

Patolojik Tahkim Anlaşmaları, Asimetrik Tahkim Anlaşmaları ve Basamaklı Tahkim Anlaşmaları Hakkında Bilgi Notu

I. PATOLOJİK TAHKİM ANLAŞMALARI

Patolojik kelimesi bozulmuş ve işlemeyen anlamına gelmektedir. Patolojik tahkim anlaşmaları ise belirsiz, eksik veya çelişkili ifadeler içermesi nedeniyle tarafların tahkim iradesi konusunda şüphe uyandıran ve yorumlanması gereken tahkim anlaşmalarıdır. Bu belirsizlik tarafların tahkim ve resmî yargı yollarından hangisini seçtiğinin belirsiz olmasından, tarafların hangi tahkim kurumunun kurallarını seçtiğinin kesin olarak tespit edilememesinden veya tarafların tahkim usulüne ya da hakemlerin niteliklerine ilişkin belirledikleri ölçütlerin uygulanmasının fiilen imkansız olmasından kaynaklanabilmektedir¹.

Patolojik tahkim anlaşmalarındaki problemler her zaman geçersizlik sonucu doğurmamaktadır. Ancak bu anlaşmalar, mahkemelerin ve hakemlerin önüne geldiğinde tahkim anlaşmasının geçerliliğiyle ilgili uyumsuzluklara neden olarak esas hakkındaki uyumsuzluğun çözümlenmesini geciktirmektedir². Tarafların mevcut olmayan ya da görevi sona eren kurumsal bir tahkime atıf yapmaları halinde tahkim anlaşması geçersiz hale gelmemektedir. Ancak bazı durumlarda bu tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olmaması anlamına gelmektedir. Tarafların tahkim anlaşmasında "Paris Chamber of Commerce" yerine "Arbitration Chamber of Commerce" ifadesini kullanmaları halinde basit maddi hata bulunduğundan Paris istinaf mahkemesi tahkim iradesini ayakta tutmuştur. Başka bir olayda tahkim klotunda taraflar Cenevre'de bulunan Uluslararası Ticaret Odası hükümlerine atıf yapmıştır. Bu odanın Cenevre'de değil, Paris'te olduğunu tespit eden hakemler bu klotu taraf iradelerine göre yorumlayarak bu kuralların uygulanmasına karar vermiştir³. Türk hukuku açısından patolojik tahkim anlaşmasının en belirgin örneği, tarafların tahkim anlaşmasına ek olarak yetkili devlet mahkemesini de belirledikleri bir yetki sözleşmesi yapmasıdır. Yargıtay bu durumda tarafların tahkim iradesinin kesin ve açık olmadığına ve tahkim anlaşmasının geçerli olmadığına karar vermektedir.

¹ **Akter, Sumru**, "Patolojik ve Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Yorumlanması", Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, Ed. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, 2020, s. 78; **Sarralioğlu, Simel**, "Tahkim Sözleşmesi Hazırlanırken Dikkate Alınması Gerekenler", Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, Ed. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, 2020, s. 142; **Tok, Ozan**, "Patolojik ve Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Değerlendirilmesi", Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt1, Ed. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, 2020, s. 57-77.

² **Akter**, s. 98; **Tok**, s. 58.

³ **Tok**, s. 66.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 439/2-a ve Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15/1-a uyarınca tahkim anlaşmasındaki patolojik unsurlara dayanılarak, tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukuk uyarınca geçersiz olduğu iddiasıyla hakem kararının iptali talep edilebilir⁴.

Tahkim anlaşmalarındaki patolojik unsurlar yalnızca tahkim anlaşmasının geçersizliği nedeniyle değil, hakem seçiminde taraflarca kararlaştırılan ya da kanundaki usule uyulmaması, hakemin hukuka aykırı biçimde yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi, hakemin tahkim anlaşmasının kapsamına girmeyen bir konuda karar vermesi gerekçeleriyle de kararın iptaline neden olabilir⁵. Tahkim anlaşmasındaki patolojik unsurlar, bu anlaşmaya dayanılarak verilen yabancı hakem kararının tenfizinde de sorun teşkil edebilmektedir⁶.

II. ASİMETRİK TAHKİM ANLAŞMALARI

Asimetrik (tek taraflı) anlaşmalar, tahkim ya da mahkeme yoluna başvurma konusunda sadece bir tarafa seçim hakkı tanıyan uyumsuzluk çözüm anlaşmalarıdır. Asimetrik tahkim anlaşmalarında tahkime başvurma hususunda mutlak bir denge ya da karşılıklı bir denge yoktur⁷.

Asimetrik tahkim anlaşmaları genellikle geçerli kabul edilse de bu anlaşmalarla ilgili en temel sorun, tek tarafa seçim hakkı tanıyan bu mekanizmanın ekonomik bakımdan daha güçlü kişi tarafından zayıf tarafa dayatılma ihtimalidir. Bu nedenle öğretilerde tarafların ekonomik açıdan eşit ya da dengede olmadığı kabul edilen iş, tüketici ya da kredi sözleşmeleri, vb. sözleşmelerdeki asimetrik anlaşmaların genel anlamda geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmektedir⁸. Ancak taraflar arasındaki ekonomik dengesizliğe dayanılarak tahkim anlaşmalarının geçersiz sayılması da taraf iradelerini etkisiz kılacak bir sonuç doğuracaktır. Bu yüzden asimetrik tahkim anlaşmalarında ekonomik açıdan üstün konumda olan tarafın, müzakere gücünü adil olmayan biçimde kullanarak kendisinden zayıf konumdaki tarafı asimetrik tahkim anlaşmasını kabul etmeye zorlayıp zorlamadığının her somut olayın ve durumun özelliğine göre değerlendirilmesi gerekmektedir⁹.

