinin mali hakları, yönetim kurulu üyelerine yöneltilecek tazminat talepleri, sermaye borcunda temerrüt nedeniyle tazminat, faiz ve cezai şart, haksız ve kötü niyetle alınan kar paylarının iadesi gibi malvarlığına ilişkin ve tarafların üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri Kanun’un emredici hükümleri sebebi ile Mahkemelerce çözümlenmesi gerekmeyen bu sebeple de kamu düzenine aykırı olmayan hususlarda hususlarda tahkime başvurulabilecektir⁷⁶

⁷⁵ Kooperatifler Kanunu Madde 95

⁷⁶ Bahtiyar , s 211

13.4. Çok Taraflı Tahkim Sorunu

Şirket Hissedarları arasında çıkabilecek bir uyuşmazlık sonucu yapılacak bir tahkim yargılaması kuvvetle muhtemel “Çok Taraflı Tahkim” olacaktır.

Çok taraflı tahkim teriminin tam ve kesin bir anlam ortaya koymadığı açıktır. “Çok Taraflı” kelimeleri tahkime sanki davalı ve davacı dışında başka 3. bir tarafın da dahil olduğu izlenimini vermektedir.⁷⁷

Özellikle ortakların Şirkete karşı farklı talepler ileri sürmeleri veya farklı hakem yargılamaları başlatmaları halinde karşımıza Çok Taraflı Tahkim Sorunu ortaya çıkacaktır.

Öte yandan Şirket karşısında yer alan tarafların her birisinin aynı hakem yargılaması için de dahi olsa kendileri için farklı hakemler atamak istemeleri halinde de ortaya ciddi bir mesele çıkmaktadır.

Aynı uyuşmazlık için hakem atanması konusunda ise kanaatimizce en uygun çözüm taraflar adına bir kurumun hakem ataması olabilecektir.⁷⁸ Öte yandan dava arkadaşları arasındaki ilişki sebebi ile bu kurumu belirleme sırasında anlaşmazlık yaşanması da mümkündür.

14. Anonim Şirket Anasözleşmesine Tahkim Şartı Konulması

Ana Sözleşmesine tahkim şartı konulması ile ilgili olarak Türk Ticaret Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple tahkim şartının ana sözleşmeye yazılıp yazılamayacağı hususu yeterince açık değildir.

⁷⁷ KESER BERBER, Leyla, Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, İstanbul Haziran 2001 s. 2

⁷⁸ KESER BERBER, Leyla, Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, İstanbul Haziran 2001 s. 239

Bunun yanında ana sözleşmede mevcut olan tahkim şartının ne zaman geçerli sayılacağı konusunda da tereddütler oluşabilecektir.⁷⁹

Tahkim Şartını içermesi konusuna girmeden önce ana sözleşmenin hukuki niteliği üzerinde durmakta yarar görüyoruz

14.1. Anasözleşmenin Hukuki Niteliği

Kanunun emredici hükümlerine uygun olarak hazırlanan ana sözleşmenin kurucular tarafından imzalanması, Anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanabilmesi için kanunda öngörülen kuruluş aşamalarının başlangıç safhasıdır.

Anasözleşmenin, ortaklığın sona ermesine dek başvurulması ve uyulması gereken temel kuralları içermesi ve deyim yerinde ise şirketin anayasası olması sebebi ile anasözleşmenin düzenlenmesi şirketin kuruluş işlemleri açısından en önemlisi olarak kabul edilmektedir.⁸⁰

Anasözleşmenin hukuki niteliğini belirlerken üzerinde kurulması gereken temel çıkış noktası anasözleşmenin "sözleşme" olmasıdır.

BORÇLAR KANUNU 520. maddesi metni

"Şirket bir akitir ki onunla iki veya ziyade kimseler, sayılarını ve mallarını müsterek bir gayeye erişmek için birleştirmeği iltizam ederler. Bir şirket, ticaret kanununda tarif edilen şirketlerin mümayyiz vasıflarını haiz değil ise bu bap ahkâmına tabi adı şirket sayılır."

Şeklinde

⁷⁹ BAHTİYAR, s.209

⁸⁰ Mehmet Bahtiyar, Anonim Ortaklık Ana sözleşmesi, İstanbul, 2001, s.6

Görüldüğü gibi BK. 520’de yapılan tanımın “Şirket bir akittir ki...” biçiminde başlamaktadır. Bu tanım tüm ortaklık çeşitlerini tanımlamaktadır.

BORÇLAR KANUNU 2. maddesi metni

“İki taraf akdin esaslı noktalarında uyuşurlar ise ikinci derecedeki noktalar sükûtle geçilmiş olsa bile akde münakit olmuş nazariyle bakılır. İkinci derecedeki noktalar hakkında uyuşulamadığı takdirde hâkim, işin mahiyetine bakarak onları tayin eyler. Akitlerin şekillerine müteallik hükümler mahfuzdur.”

Şeklindedir

Görüldüğü üzere tarafların aralarında bir sözleşme kurabilmesi ve akit olabilmesi BK. 2/I hükmüne göre, akdin esaslı noktalarında uyuşmaları ile mümkündür.

Şirket Anasözleşmesini Borçlar Hukukuna tabi diğer sözleşmelerden farklı şekilde kurulmazlar. Bu bakımdan anasözleşme diğer sözleşmelerin tüm özelliklerini taşır.

Doktrinde de Anasözleşmenin şirket kurucu ortaklarının irade beyanlarını yani şirketi kurmak üzere icapta bulunulması ve bunun kabul edilmesi ile gerçekleşen irade beyanları ile oluşan bir Borçlar Hukuku Sözleşmesi olduğu ifade edilmiştir⁸¹.

Öte yandan anasözleşme diğer sözleşmelerden bazı yönleri ile ayrılmaktadır.

⁸¹ Moroğlu, s.522

Anasözleşmenin en önemli karakteristiği yalnızca kendisini akdedenleri değil mevcut ve gelecek tüm pay sahiplerini bağlayıcı olması ve sadece anasözleşmeyi hazırlayan ve akdeden kurucular değil bu sözleşmenin akdi sırasında bulunmayan paysahiplerinin iradesi ile değiştirilebilmesi sayılabilir.⁸²

Esas sözleşmenin hukuki niteliği sadece kurucu üyeleri değil gelecekteki üyeleri de bağlayacak olması sebebi ile kurucuların dahi iradesinin dışında bir nitelik taşıyarak kurucuların iradelerinin üzerine çıkarak nesnel hukuk kuralı statüsü kazanmış bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Taraflar irade özerkliği ilkesinden yola çıkarak kendi kanunlarını yapmış ve kendileri için bir hukuk ortaya çıkarmışlardır. Artık nesnel bir biçimde ortaya çıkan Anasözleşme hükümleri sadece kurucular için değil daha sonra gelecek olan ortaklar için de geçerli olacak otonom bir yapıya sahiptir.

14.1.1. Tahkim Anlaşmasına İlişkin İradenin Oluşması Açısından Anasözleşmenin Akdedilmesinden Önce Ortaklar Arasındaki Hukuki İlişki

Tahkim anlaşmasının olmazsa olmaz zaruri unsurunun tahkime gitme iradesi olduğu yukarıda ayrıntılı olarak tartışılmıştı. Anasözleşmeye yazılan tahkim şartının hangi aşamada ve kimlerin iradesi ile ilgili olarak ortaya çıktığı tahkim anlaşmasının sıhhati açısından ve bu anlaşmanın taraflarının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Esasen tahkim anlaşması yapma iradesi anasözleşmenin tescili öncesinde ortaya çıkan ve anasözleşmeyi tescil ettirecek olan kurucular arasında oluşmaktadır.

⁸² Okutan Nilsson, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmesi, İstanbul 2003, s 82

Bu noktada şirket anasözleşmesinin kuruluşundan önceki dönemde şirketi kuran kişilerin hukuki sıfatı önem kazanmaktadır. Bu noktada iki ayrıma gitmekte fayda vardır.

