



Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Tarafından Yapıldığına İlişkin İddiaların Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

The Allegations on Representative's Lack of Authority to sign an Arbitration Agreement and Good Faith

Mehmet Murat Inceoğlu* , Cemile Demir Gökyayla** 

Öz

Bazı hukuk sistemlerinde vekilin asil adına tahkim anlaşması yapabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir. Milletlerarası tahkim uygulamasında, özel olarak yetkilendirilmeyen kişilerce imzalanan tahkim anlaşmalarına dayanarak dava açılmaktadır. Bu davalarda, davalı, tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin bu konuda özel olarak yetkilendirilmediğine dayanarak tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia edebilmektedir. Hakemler, yetkisiz temsilci tarafından imzalanan tahkim anlaşmasının dürüstlük kuralından hareketle geçerli olduğuna karar vermektedir. Hakem kararının Türkiye'de tenfizi talep edildiğinde tenfize itiraz eden davalı tahkim anlaşmasının yetkisiz kişilerce imzalandığına dayanarak tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmektedir. Bu durumda, hâkim yetkisiz temsile uygulanacak hukuku tespit etmelidir. Yargıtay, Türk hukukunu uyguladığı bazı kararlarında tahkim anlaşmasını imzalayan kişi tahkim anlaşması yapmak için özel olarak yetkilendirilmemişse yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizini reddetmiştir. Bazı Yargıtay kararlarında ise tahkim anlaşmasının yetkisiz kişilerce imzalandığının tahkimde hiç ileri sürülmemiş ilk defa Türkiye'de tenfiz davasında ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu sonucuna varılmış ve hakem kararları tenfiz edilmiştir. Tahkim anlaşmasının yetkisiz kişi tarafından imzalanması gerekçesiyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna ilişkin iddialar hem hakem heyetleri hem de tenfiz ya da iptal davasına bakan mahkeme tarafından dürüstlük kuralı dikkate alınarak incelenmelidir. Somut olayın özelliğine göre katlanma temsili veya görünüşte temsil olduğu sonucuna varılabiliyorsa tahkim anlaşmasının asili bağladığı sonucuna varılmaz.

Anahtar Kelimeler

Tahkim, Temsil Yetkisi, Katlanma Temsili, Görünüşte Temsil, Tenfiz, Tahkim Anlaşması

Abstract

In a number of the jurisdictions, including Turkey, any representative needs to have a special authority to enter into an arbitration agreement on behalf of the principal (TTC Art 504/3). It is not rare that, in respect of the international commercial contracts, the representative lacks the required special authority to sign the arbitration agreement under the applicable law. Once the arbitration commences, the principal (respondent) objects to the tribunal jurisdiction based on the representative's lack of special authority. In many instances, the international arbitral tribunals reached the conclusion that the arbitration agreement is valid and binding on the principal as the principal's behaviors during the contract negotiations, thereafter and in arbitration proceedings violate the good faith principle. Once the tribunal decides that they have the jurisdiction, they issue an award on the merits. The unsuccessful principal does not comply with the award voluntarily, and either starts annulment proceedings in the seat of arbitration or resists in the enforcement

* Mehmet Murat Inceoğlu (Prof.), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: murat.inceoglu@bilgi.edu.tr
ORCID: 0000-0001-6452-5226

** Sorumlu Yazar: Cemile Demir Gökyayla (Doç. Dr.), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.
E-posta: cemile.gokyayla@bilgi.edu.tr ORCID: 0000-0001-6506-9808

Atf: Inceoglu MM, Demir-Gökyayla C. "Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Tarafından Yapıldığına İlişkin İddiaların Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Değerlendirilmesi" (2020) 40(1) PPIL 401. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0021>



proceeding based on the invalidity of the arbitration agreement because of the lack of the special authority. The state court should first determine the law applicable to the representation. The Turkish Supreme Court, in a number of cases, applied Turkish law to representation, and refused the enforcement of the award based on the grounds that the arbitration agreement is invalid because of the lack of the special authority. In its recent cases, the Supreme Court enforced the awards based on the fact that the principal did not raise the lack of authority argument in the course of the arbitration proceedings. The Supreme Court concluded that raising the special authority argument for the first time in the enforcement proceedings before the Turkish courts is against the good faith principle. Turkish law well recognizes the apparently authority. Therefore; the principal may be bound by the arbitration agreement if the conditions of the apparent authority have been met.

Keywords

Arbitration, Special Authority, Apparently Authority, Arbitration Agreement, Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Extended Summary

Article 504 of the Turkish Code of Obligations requires a representative who signed an arbitration agreement to have a special authority to sign the arbitration agreement on behalf of the principal. Not only Turkish law, but other jurisdictions, for example Switzerland and the United Arab Emirates, require the representative to have the special authority to sign arbitration agreement. In a number of international arbitration cases, once the counter party started the arbitration, the principal objected to the tribunal jurisdiction based on the fact that the signatory lacked the required special authority to sign the arbitration agreement under Turkish law. Although the arbitral tribunal dismissed the objection based on the principles of good faith, apparent authority, obligation to tolerate or inconsistent behaviors of the principal, the unsuccessful respondent does not comply with the award voluntarily and applies for annulment of the award in the seat of arbitration or raises the same lack of special authority objection before the enforcement court. Ultimately, the state courts decided regarding the arbitration agreement signed by the unauthorized representatives.

The state court should first determine the law applicable to the representation of the principal. There are different approaches to the law applicable to the representation. Some international arbitral tribunals and Turkish scholars are of the opinion that the law applicable to the representation is the law applicable to the arbitration agreement. Some of the Turkish scholars stated that the Turkish court should apply the conflict of law rules provided in Art. 30 of the Turkish International Private and Procedural Law to determine the law applicable to the representation, which we concur with.

