

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE TANIMA VE
TENFİZE DİRENME HAKKININ BİR SINIRI OLARAK
HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Mehmet Ali TANRIKULU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Eylül 2024

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE TANIMA VE
TENFİZE DİRENME HAKKININ BİR SINIRI OLARAK
HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Mehmet Ali TANRIKULU

**Tez Savunma Jürisi: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL (danışman)
Prof. Dr. Ziya AKINCI
Prof. Dr. Sibel ÖZEL**

Eylül 2024

ÖNSÖZ

“Milletlerarası Ticari Tahkimde Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Bir Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” başlıklı bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış ve jüri üyesi olan değerli hocalarımla takdir ve görüşlerine sunulmuştur. Çalışmada, milletlerarası ticari tahkimin en temel meselelerinden biri olan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde, tanıma ve tenfize direnme hakkının potansiyel bir sınırı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı kavramı ele alınmıştır. Bu çalışmanın tamamlanabilmesi ve mevcut hâliyle vücut bulabilmesi saygıdeğer hocalarımla, çok kıymetli dostlarımla ve sevgili ailemin destekleriyle mümkün olabilmektedir.

Şüphesiz ki teşekkürlerin en büyüğü, öğrencisi olmaktan ve kendisiyle çalışmaktan büyük mutluluk ve onur duyduğum, kıymetli hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal’adır. Lisans eğitimimden bu yana beni akademik olarak her zaman daha ileri taşıyan ve kendisinden her geçen gün yeni şeyler öğrendiğim değerli Hocam’ın bu tezin yazılmasında akademik açıdan büyük katkısı bir yana, kendisi manevi olarak da hep yanımda olmuş ve her tökezlediğimde uzattığı yardım eliyle, hiçbir zaman yalnız olmadığımı bana hissettirmiştir. Bu vesileyle kıymetli Hocam’a; hiç tükenmeyen sabrı, bana olan güveni ve inancı, her zamanki güler yüzü, kapısını bana daima açık tuttuğu ve bunu her zaman bana hissettirdiği için ne kadar teşekkür etsem azdır.

Lisans eğitimim sırasında kendisinden aldığım derslerle tahkim alanına ilgimi pekiştiren, kapısını her çaldığımda beni daima güler yüzüyle karşılayan, her hafta dersten önce birlikte yediğimiz öğle yemeklerinde derin bilgi birikimini, samimi sohbetini ve nezaketini benden hiçbir zaman esirgemeyen değerli Hocam Prof. Dr. Ziya Akıncı’ya şükranlarımı sunarım. Her zaman olduğu gibi tez yazım sürecimde de desteğini ve ilgisini hiç eksik etmeyen Kıymetli Hocam’la aynı kürsüde yer almak, benim için büyük bir onurdur.

Kendisini lisans eğitimim sırasında okuduğum eserlerinden tanıdığım, kendime her zaman örnek aldığım ve her karşılaşmamızda samimi sohbetini ve bilgi birikimini benden esirgemeyen kıymetli hocam Prof. Dr. Sibel Özel’e, tez jürimde yer almayı kabul ederek beni onurlandırdığı için içtenlikle teşekkürlerimi sunarım.

En özel teşekkürlerimden biri, kendisiyle birlikte çalışmaktan onur duyduğum kıymetli kürsü Hocam Prof. Dr. Süheyla Balkar’adır. Kendisinden aldığım lisans dersleriyle akademik kariyer için beni daha da heyecanlandıran, sohbetlerimizde her daim ufkumu açan, zamanını hiçbir zaman benden esirgemeyen, akademik kariyer yolculuğuma başladığım ilk günden bu yana kanatlarını daima üzerimde tutan ve gerek akademik kariyerim gerek özel yaşamımda, yüksek etik değerleri ve insancılığıyla kutup yıldızım olan değerli Hocam, her zaman olduğu gibi bu süreçte de daima yanımdaydı.

Ayrıca kürsü hocam Doç. Dr. Berk Demirkol ve değerli eşi Dr. Eda Coşar Demirkol'a, her daim yanımda oldukları ve kıymetli desteklerini benden hiçbir zaman esirgemedikleri için şükranlarımı sunarım. Kendisiyle aynı kürsüde çalıştığımız süreçte anlayışını hiçbir zaman eksik etmeyen değerli Hocam Prof. Dr. İlhan Yılmaz'a da teşekkürlerimi sunarım.

Bu yüksek lisans çalışmasının hazırlandığı süreçte her daim yanımda olan, ihtiyacım olduğu her anda hiçbir zaman usanmadan yardımına koşan kıymetli dostum ve akademik kariyer yolculuğumuza birlikte başladığımız çalışma arkadaşım Arş. Gör. Eylem Işık'a ayrıca teşekkür etmek isterim. Kendisinin büyük manevi desteği olmadan bu çalışmanın mevcut şeklinde tamamlanabilmesi mümkün olmazdı.

Bu süreçte bana desteklerini sunan değerli dostlarım ve çalışma arkadaşlarım Arş. Gör. Hayriye Dilara Abbasoğlu Yurtutmuş'a, Arş. Gör. Ceyhan Feyza Kaymakçı'ya, Arş. Gör. Yunus Emre Erdölen'e, Arş. Gör. Doğan Kara'ya, Arş. Gör. İsmail Dede'ye, Arş. Gör. Burak Sönmez'e, Arş. Gör. Dilara Karagül'e, Arş. Gör. Hüsniye Asena Çolak'a, Arş. Gör. Baki Köse'ye, Arş. Gör. Fatma Ece Kekil'e, Arş. Gör. Aleyna Kalender'e, Arş. Gör. Sıla Öztürkler'e, Arş. Gör. Ömer Mert Yılmaz'a ve Dr. Hazal Tolu Yılmaz'a teşekkürlerimi sunarım. Yine bu süreçte erişemediğim kaynaklara ulaşmamda desteklerini esirgemeyen Av. Elif Kapısız'a, Av. Melis Uslu'ya, Bryan Verheul'e ve Leon Theimer'e de teşekkür ederim. Ayrıca, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sekreteri Asım Taş nezdinde Fakülte Sekreterliğimizin kıymetli çalışanlarına, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sekreteri Levent Karabudak nezdinde Enstitü çalışanlarına ve Üniversitemizin değerli mensuplarına da teşekkürlerimi sunarım.

Herhangi birini atlamak endişesiyle burada isimlerini zikretmekten kaçındığım, ancak bu satırları okuduklarında bu teşekkürün kendilerine yönelik olduğunu anlayacak çok kıymetli dostlarıma da manevi desteklerini her zaman hissettirdikleri ve her daim yanımda oldukları için çok teşekkür ederim.

2210-A Yurt İçi Genel Yüksek Lisans Burs Programı çerçevesinde desteklerini sunan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırmalar Kurumu'na (TÜBİTAK) katkıları için teşekkür ederim.

Son olarak, geniş ailemin yanımda olan her bir ferdine şükranlarımı sunarım. Ancak elbette en özel teşekkürüm; hayatımın her döneminde yanımda olan, her kararına saygı duyarak desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen, sonsuz özverileri ve sevgileriyle her düştüğümde beni ayağa kaldıran canım annem Aysun Tanrıkulu'na ve canım babam Bülent Tanrıkulu'nadır. Bu çalışmada olduğu gibi şu ana kadarki tüm başarılarımın gerçek sahipleri onlardır. Sevgili kardeşlerim Murat Tanrıkulu ve Ayşegül Tanrıkulu'na da her daim benimle oldukları için müteşekkirim. Yakın zamanda ebediyete uğurladığımız, doğduğum günden bugüne koruyucu meleğim olan canım babaannem Ayşe Tanrıkulu'na; bana koşulsuz sevgiyi, merhameti ve insan sevgisini öğrettiği için minnettarım. Akademik kariyerimin kapsamlı ilk çalışması olan bu yüksek lisans tezini, canım babaannem Gomariga'nın aziz hatırasına adıyorum.

İÇİNDEKİLER LİSTESİ

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER LİSTESİ	iii
KISALTMALAR LİSTESİ	v
RESUME	vi
ABSTRACT	viii
ÖZET	x
GİRİŞ ve KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	1
BİRİNCİ BÖLÜM	6
YABANCI HAKEM KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİNE DİRENME HAKKI VE BU HAKKIN SINIRLANDIRILMASI İHTİYACI	6
I) Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Temel Kavram ve Esaslar	6
A) Tanıma, Tenfiz ve Yabancı Hakem Kararı Kavramları	8
1) Tanıma ve Tenfiz Kavramları	11
2) İlgili Mevzuat	14
3) Yabancı Hakem Kararı Kavramı	18
B) Tanıma ve Tenfize İlişkin Esaslar	32
1) Kural: Tanıma ve Tenfiz Talebinin Kabulü	33
2) Kuralın İstisnası: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkı	41
II) Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Sınırlandırılması İhtiyacı	47
A) Sorunun Kaynağı: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Dayanağını Oluşturan Hukuka Aykırılıkların Tenfiz Öncesi Aşamalarda İleri Sürülebilirliği 49	
B) İhtiyacın Sebebi: Tanıma ve Tenfize Direnen Tarafın İradesinin Rolü	54
C) Tanıma ve Tenfize İlişkin Düzenlemelerimizin Sessizliği: Bilinçli Susma? 61	
İKİNCİ BÖLÜM	70
HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI KAPSAMINDA TANIMA VE TENFİZE DİRENME HAKKI	70

I) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Uygulama Alanı Bulması	70
A) Hakkın Kötüye Kullanılması Kavramı ve İşlevi	71
B) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Uygulanma Şartları ve Bir Görünüm Biçimi Olarak Çelişkili Davranış Yasağı	76
C) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Uygulama Alanı Bulması	80
II) Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Sınırlandırılması İhtiyacının Doğmaması: İleri Sürülebilecek Bir Tanıma Tenfiz Engelinin Bulunmaması	85
A) Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği Tenfiz Engeli Özelinde Konunun İncelenmesi	87
1) Davalının Tahkim Yargılaması Sırasındaki Davranışlarının Zımnî İrade Olarak Yorumlanması	88
2) Tahkim Anlaşmasının Diğer Geçerlilik Koşullarının Etkisi	92
B) Değerlendirme	105
III) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Tâliliği İlkesi: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkını Açıkça Sınırlandıran veya Sınırlandırma İddiasında Olan Düzenlemeler	107
A) Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkını Açıkça Sınırlandıran Düzenlemeler	109
1) Türk Hukuku Dışından İki Örnek: Hollanda Hukuku ve Miami Taslağı	110
2) Türk Hukukunun Bir Parçası: 1961 Tarihli Avrupa Sözleşmesi	114
B) Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkını Sınırlandırma İddiasında Bulunan Düzenlemeler	119
1) Hakem Heyetinin Yetkisini Tesis Eden Düzenlemeler	120
2) Feragate İlişkin Düzenlemeler	123
IV) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkı Üzerindeki Etkisi	127
A) Sınırın Sınırı: Re'sen Dikkate Alınan Tanıma Tenfiz Engelleri	128
B) Davalının Farklı Aşamalardaki Tutumlarının Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkı Üzerindeki Etkisi	134
1) Tahkim Yargılaması Aşaması	134
a) Davalının Hareketsizliğinin Etkisi	135
b) Davalının Beyanlarının Etkisi	147
2) Tahkim Yargılamasından Sonraki Aşamalar	149
a) İptal Davasının Açılmamış Olması	150
i) Tartışmanın Kaynağı: Alman Hukuku Uygulaması	152
ii) Değerlendirme	160
b) İptal Davası Açma Hakkından Feragat Edilmiş Olması	168
c) Açılmış Olan İptal Davasında İptal Sebebi Olarak İleri Sürülmemiş Tanıma Tenfiz Engelleri	170
d) Farklı Ülkelerde Açılan Tanıma Tenfiz Davalarında Farklı Tanıma Tenfiz Engellerine Dayanılması	175
SONUÇ	178
KAYNAKÇA	185
ÖZGEÇMİŞ	210

KISALTMALAR LİSTESİ

ASA	: Association Suisse d'Arbitrage (İsviçre Tahkim Merkezi)
BK	: Berner Kommentar
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
DIAC	: Dubai International Arbitration Centre
dn.	: dipnot
E.	: Esas
ed. / éd.	: editör / éditeur
eds.	: editörler
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HKIAC	: Hong Kong International Arbitration Centre
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICCA	: International Congress and Convention Association (Uluslararası Kongre ve Konvansiyon Birliği)
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
İBBGK	: İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İMÖHK	: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (<i>Loi fédérale sur le droit international privé</i>)
İSTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
İsvFM	: İsviçre Federal Mahkemesi
K.	: Karar
KG	: Kammergericht Berlin (Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi)
LCIA	: London Court of International Arbitration
md.	: madde
MÖHUK	: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
N.	: paragraf numarası
OLG	: Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkemesi)
s.	: Sayfa
SCC	: Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	: Zeitschrift für Schiedsverfahren (Tahkim Bülteni)
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
vd.	: ve devamı
ZPO	: Zivilprozessordnung (Madenî Usûl Kanunu)

RESUME

Il est fréquent de constater que l'arbitrage, en tant qu'une méthode alternative de résolution des litiges, est devenu le mode habituel de résolution des litiges commerciaux internationaux. Cela s'explique par les nombreux avantages que l'arbitrage offre aux parties. Toutefois, la réalisation de ces avantages et le fait que l'arbitrage soit effectivement un moyen efficace de règlement des litiges et réponde aux attentes des parties sont étroitement liés à la force exécutoire des sentences rendues à l'issue de ces procédures. En effet, quelles que soient l'équité et la rapidité avec lesquelles un différend est résolu par des experts, la sentence n'aura aucun sens pour la partie en faveur de laquelle elle a été rendue si elle ne peut pas être exécutée par l'intermédiaire des états en cas de besoin. C'est précisément pour cette raison que la circulation internationale des sentences arbitrales, grâce à la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, à laquelle de nombreux États sont parties, constitue l'un des principaux avantages de l'arbitrage et joue un rôle essentiel pour faire de l'arbitrage une méthode privilégiée de résolution des litiges. À cet égard, le principal objectif de la Convention de New York est de faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. En d'autres termes, les dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères de la Convention de New York et de la loi turque n° 5718 sur le droit international privé et le droit procédural, qui a été élaborée sur la base de cette convention, donnent la priorité aux intérêts des parties qui ont obtenu une sentence arbitrale en leur faveur pour demander l'exécution de la sentence arbitrale par l'intermédiaire du système judiciaire de l'État. Cependant, le droit de demander la reconnaissance et l'exécution n'a pas bénéficié d'une protection absolue. La limite de ce droit est le droit de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution. La raison en est que certaines sentences arbitrales ne respectent pas les normes internationales d'arbitrage protégées par l'article V de la Convention et ne méritent donc pas que l'on s'efforce d'en faciliter la reconnaissance et l'exécution, comme l'a souligné le célèbre juriste Fouchard.

Un examen attentif des motifs constituant l'objet du droit de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution révèle qu'ils sont le reflet de la double nature de l'arbitrage en tant qu'activité contractuelle et judiciaire. En d'autres termes, si certains d'entre eux protègent les intérêts des parties à ce que la procédure d'arbitrage soit menée conformément à leur accord, d'autres protègent leurs intérêts à ce que l'arbitrage soit mené conformément aux principes fondamentaux d'un procès équitable. Toutefois, la procédure de reconnaissance et d'exécution n'est pas le seul, ni même le dernier stade auquel les irrégularités faisant l'objet de ce droit peuvent être soulevées. En effet, si ces faits sont soulevés au cours de la procédure d'arbitrage, ces irrégularités peuvent être corrigées, alors que s'ils sont soulevés au cours d'une éventuelle procédure d'annulation, ils peuvent conduire à l'annulation de la sentence arbitrale. Cependant, la réalisation de ces résultats est soumise à la volonté du défendeur dans la procédure d'exécution, étant donné qu'il est la partie lésée par ces

irrégularités. Il en résulte une contradiction qui soulève des questionnements sérieux. Si l'on admet que le droit de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution est illimité, le défendeur peut soit soulever ces faits au cours de la procédure d'arbitrage ou de la procédure d'annulation, soit garder le silence à ces stades et les conserver comme une arme à utiliser contre une future sentence arbitrale. Il ne fait aucun doute que cela serait incompatible avec l'approche de la Convention en faveur de l'exécution et avec les dispositions de la loi turque n° 5718 sur le droit international privé et le droit procédural.

Dans ce contexte, cette étude vise à examiner les effets de l'interdiction de l'abus de droit, une limite potentielle à tout droit en droit turc, sur le droit de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution, et examine si les comportements du défendeur dans les étapes précédentes de l'arbitrage pourraient conduire à la limitation du droit de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution. Cet examen a été effectué étape par étape en suivant les conditions d'application de l'interdiction de l'abus de droit. En effet, bien que ce principe soit l'un des plus fondamentaux du droit turc, il doit être appliqué avec la plus grande prudence. Dans ce contexte, étant donné que la première condition d'application de l'interdiction de l'abus de droit est l'existence d'un droit susceptible d'être abusé, il a été avancé que certains comportements du défendeur, en particulier au cours de la procédure d'arbitrage, peuvent éliminer l'existence même du droit de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution, et il a été conclu que ledit principe ne peut pas être appliqué dans de tels cas. De même, conformément au principe de subsidiarité de l'interdiction de l'abus de droit, il a été soutenu que ce principe ne devrait pas être appliqué dans les cas où il existe des réglementations applicables qui limitent déjà le droit de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution.

ABSTRACT

It is frequently stated that arbitration, as an alternative dispute resolution method, has become the usual way of resolving international commercial disputes. This results from the several advantages that arbitration offers to the parties. However, the realization of these advantages, and the fact that arbitration is indeed an effective means of adjudication and meets the parties' expectations, is closely related to the enforceability of the awards rendered as a result of these proceedings. This is because, no matter how fairly and expeditiously a dispute is resolved by experts, the award will be meaningless for the party in whose favor it is rendered unless it can be enforced via the state judiciary when needed. It is precisely for this reason that the international circulation of arbitral awards, thanks to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, to which many states are now parties, is one of the most important advantages of arbitration and is of critical importance in making arbitration such a preferred dispute resolution method. In that regard, the main purpose of the New York Convention is to facilitate the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. In other words, the provisions on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards of both the New York Convention and the Turkish Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law, which was prepared on the basis of this Convention, prioritize the interests of the parties who have obtained an arbitral award in their favor to demand the enforcement of the arbitral award via the state judiciary. However, the right to request recognition and enforcement has not enjoyed an absolute protection. The limit of this right is the right to resist recognition and enforcement. The reason thereof is that some arbitral awards do not uphold the international standards of arbitration protected by Article V of the Convention and therefore do not deserve efforts to facilitate recognition and enforcement, as the renowned jurist Fouchard has pointed out.

A close examination of the grounds constituting the subject matter of the right to resist recognition and enforcement unveils that they are the reflections of the dual nature of arbitration as a contractual as well as a judicial activity. In other words, while some of them protect the interests of the parties in the arbitration proceedings being conducted in accordance with their agreement, others protect their interests in the arbitration being conducted in accordance with the basic principles of a fair trial. However, the recognition and enforcement proceedings are not the only, and in fact not the last, stage at which the irregularities constituting the subject matter of this right may be raised. Indeed, if these facts are raised during the arbitration proceedings, those irregularities may be remedied, whereas if they are raised during a possible setting aside proceeding, they might lead to the annulment of the arbitral award. However, the realization of these results is subject to the will of the respondent in the enforcement proceeding, given that it is the party adversely affected by these irregularities. This leads to an unacceptable contradiction. If it is accepted that there is no limit to the right to resist recognition and enforcement, the respondent may either raise these facts

during the arbitration proceedings or during the annulment proceedings, or remain silent at these stages and keep them as a weapon to be used against a future arbitral award. Undoubtedly, this would be incompatible with the pro-enforcement approach of the Convention and the provisions of the Turkish Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law.

In this context, this study examines the effects of the prohibition of abuse of right, a potential limit to every right under Turkish law, on the right to resist recognition and enforcement, and examines whether the respondent's conducts in the previous stages of the arbitration could lead to the limitation of the right to resist recognition and enforcement. This examination has been carried out step by step by following the conditions for the application of the prohibition of abuse of right. This is because, although the principle is one of the most fundamental ones in Turkish Law, it should be applied with highest caution. In this context, considering that the first condition for the prohibition of abuse of right to be applied is the existence of a right that can be abused in the first place, it has been argued that certain behaviors of the respondent in recognition and enforcement proceedings, especially the ones during the arbitration proceedings, may eliminate the very existence of the right to resist recognition and enforcement itself, and it has been concluded that the said principle cannot be applied in such cases. Likewise, in accordance with the principle of subsidiarity of the prohibition of abuse of right, it has been argued that this principle should not be applied in cases where there exist applicable regulations which already limit the right to resist recognition and enforcement.

ÖZET

Özel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimin, özellikle milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde olağan çözüm yolu hâline geldiği sıklıkla ifade edilmektedir. Bu durumun temelinde, tahkimin taraflara sunduğu çeşitli avantajlar yer almaktadır. Ancak bu avantajların gerçekleştiğinden ve tahkimin gerçekten etkin bir yargılama yolu olarak kendisinden umulan menfaatleri karşıladığından söz edilebilmesi, bu yargılama sonucunda verilen kararların icra edilebilirliğinin sağlanmasıyla yakından ilgilidir. Zira bir uyuşmazlık ne kadar uzman kişilerce ne kadar âdil ve hızlı biçimde çözülürse çözülsün, verilen kararın gerektiğinde zorla icrası sağlanamadıkça lehine hüküm elde eden taraf açısından bu kararın bir manası bulunmayacaktır. Tam da bu nedenle hakem kararlarının, günümüzde birçok devletin taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonu sayesinde haiz olduğu uluslararası dolaşım kabiliyeti tahkimin en önemli avantajlarından biri olup tahkimin bu denli tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasında kritik bir önemi haizdir. Nitekim New York Konvansiyonu'nun temel amacının da yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini kolaylaştırmak olduğu görülmektedir. Başka bir ifadeyle gerek New York Konvansiyonu gerekse bu Konvansiyon temel alınarak hazırlanan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümleri, lehine hakem kararı elde etmiş tarafların hakem kararının devlet yargısı eliyle zorla icrasını talep etmek yönündeki menfaatlerini önceleemektedir. Ancak tüm haklarda olduğu gibi tanıma ve tenfizi talep etme hakkı da mutlak bir korumaya mazhar olmamıştır. Bu hakkın sınırını ise tanıma ve tenfize direnme hakkı oluşturmaktadır. Zira Fouchard'ın da ifade ettiği üzere bazı hakem kararları, Konvansiyon'un V. maddesiyle korunan tahkimin uluslararası standartlarını gözetmemekte ve bu nedenle anılan kararlar, tanıma ve tenfizi kolaylaştırmaya yönelik çabaları hak etmemektedir.

Tanıma ve tenfize direnme hakkının konusunu oluşturan tenfiz engelleri incelendiğindeyse bunların temelinde, tahkimin bir sözleşme olmakla birlikte aynı zamanda bir yargılama faaliyeti olmak şeklinde tezahür eden ikili yapısının yer aldığı görülmektedir. Gerçekten de kimi tenfiz engelleri, tenfiz davalılarının tarafı oldukları tahkim yargılamasının tahkim anlaşmasına uygun bir şekilde yürütülmüş olmasına ilişkin menfaatlerini korurken diğerlerinin, bir yargılama faaliyeti olan tahkimin adil yargılamanın temel prensiplerine uygun bir şekilde yürütülmüş olması yönündeki menfaatlerini koruduğu görülmektedir. Ancak tanıma ve tenfiz davası, bu hakkın konusunu oluşturan hukuka aykırılıkların ileri sürülebileceği tek aşama olmadığı gibi esasında son aşamadır. Gerçekten de bu olguların tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmesi hâlinde bunların temelinde yer alan hukuka aykırılıklar giderilebilecek; bunların olası bir iptal davası sırasında ileri sürülmesi ise hakem kararının mevcudiyetinin ortadan kalkmasına sebebiyet verebilecektir. Ancak bu sonuçların gerçekleşebilmesi, bu hukuka aykırılıklardan olumsuz etkilenen tarafın o olduğu dikkate alındığında, tanıma ve tenfiz davalısının iradesine tâbidir. Bu durum ise kabul

edilmesi güç bir çelişkiye yol açmaktadır. Zira tanıma ve tenfize direnme hakkının bir sınırı olmadığı kabul edildiğinde, davalı bu olguları tahkim yargılaması sırasında veya iptal davası sırasında ileri sürebileceği gibi, bu aşamalarda sessiz kalarak ileride aleyhine verilebilecek bir hakem kararına karşı kullanmak üzere bir silah olarak saklayabilecektir. Şüphesiz ki bu durum, Konvansiyon ve MÖHUK hükümlerinin tanıma ve tenfiz yanlısı yaklaşımıyla bağdaşmayacaktır.

Bu bağlamda bu çalışmada, hukukumuzda her hakkın bir sınırını oluşturan hakkın kötüye kullanılması yasağının tanıma ve tenfize direnme hakkı üzerindeki etkileri incelenmiş ve davalının, tahkimin önceki aşamalarındaki davranışlarının tanıma ve tenfize direnme hakkının sınırlandırılmasına sebebiyet verip vermeyeceği çeşitli örnekler üzerinden incelenmiştir. Bu inceleme, hukukumuzun en temel prensiplerinden biri olmakla birlikte başvurulurken bir o kadar dikkatli olunması gereken hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanma şartları ortaya konularak aşamalı bir şekilde gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı bulması için gereken ilk şartın kötüye kullanılabilecek bir hakkın varlığı olduğu göz önüne alınarak tanıma ve tenfiz davalısının özellikle tahkim yargılaması sırasındaki bazı davranışlarının bizzat tanıma ve tenfize direnme hakkının mevcudiyetini ortadan kaldırabileceği ortaya konmuş ve bu hâllerde anılan prensibe başvurulamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Keza hakkın kötüye kullanılması yasağının tâliliği prensibi uyarınca, tanıma ve tenfize direnme hakkını açıkça sınırlandıran pozitif hukuk düzenlemelerinin uygulama alanı bulduğu hâllerde bu prensibe başvurulmaması gerektiği savunulmuştur.

GİRİŞ ve KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Tahkim yargılaması sırasında mevcut olduğu bilinmesine rağmen ileri sürülmeyen bir hukuka aykırılığın, yargılama sonunda verilen hakem kararının kesin hüküm etkisinin tahkim yeri devleti dışında bir devlette etki doğurması veya o devlette icrası için açılan tanıma ve tenfiz davasında bir tanıma tenfiz engeli olarak ileri sürülebilecek olup olmadığı, milletlerarası ticari tahkimin en temel sorularından birini teşkil etmektedir. Gerek karşılaştırmalı hukuk gerekse Türk hukuku doktrininde, tahkim yargılaması sırasında vuku bulan bir hukuka aykırılığın yargılama sırasında ileri sürülmemiş olmasının, bu hukuka aykırılığın ilerleyen aşamalarda ileri sürülmesinden feragat edilmiş olduğu anlamına geleceğinin ve/veya bu durumun, dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edeceğinin ifade edildiği görülmektedir.

Gerçekten de, hakem kararını gönüllü olarak icra etmekten kaçınan ve bu nedenle kendisine karşı bir tanıma tenfiz davası ikame edilen tarafın, tahkim yargılaması sırasında hiç dile getirmediği ve sırf ileride aleyhine verilebilecek hakem kararına karşı bir silah olarak kullanmak üzere uhdesinde sakladığı itirazlarını ilk kez tanıma ve tenfiz davası sırasında ileri sürmesine müsaade edilmesi, tahkim kurumunun etkin bir uyuşmazlık çözüm yolu olma niteliğine gölge düşüreceği gibi hakkaniyet hissiyle de bağdaşmayacaktır. Zira böyle bir davranışa izin verilmesi, iki taraflı bir hukuki ilişki olan tahkim yargılamasının kaderinin taraflardan birinin iradesine teslim edilmiş olması anlamına gelecektir. Ancak mevzuatımızda yer alan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemelerde, davalının kendisine karşı yöneltilen tanıma tenfiz talebine karşı koyabilmesine imkân tanıyan tanıma ve tenfize direnme hakkını bu bağlamda açıkça sınırlandıran bir hükmün bulunmadığı görülmektedir. Hâl böyle olmakla birlikte, etiği ve hakkaniyeti hukuk düzenine dâhil

eden dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, hukukumuzda tüm hakların potansiyel bir sınırını teşkil etmekte olup tanıma ve tenfize direnme hakkı da bundan muaf değildir. Nitekim, bir önceki paragrafta ifade ettiğimiz üzere tanıma ve tenfize direnme hakkının adeta bir silah gibi kullanılmasının önüne geçmek amacıyla tahkim uygulamasında ve doktrinde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulmasının temelinde, bu durumun yarattığı hakkaniyet hissine aykırılık yer almaktadır.

Buna karşın, kanun koyucunun öngöremeyeceği sınırsız sayıda ihtimale karşı somut olay adaletini, kanunların nötr ve objektif yüzüne karşı etiği ve genel ve soyut nitelikteki düzenlemelerin katı uygulanmasının yaratacağı adaletsizliklere karşı hakkaniyeti hukuk sistemimize dâhil eden dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, başvurulurken hassas bir dengenin gözetilmesini ve dikkatli olunmasını gerektiren kurumlardır. Zira hukukta aslolan, somut olay şartlarına genel ve soyut nitelikteki kanun düzenlemelerinin benimsediği çözümlerin uygulanması ve böylelikle belirliliğin, öngörülebilirliğin ve hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Uyuşmazlıkların çözümünde bu kurumlara adeta ilk çare olarak başvurulması ise hukuk güvenliğine karşı büyük bir tehlike arz edecektir. Bu nedenledir ki bu kurumlara ancak gerekli olduğu hâllerde ve son çare olarak başvurulması gerekir. İşte çalışmamızın hazırlanmasının ardında yer alan temel gerekçe de tam olarak bu noktada kendisini göstermektedir.

Bu çalışmada, tanıma ve tenfize direnme hakkının potansiyel bir sınırını teşkil edebilecek dürüstlük kuralı ve özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağına hangi hâllerde ve hangi şartlarda başvurulabileceği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi ise hem sınırlandırılmak istenen hakka hem de bu sınırlandırmada kullanılacak araç niteliğinde olan hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin temel esasların ortaya konulmasını gerektirir. Bu doğrultuda çalışmamızın birinci bölümünde, tanıma ve tenfize direnme hakkı da dahil olmak üzere, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin temel kavram ve esaslar incelenecek ve niçin mevzuatımızda zaten son derece sınırlı bir şekilde düzenlenen tanıma ve tenfize direnme hakkının sınırlandırılmasına gereksinim duyulabileceği ele alındıktan sonra yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemelerin bu

konudaki sessizliğine rağmen böyle bir sınırlandırmanın yapıp yapılamayacağı sorusuna cevap aranacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise öncelikle “*Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Uygulama Alanı Bulması*” başlığı altında hakkın kötüye kullanılması yasağının hukukumuzdaki yeri, uygulanma şartları ve konumuz açısından önem arz eden görünüm biçimi olan çelişkili davranış yasağı ele alınacak ve ardından, kurumun yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde nasıl uygulama alanı bulacağı ortaya konulacaktır. Belirtilmelidir ki bu bölümde dürüstlük kuralı kavramı yerine hakkın kötüye kullanılması kavramının incelenmesi ve çalışmamız kapsamında bu kavramın ele alınması da bilinçli bir tercihin ürünü olup bunun nedenleri ilgili başlıkta ifade edilecektir. Hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanma şartları ortaya konulduktan sonra ise, bu kuruma başvurulurken takip edilmesi gerektiği savunulan sistematik, bölümün kalan başlıklarıyla adım adım ortaya konulacaktır.

Bu bağlamda ilk olarak “*Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Sınırlandırılması İhtiyacının Doğmaması: İleri Sürülebilecek Bir Tanıma Tenfiz Engelinin Bulunmaması*” başlığı altında, tanıma ve tenfiz davalısının özellikle tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğinin ileri sürülmek istenen tenfiz engelinin ortadan kalkmasına sebebiyet verebileceği hâller ele alınacaktır; zira isminden de anlaşılacağı üzere hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı bulabilmesinin ilk şartı, kötüye kullanılabilecek bir hakkın varlığıdır. Tanıma ve tenfize direnme hakkına konu edilebilecek bir tenfiz engelinin bulunmadığı hâllerde ise en azından o engel açısından tanıma ve tenfize direnme hakkının şeklen varlığından dahi söz edilemeyeceğinden, hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulması gerekmeyecek ve böyle bir uygulama hukuk tekniğine de aykırı olacaktır.

Çalışmamızın devamında ise, “*Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Tâliiliği İlkesi: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkını Açıkça Sınırlandıran veya Sınırlandırma İddiasında Olan Düzenlemeler*” başlığı altında hakkın kötüye kullanılması yasağının tâliiliği ilkesinin konumuz açısından önemine değinilecektir. Şöyle ki, hakkın kötüye kullanılması yasağının tâliiliği ilkesi gereği somut olayda bu kuruma başvurulmakla

giderilmek istenen hakkaniyete aykırılığı gideren veya doğmasını engelleyen açık düzenlemelerin varlığı hâlinde bu kuruma başvurulmaması gerekir. Ayrıca, tanıma ve tenfize direnme hakkını açıkça sınırlandırılan düzenlemelerin varlığı hâlinde zaten bu hakkın kullanımı engellendiğinden, hakkın kötüye kullanılması yasağının müdahalesini gerektiren bir hakkaniyete aykırılık bulunmayacaktır. Her ne kadar tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemelerimizde bu yönde açık bir hüküm yer almasa da anılan başlıkta ele alınacağı üzere, mevzuatımızın bir parçası olan Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi'nde¹ yer alan ve en azından kimi tenfiz engelleri açısından tanıma ve tenfize direnme hakkını açık bir şekilde sınırlandıran bir hüküm vardır ki bu hükmün uygulama alanı bulduğu hâllerde hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulmasına gerek kalmayacak ve böyle bir başvuru hukuk tekniğine de aykırı olacaktır. Bununla beraber, milletlerarası ticari tahkimin niteliği gereği yoğun bir bağlantı içinde olduğu tahkim yeri hukukunda ve tarafların tahkim usulüne uygulanmak üzere seçtikleri tahkim kurumu kurallarında da tanıma ve tenfize direnme hakkını sınırlandırma iddiasında olan kimi hükümler bulunmaktadır ki bu hükümler ve bunların güttükleri amacı gerçekleştirmeye muktedir olup olmadıkları meselesi aynı başlık altında ayrıca ele alınacaktır.

Çalışmamızın “*Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkı Üzerindeki Etkisi*” başlığı altındaki son kısmında ise, tanıma ve tenfize direnme hakkının şeklen varlığını koruduğu ve bu hakkı açıkça sınırlandıran bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda hakkın kötüye kullanılması yasağının tanıma ve tenfize direnme hakkının bir sınırını teşkil edebileceği örnekler üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda tanıma ve tenfize direnme hakkının potansiyel bir sınırını teşkil eden hakkın kötüye kullanılması yasağının bir sınırının olup olmadığı, başka bir deyişle bu yasağın tüm tanıma tenfiz engelleri açısından uygulama alanı bulup bulamayacağı incelenecektir. Ardından, davalının yalnızca tahkim yargılaması sırasındaki değil, Türk mahkemeleri huzurunda görülen tanıma ve tenfiz davasından önceki bir aşamayı teşkil eden ve kural olarak tahkim yerinde açılacak iptal davası ile diğer devletlerde açılmış tanıma tenfiz davalarındaki hareketsizliğinin veya belirli yöndeki davranışlarının hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında tanıma ve tenfize direnme hakkı üzerinde bir etkisi olup olmayacağı meselesi irdelenecektir.

¹ R.G. 23.09.1991-21000.