İlk olarak; TTK hükümleri uyarınca ani kuruluştaki bütün kurucular, ön ortaklığın ortaklarıdır. İkinci olarak ise Tedrici kuruluştaki anasözleşmenin imzalanması ve onaylanması ile kurucular arasında bir ön ortaklık meydana gelecektir.

Bir ticaret ortaklığının tüzel kişilik kazanmasından önceki safhada ticari ortaklığı kurmak üzere bir araya gelen kişiler arasındaki hukuki ilişki BK. 520/II hükmü uyarınca adi ortaklık hükümlerine bağlı olacaktır⁸³.

Türk Ticaret Kanunu tarafından aranan şartların tamamlanması ile anonim ortaklık tescil edilinceye kadar geçecek süre içinde ortaklar arasındaki hukuki ilişki bir adi ortaklık olacaktır⁸⁴.

Anasözleşmeyi imzalamaksızın katılma taahhütnamesi vermek sureti ile Anonim ortaklığa katılacak kişiler ile kurucular arasında da adi ortaklık ilişkisi mevcut olacaktır.⁸⁵

Bu adi ortaklık ilişkisi ile katılma taahhütnamesi ile katılma beyanını sunan katılan ortaklar aynı şekilde kurucular arasındaki tahkim anlaşmasına da katılma yolu ile taraf olmak isterlerse iradelerini beyan ederek mevzubahis tahkim anlaşmasına da taraf olacaklardır.

Kurulacak olan anonim ortaklık anasözleşmesi kurucuların birbirleriyle ve üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkilerini düzenleyecektir. Adi ortaklıkta iç ilişkilerde irade özgürlüğü ilkesi

⁸³ Bahtiyar, age, s.47

⁸⁴ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) N. 485.

⁸⁵ Bahtiyar ilgili sayfayı bulalım

geçerli olduğundan taraflar kararlaştırdıkları ana sözleşmeyi tescile kadar adi ortaklık sözleşmesi hükümleri gibi uygulanabilecektir⁸⁶.

14.1.2. Tahkim Anlaşmasına İlişkin İradenin Oluşması Açısından Tescilden Sonraki Dönem

TTK. 301/I uyarınca, anonim ortaklığın oluşması, ticaret siciline tescil edilmesine bağlıdır. TTK 301. madde uyarınca tescil anından itibaren kurucuların yetki ve sıfatları sona erer ve anonim ortaklığa ilişkin düzenlemeler uygulanır.⁸⁷

Türk Ticaret Kanunu Madde 138 metni

“Her şirket nevine mahsus hükümler mahfuz kalmak şartıyla Medeni Kanunun 45,47,48,49 uncu maddeleri ve bu fasılda hüküm bulunmayan hususlar hakkında Borçlar Kanununun 520-541 inci maddeleri her şirket nevinin mahiyetine uygun olduğu nispette, ticaret şirketleri hakkında da tatbik olunur.”

Hükmünü haizdir.

TTK ve diğer kanunlar tarafından konulan sınırlar içerisinde anasözleşme ile birlikte tescil edilen kayıtlar uygulama sırası bakımından emredici hükümlerden sonra gelecektir. Bu konuda Yargıtay ‘ın görüşü de aynı yöndedir.

Türk Ticaret Kanunu Madde 300 metni

“ (Değişik birinci fıkra: 24/6/1995 - KHK-559/7 md.) Kuruluş umumi heyetinin yapılmasından sonra 15 gün içinde şirket merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan olunur. Tescil ve ilan edilecek hususlar şunlardır:

Esas mukavelenin tarihi;

⁸⁶ Ansay, s.79-80

⁸⁷ TTK Md. 301 f.1

Şirketin ticaret unvanı ve merkezi

Şirketin maksat ve mevzuu ve varsa müddeti

(Değişik: 24/6/1995 - KHK-559/7 md.) Esas sermayesinin miktarı, ödeme suret ve şartları ve hisse senetlerinin itibari kıymeti

Hisse senetlerinin nevileri, hamiline veya nama yazılı oldukları ve muayyen hisse senetlerinin bahsettikleri imtiyazlar;

Ayın nev'inden sermaye ve devralınan mali kıymetlerle işletmelerin neden ibaret oldukları ve bunlara biçilen değerler, kuruculara sağlanan hususi menfaatlerin mahiyet ve değerleri

Şirketin ne suretle temsil olunacağı

İdare meclisi azalariyle şirketi temsile salahiyyetli kimselerin ad ve soyadları, ikametgâhları ve tabiyetleri

Şirketin yapacağı ilanların şekli ve eğer esas mukavelede de bu hususta bir hüküm varsa idare meclisi kararlarının pay sahiplerine ne suretle bildirileceği.

Şubeler; merkezin sicil kaydına atıf yapılmak suretiyle bulundukları yer ticaret siciline tescil olunurlar.”

Şeklindedir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere anasözleşmenin tescili zorunluluğu sadece Kanunun öngördüğü hükümler bakımından ve dar kapsamda ele alınmalı iken uygulamada nerede ise istisnasız olarak anasözleşme bir bütün olarak tescil edilmektedir. Ana Sözleşme tescil ile Ticaret Sicil gazetesinde yayınlanır ve kamuya açık bir bilgi haline gelir.

Edim ilişkisi yönünden incelendiğinde anasözleşme taraflara borç yüklemekte ancak bu borç karşılılık arz etmemektedir.

Sözleşmenin kurulması sırasında bulunmayan fakat daha sonra şirkete ortak olan dolayısıllığı ile bu sözleşmeyi yapmamış ve fakat daha sonra dâhil olan 3. kişiler bu sözleşmedeki tahkim şartı ile bağılı olacaklar mıdır?

14.2. TTK Tarafından Sağlanan Serbestinin Sınırları

Anasözleşmeye tahkim şartı konulup konulamayacağını belirlenmesi hususunda en önemli ölçüt Kanun Koyucunun bu hususta koyduğu sınırlardır.

Türk Ticaret Kanunu'nun emredici hükümleri kuruculara Şirket Ana sözleşmesinde sınırlı bir serbesti tanımıştır. Bu sınırlar içinde kurucular Şirket anasözleşmesine diledikler hükümleri koymak konusunda serbest iken Kanun tarafından yasaklanmış hususların şirket anasözleşmesinde bulunması mümkün olmayacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun Esas mukavele başlığı altında düzenlenen 279. Maddesi metninde ana sözleşmeye yazılacak olan hususlar sayılmıştır. Buna göre ana sözleşmeye;

Şirketin ticaret unvanıyla merkezinin bulunacağı yer;

Şirketin maksadiyle mevzuunu teşkil eden muamelelerin nev'i ve mahiyeti;

Şirketin esas sermayesinin miktarı ile her payın itibari kıymeti, ödeme suret ve şartları;

Paradan başka sermaye olarak konan haklar ve mallarla bunlara mukabil verilecek hisse senetlerinin miktarı ve mevcut bir

işletmenin veya bazı ayınların devir alınması bahis mevzuu olduğu takdirde onun bedeli ve kurucular tarafından şirketin kurulması için şirket hesabına satın alınan diğer şeylerin bedelleriyle şirketin kurulması hususunda hizmetleri görülenlere verilmesi gereken ücret veya tahsisat yahut mükâfatın miktarı;

Kurucularla idare meclisi azalarına ve diğer kimselere şirket kazancından sağlanacak hususi menfaatler;

Şirket işlerini idare ve murakabe ile mükellef olanların ne suretle seçilecekleri ve bunların hak ve vazifeleri ve imza koymaya salahiyyetli olanlar;

Umumi heyetlerin ne suretle davet edileceği; toplantıların vakti ve rey verme ile müzakere icrası ve karar verilmesi hususlarının tabi olduğu kayıt ve şartlar;

Şirket bir müddet ile tahdit edilmişse bu müddet

Şirkete ait ilanların ne suretle yapılacağı;

Ani Kuruluş halinde, her ortağın taahhüt ettiği sermayenin nev'i ve pay miktarı.”