Art. 30 states that; “(1) *The representative authority which arises from the legal relation between representative and principal is subject to the law which governs the relation between the parties.* (2) *The conditions required to place the principal under commitment against third parties with an act committed by the representative are subject to the law of the representative’s work place. In cases where the representative does not have a work place or where third parties are unaware of such work place or*

where the representative authority is used beyond the work place, the representative authority is subject to law of state where the authority is virtually practiced. The relation between the parties in case of representative without authority is also subject to this provision. (3) If there is an employment relation between the representative and principal, and if the representative does not have a work place, the representative authority is governed by the law of state where the work place of principal is located.”¹ The last sentence of Paragraph 2 provides the law applicable to unauthorized representation. Therefore, the law governing the special authority requirement for arbitration agreement is the law of the representative’s work place.

In some cases, the Supreme Court applied Turkish law to the representation of the principal, and concluded that the arbitration agreement is invalid as the validity of the arbitration agreement is separable from the main agreement. Therefore, even if the main agreement became binding on the principal, as the principal performed the obligations under the main agreement, this does not validate the arbitration agreement². In these decisions, the Supreme Court did not discuss the effect of the good faith principle provided under Article 2 of the Turkish Civil Code on the belated objection by the principal at the enforcement stage.

In its recent decisions, the Turkish Supreme Court stated that extending the objection of the invalidity of the arbitration agreement based on unauthorized representation should be first raised before the arbitral tribunal. If not, the belated objection before the enforcement court was against the good faith principle if the contract was performed by the parties.³ The question is if the tribunal concludes that the arbitration agreement is binding on the principal, as the objection based on lack of authority is against good faith whether the enforcement court should consider the good faith principle at the enforcement stage and reject the principal objection.

There are some Turkish lower court decisions which concluded that the arbitration agreements are valid based on the good faith principle. Turkish law recognizes the principles of the apparent authority and obligation to tolerate based on the good faith principle provided under Art 2 of the Civil Code. Therefore, under Turkish law, the principal may be bound by the arbitration agreement if the conditions of the apparent authority have been met.

1 “Act on Private International and Procedural Law (Act No. 5718) translated by Stephan Wilske and Ismael Esin” (Jafbase, Base de Données du DIP Applicable Devant le JAF Français) <<http://jafbase.fr/doc/Asie/Turquie/Private%20international%20law%20Turkey.pdf>> Erişim Tarihi 18 April 2020.

2 Yargıtay 19 HD, 3763/4764, 01.05.2003; Yargıtay 19 HD, 7618/15719, 23.12.2015; Yargıtay 11 HD, 5901/3203, 23.03.2010; Yargıtay 19 HD, 380/5114, 21.05.2007; Yargıtay HGK, 742/82, 22.02.2012.

3 Yargıtay 19 HD, 7618/17519, 23.12.2015; Yargıtay 11 HD, 6774/375, 09.04.2004; Yargıtay 11 HD, 9903/1170, 13.02.2001; Yargıtay 15 HD, 6273/638, 26.10.2017.

Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Tarafından Yapıldığına İlişkin İddiaların Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

I. Giriş

Türk Borçlar Kanunu'nun 504. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, vekilin asil adına tahkim anlaşması yapabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir. Yargıtay, tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin tahkim anlaşması yapmak için özel olarak yetkilendirilmediği hallerde yabancı hakem kararının Türkiye'de tanınması ve tenfizini reddetmiştir.⁴ Bazı kararlarda ise tahkim yargılamasında davalı tarafın tahkim anlaşmasının yetkisiz bir temsilci tarafından yapıldığının ileri sürülmemiş, ilk defa Türkiye'de tenfiz davasında ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu sonucuna varılmış ve hakem kararları tenfiz edilmiştir.⁵

Temsilcinin tahkim anlaşması yapmak için özel olarak yetkilendirilmesi gereği sadece Türk hukukuna özgü bir durum değildir. Benzer düzenlemeler, örneğin, İsviçre ve Birleşik Arap Emirlikleri hukuklarında da bulunmaktadır. Gary Born, bu yöndeki yasal düzenlemeleri çağa uygun olmayan hükümler olarak nitelendirmiştir.⁶

Nitekim çeşitli devlet mahkemelerinde ve milletlerarası hakem kararlarında, tahkim anlaşması imzalayan kişinin yetkisiz olduğunun iddia edildiği hallerde, yetkili hukuk uyarınca bu temsilcilerin tahkim anlaşması yapma yetkisi olmasa bile, tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiası çelişkili davranış yasağına ve dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı olduğu için veya asil tarafından tahkim anlaşmasına icazet verildiği gerekçesiyle tahkim anlaşmasının geçerli olduğu sonucuna varılmıştır.⁷

Yetkisizlik itirazının hakem heyeti huzurunda ileri sürülmesine rağmen hakem heyetleri, tahkim anlaşmasının geçerli olduğu sonucuna varıp uyuşmazlığın esası hakkında karar vermektedirler. Bu hakem kararlarının da Türkiye'de tanınması ve tenfizi talep edilmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, bazı Yargıtay kararlarında, tahkim yargılamasında temsilcinin yetkisiz olduğu gerekçesiyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu ileri sürülmüş olması şartıyla -hakemler tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermiş olsa bile- tenfiz hakiminin temsilcinin yetkisiz olduğu gerekçesiyle tenfizi reddetmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir ifadeler yer verilmiştir. Kanımızca, yetkisizlik itirazıyla karşılaşan iptal veya tenfiz davasını görmekte olan mahkemeler temsilcinin yetkisiz olması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını, dürüstlük kuralı çerçevesinde de değerlendirilmelidir.⁸

4 Yargıtay 19 HD, 3763/4764, 01.05.2003; Yargıtay 19 HD, 7618/15719, 23.12.2015; Yargıtay 11 HD, 5901/3203, 23.03.2010; Yargıtay 19 HD, 380/5114, 21.05.2007; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat Kitapçılık, 2020) 391

5 Yargıtay 11 HD, 6774/3751, 09.04.2004; Yargıtay 11 HD, 9903/1170, 13.02.2001 tarihli; Akıncı (n 4) 394

6 Gary Born, *International Commercial Arbitration* (2nd edn, Wolters Kluwer, 2014) 736

7 Born (n 6) 734

8 Tahkim anlaşması imzalama yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Fatih Işık, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2015)

Bu çalışmada, konuya sadece doğrudan iradi temsil açısından yaklaşmıştır. Kanuni temsil yetkisi çalışmamızın kapsamı dışındadır. Aynı şekilde, tüzel kişilerin organları vasıtasıyla temsil edilmesi ve devletlerin temsili de bu çalışmada özel olarak tartışılmamıştır. Çalışmamız, iradi temsilcinin tahkim anlaşması yapmak için kanunen özel olarak yetkilendirilmesi gerektiği hallerde konunun dürüstlük kuralı çerçevesinde ele alınmasıyla sınırlı tutulmuştur.⁹ Bununla birlikte görünüşte ve katlanma temsiline ilişkin olarak aşağıda yaptığımız açıklamalar niteliğine uygun düştüğü oranda tüzel kişilerin organları vasıtasıyla ve devletin temsiline de uygulanabilir.

II. Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Tarafından Yapıldığı İddiasının Tâbi Olduğu Hukuk

Hakem kararının iptal veya tenfizi davasında davalının, tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci vasıtasıyla imzalandığı için geçersiz olduğunu iddia etmesi hâlinde hâkimin, öncelikle, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, temsil yetkisine uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekir.

A. Yetkisiz Temsile Uygulanacak Hukuk

İradi, doğrudan temsil yetkisine uygulanacak hukuk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un¹⁰ 30'uncu maddesinde düzenlenmektedir. 30'uncu maddede, iç ve dış temsil ilişkileri farklı bağlama kurallarına bağlı tutmuştur.¹¹ MÖHUK'un 30'uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca, “*temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir*”. Bu kanunlar ihtilafı kuralı, iç temsil ilişkisine uygulanacak hukuku düzenlemektedir.¹² Temsil olunan ile temsilci arasındaki iç temsil ilişkisine uygulanacak hukuk (MÖHUK.m.30 f. 1), yetkisiz temsil veya özel temsil yetkisi gerekip gerekmediği konularını düzenlemez, bu sorunlar dış temsil ilişkisi kapsamında mütalaa edilmektedir.¹³ Tahkim anlaşmasının özel olarak yetkilendirilmeyen temsilci tarafından yapıldığı için geçersiz olduğu iddiası dış temsil ilişkisine uygulanacak hukuka göre çözülmelidir.

Bir işlemin temsilci vasıtasıyla yapılmasında temsilcinin bu işlemi yapma yetkisinin olup olmadığı muhatap üçüncü kişiler tarafından bilinemeyebilir. Bu nedenle, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuk belirlenirken, diğer tarafların menfaatleri yanında üçüncü kişilerin güvenini koruyacak bir kanunlar ihtilafı kuralı getirilmek istenmiştir. Farklı

9 Kanuni temsil yetkisine ve dolaylı temsile ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları hakkında bilgi için bkz; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat Kitapçılık, 2016) 103

10 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG: 12.12.2007/26728.

11 Burak Huysal, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2015) 105

12 Huysal (n 11) 105

13 Huysal (n 11) 123

bir ifadeyle temsile uygulanacak hukuk, hem temsil yetkisinin soyut bağımsızlığıyla hem de işlem güvenliği ile uyumlu olmalıdır. Temsile uygulanacak hukuk, temsilci, temsil olunan ve muhatap üçüncü kişiyle aralarındaki ilişkilerde menfaatler dengesini en iyi koruyan objektif ve önceden bilinen bir hukuk olmalıdır.¹⁴ Türk hukukunda işlem güvenliği dikkate alınarak, üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması amacıyla dış temsil ilişkisine ve yetkisiz temsile temsilcinin işyeri hukukunun uygulanması tercih edilmiştir. (MÖHUK.m.30 f. 2)¹⁵

B. Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisine Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının asili bağlaması için temsilcinin özel olarak yetkilendirilmesi gerekip gerekmediğine -ki yukarıda ifade ettiğimiz gibi bu dış temsil ilişkisidir- uygulanacak hukuk konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.¹⁶

Bir görüşe göre, tahkim anlaşmasını yapan temsilcinin özel olarak yetkilendirilmesi gerekip gerekmediğine, tahkim anlaşmasının esasına -temsil olunan ile üçüncü kişi arasında yapılan esas sözleşmeye- uygulanan hukuk uygulanmalıdır. Bu görüşe göre, temsil yetkisi olmayan bir temsilci tarafından tahkim anlaşması yapılması hâlinde asılın tahkim anlaşması yapma iradesi olmadığı için tahkim anlaşması geçersizdir. Bu geçersizlik tahkim anlaşmasının esasına ilişkin olduğu için temsil yetkisine tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uygulanmalıdır.¹⁷ Tahkim anlaşması yapma yetkisini tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka tabi kılan hakem ve milli mahkeme kararları bulunmaktadır.¹⁸

Diğer bir görüş ise aynı sonuca farklı bir gerekçeyle ulaşmaktadır. Bu görüşe göre, temsilciye özel yetki verilmesi, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki esas sözleşme veya işlemin esasına uygulanacak hukuk uyarınca kanunen bulunması gereken bir koşul ise buradaki temsil yetkisine asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk uygulanmalıdır.¹⁹ Farklı gerekçelerle de olsa, bu görüşe göre tahkim anlaşması yapmak için özel bir yetki gerekip gerekmediği konusu tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka tabi olacaktır. Yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi davalarında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi²⁰ V.I.a maddesi uyarınca, taraflarca seçilen hukuk, hukuk seçimi yapılmamışsa tahkim yeri hukukudur. İptal davalarında ise hâkim Milletlerarası

14 Tekinalp and Uyanık (n 9) 104

15 Tekinalp and Uyanık (n 9) 108

16 Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar hakkında bkz. Işık (n 8) 100-120

17 Emre Esen, 'Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Akdedildiği İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı' (2003) 23 (Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan) MHB 377-403

18 Bu kararlar ve incelemesi için bkz; Işık (n 8) 101-104

19 Huysal (n 11) 248

20 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991, RG: 21.5.1991/20877.