Önemle vurgulanması gerekir ki, hukukumuzun iki temel kurumunu ve bunların birbirleriyle ilişkisini inceleyen çalışmamızın ardında yer alan amaç hakkın kötüye kullanılması yasağının yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde veya genel olarak tahkimde uygulama alanı bulabileceği hâllerin tamamını incelemek değildir. Zaten böyle bir çaba, uygulamada karşılaşılabilecek sınırsız sayıda ihtimalin tüketilmesi mümkün olmayacağından beyhude olacaktır. Çalışmamızın amacı, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine direnme hakkının, bu hakkı düzenleyen mevzuat hükümlerinin sessizliğine rağmen müstakbel tanıma tenfiz davalılarının hakkaniyet hissini zorlayan davranışları karşısında bir sınırı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağının incelenmesidir. Her ne kadar bu mesele, tanıma ve tenfiz davasına ve özellikle tanıma ve tenfiz engellerine ilişkin kaleme alınan eserlerde bir şekilde kendisine yer bulsa da meselenin, şimdiye kadar gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse hukukumuzda derinlemesine ele alınmadığı görülmektedir. Bu bağlamda çalışmamızda, hukukumuzun en temel ilkelerinden biri olmakla birlikte başvurulurken bir o kadar dikkatli olunmasını gerektiren hakkın kötüye kullanılması yasağının tanıma ve tenfize direnme hakkı üzerindeki etkisi, hangi hâllerde bu yasağa başvurulmasının gerekmeyeceği ve hukuk tekniğine aykırı olacağı meselelerine dikkat çekilerek sistematik bir şekilde incelenmeye çalışılacaktır. Ancak çalışmamız bir yüksek lisans tezi olarak kaleme alındığından, bütün tanıma ve tenfiz engellerinin bu bağlamda tek tek incelenmesi çalışma kapsamını oldukça aşacaktır. Bu nedenle çalışmamızda gerçekleştirilen incelemeler, temelde bu incelemeye en elverişli ve Türk tahkim uygulamasında tanıma tenfiz taleplerine karşı en çok ileri sürülen ve belki de bu taleplerin reddedilmesine en çok sebebiyet veren *tahkim anlaşmasının geçersizliği* engeli üzerinden gerçekleştirilecektir. Ancak her ne kadar incelememiz tek bir engel üzerinden gerçekleştirilecekse de tahkim anlaşmasının geçersizliği tenfiz engelinden yola çıkılarak meseleye ilişkin genel prensipler ortaya konulmaya çalışılacak ve diğer tenfiz engelleri açısından da kısa açıklamalarda bulunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YABANCI HAKEM KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİNE DİRENME HAKKI VE BU HAKKIN SINIRLANDIRILMASI İHTİYACI

I) Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Temel Kavram ve Esaslar

Bir tahkim yargılaması lehine sonuçlanan tarafın öncelikli beklentisi, taraflar açısından uyuşmazlığı nihai ve bağlayıcı olarak sonuçlandıran hakem kararının gecikmeye mahal verilmeden icra edilmesidir². Esasında taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının özünü oluşturan bu husus, birçok tahkim kurumunun kurallarında ifadesini bulmuştur³. Her ne kadar doktrinde, uluslararası tahkim uygulamasında hakem kararlarının genellikle taraflarca gönüllü olarak yerine getirildiği ifade edilse de⁴ kimi zaman tahkim yargılamasının kaybeden tarafı çeşitli stratejik veya ekonomik,

² Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994, s.1; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, Altıncı Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021, s.538; Nigel Blackaby/Constantine Partasides/Alan Redfern, “Recognition and Enforcement of Arbitral Awards”, **Redfern and Hunter on International Arbitration** (eds. Nigel Blackaby/Constantine Partasides/Alan Redfern et al.), 7.Bası, Kluwer Law, 2023, N.11.01

³ Örneğin bkz. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları md.28(6); Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) Tahkim Kuralları md.26(9); Stockholm Tahkim Merkezi (SCC) Kuralları md.36; UNCITRAL Tahkim Kuralları md.32(2).

⁴ Julian Lew/Loukas Mistelis/Stefan Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, s.688; Blackaby/Partasides/Redfern, **Redfern and Hunter**, N. 11.02; Gary Born, **International Commercial Arbitration**, 3rd Edition, Kluwer Law International, 2021, N. 26.03; Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü: Ankara, 1986, s.395, dn.486. Price Waterhouse Coopers’ın 2008 yılında Queen Mary Üniversitesi ile ortaklaşa gerçekleştirdikleri bir çalışmaya göre, hakem kararlarının yalnızca %11’inin icrasının sağlanabilmesi için devlet mahkemelerine başvurulması gerekmekte, geri kalan kararlar ise taraflarca gönüllü olarak yerine getirilmektedir (çalışma için bkz. International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices, 2008 <<https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf>>).

hatta bazen de haklı, sebeplerle kararı gönüllü olarak icra etmekten kaçınabilmektedir⁵. Böyle bir durumda, hakem kararının icrasında menfaati bulunan tarafın elindeki tek hukuki çare devlet(ler)in yargı ve icra organlarına başvurmasıdır⁶, zira egemenliğin en somut görünüm biçimi olan cibrî icra, başka bir deyişle zor kullanma yetkisi devletlerin tekelinde olup yargılama yetkisini taraflar arasındaki tahkim anlaşmasından alan hakemlerin, hakkın zorla yerine getirilmesini sağlama yetkileri bulunmamaktadır⁷.

Hakem kararlarının devlet yargı teşkilatı eliyle icrası bakımından yapılması gereken en temel ayrım ise, icrası talep edilen hakem kararının bu talebin ileri sürüldüğü devlette yerli bir hakem kararı mı yoksa yabancı bir hakem kararı olarak mı nitelendirildiğidir⁸. Zira, birçok hukuk sisteminde olduğu gibi⁹, Türk hukukunda da “yerli” hakem kararları ile “yabancı” hakem kararlarının icrası açısından farklı usûller benimsenmiştir¹⁰. Tıpkı yabancı mahkeme kararlarında olduğu gibi, yabancı hakem kararlarının da Türk hukukunda “mahkeme kararı” etkisi doğurabilmesi, bu kararların

⁵ Akıncı, **Tenfiz**, s.42; Hamid G. Gharavi, **International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award**, Kluwer Law International, 2002, s.2; Christian Steger, **Die Präklusion von Versagungsgründen bei der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, s.73. Zira hakem kararının kaybeden tarafı bu şekilde hakem kararının icrasını biraz daha geciktirebilmekte, süreci karşı taraf açısından daha masraflı hâle getirebilmekte ve böylelikle karşı tarafı kendi lehine olabilecek bir sulhe zorlayabilmektedir (bkz. Ragnar Harbst, “Korruption und andere ordre public-Verstöße als Einwände im Schiedsverfahren”, **SchiedsVZ**, C. 2007, s.30).

⁶ Gharavi, **Effectiveness**, s.3; Steger, **Präklusion**, s.74; Hakan Pekcanitez/Ali Yeşilirmak, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15.Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017, s.2769; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.689; Blackaby/Partasides/Redfern, **Redfern and Hunter**, N. 11.09; Vahit Doğan/Alper Çağrı Yılmaz/Lale Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Güncellenmiş 9. Bası, 2023, s.174. Bu açıdan hakem kararlarının cebren icrası, devlet mahkemelerinin tahkime yardım ve müdahale ettiği sınırlı hâllerden biri ve en yoğun olanıdır (bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.526).

⁷ Steger, **Präklusion**, s.74. Bunun nedeni, her ne kadar kimi uyuşmazlıklar açısından bir maddi talebin belirlenmesi, başka bir deyişle yargılama yetkisi hakem heyet(ler)ine devredilmişse de, hakkın zorla yerine getirilmesi yetkisinin yani cibrî icranın devletlerin tekelinde olmasıdır (bkz. Steger, **Präklusion**, s.76).

⁸ Atâ Sakmar, **Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları**, 1. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s.29; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2021, s.819; Akıncı, **Tenfiz**, s.5; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.174; Feriha Bilge Tanrıbilir/Banu Şit, “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.22, S.2, 2002, s.826.

⁹ Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.692; Blackaby/Partasides/Redfern, **Redfern and Hunter**, N. 11.17.

¹⁰ Ergin Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Altıncı Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s.3; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 8. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023, s.482.

Türk mahkemelerince tanınması ve/veya tenfizine bağlıdır¹¹. Çalışmamızın üzerine inşa edildiği temelin oluşturabilmesi adına bu kısımda ilk olarak (A) *Tanıma, Tenfiz ve Yabancı Hakem Kararı Kavramları* kısaca ele alınacaktır.

Milletlerarası ticari uyuşmazlıklar açısından tahkimin olağan uyuşmazlık çözüm yöntemi hâline geldiği ve tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararına konu uyuşmazlığın çoğunlukla malvarlıkları farklı devletlerde bulunan ticari aktörler arasında olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin tahkimin en temel meselelerinden biri olduğu görülmektedir. Bu nedenledir ki devletler, gerek uluslararası düzeyde akdettikleri anlaşmalar gerekse ulusal ölçekte düzenledikleri mevzuatlarıyla hakem kararlarının uluslararası dolaşımını kolaylaştırmayı amaçlamıştır. Bu bağlamda, yabancı bir hakem kararının tanınması ve tenfizini talep etmek, lehine hakem kararı elde etmiş tarafa olası tenfiz devletlerince tanınmış bir hak niteliğindedir. Ancak her hak gibi bu hak da mutlak bir korumaya mazhar olmamış ve çeşitli menfaatler gözetilerek sınırlandırılmıştır. Meselenin bu yönü ise (B) *Tanıma ve Tenfize İlişkin Esaslar* başlığı altında incelenecektir.

A) Tanıma, Tenfiz ve Yabancı Hakem Kararı Kavramları

Yerli ve yabancı hakem kararlarının devlet yargı teşkilatı eliyle icrası açısından benimsenen usûllerin farklılaştığı temel nokta, bu aşamada devlet mahkemelerinin denetiminin gerekli olup olmadığı veya bu tür bir denetimin ne kapsamda olacağıdır. Şöyle ki, hukukumuzda “yerli” hakem kararı olarak kabul edilen kararların cibrî icraya konulabilmesi için devlet mahkemelerinin denetimi ya hiç gerekmemekte ya da oldukça sınırlı şekilde gerçekleşmektedir. Bilindiği üzere Türk hukukunda tahkim, iki farklı kanunda düzenlenmiş olup tahkim yerinin Türkiye’de olduğu ve yabancılık unsuru içermeyen tahkim yargılamaları açısından farklı; Tahkim yeri Türkiye’de olup

¹¹ Ergin Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, Yenilenmiş 23.Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s.572; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.523; Ercüment Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Üçüncü Bası, Onikilevha Yayıncılık: İstanbul, 2024, s.757.

yabancılık unsuru içeren “milletlerarası ticari tahkim”¹² yargılamaları açısından farklı düzenlemeler yer almaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na¹³ tâbi tahkim yargılamaları açısından hakem kararının icraya konulabilmesi için devlet mahkemelerinden ek bir karar alınması gerekmemekte, bu kararlar tıpkı mahkeme kararları gibi ilâmlı icraya konulabilmektedir¹⁴. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na¹⁵ tâbi hakem kararlarının cebrî icraya konu olabilmesi için ise yetkili mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınması gerekli ve yeterlidir¹⁶.

Buna karşın, yabancı hakem kararlarının herhangi ek bir prosedüre tâbi olmadan Türk yargı teşkilatı eliyle cebrî icraya konulabilmesi, başka bir ifadeyle Türk hukukunda “mahkeme kararı” gücü kazanabilmesi mümkün değildir. Esasında, yerli ve yabancı hakem kararları açısından bu şekilde bir ayrımın var olması oldukça doğaldır. Zira, Türk mahkemelerinin, HMK veya MTK’nın uygulama alanına giren tahkim yargılamaları üzerindeki denetimi iptal davası yoluyla gerçekleşmektedir. Bu şekilde, her ne kadar temelinde bir sözleşmesel ilişki olsa da aynı zamanda bir yargılama faaliyeti teşkil eden tahkim süreci sonunda verilen kararların âdil yargılamanın temel prensiplerine uygun bir şekilde vücut bulup bulmadığının denetimi

¹² Doktrinde, taraflar arasındaki ticari ihtilafların çözümüne yönelen ve yabancılık unsuru bulunduran tahkim yargılamalarını, devletler arasındaki ihtilafların çözümü için başvurulanan tahkim yargılamalarından ayırmak üzere milletlerarası “ticari” tahkim kavramının tercih edildiği görülmektedir (bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.4; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.301).

¹³ R.G. 12.01.2011-27836.

¹⁴ Hakan Pekcanitez, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017, s.570; Pekcanitez/Yeşilırmak, **Medenî Usûl**, s.2790. HMK md.439(4) fıkra hükmü uyarınca “[h]akem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını” durdurmayacağından HMK’ya tâbi hakem kararları kesinleşmeden icra edilebilecektir.

¹⁵ R.G. 05.07.2001-24453.

¹⁶ Nuray Ekşi, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 23, S.1-2, 2011, s.320; Pekcanitez/Yeşilırmak, **Medenî Usûl**, s.2791. MTK md.15/A/4 fıkra hükmü uyarınca hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durduracağından, MTK’ya tâbi hakem kararları kesinleşmedikçe ilâmlı icraya konu edilemeyecektir. Ayrıca MTK md.15/B/2 fıkra hükmü uyarınca, hakem kararına karşı iptal davası açılmamış veya bu davanın açılmasından feragat edilmiş olması hâlinde hakem kararının icrası için alınması gereken icra edilebilirlik şerhinin verilmesi sırasında mahkeme, MTK md.15/A/2/2 bent hükmünde ifadesini bulan ve iptal davasına bakan mahkemenin re’sen dikkate alması gereken iki iptal sebebinin (kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişsizlik) bulunup bulunmadığını inceleyecektir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.395-396.

imkânı sağlanmaktadır¹⁷. Oysaki yabancı hakem kararları açısından Türk mahkemelerinin, kararın icrası aşaması öncesinde böyle bir denetimi gerçekleştirme imkânları bulunmamaktadır. Zira, bu denetim imkânına sahip olan mahkemeler Türk mahkemeleri değil, kural olarak tahkim yeri mahkemeleridir¹⁸. Dolayısıyla, Türk mahkemelerince denetlenme imkânı bulunmayan bir hakem kararına tıpkı yerli bir hakem kararında olduğu gibi Türk hukukunda doğrudan etki tanınması kural olarak söz konusu olamayacaktır. İşte Türk mahkemelerince anılan denetimin¹⁹ gerçekleştirilebildiği ve yabancı hakem kararlarının Türk hukukunda bir “mahkeme kararı” etkisi doğurabilmesi için gerekli olan prosedürü ifade eden tanıma ve tenfiz kavramları tam da bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede bu başlıkta ilk olarak (1) *Tanım ve Tenfiz Kavramları* kısaca ele alınıp konuya ilişkin hukukumuzdaki (2) *İlgili Mevzuat* ortaya konulacak ve ardından hangi hakem kararlarının bu prosedüre tâbi olduğunun belirlenebilmesi adına (3) *Yabancı Hakem Kararı* kavramı üzerinde durulacaktır.

¹⁷ Doktrinde, tahkim ve devlet yargısı arasında tarihsel süreçten günümüze gelen bir çatışma olduğu ve tahkimin, devlet mahkemelerinin müsamahası ölçüsünde gelişebildiği sıklıkla ifade edilmektedir (bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.295). Hâl böyle olmakla birlikte, tahkimin kendisinden beklenen avantajları, kimi zaman bizzat tahkim anlaşmasının taraflarına rağmen, tam olarak sağlayabilmesi için devlet yargısıyla bir arada yaşaması şeklinde bir zorunluluğun bulunduğundan söz edilmektedir (bkz. Bilgehan Yeşilova, ““Lex (Loc) Arbitri” ve “Tahkim Yeri” Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı (MTK m.1/II)”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C.2, S.1, 2013, s.108; ayrıca bkz. Sylvain Bollée, “Le Droit Français de l’arbitrage International après le Décret N° 2011-48 du 13 Janvier 2011”, **Revue Critique de Droit International Privé**, C. 2011, 2011, s.553; William W. Park, “The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration”, **The International and Comparative Law Quarterly**, C.32, S.1, 1983, s.51; Aslı Bayata Canyay, **UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s.29). Nitekim doktrinde, en azından günümüz itibariyle, bir hakem kararına devlet yargısının herhangi bir kontrolü olmadan “mahkeme kararı” kudretinin verilebilmesinin düşük bir ihtimal olduğu ve böyle bir ihtimalin her hâlükârda suistimale çok açık olacağı vurgulanmaktadır (bkz. Steger, **Präklusion**, s.75).

¹⁸ Philippe Fouchard, “La Portée Internationale de l’Annulation de la Sentence Arbitrale dans son Pays d’Origine”, **Revue de l’Arbitrage**, C. 1997, S.3, 1997, s.329; Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2008, s.61; Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.112; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.338 dn.497.

¹⁹ Devlet mahkemelerinin hakem kararlarına ilişkin denetimi, kural olarak kontrolün gerçekleştirildiği ülkede kararın yerli veya yabancı sayılmasına göre iptal davası veya tanıma tenfiz davası ile gerçekleştirilmektedir (bkz. Fouchard, **La Portée**, s.329; Ziya Akıncı, “Milletlerarası Tahkim ve İptal Davası”, **XI. Milletlerarası Tahkim Semineri (14 Nisan 2014)**, ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, s.26). Ayrıca bkz. Steger, **Präklusion**, s.83. Ancak önemle vurgulanmalıdır ki günümüzde, devlet mahkemelerinin gerek iptal davası yoluyla gerekse tanıma ve tenfiz prosedürü sırasında tahkime müdahaleleri oldukça sınırlıdır (bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.295).

1) Tanıma ve Tenfiz Kavramları

Kişiler arasındaki bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturan hakem kararlarının, tıpkı mahkeme kararlarında²⁰ olduğu gibi, iki temel sonucu bulunmaktadır: aleyhine karar verilen tarafın, ilgili hakem kararının gereğini rızaen yerine getirmemesi hâlinde, lehine hüküm elde eden tarafın, devletin yetkili organları aracılığıyla hakkını elde etmesini sağlayan icra kabiliyeti ve hakem kararıyla çözüme kavuşturulan uyuşmazlığın tekrar bir yargılamaya konu edilmesini engelleyen kesin hüküm ve bu bağlamda kesin delil kuvveti. Nasıl ki, devletlerin egemenlik yetkisine dayanılarak verilen mahkeme kararlarının etkisi yalnızca verildikleri devletin ülkesi ile sınırlıysa²¹, hakem kararları açısından da bu etki kural olarak yalnızca ilgili devletin belirli kriterlere dayanarak yerli kabul ettiği kararlar açısından söz konusu olup yabancı bir hakem kararına yabancı devletçe verilen icra edilebilirlik gücü başka bir devlet ülkesinde etkili değildir²². Zira, tarafların anlaşması sonucunda bir veya daha fazla sayıda özel kişinin bir araya gelerek yürüttüğü faaliyete bir yargılama; bunun sonucunda verilen karara, bir mahkeme kararı etkisini atfeden hukuk sistemi tahkimin isnat ettiği hukuk sistemidir²³. Bu bağlamda, Türk hukukunun bu etkiyi tanıdığı hakem kararları da, Türk kanun koyucusunun çeşitli kriterler çerçevesinde yerli kabul ettiği ve bu cihetle Türk mahkemelerinin denetim imkânını haiz olduğu hakem kararlarıdır. Bu nedenledir ki yerli hakem kararları açısından bu sonuçlar doğrudan veya basit bir usûl sonrasında doğarken, yabancı hakem kararları açısından aynı durum söz konusu

²⁰ Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.1; Nuray Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020, s.3; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.712; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2024, s.650; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s.185; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.112.

²¹ Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.1; Nomer, **Devletler Hususî**, s.508; Ergin Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018, s.170; Ekşi, **Tenfiz**, s.1; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.648; Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.185; Sibel Özel/Mustafa Erkan/Hatice Selin Pürselim/Hüseyin Akif Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2023, s.716.

²² Nomer, **Devletler Hususî**, s.572; Steger, **Präklusion**, s.74.

²³ Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s. 34; Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.31; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.296; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.793; Emmanuel Gaillard/John Savage, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999, s.885.

değildir. Bir yabancı hakem kararının Türkiye’de sonuç doğurabilmesi, kural olarak²⁴ bu kararın Türk mahkemelerince tanınması ve/veya tenfizine bağlıdır²⁵.

Devletlerin kendi hukuklarına yabancı olan kararlara, ek bir prosedür sonucunda da olsa, yerli bir mahkeme kararı etkisi tanıyor olmasının ardında yer alan nedenler sorgulandığında, ileri sürülen temel gerekçenin uluslararası ticarî ve ekonomik iş birliği olarak ifade edildiği görülmektedir²⁶. Gerçekten de, ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları çözen kararların icra edilememesi endişesinden doğan ek maliyet yalnızca uluslararası ticareti²⁷ değil, bu ticaret sonucunda ortaya çıkan ekonomik büyümeden menfaati bulunan devletleri de olumsuz yönde etkileyecektir²⁸. Dolayısıyla, tıpkı farklı devletler arasında malların veya işgücünün dolaşımında olduğu gibi hakem kararlarının dolaşımının kolaylaştırılmasında dolaylı olarak devletlerin de menfaati bulunmaktadır. Nitekim, temel amacı yabancı hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırmak olan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1958 Tarihli New York Sözleşmesi’ne²⁹ dünya devletlerinin büyük çoğunluğunun taraf olması³⁰ bu tespiti teyit eder niteliktedir. Yabancı kararlara başka bir devlet ülkesinde etki tanınmasının ardında yer alan gerekçelerden bir diğeri ise, bu etkinin tamamen reddedilmesinin hak arama özgürlüğüne ciddi anlamda zarar verecek olması olarak ifade edildiği görülmektedir³¹.

²⁴ Bu gerekliliğin yegâne istisnası, 19830 sayılı ve 02.06.1988 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanarak mevzuatımızın bir parçası hâline gelen “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme”nin uygulama alanına giren yabancı hakem kararlarıdır. Zira bu kararlar, anılan sözleşmenin 54.maddesi uyarınca taraf devletlerce tıpkı yerli mahkeme kararları gibi icra edilecektir (bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.67; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.146).

²⁵ Nomer, **Devletler Hususî**, s.572; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.523; Ercüment Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Üçüncü Bası, Onikilevha Yayıncılık: İstanbul, 2024, s.757; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.174. Nitekim bu bağlamda tanıma ve tenfiz davası doktrinde yabancı hukuk sistemi ile tanıma tenfiz devleti hukuku arasında kurulan bir köprüye benzetilmektedir (bkz. Steger, **Präklusion**, s.76).

²⁶ Sakmar, **Yabancı İlâmlar**, s.7; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.386; Pelin Güven, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013, s.19.

²⁷ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.386.

²⁸ Nitekim doktrinde, uluslararası ticareti bir kalkınma aracı olarak gören devletlerin, hakem kararlarının etkinliğini sağlamak durumunda oldukları ifade edilmektedir (bkz. Cemal Şanlı, “Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Public and Private International Law Bulletin**, C.17, S.1-2, s.393).

²⁹ R.G. 25.09.1991-21002.

³⁰ Günümüzde toplamda 172 devlet Konvansiyon’a taraftır. Bu devletlerin Eylül 2024 tarihi itibarıyla güncel listesi için bkz. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

³¹ Ekşi, **Tenfiz**, s.4.

Tanıma ve tenfiz kavramları, hakem kararlarının anılan etkilerinin yabancı bir ülkeye teşmili anlamına gelmektedir. Bu bağlamda tanıma, hakem kararının kesin hüküm ve kesin delil kuvvetinin Türk hukukuna teşmilini ifade ederken³² tenfiz, yabancı hakem kararının Türk yargı teşkilatı eliyle icra edilebilir hâle gelmesini sağlamak anlamına gelmektedir³³. Dolayısıyla devletin icra organlarının harekete geçirilebilmesi, yabancı hakem kararının tenfizine bağlıdır³⁴. Vurgulanması gerekir ki, anılan etkilerin gerçekleşebilmesi için bu kararlarının tanınması ve/veya tenfizi yeterlidir. Başka bir deyişle, tanınmasına karar verilen bir yabancı hakem kararı, tıpkı Türk mahkemesince verilmiş bir karar gibi Türk hukukunda kesin hüküm ve kesin delil kuvvetini haiz olacak; tenfizine karar verilen bir yabancı hakem kararı da Türk mahkemelerince verilmiş bir ilâmın tüm sonuçlarını Türkiye’de doğuracaktır³⁵.

Görüldüğü üzere, tanıma ve tenfiz birbirinden farklı kavramlardır. Ancak Türk hukuku açısından bu kavramlar arasındaki ayrımın esas önemi yabancı mahkeme kararları açısından; zira yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için aranan karşılıklılık koşulu, tanıma için aranmamaktadır³⁶. Buna karşın, hakem kararları açısından tanımayı tenfizden farklı şartlara tâbi kılmayı gerektirecek bir nitelik farkı mevcut olmadığından³⁷, hakem kararlarının tanınması da aynen tenfiz şartlarına göre

³² Nomer, **Devletler Hususî**, s.508; Nomer, **Usul Hukuku**, s.171; Akıncı, **Tenfiz**, s.99; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.523; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.648; Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.187; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.717; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.3; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.713; Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s.427; Güven, **Tanım Tenfiz**, s.23; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.114.

³³ Nomer, **Devletler Hususî**, s.511; Nomer, **Usul Hukuku**, s.175; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.523; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.648; Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.185; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.717 vd.; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.4; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.713; Güven, **Tanım Tenfiz**, s.27; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.115.

³⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.525. Elbette ki tenfiz, tanımayı da kapsayan bir kavramdır. Şöyle ki, yabancı bir kararın tenfizine karar verilmesi o karara Türk yargı teşkilatınca icra edilebilirlik kabiliyeti kazandıracağı gibi ilgili karar Türk hukukunda kesin hüküm ve kesin delil etkilerini de haiz olacaktır (bkz. Ekşi, **Tenfiz**, s.5; Bayata Canyaş, **UNCITRAL**, s.27).

³⁵ Nomer, **Devletler Hususî**, s.581; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.550. Nitekim, MÖHUK md.61/2 fıkra hükmü atfıyla yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi açısından da uygulama alanı bulan MÖHUK md.57/1 uyarınca “*Tenfizine karar verilen yabancı ilâmlar Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunur.*”. İlgili hüküm, MÖHUK md.63 uyarınca yabancı hakem kararlarının tanınması davası/talebi açısından da uygulama alanı bulmaktadır.

³⁶ Nomer, **Devletler Hususî**, s.547; Nomer, **Usul Hukuku**, s.219; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.794; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.676; Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.213; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.757; Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.427.

³⁷ Nomer, **Devletler Hususî**, s.571; Nomer, **Usul Hukuku**, s.246.

gerçekleştirilmektedir^{38 39}. Hâl böyle olmakla birlikte, iki kavram arasındaki fark şu açıdan önemini muhafaza etmektedir: Tanıma, ayrıca müstakil bir dava açılmasına gerek kalmaksızın hâli hazırda açılmış olan davada bir talep olarak ileri sürülebilecekken bir kararın tenfizi için mutlaka müstakil bir dava ikame edilmesi gerekir⁴⁰.

2) İlgili Mevzuat

Hukukumuzda, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin iki temel düzenleme yer almaktadır⁴¹: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un⁴² md.60 ilâ 63 hükümleri ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti açısından 1 Ekim 1992 tarihinden bu yana yürürlükte olan 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonu⁴³. Bu iki temel düzenleme arasındaki ilişkinin ne olduğu, başka bir deyişle açılan bir davada hangi düzenlemenin öncelikli olarak uygulama alanı bulacağı sorusunun cevabı MÖHUK md.1(2) hükmünde yer almaktadır. Hüküm uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulduğundan, Anayasa md.90(5) hükmü uyarınca usûlüne göre yürürlüğe konulmuş bir milletlerarası sözleşme niteliğinde olan New York Konvansiyonu, MÖHUK hükümlerine göre öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, New York

³⁸ Nomer, **Devletler Hususî**, s.571; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.537. Bu durum yalnızca MÖHUK açısından değil New York Konvansiyonu açısından da geçerlidir (bkz. Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.690).

³⁹ Bu nedenle, çalışmamızın devamında tanıma ve tenfizi ifade etmek üzere yalnızca “tenfiz” kavramı kullanılmıştır. Buna karşın, başlıklar arasındaki uyumu sağlayabilmek adına bu tercih başlıklara yansıtılmamıştır.

⁴⁰ Türk mahkemeleri huzurunda hâli hazırda açılmış bir davada, yabancı bir hakem kararının kesin hüküm veya kesin delil etkisine dayanmak isteyen taraf, ayrıca bir tanıma davası ikame etmeksizin, bu davada ilgili kararın tanınması talebini ileri sürebilecektir (bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s.98; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.536). Bu nedenledir ki hakem kararının tanınması talebi kalkana, tenfiz talebi ise kılıca benzetilmiştir (bkz. Blackaby/Partasides/Redfern, **Redfern and Hunter**, N.11.23; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.690; Christoph Liebscher, “Preliminary Remarks”, **New York Convention Article-by-Article Commentary**, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s.6; Steger, **Präklusion**, s.78).

⁴¹ Nomer, **Devletler Hususî**, s.570; Nomer, **Usul Hukuku**, s.245; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.386; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.838; Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.262; Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.463.

⁴² R.G. 12.12.2007–26728.

⁴³ New York Konvansiyonu ülkemizde, 8 Mayıs 1991 tarihinde 3731 sayılı Kanunla onaylanmış ve 25 Eylül 1991 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe konulmuştur. Ancak Konvansiyon’un yürürlüğe ilişkin XII. madde hükmü uyarınca Konvansiyon, Türkiye açısından 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla yürürlük kazanmıştır (detaylı bilgi için bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.388).

Konvansiyonu'nun kapsamında kalan yabancı hakem kararlarının tenfizi talepleri Konvansiyon uyarınca karara bağlanacak ve kural olarak ancak Konvansiyon kapsamına girmeyen hakem kararları açısından MÖHUK hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴⁴.

Bu bağlamda ilk olarak, New York Konvansiyonu'nun uygulama alanının tespit edilmesi önem arz etmektedir. Uygulama alanına ilişkin md. I(1) fıkra hükmü uyarınca Konvansiyon, “*gerçek veya tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklar*”a ilişkin olarak talepte bulunulan “*devletten başka bir devlet toprağında*” verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi taleplerine uygulanacaktır. Görüldüğü üzere, Konvansiyon'un uygulama alanı açısından, tarafların vatandaşlıkları, mutlak meskenleri veya uyuşmazlığın milletlerarası nitelik taşıyıp taşıyamaması gibi unsurlar bir önem taşımamaktadır⁴⁵. Uygulama alanının belirlenmesi açısından kritik olan mesele, “hakem kararının verildiği yer” kavramı ile kastedilenin ne olduğunun ortaya konulmasıdır zira Konvansiyon, bu konuda herhangi bir açıklık taşımamaktadır⁴⁶. New York Konvansiyonu'na ilişkin kaleme alınan eserlerde, Konvansiyon'da bu kavramın fiziki bir bağlantıdan ziyade hukuki bir terim olarak kullanıldığı ve bu

⁴⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.527; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.758; Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.262. Buna karşın doktrinde NOMER, Konvansiyon'un tarafların hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin diğer milletlerarası sözleşmelerden veya iç hukuk düzenlemelerinden faydalanması imkânını saklı tutan VII. madde hükmünden hareketle, hakem kararının tanınması veya tenfizini talep eden tarafın MÖHUK'a veya Konvansiyon hükümlerine dayanabileceğini, bu konuda bir tercih hakkı olduğunu ifade etmektedir (bkz. Nomer, **Devletler Hususî**, s.571; aynı yönde bkz. Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.847; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.797; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.175). Kanaatimizce de, her ne kadar MÖHUK md.1(2) hükmü milletlerarası sözleşmeleri saklı tutsa da, bizzat saklı tutulan sözleşme iç hukuka dayanma imkânını sağladığından teorik olarak tanıma tenfiz talebinde bulunan tarafın MÖHUK hükümlerine dayanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır (Konvansiyon'un md.VII hükmüne ilişkin açıklamalar için aşağıda bkz. aşağıda s.39 vd.). Ancak, doktrinde ŞANLI'nın da ifade ettiği üzere, MÖHUK'un hakem kararının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemelerinin Konvansiyon'a kıyasla daha lehe şartlar ihtiva etmediği (bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticaret**, s.482) göz önüne alındığında, uygulamada yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizini talep eden bir tarafın Konvansiyon yerine MÖHUK hükümlerine dayanmak istemesi pek olası bir ihtimal olarak düşünülemeyecektir.

⁴⁵ Albert Jan Van den Berg, **The New York Arbitration Convention of 1958**, Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, s.15; Gaillard/Savage, **Fouchard Gaillard Goldman**, s.967; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.700. Konvansiyon'un kapsam maddesinin hazırlık çalışmaları ve getirilen farklı önerilere ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Bernd Ehle, “Scope of Application”, **New York Convention Article-by-Article Commentary**, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s. 30 vd. Bu düzenlemeyle Konvansiyon'un evrensel bir yaklaşım ve uygulama alanı benimsediği ifade edilmektedir (bkz. Van den Berg, **NYC**, s.12).

⁴⁶ Ehle, **Scope**, s.57.

bağlamda tahkim yerini ifade ettiğinin defaatle vurgulandığı görülmektedir⁴⁷. Nitekim, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun⁴⁸ md.31(3) fıkra hükmü uyarınca hakem kararı, tahkim yeri ülkesinde verilmiş sayılacaktır⁴⁹. Keza, karşılaştırmalı hukukta birçok tahkim kanununda⁵⁰ ve tahkim kurallarında⁵¹ da aynı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Dolayısıyla Konvansiyon'un uygulanma alanının tespiti açısından hakem kararının imzalandığı veya duruşmaların yapıldığı yer önem arz etmemektedir⁵². Meseleye ilişkin Türk doktrini incelendiğinde, uygulama alanı maddesi özelinde olmasa da, Konvansiyon'un diğer hükümlerinde yer alan "hakem kararının verildiği yer" kavramına yüklenilen anlamın, karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımla uyum içinde olduğu görülmektedir⁵³.

⁴⁷ Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.700; Ehle, **Scope**, s.58; Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure- The Role of the Law of the Place of Arbitration", **Improving The Efficiency of Arbitration Agreements And Awards: 40 Years Of Application and The New York Convention – ICCA Congress Series No.9** (ed. Albert Jan Van den Berg), Dublin: Kluwer Law International, 1999, s. 338 vd.; Andrea Meier, **Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) - Internationale Schiedsgerichtsbarkeit Art. 176-194 IPRG sowie Art. 7 und 196 IPRG (Berner Kommentar)**, Stämpfli Verlag, 2023, s.970; Francis A. Mann, "Where is an award "made"?", **Arbitration International**, C.1985, S.1, 1985, s.108. Ayrıca, tahkim yeri kolaylıkla belirlenebileceğinden bu tercihin hukuki belirliliği sağlamaya hizmet edeceği vurgulanmaktadır (bkz. Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.700; Mann, **Award**, s.108).

⁴⁸ Dünya genelinde yeknesak bir uluslararası tahkim düzeni yaratmak üzere Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından 1986 yılında hazırlanıp 2006 yılında revize edilen Model Kanun, birçok ülke tarafından aynen benimsenmiş veya tahkim mevzuatları bu kanun temel alınarak düzenlenmiştir (bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.307). Model Kanun, günümüzde 80'den fazla devlet tarafından tahkime ilişkin mevzuatları hazırlanırken temel alınmıştır (Model Kanun'u benimseyen devletlerin güncel listesi için bkz. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status). Dolayısıyla Model Kanun, tahkime ilişkin uluslararası ölçekte kabul edilen modern standartların belirlenmesi açısından önemli bir referans niteliğindedir. Bu nedenle çalışmamız boyunca, yabancı hakem kararlarının verildiği tahkim yeri hukukuna dayanan açıklamalarımız açısından Model Kanun düzenlemeleri referans alınarak açıklamalarda bulunulacaktır.

⁴⁹ Maddenin İngilizce metni şu şekildedir: "*The award shall state (...) the place of arbitration (...). The award shall be deemed to have been made at that place.*"

⁵⁰ İç hukuklarda yer alan tanımlamalar, bir milletlerarası sözleşme olan New York Konvansiyonu'nun içerdiği terimlerin yorumlanması açısından bağlayıcı bir etkiyi haiz olmasa da, karşılaştırmalı hukukta genel olarak kabul edilen yaklaşımı göstermesi açısından önem taşımaktadır. Bu kapsamda, örneğin bkz. Alman Usûl Kanunu (*Zivilprozessordnung*) ZPO §1054/3; Hollanda Medeni Usûl Kanunu (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) md.1037/1; İngiliz Tahkim Kanunu (*Arbitration Act 1996*) §100(2)(b). Hukukumuzda bu konuda açık bir düzenleme yer almamaktadır.

⁵¹ Örneğin bkz. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları md.32.3; Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) Tahkim Kuralları md.16.3; UNCITRAL Tahkim Kuralları md.18.1; Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi (HKIAC) Tahkim Kuralları md.35.5; TOBB Tahkim Tüzüğü md.37(2).

⁵² Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.701; Ehle, **Scope**, s.58.

⁵³ Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.85; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.528.

Konvansiyon'un uygulama alanının tespiti açısından önem arz eden bir diğer mesele ise uygulama alanına ilişkin md.I(3) hükmü uyarınca taraf devletlerin Konvansiyon'u kabul ederken coğrafi bakımdan ve konu bakımından olmak üzere iki farklı çekince beyanında bulunabilmelerine imkân tanınmış olmasıdır⁵⁴. Anılan hüküm uyarınca taraf devletler, Konvansiyon'un karşılıklılık esası dairesinde yalnızca diğer âkit devletlerde verilen hakem kararları açısından uygulanacağını beyan edebileceği gibi⁵⁵, Konvansiyon'un uygulama alanını yalnızca kendi hukuklarında ticari nitelikte sayılan uyuşmazlıklara ilişkin hakem kararlarına hasredebileceklerdir⁵⁶. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Konvansiyon'a taraf olurken her iki çekince imkânını da kullanmıştır⁵⁷. Dolayısıyla ülkemizde açılan tenfiz davalarında Konvansiyon, yalnızca Türk hukukuna göre ticari nitelikte sayılan işlem ve ilişkilerden⁵⁸ doğan uyuşmazlıklar hakkında Konvansiyon'a taraf devletlerden birinde verilmiş⁵⁹ hakem kararları açısından uygulama alanı bulacaktır.

Hâl böyle olmakla birlikte, gerek hukukumuzda ticari işin oldukça geniş bir şekilde tanımlandığı⁶⁰ gerekse günümüzde 172 devletin Konvansiyon'a taraf olduğu dikkate alındığında, MÖHUK'un hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlerinin uygulama imkânının oldukça daraldığı görülmektedir⁶¹. Nitekim bu husus, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2012 yılında verdiği bir kararında da şu ifadelerle vurgulanmıştır: "(...) yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde,

⁵⁴ Ehle, **Scope**, s.29

⁵⁵ Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.702; Ehle, **Scope**, s.77.