Yazılacaktır.

Kuruluş sırasında Türk Ticaret Kanunu'nun emredici hükümleri ile sınırlı (TTK 279) alan sayesinde ortaklık, anasözleşme yolu ile kendi kurallarını serbestçe koyma imkânına sahip olacaktır.⁸⁸

⁸⁸ Bahtiyar, s.8

14.3. Ana Sözleşmenin Hükümleri Arasında Gerçek Hükümler Ve Gerçek Olmayan Hükümler Ayrımı

Esas sözleşme hükümleri düzenledikleri hususlar açısından gerçek esas sözleşme hükümleri ve gerçek olmayan esas sözleşme hükümleri olmak üzere ikiye ayrılır.

Okutan'a göre "Gerçek esas sözleşme hükümleri ortaklığın örgütü, organların yetkileri, yönetim, temsil gibi konuları ilgilendirir⁸⁹. Bu hükümler mevcut gelecek ve tüm Pay sahiplerine yönelirken, esas sözleşmede yer alan gerçek olmayan, şekli hükümler bir mevki olarak "pay sahipliğine" değil o anda payın sahibi olan kişilere veya o hükmün ilgilendirdiği belli bir kişiye yönelir⁹⁰."

Aynı görüşün devamı olarak "Ortaklıkla veya pay sahipleriyle üçüncü kişiler arasındaki bireysel ilişkileri düzenleyen hükümler esas sözleşmede yer alıyorsa, bunlar da gerçek olmayan esas sözleşme hükümleri olarak nitelendirilebilirler⁹¹. Üçüncü kişilerin bu tür hükümlerden doğabilecek talepleri ortaklık hukukuna değil borçlar hukukuna tabidir⁹². Bunun dışında pay sahiplerinin üstlendiği ve kanunun izin verdiği sınırın (AktG 55, TK 405 III) dışına taşan yan edim borçları da esas sözleşmede yer aldıkları takdirde borç sözleşmesi olarak nitelendirilir ve gerçek olmayan esas sözleşme hükümleri arasında sayılırlar⁹³."

Bu ayırım ana sözleşmeye tahkim şartı konulması halinde bu şartın sınırlarının tartışılması açısından önem taşımaktadır.

⁸⁹ Röhrich, Grosskomm, § 23 N.12.

⁹⁰ Priester DB 1979, s. 68 1; Zöllner, KölnKomm, §179 N.47

⁹¹ Röhrich, Grosskomm, §23 N.22; Priester DB 1979, s. 682.

⁹² Priester DB 1979, s. 682

⁹³ Steiger de, esas sözleşmeye konulan ve tek borç ilkesine aykırı hükümlerin taraflar arasında şahsi borç ilişkisi yaratacağını kabul eder. [v. Steiger, F., İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku (Çeviren: Tahir Çağa) Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968s. 167.]

Bu noktada pay sahipleri ile ortaklık arasındaki ihtilafların tahkim yolu ile çözüleceğine ilişkin bir hükmün anasözleşmeye konulması halinde bu hükmün ne tür bir etkiye sahip olacağı tartışılmalıdır.

Gerçek olan esas sözleşme hükümleri ve gerçek olmayan esas sözleşme hükümleri konusunda Yargıtay'ın bir kararında açıkça yapılmıştır⁹⁴. Yargıtay bu kararında pay sahipleri arasındaki alım ve satım haklarını düzenleyen ana sözleşme hükümlerini esas sözleşmeye dercedilmesine karşın alelade bir borç sözleşmesi gibi değerlendirerek alım önceliği hakkının tescile rağmen TTK anlamında tescili öngörülen hususlardan olmadığından üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini ifade etmiştir.

Bir sözleşme maddesinin Şirket Ana sözleşmesi içinde yer alması bu maddenin korporatif bir nitelik kazanmasını sağlamayacak ve sadece tarafları bağlayan bir borç sözleşmesi niteliğinde olacaktır.

14.4. Yabancı Hukuklara Kıyas Yolu İle Türk Hukukunda Anasözleşmeye Tahkim Şartı Konulması

Bahtiyar “İsviçre ve Alman Hukukunda ortaklık ile ortaklar veya yönetim kurulu ya da ortaklar ile yönetim kurulu arasında doğabilecek uyuşmazlıklar için tahkim öngören anasözleşme hükümlerinin geçerli sayılmaktadır. Aynı sonucu Türk Hukuku açısından da benimsemek ve TTK’nda hüküm bulunmamasını olumlu bir kanun boşluğu saymak suretiyle anasözleşmelerdeki tahkim şartını kural olarak geçerli saymak gerekmektedir” diyerek Anasözleşmeye tahkim şartı konulmasının kural olarak geçerli olacağını ifade etmiştir.⁹⁵

⁹⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 23.2.1995, E. 7138, K. 1522. Kararın tam metni için bkz. E. Moroğlu'nun Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği ek. (Oğuzman Armağanı s. 525).

⁹⁵ Bahtiyar, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 209

Yargıtay HGK. 12.01.1966 tarih, E. 7/428, K. 6 sayılı kararı uyarınca ortakların emredici hükümlere aykırı olmayan kayıtları ortaklık sözleşmelerine koyabilecekleri ifade edilmiş olduğuna göre tahkim şartı kamu düzenine aykırı bir husus için öngörülmediği müddetçe geçerli olacağı belirtilmiştir. Buna bağlı olarak ortaklar arasında ortaklık işlemlerinden doğabilecek bütün ihtilaflarda hakeme başvurulacağına dair tahkim anlaşmasının geçerli olacağı belirtilmiştir.⁹⁶

Taraflar arasındaki tahkim anlaşması henüz şirket kuruluşu aşamasında kararlaştırıldığı için bu geçerlilik tarafların aralarında doğabilecek her türlü uyuşmazlık için diledikleri gibi ve sınırsız olarak tahkime gitmeleri mümkün olmayacaktır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliğine göre HUMK anlamında tahkime elverişlilik münferit olarak değerlendirilmelidir.

Bu değerlendirme yapılırken taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkime elverişliliği sübjektif ve objektif olarak değerlendirilmeli yani hem uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı hem de tarafların kanun karşısındaki pozisyonu açısından rölatif olarak; tarafların ehliyeti, tahkim iradesi, şekil şartının sağlanması gibi konular değerlendirilmelidir.

Bu konular taraflar arasındaki sözleşmenin HUMK 517 uyarınca yazılı şekle uygun yapılması, HUMK 518⁹⁷ uyarınca konusu itibariyle tarafların iradesine tabi ve üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlara ilişkin bulunup bulunmadığı, uyuşmazlığın belirli olup olmadığı ve tarafların tahkim iradesine sahip olup olmadığı şeklindedir⁹⁸.

⁹⁶ DOMANIÇ, Şerh II, s.237

⁹⁷ HUMK 518 Madde metni “Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez.” hükmünü haizdir.

⁹⁸ KURU, s.5944-5945, DAYINLARLI K., HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997, s.30

14.5. Esas Sözleşmeye Koyulan Tahkim Şartının Konu İtibarı İle Tahkime Elverişliliği

14.5.1. Genel Kurul Kararlarının İptali Tahkime Elverişli Midir?

TTK genel kurul kararlarının iptali için ancak mahkemeleri yetkili kılmış ve bu konu tahkime elverişli değildir. (TTK. 381)

Moroğlu, anonim ortaklıkta genel kurul kararlarının iptali konusunda tahkim caiz olmadığını düşünmektedir.