Tahkim Kanunu'nun 4'üncü maddesi uyarınca taraflarca seçilen bir hukuk yoksa Türk hukukunu uygulamalıdır.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe²¹ göre ise özel temsil yetkisi gerekip gerekmediğine MÖHUK'un 30'uncu maddesinin ikinci veya üçüncü fıkrası uyarınca dış temsil yetkisine uygulanacak hukukunun uygulanması gerekir.²²

Esas itibarıyla, uzun yıllar önce yetkisiz temsile, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki esas ilişkiye uygulanan hukukun uygulanması önerilmiştir. Ancak, esas ilişki olan tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun temsil ilişkisine, yani yetkisiz temsile de uygulanması temsil ilişkisinin bağımsız ve soyut niteliğini zedelediği için kabul görmemiştir.²³ Yetkisiz temsile asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanmasının ret edilmesinin gerekçeleri, yetkisiz temsilcinin başkasının adına hareket ederken kullandığı yetkinin sözleşme öncesi nitelikte olması fakat o sözleşmenin özüne bağlı bir işlem olarak kabul edilmemesi, tam tersine esas ilişkiden ayrı ve bağımsız olmasıdır.²⁴ Yetkisiz temsil nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersiz olması tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir hal olarak mütalaa edilebilse de, kanaatimizce bu durum yetkisiz temsile tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukukun uygulanmasını haklı kılmayacaktır. Aksinin kabulü hâlinde, ehliyet ve şekil gibi tahkim anlaşmasının geçersizliğine neden olan diğer hallerin de tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka tabi olması gerekirdi ki bu durumda sözleşmenin geçerliliğine ilişkin bütün hususların *lex contractus* tabi olmasına neden olurdu. Oysa sadece Türk hukukunda değil Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, İsviçre hukuku ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen AB Roma I Tüzüğünde ehliyet ve şekil kendi statülerine tabi tutulmuştur.²⁵

Tahkim anlaşması yapma yetkisine, tarafların ehliyetine uygulanacak hukukun uygulanması gerektiği de ileri sürülmüş ve bu yönde hakem ve yabancı mahkeme kararları verilmişse²⁶ de ehliyet ve yetki birbirinden farklı müessesler olup farklı iki kanunlar ihtilafı kurallarıyla düzenlenmektedir. MÖHUK'un 30'uncu maddesinin açık hükmüne rağmen MÖHUK'un 9'uncu maddesi uyarınca ehliyete uygulanacak hukukun temsil yetkisine uygulanması kanuna aykırı bir uygulama olacaktır.

21 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta Basım, 2019) 450. Ayrıca bkz; Sibel Özel, *Millîterarası Ticari Tahkimde Kanun İhtilafı Meseleleri* (1st edn, Legal Yayıncılık, 2008) 77-79; Sibel Özel, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması" (2017) 23 (1) MÜHF HAD 303-312; İsviçre hukukunda baskın görüşün ve Federal Mahkeme kararlarının genellikle bu yönde olduğu ifade edilmiştir. Bkz; Işık (n 8) 120, n. 435. Tahkim anlaşması yapma yetkisine temsil statüsünü uygulayan yabancı hakem ve mahkeme kararları için bkz; Işık (n 8) 114-122

22 Huysal (n 11) 245

23 Gülören Tekinalp, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi* (1st edn, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1977) 34

24 Tekinalp (n 23) 85

25 592/2008 Sayılı, 17 Haziran 2008 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü. (Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations) (Rome I).

26 Bu görüş hakkında bilgi için bkz; Işık (n 8) 8-17, 104-114

Münferit bazı hakem ve mahkeme kararlarında, temsil yetkisine, tahkim yerine uygulanacak hukukun uygulandığı da görülmüştür.²⁷ Ancak, tahkime yeri ile temsil yetkisi arasında herhangi bir irtibat olmayabileceği gibi tahkim yeri kurumsal tahkimde Divan ya da ad hoc tahkimde hakemler tarafından belirlenmiş ve tamamen tesadüfi bir yer de olabilir.

III. Türk Hukukunda Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisinin Verilmesi

A. Temsil Yetkisinin Zımni Davranışlarla Verilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 504. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca “*vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça (...) hakeme başvuramaz*”. Maddede zikredilen “hakeme başvuramaz” ifadesi, temsilcinin özel olarak yetkilendirilmedikçe temsil olunan adına tahkim anlaşması yapamayacağı şeklinde anlaşılmaktadır.²⁸ Bu durumda tahkim anlaşması yapma konusunda özel yetkinin nasıl verileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirimde göre belirlenir*”. Hatta üçüncü kişilere karşı açık bir bildirim mevcut olmasa dahi, doktrinde temsil olunanın üçüncü kişide bir hukuki görünüş yaratan fiili davranışlarının temsil yetkisinin verilmesine yol açabileceği kabul edilmektedir.²⁹ Temsil olunanın fiili davranışları da bu kapsamda değerlendirilmekte ve temsil yetkisinin bu gibi hareketlerden doğabileceği ifade edilmektedir.³⁰ Bunun için temsil olunanın fiili davranışlarının güven teorisi uyarınca temsil yetkisinin verildiği şeklinde yorumlanabilmesi gerekmektedir.³¹ Önemli olan kendisi ile işlem yapılan üçüncü kişide bir güven uyandırılmış olmasıdır. Diğer bir ifade ile üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığı konusundaki görünüşe olan güveni korunmaktadır ve burada bir güven sorumluluğu mevcuttur.³² Temsil olunanın bu davranışları hareketsiz kalma şeklinde pasif davranışlar olarak da karşımıza çıkabilir.