⁵⁶ Van den Berg, **NYC**, s.51; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.703; Ehle, **Scope**, s.79.

⁵⁷ Bkz. 3731 sayılı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun md.2 hükmü.

⁵⁸ Akıncı, **Tenfiz**, s.23. Hukukumuzda ticari iş, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun md.3 ve md.19 hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre TTK'da düzenlenen hususlar ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticari iş olarak tanımlanmıştır. Ayrıca Kanun'un 19.madde hükmüyle ihtiva edilen karine uyarınca bir tacirin tüm borçları kural olarak ticari nitelikte olup taraflardan yalnızca biri için dâhi ticari iş olarak nitelendirilen sözleşmeler de kural olarak diğer taraf için de ticari iş sayılacaktır. Ticari iş tanımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s.74 vd.; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, s.71 vd.

⁵⁹ Önemle vurgulanması gerekir ki, Konvansiyon'da düzenlenen karşılıklılık çekincesi, yalnızca coğrafi bakımdan bir karşılıklılık olup hakem kararının verildiği tahkim yeri devletin Konvansiyon'a taraf olması gerekli ve yeterlidir. Başka bir deyişle, Konvansiyon'un uygulanması açısından fiili karşılıklılığın gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca araştırılmayacaktır (bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.391; Ehle, **Scope**, s.78).

⁶⁰ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.842.

⁶¹ Turgut Kalpsüz, "Hakem Kararlarının İcrası", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.25, S.2, 2009, s.24; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.881.

*bu sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekli olduğundan, MÖHUK kapsamına giren hakem kararlarının alanı oldukça daralmıştır. (...)*⁶².

Konvansiyon'un uygulama alanının tespiti açısından önem arz eden son bir husus, md.I(1) fıkra hükmünün son cümlesi uyarınca Konvansiyon'un, ayrıca tenfizi talep edilen devlette “*millî sayılmayan hakem kararları*” açısından da⁶³ uygulama alanı bulacak olmasıdır⁶⁴. Hukukumuz açısından anılan hükmün nasıl bir etkiyi haiz olduğunun belirlenebilmesi için yapılması gereken, Türk hukukunda hangi hakem kararlarının yabancı hakem kararı olarak nitelendirildiğinin tespitidir. Bu tespit ayrıca Konvansiyon kapsamı dışında kalan hakem kararlarının Türkiye’de icrası açısından hangi usûlün takip edilmesi gerektiğinin belirlenmesi açısından da kritik önemi haizdir.

3) Yabancı Hakem Kararı Kavramı

Bir hakem kararının Türkiye’de icra edilebilmesi için tenfiz prosedürüne tâbi olup olmadığı belirlenirken yapılması gereken, hakem kararına bir tabiiyet atfedilmesinden ziyade, ilgili kararın Türk hukuku açısından yabancı bir hakem kararı

⁶² Yargıtay HGK., E.2011/568, K.2012/47, T.08.02.2012 (Lexpera).

⁶³ Tahkim yeri ile bu ek kriter arasında bir öncelik ilişkisi bulunmamakta olup her iki kriter birbirine eş alternatifler olarak düzenlenmiştir (bkz. Ehle, **Scope**, s.67).

⁶⁴ Doktrinde ifade edildiği üzere, Konvansiyon’un uygulama alanı açısından böyle bir ek kriter benimsenmesinin temelinde, o dönem milli hukuklarında hakem kararının tabiiyeti açısından usûl kriteri olarak isimlendirilen, tahkim yargılamasına uygulanan hukuk kriterini esas alan devletlerin de Konvansiyon’a taraf olmasını sağlama amacı yer almaktadır (bkz. Ehle, **Scope**, s.62). Nitekim hazırlık çalışmaları sırasında Fransa ve Almanya’nın başını çektiği 8 Avrupa devleti, uygulama alanı açısından bu kriterin esas alınması gerektiğini savunarak bir değişiklik önergesi vermiş ve farklı yaklaşımlar arasında bir uzlaşma olarak Konvansiyon metninde tahkim yeri kriteri dışında bu kriter de yer verilmiştir (bkz. Ehle, **Scope**, s.63). Ancak günümüzde anılan devletlerin güncel tahkim mevzuatlarında hakem kararlarının kendi hukuklarına isnat edilmesi açısından tahkim yeri kriterini benimsemiş oldukları göz önüne alındığında Konvansiyon’un bu cümlesinin işlevsiz hale geldiği ifade edilmektedir (bkz. Ehle, **Scope**, s.63). Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, hazırlık çalışmaları sırasında Türkiye delegasyonu da, o dönem Türk hukukunda hâkim olan anlayışa uygun şekilde, Konvansiyon’un kapsam maddesinin tahkime uygulanan hukuku esas alacak şekilde değiştirilmesi için bir değişiklik önergesi vermiştir (bkz. https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmsspage&pageid=11&menu=852&opac_view=-1). Aşağıda incelendiği üzere, kanaatimizce, bu yaklaşımın hukukumuzda da bir geçerliliği kalmamıştır (bkz. aşağıda s.25 vd.).

olarak değerlendirilip değerlendirilmediğinin tespiti⁶⁵. Bu değerlendirme ise tenfiz yeri hukukuna göre yapılacağından hakem kararının yabancı bir hakem kararı olup olmadığı Türk hukukuna göre belirlenecektir⁶⁶. Ancak ne MÖHUK'ta⁶⁷ ne de herhangi başka bir mevzuat hükmünde yabancı hakem kararına ilişkin bir tanım ihtiva edilmiştir⁶⁸. Dolayısıyla, hakem kararının yabancılık vasfı, doktrin ve yargı kararlarında ileri sürülen farklı kriterlere göre belirlenmeye çalışılmaktadır⁶⁹. Hakem kararlarının yabancılık vasfının tespitinde karşılan güçlüğü temelinde ise, bu

⁶⁵ Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.59; Akıncı, **Tenfiz**, s.29; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.86. Nitekim doktrinde, özellikle Türkiye'nin New York Konvansiyonu'na taraf olması sonrasında, bir hakem karara tabiiyet atfedilmesi gerekliliğinin ortadan kalktığı ifade edilmektedir. Gerçekten de bu çabanın önem arz ettiği dönem, Konvansiyon'a taraf olunmadan önce, yabancı hakem kararlarının yabancı mahkeme kararlarının tenfizini düzenleyen hükümlere göre tenfiz edildiği ve dolayısıyla hakem kararlarının tenfizi açısından da karşılıklılık şartının arandığı dönemdir (bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.430). Mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un yürürlüğü öncesinde, yani hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin Türk hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmadığı dönemde, Yargıtay yabancı hakem kararlarının yabancı mahkeme kararları gibi tenfiz edileceği prensibini benimsediğinden bu dönemde karşılıklılık koşulu aranmaktaydı (bkz. Ergin Nomer, "Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi", **Mahmut R. Belik'e Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993, s.292). Mülga 2675 sayılı Kanun'un yabancı mahkeme kararlarının tenfizi koşullarını düzenleyen 38. maddesinin (a) bendinde yer alan karşılıklılık koşulu, Kanun'un 43.maddesinde bu maddeye yapılan referans dolayısıyla yabancı hakem kararlarının tenfizi için de aranmakta idi. 5718 Sayılı Kanun'da ise, referans yapılan yabancı mahkeme kararlarına ilişkin hükümler arasında karşılıklılık koşulunu öngören md.54(a) hükmü yer almamaktadır (MÖHUK md.60). Nitekim yeni düzenlemenin gerekçesinde, "karşılıklılığın" tahkim müessesesi ile bağdaşmayan bir şart olması dikkate alınarak kaldırıldığı ifade edilmiştir (gerekçe için bkz. <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1324m.htm>>). Bu konuda bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s.32; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.76.

⁶⁶ Kalpsüz, **İcra**, s.9; Akıncı, **Tenfiz**, s.11; Çelikel/ Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.742; Cansu Dönmez, **Verildiği Ülkede İptal Edilen Yabancı Hake Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022, s.5.

⁶⁷ Nomer, **Devletler Hususî**, s.569; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.795; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s.77; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.819; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.575; Dönmez, **İptal Edilmiş Kararların Tenfizi**, s.6; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.174. Aynı şekilde, 2675 sayılı mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun döneminde de yabancı hakem kararı tanımına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı (bkz. Adnan Deynekli, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar", **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C.XVI, Özel Sayı, 2014, s. 108; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.819). Keza mülga kanunun yürürlüğe girmesinden önce de bu konuda Türk hukukunda bir düzenleme yer almamaktaydı (bkz. Turgut Kalpsüz, "Türk Hakem Kararı Kavramı", **II. Tahkim Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984, s.43).

⁶⁸ Kalpsüz, **İcra**, s.6. Buna karşın doktrinde bir görüş, Türkiye'nin New York Konvansiyonu'na taraf olması sonrasında bu konuda bir boşluğun bulunmadığını ve Konvansiyon'da benimsenen kriterlerin MÖHUK açısından da uygulanabileceğini ifade etmektedir (bkz. Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.476). Ancak kanaatimizce, Konvansiyon'un md.I(1) hükmü yabancı hakem kararına ilişkin bir tanım ihtiva etmekten ziyade yalnızca Konvansiyon'un uygulama alanını belirlemektedir (aynı yönde bkz. Ergin Nomer, "10.6.1958 tarihli Hakem Kararlarının Tanınma ve Tenfizi Konusundaki New York Andlaşmasına İlişkin Dr. Şeref Ünal'ın Tebliği ile ilgili Yorum", **Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu** (ed. Cemal Şanlı), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s.81).

⁶⁹ Akıncı, **Tenfiz**, s.11; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.4; Dönmez, **İptal Edilmiş Kararların Tenfizi**, s.7; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.174.

kararların belirli bir devlet adına yargılama yetkisini kullanan mahkemelerce verilmemiş olması yer almaktadır⁷⁰.

Bir kavramı tanımlamanın yöntemlerinden biri o kavramın ne olmadığıнын ortaya konulmasıdır. Kanaatimizce bu yöntemi yabancı hakem kararı kavramının belirlenmesi açısından kullanmak yerinde bir yaklaşımdır. Şöyle ki, her ne kadar Türk Hukukunda yabancı hakem kararından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme yer almasa da, yerli hakem kararının ne olduğu sorusuna HMK ve MTK'nın uygulama alanları tespit edilerek yanıt verilebilir. Bu şekilde Türk Hukuku açısından yerli sayılan hakem kararlarının belirlenmesi suretiyle yabancı hakem kararının ne olduğu sorusuna da yanıt verilmiş olunur; zira Türk hukuku açısından yerli hakem kararı olarak kabul edilmeyen kararların yabancı hakem kararı olduğu söylenebilecektir⁷¹. Bu bağlamda, doktrinde benimsenen kriterlerden⁷² hareketle yabancı hakem kararlarının tanımlanmasından ziyade Türk hukukunda hangi kararların yerli hakem kararı olarak kabul edildiğinin ortaya konulması hem daha sistematik bir incelemeye hizmet edecek hem de yabancı hakem kararlarının belirlenmesine ilişkin doktrinde ileri sürülen kriterlerin mevcut düzenlemeler karşısındaki durumunun değerlendirilebilmesine imkân verecektir.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, hukukumuzda tahkim yargılamalarına ilişkin iki temel düzenleme yer almaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kabulüyle birlikte, Türk hukukunda yabancılık unsuru taşıyan ve bu nedenle milletlerarası ticari tahkim olarak nitelendirilen tahkim yargılamaları ile Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen iç tahkim

⁷⁰ Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.25.

⁷¹ Kalpsüz, **İcra**, s.14.

⁷² Bir hakem kararına yabancılık vasfı atfedilmesine ilişkin doktrinde birçok kriter ileri sürülmüş olup bunların başlıcaları tarafların, hakemlerin veya taraflarca atanmayan hakemin vatandaşlığı, uyumsuzluğun esasına uygulanan hukuk, kararın verildiği yer ve hakemlerin otoritesi altında karar verdikleri kanun kriterleridir. Ancak son iki kriter dışındakilerin yetersizliği doktrinde ifade edilmiş ve Yargıtay içtihadında da bu kriterler benimsenmemiştir (bkz. Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.30; Nomer, **Tenfiz**, s.297; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.821; Dönmez, **İptal Edilmiş Kararların Tenfizi**, s.7; ayrıca bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s.11 vd.).

yargılamaları⁷³ farklı düzenlemelere tâbi kılınmıştır. Bu düzenlemelerin uygulama alanlarının belirlenmesi açısından bizzat yasa koyucu tarafından benimsenen kriterlerin incelenmesine geçilmeden önce vurgulanması gereken nokta ise, Türk hukuku uyarınca bir tahkim yargılamasının milletlerarası nitelikte olması ile hakem kararının yerli veya yabancı olmasının birbirlerinden farklı meseleler olduğudur. Şöyle ki, her ne kadar MTK'ya tâbi bir tahkim yargılaması hukukumuz açısından milletlerarası bir tahkim yargılaması olarak tanımlanacak olsa da bu yargılama sonucunda verilecek hakem kararı Türk hukuku açısından yerli bir hakem kararı teşkil edecektir⁷⁴, zira buradaki “milletlerarası” nitelendirmesi hakem kararına ilişkin değil bizzat yargılama konusu uyuşmazlık veya uyuşmazlığın taraflarına ilişkindir⁷⁵. Dolayısıyla, tahkim yargılamasının iç tahkim veya milletlerarası tahkim olarak nitelendirilmesi ile hakem kararının yerli veya yabancı olarak nitelendirilmesi arasında bir ilişki bulunmamaktadır⁷⁶.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama alanı, Kanun'un md.1/2 fıkra hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre Kanun, “*yabancılık unsuru*” ihtiva eden ve

⁷³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tâbi tahkim yargılamalarını ifade etmek üzere doktrinde “iç tahkim” kavramı yerine “milli tahkim”, “mahalli tahkim” ve “yerli tahkim” kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir (bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.4). Çalışmamızda, herhangi bir kavram karışıklığına mahal vermemek adına, iç tahkim kavramı tercih edilmiştir.

⁷⁴ Ergun Özsunay/Murat R. Özsunay, “Interpretation and Application of the New York Convention in Turkey”, **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts**, (ed. George A. Bermann), Switzerland: Springer, 2017, s.964; Ekşi, **Değerlendirme**, s.302; Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.24; Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s. 134; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 366.

⁷⁵ Ekşi, **Değerlendirme**, s.301; Tanrıbilir/Şit, **MTK**, s.828; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.43; Feriha Bilge Tanrıbilir, “On Yıllık Süreçte Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C.2, S.1, 2013, s.79.

⁷⁶ MTK'ya tâbi tahkim yargılamaları sonucunda verilen hakem kararının yerli bir hakem kararı olduğu hususunu vurgulamakla birlikte bazı yazarların, bu kararları “milletlerarası hakem kararı” olarak isimlendirdiği görülmektedir (bkz. Ekşi, **Değerlendirme**, s.302; Nomer, **Devletler Hususî**, s.588; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.43). Doktrinde bir görüş ise, yerli olmayan hakem kararlarını ifade etmek üzere yabancı hakem kararı kavramının kullanımını eleştirmekte ve milletlerarası hakem kararı kavramını, yerli olmayan hakem kararlarını ifade etmek üzere kullanmaktadır (bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s.36 vd.). Bazı yazarların ise, tahkimin milletlerarası nitelikte olması ile hakem kararlarının niteliğinin birbirinden farklı meseleler olmasından hareketle milletlerarası hakem kararı kavramını belirli bir hukuk sistemine bağlanamayan ve bu cihetle yerli olmayan hakem kararlarının bir türü olarak tanımladığı görülmektedir (bkz. Tanrıbilir/Şit, **MTK**, s.825; ayrıca bkz. Tanrıbilir, **On Yıl**, s.79; keza benzer yönde bir nitelendirme için bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.107). Buna karşın doktrinde, söz konusu kararların “milletlerarası” olarak vasıflandırılmasının doğru olmadığı ve böyle bir nitelendirmeye günümüzde artık ihtiyaç kalmadığı ifade edilmektedir (bkz. Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.136). Çalışmamız açısından önem arz eden husus, hangi hakem kararlarının tenfiz prosedürüne tâbi olduğunun belirlenmesi olduğundan ve yürürlükteki mevzuatımız karşısında varılacak sonuç açısından bir etkisi olmayan bu tip bir ek nitelendirme bir kavram karmaşasına yol açabileceğinden çalışmamızda “milletlerarası hakem kararı” kavramına yer verilmemiştir.

“tahkim yerinin Türkiye” olarak kararlaştırıldığı veya bu Kanun hükümlerinin taraflarca ya da hakem kurulunca seçildiği tahkim yargılamalarına uygulanacak olup yabancılık unsuru, Kanun’un 2.madde hükmünde farklı kriterler çerçevesinde geniş bir şekilde tanımlanmıştır⁷⁷. Bu düzenlemeye paralel olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun tahkime ilişkin hükümlerinin uygulama alanını düzenleyen 407.madde hükmü uyarınca ilgili hükümler, “*Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen*” ve “*tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği*” tahkim yargılamaları açısından uygulama alanı bulmaktadır.

HMK ve MTK’nın uygulama alanlarına ilişkin hükümleri incelendiğinde, MTK’nın taraflarca seçimine ilişkin getirilen ölçüt bir yana bırakıldığında⁷⁸, hukukumuzda yerli hakem kararlarının belirlenmesi, başka bir deyişle bir tahkim yargılamasının Türk hukukuna isnat edilmesi açısından esas alınan kriterin tahkim yeri olduğu görülmektedir. Esasında bu tercih, gerek Model Kanun gerek Model Kanun’u aynen benimseyen veya tahkim kanunlarını hazırlarken bu kanunu temel alan devlet hukukları gerekse Model Kanun’u benimsememekle birlikte modern tahkim mevzuatlarına sahip devlet hukukları açısından da, tahkim yargılamalarının bir hukuk sistemiyle bağlantısının kurulması açısından benimsenen çözümdür⁷⁹. Bu bağlamda tahkim yeri, coğrafi bir kriterden ziyade hukuki bir kriterdir⁸⁰. Başka bir deyişle, tahkim yeri kavramı hakem heyetinin fiilen toplandığı, duruşmaların yapıldığı veya kararın imzalandığı yeri değil, tahkim yargılamasının Türk hukukuna isnat edilmesini sağlayan bir bağlanma noktasını ifade etmekte⁸¹ olup iki temel fonksiyonu

⁷⁷ Yabancılık unsurunun tespitine ilişkin Kanun’da benimsenen kriterlere ilişkin bkz. Tanribilir/Şit, **MTK**, s.828 vd.; Hatice Özdemir Kocasakal, “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi”, **Özer Selici’ye Armağan**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.351 vd. (Yazar, maddede ekonomik kriterin yanında salt tahkim yargılamasının işleyişine bağlı kriterlerin de benimsenmesini eleştirmektedir.); Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.77 vd.; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.47; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.341; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.830 (Yazarlar, yabancılık unsurunun Kanun’da tanımlanmış olmasını kanun yapma tekniği açısından eleştirmektedir.).

⁷⁸ Bu kriter aşağıda ayrıca incelenmiştir (bkz. aşağıda s.29 vd.).

⁷⁹ George A. Bermann, **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts**, Switzerland: Springer, 2017, s.13; Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.136. Örneğin bkz. Model Kanun md.1(2); Alman Medenî Usûl Kanunu (ZPO) md.1025(1); iMÖHK (*Loi Fédérale sur le Droit International Privé*) md.176.

⁸⁰ Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.59; Nomer, **Devletler Hususî**, s.591; Nomer, **Usul Hukuku**, s.269; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.793; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.691.

⁸¹ Nomer, **Devletler Hususî**, s.591; Ekşi, **Değerlendirme**, s.333; Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.59; Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.126; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.45; Pekcantez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2707; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.315.

üstlenmektedir: tahkime ilişkin kanuni düzenlemelerin uygulama alanlarını ve tahkim yargılamasına yardım veya denetim amacıyla müdahalede bulunabilecek ülke mahkemelerini belirlemek⁸².

Nitekim bu yaklaşım, New York Konvansiyonu ile de uyum içerisindedir zira, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Konvansiyon'un uygulama alanı açısından benimsenen temel kriter de tahkim yeridir. Ancak, yine daha önce vurguladığımız üzere, Konvansiyon'un uygulama alanına ilişkin madde I hükmünün ilk fıkrasının son cümlesi uyarınca tenfizinin talep edildiği devlette “*milli sayılmayan*” hakem kararlarının da Konvansiyon kapsamında olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu noktada akla gelen ve cevaplandırılması gereken temel soru ise, hakem kararlarının *tabiiyetinin* belirlenmesinde Yargıtay’ca 1951 yılından beri benimsendiği ve doktrinde hâkim görüş olarak kabul edildiği ifade edilen⁸³ “*hakem kararının otoritesi altında verildiği kanun*” kriteri veya kısaca “*otorite teorisi*”nin, yürürlükteki mevzuatımız karşısında uygulanabilirliğinin kalıp kalmadığı meselesidir. Başka bir ifadeyle, acaba tahkim yeri Türkiye’de olan ancak tahkim usûlüne yabancı bir hukukun uygulandığı bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı yabancı bir hakem kararı olarak nitelendirilebilecek midir? Bu soruya yanıt verilmesi yalnızca New York Konvansiyonu açısından değil, yabancı hakem kararlarına ilişkin herhangi bir tanım içermediğinden, Türkiye’de icra edilebilmesi için MÖHUK uyarınca tenfizi gereken hakem kararlarını belirlemek açısından da önem arz etmektedir.

Meselenin incelenmesine geçilmeden önce otorite teorisinin ne ifade ettiği üzerinde kısaca durulması gerekmektedir. Tahkimin sözleşmesel niteliğinden yola çıkan bu kriter uyarınca hakem kararlarına yabancılık vasfını kazandıran unsur, kararın otoritesi altında verildiği, başka bir deyişle, taraflarca tahkime uygulanmak üzere

⁸² Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s. 113; Jean François Poudret/Sebastien Besson, **Comparative Arbitration Law** (çeviren: Stephen V. Berti/Annette Ponti), İkinci Bası, 2007, N.114; Bilgehan Yeşilova, “Tahkimde Uygulanacak Hukuk (Lex Arbitri), Teorik Temelleri ve Düşündürdükleri”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, C.4, S.1, 2007, s. 269.

⁸³ Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.31; Kalpsüz, **İcra**, s.6; Nomer, **Devletler Hususî**, s.568; Nomer, **Usul Hukuku**, s.242; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.82; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.819; Özsunay/Özsunay, **NYC in Turkey**, s.965; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.430; Dönmez, **İptal Edilmiş Kararların Tenfizi**, s.11; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.174.

seçilen kanundur⁸⁴. Buna göre, yabancı bir hukukun tahkime ilişkin emredici düzenlemelerine tâbi olarak yürütülen bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı yabancı bir hakem kararı olarak nitelendirilecektir⁸⁵.

Anılan teorinin ardında yer alan gerekçelerin daha iyi anlaşılabilmesi ve yürürlükteki mevzuatımız karşısındaki durumunun değerlendirilebilmesi adına, doktrinde bu kriterin karşısında yer aldığı ifade edilen ve otorite teorisini savunan yazarlarca hararetle eleştirilen “*hakem kararının verildiği yer*” kriteri veya kısaca “*toprak prensibi*”nin de üzerinde durulması faydalı olacaktır. Tahkimin yargısal niteliğinden hareketle ileri sürülen bu görüş uyarınca hakem kararına yabancılık niteliğini veren unsur, hakem kararının verildiği yerin Türkiye dışında olmasıdır⁸⁶. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 1976 yılında verdiği bir kararında da ifadesini bulan bu teori uyarınca “hakem kararının verildiği yer” ile kastedilenin, günümüzde gerek hukukumuzda gerekse karşılaştırmalı hukukta bir hukuki bağ olarak kabul edilen “tahkim yeri” kavramından ziyade adeta coğrafi bir kriter olarak hakemlerin toplandığı ve kararı imzaladığı yer olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, anılan Yargıtay kararındaki ifadeler incelendiğinde de bu çıkarım net bir şekilde görülebilmektedir. Kararda, İsviçre’nin Lozan kentinde ancak Türk usûl hukukuna göre yürütülen bir tahkim yargılaması sonucunda verilen kararın yerli mi yoksa yabancı bir hakem kararı olarak mı nitelendirileceği sorunuyla karşılaşan Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, İsviçre’nin Lozan şehrinde “*toplanan*”, orada “*yargılama ve inceleme yapan*” ve orada “*karar veren*” hakemlerin gerçekleştirdiği yargılama sonucu verilen kararın toprak ilkesi uyarınca yerli hakem kararı olarak nitelendirilemeyeceği zira bu kararın Yargıtay’ın “*devletin egemenlik alanı ile sınırlı yargısal denetimine*” tâbi tutulamayacağı sonucuna ulaşmıştır⁸⁷.

⁸⁴ Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.34; Kalpsüz, **İcra**, s.6; Akıncı, **Tenfiz**, s.10; Nomer, **Devletler Hususî**, s.568; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.78; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.823.

⁸⁵ Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.32; Kalpsüz, **İcra**, s.7; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.83; Nomer, **Tenfiz**, s.298.

⁸⁶ Görüş için bkz. Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.30; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.821; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.78; Dönmez, **İptal Edilmiş Kararların Tenfizi**, s.8.

⁸⁷ Kararın tam metni için bkz. Rabi Koral, **Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi**, Prof. Dr. Hıfzı Timur’a Armağan’dan Ayrı Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1979, s.423-426.

Toprak prensibinin, özellikle Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin anılan kararı üzerinden doktrinde eleştirildiği görülmekte⁸⁸ ve Yargıtay'ın bu karar sonrasında tekrar eski içtihadını benimseyerek otorite teorisini benimsediği ifade edilmektedir⁸⁹. Bu eleştirilerin ise, tarafların tahkim yargılamasını tâbi kıldıkları hukuk sistemini göz ardı eden toprak teorisinin esas alınmasının tahkimin temelinde yer alan irade serbestine aykırı olduğu⁹⁰, hakem kararının verildiği yerin tesadüfi olup hakemlerin arzusuna göre değişebildiği⁹¹, hakemlerin farklı ülkelerden olması hâlinde her birinin kararı farklı bir ülkede imzalaması gibi ihtimallerin bulunduğu⁹² ve tarafların tahkime başvurma yetkisini hakem kararının otoritesi altında verildiği kanundan aldıkları⁹³ noktalarında toplandığı gözlemlenmektedir. Bu görüşte olan yazarlara göre kararın verildiği yer kriteri, ancak taraflarca tahkim usûlünün tâbi olduğu hukukun seçilmediği veya bu hukukun belirlenemediği hâllerde uygulanabilecek tâli bir kriter olarak kabul edilmelidir⁹⁴.

Ancak ifade edilmesi gerekir ki, HMK ve MTK'nın uygulama alanlarına ilişkin açık düzenlemelerinde esas alınan temel kriterin tahkim yeri olduğu göz önüne alındığında ne otorite teorisinin ne de toprak teorisinin yürürlükteki mevzuatımız

⁸⁸ Yargıtay 15. HD.'nin 10.03.1976 tarihli ve 1617/1052 sayılı kararına yönelik doktrinindeki eleştiriler hakkında detaylı bilgi için bkz. Turgut Kalpsüz, "Hakem Kararlarının Milliyeti", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.IX, S.3,1978, s.612 vd.; Koral, **Hakemliğin Milliyeti**, s.435 vd. Ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.821 vd.

⁸⁹ Nomer, **Tenfiz**, s.296; Onur Ergönen, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Sonrası Hakem Kararlarının Milliyeti Meselesi: "Otorite Kanunu Kriteri"nin Sonu", **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C.3, S.1, 2014, s.223; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.822; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.430; Dönmez, **İptal Edilmiş Kararların Tenfizi**, s.12.

⁹⁰ Koral, **Hakemliğin Milliyeti**, s.435 vd.

⁹¹ Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.33; Saim Üstündağ, "Yabancı Hakem Kararı Kavramı", **II. Tahkim Haftası Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü: Ankara, 1984, s.81.

⁹² Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.33.

⁹³ Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.81.

⁹⁴ Nomer, **Tenfiz**, s.299; Kalpsüz, **İcra**, s.9; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.82; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.823.

karşısında tam olarak uygulanabilirliği kalmıştır⁹⁵. HMK ve MTK'nun uygulama alanlarına ilişkin düzenlemeleri emredici nitelikte olup bu kapsama giren tahkim yargılamaları açısından doğrudan uygulama alanı bulur⁹⁶. Gerek MTK md.1/2 fıkra hükmü gerekse HMK md.407 madde hükmünün sonunda yer alan “*uygulanır*” ifadesi aksi bir sonuca imkân tanımamaktadır⁹⁷. Bu bağlamda, tahkim yeri Türkiye’de olan bir tahkim yargılamasında tahkim usûlüne uygulanacak hukuk olarak yabancı bir hukukun seçilmesi, bu yargılamanın HMK veya MTK’na tâbi olduğunu ve yargılama sonunda verilen kararın yerli bir hakem kararı olduğu sonucunu değiştirmeyeceği gibi tahkim yeri Türkiye’de olmasına rağmen duruşmaların yabancı bir ülkede yapılması veya hakem kararının Türkiye dışında imzalanması da hakem kararını yabancı bir hakem kararı hâline getirmeyecektir.

Nitekim, tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen bir uyuşmazlıkta tahkim usûlüne uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçilmesi imkanını taraflara tanıyan MTK md.8 hükmü⁹⁸, bu seçimin sınırlarını ve sonucunu da düzenlemektedir. Hüküm uyarınca, taraflarca yargılama usûlüne uygulanmak üzere seçilen yabancı hukuk,

⁹⁵ Doktrinde, Milletlerarası Tahkim Kanunu ve dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, temel olarak “toprak/mülklik prensibi”nin benimsendiği ifade edilmektedir (bkz. Nomer, **Devletler Hususî**, s.569). Oysaki, özellikle Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 1976 yılında verdiği karar çerçevesinde yapılan tartışmalarda bu ilkenin hakem heyetinin fiziken toplandığı, kararı verdiği yeri ifade etmek üzere kullanıldığı görülmektedir. Hâl böyleyken, olası karışıklıklara mahal vermemek adına, kanaatimizce artık usûl teorisi veya toprak prensibi kavramlarının kullanılmaması ve bunun yerine doğrudan “tahkim yeri kriteri” kavramının tercih edilmesi faydalı olacaktır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da toprak prensibi yerine “*seat theory*” kavramının önerildiği görülmektedir (bkz. Blackaby/Partasides/Redfern, **Redfern and Hunter**, s.171 vd.). Bu bağlamda doktrinde bir yazarın, tahkim yeri kriterini “*sanal mülklik prensibi*” olarak isimlendirdiği görülmektedir (bkz. Onur Ergöner, “10. Yılında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Uygulama Alanı”, **Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C.7, S.20, 2011, s.163). Kanaatimizce, tahkim yerinin modern tahkim hukukundaki anlamı noktasında bir soru işareti olmadığından farklı bir terimin kullanılmasına gerek bulunmamaktadır. Başka bir deyişle “tahkim yeri kriteri” yeterince açıklayıcıdır.

⁹⁶ MTK açısından bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.75; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.431.

⁹⁷ Bu düzenlemelerin doğal sonucu, New York Konvansiyonu md.I(1) hükmünün son cümlesinin başka bir ifadeyle, tanınması veya tenfizinin talep edildiği devlette yerli sayılmayan hakem kararı kavramının Türk hukuku açısından artık bir anlamının kalmadığıdır (aynı yönde bkz. Ergöner, **Otorite**, s.238). Nitekim bu durum sadece Türkiye açısından değil, bizzat anılan hükmün Konvansiyon’da kendisine yer bulmasını sağlayan devletler açısından da böyledir. Örneğin, o dönem usûl teorisinin en büyük savunucularından olan Almanya, 1998 yılında gerçekleştirdiği değişikliklerle bu teoriyi terk etmiş ve hakem kararlarının yabancılık vasfının belirlenmesinde tahkim yeri kriteri esas alınmıştır. Bu değişiklikler sonrasında Konvansiyon’un anılan hükmünün Almanya için “manasız” hale geldiği, bizzat kanun değişikliğinin açıklayıcı raporunda ifade edilmiştir (bkz. Albert Jan Van den Berg, **The German Arbitration Act 1998 and the New York Convention 1958**, **Law of International Business and Dispute Settlement**, (eds. Robert Bringer/L. Yves Fortier/K. Peter Berger/J. Bredow), Köln: C. Heymanns, 2001, s.790).

⁹⁸ Her ne kadar HMK açısından aynı yönde bir hüküm olmasa da genel olarak madde hükümlerinin ekseriyetinde yer alan “taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesinden bu sonuç çıkarılabilecektir.

MTK'nın emredici hükümlerine⁹⁹ tâbi olarak uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁰. Dolayısıyla yabancı bir hukukun seçilmesi, HMK veya MTK'nın uygulama alanlarına giren tahkim yargılamalarına uygulanması sonucunu değiştirmeyeceğinden, yargılama sonunda verilen hakem kararının yabancı bir hakem kararı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır¹⁰¹. Aynı şekilde, gerek MTK md.9/2 gerek HMK md.425(2) fıkra hükümleri uyarınca hakem heyeti tahkim yeri dışında bir yerde de toplanabileceğinden, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği bir tahkim yargılamasında, duruşmaların Türkiye dışında yapılması veya hakem kararının Türkiye dışında bir ülkede (veya ülkelerde) imzalanması, yargılama sonunda verilen hakem kararının yerli bir hakem kararı olması sonucunu değiştirmeyecektir¹⁰².

Vurgulanması gerekir ki, mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun¹⁰³ yürürlükte olduğu ve tahkimin, yabancı ve yerli hakem kararları arasında bir ayrım gözetilmeksizin düzenlendiği¹⁰⁴, bu düzenlemelerin uygulama alanına ilişkin açık hükümlerin bulunmadığı ve Türkiye'nin henüz New York Konvansiyonu'na dahi taraf olmadığı bir dönemde bir boşluktan doğan ihtiyacı karşılamak üzere doktrinde ileri sürülen kriterler etrafında gerçekleştirilen bu tartışma, her ne kadar anılan dönemde Türkiye'de tahkimin gelişimi açısından takdire şayan olsa da günümüzde büyük

⁹⁹ HMK'da olduğu gibi MTK'da da taraflara geniş bir irade serbestisi tanınmıştır (bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.430). Bu bağlamda Kanun'da yer alan emredici hüküm sayısı oldukça azdır (bkz. Özdemir Kocasakal, **MTK**, s.362).

¹⁰⁰ Özdemir Kocasakal, **MTK**, s.362; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.365; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.276.

¹⁰¹ Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.26; Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.147; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.431. Ancak ŞANLI, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği fakat tarafların açık veya zımni olarak MTK'nın veya HMK'nın emredici hükümlerine bağlanmama iradesi gösterdiği hâllerde, yargılama sonucunda verilecek hakem kararının yabancı bir hakem kararı olacağını ve usûle uygulanan hukukun "milliyetini" taşıyacağını ifade etmektedir (bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.431). Kanaatimizce, olası bir kavram karmaşasını engellemek adına böyle bir örnekte tarafların seçimini tahkim yeri seçimi olarak isimlendirmekten ziyade, tarafların tahkim yeri seçimi yapmadığı ve yalnızca yargılamanın/duruşmaların gerçekleştirileceği yeri seçtikleri şeklinde bir yorum tercih edilmelidir. Zira bizzat yazarın ifade ettiği üzere, bir kere tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği saptandığında, artık tarafların HMK veya MTK'nın emredici kurallarına uymak zorunda oldukları sonucuna varılacaktır (bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.431).

¹⁰² Buna paralel olarak tarafların, tahkim yargılamasının bir kısmının veya tamamının sadece mekânsal olarak Türkiye'de gerçekleştirilmesine karar vermiş olmaları Türkiye'nin tahkim yeri olarak seçildiği anlamına gelmeyecek ve adı geçen tahkim yargılaması, salt bu nedenle, MTK veya HMK'ya tâbi olmayacaktır (bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.347).

¹⁰³ R.G. 02, 03, 04.07.1927-622, 623, 624.

¹⁰⁴ Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.25. Hukukumuzda 1951 yılı öncesinde, doktrin ve yargı uygulamasında yabancı hakem kararları dahil tüm hakem kararlarının 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre icra edileceği kabul edildiğinden yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin bir uygulama yer almamaktaydı. Konuya ilişkin bkz. Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.36; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.75.

ölçüde anlamını yitirmiştir¹⁰⁵. Yukarıda detaylandırıldığı üzere, her ne kadar mevzuatımızda yabancı hakem kararına ilişkin açık bir tanım yer almasa da, hangi hakem kararlarının yerli olduğu kanunda açıkça benimsenen kriterlerin uygulanması sonucu tespit edilebildiğinden, mevcut durumda hakem kararlarının yabancılık vasfının tayini için farklı kriterlerin tartışılmasına ihtiyaç bulunmadığı gibi, tarihsel süreçten günümüze gelen bu kriterlerin tartışılmaya devam edilmesi ve güncel eserlerde otorite teorisinin Türk hukukunda hâkim görüş olduğunun vurgulanması hem uygulamada Kanun'un lafzına açıkça aykırılık teşkil edecek sonuçların çıkarılmasına hem de Kanun ile net bir şekilde çizilen çerçevenin bulanıklaşmasına yol açabilecektir.