Moroğlu'nun görüşü şu şekildedir; “*Bir kere, tahkim yalnız tarafların arzularına tabi olan, yani davalı ile davacının mahkeme kararına gerek olmaksızın aralarında anlaşarak sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda geçerlidir (HUMK. 518)⁹⁹. Halbuki bir genel kurul kararının iptaline dair uyuşmazlığı davalı (anonim ortaklık) ile davacı (pay sahipleri ve diğerleri) arasında yapılacak bir anlaşma ile (örneğin sulhen) sonuçlandırmaları hukuken mümkün değildir.*”¹⁰⁰

Taraflar arasında bütün hususların tahkim ile çözüleceğine dair bir anlaşma ana sözleşmeye konulmuş olsa dahi kanunun emredici kuralları dışına çıkmak mümkün olmayacaktır. Nitekim Yargıtay görüşü de bu yöndedir¹⁰¹.

Yargıtay 11. HD.'nin 24.04.1981 gün ve E. 471, K. 894 sayılı kararında, Kooperatifler Kanunu'nun 95. maddesi

⁹⁹ KURU, s.5945–5946

¹⁰⁰ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.178

¹⁰¹ Yargıtay HGK'nun kolektif ortaklıkla ilgili 12.1.1966 gün ve E.7/428, K.6 sayılı kararında”....Ortaklar arasında ortaklık işlemlerinden doğabilecek bütün uyuşmazlıklarda hakeme başvurulmasını kapsayan ortaklık sözleşmesi hükmünün Türk Ticaret Kanunu'nun kolektif ortaklıkla ilgili hükümlerine aykırı sayılamayacağı...”na hükmetmiştir.(MOROĞLU E. Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1990, s.152)

kapsamında kooperatif ile ortaklar arasındaki uyuşmazlıklarda genel hakem şartının geçersiz olduğuna hükmedilmiştir.

14.5.2. İflasla ilişkin konular ve Tahkime Elverişlilik

iflas davalarında diğer alacaklıları korumak amacı ile iflas hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim elverişli olmadığı kabul edildiği görülmektedir¹⁰².

14.5.3. Şirketin Feshine İlişkin Hususlar ve Tahkime Elverişlilik

Kanaatimizce şirket ortakları kendi aralarında toplanarak şirketin tasfiyesine karar verebilmelerine rağmen tarafların iradelerinden çok Kanunun emredici hükümlerine tabi olan bir husus olması sebebi ile tarafların bu konudaki yargı yetkisini hakeme devretmeleri mümkün olmayacaktır.

Bahtiyara göre de bu konuda tahkime gidilemeyecektir¹⁰³.

Bu konuda yabancı hukuklar açısından verilen çeşitli kararlar mevcuttur. Bunlardan şirketin tasfiyesi ile ilgili olarak tahkime elverişlilik konusunda Finlandiya Mahkemesi tarafından verilen karar detaylı ve dikkate değerdir.

Bir kısım hissedarlar Finlandiya Şirketler Kanunu Bölüm 13 Kısım 3 (734/1978) uyarınca şirketin tasfiyesine karar verilmesi talep etmişlerdir. Anılan madde hükmü uyarınca Mahkeme hissedarlardan birisi tasfiyeyi gerektirir istisnai bir durumun varlığı halinde ve başka bir hissedarın şirket üzerindeki yetkisini suistimal etmesi sebeplerine dayanarak dava açması halinde şirketin tasfiyesine karar verebilmektedir. Kararın tartışma

¹⁰² “Tahkim şartı, kamu düzeni ile ilgili olmayan anlaşmazlıklar için geçerlidir. Kamu düzeni ile alakalı iflas davaları bu şartın dışındadır” İDD 13.2.1969, 1332/1729 İBD 1970/1-2 s. 101.

¹⁰³ BAHTİYAR, s.211

noktasının şirketin ana sözleşmesinde bulunan tahkim şartının Şirketler Kanunu 13/3 maddesini ikame edip etmediğidir.

Yüksek Mahkeme ilk olarak Şirketler Kanununun 16/4 maddesinin anasözleşmenin şirket ve hissedarlar arasındaki tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebileceğini ifade ettiğine işaret etmiştir. Buna göre çözülmesi gereken yegane sorunun taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkime elverişliliği düzenleyen genel kurallar çerçevesinde çözülmesi gerektiğini belirtmiştir.

Finlandiya Tahkim Kanunu (967/1992) Madde 2 uyarınca tarafların üzerinde anlaşarak ihtilafı giderebilecekleri bir uyuşmazlık tahkime elverişli kabul edilmektedir. Yüksek Mahkemenin karar vereceği hususun taraflar arasındaki uyuşmazlığın bu nitelikte bir uyuşmazlık olup olmadığıdır.

Yüksek Mahkemenin görüşü “tarafların üzerinde anlaşarak ihtilafı giderebilecekleri bir uyuşmazlık” davacının kamu otoriteleri ve mahkemeden bağımsız olarak tarafların aralarında yapacakları bir anlaşma ile hukuka uygun olarak çözebilecekleri bir talepte bulunabileceği bir ihtilaf anlamına gelmektedir.

Her ne kadar davacı hissedar ile davalı şirket aralarında anlaşarak şirketi tasfiyeye sokmaları mümkün olmasa da, aynı fiili durum Şirketler Kanunu 13/1 maddesi uyarınca Şirket Genel Kurulunda alınacak bir karar ile gerçekleştirilebilecektir.

Yüksek Mahkeme tasfiye işleminin bir şirketi sonlandırmak amacı taşımakta olduğunu ve bu sürecin Şirket Genel Kurulu tarafından mahkemeler ve kamu otoritelerinden bağımsız olarak gerçekleştirilebileceği kanaatine varmıştır. Öte yandan Yüksek Mahkeme Şirketler Kanunu’nun bir şirketin Şirket Genel Kurul kararı olmaksızın azınlık hissedarları veya 3. kişileri korumak için Mahkemenin bir şirketin tasfiyesine karar verebilmesini mümkün kıldığına işaret ederek mevcut olayın da bu

tür bir azınlık hissedar hakkının korunması durumunu içerdığını belirtmiştir. Şirketler Kanunu 13/3 ün amacının azınlık hissedarı diğer hissedarların şirket üzerindeki etkilerinden korumaktır.

Kanunun 13/3 maddesi azınlık hissedara şirketi tasfiye etme talebinde bulunmak yerine şirkete kendi hissesini satın almasını teklif edebilir veya bu teklif şirket tarafından hissedara yapılır. Mahkeme tarafların talebi olmaksızın bu konuda resen bir karar veremez.

Yüksek Mahkeme azınlık hakkının korunması hususunda dahi tarafların iradelerinin önemli olduğunu, her iki tarafın da tasfiyeyi kabul etmesi halinde mahkemenin tasfiyeye karar vermek zorunda olduğunu bunun yanında şirket genel kurulunun her zaman tasfiye kararı alabileceğini ve buna bir engel olmadığını gözeterek taraflar arasındaki uyuşmazlığın Finlandiya Tahkim Kanunu uyarınca tahkime elverişli olduğuna karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme tasfiye kararı sonrasında tasfiye memurlarının da hakemlerce atanıp atanamayacağı sorusuna da yine tasfiye kararının şirket genel kurulu tarafından alınması halinde tasfiye memurlarının şirket genel kurulu tarafından seçildiğini ve bu görevin hakemler tarafından yerine getiririlmemesi için hiç bir sebep olmadığına karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme ayrıca şirketin tasfiyesinin hissedarların hak ve borçlarına halel getirmeyeceğini ve 3. kişilerin de hak ve borçlarının doğrudan etkilenmediğini ve fakat uyuşmazlığa taraf olmayan hissedarların ve üçüncü kişilerin Finlandiya Tahkim Kanunu Madde 27 ve 29 uyarınca dinlenebileceğine karar vermiştir.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Castrén & Snellman <http://www.internationallawoffice.com/Information> 10 Haziran 2004

14.5.4. İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkime Elverişlilik

Daha önceleri iş hukuku ile ilgili davalarda da, işçileri korumak için iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmekte¹⁰⁵ iken 4857 sayılı İŞ KANUNU ile yapılan değişiklik sonrasında tahkim mümkün kılınmıştır.