Sonuç olarak temsil olunanın, bir kimsenin kendi temsilcisiymiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerin de buna dayanarak bir temsil yetkisinin bulunduğu sonucunu çıkarabileceklerini bilmesine ve bu durumu önleme imkanının bulunmasına rağmen, bu duruma itiraz etmeyip, olayların akışına katlandığı durumlarda bir katlanma temsilinden

27 Işık (n 8) 103-104

28 Yargıtay HGK, 609/656, 10.10.2006; Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (2nd edn, Vedat Kitapçılık, 2012) 136

29 Huysal (n 11) 222; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (7th edn, Filiz Kitabevi, 1993) 173; Turhan Esener, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil* (1st edn, Ajans Türk Matbaası, 1961) 49; M. Murat Inceoğlu, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2009) 117

30 Inceoğlu (n 29) 117; Esener (n 29) 50

31 Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (2nd edn, Schulthess, 1988) 613; Walter Fellmann, *Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art.394-406 OR)* (1st edn, Staempfli, 1992) Art. 396, n. 88; Inceoğlu (n 29) 118

32 Hans Wolfgang Waldeyer, *Vertrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht bei anfechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung*, Dissertation (1969) 1; Inceoğlu (n 29) 118

söz edilmektedir³³. Bu hallerde temsil olunan yaratmış olduğu bu görünüşün sonuçlarına katlanmak zorunda kalır ve temsilcisi olarak hareket eden kimsenin üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemler ile Türk Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bağlı tutulur. Nitekim Yargıtay'ın 1994 tarihli bir kararına göre,

*“adı geçen Genel Müdür bu yetkisine dayanarak tek başına şirketi temsilen 18.2.1987 tarihli sözleşmeyi imzalamıştır. Bu sözleşmeden sonra bütün işlemleri aynı kişi kendi imzası ile yürütmüş ve bu yöne hiç bir itiraz vaki olmamıştır. Bütün bu eylemli durum karşısında davacı şirketin, adı geçen Genel Müdürün tek başına temsile yetkili olduğu konusunda sözleşmenin diğer tarafı olan İdarede kanaat uyandırdıktan sonra bu eylemli duruma aykırı olarak daha sonra aynı kişinin birden çok dilekçe ile vaki feragatinin Şirketi bağlamayacağı yolundaki savunması çelişkili davranış olup MK.nun 2. maddesindeki dürüstlük ve ticari işlerdeki güven ve istikrar kuralı ile bağdaşmaz”.*³⁴

Katlanma temsilinden söz edebilmek için üçüncü kişinin dürüstlük kuralına göre temsilcinin yetkisinin bulunduğu sonucunu çıkarmakta haklı olması gerekir.³⁵ Bir kimsenin kendi temsilcisiymiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerin de buna dayanarak bir temsil yetkisinin bulunduğu sonucunu çıkarabileceklerini bilmesine ve bu durumu önleme imkanının bulunmasına rağmen, hiç sesini çıkarmayıp, olayların akışına katlanması dahi başlı başına temsil olunana isnat edilebilecek olan bir durumdur. Bu konuda doktrinde verilen klasik örnek, kendisinin hazır bulunduğu bir ortamda kocasının kendisi adına sözleşme yapmasına ses çıkarmayan eşin, gerçekte bir temsil yetkisi verme iradesi mevcut olmasa dahi, yaratmış olduğu bu görünüşün sonuçlarına katlanmak zorunda kalmasıdır.³⁶

Aynı sonuca tahkim anlaşmasının yapılmasına ilişkin olarak temsil yetkisinin verilmesi açısından da ulaşılmış gerektiği açıktır. Temsil olunanın, bir kimsenin tahkim anlaşması yapma yetkisine sahipmiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerin de buna dayanarak tahkim anlaşması yapma konusunda bir temsil yetkisinin bulunduğu sonucunu çıkarabileceklerini bilmesine ve bu durumu önleme imkanının bulunmasına rağmen, bu duruma itiraz etmeyip, olayların akışına katıldığı durumlarda, tahkim anlaşması yapma yetkisinin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

B. Konunun Hakın Kötüye Kullanılması Yasağı Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda ifade edildiği üzere tahkim anlaşması yapma konusunda yetkinin dürüstlük kuralı gereği, temsil olunanın zımnî davranışlarından da doğması mümkündür. Ancak

33 Karl Larenz and Karl Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9th edn, C.H: Beck, 2004) 48, n. 22; Rolf Watter and Yves Schneller, *Basler Kommentar, Obligationenrecht, Art.1-529 OR* (4th edn, Auflage Helbing Lichtenhahn, 2007) Art. 33, n. 16; Andreas von Tuhr and Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band* (3rd edn, Mohr, 1974) 357, n. 17; Georg Zikos, *Die Vollmacht nach schweizerischem Recht*, Dissertation (1966) 36; İnceoğlu (n 29) 118-119; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (4th edn, Filiz Kitabevi, 2008) 46, n. 15.

34 Yargıtay 15 HD, 409/2051, 05.04.1994.

35 İnceoğlu (n 29) 120; Şener Akyol, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (1st edn, Vedat Kitapçılık, 2009) 249

36 Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB* (9th edn, Heidelberg, 2006) n. 930; Akyol (n 35) 176; İnceoğlu (n 29) 121

böyle bir temsil yetkisi doğmamış olsa dahi, tenfize itiraz eden tarafın, temsilcinin tahkim anlaşması yapma yetkisi olmadığına ilişkin iddialarının Türk Medeni Kanunu'nun ikinci maddesinde ifade edilen hakkın kötüye kullanılması yasağı ve her hakkın dürüstlük kuralına uygun kullanılması açılarından da değerlendirilmesi gerekir.

Çelişkili davranış yasağına aykırılık, hakkın kötüye kullanılmasının tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Özellikle tahkim anlaşması kaydını da içeren bir sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasına uzun süre itiraz etmeyen, tam tersine sözleşmeden kaynaklı haklarını kullanan ve borçlarını ifa eden bir tarafın daha sonra tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürmesi bu nitelikte görülebilecektir. Nitekim Yargıtay da, aleyhine tenfiz istenen tarafça tenfiz engelinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığını, diğer bir ifadeyle hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğini incelemektedir.³⁷