Kaldı ki, kanun koyucunun tahkim yargılamalarının Türk hukukuna isnat edilmesi açısından benimsediği çözüm, otorite teorisi kapsamında doktrinde ileri sürülen endişeleri ve eleştirileri de karşılayan bir çözümdür. Mevcut kanun sistemimizde, tahkim yargılamasının “otoritesi” altında yürütüleceği hukuk sistemi ile bağlantısı tahkim yeri ile kurulmaktadır. Tarafların tahkim yeri seçimi, tahkim duruşmaları veya hakem heyetinin toplantıları için fiziksel bir mekân seçimi olmayıp bizzat tarafların tahkim yargılamalarını bir hukuk sistemine bağlamaları ve bu cihetle tahkim yargılamalarını o hukukun tahkime ilişkin emredici kuralları şemsiyesi ve o ülkenin devlet mahkemelerinin yardımı ve denetimi altında yürütmek istemeleri anlamına gelir¹⁰⁶. Bu bağlamda, tahkim yerinin tesadüfi olduğundan da bahsedilemez. Gerek HMK md.425(1) hükmü gerekse MTK md. 9/1 hükmü uyarınca tahkim yerinin

¹⁰⁵ Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri adlı kitabında ÖZEL, otorite kriterini esas alan görüşün Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kabulünden önceki döneme ilişkin olduğunu ifade etmektedir (bkz. Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.25). Ayrıca YEŞİLOVA da, MTK'nın kabulü sonrasında hakem kararının tabiiyetinin belirlenmesi açısından otorite teorisinin bir öneminin kalmadığını ifade etmektedir (bkz. Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.146). Buna karşın doktrinde ERDEM, New York Konvansiyonu'nun ülkemiz açısından yürürlüğe girmesinden sonra otorite kriterinin yalnızca Konvansiyon kapsamı dışında kalan kararlar açısından kabul edilebileceğini ifade etmektedir (bkz. Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.758). Keza doktrinde ERGÖNEN de, New York Konvansiyonu kapsamında kalan hakem kararları açısından aynı yönde görüş bildirmekle beraber Konvansiyon kapsamı dışında kalan hakem kararları açısından bu teorisinin esas alınmasının önünde bir engel bulunmadığını, Yargıtay'ın da buna ilişkin yayınlanmış bir kararı olmadığını da vurgulayarak, ifade etmektedir (bkz. Ergönen, **Otorite**, s.238). Ancak kanaatimizce, bu bölümde yaptığımız açıklamalar ışığında, böyle bir ayrımın yapılmasını haklı kılan bir gerekçe bulunmamaktadır.

¹⁰⁶ Doktrine SAKMAR, henüz tahkime ilişkin hukukumuzdaki tek düzenlemenin mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu olduğu dönemde kaleme aldığı eserinde, tahkimin yargısal niteliği dolayısıyla toprak ilkesi uyarınca bir bağlantı kurulmasının zaruri olduğu sonucuna varılsa bile bunun kararın verildiği yerle değil, tahkim sürecine yardım ve/veya denetim amacıyla müdahil olan mahkemelerin bulunduğu yerle olması gerekliliği üzerinde durmuştur (bkz. Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s.33). Bu açıdan yazar, her ne kadar adını koymasa da, adeta günümüzdeki tahkim yeri anlayışını ifade etmektedir.

bizzat taraflarca serbestçe kararlaştırılabileceği ve tarafların tahkim usûlüne uygulanacak hukuk veya kuralları da geniş bir serbesti içerisinde seçebilecekleri göz önünde bulundurulduğunda, mevzuatımızda temel alınan kriterin tahkim yeri olmasının tahkimin temelinde yer alan irade serbestisi prensibine halel getiren bir çözüm olduğundan da söz edilemeyecektir. Hâl böyleyken, geçmişin ihtiyaçlarına cevaben geliştirilmiş kriterlerin, mevcut sistemimiz açısından yanlış anlaşılma ve uygulamalara yol açabilecek şekilde tartışılmaya devam edilmesinin, kanaatimizce, bir yararı da bulunmamaktadır.

Konuya ilişkin cevaplandırılması gereken bir diğer soru ise, tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu bir tahkim yargılamasında usûle uygulanmak üzere Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun seçilmiş olması ihtimalinde, anılan yargılama sonucunda verilen hakem kararının yerli bir hakem kararı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Fark edileceği üzere bu soru, yalnızca Milletlerarası Tahkim Kanunu'na özgülenmiştir. Bunun sebebi, MTK'nın uygulama alanı ve dolayısıyla bir tahkim yargılamasının Türk hukukuna isnat edilmesi açısından Kanun'un taraflarca ya da hakem heyetince seçilmesinin de ayrı bir kriter olarak açıkça benimsenmiş olmasıdır¹⁰⁷. Böyle bir düzenlemenin sonucu, tahkim yeri Türkiye'de olmayan bir uyuşmazlık açısından, MTK'nın tahkim yargılamasına devlet mahkemelerinin müdahalesini mümkün kıldığı hâllerde Kanun'da gösterilen Türk mahkemesinin yetkili olacak olmasıdır¹⁰⁸. Önemle vurgulanması gerekir ki, taraflarca seçilen tahkim yeri hukukunun tarafların bu seçimine hangi kapsamda ve ne ölçüde sonuç tanyacağı farklı bir mesele olup bu sorunun cevabı elbette Türk hukukuna göre

¹⁰⁷ Buna karşın, Tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu bir tahkime uygulanmak üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun seçilmesi ihtimalinde bu soru gündeme gelmeyecektir zira HMK'nın uygulama alanı açısından benimsenen tek kriter tahkim yeridir (aynı yönde bkz. Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.142). Esasında tam da bu nedenle, taraflarca iki kanundan birinin ismi açıkça belirtilmeden tahkim usûlüne uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunun seçilmesi hâlinde hangi kanunun seçilmiş sayılacağı meselenin açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Kanaatimizce bu durumda, hemen aşağıda aktardığımız sakıncaların doğmasının engellenmesi adına, tarafların Milletlerarası Tahkim Kanunu'na bir otorite kanunu olarak bağlanma istekleri anlaşılmadıkça, böyle bir seçimle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu kastettikleri kabul edilmelidir (benzer yönde bkz. Yeşiloava, **Lex Loci Arbitri**, s.142, dn.143).

¹⁰⁸ Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.139.

aranmayacaktır¹⁰⁹. Yaratacağı çeşitli sorunlar nedeniyle kanunumuzun bu atipik düzenlemesinin¹¹⁰ ve taraflarca böyle bir seçim yapılmasının¹¹¹ yerindeliğine ilişkin tartışmalar bir yana, benimsenen çözüm hakem kararının Türkiye’de icrası için takip edilecek usûl açısından belirleyici olacağından *de lege lata* durumun netleştirilmesi önem arz etmektedir.

Doktrinde bu sorunu ele alan yazarların meseleyi yalnızca New York Konvansiyonu kapsamında inceledikleri ve temelde iki farklı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bu bağlamda bir görüş, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaları saklı tutan md.1/6 fıkra hükmünden hareketle, bu tip hakem kararlarının Türk hukukunda yerli hakem kararı kabul edilmesinin New York Konvansiyonu karşısında bir öneminin bulunmadığını ifade etmekte ve Konvansiyon’a taraf bir devlette verilen hakem kararlarının, tahkim usûlüne MTK uygulansa da, Konvansiyon uyarınca tenfiz edilmesi gerektiği sonucuna

¹⁰⁹ Bu sorunun cevabının aranacağı hukuk, doğaldır ki tahkim yeri hukukudur (bkz. Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.139; Ergöner, **10. Yıl**, s.189). Birçok devlet hukuku açısından böyle bir tercihin sonucu, tahkim yargılamasına uygulanmak üzere herhangi bir tahkim kurumu kurallarının seçilmesinden öteye gitmeyecek, başka bir deyişle, MTK veya HMK, tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına tâbi olarak uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda örneğin bkz. Model Kanun md.19; Alman Usûl Kanunu (ZPO) md.1042(3); İngiliz Tahkim Kanunu (*Arbitration Act 1996*) md.4/4; iMÖHK (*Loi Fédérale sur le Droit International Privé*) md.182.

¹¹⁰ Kanun’un uygulama alanına ilişkin böyle bir ek kriterin benimsenmiş olmasının yaratacağı temel sorun, devlet mahkemelerinin yardımı veya denetimi şeklinde vücut bulan müdahaleleri açısından aynı tahkim yargılaması için birden fazla devlet mahkemesinin yetkili olmasının yaratacağı karışıklıktır. Nitekim, tam da bu tip çatışmalarının önüne geçmek üzere karşılaştırmalı hukukta ekseriyetle yalnızca tahkim yeri kriterinin esas alındığı ifade edilmektedir (bkz. Howard M. Holtzmann/ Joseph Neuhaus, **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary**, Kluwer Law International, 1989, s.36 vd.; Fouchard, **La Portée**, s.332; ayrıca bkz. Ergöner, **Otorite**, s.212). Konuya ilişkin detaylı bir inceleme ve eleştiriler için bkz. Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.139 vd. Kanaatimizce de, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun temel amaçlarından birinin, uluslararası alanda tahkime ilişkin düzenlemeler arasında bütünlüğü ve uyumu sağlamak olduğu (bkz. Ekşi, **Değerlendirme**, s.301), karşılaştırmalı hukukta bu uyumun büyük ölçüde tahkim yeri kriteri ile sağlandığı (Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.155; Bermann, **National Reports**, s.13; benzer bir ek kriter önerisinin Model Kanunu hazırlayan komisyonca reddedildiğine ilişkin ayrıca bkz. Ergöner, **10. Yıl**, s.191 vd.) ve zamanında usûl teorisinin en büyük savunucuları olup New York Konvansiyonu’nun uygulama alanına ilişkin tâli kriterin de kabul edilmesini sağlayan Almanya, Fransa gibi ülkelerin de bu uygulamalarını büyük ölçüde terk ettikleri (bkz. yukarıda s.18, dn.64) göz önüne alındığında MTK’da benimsenen bu çözümün gözden geçirilmesi gerekliliği aşikârdır.

¹¹¹ Tahkime uygulanacak hukukun tahkim yerinden farklı bir hukuk olarak seçilmesi uygulamada oldukça nadir görülmektedir (bkz. Ehle, **Scope**, s.63; Kaufmann-Kohler, **Applicable Law**, s. 338). Zira böyle bir seçim, büyük belirsizliklere yol açacağı gibi farklı devlet mahkemeleri arasında olası bir iptal davasına ilişkin yetki çatışmasına sebebiyet verebilecektir (bkz. Ehle, **Scope**, s.63). Nitekim böyle bir tercih teoride mümkün olsa da uygulamada neredeyse hiç karşılaşılmadığı ifade edilmektedir (bkz. Albert Jan van den Berg, “Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?”, **ICSID Review**, C.29, S.2, 2014, s.271).

varmaktadır¹¹². Buna karşın, New York Konvansiyonu’nun yabancılık vasfını haiz olan hakem kararlarının tenfizini düzenlediğinden hareket eden görüş uyarınca bu kararlar, Türk hukuku açısından yerli hakem kararları olarak değerlendirileceğinden, MTK uyarınca icra edileceklerdir¹¹³.

Kanaatimizce, her ne kadar olması gereken hukuk açısından en ideal sonucu teşkil etmese de, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun kapsamına ilişkin düzenlemenin emredici bir hüküm olduğu, MTK md.1/6 fıkra hükmünde saklı tutulan milletlerarası anlaşmaların yabancı hakem kararlarının tenfize ilişkin anlaşmalardan ziyade MTK düzenlemeleri ile çakışabilecek ve dolayısıyla milletlerarası tahkim yargılamasına ilişkin usûl ve esasları belirleyen anlaşmalar olduğu¹¹⁴ ve hukukumuzda yerli olarak kabul edilen bir hakem kararının icrası için tenfiz prosedürüne başvurulamayacağı dikkate alındığında, bu kararlar yerli hakem kararları olarak nitelendirilecek olup Konvansiyon¹¹⁵ veya MÖHUK uyarınca tenfizleri talep edilemeyecektir. Dolayısıyla hukukumuz uyarınca yabancı kabul edilen hakem kararları, tahkim yeri Türkiye dışında olan ve taraflarca Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun açıkça seçilmemiş olduğu tahkim yargılamaları sonucunda verilen kararlar olarak tanımlanabilecektir. Ancak defaatle vurgulanması gerekir ki karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşım da göz önüne alındığında, daha önce ifade ettiğimiz çeşitli sorunlara yol açabilecek bu

¹¹² Ekşi, **Değerlendirme**, s.337; Yeşilova, **Lex Loci Arbitri**, s.155; ayrıca bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.530.

¹¹³ Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.25. Doktrinde bir görüş ise, benzer bir sonuca farklı gerekçelerle varmaktadır. Bizzat New York Konvansiyonu’nun hükümlerinden hareket eden bu görüş uyarınca, Türkiye’de hakem karara dayanmak isteyen tarafın seçimine göre, bu tip kararlar MTK’ya tâbi olarak icra edilebilecektir. Buna göre, MTK uyarınca icra edilebilirlik şerhi alınması prosedürü Konvansiyon kapsamında açılması gereken tanıma ve tenfiz davasına göre daha dar bir denetimi öngördüğünden, Konvansiyon’un hakem kararının icrasını talep eden tarafın hakem kararının “dermeyan” edildiği ülkede yürürlükte bulunan daha lehe düzenlemelere dayanabileceğini düzenleyen VII. madde hükmü uyarınca ilgili taraf MTK hükümlerine dayanabilecektir (bkz. Bayata Canyaş, **UNCITRAL**, s.16, dn.49). Kanaatimizce Konvansiyon md.VII hükmü vasıtasıyla ilgili hakem kararlarının Türkiye’de icrasının MTK’ya tâbi olabileceği sonucuna varılamayacaktır zira ilgili hüküm, tenfiz devleti hukukunun tahkime ilişkin hükümlerinin tamamına değil, tanıma tenfize ilişkin hükümlerinin uygulanmasına imkân veren bir hükmüdür (bkz. aşağıda s.39, dn.150).

¹¹⁴ MTK’nın “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1.maddesinin ilk fıkrası uyarınca MTK’nın amacı milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Bu bağlamda, MTK md.1(6) uyarınca saklı tutulmuş olabilecek uluslararası anlaşmalar Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi gibi tahkim yargılamasını düzenlemeye yönelik anlaşmalardır.

¹¹⁵ Nitekim doktrinde, Konvansiyon’un kendi başlığı da dikkate alındığında yalnızca yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenlediği ve bu bağlamda, hakem kararının icra edilmek istendiği devlette yerli sayılan hakem kararlarının Konvansiyon kapsamına girmeyeceği vurgulanmaktadır (bkz. Albert Jan van Den Berg, “Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) - XXVII (2002)”, **ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2003**, C.XXVIII, 2003, s.571).

düzenlemenin ilga edilerek tahkim yerinin MTK'nın uygulama alanı bulması açısından da tek kriter olarak düzenlenmesi, en ideal çözümü teşkil edecektir.

B) Tanıma ve Tenfize İlişkin Esaslar

Uluslararası düzlemde tahkimin etkin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak varlığını sürdürebilmesi, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi açısından etkin bir prosedürün varlığını gerekli kılar. Şöyle ki, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü açısından tahkimin bu kadar sık tercih edilmesinin ardında yer alan temel sebeplerden biri, hakem kararlarının uluslararası dolaşım kabiliyetidir¹¹⁶. Hatta, hakem kararlarının genellikle taraflarca gönüllü olarak yerine getirilmesinin ardında da hakem kararlarının tanınması ve tenfizi açısından etkin bir sistemin kurulmuş olmasının yer aldığı ifade edilmektedir¹¹⁷. Nitekim tam da bu amaçla hazırlanan New York Konvansiyonu bu anlayışı yansıtmakta ve de mümkün kılmakta olup tam da bu nedenle “uluslararası tahkimin üzerine kurulu olduğu temel sütun” olarak nitelendirilmektedir¹¹⁸. Bu doğrultuda, gerek New York Konvansiyonu gerekse Konvansiyon temel alınarak hazırlanan MÖHUK hükümlerinin temelinde, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini kolaylaştırma amacının yer aldığı görülmektedir. Öyle ki bu amaç, özellikle Konvansiyon hükümlerinin geneline yayılmış vaziyettedir. Bu bağlamda, ilk olarak bu amacın tanıma ve tenfiz düzenlemelerinde yansımaları nasıl bulduğu (1) *Kural: Tanıma ve Tenfiz Talebinin Kabulü* başlığı altında Konvansiyon düzenlemeleri temel alınarak incelenecek, ardından MÖHUK düzenlemelerine, özellikle farklılaşan noktalar açısından, kısaca değinilecektir¹¹⁹.

¹¹⁶ Akıncı, **Tenfiz**, s.40; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.688; ayrıca bkz. Stefan Kröll, “Chapter VIII: Recognition and Enforcement of Awards”, **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice** (eds. Karl-Heinz Bockstiegel/Stephan Michael Kröll/Patricia Nacimiento), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2015, s.422.

¹¹⁷ Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.688.

¹¹⁸ J. Gillis Wetter, “The Present Status of the International Court of Arbitration in the ICC: An Appraisal”, **The American Review of International Arbitration**, C.1, S.1, 1990 (naklen: Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.694, dn.26).

¹¹⁹ Bu tercihimizin iki nedeni bulunmaktadır: (1) Konvansiyon’un kabulünden sonra MÖHUK düzenlemelerinin uygulama alanı hukukumuz açısından oldukça daralmıştır, ayrıca (2) 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK’un yabancı hakem kararlarına ilişkin hükümleri bizzat Konvansiyon temel alınarak hazırlanmıştır (bkz. Nomer, **Devletler Hususî**, s.582; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.643; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.483).

Hâl böyle olmakla birlikte, elbette ki yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfiz taleplerinin kabulü mutlak bir kural niteliğinde değildir. Gerek New York Konvansiyonu gerekse MÖHUK'ta düzenlenen tanıma ve tenfiz engelleri, sözleşmesel niteliğinin yanında aynı zamanda bir yargılama faaliyeti olan tahkimde temel adalet prensiplerinin gözetilmesini sağlama amacına yönelir. Düzenlenen bu engeller, talebin ileri sürüldüğü devletin menfaatlerinin yanı sıra, tahkim yargılamasının karşı tarafı olan tenfiz davalısının haklı menfaatlerini de koruma amacını taşır. Bu bağlamda, anılan engelleri ileri sürmek, başka bir deyişle tanıma ve tenfize direnmek de, davalı açısından bir hak niteliğindedir. Bu hak, (2) *Kuralın Temel İstisnası: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkı* başlığı altında ele alınacaktır.

1) Kural: Tanıma ve Tenfiz Talebinin Kabulü

Temelinde tarafların karşılıklı güvenine dayanan ticari ilişkiler, birçok riski uhdesinde bulundurur. Şüphesiz ki, taraflar arasında doğabilecek olası ihtilafların henüz ortaya çıkmadan engellenebilmesi açısından bu risklerin sözleşme müzakereleri sırasında iyi analiz edilmesi ve akdedilen sözleşme hükümleriyle karşılanması bir ticari ilişkinin her iki tarafı açısından da ideal olandır. Ancak, tüm bu çabalara rağmen, taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların tamamen engellenmesi mümkün olmamaktadır. Nitekim tam da bu nedenle, her ne kadar doktrinde gece yarısı maddeleri (*late night clauses*)¹²⁰ olarak adlandırılırsalar da, sözleşmesel ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözümü için takip edilecek yolu öngören uyuşmazlıkların çözümü maddelerinin de tarafların beklenti ve ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde tasarlanması kritik önemi haizdir. İşte tam da bu noktada, taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusunda uzman kişilerce, hızlı, âdil, gizli ve etkin bir şekilde çözülmesini vaat eden

¹²⁰ Sherlin Tung, "Chapter 34: The Importance of Languages in International Arbitration and How They Impact Parties' Due Process Rights", **The Powers and Duties of Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer** (eds. Patricia Louise Shaughnessy/Sherlin Tung), Kluwer Law International, 2017, s.361.

ve taraflara nötr bir yargılama makamı sunan tahkimin ön plana çıktığı görülmektedir¹²¹.

Özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklar açısından tahkimi ön plana çıkaran bir başka avantajı vardır ki, doktrinde, tahkimin bu denli tercih edilmesinin “*en ciddi ve en kapsamlı*” sebebi olarak mütalaa edilmektedir¹²². Bu avantaj, hakem kararlarının, mahkeme kararlarına kıyasla¹²³, çok daha kolay ve yaygın biçimde icra edilebilir olmasıdır. Zira bir uyuşmazlık ne kadar uzman kişilerce, ne kadar âdil ve hızlı biçimde çözülürse çözülsün, verilen karar, aleyhine karar verilen tarafça icra edilmedikçe ve kararın gerektiğinde zorla icrası sağlanamadıkça lehine hüküm elde eden taraf açısından bu kararın bir manası bulunmayacaktır. Özellikle, uluslararası ticari ilişkiler açısından tarafların malvarlıklarının farklı devletlerde bulunmasının oldukça olası olduğu dikkate alındığında, tam manasıyla etkin bir uyuşmazlık çözüm yönteminden bahsedilebilmesi için yargılama sonucunda elde edilen kararların da farklı devletlerde icra edilebilirliğinin, başka bir deyişle tenfizinin sağlanabilmesinin önemi aşikârdır. İşte tahkim, uluslararası alanda en geniş katılım oranını haiz sözleşmelerden biri olan¹²⁴ New York Konvansiyonu ile tam olarak bu ihtiyacı karşılamaktadır¹²⁵. New York Konvansiyonu, yalnızca lehine bir hakem kararı elde eden tarafın bu kararın davalının malvarlığının bulunduğu devletlerde, bizzat yargı teşkilatı eliyle icra edilmesini sağlamaya ilişkin menfaatini, başka bir deyişle tanıma ve tenfiz talebi

¹²¹ Tahkimin çeşitli avantajlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Nevhis Deren Yıldırım, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, **Ankara Barosu Dergisi**, 2002, S.4., s.41-42; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.9 vd.; Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.26 vd.; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.290 vd.; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.826 vd.; Pekcanitez/Yeşilırmak, **Medenî Usûl**, s.2602 vd.; Şanlı, **Esas**, s.123 vd.; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.619 vd.

¹²² Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.292; Liebscher, **Remarks**, s.3. Ayrıca bkz. Stefan Kröll, “Antragsvoraussetzungen und Präklusion im Verfahren zur Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche”, **IPRax**, 2002, s.384; Akıncı, **Tenfiz**, s.43.

¹²³ Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin, mahkeme kararlarına göre çok daha kolay olduğu ifade edilmektedir (bkz. Robert Briner, “Philosophy and Objectives of the Convention”, **Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects**, New York: United Nations Publications, 1999, s.9; Liebscher, **Remarks**, s.5).

¹²⁴ Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.694; Liebscher, **Remarks**, s.3.

¹²⁵ Birleşmiş Milletler Eski Genel Sekreteri Kofi Annan, New York Konvansiyonu’nun 40.yıl dönümü şerefine düzenlenen konferansta gerçekleştirdiği açılış konuşmasında bu hususu şu sözlerle vurgulamıştır: “*This landmark instrument has many virtues. It has nourished respect for binding commitments (...). It has inspired confidence in the rule of law. And it has helped ensure fair treatment when disputes arise over contractual rights and obligations. (...) international trade thrives on the rule of law: without it parties are often reluctant to enter into cross-border commercial transactions (...)*” (bkz. Kofi Annan, “Opening Adress Commemorating the Successful Conclusion of the 1958 United Nations Conference on International Commercial Arbitration”, **Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects**, New York: United Nations Publications, 1999, s.2).

hakkını tanımakla kalmamakta, yabancı hakem kararlarının icrası için etkili bir rejim sunmaktadır¹²⁶.

New York Konvansiyonu’nun düzenlenme amacı incelendiğinde Konvansiyon’un temelinde yer alan amacın, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin hızlı ve etkin bir şekilde gerçekleşmesini, başka bir deyişle kolaylaştırılmasını sağlamak olduğu görülmektedir¹²⁷. Bu doğrultuda Konvansiyon ilk olarak taraf devletlere, Konvansiyon kapsamına giren yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini sağlamak yönünde bir yükümlülük yüklemektedir¹²⁸. Nitekim, Konvansiyonu’nun III. madde hükmü uyarınca taraf devletler “*hakem kararlarının muteberliğini tanıyacak*” ve bu kararların Konvansiyon hükümleri uyarınca “*icrasını*” “*temin edecek*”lerdir¹²⁹. Dikkat edileceği üzere bu yükümlülük, mutlak bir şekilde düzenlenmemiştir. Başka bir ifadeyle, genel kural yabancı hakem kararlarının tenfizi taleplerinin kabul edilmesi olsa da bunun sınırını, düzenlediği tenfiz engelleri ile bizzat yine Konvansiyon çizmektedir. Nitekim böylelikle Konvansiyon’da, uluslararası tahkimin gelişimi ve farklı devletlerin temel hukuk prensiplerinin korunması

¹²⁶ Nitekim doktrinde, tahkimin uluslararası ticari uyuşmazlıkların olağan çözüm yolu hâline gelmesine New York Konvansiyonu’nun sebep olduğu ifade edilmektedir (bkz. Liebscher, **Remarks**, s.2). Bu bağlamda Konvansiyon, uluslararası ticari tahkimin “*temel taşı*” olarak nitelendirilmektedir (bkz. Van den Berg, NYC, s.1). New York Konvansiyonu’nun kabul edildiği *final act* belgesinde de bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “(...) *The Convention on recognition and enforcement of foreign arbitral awards just concluded would contribute to increasing the effectiveness of arbitration in the settlement of private law dispute. (...)*” (bkz. United Nations Conference on International Commercial Arbitration, **Final Act and Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**, U.N. Doc. E/CONF.26/8/Rev., New York, 1958). Ayrıca doktrinde bir yazar Konvansiyon’u, uluslararası ticari sözleşmelerin hızlıca yol almasını sağlayan bir otobana benzetmektedir (bkz. Jose Maria Abascal Zamora, “Enhancing Dissemination of Information, Technical Assistance and Training”, **Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects**, New York: United Nations Publications, 1999, s.39).

¹²⁷ Gaillard/Savage, **Fouchard Gaillard Goldman**, s.966; Liebscher, **Remarks**, s.3; Ehle, **Scope**, s. 29; Born, **International Commercial Arbitration**, N. 26.03.B; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.539; Meier, **BK-IPRG**, s.965. Nitekim New York Konvansiyonu, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi rejiminin belkemiği olarak nitelendirilmektedir (bkz. Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.693).

¹²⁸ Van den Berg, NYC, s.243; Maxi Scherer, “Article III”, **New York Convention Article-by-Article Commentary**, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s. 202; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.706; Born, **International Commercial Arbitration**, N.26. Ayrıca bkz. Berk Demirkol, “Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements and Awards in Investment Treaty Arbitration”, **ICSID Review**, C.30, S.1, 2015, s.60.

¹²⁹ Hükmün, Konvansiyon’un resmi dillerinden biri olan İngilizce metninde kullanılan “*shall*” ifadesi de bu tespiti doğrulamaktadır (bkz. Scherer, **Article III**, s.202; Born, **International Commercial Arbitration**, N. 26.03.B).

menfaatleri arasında bir denge kurulmuş¹³⁰ ve adeta uluslararası ticari tahkimin milletlerarası standartları belirlenmiştir¹³¹.

Konvansiyon'un temelinde yer alan "tenfiz yanlısı" (*pro-enforcement*) yaklaşım¹³², anılan yükümlülüğün istisnasını oluşturan tenfiz engelleri düzenlemesinde de ifadesini bulmaktadır¹³³. Şöyle ki, tenfiz engellerinin düzenlendiği V. madde hükmünde, bu engeller sınırlı sayıda düzenlenmiş olup¹³⁴ bunlardan yalnızca ikisi, ki bunlar doğrudan tenfiz devleti menfaatlerini korumaya yönelik kamu düzenine aykırılık ve uyuşmazlığın tahkime elverişli olmamasıdır, talebi inceleyen mahkemece re'sen dikkate alınabilecektir. Buna karşın, anılan maddenin ilk fıkra hükmünde ifadesini bulan ve temelinde taraf menfaatlerini korumaya yönelik engeller ise yalnızca talebe direnen tarafça ileri sürüldüğü ve ispat edildiği takdirde tanıma ve tenfiz talebinin reddine sebebiyet verebilecektir. Dikkat edilmelidir ki, ilk fıkrada anılan hâllerden biri esasında mevcut olmakla birlikte aleyhine tenfiz talebi ileri sürülen tarafça ileri sürülmez veya ileri sürülmekle birlikte ispat edilemez ise, yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi talebi mahkemece reddedilemeyecektir. Başka bir deyişle, bir tanıma ve tenfiz engelinin bulunduğuna ilişkin ispat yükü talebe direnen taraf üzerinde bırakılmıştır¹³⁵. Ayrıca V. maddede sınırlı sayıda düzenlenen tanıma tenfiz engelleri arasında, hakemlerin hukuku yanlış uygulamaları veya maddi vakıaları yanlış değerlendirmeleri gibi bir sebep düzenlenmemiştir. Konvansiyon sisteminde *révision au fond* yasağı benimsenmiş olduğundan tenfiz devleti mahkemesi, hakem

¹³⁰ Liebscher, **Remarks**, s.9.

¹³¹ Liebscher, **Remarks**, s.9.

¹³² Van den Berg, **NYC**, s.267; Liebscher, **Remarks**, s.21. Ayrıca, New York Konvansiyonu'nu uygulayan farklı mahkemelerin de uygulamada tenfiz yanlısı bir yaklaşım sergilediği ifade edilmektedir (bkz. Albert Jan van den Berg, "Striving for Uniform Interpretation", **Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects**, New York: United Nations Publications, 1999, s.41).

¹³³ Christian Borris/Rudolf Hennecke, "Article V", **New York Convention Article-by-Article Commentary**, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s.251.

¹³⁴ Van den Berg, **NYC**, s.265; Patricia Nacimiento, "Article V(1)(a)", **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, (eds. Herbert Kronke/Patricia Nacimiento/Dirk Otto/ Nicola Christine Port), Kluwer Law International, 2010, s.206; Borris/ Hennecke, **Article V**, s.256; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.798; Meier, **BK IPRG**, s.1948.

¹³⁵ Van den Berg, **NYC**, s.264; Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.03[B][6]; Nacimiento, **Article V(1)(a)**, s.210; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.768; Meier, **BK IPRG**, s.984; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.797.

kararının esasına ilişkin herhangi bir incelemede bulunamayacaktır¹³⁶. Bu bağlamda, Konvansiyon'un yabancı hakem kararlarının geçerliliğine yani tenfiz edilebilirliğine ilişkin bir karine ihtiva ettiği ve dolayısıyla, Konvansiyon uyarınca yabancı hakem kararlarının tenfizinin kural, bu talebin reddinin ise istisna olduğu vurgulanmaktadır¹³⁷.

İfade edilmelidir ki Konvansiyon sisteminde, taraf devletler açısından hakem kararının tenfizi talebinin reddi yönünde bir yükümlülük öngörülmemiştir¹³⁸. Tam aksine tenfiz devleti mahkemeleri, V. maddede düzenlenen engellerden birinin varlığına ve hatta ispat edilmesine rağmen yabancı hakem kararının tenfizine karar verebilecektir¹³⁹. Şöyle ki, ilgili madde hükmünün Konvansiyon'un resmi dillerinden biri olan İngilizce metninde, hükümde sayılan engellerden birinin varlığı, ve düzenlendiği fıkraya göre ileri sürülüp ispat edilmesi hâlinde, tanıma ve tenfiz talebinin reddedilebileceği düzenlenirken Türkçeye “reddolunur” şeklinde çevrilebilecek “*shall be refused*” ifadesi yerine “reddolunabilir” şeklinde tercüme edilebilecek olan “*may be refused*” kavramı kullanılmıştır¹⁴⁰. Bu doğrultuda, hükmün

¹³⁶ Van den Berg, NYC, s.265; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.707; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim**, s.16; Nomer, **Devletler Hususî**, s.572; Borris/Hennecke, **Article V**, s.254; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.767; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.552.

¹³⁷ Van den Berg, NYC, s.269; Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.03[B][6]; Borris/Hennecke, **Article V**, s.264. Nitekim, tam da bu sebeple, md.V hükmünde yer alan sebeplerin genişletici yorumdan kaçınılarak dar bir şekilde yorumlanması gerekliliğinin altı çizilmektedir (bkz. Van den Berg, NYC, s.267; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.706; Borris/Hennecke, **Article V**, s.251).

¹³⁸ Jan Paulsson, “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments”, **Asica Pacific Law Review**, C.6, S.2, 1998, s.6; Scherer, **Article III**, s.202.

¹³⁹ Van den Berg, NYC, s.265; Jan Paulsson, “May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics”, **Arbitration International**, C.14, S.2, 1998, s.228; Bermann, **National Reports**, s.31; Borris/Hennecke, **Article V**, s.277; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.707; Georges R. Delaume, “Enforcement Against a Foreign State of an Arbitral Award Annulled in the Foreign State”, **Revue de Droit des Affaires Internationales**, S.2, 1997, s.254; Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.03[B][6]; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.706.

¹⁴⁰ Konvansiyon'un XVI. madde hükmü uyarınca Konvansiyon'un kaleme alındığı İngilizce, Çince, İspanyolca, Fransızca ve Rusça metnlerinin eş değerde olup Fransızca metni dışındaki versiyonlarda da tercih edilen lafzın aynı yönde olduğu ifade edilmektedir (bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.276; Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.03[B][6]). Buna karşın Fransızca metninde tercih edilen ifadenin (*ne seront refusées*) sanki takdir yetkisi tanımayan bir şekilde kaleme alınmış olduğu ifade edilmekle birlikte; anılan versiyonun net olmadığı, Konvansiyon'un temel amacının yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini kolaylaştırmak olduğu ve bu bağlamda taraf devlet mahkemelerinin bu talepleri incelerken daha liberal olmasının engellenmesinin düşünülemeyeceğinden bahisle Fransızca metninin farklı bir sonucu öngördüğü sonucuna ulaşılamayacağı savunulmaktadır (bkz. Paulsson, **May or Must**, s.230).

lafzından¹⁴¹ yola çıkılarak bir tenfiz engelinin varlığına rağmen devlet mahkemelerinin yabancı hakem kararının tenfizine karar vermekte takdir yetkileri olduğu ifade edilmekte¹⁴² ve karşılaştırmalı hukukta egemen olan anlayışın bu yönde olduğu vurgulanmaktadır¹⁴³.

¹⁴¹ Benzer şekilde, Konvansiyon'un Resmî Gazete'de yayınlanan Türkçe versiyonunda da ilk fıkradaki engeller açısından "reddolunmaz" yerine "reddolunamaz" ifadesi -ki bu "reddolunabilir" kelimesinin olumsuzudur- ikinci fıkrada ise doğrudan "reddolunabilir" ifadesi tercih edilmiştir. Her ne kadar Konvansiyon açısından bağlayıcı dillerden biri olmasa da Türk hâkimine yol gösterecek Türkçe tercümenin de bir takdir yetkisi tanıdığı yönünde kaleme alındığı görülmektedir. Buna karşın doktrinde, Konvansiyon'un Türkçe tercümesinin bu konuda herhangi bir yorum yapmaya müsait olmadığı belirtilerek İngilizce metninden hareketle aynı sonuca varıldığı görülmektedir (bkz. İnci Ataman Figanmeşe, "Milletlerarası Ticarî Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.31, S.2, 2012, s.58; Hatice Kocasakal, "Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Tenfiz Edilebilirliği", **Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler**, (ed. Süheylâ Balkar Bozkurt), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2016, s.148; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.798).

¹⁴² Buna karşın doktrinde bir görüş, devlet mahkemelerinin takdir yetkisi olduğu sonucuna varmak farklı devlet mahkemeleri nezdinde değişen uygulamalara sebebiyet verebileceğinden ve bu durum Konvansiyon'un yeknesaklık sağlama amacıyla bağdaşmayacağından V. maddenin mahkemelere bir takdir yetkisi vermediği şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir (bkz. Nacimiento, **Article V(1)(a)**, s.208). Ancak belirtilmelidir ki FOUCHARD'ın da ifade ettiği üzere Konvansiyon'un öncelikli amacı yeknesak bir sistemin inşaa edilmesinden ziyade hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin kolaylaştırılmasıdır (bkz. Philippe Fouchard, "Suggestions pour Accroître L'efficacité Internationale des Sentences Arbitrales", **Revue de l'Arbitrage**, C.1998, S.4, 1998, s.665; David Quinke, "Article VII", **New York Convention Article-by-Article Commentary**, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s. 477). Nitekim bu nedenle anılan görüş doktrinde eleştirilmektedir (bkz. Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.03[B][6]).

¹⁴³ Stefan Kröll, "Die Präklusion von Versagungsgründen bei der Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche", **IPRax**, 2007, s.431; Borris/Hennecke, **Article V**, s.277; Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.03[B][6]. Buna karşın bazı hukuk sistemlerinde, Konvansiyon'un tenfiz hâkimine bir takdir yetkisi tanımadığı kabul edilmektedir (bkz. Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.707). Örneğin İsviçre hukukunda bu yönde bkz. Meier, **BK IPRG**, s.983; Andrea Bonomi/Elza Reymond-Eniaeva, "Interpretation and Application of the New York Convention in Switzerland", **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts**, (ed. George A. Bermann), Switzerland: Springer, 2017, s.921. Alman hukukunda da benzer bir yaklaşımın kabul edildiği görülmektedir, bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.277; Kröll, **Arbitration in Germany**, s.457; Dennis Solomon, "Interpretation and Application of the New York Convention in Germany", **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts**, (ed. George A. Bermann), Switzerland: Springer, 2017, s.342. Hukukumuz açısından konuyu aydınlatacak bir yargı kararı olmamakla birlikte doktrinde ekseriyetle Konvansiyon uyarınca mahkemelerin takdir yetkisini haiz olduğunun ifade edildiği görülmektedir (bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.650; Kocasakal, **İptal**, s.148; Nuray Ekşi, **New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009, s.62; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.768). Buna karşın, her ne kadar konuya ilişkin doğrudan bir açıklamada bulunmasa da Nomer, "... şartlardan birinin gerçekleşmemesi dahi, yabancı hakem kararının tenfizinin reddini gerektiren bir ret sebebi teşkil eder..." ifadesi ile aksi yönde görüş bildirir görülmektedir (bkz. Nomer, **Devletler Hususî**, s.583; aksi yönde ayrıca bkz. Özsunay/Özsunay, **NYC in Turkey**, s.970).