4857 sayılı İŞ KANUNU’nun Fesih Bildirimine İtiraz ve fesih bildirim Usulünü düzenleyen 20. maddesi hükmü

*“ İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür. Feshin geçerli bir sebebe dayandığının ispatı işverene aittir. İşçi, feshin başka bir nedene dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir. Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.”*¹⁰⁶

Bu hüküm uyarınca fesih ile ilgili hususlarla sınırlı olmak üzere iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından tahkim yolu mümkün kılınmıştır.

¹⁰⁵ Akıncı, age, s 81

¹⁰⁶ 4857 sayılı İş Kanunu Madde 20

14.5.5. Fikri Haklara İlişkin İhtilaflarda Tahkime Elverişlilik

Tahkime elverişlilikle ilgili bir başka önemli konu da, fikri ve sınai mülkiyet haklarından kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Belirtmek gerekir ki, bu tür uyuşmazlıklar için konulacak tahkim şartı, sadece tarafları bağlayacak ve hakemlerin verecekleri karar, sadece tahkim anlaşmasının tarafları açısından bağlayıcı etkiye sahip olacaktır.

Bu sebeple, aralarında tahkim şartı bulunmak kaydıyla, iki firma arasındaki sınai fikri¹⁰⁷ veya sınai mülkiyet hakkına tecavüzden kaynaklanan bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkündür.

Fikri sınai haklar konusundaki sorunların başlıcası tahkim anlaşmasına taraf olmayan 3. kişilerin bu hakları ihlal etmesinden kaynaklanmaktadır.

Bununla beraber, tahkim şartına taraf olmayan üçüncü kişinin, söz konusu fikri veya sınai mülkiyet hakkına tecavüz etmesi durumunda, tahkim şartına taraf olmayan üçüncü kişiye karşı tahkim yoluna başvurulamayacaktır.

Marka, patent, endüstriyel tasarım, faydalı model veya telif haklarına tecavüzle ilgili uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar olduğundan, tahkim yoluyla da çözümlenebilir. İhtisas mahkemelerinin kurulmuş olması, tahkime başvurulmasına engel değildir.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Amerikan Hukuku'nda, telif hakları ile ilgili konularda tahkime gidilebileceği ve hakemlerin kararlarının bağlayıcı olduğu, Federal Mahkeme'nin çeşitli kararlarında açıkça ifade edilmiştir. Bu konuda örnek bir karar için bkz. Saturday Evening Post v. Rumbleseat Press, Inc., 816 F2d 1191 (7 th Cir.).

¹⁰⁸ Arkan, S: Marka Hukuku, Ankara 1998, Cilt II, s. 259

Yabancı Hukuklar açısından değerlendirildiğinde ise , International Association for the Protection of Industrial Property (IAPIP) uluslararası Endüstriyel tasarımların koruma derneği tarafından yapılan bir araştırmaya göre¹⁰⁹ 24 ülke hukuku değerlendirilmiş ve bunların hiç birisinin endüstriyel tasarım haklarına ilişkin meselelerden dolayı tahkim yoluna gidilmesini doğrudan engelleyen herhangi düzenleme olmadığı görülmüştür.

Alman Hukukuna göre patent hakkı doğrudan hakem kararı ile verilemez veya kaldırılamaz. Öte yandan hakem kararı, tıpkı mahkeme kararlarının yaptığı gibi, tarafları daha sonra bu tür fikri sınai hakları doğuracak kayıt veya iptal işlemlerine dayanak olacak bir takım belgeleri sunmaya veya beyanlarda bulunma konusunda emir vererek bu sonucu fiilen gerçekleştirebilecektir. Bu durumda hakem kararı indirek bir şekilde olsa da 3. kişileri de etkileyen bir karar vermiş olacaktır.¹¹⁰

Hollanda da ise bir fikri sınai hakkın tahkime elverişli olması mümkün olmayıp, bu konudaki yetkili mahkeme La Hey mahkemeleri olacaktır. Öte yandan bu yetki sınırlaması tarafların fikri sınai hakka tecavüzden doğan zararları tahkim yargılaması ile talep etmelerini engellememektedir.¹¹¹

Know How herhangi bir kurum tarafından kayıt altına alınmamış bir husus olması sebebi ile know how sözleşmeleri ve bu haklardan doğan uyuşmazlıklar tahkime konu olabilmelidir.

¹⁰⁹ International Association for the Protection of Industrial Property (IAPIP) Yearbook 1992/I relating to the XXXVth Congress of Tokyo in April, 1992

¹¹⁰ IAPIP Yearbook 1991/VI, p. 11.

¹¹¹ International Handbook on Commercial Arbitration, *op. cit.*, Volume II, Report on The Netherlands, Deventer, Boston, p. 7 at 3(f).

14.5.6. Ortaklığa Taşınmaz Sermaye Konulması Halinde Tahkime Elverişlilik

Ortaklığa taşınmaz sermaye konulmasından doğabilecek bir mülkiyet uyuşmazlığının tahkim yoluyla çözümünün mümkün olup olmadığı konusunda Yargıtay ile öğretideki genel eğilim arasında görüş farklılığı vardır¹¹².

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinde, hakem kararının tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklara ilişkin olması durumunda iptal edileceğini belirtirken, kanun amaç ve kapsamını düzenleyen 1. maddesinde, tahkime elverişli olmadığı için kapsam dışında kalan uyuşmazlıkları düzenlemiştir. Buna göre, "Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz".

Yukarıda da açıklandığı gibi aslında bu husus tarafların iradesine bağlı ve üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konudan kaynaklanan uyuşmazlık olduğu için doktrinde de savunulduğu üzere tahkime elverişli sayılmalıdır.

Gayrimenkulün şirkete sermaye olarak konulması durumunda da bu durumdan kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından konunun tahkime elverişliliği konusunda bir değişiklik olmayacaktır. .

¹¹² Yargıtay 15. HD. T. 13. 12. 1990, E. 4306, K. 5480 sayılı kararında taşınmaz mülkiyetinin devrine (taşınmazın aynına) ilişkin davalarda tahkim sözleşmesi yapılamayacağı görüşündedir. KURU ise, HUM K 13 hükmünün tahkim ile bir ilgisinin bulunmadığını ve taşınmaz davalarında da tarafların dava konusu üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe tasarruf edebileceklerini belirterek Yargıtay'ın görüşüne katılmamaktadır. ALANGOYA, s. 83'te de taşınmaz davalarında tahkim geçerli sayılmaktadır.

15.Hissedarlar Sözleşmesi Açısından Tahkime Elverişlilik

15.1. Hissedarlar Sözleşmesinden doğan hak ve borçların sirayeti

Hissedarlar sözleşmesinin tarafları, sözleşme yapıldığı sırada pay sahibi olan kimselerdir.

Anonim şirket hissesinin devri ile paya bağlı ortaklık hakları, payın devredildiği kişiye geçecektir. Payın eski sahibi ile diğer ortaklar arasında yapılmış olan pay sahipleri sözleşmesi bu sözleşmeye taraf olmayan 3. kişiyi bağlamayacaktır. Yine aynı şekilde sözleşmenin içinde bulunan tahkim şartı da yeni pay sahibini bu sözleşmenin tarafı olmaması sebebi ile bağlamayacaktır.

Hissedarlar sözleşmesine bağlı taraf sıfatının devri için, sözleşmeden doğan hak ve borçların alacağın temlik ve borcun nakli hükümlerine göre üstlenilmesi gerekir¹¹³.