IV. Hakem ve Mahkeme Kararlarında Tahkim Anlaşması İmzalayan Kişinin Yetkisiz Olduğuna İddiasına Yaklaşım

A. Milletlerarası Tahkim Uygulaması

Temsilcinin, tahkim anlaşması yapma yetkisinin olmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçerli olmadığına ilişkin iddialar milletlerarası tahkim davalarında dürüstlük kuralı, görünüşte temsil yetkisi, tahkim anlaşmasına icazet verilip verilmediği çerçevesinde ele alınmıştır.³⁸ Milletlerarası bir hakem kararında, dürüstlük kuralı ve görünüşte temsil kuramının açıkça yetkilendirilmemiş olan bir temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşmalarının geçerli kabul edilebilmesi için sağlam bir gerekçe teşkil ettikleri konusunda büyük ölçüde fikir birliği olduğu ifade edilmiştir.³⁹

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarına tabi olarak verilen 1985 tarihli hakem kararına konu olan uyuşmazlıkta tahkim anlaşması yetkisiz temsilci tarafından imzalandığı için bu anlaşmanın geçersiz olduğu iddia edilmiştir. Hakem heyeti yetkisiz temsile ilişkin itirazı dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Hakem heyetine göre temsil olunanın temsilcinin tahkim anlaşması yapma yetkisinin olmadığı tahkim anlaşmasının yapılmasından önce diğer tarafa bildirmesi gerekirdi.⁴⁰

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarına tabi olarak verilen 2001 tarihli başka bir kararda ise hakemler, sözleşmeyi şirket adına imzalayan kişinin sözleşmeyi imzaladığı sırada, şirketin bir yöneticisinin de hazır bulunmasını, temsil olunanın, sözleşmeyi imzalayan kişinin şirketi temsile yetkili olduğunu kabul ettiği şeklinde yorumlamış ve davalı şirketin tahkim anlaşması ile bağlı olduğuna karar vermiştir.⁴¹

37 Örneğin: Yargıtay 11 HD, 6774/3751, 09.04.2004; Yargıtay 11 HD, 9903/1170, 13.02.2001; Yargıtay 15 HD, 6273/3638, 26.10.2017.

38 Born (n 6) 734.

39 Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Dava No. 13954; benzer hakem kararları için bkz. Born (n 6) 735, 736

40 Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Dava No. 5080, Der. II 80; *aktaran*; Işık (n 8) 125.

41 Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Dava No. 10982, Der. V 672; *aktaran*; Işık (n 8) 127.

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarına tabi olarak 2007 yılında verilen bir hakem kararında, tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci tarafından imzalandığı iddiası, Türk Borçlar Kanunu'nun 504'ün maddesinin üçüncü fıkrasının mehzazını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu'nda 396'ıncı maddesi çerçevesinde ele alınmıştır. İsviçre hukukunda da tahkim anlaşması yapmak için vekile özel yetki verilmesi gerekmektedir. Hakem, İsviçre hukukunda tahkim anlaşması yapmanın özel bir yetki gerektirmesine rağmen İsviçre hukukunda kendisinin yetkili olduğuna dair bir görünüm yaratan kişinin tahkim anlaşmasını imzalaması hâlinde tahkim anlaşmasının temsil olunamı bağladığına karar vermiştir. Zira uyuşmazlığa konu olan olayda, davalı bir aile şirkettir ve sözleşmeyi imzalayan kişi şirketin önemli hissedarlarından birisidir. Hakem mahkemesi, temsilcinin önemli bir hissedar olduğunu, dolayısıyla davacıda yetkili olduğuna ilişkin bir izlenim yarattığına, dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermiştir.⁴²

Sadece hakem mahkemeleri değil, Devlet mahkemeleri de yetkisiz temsilin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olabileceği sonucuna varmıştır. Örneğin Paris İstinaf Mahkemesi 1999 tarihli bir kararında, sözleşmenin müzakere edilmesi, imzalanması ve ifa edilmesine ilişkin olguların dikkate alınması sonucunda sözleşmeyi imzalayan kişinin yetkili görüldüğünü ifade ederek tahkim anlaşmasını geçerli kılmıştır.⁴³

Birleşik Arap Emirlikleri Medeni Usul Kanunu'nun⁴⁴ 58'inci ve 203'üncü maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca, vekilin asil adına tahkim anlaşması yapabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerekir. Yetkisiz temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşması Dubai mahkemeleri tarafından geçersiz kabul edilmekteydi.⁴⁵ Dubai Yüksek Mahkemesi, 2015 yılından itibaren yetkisiz kişilerce imzalanan tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin iddiaları görünüşte temsil kavramına dayanarak ret etmeye başlamıştır⁴⁶. Dubai Yüksek Mahkemesi dışında, Dubai International Financial Center Court (DIFC)⁴⁷, 2016'da verdiği bir kararında tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin yetkisiz olduğu gerekçesiyle hakem kararının iptali talebini görünüşte tahkim anlaşması imzalama yetkisinin varlığı gerekçesiyle ret etmiştir.⁴⁸

42 Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Dava No. 14540/AVH/EC- 2.

43 *Société Russanglia v. Société Delom*, Cour d'appel de Paris, 07.10.1999, Revue de l'arbitrage (2006) (1) 210-213; *aktaran*: Işık (n 6) 129.

44 UAE Federal Law No. (11) of 24 February 1992, Concerning Issuance of the Civil Procedures Code.

45 Nick Carnell, 'Arbitration agreements: do not sign without the requisite authority' (*Lexology*, 20.06.2016) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=81bdfaec-a9e4-417f-914d-a13929fc55a6>> Erişim Tarihi 1 March 2020.

46 *Palm Jebel Ali LLC v. Alan Stenet*, Appeal No. 54/2014, Dubai Court of Cassation 21.10.2015; *Middle East for Development LLC v. Safir Real Estate Investments LLC*, Appeal No. 293/2015, Dubai Court of Cassation 27.02.2016; *Al-Firjan LLC v. JNR development Limited*, Case No.310/2015, Dubai Court of Cassation 27.04.2016.

47 *Dubai International Financial Centre Courts*, <<https://www.difccourts.ae/>> Erişim Tarihi 1 March 2020.