⁴ Akter, s. 84. MTK m. 15/1-a uyarınca patolojik tahkim anlaşmasının geçersizliği tarafların seçtiği hukuka, böyle bir hukuk seçimi yok ise Türk hukukuna göre belirlenmektedir.

⁵ Akter, s. 85.

⁶ Akter, s. 85. New York Konvansiyonu m. V/1-a uyarınca tahkim anlaşmasının tarafların seçtiği hukuka ya da böyle bir hukuk seçimi bulunmayan hallerde kararın verildiği yer hukukuna göre geçersiz olması halinde davalının itirazıyla hakem kararının tenfizinin reddedilmesi mümkündür. Akter, s. 85.

⁷ Akter, s. 94; Tok, s. 70; Sarılioğlu, s. 142. Asimetrik tahkim anlaşmalarında tahkime başvurma olanağının taraflardan yalnızca birisine tanınmış olması, anlaşmada aksi düzenlenmediği sürece diğer tarafın mahkemeye başvurma olanağını ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle asimetrik tahkim anlaşmasında tahkime başvurma imkanı olmayan tarafın hak arama hürriyetinin kısıtlandığını söylemek mümkün değildir. Akter, s. 99; Sarılioğlu, s. 142.

⁸ Akter, s. 95; Sarılioğlu, s. 142; Tok, s. 70.

⁹ Akter, s. 99; Tok, s. 70.

III. BASAMAKLI TAHKİM ANLAŞMALARI

Basamaklı uyuşmazlık çözüm yolları (*multi tiered dispute resolution clauses*), değişen ve gelişen ticari ihtiyaçlar sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu yöntemde ADR ve tahkim usulleri birleştirilerek taraflara aralarındaki uyuşmazlığı farklı yöntemlerle çözme olanağı sunulmaktadır¹⁰.

Basamaklı tahkim anlaşmaları tarafların aralarındaki uyuşmazlığı öncelikle ADR metotlarıyla çözmelerini, bundan bir sonuç alamamaları halinde ise tahkim yoluna gitmelerini sağlamaktadır. Bu anlaşmalar genellikle uzun süreli, kompleks ve karşılıklı iş birliği gereken sözleşmelerde tercih edilmektedir¹¹. Basamaklı tahkim anlaşmaları kapsamında öngörülen ADR yolları; müzakere, arabuluculuk, uzman tayini ve tahkimdir.

Basamaklı tahkim anlaşmalarında tarafların tahkimden önce öngörülen uyuşmazlık çözümü basamaklarına başvurmaksızın doğrudan tahkim yoluna başvurup başvuramayacakları meselesi önem arz etmektedir. Burada tarafların tahkimden önce gidileceğini kararlaştırdıkları ADR yöntemlerinin niteliği önemlidir. Bu bağlamda tahkim öncesi basamağın ihtiyarî olması halinde doğrudan tahkime başvurulabileceği kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, tahkim öncesi basamakların ihtiyarî olması halinde tahkim yoluna gidilebilmesi için önceki basamakların tüketilmesine gerek yoktur¹². Tahkim öncesi basamakların zorunlu olması halinde ise tahkime gidebilmek için önce tahkim öncesi basamakların tüketilmesi gerekmektedir. Tarafların tahkim öncesi zorunlu basamaklara gitmemesi halinde hakem heyeti *kompetenz-kompetenz* ilkesi gereği tahkim anlaşması kapsamında uyuşmazlığı çözmeye yetkili olup olmayacağını inceleyecektir. Hakem heyeti tahkim yoluna gitme olanağının henüz doğmadığı gerekçesiyle tahkim başvurusunun kabul edilemez olduğuna karar vererek tahkim başvurusunu reddedebilir. Ayrıca hakem heyeti tahkim öncesi basamaklar tüketilmediği için esasa girmeyi reddetme ve tahkim öncesi basamakların tüketilmesini bekletici mesele yapma imkanına sahiptir¹³.

¹⁰ **Uygun, Dođuhan**, "Basamaklı Tahkim Anlaşmaları ve Arabuluculuk-Tahkim", Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, Ed. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, 2020, s. 470.

¹¹ **Uygun**, s. 471.

¹² **Uygun**, s. 481. Özbek ise basamaklı bir tahkim anlaşması var ise, ihtiyarî ya da zorunlu fark etmeksizin tahkim öncesi basamaklar tüketilmeden doğrudan tahkime gidilemeyeceği görüşündedir. Böyle bir durumda taraflar arasındaki sözleşme ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek, Mustafa Serdar**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3. Bası, Ankara, 2013, s. 703.

¹³ **Uygun**, s. 484-485. Tahkim öncesinde gidilmesi gereken zorunlu ADR basamaklarına gidilmeden doğrudan tahkime gidilmesi halinde bu durum iptal ve tenfiz davalarında itiraz sebebi olarak ileri sürülebilir.

KAYNAKÇA

- AKTER, Sumru** : "Patolojik ve Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Yorumlanması", Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, Ed. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, 2020, s. 77-101.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3. Bası, Ankara, 2013.
- SARIALIOĞLU, Simel** : "Tahkim Sözleşmesi Hazırlanırken Dikkate Alınması Gerekenler", Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, Ed. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, 2020, s. 127-165.
- TOK, Ozan** : "Patolojik ve Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Değerlendirilmesi", Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, Ed. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, 2020, s. 57-77.
- UYGUN, Dođuhan** : "Basamaklı Tahkim Anlaşmaları ve Arabuluculuk-Tahkim", Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, Ed. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, İstanbul, 2020, s. 469-500.