Aksi takdirde hissedarlar sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükler payın devri ile sirayet etmeyecektir.¹¹⁴ Uygulamada taraflar payı devredecek kişiye payı devralan kişinin hissedarlar sözleşmesine katılarak taraf olmasının sağlama yükümlülüğü getirirler.

Payı devralan pay sahibinin pay sahipleri sözleşmesine taraf olması şartı esas sözleşmeye ancak bir bağlam hükmü çerçevesinde konulabilir¹¹⁵

15.2. Hissedarlar Sözleşmesinde bulunan Tahkim Şartının Yeni Pay Sahibini Bağlaması

Hissedarlar Sözleşmesindeki tahkim şartının yeni pay sahibini bağlaması açısından alacağın temlik hükümlerini ve pay

¹¹³ Oğuzman/Öz, s. 891.

¹¹⁴ Moroğlu, s. 69.

¹¹⁵ Bkz. §5 III B 3 f (6).

sahipleri sözleşmesinin adi şirket hükmünde olması ayrımını incelemek gereklidir.

Hissedarlar Sözleşmesinin Adi Şirket hükmünde kabul edilmesi durumunda yeni pay sahibinin bu şirkete ortak olarak girmesi durumunda adi şirket sözleşmesi vasfında olan Hissedarlar Sözleşmesine taraf olduğu kabul edilecek ve kendisini MK 532 uyarınca şirkete kabul eden diğer ortaklar ile arasında açık bir sözleşme yapılmış olacaktır. BU durumda yeni pay sahibi sözleşmede bulunan tahkim şartını da açıkça kabul etmiş bulunacağından tahkim iradesi ortaya konulmuş olacaktır. Böylelikte tahkime elverişli bulunan konularda yeni pay sahibi de yargılama hakkını hakemlere tevdi etmiş olacaktır.

Pay sahipleri sözleşmesinin adi şirket oluşturmadığı durumlarda ise payın devri ve hissedarlar sözleşmesine taraf olma ilişkisine alacağın temliki hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda da yeni pay sahibinin pay sahipleri sözleşmesine katıldığını açıkça beyan etmesi gerekecektir. Başka hususlarda açık beyan aranmayıp yeni pay sahibinin bu sözleşmeyi bildiğini gösteren deliller sonucu sözleşmenin muhtelif hükümleri ile bağlı olduğunun kabul edildiği haller tahkim iradesinin açıkça ortaya konulması gerektiği için 3. kişi hükmünde olan yeni pay sahibi açık tahkim iradesi olmadığı için bu sözleşmenin, en azından, tahkim ile ilgili kısmına taraf olmayacaktır.

Yukarıda ki örneklerin aksi durumlarda ise tahkim iradesi olmayacağından yeni pay sahibinin 3. kişi olması hasebi ile tahkime taraf olması mümkün olmayacaktır.

Aşağıda incelenen Yargıtay kararlarından da, tahkim anlaşmasının 3. kişilere sirayeti son derece sınırlı olarak sayılmıştır.

Yargıtay¹¹⁶ tahkim anlaşmasının 3. kişileri bağlaması konusundaki görüşünü yansıtan bir kararında, gönderen davacı ile alıcı-gönderilen arasında bir tahkim anlaşması olmamasına rağmen TTK.nun 1110/1. maddesi uyarınca, taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki münasebetlerde konşimento esas olacağından ve mevcut konşimentonun 24. maddesinde, "'Konşimento kapsamında nakliyeciyeye yöneltilecek herhangi bir talep, İngiliz Yasalarına göre ve sadece Londra'daki Yüksek Adalet Mahkemesi nezdinde karar altına alınacaktır.'" şeklindeki tahkim şartı sebebi ile, davacının sigortalısı, konşimentonun şartları ile de bağlandığı kanaatine varmıştır.

Yargıtay Davacı arsa sahibinin, eksik işler bedeli ile cezai şartın tahsili talebinde bulunduğu bir hakem yargılaması sonucunda verilen kararın esası ile ilgili olarak inceleme yapmış ve karar tesis etmiştir. ¹¹⁷ Dava, alım-satım sözleşmesinin teminatı olarak düzenlenen ve davalıya verilen teminat mektuplarıyla teminat çeklerinden dolayı borçlu bulunmadığının tespitine ilişkin menfi tespit davasında, tahkim şartının bir sözleşmenin taraflarının, bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları bir anlaşma olduğunu tahkim şartını içeren sözleşmenin, davacı şirket ile davalı arasında imzalandığını ve bu nedenle tahkim şartının sözleşmenin tarafı olmayan davalı banka M... Corp'a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesinin esas olduğunu, Tahkim anlaşmasının istisnai bir nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağladığı. Aksi düşünce Anayasanın 9. maddesinde teminat altına alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerde

¹¹⁶ T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2004/189 K. 2004/9234 T. 4.10.2004

¹¹⁷ T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2006/2961 K. 2006/4723 T. 24.7.2006

kullanılacağına ilişkin kurala ve tabii hakimde yargılama hakkına aykırı düşer.¹¹⁸

Yargıtay bir başka kararında Şirket ana sözleşmesine konulan tahkim şartı gereğince nama yazılı pay senetlerinin mirasçılar adına pay defterine yazımı isteminin, hakemlerce çözülmesi gerektiğine karar verilmiştir¹¹⁹

16.Tahkime Elverişliliği İnceleyecek Makam

4686 sayılı kanun açısından bu yetkinin açıkça mahkemelerde olduğunu bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına hakemlerin karar vermelerinin Türk Hukuku açısından mümkün olmadığını yukarıda incelenmişti.

. Pratik anlamda bir hakem kararının tenfizi sırasında mahkemenin resen tahkime elverişliliği gözeteceği muhakkak olduğundan tahkime elverişlilik bulunmayan bir durumda hakemler tahkime elverişliliğe karar verseler dahi kararı tenfiz etmek mümkün olmayacaktır.

Bu konuda yabancı ülke hukuklarında ilginç örnekler vardır. 4 Mart 2003 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi 2. Dairesi avukatlık ücretine ilişkin bir konunun tahkime elverişliliğine hakemin değil ve fakat mahkemenin karar vermesine hükmeden Bölge Mahkemesi kararını bozmuş ve tahkime elverişliliğe hakemin karar verebileceğine karar vermiştir.¹²⁰

¹¹⁸ T.C. YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ E. 2003/2654 K. 2004/2603 T. 11.3.2004

¹¹⁹ T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 1983/1595 K. 1983/1780 T. 7.4.1983 sayılı kararı

¹²⁰ <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=80254> The Shaw Group Incl, Stibe & Webster, Inc., and Stone & Webster Asia, Inc. v. Triplefine International Corporation

17.Tahkime Elverişlilik Konusunun Hakem Kararının Sıhhati Açısından Değerlendirilmesi

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesi ile görevli Hakem Heyeti tahkime objektif veya sübjektif elverişsizlik olmasına rağmen uyuşmazlık hakkında karar verecek olursa bu hakem kararının sıhhatini nasıl etkileyecektir?

Bu durumda Kanunun açık hükümleri gereğince hakem kararı sıhhatli olmayacak ve tabi olduğu yargılama usulüne göre iptale veya bozulmaya konu olabilecektir.

18.Tahkime Elverişlilik Konusunun İptal Sebepleri Açısından Değerlendirilmesi

Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca Hakem kararına karşı iptal davası açılması Anonim Şirketlerin taraf olacağı tahkim anlaşmaları açısından son derece önemlidir. Zira MTK da sayılan iptal sebeplerinin gerçekleşmesi halinde verilen hakem kararının hiçbir önemi olmayacak zira karar iptale konu olacaktır.