48 *Ginette Pjsc v (1) Geary Middle East FZE (2) Geary Limited* (2016) DIFC CA -005, 09.10.2016; Karar hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz.; Caroline Kehoe and Janine Mallis, 'Agreeing to Arbitrate in the UAE: 'Apparent Authority' and Article 25 of the UAE Commercial Companies Law' (*Herbert Smith Freehills Arbitration Notes*, 15.08.2016) <<https://hsfnotes.com/arbitration/2016/08/15/agreeing-to-arbitrate-in-the-uae-apparent-authority-and-article-25-of-the-uae-commercial-companies-law/>> Erişim Tarihi 1 March 2020.

Dubai Yüksek Mahkemesi'nin yetkisiz temsile ilişkin yaklaşımını bu şekilde değiştirmesi, Dubai'nin tahkim dostu bir Emirlik olmaya başladığı anlamına geldiği ifade edilmiştir.⁴⁹ Bu ifade, özellikle bölgesel tahkim merkezleri arasındaki rekabet dikkate alındığında oldukça önemlidir.

B. Türk Hukukunda Uygulama

Sadece milletlerarası hakem mahkemeleri ve yabancı devlet mahkemeleri değil Türk mahkemeleri de tahkim anlaşması imzalayan temsilcinin yetkisiz olduğunun ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğuna dair çeşitli kararlar verilmişlerdir. Örneğin İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi 1986 yılında verdiği bir kararda yetkisiz olduğunu bilerek tahkim anlaşması imzalayan kişinin tahkim masraflarından sorumlu olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, gerekçesinde, tahkim anlaşmasının muhatabının tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin yetkisiz olduğunu bilemeyeceğini ifade etmiştir.⁵⁰

İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi 1989 yılında verdiği bir diğer kararında da tahkim anlaşmasının yetkili kişi tarafından imzalanmadığına ilişkin iddianın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı incelenmiştir. Karar yayınlanmamış olmakla birlikte Prof. Esen tarafından aktarıldığı kadarıyla davalının acentesi temsilci sıfatıyla navlun sözleşmesi imzalamıştır. Navlun sözleşmesinde bir tahkim anlaşması yer almaktadır. Davalı tahkim anlaşması hariç diğer maddelerin gereğini yerine getirmiş, sözleşmeyi fiilen icra etmiştir. Tahkim anlaşmasına dayanarak kendisine karşı dava açıldığında davalı anlaşmanın yetkisiz temsilci tarafından imzalandığı gerekçesiyle geçersiz olduğunu iddia etmiştir. İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, davalının diğer sözleşme maddelerini kabul etmesine rağmen tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmesinin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırı olduğuna karar vermiştir.⁵¹

Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi de 1995 yılında benzer şekilde karar vermiştir. Karara konu uyumsuzlukta tahkim anlaşması ihtiva eden sözleşme tahkim anlaşması yapma yetkisi olmayan yönetim kurulu üyesi tarafından imzalanmıştır. Şirketin yönetim kurulu üyesi tarafından imzalanan sözleşme tahtında sözleşme konusu mallar teslim edilmiş davalının savunmasına göre malların bedeli ödenmiştir. Davacı Bulgaristan Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Tahkim Divanına başvurup dava açmıştır. Davalı, tahkim yargılaması sırasında yapılan tebligatları kabul etmemiştir. Davalılar, tahkim yerinde hakem kararının iptali için bir girişimde bulunmamışlardır. Tenfiz

49 Gordon Blanke, 'Arbitration in the UAE: End of Year Round-up – From Apparent Authority and shipping arbitration under the EMAC Rules to Kompetenz-Kompetenz under the DIFC Arbitration Law (Part 2)' (*Kluwer Arbitration Blog*, 18.01.2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/18/arbitration-in-the-uae-end-of-year-round-up-from-apparent-authority-and-shipping-arbitration-under-the-ematic-rules-to-kompetenz-kompetenz-under-the-difc-arbitration-law-part-2/>> Erişim Tarihi 1 March 2020.

50 İstanbul 6 Asliye Ticaret Mahkemesi, 136/1; *aktaran*; Esen (n 17) 392

51 İstanbul 6 Asliye Ticaret Mahkemesi, 715/34; *aktaran*; Esen (n 17) 398-400

davasında ise tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme, tüm bu hususları özellikle de Bulgaristan’da iptal davası açılmamış olmasını dikkate alarak tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun ileri sürülmesinin dürüstlük kuralları ile bağdaşmadığı ve tahkim anlaşmasının geçerli kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.⁵²

Sadece yerel mahkemelerin değil, Yargıtay’ın da bu doğrultuda kararları mevcuttur. Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’ne göre, “*Davalı vekilince ileri sürülen temyiz itirazları ve uyuşmazlığın kaynaklandığı 07.07.1998 tarihli kontenjan sözleşmesi davalı şirketin yetkili temsilcisince imzalanmamış, olmasından dolayı davalıyı bağlayıcılık değeri kazanmamış olduğu düşünülebilirse de, davalıya ait otelin Ön büro Müdürü Burhan Han tarafından imzalanan bu ve davalı tarafça HUMK’nın 519. maddesine uygun biçimde anılan sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile halledilemeyeceği konusunda dava açarak, bu hususta bir karar verilmesini sağlamamış bulunmasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir*”.⁵³ Yargıtay kararının gerekçesinden tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci tarafından imzalandığının bilinmesine rağmen davalının bu tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun tespiti için herhangi bir girişimde bulunmamasına rağmen tahkimde kendisine karşı dava açılınca yetkisizliğin ileri sürülmesinin uygun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin verdiği aynı yöndeki bir karar da yakın bir tarihte Yargıtay tarafından onaylanmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20.05.2019 tarihli kararında, “*davalı tarafından inkar edilemeyen sözleşmenin yetkisiz kişilerce imzalandığının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması kapsamında dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı*” yönünde verilen Bölge Adliye Mahkemesi kararını onamış ve tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmüş olmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığını belirtmiştir.⁵⁴ Yargıtay kararında yetkisiz temsil iddiasının tahkimde ileri sürülüp sürülmediği hiç tartışılmadan yetkisiz temsil iddiası dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur.