Böylelikle, tenfiz taleplerinin hangi hâllerde reddedilebileceği açısından azami standartları belirleyen¹⁴⁴ Konvansiyon, taraf devletlerin kendi iç hukuklarında yapacakları düzenlemelerle daha kolaylaştırılmış bir tanıma tenfiz sistemi benimsemelerine de engel olmamaktadır¹⁴⁵. Tam aksine, Konvansiyon'un hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin diğer hukuk kaynaklarıyla ilişkisini düzenleyen¹⁴⁶ ve tenfiz yanlısı yaklaşımının en somut yansımalarından biri olan¹⁴⁷ md. VII hükmü¹⁴⁸ uyarınca Konvansiyon, taraf devletler arasında akdedilmiş iki veya çok taraflı anlaşmaların geçerliliğine hâlel getirmediği gibi tenfiz talebinde bulunan tarafça¹⁴⁹, tenfiz devletinin bu konudaki¹⁵⁰ daha lehe düzenlemelerine veya taraf olduğu diğer uluslararası sözleşme hükümlerine dayanılmasına¹⁵¹ engel olmamaktadır. Ancak dikkat edilmelidir ki anılan madde hükmü, tenfiz davacısının kısmen Konvansiyon hükümlerine kısmen de tenfiz devletinin mevzuatına -ve/veya buna dâhil olan uluslararası anlaşmalara- dayanarak olabilecek en elverişli tenfiz sistemini

¹⁴⁴ Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.698; Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.03[B][6]; Fouchard, **La Portée**, s.329.

¹⁴⁵ Jan Paulsson, "L'exécution des Sentences Arbitrales dans le Monde de Demain", **Revue de l'Arbitrage**, C.1998, S.4, s.638; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.698;

¹⁴⁶ Quinke, **Article VII**, s. 476; UNCITRAL Secretariat, **Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**, New York, 2016, s.289.

¹⁴⁷ Van den Berg, **Yearbook 2003**, s.671; Quinke, **Article VII**, s.477. Öyle ki hüküm, doktrinde Konvansiyon'un hazinesi ve parlak fikri (*le trésor, l'idée géniale de la Convention*) olarak nitelendirilmektedir, bkz. Fouchard, **Suggestions**, s.664.

¹⁴⁸ İlgili hükmün Türkçe metni şu şekildedir: "İşbu sözleşme hükümleri, âkit devletler arasında akdedilmiş hakem kararlarının tanınması veya icrasına dair, iki yahut çok taraflı sözleşmelerin muteberliğihe hâlel getirmez ve ilgili taraflardan hiçbirini, bir hakem karardan, bunun dermeyeran edildiği memleketin kanun ve sözleşmeleri hükümleri dairesinde faydalanmak imkânından mahrum kılmaz."

¹⁴⁹ Her ne kadar sözleşmede "ilgili taraflar" ifadesi kullanılmış olsa da, hükmün amacının tanıma ve tenfizi kolaylaştırmak olduğu göz önüne alındığında, yalnızca tanıma tenfiz talebinde bulunan davacı tarafın kendisi açısından daha lehe düzenlemelere dayanabileceği ifade edilmektedir. Başka bir deyişle, tenfize direnen davalı taraf, kendisi açısından daha lehe olan, dolayısıyla tanıma ve tenfizi zorlaştıran iç hukuk hükümlerine dayanamayacaktır (bkz. Van den Berg, **NYC**, s.84; UNCITRAL Secretariat, **Guide**, s.291; Dirk Otto, "Article VII", **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, (eds. Herbert Kronke/Patricia Nacimiento/Dirk Otto/ Nicola Christine Port), Kluwer Law International, 2010, s.452; Quinke, **Article VII**, s.486; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.698).

¹⁵⁰ Madde hükmünün atf yaptığı düzenlemeler yalnızca yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili düzenlemeler olup, özellikle tenfiz devletinde yerli olarak değerlendirilen hakem kararlarına ilişkin benimsenmiş düzenlemelerin bu hüküm vasıtasıyla uygulanma imkânı bulunmamaktadır (bkz. Van den Berg, **Yearbook 2003**, s.672; Quinke, **Article VII**, s.491).

¹⁵¹ Her ne kadar hükmün lafzı ilk bakışta, daha lehe düzenlemelerin ancak taraflardan birinin talebi hâlinde uygulanabileceği yönünde olsa da, böyle bir talep ileri sürülme de mahkemeye daha lehe düzenlemelerin esas alınması gerektiği ifade edilmekte ve karşılaştırmalı hukukta mahkemelerin genellikle bu yaklaşımı benimsediği ifade edilmektedir (bkz. Van den Berg, **Yearbook 2003**, s.674; Quinke, **Article VII**, s.487; UNCITRAL Secretariat, **Guide**, s.292). Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında, herhangi bir gerekçe belirtmeksizin aksi yönde bir tutum benimsediği görülmektedir (bkz. Quinke, **Article VII**, s.487).

yaratmasına imkân tanımamaktadır¹⁵². Başka bir deyişle ya bir bütün hâlinde Konvansiyon hükümleri ya da daha elverişli bir sistem ihtiva etmesi hâlinde tenfiz devleti mevzuatında yer alan hükümler uygulama alanı bulacaktır¹⁵³.

Hâl böyle olmakla birlikte, yürürlükteki mevzuatımız karşısında, Konvansiyon'un VII. madde hükmünün Türkiye'de açılan tanıma tenfiz davaları açısından kural olarak bir etkisi bulunmamaktadır. Şöyle ki, MÖHUK md.60 ilâ 63 hükümleri bizzat Konvansiyon maddeleri temel alınarak hazırlanmıştır¹⁵⁴. Bu bağlamda MÖHUK'ta hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için aranan şartlar, lafzen olmasa da, bütünü itibarıyla Konvansiyon'da arananlarla aynıdır¹⁵⁵. Dolayısıyla, başka bazı hukuk sistemlerinin aksine¹⁵⁶, Türk hukukunda Konvansiyon'a kıyasla daha kolaylaştırılmış bir tanıma tenfiz sistemi öngörülmemiştir. Hatta doktrinde ŞANLI, MÖHUK düzenlemelerinin Konvansiyon'a kıyasla daha ağır şartlar ihtiva ettiğini ifade etmektedir¹⁵⁷. Yazar bu tespitin temelini oluşturan farklılığı açıkça belirtmese de, kanaatimizce iki düzenleme arasında bulunan ve MÖHUK'un daha ağırlaştırılmış bir sistem teşkil etmesi sonucunu doğurabilecek en temel fark, tanıma tenfiz talebini inceleyen mahkemenin takdir yetkisi

¹⁵² Buna karşın doktrinde bir görüş Konvansiyon'un tanıma ve tenfizi kolaylaştırma amacından hareketle, ilgili tarafın, bir yandan tanıma ve tenfiz talebini Konvansiyon kapsamında ileri sürerken diğer yandan tenfiz devleti hukukunda bulunan daha lehe düzenlemelere münferit olarak dayanabileceğini savunmaktadır (Gaillard/Savage, **Fouchard Gaillard Goldman**, s.137; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.699). Ancak bu görüş doktrinde eleştiriyle karşılanmakta olup hâkim görüşün, İngilizce tabiriyle böyle bir *cherry picking* imkânının bulunmadığı yönünde olduğu vurgulanmaktadır (Van den Berg, **NYC**, s.85; Otto, **VII**, s.449; Quinke, **Article VII**, s.494; Meier, **BK IPRG**, s.973). Nitekim VAN DEN BERG, daha lehe iç hukuk hükümlerinin Konvansiyon'la birlikte uygulanabileceğine ilişkin anlayışı, "günümüzde giderek yaygınlaşan bir yanlış algı" (*an increasingly frequent misconception*) olarak ifade etmektedir (bkz. Van den Berg, **Setting Aside**, s.270, dn.16). Kanaatimizce de, her ne kadar Konvansiyon'un temel amacı tanıma ve tenfizi kolaylaştırmak olsa da, farklı düzenlemelerden hükümler seçerek adeta bir yamalı bohça oluşturacak şekilde gerçekte bulunmayan bir tenfiz rejiminin oluşturulmasına imkân tanınmamalıdır. Unutulmamalıdır ki, her sistem kendi içerisinde bir hukuki ilişkinin taraflarının menfaatleri arasında ideal bir dengeyi oluşturma amacını taşır. Aksine bir tutum, hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanmasını oldukça güçleştirecek ve tenfiz davasının karşı tarafının menfaatlerinin hiçe sayılması anlamına gelebilecektir.

¹⁵³ Vurgulanmalıdır ki, temel amacı New York Konvansiyonu'nu tamamlamak olan Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi, Konvansiyon ile birlikte uygulama alanı bulacaktır (bkz. aşağıda s.98 vd.'nda yer alan açıklamalarımız).

¹⁵⁴ Bkz. yukarıda s.32, dn.119.

¹⁵⁵ Nomer, **Devletler Hususî**, s.585; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.643.

¹⁵⁶ Örneğin Fransız Hukuku, Hollanda Hukuku ve 1998 reformu öncesinde Alman Hukuku'nda benimsenen tanıma tenfiz düzenlemelerinin, Konvansiyon'a kıyasla daha elverişli bir sistem öngördüğü doktrinde ifade edilmektedir (bkz. Van den Berg, **Uniformity**, s.43).

¹⁵⁷ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.482; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.869.

açısından¹⁵⁸. Şöyle ki, Konvansiyon sisteminin aksine tanınması ve tenfizi MÖHUK’a tâbi olan yabancı hakem kararları açısından, 62.madde hükmünde yer alan engellerden birinin bulunması hâlinde tanıma ve tenfiz talebi mahkemece reddedilmek mecburiyetindedir¹⁵⁹. Zira anılan madde hükmünde yer alan “reddeder” ifadesi, tanıma tenfiz talebini inceleyen hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanımayacak şekilde kaleme alınmıştır. Ancak bütünü itibariyle Konvansiyon ile paralelliği göz önüne alındığında, MÖHUK sistemi açısından da hakem kararlarının tenfizi talebinin kabulünün kural, reddinin ise istisna olarak düzenlendiği sonucuna varılabilecektir.

2) Kuralın İstisnası: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkı

Bir önceki başlıkta incelediğimiz üzere, ihtiva ettiği düzenlemelerle yabancı hakem kararlarının tenfizi rejimi, lehine bir hakem kararı elde etmiş potansiyel tenfiz davacılarının bu kararın devlet yargı teşkilatı eliyle zorla icrasını sağlamak yönündeki menfaatlerini öncelemekte ve korumaktadır. Ancak bu durum, iki taraflı bir ilişki olan tahkim yargılamasının karşı tarafının menfaatlerinin hiçe sayıldığı veya dikkate alınmadığı anlamına da gelmemektedir. Başka bir deyişle, lehine hakem kararı elde eden tarafın kararın tenfizini talep etme hakkı mutlak veya sınırsız olmayıp Konvansiyon V. madde hükmü ve MÖHUK md. 62 hükmünde düzenlenen engeller bu hakkın sınırını oluşturmaktadır¹⁶⁰.

Şüphesiz ki gerek New York Konvansiyonu gerekse MÖHUK’ta düzenlenen ve milletlerarası ticarî tahkimde uyulması gereken “*asgarî adalet ilkeleri*”ni ortaya

¹⁵⁸ MÖHUK düzenlemeleri Konvansiyon ile büyük ölçüde ayniyet göstermekle birlikte, düzenleniş biçimleri bakımından iki sistem arasında bazı noktalarda önemli olmayan farklılıklar bulunmaktadır (Nomer, **Devletler Hususî**, s.585). Farklı düzenleniş şekillerine rağmen sonuçları itibariyle Konvansiyon ile uyum içerisinde olan bu nüanslar için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.643 vd.; Nomer, **Devletler Hususî**, s.585 vd.; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.483 ve 484.

¹⁵⁹ Nomer, **Devletler Hususî**, s.572; Akıncı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s.650; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.819.

¹⁶⁰ Gerçekten de FOUCHARD’ın da ifade ettiği üzere bazı hakem kararları, Konvansiyon’un V. maddesiyle ortaya konulan, ve korunan, tahkimin uluslararası standartlarını gözetmemekte ve bu nedenle anılan kararlar, tanıma ve tenfizi kolaylaştırmaya yönelik çabaları hak etmemektedir. Yazar meseleyi şu şekilde ifade etmektedir: “*En réalité, certaines sentences ne méritent pas de tels efforts, et ne sont dignes d’être exécutées par la force dans aucun pays, parce qu’elles ne respectent pas ce que l’on a appelé des «standards internationalement reconnus». Les arbitres seraient-ils infaillibles, alors que les juges professionnels ne le sont pas?*” (bkz. Fouchard, **Suggestions**, s.656).

koyan¹⁶¹ tanıma tenfiz engellerinin her birinin ardında korunmak istenen bir menfaat yer almaktadır. Bu bağlamda, tanıma tenfiz engellerinin Konvansiyon’da iki gruba ayrılarak düzenlenmesi de tesadüf değildir¹⁶². Konvansiyon’un md. V hükmünün ikinci fıkrasında ifadesini bulan ve taraf devletler açısından emniyet sübabı (*safety-valve*)¹⁶³ olarak nitelendirilen tanıma tenfiz engelleri, ki aynı engeller MÖHUK md.62(1)(b) ve (c) bentlerinde de ifadesini bulmaktadır, temelde talebin ileri sürüldüğü devletin menfaatlerini korumaya yönelir. Şöyle ki fıkra hükmünde ifadesini bulan iki tenfiz engeli, tenfiz devletince kamu düzeni ve menfaatlerini ilgilendirmesi nedeniyle münhasıran devlet mahkemelerinde çözümü öngörülen¹⁶⁴, başka bir deyişle tahkime elverişli kabul edilmeyen uyuşmazlıklara ilişkin yabancı hakem kararları ile tenfiz devletinin hukuk sisteminin temelinde yer alan prensiplere ve temel adalet anlayışına aykırılık teşkil eden, yani kamu düzenine aykırı olan, yabancı hakem kararlarının tenfiz devleti hukuk sistemine teşmilini engelleme imkanı sunarak potansiyel tenfiz devlet(ler)inin menfaatlerini korumaya yönelmektedir¹⁶⁵. Nitekim tam da bu nedenle, anılan engeller davalı tarafça ileri sürülmese de mahkemece re’sen dikkate alınabilmektedir.

Ancak, tanıma tenfiz engelleri ile menfaatleri korunan tek süje, tenfiz devlet(ler)i değildir. Konvansiyon’un md.V(1) fıkra hükmünde ve bu hükme paralel olarak düzenlenen MÖHUK md.62(1) fıkra hükmünün (ç) ilâ (h) bentleri arasında düzenlenen tenfiz engelleri, temelinde tahkim yargılamasının karşı tarafının -yani

¹⁶¹ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.386. Nitekim bu husus, Lüksemburg İstinaf Mahkemesi’nin bir kararında şu şekilde ifade edilmektedir: “(...) *the control by the court essentially concerns the question whether the award has been rendered in proceedings which respected due process and, further, whether the law applied to the merits of the award is compatible with international public policy (...)*” (bkz. Luxembourg Court of Appeal, *Sovereign Participations International S.A. v. Chadmore Developments Ltd.*, 28.01.1999, **ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 1999** (ed. Albert Jan Van den Berg), C.XXIVa, 1999, s.714-719).

¹⁶² Reinmar Wolff, “Public Policy, Article V(2)(b)”, **New York Convention Article-by-Article Commentary**, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s.420; Audley William Sheppard, “Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, **Arbitration International**, C.19, S.2, 2003, s.229.

¹⁶³ Wolff, **Article V(2)(b)**, s.419.

¹⁶⁴ Quinke, **Article V**, s.395; Born, **Commercial Arbitration**, N.26.05.[10].

¹⁶⁵ Antonio Remiro Brotons, “La Reconnaissance et L’exécution des Sentences Arbitrales Étrangères”, **Receuil des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, s.245; Homayoon Arfazadeh, “In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception”, **American Review of International Arbitration**, C.13, S.1-4, 2003, s. 64; UNCITRAL Secretariat, **Guide**, s.240; Petra Butler/Christoph Katerndahl, “Kastom – A Public Policy Exception Under The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, **Indian Journal of Arbitration Law**, C.VII, S.1, 2018, s.107; Wolff, **Article V(2)(b)**, s.419.

tenfiz davalısının- belirli menfaatlerini korumaya yönelir. Bu yüzdendir ki anılan sebepler, bir önceki paragrafta belirtilenlerin aksine, ancak tenfize direnen tarafça ileri sürülmesi ve ispatlanması hâlinde yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizine engel olabilecektir. Bu bağlamda, nasıl ki yabancı bir hakem kararının devlet yargısı yardımıyla icrasını talep etmek, kararın “kazanani” için bir hak niteliğindeyse, kendisine karşı açılan tenfiz davasına sınırlı sayıda düzenlenen sebeplerle de olsa direnmek, başka bir deyişle anılan hükümlerle tanınan menfaatlerinin korunmasını talep etmek de tenfiz davalısı açısından bir hak niteliğindedir¹⁶⁶. Zira hak kavramı, hukuk tarafından korunan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi tanınan menfaatler olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁷. Bu bağlamda, aleyhine verilen hakem kararının anılan hükümlerde sayılan sınırlı sayıdaki sebeplerden biri nedeniyle hukuka aykırı olduğunu düşünen tenfiz davalısının, bu kararın Türk yargı teşkilatı eliyle zorla icrasını sağlamaya yönelik tenfiz talebine karşı koymaktaki menfaati hukuk tarafından korunmakta ve düzenlenen tenfiz engellerini ileri sürmesine imkân tanınmaktadır.

Tenfize direnme hakkının konusunu oluşturan bu engellerin ardında yer alan menfaatler incelendiğinde, tahkimin bir yandan sözleşmesel bir ilişki olmakla birlikte aynı zamanda bir yargılama faaliyeti teşkil etmesi şeklinde tezahür eden ikili yapısının¹⁶⁸ yansımalarının yer aldığı görülmektedir. Başka bir deyişle anılan engellerin düzenlenmesinin amacı, bir yandan temelinde sözleşmesel bir ilişki olan

¹⁶⁶ Tahkim anlaşmasının geçersizliği tenfiz engeli özelinde aynı yönde bkz. Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve “Görev Belgesi””, **Uluslararası ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C.2, S.2, 2013, s.11, dn.10. Keza karşılaştırmalı hukukta kimi yazarların, Konvansiyon’da ifadesini bulan tanıma tenfiz engellerinden bahsetmek üzere Türkçeye “savunma” olarak çevirebileceğimiz İngilizce “*defences*” veya Fransızca “*défenses*” kelimesini kullandıkları görülmektedir (bkz. Stefan Kröll/Dmitry Marenkov, “The Principle of Good Faith in Enforcement of Foreign Awards – The Taming of Another “Unruly Horse” in German Law”, **Stockholm International Arbitration Review**, C.2009, S.1, 2009, s.195; Brotons, **Reconnaissance et exécution**, s.264).

¹⁶⁷ Selâhattin Sulhi Tekinay, **Medenî Hukuka Giriş Dersleri**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973, s.114; Ergun Özsünay, **Medenî Hukuka Giriş**, 5. Bası, İstanbul: Güray Matbaacılık, 1987, s.236; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, 29.Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2023, s.135; Muhammet Özekes, **Temel Hukuk Bilgisi**, 12.Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022, s.11; Rona Serozan/B. İlkay Engin/Yeşim M. Atamer, **Serozan Medenî Hukuk**, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9.Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022, s.193; Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş-Karaman, **Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku**, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014, s.163; Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 11. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, s. 148.

¹⁶⁸ Doktrinde ifade edildiği üzere tahkimin iki ayrı vechesi bulunmaktadır: Çıkış noktası itibariyle tarafların iradesine dayanan bir sözleşme olan tahkim, varış noktası itibariyle bir yargılama faaliyetidir (bkz. Süheyla Balkar, “Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunma veya İflas Halinin Tahkim Anlaşmasına Etkileri”, **Tahkim Anlaşması** (eds. Hatice Özdemir Kocasakal/Süheyla Balkar), Onikilevha Yayıncılık: İstanbul, 2020, s.133).

tahkim yargılamasının tarafların anlaşmalarına uygun bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak, diğer yandan da bir yargılama faaliyeti olan tahkimin, adil bir yargılamanın temel gerekliliklerine uygun bir şekilde gerçekleştirildiğinden emin olmaktır¹⁶⁹.

Bu bağlamda örneğin, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmaması bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir (New York Konvansiyonu md.V(1)(a); MÖHUK md.62(1)(a)¹⁷⁰ ve (e)) çünkü hakemlerin yetkisinin dayanağını oluşturan tahkim anlaşması, temelinde sözleşmesel bir ilişki olan tahkimin vuku bulabilmesinin en temel ve olmazsa olmaz (*sine qua non*) koşuludur¹⁷¹. Bu bağlamda, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmaması hâlinde geçerli bir hakem kararının varlığından da söz edilemeyecektir¹⁷². Bunun yanında, belki de daha önemli olarak, anılan tenfiz engelini düzenlenmesinin ardında bir neden daha bulunmaktadır ki bu sebep, tahkim anlaşmasının haiz olduğu olumsuz etkisi¹⁷³ nedeniyle adil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkı ile ilişkisine dairdir. Zira taraflar arasında belirli bir uyuşmazlığa ilişkin tahkim anlaşması bulunması, o uyuşmazlık özelinde tarafların olağan yargı yolu olan devlet mahkemelerine başvurma haklarından feragat etmiş olmaları anlamına gelir¹⁷⁴. Böyle bir anlaşmanın bulunmamasına veya geçerli olmamasına rağmen yürütülmüş bir

¹⁶⁹ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.386; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.708; Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.196.

¹⁷⁰ MÖHUK md.62(1)(a) bendinde, New York Konvansiyonu'ndan farklı olarak taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunmaması mahkemece re'sen dikkate alınabilecek bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Ancak, Konvansiyon md.IV(1)(b) bendi uyarınca tenfiz davası açılırken hakem kararının yanında taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının veya bir örneğinin de mahkemeye sunulması gerektiğinden tahkim anlaşmasının varlığı, Konvansiyon uyarınca da tenfiz davasının bir ön şartı olarak mahkemece re'sen dikkate alınacaktır (bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.649; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.820). Dolayısıyla sonuç itibarıyla iki düzenleme arasında bir fark bulunmamaktadır. Önemle vurgulanması gerekir ki ilgili düzenleme(ler), tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiasının ispat yükünün tenfize direnen taraf üzerinde olduğunu değiştirmemektedir. Tenfiz davacısının üzerine düşen yalnızca tahkim anlaşmasının aslını veya bir kopyasını mahkemeye sunmaktan ibaret olup anlaşmanın geçerliliği ispat etmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır (bkz. Scherer, **Article III**, s.222; MÖHUK açısından da benzer yönde bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.649).

¹⁷¹ Todd. J. Fox/Stephan Wilske, "Article V", **New York Convention Article-by-Article Commentary**, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s. 280; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.145; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2594.

¹⁷² Born, **International Commercial Arbitration**, N. 26.05.C.1.a; Sibel Özel, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.23, S.1, 2017, s.304.

¹⁷³ Taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının akdedilmiş olması, tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlığın devlet mahkemeleri önünde görülmesini engellemektedir. Nitekim bu nedenle bu sonuç doktrinde tahkim anlaşmasının olumsuz etkisi olarak adlandırılmaktadır (detaylı bilgi için bkz. Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2663 vd; Turgut Kalpsüz, "Tahkim Anlaşması", **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan**, C.2, Beta Yayıncılık: İstanbul, 2003, s.1052 vd.).

¹⁷⁴ Liebscher, **Remarks**, s.3; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2563.

tahkim yargılaması sonucunda verilecek kararın tanınması ve tenfizi ise tenfiz davalısının mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucunu doğuracağı gibi¹⁷⁵, tanıma ve tenfiz kararı sonrasında hakem kararının haiz olacağı kesin hüküm etkisi nedeniyle¹⁷⁶ artık karara konu uyuşmazlığın esasına ilişkin devlet mahkemeleri önünde dava açılabilmesi de söz konusu olmayacağından böyle bir durum, tenfize direnen tarafın hak arama özgürlüğünün de ihlali anlamına gelecektir. Bu doğrultuda, hakem heyetinin yetkisini aşması da, tahkim anlaşmasının kapsamında kalmayan, dolayısıyla aslında tarafların tahkim yoluyla çözülmesini öngörmediği bir uyuşmazlık hakkında karar verilmesi sonucunu doğuracağından¹⁷⁷ bir tanıma tenfiz engeli olarak gerek Konvansiyon’da (md.V(1)(c)) gerekse MÖHUK’ta (md.62(1)(g)) ifadesini bulmuştur. Benzer şekilde, tenfize direnen tarafın tahkim yargılaması sırasında savunma haklarının ihlal edilmiş olmasının bir tanıma tenfiz engeli olarak düzenlenmesinin (New York Konvansiyonu md.V(1)(b); MÖHUK md.62(1)(c) ve (d)) ardında yer alan temel sebep, temelinde tahkimin de bir yargılama faaliyeti olması ve tarafların iddia ve savunmalarının ileri sürülmesine imkân tanınmasının bir yargılamanın en temel gerekliliklerinden biri olmasıdır¹⁷⁸. Aksi takdirde, hakemlerce yürütülen faaliyetin adil bir yargılama olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Böylelikle, Konvansiyon’da ve MÖHUK’ta düzenlenen bu tanıma tenfiz engeliyle bir yandan

¹⁷⁵ Bu nedenlerdir ki, geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edilebilmesi için tarafların tahkim iradelerinin açık ve net olması gerekmektedir (bkz. Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt VI**, Altıncı Bası, İstanbul: Demir Demir Yayıncılık, 2001, s.5955; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.152 vd.; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2563). Nitekim bu husus Yargıtay kararlarında da defaatle vurgulanmaktadır. Örneğin bkz. “*Aslolan, yargı görevinin mahkemelerce yerine getirilmesidir. Yasanın öngördüğü sınırlar içerisinde kalmak koşuluyla, yanların tahkim sözleşmesi yapmasıyla da sözleşmeye tahkim şartı koymaları mümkündür. Ancak, buna dair hükmün, duraksamaya yer vermeyecek biçimde açık ve kesin olması gerekir.*” (Yargıtay 15. HD, E.1995/1588, K.1995/1903, T.30.03.1995 (Kazancı)); “*Tahkim iradesi, hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafların hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır.*” (Yargıtay 19.HD., E.2012/4065, K.2012/9080, T.29.05.2012 (Lexpera). Ancak Yargıtay’ın tahkim iradesine yaklaşımı, diğer tahkim dostu devlet mahkemelerine nazaran kimi zaman oldukça katıdır. Nitekim doktrinde DEMİRKOL, bir sözleşme olan tahkim anlaşmasında aranması gereken tahkim iradesinin de borçlar hukuku kuralları uyarınca araştırılması gerektiğini ve tahkim için esasında “*özel bir iradenin*” veya “*iradenin özel bir türünün*” aranmaması gerektiğini ifade ederek Türk hukukunda tahkim iradesinin adeta bir “mit” hâline geldiğini ifade etmektedir (bkz. Berk Demirkol, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, **Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1** (Editörler: Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş), İstanbul, 2020, s.298).

¹⁷⁶ Bkz. yukarıda “1) Tanıma ve Tenfiz Kavramları” başlığı altındaki açıklamalarımız.

¹⁷⁷ Zira tahkim anlaşması, yalnızca hakem heyetinin yetkisinin temelini oluşturmamakta, aynı zamanda bu yetkinin sınırını da teşkil etmektedir (bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.322; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.779; Meier, **BK IPRG**, s.993).

¹⁷⁸ Maxi Scherer, “Article V”, **New York Convention Article-by-Article Commentary**, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s. 291. Ayrıca bkz. Berk Demirkol, “Karşılaştırmalı Hukukta Hakem Kararlarının Tenfizinde Hukukî Dinlenilme Hakkı”, **Tahkimde Hukukî Dinlenilme Hakkı** (eds. Ziya Akıncı/Yasin Ekmen), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022, s.179 vd.

milletlerarası tahkimde gözetilmesi gereken en temel adalet ilkelerinden biri ortaya konulurken¹⁷⁹ bir yandan da tanıma tenfiz davalısının bu temel ilkeye uyulmadan yürütülmüş bir yargılama sonucunda verilen karara devlet yargısı yoluyla mahkeme kararı kudreti bahşedilmesine karşı koyabilmesine imkân tanınarak adil yargılanma hakkının bir unsuru olan savunma haklarına riayet edilmesini talep etme yönündeki menfaati korunmuştur.

Daha önce vurguladığımız üzere gerek Konvansiyon gerek MÖHUK sistematüğinde, tahkimin temelinde bir sözleşmesel ilişki olmasının da yansımalarının bulunduğu görölmektedir. Başka bir deyişle, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemelerde de tahkimin temelinde bulunan irade serbestisi tanınmakta ve tarafların kendi iradeleriyle şekillendirdiğı tahkim yargılamasının bu iradeye uygun bir şekilde yürütölmesi yönündeki haklı beklentileri korunmaktadır¹⁸⁰. Nitekim, tahkim yargılamasının veya hakem heyetinin oluşumunun tarafların anlaşmasına aykırılık teşkil etmesi bir tanıma tenfiz engeli olarak düzenlenmiş (New York Konvansiyonu md.V(1)(d); MÖHUK md.62(1)(f)) ve böylelikle tarafların, tahkim yargılamasının kendi temelinde yer alan taraf anlaşmasına ve dolayısıyla iradelerine uygun bir şekilde yürütölmesini sağlama yönündeki menfaatleri korunmuştur¹⁸¹.

Vurgulanmalıdır ki, genel olarak tanıma tenfiz engellerinin ne amacı ne de işlevi, bu engellerin konusunu oluşturan aykırılıkların giderilmesi veya düzeltilmesidir. Esasında, niteliğı gereğı tanıma tenfiz davasının tahkim yargılamasının tamamlanmasından sonraki bir aşamayı teşkil ettiğı göz önüne alındığında aksi mümkün de değildir. Bu engellerin temel işlevi, usölüne uygun bir şekilde yürütölmeyen bir tahkim yargılamasına ve/veya bu yargılama sırasında vuku bulan hak ihlallerine tenfiz talebinin ileri süröldüğü devlet mahkemelerince ve dolayısıyla bu hukuk sisteminde etki tanınmasını, başka bir deyişle meşrulaştırılarak perçinlenmesini engellemektir. Dolayısıyla, tahkim yargılaması sırasında gerçekleşen

¹⁷⁹ Nitekim ilgili hüküm doktrinde, milletlerarası tahkimin köşe taşı (*cornerstone*) olarak nitelendirilmektedir (bkz. Scherer, **Article V**, s.292). Ayrıca bkz. Xavier Boucobza/ Yves-Marie Serinet, “Les principes du procès équitable dans l’arbitrage international”, **Journal du Droit International**, C.2012, S.1, 2012, s.41.

¹⁸⁰ Borris/Hennecke, **Article V**, s.342.

¹⁸¹ Borris/Hennecke, **Article V**, s.342.

aykırılık veya ihlalin tanıma ve tenfiz davası sırasında düzeltilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Ancak diğer yandan da, tenfize direnme hakkının konusunu oluşturan bu aykırılıkların bir kez vuku bulması, bunların artık düzeltilemeyeceği, başka bir deyişle hakem kararının sıhhatinin hiçbir şekilde korunamayacağı anlamına da gelmemektedir. Bunun gerçekleştirilebileceği aşama tenfiz davası olmasa da pekâlâ bu aykırılık veya ihlaller bizzat vuku bulduğu tahkim yargılaması sırasında düzeltilebilecek veya giderilebilecektir. Ayrıca, tahkim yargılaması sona erdikten sonra tahkim yeri mahkemelerinde açılacak bir iptal davası ile bu kararın gerek o ülkede gerekse diğer ülkelerde icra edilebilirlik etkisinin, kural olarak, ortadan kaldırılması da mümkündür¹⁸². Dolayısıyla tenfiz davası ile tahkim yargılaması ve iptal davası arasında varlığı yadsınamaz bir ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkinin yol açtığı ve tezimizin temelinde yer alan problematik ise hemen aşağıda (II) *Tanım ve Tenfize Direnme Hakkının Sınırlandırılması İhtiyacı* başlığı altında ortaya konmuştur.

II) Tanım ve Tenfize Direnme Hakkının Sınırlandırılması İhtiyacı

Tahkimin avantajlarının temelinde bulunan irade serbestisi, ironik bir şekilde, tahkimden umulan menfaatlerin tam anlamıyla gerçekleşebilmesinin önündeki engellerin de temelinde bulunmaktadır¹⁸³. Bu bağlamda, sözleşmesel ilişkiye girdiği tarafla arasında henüz bir uyuşmazlık bulunmuyorken kendi iradesiyle bir tahkim anlaşması akdeden taraf, aleyhine başlatılan bir tahkim yargılamasında kendi menfaati uğruna tahkim sürecini geciktirmek ve hatta sürecin sıhhatine gölge düşürmek için çeşitli stratejik ve taktiksel adımlara başvurabilmektedir. Elbette ki, tahkim süreci

¹⁸² Hakem kararının iptal edilmiş olması New York Konvansiyonu md. V(1)(e) hükmü uyarınca ayrıca bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Buna karşın, iptal edilmiş bir hakem kararının başka bir devlette tanınması ve tenfizinin mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş, farklı devlet mahkemelerince değişken çözümler benimsenmiştir. Bu görüşlerin temelinde yer alan ayırım ise, kural olarak tahkim yeri mahkemelerince verilen iptal kararının etkisinin nereye kadar uzanacağıdır. Bu bağlamda klasik görüşe göre iptal kararı tahkim yeri devletinin sınırlarını aşan, başka bir deyişle hakem kararını hukuk aleminden kaldıran bir etkiyi haizken bu görüşe karşı çıkan bir diğer görüş, iptal kararının yalnızca verildiği devletin ülkesiyle sınırlı olduğunu ileri sürmektedir (bkz. Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.46). Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ziya Akıncı, “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi”, **İzmir Barosu Dergisi**, C.59, 1994, s.9 vd.; Kocasakal, **İptal**, s.139 vd.; Ekşi, **İptal Edilmiş**, s.76 vd.; Dönmez, **İptal Edilmiş Kararların Tenfizi**, s.147 vd.; Bayata Canyaş, **UNCITRAL**, s.71 vd. Ayrıca bkz. Gharavi, **Effectiveness**, s.77 vd.; Albert Jan Van den Berg, “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia”, **Journal of International Arbitration**, C.27, s.179 vd.

¹⁸³ Süheyla Balkar, “Tahkim Dili”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.20, S.239, 2022, s.4172.

sonrasında kararın tenfizi aşaması da, doktrinde gerilla taktikleri¹⁸⁴ olarak isimlendirilen bu faaliyetlerden âri değildir. Zira, hakem kararını gönüllü olarak icra etmeyen taraf bu kez de, kendisine hak olarak tanınmış savunmaları, bunların ardında yer alan menfaatlere aykırı bir şekilde adeta bir silah gibi kullanabilmekte ve bu şekilde süreci uzatabilmek için, deyim yerindeyse, elinden gelen her şeyi yapabilmektedir. Esasında kararı gönüllü olarak yerine getirmeyen tarafın, kararın zorla icrası için başlatılan süreçte de aynı tutumu göstermeye devam etmesi şaşırtılacak bir durum değildir. Zira tahkim davasının kaybedeninin elinde kalan tek imkân, kararın icrası aşamasında ileri sürebileceği tenfize itiraz etmesine elverişli tüm olanakları kullanmaktır.