Bu sebeple kısaca iptal sebeplerine ve bunların Anonim Şirketler tarafından akdedilecek tahkim anlaşmaları açısından önemine değinmek yerinde olacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi iptal sebepleri sayarak ile sınırlamıştır. Bu sebepler dışında kalan bir gerekçe ile hakem kararının iptal edilmesi söz konusu olmayacaktır.

İptal sebeplerinin değerlendirilmesi açısından ise son derece önemli bir başka nokta karşımıza çıkmaktadır; MTK “Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması” durumunu iptal sebebi olarak saymıştır.¹²¹

¹²¹ Milletlerarası Tahkim Kanunun 15/A,2,a maddesi

19.Mahkemece Resen Dikkate Alınacak İptal Sebepleri

19.1. Uyuşmazlığın Türk Hukukuna Göre Tahkime Elverişli Olmaması

MTK'nın 15/2-a maddesine göre; hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk Hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı belirlenmesi durumunda hakem kararı iptal edilecektir. Kanunun, “amaç ve kapsam” başlığını taşıyan 1. maddesine göre; “Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlıklar tahkime elverişli olmadıkları için kanunun kapsamı dışındadır”.

Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü konusunda Türk Mahkemelerinin kamu düzenine dayanan yetkisi vardır. HUMK’un 13. maddesine dayanan bu yetki kesin yetki kuralıdır. Bu nedenle uyuşmazlığın taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin olması durumunda tahkim yoluna başvurulamayacaktır. Tescil davası, tahkim ve izale-i şüyu ve irtifak davaları buna örnek olarak verilebilir.

20.Kamu Düzeni Kavramı

Yukarıda açıklandığı üzere tahkime gidilebilen hususlar dışında kalan tarafların serbestçe bunlar dışında kalan hususlar ise tahkime elverişli olmayan hususlar olduğundan bunlara ilişkin uyuşmazlıkların hakem marifeti ile halli imkânı tanınmamıştır.

Tarafların iradesi dışında kalıp kamu düzenini ilgilendiren hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi mümkün olmayacaktır

Kamu düzeni bir Devlet için temel teşkil eden emredici kurallardan oluşmalıdır. Uluslararası seviyede, kamu düzeni kavramı yaklaşımı daha az kısıtlayıcıdır. “Uluslararası kamu düzeni” tanımı konusunda genel bir anlaşma bulunmamasına

rağmen, bir Devletin hiçbir şekilde vazgeçemeyeceği prensiplere atıf yapılır.

Kamu düzeninin konu, zaman, nitelik, yer bakımından sürekli değişkenlik göstermekte olduğu ve bu sebeple kamu düzeni kavramının tam bir tanımını vermenin mümkün olmadığı doktrinde pek çok yazar tarafından ifade edilmiştir.¹²²

Kamu düzeninin bir hakem kararının tenfizi açısından taşıdığı önem, hakem kararının Türkiye’de icra edilmesinin kamu düzeni açısından olumsuz etkisi bulunup bulunmamasına bağlıdır.

Gerçekten de tarafların üzerinde sulh olma imkânına sahip oldukları ticari meta olan gayrimenkullerin aynına ilişkin bir uyuşmazlık hakkında verilen kararın tarafların dilediği kişilerce tahkim yolu ile çözülmeye elverişli olmaması kabul edilemez bir yaklaşımdır.

Kanun Koyucunun gayrimenkulün aynına ilişkin konuları bir egemenlik göstergesi yapmasına rağmen bu konunun aslında tarafların üzerinde rahatça tasarruf edebilecekleri ve sulh olmak sureti ile diledikleri gibi sonuçlandırabilecekleri bir konu olması ilgi çekicidir.

Tahkime elverişliliğin pratik olarak denetlendiği aşama kararın tenfizi için mahkemeye başvurulması aşamasıdır.

Bu noktada kamum düzeni başka bir anlam kazanmakta ve pratikteki anlamı, olması gerekenden farklı bir noktaya varmaktadır.

Milletlerarası Tahkim kapsamında Kamu Düzeni, hakem kararının tenfizine karşı New York Konvansiyonu bazında bir

¹²² Edis, Seyfullah, medeni hukuka giriş ve başlangıç Hükümleri, Ankara 1993, s 157, Yörük A. Kemal, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 1950 s 142, Dayınlarlı Kemal, Milli Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime etkileri, Ankara 1994 s 7, Gökyayla, Demir Cemile, yabancı Mahkeme Kararlarının tanınması ve tenfizinde Kamu Düzeni s 24

savunma olarak kullanılabilen bir enstrüman olarak göz önünde bulundurulur. Bu nedenle bu mesele ancak tahkim prosedürünün en sonunda gündeme gelir. Tahkime elverişlilik bakımından Kamu Düzeni, ancak – tenfize karşı hala bir savunma olsa da – tahkimin en başı ve temeliyle; tahkim anlaşması ve tahkim şartıyla ilgilidir.”

123

Bu bağlamda bir tenfiz engeli olarak Kamu düzeni ile New York Sözleşmesi tahkime elverişlilik açısından aşağıda değerlendirilmiştir.

21.Uluslararası Ticari Hakem Kararlarının Tenfizi

Uluslararası Ticari Tahkim alanında uyulması gereken ilkeleri düzenleyen New York Sözleşmesi tenfiz şartlarını sayarken tahkime elverişlilik konusundan da bahsetmiştir.¹²⁴

Tahkime elverişlilik konusunda pratikte ortaya çıkan en önemli sonuç verilen hakem kararının tenfiz edilip edilememesidir.

Kaybeden tarafın hakem kararını gönüllü olarak yerine getirmesi halinde hakem kararının geçersiz olması sonuç açısından önemli olmayacaktır. Bilindiği üzere milletlerarası hakem kararlarının büyük bir çoğunluğu gönüllü olarak yerine getirilmektedir¹²⁵.

Genellikle kaybeden taraf ticari itibarı açısından uyuşmazlığın mahkemelere taşınmasını istememekte ve ciddi bir hata olmadıkça mahkemeye başvurmamaktadır.

123 "Public Policy and Arbitrability," in: Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICC A Congress Theory No.3, VIIIth International Arbitration Congress New York, May 6-9, 1986, Deventer-Antwerp-London-Frankfurt-Boston-New York, 1987, p. 177 et seq., esp. p. 178.

124 Cemal Şanlı, Uluslar arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İkinci Bası Nisan 2002, s 266

125 For a substantiation of this statement see, for example, Redfern, A., Hunter, M., Law and Practice of International Commercial Arbitration, London 1999 (3rd ed.), pp. 443ff

Tahkime elverişlilik ve şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim açısından en önemli hukuki belgelerden bir tanesi de şüphesiz 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Birleşmiş Millet Konvansiyonu'dur.

Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Birleşmiş Millet Konvansiyonu (Uygulama ve Doktrindeki kısa adı ile "New York Anlaşması") ("New York Anlaşması") teşvik eden başlıca milletlerarası enstrüman olan Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Birleşmiş Millet Konvansiyonu'nun ("New York Anlaşması") uluslar arası politik mutabakat ile güçlenme ihtiyacındadır.

Şirketler Hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık hakkında yapılan tahkim yargılaması sonucu verilen hakem kararı yerel mahkemece tanınmadığı ve infaz edilmediği sürece pratik olarak çok az bir değere sahip olacaktır.

Bu bakımdan, New York Konvansiyonu son derece önemlidir. Konvansiye imza koyan ülke sayısı 135'tir. Ancak Pakistan sadece imza koymuş fakat ratify etmemiştir.

Bazı sınırlı istisnaların dışında ulusal mahkemelerde yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını ve tenfizini sağlamaktadır.