V. Sonuç

Tahkim davasında tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin yetkisiz olduğu gerekçesiyle hakemlerin yargılama yetkilerine itiraz edildiği birçok uyuşmazlıkta hakem heyetleri, tahkim anlaşmasını imzalayan kişi yetkisiz olsa bile yetkisizlik itirazının dürüstlük kuralına aykırı olması nedeniyle tahkim anlaşmasını geçerli kabul edip uyuşmazlığın esası hakkında karar vermişlerdir. Bu kararlara karşı, temsilcinin yetkisiz olmasına rağmen tahkim anlaşmasının geçerli olduğu şeklinde karar verildiği

52 Beyoğlu 1 Asliye Ticaret Mahkemesi, 571/391; aktaran; Esen (n 17) 398-400

53 Yargıtay 11 HD, 3961/8257, 18.05.2012.

54 Yargıtay 11 HD, 2577/3958, 20.05.2019.

oysa taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması olmadığı gerekçesiyle iptal davaları açılmış ya da bu kararların tenfizinin ret edilmesi talep etmiştir.

Bu durumda mahkeme önce temsil yetkisine uygulanacak hukuku tespit etmelidir. İptal ve tenfiz davalarında mahkeme MÖHUK'un 30'uncu maddesine istinaden yetkili hukuku tespit etmeli ve tahkim anlaşmasını yapan temsilcinin temsil yetkisi olup olmadığını bu hukuka göre belirlemelidir.

Ancak bu noktada tahkim anlaşması yapma konusundaki temsil yetkisinin temsil olunanın zımni davranışlarından da doğmasının mümkün olduğuna dikkat çekmek gerekir. Özellikle temsil olunanın, bir kimsenin tahkim anlaşması yapma yetkisine sahipmiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerin de buna dayanarak tahkim anlaşması yapma konusunda bir temsil yetkisinin bulunduğu sonucunu çıkarabileceklerini bilmesine ve bu durumu önleme imkanının bulunmasına rağmen, bu duruma itiraz etmeyip, olayların akışına katıldığı durumlarda, tahkim anlaşması yapma yetkisinin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Ayrıca temsil yetkisine Türk hukukunun uygulanması hâlinde tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin itirazın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığının somut olayın özellikleri çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Karşı tarafta temsilcinin tahkim anlaşması yapma yetkisi olduğuna dair haklı bir güven oluşturan tarafın, taraflar arasında uyuşmazlık çıktığında tahkim anlaşmasının geçerli olmadığını ileri sürmesi çelişkili bir davranış niteliği taşıyabilir. Tahkim anlaşması yapma yetkisi olmamasına rağmen tahkim anlaşması imzalayan kişinin, tahkim anlaşması yapma yetkisi olmadığını, bu duruma uzun süre itiraz edilmeyip, sözleşmenin ifasından çok sonra, ilk kez tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmesi çelişkili davranış yasağının ve böylece hakkın kötüye kullanılmasının tipik bir örneğini teşkil edebilir. Bu nedenle tenfize itiraz eden tarafından tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesinin Türk Medeni Kanunu'nun ikinci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat Kitapçılık, 2020).

Akyol Ş, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (1st edn, Vedat Kitapçılık, 2009).

- Blanke G, ‘Arbitration in the UAE: End of Year Round-up – From Apparent Authority and shipping arbitration under the EMAC Rules to Kompetenz-Kompetenz under the DIFC Arbitration Law (Part 2)’ (*Kluwer Arbitration Blog*, 18.01.2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/18/arbitration-in-the-uae-end-of-year-round-up-from-apparent-authority-and-shipping-arbitration-under-the-ematic-rules-to-kompetenz-kompetenz-under-the-difc-arbitration-law-part-2/>> Erişim Tarihi 1 March 2020.
- Born G, *International Commercial Arbitration* (2nd edn, Wolters Kluwer, 2014).
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (2nd edn, Schulthess, 1988).
- Carnell N, ‘Arbitration agreements: do not sign without the requisite authority’ (*Lexology*, 20.06.2016) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=81bdfaec-a9e4-417f-914d-a13929fc55a6>> Erişim Tarihi 1 March 2020.
- Gümüş A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (2nd edn, Vedat Kitapçılık, 2012).
- Esen E, ‘Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Akdedildiği İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı’ (2003) 23 (Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan) MHB 377-403.
- Esener T, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil* (1st edn, Ajans Türk Matbaası, 1961).
- Fellmann W, *Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art.394-406 OR)* (1st edn, Staempfli, 1992) Art.396, N.88.
- Huysal B, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2015).
- İşık F, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2015).
- İnceoğlu M, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2009).
- Kehoe C and Mallis J, ‘Agreeing to Arbitrate in the UAE: ‘Apparent Authority’ and Article 25 of the UAE Commercial Companies Law’ (*Herbert Smith Freehills Arbitration Notes*, 15.08.2016) <<https://hsfnotes.com/arbitration/2016/08/15/agreeing-to-arbitrate-in-the-uae-apparent-authority-and-article-25-of-the-uae-commercial-companies-law/>> Erişim Tarihi 1 March 2020.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (4th edn, Filiz Kitabevi, 2008).
- Larenz K and Wolf K, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9th edn, C.H: Beck, 2004).
- Medicus D, *Allgemeiner Teil des BGB* (9th edn, Heidelberg, 2006).
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanun İhtilafı Meseleleri* (1st edn, Legal Yayıncılık, 2008).
- Özel S, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması’ (2017) 23(1) MÜHF HAD 303-312.
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta Basım, 2019).
- Tekinalp G, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi* (1st edn, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1977).
- Tekinalp G and Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat Kitapçılık, 2016).

Tekinay S, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (7th edn, Filiz Kitabevi, 1993).

Tuhr A and Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band* (3rd edn, Mohr, 1974).

Waldeyer H, *Vetrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht bei anfechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung*, Dissertation (1969).

Watter R and Schneller Y, *Basler Kommentar; Obligationenrecht, Art.1-529 OR* (4th edn, Auflage Helbing Lichtenhahn, 2007) Art.33, N.16.

Zikos G, *Die Vollmacht nach schweizerschem Recht*, Dissertation (1966) 36.