Bu noktada incelemeye değer olan ise, taraflara âdil, hızlı ve etkin bir yargılama vaat eden milletlerarası ticari tahkimin bizzat kendi yapılanmasının, ilk bakışta bu tür davranışlara oldukça elverişli bir zemin oluşturuyor olmasıdır. Şöyle ki, tahkim anlaşmasının akdinden hakem kararının icrasına kadar tahkim süreci, birden fazla aşamayı ihtiva etmektedir. Her ne kadar tahkim yargılaması, iptal davası ve tenfiz davası olarak zikredebileceğimiz bu aşamaların işlevleri ve tâbi oldukları kurallar birbirinden farklı olsa da, aşağıda (A) *Sorunun Kaynağı: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Dayanağını Oluşturan Hukuka Aykırılıkların Tenfiz Öncesi Aşamalarda İleri Sürülebilirliği* başlığı altında inceleyeceğimiz üzere tarafların bu aşamalardaki itirazlarına konu edebilecekleri olgular, büyük ölçüde birbirleriyle ayniyet göstermektedir. Ayrıca bu itirazlar tahkim yargılaması sırasında ileri sürüldüğünde bunların konusunu oluşturan hukuka aykırılıklar belki de düzeltilebilecek ve dolayısıyla artık tenfize direnme hakkının konusunu oluşturamayacak veya iptal davası aşamasında ileri sürülmesi hâlinde kararın iptaline sebep olarak tanıma ve tenfiz davasının hiç açılmaması sonucunu doğurabilecektir. Ancak anılan bu hukuka aykırılıkların tahkim yargılaması veya iptal davası sırasında gündeme gelebilmesi, aşağıda (B) *İhtiyacın Sebebi: Tanıma ve Tenfize Direnen Tarafın İradesinin Rolü* başlığı kapsamında inceleyeceğimiz üzere kural olarak tahkim yargılamasının kaybedeni ve dolayısıyla tenfiz davasının davalısı olan tarafın bu tür itirazlara başvurma konusundaki tercihinine bağlıdır. Bu noktada akla şu soru gelmektedir:

¹⁸⁴ Doktrinde yeknesak bir tanıımı olmamakla birlikte, tarafların “âdil olmayan bir avantaj sağlamak üzere” tahkim sürecini bilinçli olarak sabote etmek şeklinde vuku bulan etik dışı davranışları gerilla taktikleri olarak isimlendirilmektedir (konuya ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Süheyla Balkar, **Milletlerarası Ticari Tahkim ve Etik**, Onikilevha Yayıncılık: İstanbul, 2022, s.51 vd.).

Tarafların tahkim yoluna başvurmakla elde etmeyi umduğu menfaatlerin gerçekleşip gerçekleşemeyeceği, taraflardan yalnızca birinin, ki genellikle tahkim yargılamasının kaybedeninin, iradesine mi bırakılmıştır? Başka bir deyişle, acaba tenfiz davalısının, tahkim yargılaması boyunca gerçekleşen aksaklıklara ilişkin itirazını adeta bir silah gibi tanıma tenfiz aşamasına kadar saklamasına ve böylelikle tüm tahkim yargılamasının, yapılan tüm masrafların, kaybedilen zamanın boşa çıkmasına yol açmasına müsaade edilmekte midir? Temel amacı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini kolaylaştırmak olan Konvansiyon, bu tür davranışlara karşı bir çözüm getirmekte midir? Yoksa Konvansiyon, tarafların tahkim sürecine ilişkin önceki aşamalardaki davranışlarına adeta bir sünger mi çekmektedir? Bu bağlamda, New York Konvansiyonu'nun ve bu Konvansiyon temel alınarak hazırlanan MÖHUK düzenlemelerinin anılan başlıkta ortaya konulacak sorun karşısındaki sessizliği ve bu sessizliğin nasıl yorumlanması gerektiği (C) *Tanımaya ve Tenfize İlişkin Düzenlemelerimizin Sessizliği: Bilinçli Susma?* başlığı altında ele alınacaktır.

A) Sorunun Kaynağı: Tanımaya ve Tenfize Direnme Hakkının Dayanağını Oluşturan Hukuka Aykırılıkların Tenfiz Öncesi Aşamalarda İleri Sürülebilirliği

Doğası gereği, lehine bir hakem kararı elde etmiş tarafın bu kararın tanınması ve tenfizini talep etme hakkı ile tahkim yargılamasının karşı tarafı olan tenfiz davalısının tenfize direnme hakkı karşılıklı bir çatışma içerisindedir¹⁸⁵. Zamansal olarak incelendiğinde, anılan bu iki hak arasında bir yandan sıkı bir bağlılık ilişkisi bulunurken diğer yandan da oldukça temel bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki, aleyhine hakem kararı tesis edilen tarafın tenfize direnme hakkından söz edilebilmesi, kendisine karşı devlet mahkemeleri huzurunda ileri sürülmüş bir tanıma tenfiz talebinin varlığına bağlıdır. Buna karşın, her ne kadar tanıma tenfiz davası ancak tahkim yargılaması sona erdikten ve hakem kararı ortaya çıktıktan sonra açılabilirse de, bu davanın açılmasıyla doğan tenfize direnme hakkının konusunu oluşturan aykırılık veya ihlallerin büyük çoğunluğunun ileri sürülebileceği ilk ve tek aşama tenfiz davası

¹⁸⁵ Kröll, *Präklusion*, s.431.

değildir. Tam aksine tenfiz davası, bu olguların ileri sürülebileceği en son aşamayı teşkil etmektedir.

Bunun nedeni, bir tanıma tenfiz davası açılmasıyla tenfize direnme hakkına dayanak teşkil eden, başka bir deyişle tenfize direnme hakkı şeklinde vücut bulan bu aykırılık veya ihlallerin, tahkim yargılaması sırasında bir itiraz veya olası bir iptal davası sırasında iptal sebebi olarak da ileri sürülebilecek olmasıdır. Hukukumuzda olduğu gibi karşılaştırmalı hukukta da özellikle Model Kanun’dan etkilenen devlet hukukları incelendiğinde, tenfize direnme hakkının konusunu oluşturan olguların büyük çoğunluğunun gerek tahkim yargılaması sırasında hakem heyeti veya devlet mahkemeleri önünde gerekse olası bir iptal davası sırasında ileri sürülebilecek itirazların da temelinde yer aldığı görülmektedir¹⁸⁶. Esasında, tenfize direnme hakkının temelinde bulunan olguların büyük çoğunluğunun¹⁸⁷ gerçekleştiği aşamanın bizzat tahkim yargılaması olduğu veya tahkim yargılaması sırasında çoktan mevcut bulunduğu dikkate alındığında tahkim yargılaması ile tenfiz davası arasındaki bu ilişki; Model Kanun’un¹⁸⁸ iptal davasına ilişkin düzenlemesinin hazırlanmasında

¹⁸⁶ Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.196; Kröll, **Arbitration in Germany**, s.459.

¹⁸⁷ Özellikle tenfiz hâkimince re’sen dikkate alınabilecek tenfiz engelleri olan kamu düzeni ve tahkime elverişlilik engelleri kural olarak bu değerlendirmemiz kapsamında kalmayacaktır. Zira, tenfiz hâkimince incelenen kamu düzeni engeli hakem kararının tenfiz devleti ülkesinde icrasının yaratacağı sonuçlarla ilgili olduğundan, kural olarak, henüz tahkim yargılaması aşamasında varlığını gösteremeyecektir. Tahkim yargılamasında görülen uyumsuzluğun konusundan kaynaklanabilecek kamu düzeni engelleri açısından ise, bunlar tahkim yargılaması sırasında da var olmakla birlikte, tenfiz aşamasında değerlendirme tamamen tenfiz devleti hukukuna göre gerçekleşeceğinden (bkz. Dirk Otto, “Präklusion und Verwirkung von Vollstreckungsversagungsgründen bei der Vollstreckung ausländischer Schiedsgerichtsentscheidungen”, **IPRax**, 2012, s.225; Dirk Otto/ Omaia Elwan, “Article V(2)”, **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, (eds. Herbert Kronke/Patricia Nacimient/Dirk Otto/Nicola Christine Port), Kluwer Law International, 2010, s.206; Borris/ Hennecke, **Article V**, s.369) çalışmamız kapsamında incelenen problematiğe, kural olarak, temas etmeyecektir. Benzer değerlendirme, tenfiz aşamasında tenfiz devleti hukukuna göre inceleneceğinden (bkz. Otto/Elwan, **Article V(2)**, s.349) tahkime elverişlilik açısından da geçerli olacaktır. Ayrıca, New York Konvansiyonu md.V(1)(e) bendinde ifadesini bulan hakem kararının bağlayıcı hale gelmemiş olması veya iptal edilmiş olması tenfiz engeli de doğası gereği ancak hakem kararının verilmesinden sonra gerçekleşebilecektir (Renato Nazzini, “Remedies at the seat and enforcement of international arbitral awards: res judicata, issue estoppel and abuse of process in English Law”, **Transnational Construction Arbitration** (ed. Renato Nazzini), New York: Informa Law, 2018, s.178). New York Konvansiyonu md.V(1)(c) bent hükmü kapsamında bir tenfiz engeli olan yetki aşımı açısından ise, ancak hakem heyetinin nihai kararını vermesiyle gerçekleşen veya ortaya çıkan yetki aşımı hâlleri söz konusu olduğunda da aynı değerlendirme geçerli olacaktır.

¹⁸⁸ Daha önce açıkladığımız üzere çalışmamızda tahkim yeri hukukunun düzenleme alanına giren meseleler açısından açıklamalarımızda temel olarak Model Kanun’a referans yapılacaktır (bkz. yukarıda s.16, dn.48). Ayrıca günümüzde birçok devlet hukukunda bir hakem kararının iptaline sebebiyet verebilecek sebeplerin büyük ölçüde birbirleriyle aynı olduğu ifade edilmektedir (bkz. Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.45, dn.27).

bizzat New York Konvansiyonu'nun temel alındığı¹⁸⁹ dikkate alındığında ise iptal sebepleri ile tenfiz engelleri arasındaki bu örtüşme şaşırtıcı da değildir.

Gerçekten de doğası gereği, tenfiz engellerinin büyük çoğunluğunun ortaya çıktığı aşama, bizzat tahkim yargılaması aşamasıdır. Şöyle ki, New York Konvansiyonu md.V(1)(b) ilâ md.V(1)(d) bent hükümleri ile MÖHUK md.62(1)(ç), (d), (f) ve (g) bent hükümlerinde ifadesini bulan tenfiz engellerinin temelinde bulunan olguların tamamı tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkmaktadır. Zira taraflardan birinin savunma hakkının ihlal edilmesi, hakem heyetinin yetki aşımında bulunması, taraflarca kararlaştırılan usûle uyulmaması veya hakem heyetinin tarafların anlaşmasına aykırı oluşumu olarak özetleyebileceğimiz bu tenfiz engellerinin temelinde bulunan olgulardan her biri, kural olarak, tahkim yargılaması sırasında veya başında varlığını göstermektedir. Bu yüzdendir ki bu olgular, tahkim yargılaması sırasında ileri sürülebilecek çeşitli itirazların da konusunu oluşturabilecektir. Örneğin, tanık listesinde sunduğu isimlerin bir kısmının hakem heyetince dinlenmemesi nedeniyle iddialarını savunmasına tam olarak imkân tanınmamış olduğunu düşünen taraf, hakem heyetinin bu kararına itiraz edebilecek ve niçin bu durumun savunma haklarının ihlali anlamına gelebileceğini gerekçelendirerek hakem heyetini geri kalan tanıklarını da dinlemeye ikna edebilecektir. Benzer şekilde hakem heyetinin, tahkim anlaşması ile kendisine verilen yetkinin kapsamı dışına çıkması hâlinde ilgili taraf bu hususa itiraz edebilecektir. Keza, hakem heyetince takip edilen yargılama usûlünün tarafların anlaşmasına aykırı olduğunu düşünen taraf hakemlerin ilgili işlemine karşı koyabilecektir¹⁹⁰. Aynı şekilde, hakem heyetinin tarafların anlaşmasına uygun şekilde

¹⁸⁹ Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.1006; Liebscher, **Remarks**, s.8; Kröll, **Arbitration in Germany**, s.446. Öyle ki Model Kanun'un iptal sebeplerine ilişkin düzenlemesi ile birebir örtüşen tanıma tenfiz engellerine ilişkin hükmü doktrinde New York Konvansiyonu'nun "karbon kopyası" olarak nitelendirilmektedir (bkz. Van den Berg, **Uniformity**, s.43). Nitekim bu düzenleme biçimi bilinçli bir tercihin sonucudur (bkz. Ataman Fıganmeşe, **Mükerrer**, s.52).

¹⁹⁰ Zira Model Kanun md.19(1) hükmü uyarınca taraflar tahkim yargılamasının usûlünü serbestçe kararlaştırılabilecek olup hakemler, yalnızca tarafların bir anlaşması bulunmaması hâlinde (tamamen veya ilgili konuya ilişkin) usûlü kendileri belirleyebileceklerdir (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.564; Peter Binder, **International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions**, Kluwer Law International, 2019, s.564). Anılan hüküm, UNCITRAL Sekreteryasınca "Tahkim Usûlünün Magna Carta'sı" (*Magna Carta of Arbitral Procedure*) olarak nitelendirilmiştir (bkz. UNCITRAL Secreteriat, **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law On International Commercial Arbitration**, A/CN.91264, 25 Mart 1985, s.44 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/244/18/PDF/V8524418.pdf?OpenElement>>).

oluşmadığı kanısında olan taraf, Model Kanun md.12(2)'ye göre ilgili hakem veya hakemlerin reddini talep edebilecektir¹⁹¹.

Tenfiz engellerinden biri açısından ise durum biraz daha farklıdır. Şöyle ki, New York Konvansiyonu md.V(1)(a) ve MÖHUK md.62(1)(a) ve (e) bent hükümlerinde ifadesini bulan, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmaması olgusu, kural olarak henüz tahkim yargılaması başlamadan önce dahi varlığını göstermektedir. Zira taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunmaması veya bu anlaşmanın şu veya bu sebeple geçerli bir şekilde kurulmaması olgusu, tahkim yargılamasının başlangıcı bir yana, bu anlaşmanın sözde akdedildiği andan itibaren mevcut bulunmaktadır. Bu bağlamda bu olguyu konu edinen bir itiraz, tahkim yargılamasından daha da önce, varlığı iddia edilen bir tahkim anlaşmasına rağmen devlet mahkemelerinde açılmış bir davada ileri sürülen tahkim itirazına karşı bir savunma olarak gündeme gelebilecektir¹⁹². Böyle bir senaryoda kabul edilen tahkim ilk itirazı sonrasında veya doğrudan tahkim yoluna başvurulmuş olması hâlinde, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmaması olgusu bu kez de hakem heyeti önünde bir itiraza konu edilebilecektir. Esasında, bu itirazın ileri sürülebileceği en kritik aşama da tahkim yargılaması aşamasıdır. Zira tahkim anlaşması, hakem heyetinin yetkisinin temelini oluşturduğu gibi günümüzde gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse

¹⁹¹ Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.388; Binder, **Model Law**, s.216.

¹⁹² Nomer, **Devletler Hususî**, s.590; Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.102 vd.; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.272 vd.; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2665; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.834 vd. Hukukumuzda, tahkim ilk itirazı üzerine mahkemece yapılması gereken incelemenin bir ilk görünüş incelemesiyle mi sınırlı olması gerektiği yoksa detaylı bir incelemenin mi gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgehan Yeşilova, “Tahkim İlk İtirazı Üzerine Hakemlerin Yargı Yetkisi ile İlgili Olarak Mahkemelerin Yapacakları Denetim ve Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, Özel Sayı, 2009, s.742; Balkar, **Ödeme Güçlüğü**, s.154 vd.; Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan Özel Sayı, 2011, s.355-380; İpek Sarıöz Büyükalp, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S.123, 2014, s. 195-224; Mustafa Serdar Özbek, “Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi”, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, 2019, s.179-253; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.224 vd., Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2665 vd.). Konuya ilişkin yargı kararları incelendiğinde, Türk mahkemelerinin daha ziyade ikinci görüş yönünde kararlar verdikleri görülmektedir (örneğin bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2016/3383, K. 2017/5688, T. 24.10.2017 (Lexpera); Yargıtay 15. HD., E. 2017/776, K. 2017/2981, T. 14.9.2017 (Lexpera); İstanbul BAM, 14. HD., E. 2018/636, K. 2018/1434, T. 29.11.2018 (Lexpera); İstanbul BAM, 14. HD., E. 2020/1399, K. 2020/1308, T. 26.11.2020 (Lexpera)). Buna karşın, ilk görüşe ilişkin münferiden de olsa kararlar bulunmaktadır (örneğin bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2014/3330 K. 2014/4607 T. 1.7.2014 (Lexpera)).

hukukumuzda neredeyse tartışmasız kabul edilen *kompetenz-kompetenz* prensibi gereği böyle bir iddiayı değerlendirecek esas merci de hakemlerdir¹⁹³.

Benzer şekilde, Model Kanun'da ifadesini bulan sınırlı sayıdaki iptal sebepleri de, gerek New York Konvansiyonu gerekse MÖHUK md.62 hükmünde ifadesini bulan tenfiz engelleri ile, neredeyse birebir¹⁹⁴, aynıdır. Gerçekten de, hemen yukarıda andığımız örnekler sırasıyla incelendiğinde görülmektedir ki; Model Kanun md.34(2)(a)(ii) hükmü uyarınca tarafların savunma haklarının ihlali, Model Kanun md. 34(2)(a)(iii)'ye göre uyarınca hakem heyetinin yetki aşımı, Model Kanun md. 34(2)(a)(iv) hükmü uyarınca tahkim yargılamasının veya hakem heyetinin oluşumunun tarafların anlaşmasına aykırı olması ve nihayet, md. 34(2)(a)(i)'ye göre taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmaması birer iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla anılan iptal sebeplerinden birinin vuku bulduğunu düşünen taraf, ilgili hakem kararına karşı iptal davası yoluna başvurarak kararın iptalini talep ederek hukuk aleminden kaldırılmasını sağlayabilecektir.

Fark edileceği üzere tenfiz davası, tenfiz engellerinin büyük çoğunluğunun ileri sürülebileceği en son aşama olup tenfiz engellerinin temelinde bulunan olgulara dayanan iddialar, tahkim sürecinin önceki aşamalarında da gündeme gelebilecektir. Üstelik tahkim yargılaması, iptal davası ve tenfiz davası aşaması olarak üçe ayırabileceğimiz bir tahkim sürecinin aşamaları farklı yargı mercileri önünde ve kural olarak farklı düzenlemelere tâbi şekilde gerçekleşmektedir. Nitekim tam da bu sebeple milletlerarası ticari tahkimin kendi yapılanmasının yarattığı bu zemin, hemen bir

¹⁹³ Hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi anlamına gelen ve milletlerarası tahkim hukukun en önemli kazanımlardan biri olan bu temel prensip hakkında detaylı bilgi için bkz. Âlim Taşkın, "Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.2, Prof Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, 1999, s. 169-183; Gaillard/Savage, **Fouchard Gaillard Goldman**, s.395 vd; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2699 vd.; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.272 vd.; Born, **International Commercial Arbitration**, N. 26.[03].[B] vd.; Işıl Egemen Demir, "Kompetenz-Kompetenz İlkesi ve Olumsuz Etkisi", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S.1, 2021, s.255-288.

¹⁹⁴ Nazzini, **Remedies**, s.178; Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.52. Ancak, her ne kadar New York Konvansiyonu md.V(2) ve MÖHUK md.62(1)(b) ve (c) hükümlerinde ifadesini bulan kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik tenfiz engelleri ile Model Kanun md.34(2)(b) hükmünde ifadesini bulan iptal sebepleri arasında kavramsal olarak bir örtüşme olsa da, her iki sebep de hakem kararı iptal veya tenfiz davası yoluyla önüne gelen mahkemece kural olarak kendi milli hukukuna göre inceleneceğinden, bu sebepler açısından mutlak bir örtüşmeden söz edilemeyecektir (bkz. Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.54 vd). Kanaatimizce, her iki kavramın da milli mahkemelerce milletlerarası standartlar çerçevesinde yorumlanması gerektiği anlayışı (bkz. Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.56) dâhi bu sonucu değiştirmemektedir.

sonraki başlıkta açıklanan nedenlerle çalışmamızın temelinde incelenen problematiklerin doğmasına oldukça elverişli hâle gelmektedir.

B) İhtiyacın Sebebi: Tanıma ve Tenfize Direnen Tarafın İradesinin Rolü

Bir önceki başlıkta açıklandığı üzere, temellerinde bulunan olgu örtüşmekle birlikte aynı iddia hakem heyeti önünde bir itiraz, iptal talebini inceleyen mahkeme huzurunda bir iptal sebebi ve en nihayetinde tenfiz devleti mahkemeleri önünde bir tenfiz engeli olarak vücut bulabilecektir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken ve konuya ilişkin tezimiz kapsamında yapılan değerlendirmelerin temelinde bulunan husus ise farklı aşamalarda farklı isimlerle gündeme gelen bu itirazların; aynı zamanda kaynağını farklı devlet hukuklarından alan, farklı amaçları olan ve birbirinden farklı sonuçlar doğuran farklı haklara konu olmasıdır. Örneğin, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmaması olgusu, tahkim yargılaması sırasında taraflara kural olarak tahkim yeri hukuku tarafından tanınan, hakem heyetinin yetkisine itiraz etme hakkının konusunu oluştururken; tahkim yeri mahkemeleri önünde ilgili hakem kararının hukuk aleminden kaldırılması için açılacak olan iptal davasında, kararın iptalini talep etme hakkının konusunu oluşturmaktadır. Tahkim yargılaması aşaması ile iptal davası aşaması kural olarak aynı hukukun patronajı altında yürütüldüğünden, bu iki hak arasındaki ilişkinin düzenlenmesi açısından herhangi bir problematik doğmayacaktır. Zira bu ilişkiyi düzenleyecek hukuk, elbette ki bu hakları taraflara tanıyan hukuk olan tahkim yeri hukukudur¹⁹⁵. Ancak bu aşamalarla, hakem kararı aleyhine tesis edilen tarafa karşı tahkim yerinden farklı bir devlette ileri sürülmüş tenfiz talebine karşı koyma, başka bir ifadeyle tenfize direnme hakkını tanıyan hukuk

¹⁹⁵ Örneğin Model Kanun md.16(2) hükmü uyarınca hakem heyetinin yetkisine itiraz etmek isteyen taraf, en geç esasa ilişkin müdafaasında bu itirazını ileri sürmelidir. Hükmün karşıt anlamından çıkan sonuç ise, bu zamana kadar ileri sürülmeyen yetki itirazının daha sonra ileri sürülemeyecek olmasıdır. Esasında hüküm, tahkim yargılaması aşamasını düzenlemekle birlikte doktrinde hükmün etkisinin iptal davası açısından da geçerli olduğu ifade edilmektedir (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.481; Binder, **Model Law**, s.256). MTK md.7/H/2 hükmünde yer alan aynı yöndeki düzenlemenin iptal davasında da etki doğuracağı yönünde bkz. Ekşi, **Değerlendirme**, s.338. Tahkim yeri hukukunun bu ve bunun benzeri düzenlemelerin aynı hukuka tâbi olan iptal davasında da etkili olacağına ilişkin bir şüphe bulunmasa da, ilgili hükümlerin başka bir devlet hukukuna göre yürütülen tenfiz davasında etkili olup olamayacağı meselesi ise cevap aranması gereken bir soru olup bu konu aşağıda “B) Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkını Sınırlandırma İddiasında Olan Düzenlemeler” başlığı altında detaylıca ele alınmıştır.

farklı bir hukuk sistemidir. Hâl böyle olunca, tahkim yargılaması ve iptal davası sırasında ilgili tarafın sahip olduğu haklar ile tenfiz aşamasında farklı bir devlet hukukuna göre sahip olduğu tenfize direnme hakkı arasındaki ilişkiyi düzenlemesi beklenebilecek olan hukuk, elbette ki tahkim yeri hukuku değil bizzat tenfiz devleti hukuku olacaktır. Zira, tenfize direnme hakkının sonuçlarını usûl hukukunda doğuran bir usûlî hak olduğu dikkate alındığında, usûl hukukunda geçerli olan *lex fori* prensibi¹⁹⁶ uyarınca bu hakkın tâbi olduğu sınırlar tenfiz devleti hukukuna göre belirlenecektir. Dolayısıyla, tenfiz devleti hukukunda tenfize direnme hakkının, davalının tahkim sürecinin önceki aşamalarındaki davranışları veya o aşamalarda sahip olduğu haklarla bağlantısını kuran bir düzenleme veya bu bağlantının kurulması sonucunu doğuran bir temel ilke olmadıkça bu iki hak grubunun birbirlerinden kural olarak bağımsız oldukları sonucuna varılabilecektir.

Kaynakları itibariyle birbirinden bağımsız olmakla birlikte, farklı aşamalarda farklı haklar şeklinde vücut bulan bu olguların tenfiz davası öncesinde tahkim yargılaması veya olası bir iptal davası sırasında ileri sürülmesinin dolaylı olarak da olsa tanıma tenfiz davası üzerinde önemli etkileri bulunabilecektir. Şöyle ki, tenfize direnme hakkının temelini oluşturan bazı aykırılık veya ihlaller, tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmesi hâlinde giderilebilecek veya düzeltilebilecek ve böylelikle hakem kararının sıhhati muhafaza edilebilecektir. Bazı hâllerde ise bir tanıma tenfiz engelinin temelinde bulunan olgular, tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmesi hâlinde yargılamanın, hakem heyetince uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar verilmeksizin sonlandırılmasına sebebiyet verebileceğinden, anılan yargılamanın sonrasında açılacak bir tenfiz davasından da bahsedilemeyecektir. Görüldüğü üzere ilk hâlde tenfize direnme hakkının kapsamı daralırken ikinci hâlde ise o hakem kararına ilişkin ileri sürülebilecek bir tanıma tenfiz talebinden ve dolayısıyla tenfize direnme hakkından dâhi söz edilemeyecektir.

¹⁹⁶ Prensibe ilişkin detaylı bilgi için bkz. Nomer, **Devletler Hususî**, s.396 vd.; Nomer, **Usul Hukuku**, s.17 vd.; Çelikel/Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.503 vd.; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.420; Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.12; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.548; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.25 vd.

İlk durumu açıklamak üzere verilebilecek en iyi örnek, tahkim yargılamasının tarafların anlaşmasına aykırı bir şekilde yürütülmesi hâlidir. Bir önceki başlıkta da belirttiğimiz üzere, yargılamanın taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı yürütüldüğü kanısında olan taraf bu olguyu tahkim yargılaması sırasında bir itiraz olarak ileri sürebilecek ve bu itirazın haklı görülmesi hâlinde ilgili usûle aykırılık hakem heyetince düzeltilebilecektir¹⁹⁷. Örneğin hakem heyetinin, tarafların yargılama öncesinde belirlediği tahkim dili¹⁹⁸ haricindeki belgelerin tahkim diline çevrilmeden dosyaya sunulmasını kabul etmesi kural olarak tarafların anlaşmasına aykırı bir durumdur. Ancak yargılama sırasında ilgili tarafın bu duruma itiraz etmesi hâlinde ilgili belgenin tahkim diline çevirisinin de dosyaya sunulması sağlanabilecek ve böylelikle anılan usûle aykırılık giderilmiş olacaktır. Böylelikle, ileride olası bir tenfiz davası sırasında bu olgu, itirazda bulunan tarafça tenfize direnme hakkına konu edilemeyecektir. Oysaki, böyle bir itirazda bulunulmadığında anılan usûle aykırılık varlığını kural olarak koruyacak¹⁹⁹, tenfiz mahkemesi hâkimince kabul edilsin veya edilmesin, tenfize direnme hakkına konu edilebilecektir. Ayrıca, böyle bir itirazın ileri sürülmemiş olması, uyuşmazlığın karşı tarafını da, hakem heyetini bu konuda uyararak yargılamanın usûle uygun şekilde yürütmesini sağlama imkânından yoksun bırakacaktır²⁰⁰.

Benzer bir durum, tenfiz mahkemesince re'sen dikkate alınamayan ve New York Konvansiyonu md.V(1) fıkra hükmünde ifadesini bulan diğer tenfiz engelleri açısından da kural olarak geçerli olacaktır. Bu bağlamda md.V(1)(b) hükmünde

¹⁹⁷ Nitekim doktrinde, tahkim yargılaması sırasındaki hataların öncelikle hakemlerce ve eğer bu mümkün olmazsa mahkemece düzeltilmesini talep etmenin, tahkim sözleşmesinin bir gereği olduğu ifade edilmektedir (bkz. Hakan Pekcanitez, "Tahkim Usulü ile İlgili İptal Sebepleri", **XII. Milletlerarası Tahkim Semineri (27 Aralık 2014)**, ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, s.96).

¹⁹⁸ Tahkimin temelinde yer alan irade serbestisinin bir gereği olarak Model Kanun md.22(1) hükmü (MTK md.10/C) uyarınca taraflar, yargılamanın yürütüleceği ve kural olarak yargılama sırasında sözlü veya yazılı olarak kurulacak tüm iletişimde kullanılacak dili, yani tahkim dilini serbestçe kararlaştırabilecektir. Tahkim diline ilişkin detaylı bir çalışma için bkz. Balkar, **Tahkim Dili**, s.4123-4177. Ayrıca bkz. Paolo Michele Patocchi/Pierre Tercier/Jean-François Tossens, "L'usage des langues dans l'arbitrage", **Revue de l'Arbitrage**, C.2016, S.3, 2016, s.749-790.

¹⁹⁹ Böyle bir usûle aykırılık gerçekleştikten sonra ilgili tarafça itiraz edilmemesinin taraflar arasındaki tahkim diline ilişkin anlaşmanın adeta zımnen değiştirilmesi olarak yorumlanması hâlinde de, bir tenfiz engelinin varlığından söz edilemeyecektir. Konuya ilişkin ilkesel açıklamalarımız için bkz. aşağıda "*II) Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Sınırlandırılması İhtiyacının Doğmaması: İleri Sürülebilecek Bir Tanıma Tenfiz Engelinin Bulunmaması*" başlığı altındaki açıklamalarımız.

²⁰⁰ Stefan Kröll, "Treu und Glauben bei der Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche", **IPRax**, 2009, s.148.

ifadesini bulan savunma haklarına aykırılık²⁰¹, md.V(1)(c) hükmünde ifadesini bulan yetki aşımı²⁰² ve nihayet md.V(1)(d) bendinde düzenlenen hakem heyetinin oluşumunda usûle aykırılık açısından da benzer bir değerlendirme yapılabilecektir.

New York Konvansiyonu md.V(1)(a) bendinde ifadesini bulan tenfiz engelinin ise yine ayrıca değerlendirilmesi uygun olacaktır. Zira tahkim anlaşmasının geçersizliği yukarıda andığımız ikinci ihtimali ortaya çıkaracak, kural olarak, yegâne örnek olacaktır. Şöyle ki, tahkim yargılaması sırasında tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu düşünen taraf hakem heyetinin yetkisine itiraz ettiğinde hakem heyetinin bu itirazı kabul etmesi hâlinde tahkim yargılaması uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar verilmeden sona erecektir. Tahkim yargılamasına bu şekilde son veren hakem kararının bir tanıma tenfiz davasına konu edilmesi ise kural olarak söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde açılacak bir tanıma tenfiz davasından da söz edilemeyeceğinden tenfize direnme hakkının doğmasından da bahsedilemeyecektir.

Görüldüğü üzere, anılan her iki ihtimalde de tarafların tahkim yargılaması sırasında sahip oldukları haklarını kullanıp kullanmama şeklinde tezahür eden davranış ya da hareketsizliklerinin tenfiz davası ve tenfize direnme hakkı üzerinde dolaylı bir etkisi bulunmaktadır. Nitekim benzer bir ilişki, hakem kararına karşı kural olarak tahkim yeri mahkemeleri nezdinde açılacak iptal davası açısından da söz konusudur. Yukarıda belirttiğimiz üzere, birçok modern tahkim mevzuatında düzenlenen iptal sebepleri büyük ölçüde tanıma tenfiz engelleri ile ayniyet göstermektedir²⁰³. Üstelik, bir hakem kararının iptal edilmiş olması gerek New York Konvansiyonu'nda gerekse MÖHUK'ta ayrı bir tanıma tenfiz engeli olarak ifadesini bulmuştur. Bu bağlamda, tenfize direnme hakkının konusunu oluşturan aykırılık veya

²⁰¹ Nitekim doktrinde, tahkim yargılaması sırasında savunma hakkının ihlal edildiğini düşünen tarafın bunu yargılama sırasında dile getirmesi ve hakemlerden bu durumun düzeltilmesini istemesi gerektiği vurgulanmaktadır (bkz. Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.778). Benzer yönde bkz. Pekcanitez, **Usuli İptal Sebepleri**, s.106.

²⁰² Önemli vurgulanmalıdır ki, yetki aşımının ancak hakem kararının verilmesiyle ortaya çıkabileceği hâller açısından bu ifademiz geçerli olmayacaktır. Bu duruma örnek olarak hakem heyetinin *ultra petita* karar vermesi gösterilebilecektir. New York Konvansiyonu md.V(1)(c)'nin kapsamına giren bu durum (bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.337), niteliği gereği ancak hakem kararının verilmesinden sonra anlaşılabilecektir.

²⁰³ Bkz. yukarıda “A) Sorunun Kaynağı: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Dayanağını Oluşturan Hukuka Aykırılıkların Tenfiz Öncesi Aşamalarda İleri Sürülebilirliği” başlığı altındaki açıklamalarımız.

ihlallerin olası bir iptal davası sırasında iptal sebebi olarak ileri sürülmesi hakem kararının iptaline sebebiyet verebilecek ve lehine hakem kararı elde etmiş olan taraf muhtemelen kendisine yabancı bir ülkede ayrıca bir tanıma ve tenfiz davası açmak yerine alternatif yollara başvurabilecektir²⁰⁴. Her ne kadar iptal davası aşamasında, tanıma tenfiz davasına benzer şekilde, tahkim yargılaması sırasında gerçekleşen aykırılık veya ihlallerin düzeltilmesi veya giderilmesi söz konusu olamayacaksa da, bu aşamanın da tanıma tenfiz davası üzerinde dolaylı da olsa önemli bir etkisi bulunmaktadır²⁰⁵. Başka bir deyişle bu aykırılık veya ihlallerin tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmesinin giderici veya düzeltici bir işlevi söz konusuyken, aynı iddiaların iptal davası veya tenfiz davası sırasında ileri sürülmesinin daha ziyade bu yanlışlıkları içeren tahkim süreci sonunda ortaya çıkan hakem kararının etkisini önleyici bir işlevi söz konusudur.

İlk bakışta, anılan tüm bu aşamaların farklı yargı mercileri önünde, farklı amaçlara yönelen farklı kurallar bütününe göre gerçekleştiği dikkate alındığında, ortaya çıkan bu örtüşmenin kayda değer bir soruna gebe ol(a)mayacağı düşünülebilecektir. Ancak bu aykırılıkların tahkim yargılaması sırasında hakem heyetince değerlendirilerek buna ilişkin adım atılması veya olası bir iptal davası sırasında davayı gören mahkemece bir iptal sebebi olarak değerlendirilebilmesi için taraflardan birince ileri sürülmesi gerekmektedir. Gerçekten de, örneğin tahkim yargılaması sırasında tahkim anlaşmasının geçersizliği nedeniyle hakem heyetinin yetkisine itiraz edilmedikçe hakem heyeti, tahkim anlaşmasının geçersizliği olgusunu

²⁰⁴ Hakem kararının iptal edilmiş olmasının New York Konvansiyonu md. V(1)(e) hükmü uyarınca ayrıca bir tenfiz engeli olarak düzenlendiği, ancak devlet mahkemelerinin konuya ilişkin farklı çözümler benimsediği (bkz. yukarıda s.47, dn.182) göz önüne alındığında, iptal edilmiş bir hakem kararının farklı bir devlette tanınması ve tenfizini talep edip etmemek, hakem kararı lehine olan tarafın birçok faktörü göz önüne alarak değerlendirmesi gereken bir risktir.