Ancak, bu istisnaların yorumlanması ve uygulaması geniş bir değişkenlik göstermektedir. Ulusal mahkemelerde bilgisizlikten, önyargıdan ve yolsuzluktan kaynaklanan değişken yorumlar, genellikle şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim kararlarının reddedilmesine ve konvansiyonun ve buna bağlı olarak tahkim yargılamasına taraf olan şirket hissedarların haklarının ciddi şekilde zarar görmesine sebep olmaktadır.

Bu durum özellikle gelişen ülkelerde akut durumdadır ve bu ülkelerde yatırımları bulunan ülkeler üzerindeki etkisi de göz önüne alındığında geniş bir zarar meydana geldiği açıktır.

New York Sözleşmesinin Uygulanmasındaki bu tür aksaklıklar yabancı yatırımlar ve pazar güvenilirliği tahrip edici bir etkiye sahiptir.

New York Sözleşmesi'ni onaylayan 3731 sayılı Kanun'un 2.maddesinde "*Türkiye Cumhuriyeti Yalnız akdi veya akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağını beyan*" etmiştir.

Görüldüğü gibi, Türkiye Cumhuriyeti'nin 3731 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yer alan ve "*milletlerarası hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi için hakemler önünde görülen davanın Türk Hukuku'na göre ticari dava niteliğinde olması*" şartını içeren beyanı, kural olarak, New York Sözleşmesi m.V, f.2 (a) bendinde yer alan "*ihtilaf mevzuunun hakemlik yolu ile halle elverişli*" olması açısından da son derece önemlidir.

New York Sözleşmesi'nin V. Maddesinin 2. fıkrası (a) bendi hükmüne göre "*tanınma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin (kanununa) göre ihtilaf mevzuunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması*" halinde yabancı hakem kararını tanıma ve icra talebi yetkili mahkeme tarafından reddolunabilir.¹²⁶

¹²⁶ 1958 tarihli New York Sözleşmesi Madde V fıkra 2

22.Sonuç

Tahkim ihtilafların çözülmesinde Devlet yargısına bir alternatif olarak çeşitli göreceli avantajlara sahiptir.

Kanun koyucu Taraflara bir takım sınırlamalar dâhilinde olmak üzere aralarındaki ihtilafları diledikleri gibi çözme serbestisi tanımıştır.

Öte yandan bazı hususlar yabancı hukuklarda daha geniş bir serbesti içinde değerlendirilirken özellikle Anonim Şirketler açısından bakıldığında Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği sistemin bazı noktalarda, örneğin genel kurula kararlarının iptali gibi, tahkim müessesinin kullanımını imkânsız kılması sebebi ile tahkime gitmek mümkün olmamaktadır.

Tahkim uygulaması Anonim Şirketler açısından hızlı hareket edilmesi ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile getirilen yenilikler sebebi ile daha çok gelişecektir.

Tahkim Şartının Anasözleşme öncesi dönemde taraflar arasındaki ihtilafların halli için kullanılması, Anasözleşmeye yazılarak yukarıda açıklandığı üzere belli sınırlar içinde kullanılması ve Pay sahipleri sözleşmesine dercedilerek ortaklar arasındaki sözleşmesel problemlerin çözümünde kullanılması mümkün olacaktır.

Küreselleşen dünyada ticaretin hızına ayak uydurmak ve yabancı sermayenin kendisini daha rahat hissedeceği uyumsuzluk çözüm yolu olan tahkimin Şirketler Hukuku alanında daha çok ve rahat kullanılması için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

23.

Kaynakça

AKINCI, Z: *Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2003

ANSAY, S, Ş: *Hukuk Yargılama Usulleri*, 6. Bası, Ankara 1960.

ARKAN, S: *Marka Hukuku*, C. II, Ankara 1998.

BAHTİYAR, M: Anonim Ortaklık Ana sözleşmesi, İstanbul, 2001

BİRSEL, M.T/ BUDAK, A. C. Ç: ‘*Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler- Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği*’ Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum Bildiriler Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 11 Nisan 1997, Ankara 1997.

BİRSEL, M. T: ‘*Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye*’, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, S.1, İzmir 1980 (Ticari Tahkim ve Türkiye)

CASTREN D, SNELLMAN, A: [http:// www. lawoffice.com / Information](http://www.lawoffice.com/Information)

ÇELİKEL, A: *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2000.

DAYINLARLI K: HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997

DAYINLARLI, K: Milli Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime etkileri, Ankara 1994

DEREN YILDIRIM, N. Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul Mayıs 2004,

DOĞANAY, İ: *Türk Ticaret Kanunu ile Tatbikat Kanunu ve Tahkim Müessesesi*, Ankara 1964.

DOMANIÇ, H: *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul 1988.

EDİS, S: *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1993

ERDEMİR, İ: *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 1998.

EREN, F: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2001.

ERTEKİN, E/KARATAŞ, İ: *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Ankara 1997.

GÖKYAYLA, DEMİR C: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*

INIGO, Q, DE NADAL, E: *Spanish International Arbitration and Comperative Law Journal*

KALPSÜZ, T: *Birleşmiş Milletler Milletlerarası ticaret Hukuku Komisyonun Tahkim Hükümlerine Göre Cereyan Eden Tahkim*, Ankara 1990 (Birleşmiş Milletler).

KESER BERBER, L: *Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu*, İstanbul Haziran 2001 s. 1

KESER BERBER, L: E-imza ve adi senetler, <http://turk.internet.com/haber/yaziyaz.php>

KILIÇOĞLU, A: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Ankara 2001.

KURU, B: *Hukuk Usulü Muhakemeleri*, 6. Bası, İstanbul 2001.

LİNDFORS, P: *Nordic Journal of Commercial Law*, 2003

MOROĞLU, E: *Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği*
Oğuzman'a Armağan

NOMER, E: *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 2000.

NOMER, EKŞİ, ÖZTEKİN: *Milletlerarası Tahkim İstanbul*, 2003 (II. Bası)

OĞUZMAN, K: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul (1995)

OĞUZMAN, K: Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali, İ.B.D. 1955, Sayı 6,

OKUTAN NILSSON, G Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmesi, İstanbul 2003

OLGAÇ, S: *Kazai ve İlmi İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Ankara 1976.

POSTACIOĞLU, İ: *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975.

RAESCHKE, KESSLER, H: [http://www.germanlawjournal.com/article No. 3](http://www.germanlawjournal.com/article%20No.%203)

REDFERN, A., HUNTER, M: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London 1999 (3rd ed.)

REİSOĞLU, S: *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, İstanbul 1995.

ŞANLI, C: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986 (Esasa Uygulanacak Hukuk)

ŞANLI, C: *21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku*, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 1990.

ŞANLI Cemal, Uluslar arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İkinci Bası Nisan 2002

TEKİNALP, G: *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 1999.

ÜSTÜNDAĞ, S: *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000 (Medeni Yargılama).

ÜSTÜNDAĞ, S: *Medeni Usul Hukukunda Kanunu Yolları ve Tahkim*, İstanbul 1968.

ÜSTÜNDAĞ, S: ‘ ‘ *Yabancı Hakem Kararı Kavramı* ’ ’, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984.

ÜSTÜNDAĞ, S: ‘ ‘ *Tahkim ve Özellikle Uluslar arası Tahkim* ’ ’, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu, 5,6,7,8 Nisan, İzmir 2000.

IAPIP Yearbook 1991/VI

International Association for the Protection of Industrial Property (IAPIP) Yearbook 1992/I relating to the XXXVth Congress of Tokyo in April, 1992

International Handbook on Commercial Arbitration, op. cit., Volume II, Report on The Netherlands, Deventer, Boston

Washington University Law Quarterly 3, 1996, 637-712, p. 652.

<http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=80254> The Shaw Group Incl, Stibe & Webster, Inc., and Stone & Webster Asia, Inc. v. Triplefine International Corporation

[www.iclg.co.uk.iclg](http://www.iclg.co.uk/iclg). A practical insight to cross-border International Arbitration work