²⁰⁵ Belirtilmelidir ki, hakem kararlarına ilişkin devlet mahkemelerinin iki denetim imkânından biri olan (Fouchard, **La Portée**, s.329) iptal davası ile tanıma ve tenfiz davası arasındaki ilişkinin Konvansiyon'da net bir şekilde düzenlenmemiş olması doktrinde Konvansiyon'a yöneltilen temel eleştirilerden biri olup (Gharavi, **Effectiveness**, s.3) iptal davasının tamamen kaldırılması da dahil olmak üzere doktrinde, bu durumun yarattığı mükerrer kontrol sorununa ilişkin farklı çözüm önerileri ileri sürülmüştür. Konuya ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Ataman Fıganmeşe, **Mükerrer**, s.64 vd.; Dönmez, **İptal Edilmiş Kararların Tenfizi**, s.303 vd. Ayrıca bkz. Fouchard, **La Portée**, s.350 vd.; Van den Berg, **Setting Aside**, s.272 vd.

kendiliğinden dikkate alarak re'sen yetkisizlik kararı veremeyecektir²⁰⁶. Veyahut da hakem heyetinin örneğin bir ara kararıyla yetki aşımında bulunulduğunun anlaşılması veya iddia edilmesi hâlinde ilgili taraf buna itiraz etmedikçe hakem heyetinin kendiliğinden bu yetki aşımını düzeltmesi kural olarak söz konusu olmayabilecektir. Keza benzer şekilde, bir usûle aykırılığı bizzat gerçekleştiren veya diğer tarafça gerçekleştirilmesine müdahale etmeyen hakem heyetinin, ilgili tarafın bir itirazı olmadıkça bu hususu dikkate alarak usûle aykırılığı gidermesi de kural olarak beklenemeyecektir. Yine hakem heyetinin usûlüne uygun bir şekilde oluşmadığı iddiasında olan taraf, ilgili hakem veya hakemlerin reddini talep etmedikçe ve hakemin kendiliğinden çekilmesini gerektiren bir ret sebebi söz konusu olmadıkça hakem heyeti, başlangıçta gerçekten usûlüne aykırı kurulmuş olsa bile kural olarak yargılamaya devam edecektir. Yine, New York Konvansiyonu md.V(1)(a) ilâ md.V(1)(d) hükümlerinin birebir yansıması niteliğinde olan Model Kanun md.34(2)(a) hükümlerinde birer iptal sebebi olarak ifadesini bulan bu hâllerin iptal davasını gören mahkemece dikkate alınabilmesi ve kararın iptal edilebilmesi için ilgili tarafça ileri sürülmesi ve ispat edilmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, anılan sonuçların gerçekleşmesinde tarafların, esasında taraflardan birinin, iradesi temel bir rol oynamaktadır. Farklı aşamalarda farklı haklar olarak vücut bulacak olsa da konuları itibariyle ayniyet gösteren bu itirazları ileri sürmesi beklenecek taraf, bu aykırılıklardan olumsuz yönde etkilenen ve dolayısıyla olası bir tenfiz davasının davalısı hâline gelecek taraftır. Bu örtüşme ise kabul edilmesi güç bir çelişkiye yol açmaktadır. Bu çelişki ise, tahkim yargılamasının taraflarından

²⁰⁶ Kuru, **HUMK**, s.5962; Ziya Akıncı, “Tahkimde Yetki İtirazı”, **XII. Milletlerarası Tahkim Semineri (27 Aralık 2014)**, ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, s.51; Hatice Özdemir Kocasakal, “Tahkim Anlaşması ile İlgili İptal Sebepleri”, **XI. Milletlerarası Tahkim Semineri (14 Nisan 2014)**, ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, s.79; Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, **Arbitrage International, Droit et Pratique à la Lumière de la LDIP**, Berne, 2006, s.154; Hüseyin Afşın İlhan, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s.106. Buna karşın doktrinde bir görüş, tahkim anlaşmasının geçersizliği aynı zamanda bir iptal sebebi olduğundan hakem heyetinin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını kendiliğinden incelemesi gerektiğini ifade etmektedir (bkz. Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2650; yazılı bir tahkim anlaşmasının mevcut olup olmadığının hakem heyetince re'sen dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s.1040). Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir, zira geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmaması iptal sebebi de ancak ilgili tarafça ileri sürülmesi hâlinde dikkate alınabilecek bir iptal sebebidir. Kaldı ki, tahkim yargılaması sırasında hakem heyetinin yetkisine hiç itiraz edilmemesi, belirli hâllerde, taraflar arasında yeni bir tahkim anlaşmasının akdedilmesi sonucunu dahi doğurabilecektir. Bu hususa ilişkin detaylı bilgi için aşağıda bkz. “*II) Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Sınırlandırılması İhtiyacının Doğmaması: İleri Sürülebilecek Bir Tanıma Tenfiz Engelinin Bulunmaması*” başlığı altındaki açıklamalarımız.

birinin, iki taraflı bir hukuki ilişki olan tahkim anlaşmasına dayanılarak gerçekleştirilen yargılamanın ve bu yargılama sonucunda verilen hakem kararının sıhhati üzerinde tek taraflı şekilde sahip olduğu kontrol imkânıdır. Zira, bu aşamaların birbirinden tamamen bağımsız olduğu ve bu bağlamda tarafların tanıma tenfiz davası öncesindeki aşamalar sırasındaki davranışlarının tenfize direnme hakkı üzerinde herhangi bir etkisinin bulunmadığı kabul edildiğinde, olası tenfiz davalısı, tenfize direnme hakkına konu olabilecek bir aykırılık veya ihlalin tahkim yargılaması sırasında giderilmesine imkân tanıyabileceği gibi bu hususta sessiz kalarak, sırf aleyhine verilebilecek bir karara karşı kullanmak üzere cephanesinde saklamayı tercih edebilecektir²⁰⁷. Böyle bir durum ise tüm tahkim yargılamasının ve yapılan masrafların tek bir tarafın iradesiyle adeta boşa çıkmasına sebebiyet vereceğinden ne tahkimin kendisinden umulan menfaatlerin gerçekleşmesini sağlayabilecek etkin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan ne de etkin bir tanıma tenfiz sisteminden söz edilebilecektir.

İşte tam da bu nedenle, tarafların tanıma tenfiz davasından önceki aşamalardaki davranışları ile tenfiz davası arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, tenfize direnme hakkının tenfiz davalısının önceki aşamalardaki hareketsizliği veya davranışları bağlamında bir sınırının bulunup bulunmadığı meselesi yanıt aranması gereken kritik bir sorudur. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, usûl hukukuna hâkim olan *lex fori* prensibi gereği bu sorunun cevabının aranması gereken yer tenfiz devleti hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için benimsenmiş düzenlemelerdir. Bu nedenle, hukukumuzun da bir parçası olan New York Konvansiyonu ve MÖHUK'un yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlerinin bu konudaki tutumunun ve bu tutumun nasıl yorumlanması gerektiğinin ortaya konulması gerekir. Nitekim bu mesele, bir sonraki başlığımızın temel konusunu teşkil etmektedir.

²⁰⁷ Bu çelişki, Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin bir kararında son derece veciz bir şekilde ortaya konmuştur. Tahkim yargılaması boyunca ileri sürmediği bir aykırılığa ilk kez tenfiz davası aşamasında bir tenfiz engeli olarak dayanmak isteyen tarafın yarattığı durum Mahkeme'ce "yazı gelirse ben kazanırım, tura gelirse sen kaybedersin" ("*Heads I win, tails you lose.*") şeklinde ifade edilmiştir (bkz. United States Court of Appeals, Second Circuit, AAOT Foreign Economic Ass'n (VO) Technostroyexport v. International Development& Trade Services, Inc., 23.04.2009, N.2 < https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/9/1965_us-274.pdf>).

C) Tanıma ve Tenfize İlişkin Düzenlemelerimizin Sessizliği: Bilinçli Susma?

Bir önceki başlıkta ortaya konulduğu üzere, tahkim yargılaması aleyhine sonuçlanan tarafın, tahkim yargılaması sırasında hiç sorun etmediği ve bu nedenle gerek yargılama sırasında gerekse açılan iptal davasında ileri sürmediği veya sorun etmekle birlikte, sırf aleyhine verilebilecek bir karara karşı kullanmak üzere cephanesinde saklamayı tercih ettiği aykırılık veya ihlalleri ilk kez tenfiz davasında bir tenfiz engeli olarak ileri sürmesine müsaade edilmesi hâlinde bu taraf, tahkim yargılamasının karşı tarafına nazaran çok daha avantajlı bir konuma sahip olacaktır. Hâl böyle olmakla birlikte, New York Konvansiyonu'nda daha önceki aşamalarda da ileri sürülebilecek aykırılıkların ilk kez tenfiz davasında ileri sürülmesini engelleyen ve böylelikle tenfize direnme hakkını sınırlandıran açık bir düzenleme yer almamaktadır²⁰⁸. Benzer şekilde, Konvansiyon'un uygulama alanı bulmadığı hâllerde devreye girecek MÖHUK hükümleri de bu konuda, kural olarak, herhangi bir düzenleme ihtiva etmemektedir²⁰⁹. Peki, Konvansiyon'un ve MÖHUK'un bu konudaki sessizliğinin nasıl yorumlanması gerekir? Acaba Konvansiyon ve Konvansiyon temel alınarak hazırlanan MÖHUK düzenlemeleri, tenfiz davalısının tahkim yargılaması ve iptal davası sırasındaki davranışlarına adeta bir sünger çekerek, zaten sınırlı sayıda olan tenfiz engellerine dayanmasına herhangi bir sınırın getirilmesini engellemek mi istemiştir? Başka bir ifadeyle Konvansiyon'un bu konudaki sessizliği bilinçli bir susma olarak yorumlanabilecek midir? Yoksa tenfiz davalısının daha önceki aşamalardaki davranışları, şu veya bu nedenle, tenfize direnme hakkının sınırlandırılmasına sebebiyet verebilecek midir?

²⁰⁸ Brotons, **Reconnaissance et exécution**, s.264; Van den Berg, **Yearbook 2003**, s.643; Borris/Hennecke, **Article V**, s.267. İptal davası ve tenfiz davası ilişkisi açısından aynı yönde bkz. Nazzini, **Remedies**, s.176.

²⁰⁹ Bu tespitimizin, kısmen de olsa, yegâne istisnası olduğu düşünülebilecek düzenleme, tanıma tenfiz engeli olarak savunma haklarının bir veçhesini düzenleyen MÖHUK md.62(1)(ç) hükmüdür. Zira hüküm uyarınca, "*hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş*" tarafın bu olguyu bir tenfiz engeli olarak ileri sürebilmesi için "*yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş*" olması gerekir. Görüldüğü üzere, esasında burada tenfize direnme hakkı, tenfiz davalısının hareketsizliği üzerinden değil, açık bir irade beyanı üzerinden sınırlandırılmış durumdadır. Dolayısıyla, yukarıdaki tespitimize ilişkin tam bir istisnayı ihtiva etmemektedir.

Belirtilmelidir ki bu meselenin gerek karşılaştırmalı hukuk gerekse Türk hukuku doktrininde genel olarak ele alınmadığı görülmektedir. Bir Alman mahkemesinin iki kararı²¹⁰ üzerine yazdığı inceleme yazısında bu konuya değinen KRÖLL'e göre, bir hukuki düzenlemede yer alan böylesine bir sessizlik iki şekilde yorumlanabilecektir: Ya Konvansiyon bu konuda bilinçli bir şekilde sessiz kalmış ve yukarıda belirttiğimiz üzere adeta geçmişe bir sünger çekmiştir ya da bu sessizlik bilinçli bir susma olmayıp bu konuda Konvansiyon'da bir boşluk bulunmaktadır²¹¹. Yazara göre, Konvansiyon'da tenfiz davalısına tanınan savunma imkânlarını açıkça sınırlandıran bir düzenlemenin bulunmayışı, ilk bakışta, bu hakkın Konvansiyon'da yer alanın ötesinde bir sınırlandırmaya tâbi tutulmasının reddedildiği şeklinde yorumlanmaya müsaittir²¹²; zira böyle bir sınırlandırma, tenfiz davalısının savunma hakkının da sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır²¹³. Nitekim milli hukuklarda da, tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğin bir hak kaybına yol açması, kural olarak, bu sonucu öngören düzenlemelerin varlığına bağlı olarak gerçekleşmektedir²¹⁴. Ancak yazara göre böyle bir yaklaşım, bir uluslararası anlaşma niteliğinde olan Konvansiyon açısından uygulanabilir değildir, zira farklı devletler arasındaki bir uzlaşının sonucu olan uluslararası anlaşmalar, çoğunlukla asgari bir müstereği ifade etmekte ve her konuya ilişkin somut düzenlemeler ihtiva etmemektedir²¹⁵. Hele ki, yazara göre, New York Konvansiyonu açısından böyle bir sessizliğin bilinçli bir susma olarak değil de boşluk olarak yorumlanmasını gerektirir birçok özellik söz konusudur²¹⁶. Bu bağlamda yazar, Konvansiyon'un temel amacının yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini kolaylaştırmak olduğu ve tenfiz engellerini düzenleyen md.V hükmünün tenfiz hâkimine bir takdir yetkisi tanıdığı göz önüne alındığında aksi bir yorumun yapılamayacağını ifade etmektedir²¹⁷. Ayrıca yazara

²¹⁰ Yazarın incelediği, Karlsruhe Bölge Yüksek Mahkemesi'nin iki kararına konu olayda biri Ukrayna'da (*OLG Karlsruhe 9 Sch 2/05*, 27.3.2006, <<http://disarb-db.org/decisions/YxHkSO5hQl68N1ETioRK-Q>>) biri de İsviçre'de (*OLG Karlsruhe 9 Sch 1/06*, 03.07.2006, <<http://disarb-db.org/decisions/CIQo92bKQOi5RO0ucCcZGg>>) verilmiş iki yabancı hakem kararının tenfizi talep edilmektedir. Kararlardaki hukuki sorun ise, tenfiz davalısının tahkim yeri mahkemelerinde iptal davası açmamış olmasının tenfiz engellerini ileri sürmesine engel olup olmayacağıdır. Her ne kadar anılan kararlara konu hukuki sorun, tezimiz kapsamındaki temel inceleme konusunun yalnızca bir vechesine ilişkin olsa da buradaki değerlendirmeler konumuz açısından yol göstericidir. Alman hukukunun anılan meseleye yaklaşımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. aşağıda "(i) Tartışmanın Kaynağı: Alman Hukuku Uygulaması" başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

²¹¹ Kröll, *Präklusion*, s.431.

²¹² Kröll, *Präklusion*, s.431.

²¹³ Kröll, *Präklusion*, s.431.

²¹⁴ Kröll, *Präklusion*, s.431.

²¹⁵ Kröll, *Präklusion*, s.431.

²¹⁶ Kröll, *Präklusion*, s.431.

²¹⁷ Kröll, *Präklusion*, s.431.

göre, Konvansiyon'un daha lehe iç hukuk hükümlerine uygulama alanı tanıyan md.VII hükmü dahi başlı başına bu sessizliğin bilinçli bir susma olarak yorumlanmasına engeldir²¹⁸. Konvansiyon'da bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmamış olması, tenfiz davalısının tahkim yargılaması veya iptal davası aşamalarındaki davranışlarının tamamen göz ardı edilmesinin istendiği şeklinde yorumlanamayacaktır. Başka bir deyişle, tenfize direnme hakkının Konvansiyon'da yer alan sınırlandırmalar dışında herhangi bir sınırlandırmaya tâbi tutulmamasının amaçlandığı şeklinde bir yorum yapılamayacaktır. Zira Konvansiyon, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için azamî şartları ihtiva etmektedir²¹⁹. Dolayısıyla bu bağlamda Konvansiyon'da bu konuda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi bir bilinçli susma olarak değil, boşluk olarak kabul edilmelidir²²⁰.

Nitekim doktrinde, tenfiz davalısının tüm tahkim sürecinin adeta baltalanmasına yol açabilecek tutumlarına izin verilmemesi gerektiği defaatle vurgulanmaktadır²²¹. Örneğin BRINER, bu hususu son derece veciz bir şekilde ifade etmektedir: “(...) *Özgür iradesiyle, uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesini öngören bir ticari sözleşmeyi akdeden tarafın, genellikle sahte argümanlarla bu yükümlülüğünden kurtulmasına ve böylece uyuşmazlığın mahkemeler önünde görülmesini sağlamasına izin verilmesi için herhangi bir neden bulunmamaktadır* (...)”²²². Peki tenfize direnme hakkının, hak sahibinin önceki aşamalardaki davranışları nedeniyle sınırlandırılmasının hukuki temeli ne olacaktır? Başka bir ifadeyle, Konvansiyon'da yer aldığı ifade edilen bu boşluk nasıl doldurulacaktır?

Karşılaştırmalı hukukta farklı devlet mahkemelerinin kararları incelendiğinde, bazı mahkeme kararlarında tenfiz davalısının yukarıda anılan şekildeki hareketleri nedeniyle tenfize direnme hakkının, hakkın kötüye kullanılması yasağının bir görünüm biçimi olan çelişkili davranış yasağı veya bu kurumun özellikle müşterek

²¹⁸ Kröll, **Präklusion**, s.431.

²¹⁹ Kröll, **Präklusion**, s.431.

²²⁰ Kröll, **Präklusion**, s.431.

²²¹ Brotons, **Reconnaissance et exécution**, s.263; Briner, **Philosophy**, s.10; Fouchard, **Suggestions**, s.657.

²²² Yazar tarafından Türkçeye çevrilen kısmın orijinali şu şekildedir: “*There exists strictly no real reason why a party, which freely entered into a commercial transaction envisaging resolution of disputes by arbitration, should be allowed to opt out of its bargain with often spurious arguments, so that the dispute ends up in the courts.*” (bkz. Briner, **Philosophy**, s.10).

hukuk sistemindeki yansıması niteliğinde olan²²³ *estoppel* kurumuna veya Konvansiyon'un md.V hükmünde tenfiz mahkemesine tanınan takdir yetkisine dayanılarak sınırlandırıldığı görülmektedir²²⁴. Nitekim Türk hukukunun en temel prensiplerinden biri olan dürüstlük kuralının bir izdüşümü olan ve her hakkın kullanılmasında bir genel sınır niteliğinde olan hakkın kötüye kullanılması yasağı, tenfize direnme hakkının da en tabi sınırını oluşturabilecektir.

Kimi devlet mahkemelerinin kararlarında ise bu kurumlar yerine ve belki de bazen bu kurumlarla aynı anlamı taşıyacak şekilde, tenfiz davalısının özellikle tahkim yargılaması sırasındaki davranışlarının sonucu olarak tenfize direnme hakkının konusunu oluşturan belirli olguları ileri sürmekten feragat (“*waiver*”) edildiğinden bahisle tenfiz davalısının itirazlarının dikkate alınmadığı görülmektedir²²⁵. Buna paralel olarak, New York Konvansiyonu'na ilişkin kaleme alınmış kimi eserlerde, taraflardan birinin tahkim yargılaması sırasındaki ve/veya sonrasındaki hareketsizliğinin veya davranışlarının, ileride olası bir tenfiz engeline dayanmasını engellemesi meselesinin genel olarak “*preclusion*” veya “*waiver*” başlığı altında²²⁶ feragat, çelişkili davranış yasağı veya *estoppel* gibi farklı hukuki kurumlar arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin incelendiği görülmektedir²²⁷. Esasında, New York Konvansiyonu'nda bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından farklı hukuk sistemlerinin meseleye farklı hukuki kurumlara dayanan çözümler geliştirmesi son derece doğaldır²²⁸. Her ne kadar dayanılan hukuki kurum farklılaşsa da ortak hareket noktaları, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki veya sonrasındaki hareketsizliği veya kimi davranışlarıdır. Bu kurumların uygulanmasıyla varılan sonuç ise bu hareketsizlik veya davranışların tenfize direnme hakkının sınırlandırılmasına

²²³ Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.196; Emre Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008, s.228; Hatice Özdemir Kocasakal, “Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili”, **Tahkim Anlaşması** (eds. Hatice Özdemir Kocasakal/Süheyla Balkar), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020, s.47.

²²⁴ Brotons, **Reconnaissance et exécution**, s.264.

²²⁵ Borris/Hennecke, **Article V**, s.269. Örneğin bkz. United States Court of Appeals, Second Circuit, AAOT Foreign Economic Ass'n (VO) Technostroyexport v. International Development& Trade Services, Inc., 23.04.2009 (Kararda, hakem heyetinin yolsuzluk yaptığının tahkim yargılaması sırasında farkında olan ancak herhangi bir itirazda bulunmayan davalının, tahkim yargılaması sırasındaki sessizliğiyle bu meseleyi ileri sürmekten feragat ettiğine hükmedilerek tenfiz talebine itirazı dinlenmemiştir (bkz. Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.200.)).

²²⁶ Örneğin bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s. 266 vd.; Van den Berg, **Yearbook 2003**, s.643; Otto/Elwan, **Article V(2)**, s.406; Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.05[B][i] vd..

²²⁷ Benzer yönde bkz. Kröll, **Präklusion**, s.430.

²²⁸ Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.196.

sebebiyet vermesidir. Bu bağlamda, New York Konvansiyonu’nun uygulanışında çeşitli hukuk sistemlerinin yaklaşımlarının incelendiği eserlerde meselenin tek bir başlık altında toplanabilmesi adına böyle bir inceleme metodunun tercih edilmesi yadırganır değildir.

Ancak, meselenin bir hukuk sistemi açısından doğru bir şekilde incelenebilmesi adına yukarıda anılan hukuki kurumlar arasında bir ayırım gözetilmesi gerekir. Zira anılan kavramların birbirini yerine geçer şekilde kullanılması, hukuk tekniği açısından yerindeliği bir yana, bir kavram karmaşasına yol açmakta ve hâli hazırda karmaşık değerlendirmeleri gerektiren meseleyi daha da karmaşık bir hale getirmektedir²²⁹.

Hukukumuz açısından da meselenin net bir şekilde ortaya konulabilmesi ve tahkim yargılamasının her iki tarafının da menfaatlerinin korunabilmesi için özellikle feragat ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kurumları arasında, kanaatimizce, bir ayırma gidilmesi gerekir²³⁰. İlk bakışta, en nihayetinde varılan sonucun aynı olduğundan bahisle böyle bir ayırımın yapay ve hatta gereksiz olduğu düşünülebilecektir. Ancak bu ayırım, hukuk tekniği açısından gerekli olduğu kadar esasında uygulanma şartları arasındaki farklar nedeniyle pratik açıdan da önem arz etmektedir. Ayrıca, anılan kurumların, esasında şartları gerçekleşmiş bir tenfiz engelinin ileri sürülmesini engelleyebileceği ve bu cihetle taraflardan birinin kendisine tanınmış bir hakkı kullanmaktan menedilmesi sonucunu doğurabileceği göz önüne alındığında, bu kurumların uygulanma şartlarının net bir şekilde ortaya konulması, öngörülebilirliğin ve hukuki belirliliğin sağlanabilmesi için de elzemdir. Kaldı ki, zaten tenfize direnme hakkına konu edilebilecek itirazların Konvansiyon’da son

²²⁹ Kröll, **Präklusion**, s.430.

²³⁰ Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. Kröll, **Präklusion**, s.430. Yazara göre mesele temelde üç kategoride incelenmelidir: açık bir kanun hükmü uyarınca tenfiz engeline konu aksaklığın düzeltilmesi veya bu aksaklığı ileri sürmekten feragat edildiğinin varsayıldığı hâller (ki yazar buna örnek olarak Alman Usûl Kanunu (ZPO) md.1027’i işaret etmektedir), çelişkili davranış yasağının tenfiz engelinin ileri sürülmesini engellemesi ve “gerçek anlamda engelleme” (*präklusion im eigentlichen Sinne*). Belirtilmelidir ki yazarca ifade edilen son kategori Alman hukukuna özgü olup hukukumuz açısından başlı başına bir anlam ifade etmeyecektir. Zira bunun temelinde, Alman hukukunda 1998 yılında tahkim mevzuatında yapılan reformdan önceki dönemdeki yargı uygulaması olup bu ifadeyle, salt tahkim yerinde hakem kararına karşı başvurulabilecek hukuki çarelerin kullanılmaması nedeniyle ilgili tarafın tenfiz engellerine dayanamaması sonucunun doğması kastedilmektedir. İptal davasının açılmaması açısından Alman hukukunda yer alan uygulamaya ilişkin bilgi için bkz. aşağıda “i) Tartışmanın Kaynağı: Alman Hukuku Uygulaması” başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

derece sınırlı bir şekilde düzenlenmiş olması da, bu hakkın daha da sınırlandırılmasına yol açacak uygulamaların son derece titiz bir şekilde ele alınmasını gerektirir²³¹.

Öncelikle vurgulanması gerekir ki, Türk hukukunda bu iki kavramın birbiri yerine geçecek şekilde kullanılması hukuk tekniği açısından hatalı bir yaklaşım olacaktır²³². Şöyle ki, bir sonraki bölümde detaylıca ortaya konulacağı üzere²³³, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı bulabilmesi için gereken ilk şart, elbette ki bir hakkın varlığıdır. Oysaki feragat, bir tarafın üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakkını kullanmaktan açıkça vazgeçmesi sonucunda hakkı sonradan erdiren bir tasarruf işlemidir²³⁴. Dolayısıyla, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki veya iptal davası sırasındaki davranışları nedeniyle tenfize direnme hakkından, en azından belirli tenfiz engelleri açısından, feragat ettiği veya feragat etmiş sayılacağı sonucuna ulaşıldığı anda artık hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı bulması söz konusu olamayacaktır.

Peki hukukumuz açısından, tenfiz davalısının önceki aşamalardaki davranışları nedeniyle tenfize direnme hakkının sınırlandırılması için başvurulabilecek kurum hangisidir? Başka bir deyişle, tenfiz davalısının tahkim yargılaması veya iptal davası sırasındaki hareketsizliği nedeniyle tenfize direnme hakkının sınırlandırılmasının dayanağı feragat kurumu mu yoksa hakkın kötüye kullanılması yasağı mı olacaktır? Kanaatimizce bu sorunun cevabı, feragat kurumunun tanımı ve işlevinde saklıdır. Şöyle ki, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere feragat, hakkın varlığını sona erdiren bir

²³¹ Benzer yönde bkz. Brotons, **Reconnaissance et execution**, s.264; Kröll, **Präklusion**, s.431.

²³² Feragatin söz konusu olduğu hâllerde artık hakkın kötüye kullanılması yasağının bir görünüm biçimi olan çelişkili davranış yasağının uygulanmasından söz edilemeyeceği yönünde bkz. Şener Akyol, **Medenî Hukukta Çelişki Yasağı**, Prof. Dr. Feyzi N. Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s.83. Benzer şekilde, müşterek hukuk sistemlerinde de *waiver* kelimesinin muğlak, özensiz bir şekilde kullanıldığı ifade edilmektedir (bkz. Peter Gillies/Andrew Dahdal, "Waiver of a Right to Arbitrate by Resort to Litigation, in the Context of International Commercial Arbitration", **Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, C.73, S.4, 2007, s.362; Supreme Court of New South Wales, ACD Tridon v. Tridon Australia, 04.10.2002, N.55 <https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1518>). Nitekim, *waiver* kurumunun uygulandığının ifade edildiği birçok olayda aslında söz konusu olanın kimi zaman *estoppel*, kimi zaman yeni bir sözleşme, kimi zaman ise seçimlik haklardan birinin seçilmesi olduğu vurgulanmaktadır (bkz. Gillies/Dahdal, **Waiver**, s.362; Supreme Court of New South Wales, ACD Tridon v. Tridon Australia, 04.10.2002, N.55).

²³³ Bkz. aşağıda "(I) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Uygulama Alanı Bulması" başlığı altındaki açıklamalarımız.

²³⁴ Vedat Buz, **Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 411 vd.; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s. 229; Pınar Güzel, **Sulh Sözleşmesi**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022, s. 219.

tasarruf işlemidir. Dolayısıyla feragatin mümkün olabilmesi için doğal olarak ilk şart, sona erdirilebilecek bir hakkın varlığıdır. Bu nedenledir ki doktrinde, kural olarak, doğmamış haktan feragat edilemeyeceği ifade edilmektedir²³⁵. Mesele, konumuz bağlamında tenfize direnme hakkı açısından incelendiğinde ise şöyle bir tablo ile karşılaşılmaktadır: problematiğimizde temelinde tenfiz davalısının tahkim yargılaması veya iptal davası aşamasındaki hareketsizliği veya davranışları yer almaktadır. Buna karşın sınırlandırılmak istenen hak, ancak tenfiz davasının açılmasıyla doğacak olan tenfize direnme hakkıdır. Henüz tenfize direnme hakkının doğmamış olduğu bir aşamada, hak sahibinin çeşitli davranışları veya hareketsizliği yoluyla bu hakkından feragat etmesi de söz konusu olamayacaktır. Zira her ne kadar tenfize direnme hakkının konusunu oluşturan olgular o aşamada mevcut bulunsa da, bir tasarruf işlemi olan feragatin konusu ancak bir hak olabilecektir. Başka bir deyişle, feragatin konusu örneğin tahkim yargılamasının usûle aykırı yürütülmüş olması olgusu değil, bu olgunun ileri sürülmesine imkân tanıyan hak olabilecektir. Çalışma konumuzun temelini oluşturan tenfize direnme hakkı ise bu aşamada henüz doğmamış olduğundan feragat kurumu, bu çalışmanın özünü oluşturan temel problematikler açısından, başvurulabilecek bir kurum değildir²³⁶. Bu nedenledir ki çalışmanın konusu, tenfize direnme hakkının bir sınırı olarak “feragat” şeklinde değil, “hakkın kötüye kullanılması yasağı” şeklinde belirlenmiştir.

Ancak “feragat” kurumuna ilişkin vurgulanması gereken bir husus daha bulunmaktadır ki bu, hukukumuzda “doğmamış haktan feragat edilemez” prensibinin mutlak bir şekilde kabul edilmemiş olmasıdır. Bunun nedeni, gerek maddi hukuk

²³⁵ Seyfullah Edis, **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 6. Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, s.149; Pekcanıtez/Yeşilırmak, **Medenî Usûl**, s.2610. Ayrıca bkz. Halûk N. Nomer, **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2002, s.107.

²³⁶ Buna karşın karşılaştırmalı hukukta BORN, özellikle Konvansiyon md.V(1)(a)’ya ilişkin açıklamalarında, hakem heyetinin yetkisizliğini tenfiz aşaması da dahil olmak üzere ileri sürmekten açık olarak veya zımnen “feragat” edilebileceğini ve bunun kabul görmüş (*well-settled*) bir prensip olduğunu ifade etmektedir (bkz. Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.05[B][i]).

alanında²³⁷ gerekse usûl hukuku alanında²³⁸ kanun koyucunun düzenlediği açık kanun hükümleriyle doğmamış bir haktan feragat edilmesine izin verilmiş olması veya potansiyel hak sahiplerinin, belirli yöndeki davranış veya hareketsizliklerinin sonucu olarak ileride doğacak haklarından “feragat” etmiş sayılmalarıdır²³⁹. Kurumun hakem kararlarının tenfizi açısından yansımaları incelendiğinde ilk hâl, tarafların tenfiz engellerine dayanmaktan vazgeçmeleri şeklinde vücut bulan açık feragat; ikinci hâl ise, tenfiz yargılaması aşamasında da uygulama alanı bulabilecek bir düzenlemenin bir tarafın hareketsizliğine feragat sonucunu bağlaması olarak karşımıza çıkan zımnî feragat²⁴⁰ olarak isimlendirilebilecektir. Tenfize direnme hakkının doğumundan sonra, başka bir ifadeyle tenfiz davası açıldıktan sonra, bu haktan, en azından mahkemece re’sen dikkate alınan tenfiz engelleri dışında, feragat edilebileceğine ilişkin kural olarak bir şüphe olmamakla birlikte; buna izin veren açık bir kanun hükmünün bulunmadığı göz önüne alındığında, kanaatimizce, bu aşamadan önce tenfize direnme hakkından feragat edilip edilemeyeceği meselesinin ayrıca ele alınması gerekmekte

²³⁷ Örneğin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md.528 uyarınca miras bırakan ile muhtemel mirasçısı, mirastan feragat sözleşmesi akdedebilecektir. Kanun hükmü uyarınca, henüz miras bırakan sağ iken ve dolayısıyla muhtemel mirasçı açısından mirastan yararlanma hakkı doğmamışken, bu haktan feragat edilmesi mümkün kılınmıştır.

²³⁸ Gerçekten de örneğin, Milletlerarası Tahkim Kanunu md.15/A/5 hükmü uyarınca bir tahkim anlaşması akdeden taraflar, belirli koşulların sağlanmış olması hâlinde, henüz tahkim anlaşmasının akdedildiği ve dolayısıyla iptal davası açma hakkının doğumunu sağlayacak bir hakem kararının dahi var olmadığı aşamada, ileride verilecek hakem kararına karşı iptal davası açma haklarından feragat edebilecekler (konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşağıda “ii) *İptal Davası Açma Hakkından Feragat Edilmiş Olması*” başlığı altındaki açıklamalarımız). Nitekim doktrinde bu hükmün, doğmamış haktan feragat edilemeyeceği kuralının bir istisnası niteliğinde olduğu ifade edilmektedir (bkz. Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2610). Bu nedenledir ki MTK kapsamına giren tahkim yargılamaları açısından iptal davası açma hakkından feragat söz konusu olabileceksen HMK uygulama alanında kalan tahkim yargılamaları açısından bu mümkün olmayacaktır. Bu tercihin bilinçli bir tercih olduğuna ilişkin bkz. Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s. 2610.

²³⁹ Bu hükümlere ilişkin en temel örnek, kaynağını Model Kanun md.4 düzenlemesinden alan HMK md.409 hükmüdür. Temelini hakkın kötüye kullanılması yasağından aldığı ifade edilen (Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2617; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), **Genel Gerekçe**, s.119 < <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>>) hüküm uyarınca tahkim yargılaması sırasında, Kanun’un taraflarca aksinin kararlaştırılmasına imkân tanıdığı bir hükme veya tahkim anlaşmasına bir aykırılık hâlinde ilgili taraf bu aykırılığı öğrenmesinden itibaren, hakemlerce bu konuda belirlenmiş farklı bir süre söz konusu değilse, en geç iki hafta içerisinde bu aykırılığa ilişkin itirazını ileri sürmelidir (Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2616.). Anılan zaman dilimi içerisinde bu itirazını ileri sürmeyen ve tahkim yargılamasına devam eden taraf, bu aykırılığa ilişkin itiraz hakkından feragat etmiş sayılacaktır (Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2617.). Bu bağlamda, tahkim yargılamasının taraflarca kararlaştırılan usûle aykırı şekilde yürütüldüğüne ilişkin itirazların tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmemesi durumunda ilgili taraf, tahkim yargılaması sırasında daha sonra bu aykırılığı ileri süremeyeceği gibi ileride açılacak iptal davasında da bu aykırılığa bir iptal sebebi olarak dayanamayacaktır (Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2617). Yalnızca HMK’ya tâbi tahkim yargılamaları açısından uygulama alanı bulan bu hüküm, elbette ki tenfiz davasının konusu olan yabancı hakem kararları açısından uygulama alanı bulamayacaktır.

²⁴⁰ Borris/Hennecke, **Article V**, s.267.

olup çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır²⁴¹. Hâl böyle olmakla birlikte, çalışma konumuz açısından asıl önem arz eden mesele, tenfiz davalısının tahkim yargılaması veya iptal davası sırasındaki bazı davranışları nedeniyle tenfize direnme hakkından zımnen feragat etmiş sayılması sonucunu doğurabilecek düzenlemelerdir. Hemen yukarıda vurguladığımız üzere ne New York Konvansiyonu ne de MÖHUK'ta bu sonucunu doğurabilecek düzenlemeler bulunmakla birlikte; hukukumuzun bir parçası olan başka bazı kanun veya anlaşmalarda veya bir tahkim yargılamasının bağlantılı olduğu diğer devlet hukuklarında yer alabilecek düzenlemelerin bu etkiyi doğurup doğuramayacağının ayrıca incelenmesi gerekir. Zira bu etkiyi doğurabilecek hükümlerin varlığı, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında yapılacak değerlendirmeyi de, aşağıda görüleceği üzere, doğrudan etkileyecektir²⁴².

Bu bilgiler ışığında bir sonraki bölümde hakkın kötüye kullanılması yasağının tenfize direnme hakkı üzerindeki etkisinin doğru bir şekilde ortaya konulabilmesi için hukukumuzun bu temel prensibi kısaca açıklanmış; ardından bu açıklamalar ışığında kurumun tenfize direnme hakkı üzerindeki etkisi sistematik bir şekilde ortaya konulmaya çalışılmıştır.

²⁴¹ Meselenin karşılaştırmalı hukukta özellikle Kanada mahkemelerinin konuya ilişkin verdiği kararlardan hareketle tartışıldığı görülmektedir (bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.273 vd.).

²⁴² Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. aşağıda “*III) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Tâliliği İlkesi: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkını Açıkça Sınırlandıran veya Sınırlandırma İddiasında Olan Düzenlemeler*” başlığı.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI KAPSAMINDA TANIMA VE TENFİZE DİRENME HAKKI

I) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Uygulama Alanı Bulması

İlk bölümde detaylıca incelediğimiz üzere, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin pozitif hukuk düzenlemelerimizde tenfiz davalısının tenfiz davası öncesindeki tutum ve davranışları bağlamında tanıma ve tenfize direnme hakkını sınırlandıran bir hüküm bulunmamaktadır. Hâl böyle olmakla birlikte bu durum, tanıma ve tenfize direnme hakkının bu bağlamda herhangi bir sınırının olmadığı anlamına da gelmemektedir. Bunun nedeni, hukukumuzun en temel prensiplerinden biri olan ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²⁴³ md.2 hükmünde ifadesini bulan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının bütün hakların kullanılmasının genel bir sınırını teşkil etmesidir. Dolayısıyla, tenfiz davasından önceki aşamalarda da ileri sürebileceği bir hukuka aykırılığı ilk kez tenfiz davası sırasında gündeme getiren tenfiz davalısının bu davranışının hakkın kötüye kullanımı teşkil edip etmeyeceğinin incelenmesi gerekir. Bu inceleme için öncelikli olarak yapılması gereken hukukumuzun en temel ilkelerinden biri olmakla birlikte başvurulurken bir o kadar dikkatli olunmasını gerektiren hakkın kötüye kullanılması yasağının temellerinin ortaya konulmasıdır. Bu amaçla bu bölümde ilk olarak (A) *Hakkın Kötüye Kullanılması Kavramı ve İşlevi* ele alınacak, ardından (B) *Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Uygulanma Şartları ve Bir Görünüm Biçimi Olarak Çelişkili Davranış Yasağı* başlığı altında ilkenin uygulanma şartları ve konumuz açısından önem arz eden görünüm biçimi olan çelişkili davranış yasağı kısaca

²⁴³ RG. 22/11/2001-24607.

incelenecek ve son olarak (C) *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Uygulama Alanı Bulması* başlığı altında ilkenin tanıma ve tenfize direnme hakkı açısından uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusu cevaplanacaktır.

A) Hakkın Kötüye Kullanılması Kavramı ve İşlevi

“Hukuk” kelimesinin kökünde yer alan hak kavramı, hukuk tarafından korunan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi tanınan menfaat olarak tanımlanmaktadır²⁴⁴. Elbette ideal olan, hukuk sùjelerinin haklarını bu hakların varlık nedenini, başka bir ifadeyle hukuken tanınma sebeplerini oluşturan menfaatlere uygun şekilde ve hukuk düzenince tanınan sınırlar içerisinde kullanmasıdır. Ancak odağında “insan”ın bulunduğu tüm ilişkilerde olduğu gibi hukuki ilişkilerde de her zaman bu idealin sağlanması mümkün olmamaktadır. Nitekim tenfize direnme hakkı da, aleyhine tesis edilen hakem kararının icrasını engellemek veya geciktirmek isteyen tenfiz davalılarının her zaman temelinde korunmak istenen menfaatlere uygun bir şekilde kullanılmayabilmektedir. İşte, TMK md.2 hükmünün ikinci fıkrası tam olarak bu ihtimallerde ne olacağını düzenlemektedir. Hüküm uyarınca bir hakkın açıkça kötüye kullanılması, hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır.

Bu bağlamda akla gelen ilk soru, bir hakkın ne zaman kötüye kullanılmış olacağıdır. Bu soruya, öncelikle madde metninin ve sistematığının incelenmesiyle cevap verilebilecektir. Şöyle ki, TMK md.2 hükmü “Hukukî İlişkilerin Kapsamı” üst başlığı altında düzenlenmiştir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde²⁴⁵ “*bir şeyin içine aldığı öğelerin bütünü*” olarak tanımlanan “kapsam” kelimesinin ise iki yönü bulunmaktadır; zira bir şeyin kapsamı belirlendiğinde o şeyin kapsamı dışında kalan hususlar da örtülü olarak ifade edilmiş olur²⁴⁶. TMK md.2 hükmü bu açıdan değerlendirildiğinde maddenin; bir hukukî ilişkinin, daha açık bir ifadeyle bir hakkın veya borcun

²⁴⁴ Tekinay, **Medenî Hukuka Giriş**, s.114; Özünay, **Medenî Hukuka Giriş**, s.236; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.135; Özekes, **Temel**, s.11; Serozan/ Engin/Atamer, **Serozan Medenî Hukuk**, s.193; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, **Medenî**, s.163; Dural/Sarı, **Özel Hukuk**, s. 148.

²⁴⁵ Güncel Türkçe Sözlük <sozluk.gov.tr>.

²⁴⁶ Nitekim, mehz İsviçre Medeni Kanunu’nun İtalyanca metninde, Fransızca ve Almanca metinlerde kapsam kelimesinin karşılığı olan “*étendue*” ve “*inhalt*” kelimeleri kullanılmışken, İtalyanca metninde Türkçeye “sınırları” olarak çevrilebilecek “*limiti*” kelimesinin kullanıldığı görülmektedir.

kapsamına giren unsurları belirlediği gibi, kapsamına girmeyen hâlleri de ifade ettiği söylenebilecektir²⁴⁷. Bu bağlamda TMK md.2 hükmü, tüm hakların kullanılmasında genel bir sınırı teşkil etmektedir²⁴⁸.

Herhangi bir sınırlandırma yapmadan tüm hukuk sükelerine genel bir yükümlölük yükleyen²⁴⁹ TMK md.2(1) fıkra hükmü uyarınca herkes gerek haklarını kullanırken gerekse borçlarını ifa ederken, bir kişiden “*namuslu, dürüst ve makûl bir insan olarak beklenen davranış*” şeklinde tanımlanabilecek²⁵⁰ dürüstlük kuralına uymakla yükümlüdür. Yalnızca iki kelimeye sığdırılan bu yükümlölük, esasında, tıpkı mehz hukuk sisteminde olduğu gibi, Türk hukuk sisteminin de temel taşlarından birini oluşturan genel hukuk prensiplerinden biri ve belki de en önemlisidir²⁵¹. Bu hükmün temelinde ise, pozitif hukukun tüm meseleleri en ince ayrıntısına kadar düzenleyemeyecek olması yer almaktadır²⁵². Nitekim dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının en temel işlevi, kanun hükümlerinin katı bir şekilde uygulanmasının yol açabileceği adalete, hakkaniyete, hayat ihtiyaçlarına ve ahlâka

²⁴⁷ Mehaz İsviçre Medenî Kanunu (*Code Civil*) md.2 hükmü açısından benzer yönde bkz. Christine Chappuis, “Art. 2”, **Commentaire Romand Code Civil I** (eds. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Christiana Fountoulakis), İkinci Bası, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2023, N.1. Ayrıca bkz. Gökhan Antalya/Murat Topuz, **Medenî Hukuk**, Genişletilmiş 4.Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s.449.

²⁴⁸ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.250; Antalya/Topuz, **Medenî Hukuk**, s.454.

²⁴⁹ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İkinci Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s.6; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.249; Chappuis, **Commentaire Romand**, N.1.

²⁵⁰ Andreas B. Schwarz, **Medenî Hukuka Giriş** (çeviren: Hıfzı Veldet), İstanbul: Üniversite Kitabevi, 1942, s.193; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.250. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK., E.2010/6-404, K.2010/533, T.20.10.2010 (Kazancı); Yargıtay HGK., E.2011/4-410, K.2011/511, T.13.07.2011 (Kazancı); Yargıtay 10.HD., E.2010/16564, K.2011/3321, T.14.03.2011 (Kazancı). Doktrinde ifade edildiği üzere, bir davranışın bu kriterlere uyup uymadığı toplumda hâkim olan ahlâki ölçülere, âdetlere ve hakkı sağlayan ilişkinin amacına göre değerlendirilir (bkz. Schwarz, **Medenî**, s.193; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.25; Antalya/Topuz, **Medenî Hukuk**, s.452).

²⁵¹ Mehaz kanun hukuk sisteminde de dürüstlük kuralı, İsviçre Hukuku’nun “köşe taşı” (*Leitstern/Pierre angulaire*) olarak ifade edilmektedir (bkz. Chappuis, **Commentaire Romand**, N.6). Ancak belirtilmelidir ki, dürüstlük kuralı her ne kadar geçmişten günümüze farklı hukuk sistemlerinde uygulanmış çok eski bir kural (bkz. Schwarz, **Medenî**, s.193; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.250) olsa da uygulanma kapsamı her hukuk düzeninde aynı olmamıştır (bkz. Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.250; farklı hukuk sistemlerinden örnekler için bkz. Ramazan Arslan, **Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara: S Yayınları, 1989, s.24 vd.; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.3 vd.).

²⁵² Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.250; Antalya/Topuz, **Medenî Hukuk**, s.454.

uymayan sonuçların önlenmesidir²⁵³. Böylelikle hakkın kötüye kullanılması yasağı, ettiği hukuk sistemine dâhil etmekte ve bir hakkın şeklen varlığıyla gerçekten varlığı arasında bir ayırım gözetmektedir²⁵⁴.

Bu çerçevede, bir hakkın hukukten belirlenmiş sınırları aşılarak, yani aslında dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılması hâlinde kötüye kullanılmış olduğu sonucuna varılabilecektir²⁵⁵. Nitekim doktrinde, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının “*bir madalyonun iki yüzü*” gibi oldukları ifade edilmektedir²⁵⁶. Ancak doktrinde hâkim görüş uyarınca²⁵⁷ TMK md.2(1) hükmünde ifadesini bulan dürüstlük kuralı ile md.2(2) fıkra hükmünde ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılması yasağı iki farklı işlevi üstlenmektedir²⁵⁸. Şöyle ki, ilk fıkra hükmü, yani

²⁵³ Arslan, **Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, s.32; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.302; Chappuis, **Commentaire Romand**, N.24; Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s.454. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının bu temel işlevi Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 1984 yılında verdiği kararında da son derece veciz bir şekilde vurgulanmıştır: “(...) *Bugün hâkim olan fikre göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hâkime özel ve istisnai hâllerde (adaletle uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkânını sağlamaktır. Madde hükmünün bu özelliği, İsviçre Federal Kurulunun Medenî Kanun tasarısını Millet Meclisi’ne sevkine ilişkin 1904 tarihli mesajında şöyle açıklanmaktadır: “Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukukî yolların kapalı bulunduğu hâllerde, MK. m. 2 f. 2 hükmünün amacı zarureten doğan ve olağanüstü bir imkân sağlamaktır”. (...)*” (bkz. Yargıtay İBBGK., E.1983/3, K.1983/1, T.25.01.1984 (Lexpera)).

²⁵⁴ Henri Deschenaux, **Le Titre Préliminaire du Code Civil**, Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1969, s.138; Chappuis, **Commentaire Romand**, N.24. Ayrıca bkz. Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s.451. Nitekim doktrinde AKYOL, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına niçin ihtiyaç duyulduğunu şu sözleriyle son derece veciz şekilde ifade etmektedir: “(...) *Hukuk doğru olanla yetinmez, yetinemez. “Doğru” ve “haklı” kurala uygun anlamındadır. Hukuk “doğru” ve “haklı”dan daha ilerisini, “daha âdilini” zorunlu kılar. Dürüstlük kuralının ikibin yıl öncesinin ilk filizleri olan aequitas ve bona fides, hukuku etik’e erdeme dayandırma gayretinin ürünüdür. “Görünüşteki hak”tan “genel hak”a böyle geçilmiştir (...)*” (Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.2).

²⁵⁵ Arslan, **Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, s.34; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.249; Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s.491. Nitekim bu husus, Yargıtay kararlarında da vurgulanmaktadır. Örneğin bkz. “(...) *Hemen belirtelim ki, bütün hakların kullanılmasında uyulması gerekli bir kural vardır bu, Medeni Kanunun 2.maddesinde ifade edilen dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralıdır. Bir hak, dürüstlük kuralına aykırı kullanılırsa kötüye kullanılmış olur. (...)*”, bkz. Yargıtay HGK., E.2002/5-338, K.2002/386, T.08.05.2002 (Kazancı); ayrıca bkz. Yargıtay 10.HD., E.2010/16564, K.2011/332, T.14.03.2011 (Kazancı).

²⁵⁶ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.249. Doktrinde TMK md.2(1) ile md.2(2) fıkra hükmü arasındaki ilişkiye dair ileri sürülen farklı görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s.461 vd.

²⁵⁷ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.274; Chappuis, **Commentaire Romand**, N.5. Bu temel ayırımın MERZ ve DESCHENAUX tarafından geliştirildiği ifade edilmektedir (bkz. Chappuis, **Commentaire Romand**, N.5; ayrıca bkz. Hans Merz, **Berner Kommentar**, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung (Art. 1-10 ZGB), Bern: Stämpfli & Cie, 1962, N.23 vd. (naklen: Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.275, dn.546); Deschenaux, **Titre Préliminaire**, s.139).

²⁵⁸ Merz, **Berner Kommentar**, N.23 vd. (naklen: Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.275, dn.546); Deschenaux, **Titre Préliminaire**, s.139; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s.171; Serozan/Engin/Atamer, **Serozan Medenî Hukuk**, s.277 vd.; Zahit İmre, **Medenî Hukuka Giriş**, 3. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s.306-307; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.23; Chappuis, **Commentaire Romand**, N.1; Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s.490.

dürüstlük kuralı, kanunun ve hukuki işlemlerin yorumlanması ve tamamlanmasına hizmet etmekteyken; ikinci fıkra hükmü, yani hakkın kötüye kullanılması yasağı, düzeltici bir işlevi haizdir²⁵⁹. Gerçekten de dürüstlük kuralının, hukukumuzdaki en temel uygulama alanını hukukî işlemlerin yorumlanması ve borçların ifası teşkil etmektedir²⁶⁰. Her ne kadar, ilk bakışta, hakkın kötüye kullanılması yasağının kökeninin dürüstlük kuralı olması ve en nihayetinde her iki kurumun da temelinde, hukuk düzeninin düzgün işleyişi açısından vazgeçilmez olan “güven”in korunmasının bulunduğu²⁶¹ göz önüne alındığında bu ayrım yapay ve zorlama olarak görülebilecekse de²⁶² kanaatimizce bu ayrımın yapılması önemlidir²⁶³. Gerçekten de, kimi hâllerde net bir çizginin ortaya konulabilmesi zorlayıcı olacaksa da bu ayrım, hâkimin hangi durumlarda yorumlama ve/veya boşluk doldurmada olduğu gibi geniş bir takdir yetkisini haiz olacağını; hangi durumlarda ise, hakkın kötüye kullanılması hâllerinde söz konusu olan düzeltici işlevde olduğu gibi, hukuki ilişkiye sınırlı bir müdahalede bulunacağını belirlemek açısından önemli bir başlangıç noktasını oluşturmaktadır²⁶⁴. Zira hakkın kötüye kullanılması yasağı, yalnızca uygulanma şartlarının gerçekleştiği hâllerde başvurulabilecek son derece istisnai bir kurumdur²⁶⁵. Ayrıca hakkın kötüye kullanılması yasağı tâli, başka bir deyişle ikincil nitelikte bir kural olup somut olaydaki adalete, hakkaniyete aykırı sonucun doğmasını engelleyen açık bir düzenlemenin varlığı hâlinde bu düzenleme göz ardı edilerek hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulması mümkün değildir²⁶⁶. Zira aksi durum, hukuk güvenliğini ortadan

²⁵⁹ Chappuis, **Commentaire Romand**, N.5.

²⁶⁰ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.251. Ayrıca bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.6; Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s.465 vd.

²⁶¹ Chappuis, **Commentaire Romand**, N.2.

²⁶² Nitekim doktrinde OĞUZMAN/BARLAS, “*hakkın kötüye kullanılması yasağının dürüstlük kuralının bir uygulama yönü*” olduğundan bahisle bu ayrıma katılmamaktadır (bkz. Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.275).

²⁶³ İsviçre Federal Mahkemesi içtihadında da özellikle 80’li yıllardan 2000’li yılların başına kadar bu ayrımın dikkatli bir şekilde ortaya konulduğu ifade edilmektedir (Chappuis, **Commentaire Romand**, N.4). 2005 yılı itibarıyla ise Federal Mahkeme’nin, TMK md.2 hükmünün mehazı olan İsviçre Medenî Kanunu md.2 hükmünün herhangi bir fıkrasına açıkça atıfta bulunmadan meseleleri dürüstlük kuralı (*Treu und Glauben/Bonne Foi*), güven sorumluluğu (*Vertrauenshaftung*) ve hakkın kötüye kullanılması (*Rechtsmissbrauch/Abus de Droit*) şeklinde farklı kategoriler altında ele aldığı ifade edilmektedir (bkz. Chappuis, **Commentaire Romand**, N.4).

²⁶⁴ Aynı yönde bkz. Chappuis, **Commentaire Romand**, N.5. Nitekim, çalışmamızın başlığında bu bağlamda “dürüstlük kuralı” yerine “hakkın kötüye kullanılması” kavramının kullanılması bilinçli bir tercihin sonucudur.

²⁶⁵ Deschenaux, **Titre Préliminaire**, s.141 vd.; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.302; Chappuis, **Commentaire Romand**, N.24. Nitekim, TMK md.2(2) fıkra hükmünde olduğu gibi mehaz İsviçre Medenî Kanunu md.2(2) fıkra hükmünde de yer alan “*açıkça*” (*manifestement*) ifadesinin bu hususu vurguladığı ifade edilmektedir (bkz. Chappuis, **Commentaire Romand**, N.25).

²⁶⁶ Arslan, **Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, s.36; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.302; Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s.454. Ayrıca bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.16 vd.

kaldırır²⁶⁷. Bu nedenledir ki, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve dürüstlük kuralının uygulandığı her olayda hâkim, niçin bu kuruma başvurulduğunu ve niçin şartlarının gerçekleştiğini mutlaka açıklamalıdır²⁶⁸. Ancak diğer yandan gerekli hâllerde bu kuruma başvurulmaktan da çekinilmemelidir²⁶⁹. Nitekim hâkim, bu kurumun uygulanması gereken hâlleri re'sen²⁷⁰ nazara almak zorundadır zira TMK md.2'ye aykırılık bir def'i değil, itiraz sebebi teşkil etmektedir²⁷¹.

Hâl böyle olmakla birlikte, doktrinde ifade edildiği üzere, Türk hukuk uygulamasında dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının istinai ve tâli niteliği sıklıkla göz ardı edilmekte ve pozitif hukuk düzenlemeleri tam olarak tüketilmeden adeta doğrudan TMK md.2 hükmüne başvurulmaktadır²⁷². Oysaki, SCHWARZ'ın da son derece veciz bir şekilde ifade ettiği üzere dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının önemi çok büyük olsa da “(...) *hukukî meselelerin halline bunlarla başlamayıp her meseleye ona taallûk eden hususî hükmü tatbik etmek ve bu umumî esasları da fevkalâde zarurî olan hâllerde surf itmam ve tashih edici bir şekilde tatbik etmek (...)*” gerekir²⁷³. Nitekim çalışmamızın temel amacı da, uygulamada ve doktrinde tenfiz sürecini aksatmak isteyen tenfiz davalısının davranışlarını engellemek üzere çoğunlukla hukuk tekniğine aykırı şekilde doğrudan başvuru hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanma şartlarını ve hangi

²⁶⁷ Schwarz, **Medenî**, s.204; Arslan, **Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, s.37; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.302; Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s.456. Ayrıca bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.17. Bu husus, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2020 yılında verdiği bir kararında son derece net bir şekilde ifade edilmiştir: “(...) *Dürüstlük kuralı bir ana kaide, bir çatı norm olmakla birlikte aynı zamanda ikincildir de. Aslonan rasyonel hukuk kurallarının uygulanmasıdır. Zira hukukun asıl anlam ve amacı, hukuki meseleleri kişiden kişiye değişebilecek hakkaniyet hisleriyle değil, kat'i ve açık, herkes için geçerli norm ve prensiplerle çözümlemektir. Hâkim, hayatın sayısız görünümüne kanun koyucunun öngördüğü kaidelerle çözüm bulmaya çalışırken, her hukuki meseleye ona uygun kanun hükmünü uygulamak yerine, dürüstlük kuralının talilini unutarak adaletini salt bu esasa dayandırırsa hukukun asıl anlam ve amacını tehlikeye atar. Bu sebeptir ki objektif normun varlığına rağmen dürüstlük kuralının esas alınması gibi çok istisnai olan bu hâlin takdirinde hâkimin azami seviyede ihtiyatlı ve basiretli davranması şarttır. (...)*” (bkz. Yargıtay HGK., E.2018/8, K.2020/891, T.17.11.2020 (Lexpera)).

²⁶⁸ Deschenaux, **Titre Préliminaire**, s.141; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.304.

²⁶⁹ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.304.

²⁷⁰ Deschenaux, **Titre Préliminaire**, s.145; Arslan, **Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, s.27; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.10; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.274; Chappuis, **Commentaire Romand**, N.24; Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s.459. Elbette ki hâkim, dosyada bulunmayan bir hususun ortaya çıkarılması için meseleyi re'sen araştırmayacaktır. Ancak dosyada mevcut bilgi kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığın anlaşıldığı ölçüde kurumun re'sen uygulanması gerekir (bkz. Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.274, dn.543).

²⁷¹ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.274; Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s.460. Ayrıca bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.10.

²⁷² Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.302.

²⁷³ Schwarz, **Medenî**, s.204.

hâllerde uygulanmasına ihtiyaç duyulacağını sistematik bir şekilde ortaya koymaktır. Bu doğrultuda, aşağıda önce hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanma şartları ve bu yasağın konumuz açısından önemli bir görünümü olan çelişkili davranış yasağı incelenecek, daha sonra da tanıma ve tenfize direnme hakkı açısından bu yasağın uygulanması üzerinde durulacaktır.

B) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Uygulanma Şartları ve Bir Görünüm Biçimi Olarak Çelişkili Davranış Yasağı

Bir kişinin kendisine tanınan bir hakkı kullanması, o kişiye çeşitli yararlar sağlarken bir başkasını zarara uğratabilir veya daha dezavantajlı bir duruma sokabilir²⁷⁴. Çalışma konumuzu teşkil eden tenfize direnme hakkı açısından da durum, doğası itibarıyla, böyledir. Zira tenfiz davalısı kendisine karşı ileri sürülen tenfiz talebine başarılı bir şekilde karşı koyduğunda hakem kararı lehine olan tenfiz davacısı bu kararın, en azından talepte bulunduğu devletin yargı teşkilatı aracılığıyla, zorla icrasını sağlayamayacaktır. Tıpkı borcunu ödememesini takiben alacaklısının iflasını talep ettiği tacirin durumunda²⁷⁵ olduğu gibi, tenfiz davası açısından da bu sonuç, tenfize direnme hakkının normal ve katlanılması gereken bir sonucudur. Dolayısıyla, sırf bir hakkın kullanımının bir başka kişiye zarar vermesi, o hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmeyecektir. Ancak hiç kimse sahip olduğu haklarını kullanmakta tamamen serbest değildir; zira bütün hakların tanınma amaçlarına uygun bir şekilde kullanılması gerekir²⁷⁶. Aksine bir durum, yani bir hakkın amacına aykırı kullanılması, hakkın kötüye kullanımı teşkil edecektir²⁷⁷. Bir hakkın kötüye kullanıldığının tespit edilmesi hâlinde ise kötüye kullanılan hakka dayanan talepler veya savunmalar mahkemece dikkate alınmayacaktır²⁷⁸. Başka bir ifadeyle bu

²⁷⁴ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.254.

²⁷⁵ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.254.

²⁷⁶ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.254.

²⁷⁷ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.23; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.254.

²⁷⁸ Deschenaux, **Titre Préliminaire**, s.146; Arslan, **Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, s.34; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.272; Edis, **Medenî Hukuka Giriş**, s.331; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.107; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, **Medenî**, s.189; Chappuis, **Commentaire Romand**, N.24; Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s.497.

durumda hak sahibi, hukuk sisteminin kendisine tanıdığı korumadan yararlanamayacaktır²⁷⁹.

Vurgulanması gerekir ki, hakkın kötüye kullanılması yasağının, bir hakkın valığı için kanunen aranan şartlarının yerine gelmemesi ve dolayısıyla aslında bir hakkın bulunmaması hâllerinde karıştırılmaması gerekir²⁸⁰. Başka bir ifadeyle, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı bulması için gereken ilk şart bir hakkın varlığıdır²⁸¹. Ancak anılan yasağın uygulama alanı bulabilmesi için hakkını kötüye kullandığı tespit edilen tarafın kusurlu olması veya zarar verme kastının bulunması gerekli değildir²⁸². Buna karşın, doktrinde aksine görüşler de bulunmakla birlikte²⁸³, Yargıtay uygulaması²⁸⁴ ve hâkim görüşü²⁸⁵ uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı bulabilmesi için ilgili tarafın davranışının birine zarar vermiş olması veya zarar tehlikesinin bulunması gerekmektedir. Mesele konumuz açısından incelendiğinde, bir tenfiz engelinin başarılı şekilde ileri sürülmesi hâlinde tenfiz talebinin reddedilmesi sonucunda tenfiz davacısının alacağına kavuşamaması nedeniyle zarara uğrayacağı veya en azından bir zarar tehlikesinin her hâlükârda doğacağı göz önüne alındığında bu noktada benimsenen görüş sonuç itibarıyla bir farklılık yaratmayacaktır.

Peki hangi hâllerde bir hakkın amacına aykırı ve dolayısıyla kötüye kullanıldığından söz edilebilecektir? Öncelikle vurgulanması gerekir ki, bir hakkın

²⁷⁹ Chappuis, *Commentaire Romand*, N.29.

²⁸⁰ Oğuzman/Barlas, *Medenî Hukuk*, s.256; Chappuis, *Commentaire Romand*, N.28.

²⁸¹ Arslan, *Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, s.34; Chappuis, *Commentaire Romand*, N.28; Antalya/Topuz, *Medeni Hukuk*, s.492. Ayrıca bkz. Akyol, *Çelişki Yasağı*, s.83.

²⁸² Oğuzman/Barlas, *Medenî Hukuk*, s.259; Deschenaux, *Titre Préliminaire*, s.144; Edis, *Medenî Hukuka Giriş*, s.327-328; Chappuis, *Commentaire Romand*, N.28. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK., E.2011/4-410, K.2011/511, T.13.07.2011 (Kazancı); Yargıtay HGK., E.2018/8, K.2020/891, T.17.11.2020 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2018/696, K.2020/892 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2020/184, K.2020/894, T.17.11.2020 (Lexpera). Çelişkili davranış yasağı açısından aksi yönde bkz. Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, s.58; Akyol, *Çelişkili Yasağı*, s.16 vd.

²⁸³ Örneğin bkz. Schwarz, *Medenî*, s.201; Oğuzman/Barlas, *Medenî Hukuk*, s.259.

²⁸⁴ Örneğin bkz. Yargıtay HGK., E.2017/881, K.2021/547, T.29.04.2021 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2018/1110, K.2020/1006, T.08.12.2020 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2016/1419, K.2019/1183, T.14.11.2019 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2016/1788, K.2019/941, T.24.09.2019 (Lexpera); Yargıtay 8.HD., E.2021/8291, K.2022/1323, T.17.02.2022 (Lexpera); Yargıtay 8.HD., E.2021/122, K.2021/4895, T.09.06.2021 (Lexpera); Yargıtay 8.HD., E.2018/1329, K.2020/5889, T.07.10.2020 (Lexpera); Yargıtay 8.HD., E.2018/14940, K.2019/113, T.08.01.2019 (Lexpera); Yargıtay 8.HD., E.2017/9284, K.2018/2518, T.20.02.2018 (Lexpera).

²⁸⁵ Aytekin Ataay, *Medenî Hukukun Genel Teorisi*, 3. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s.423; Edis, *Medenî Hukuka Giriş*, s.328-329; Tekinay, *Genel Esaslar*, s.172; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, *Medenî*, s.188.

kötüye kullanılıp kullanılmadığı somut olayın şartları göz önünde tutularak belirlenmesi gereken bir meseledir²⁸⁶. Başka bir ifadeyle, her somut olaya uyabilecek genel bir standart veya kriterin varlığından söz edilemeyecektir²⁸⁷. Hakkın kötüye kullanılması yasağının, zaten hukuk sisteminin genel ve soyut nitelikteki düzenlemelerle kişilere tanıdığı hakların kullanımının hakkaniyete aykırı bir sonuç doğurması hâlinde bu sonucu düzeltmek üzere benimsenen bir prensip olduğu dikkate alındığında böyle bir kriterin varlığı da işin doğasına aykırı olacaktır²⁸⁸. Dolayısıyla bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı, her somut olayda o olayın kendi koşulları dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenecektir²⁸⁹. Hâl böyle olmakla birlikte, uygulamada sıklıkla rastlanılan bazı olaylardan hareketle doktrinde, bir hakkın kötüye kullanıldığı yönünde önemli emareler teşkil edebilecek bazı görünüm biçimlerinin²⁹⁰

²⁸⁶ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.257; Chappuis, **Commentaire Romand**, N.24. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK., E.2017/1300, K.2021/922, T.06.07.2021 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2017/2218, K.2021/646, T.01.06.2021 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2018/821, K.2019/1377, T.17.12.2019 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2017/2577, K.2019/1339, T.10.12.2019 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2017/2565, K.2019/1338, T.10.12.2019 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2017/2589, K.2019/1268, T.03.12.2019 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2018/824, K.2019/1210, T.26.11.2019 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2017/2801, K.2018/86, T.24.01.2018 (Lexpera); Yargıtay HGK., E.2017/786, K.2017/1710, T.13.12.2017 (Lexpera).

²⁸⁷ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.257.

²⁸⁸ Aynı yönde bkz. Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.257. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2020 tarihinde verdiği bir kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "(...) Medeni Kanun, kötüye kullanılan hakkın hukuk düzeni tarafından korunmayacağını belirtmiş olmakla beraber, bir hakkın ne zaman kötüye kullanılmış sayılacağı konusunda bir açıklamaya yer vermemiştir. Esasen, önceden hangi durumlarda hakkın kötüye kullanılmış sayılacağını belirlemek ve belirtmek mümkün de değildir. Daha önce de ifade edildiği gibi, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, hayatın sonsuz ihtimallerinin önceden öngörülerek, düzenlenmesindeki imkânsızlık sonucu oluşturulmuş kurallardır. Düzenlemenin bu amacı karşısında, önceden hakkın kötüye kullanılmasının varlığını tespit etmesi esas alınacak unsur ve ölçütleri belirlemek isabetli bir tutum da olmayacaktır (...)" (bkz. Yargıtay HGK., E.2018/8, K.2020/891, T.17.11.2020 (Lexpera)).

²⁸⁹ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.257; Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s.500.

²⁹⁰ Belirtilmelidir ki doktrinde bu bağlamda farklı sınıflandırmaların ileri sürüldüğü görülmektedir (bkz. Chappuis, **Commentaire Romand**, N.31). Örneğin OĞUZMAN/BARLAS bu kapsamda "hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmaması", "hakkın kullanılmasının hak sahibine sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı oransızlık bulunması", "kendi ahlâka aykırı davranışına dayanarak hak kullanılması" ve "uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulması" şeklinde dört farklı kategoriden bahsetmektedir (bkz. Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.260 vd.). Buna karşın İsviçre doktrininde MERZ ve ardından DESCHENAUX'nun, hakkın amacına aykırı kullanımı (*zweckwidrige Rechtsausübung/le détournement de finalité*), hakkın kullanımında bir menfaat bulunmaması (*unnütze Rechtsausübung/l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit*), menfaatlerin açık dengesizliği (*krasses Missverhältnis der Interessen/la disproportion grossière des intérêts*), hakların özenli kullanılmaması (*schonende Rechtsausübung/l'absence de ménagement dans l'exercice d'un droit*), çelişkili davranış (*widersprüchliches Verhalten/l'attitude contradictoire*), şekle aykırılığın ileri sürülebilmesi (*unzulässige Berufung auf Formungültigkeit/l'inadmissibilité de l'invocation de'un vice de forme*), hakların kaybedilmesi (*Verwirkung/la déchéance par l'écoulement du temps*) ve dürüstlüğü aykırı şekilde hak kazanımı (*unredlicher Rechtserwerb/l'exception de position mal acquise*) şeklinde sekiz farklı kategoriden bahsettiği (bkz. Merz, **Berner Kommentar**, N.33 vd. (naklen: Chappuis, **Commentaire Romand**, N.31, dn.133); Deschenaux, **Titre Préliminaire**, s.168 vd.) ve bu sınıflandırmanın, kimi zaman bazı ekleme veya çıkarmalarla, doktrinin çoğunluğu tarafından takip edildiği ifade edilmektedir (bkz. Chappuis, **Commentaire Romand**, N.31).

sınıflandırıldığı görülmektedir²⁹¹. İnceleme konumuzun temelinde tenfiz davalısının tahkim yargılaması veya iptal davası ile tenfiz davası aşamalarındaki farklı tutumlarının tenfize direnme hakkı üzerindeki etkisi yer aldığından, çalışmamız açısından incelenecek temel görünüm biçimi çelişkili davranış yasağıdır. Bu bağlamda, çelişkili davranış yasağının doktrin ve yargı kararlarında ortaya konulan unsurlarının kısaca ele alınması gerekir.

Her ne kadar hukuk sistemimiz, kişilere tutarlı davranmak veya başka bir ifadeyle çelişkili davranmamak yönünde bir yükümlülük yüklemese de²⁹² bazı hâllerde kişilerin çelişkili davranışı, hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilecek ve böylelikle hakkın kötüye kullanılması yasağına takılabilecektir. Şöyle ki, doktrinde ifade edildiği üzere, belirli yöndeki bir davranışı ile içinde bulunduğu hukuki ilişkinin karşı tarafında korunmaya değer ve esaslı bir güven oluşturan tarafın, artık bu davranışıyla çelişen ve karşı tarafta adeta bir hayal kırıklığı yaratan bir davranışta bulunması, kural olarak, hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilecektir²⁹³. Oldukça eski bir temel hukuk prensibi (*contra venire factum proprium nemini licet*) olan bu esas doktrinde “çelişkili davranış yasağı” olarak isimlendirilmektedir²⁹⁴. Bu bağlamda doktrinde örneğin, herhangi bir nedenle geçersiz olan sözleşmede öngörülen borçların bir itirazda bulunulmadan ifa edildikten sonra bu sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi²⁹⁵ veya hukuki ilişkinin karşı tarafında bir hakkın kullanılmayacağı yönünde haklı bir güven oluşturulduktan sonra bu hakkın kullanılmak istenmesi²⁹⁶ gibi hâllerin, hakkın kötüye kullanımı teşkil edebileceği ifade edilmektedir. Nitekim çalışma konumuzun üzerinde inşa edildiği problematiğin temelinde bulunan davranış(lar) da, burada anılan ikinci durumun bir(er) örneğini teşkil edebilecektir. Dolayısıyla, tenfiz davalısının tenfiz davasından önceki aşamalarındaki hareketsizliği veya belirli yöndeki davranışları sonrasında bir olguyu tenfiz engeli olarak ileri sürmek istemesinin çelişkili bir davranış

²⁹¹ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.260 (Yazarlar, bu sınıflandırmaya uyan olguların varlığının hakkın kötüye kullanıldığını kesin olarak göstermeyeceği gibi bu olguların mevcut bulunmamasının da aksi anlama gelmeyeceğini vurgulamaktadır.); Chappuis, **Commentaire Romand**, N.31.

²⁹² Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.57; Akyol, **Çelişki Yasağı**, s.1; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.268. Mehaz İsviçre Hukuku açısından aynı yönde bkz. Chappuis, **Commentaire Romand**, N.33; Deschenaux, **Titre Préliminaire**, s.171.

²⁹³ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.57 vd.; Akyol, **Çelişki Yasağı**, s.15; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.268; Deschenaux, **Titre Préliminaire**, s.172 vd.; Edis, **Medenî Hukuka Giriş**, s.343 vd.; Chappuis, **Commentaire Romand**, N.33; Antalya/Topuz, **Medenî Hukuk**, s.516.

²⁹⁴ Akyol, **Çelişki Yasağı**, s.1; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.269;

²⁹⁵ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.270; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem – Sözleşme**, 6. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, s.315 vd.

²⁹⁶ Akyol, **Çelişki Yasağı**, s.64 vd.; Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.269

teşkil ettiği²⁹⁷ ve önceki davranışın, tahkim yargılamasının karşı tarafında ilgili olgunun ileride bir tenfiz engeli olarak ileri sürülmeyeceği yönünde haklı bir güven uyandırmış olduğu hâllerde tenfize direnme hakkının kötüye kullanıldığı sonucuna varılabilecektir. Bu mesele, aşağıda “IV) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkı Üzerindeki Etkisi” başlığı altında farklı ihtimaller çerçevesinde detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

C) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Uygulama Alanı Bulması

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, mehzaz İsviçre Hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunun da genel bir kuralı olduğundan yalnızca Medenî hukuk veya özel hukuk alanında değil, kamu hukuku ve usûl hukuku²⁹⁸ dâhil olmak üzere hukukun her alanında daima dikkate alınması gereken temel bir hukuk ilkesidir²⁹⁹. Nitekim usûl hukuku açısından bu husus, TMK md.2 hükmünün usûl hukukundaki özel bir görünüm biçimi olan HMK md.29(1) hükmünde açıkça düzenlenmiştir³⁰⁰. Bu bağlamda çelişkili davranış yasağı da davanın açılmasından sonlanmasına kadar geçen süreçte tüm usûlî işlemler açısından uygulama alanı bulacaktır³⁰¹. Türk mahkemeleri önünde cereyan eden tanıma tenfiz davalarının da Türk usûl hukukuna göre yürütüldüğü göz önüne alındığında dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, elbette ki yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında da uygulama alanı bulacaktır³⁰². Başka bir deyişle çelişkili davranış yasağı ve genel olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı, usûlî bir hak olan tenfize

²⁹⁷ Doktrinde, önceki davranış ile sonraki davranış arasındaki çelişkinin “gözle görülür” olması gerektiği vurgulanmaktadır (bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.58). Ayrıca bkz. Akyol, **Çelişki Yasağı**, s.13 vd.

²⁹⁸ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.253; Arslan, **Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, s.47 vd.; Akyol, **Çelişki Yasağı**, s.147 vd.; Edis, **Medenî Hukuka Giriş**, s.302-303; Güray Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15.Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017, s.912; Chappuis, **Commentaire Romand**, N.6. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının usûl hukukundaki görünüm biçimlerine ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Arslan, **Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, s.47 vd.; Akyol, **Çelişki Yasağı**, s.152 vd.; Erdönmez, **Pekcanıtez Medenî Usûl**, s.912 vd.

²⁹⁹ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.251; Chappuis, **Commentaire Romand**, N.6;

³⁰⁰ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.253.

³⁰¹ Akyol, **Çelişki Yasağı**, s.154.

³⁰² Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında uygulama alanı bulduğu örnek kararlar için bkz. “IV) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkı Üzerindeki Etkisi” başlığı altında örnek verilen kararlar.

direnme hakkının da bir sınırını teşkil edecektir. Bu bağlamda mesele, tanınması ve tenfizi MÖHUK’a tâbi olan yabancı hakem kararları açısından incelendiğinde bu tespitimiz açısından ek bir inceleme gerekli değildir. Zira bu durumda zaten Türk usûl hukuku düzenlemeleri ve prensipleri tanıma ve tenfiz davasında da uygulama alanı bulacaktır. Ancak New York Konvansiyonu’na tâbi olarak yürütülen tanıma tenfiz davaları açısından mesele, ayrıca ele alınmalıdır. Çünkü bu hâllerde tanıma tenfiz davası Konvansiyon hükümlerine tâbi olup Konvansiyon’da ne dürüstlük kuralı ne de hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin açık bir düzenleme yer almaktadır. Dolayısıyla, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının Konvansiyon’a tâbi tenfiz davaları açısından nasıl uygulama alanı bulacağının tespit edilmesi gerekir.

Vurgulanmalıdır ki bu meselenin gerek Türk Hukuku gerekse karşılaştırmalı hukukta doktrin ve yargı kararlarında pek ele alınmadığı görülmektedir. Bu bağlamda öncelikle belirtilmesi gerekir ki, bir önceki bölümde de ifade ettiğimiz üzere New York Konvansiyonu tenfize direnme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmese de, böyle bir sınırlamanın yapılmasına engel de olmamaktadır³⁰³. Ancak bu noktada, hakkın kötüye kullanılması yasağının Konvansiyon kapsamında nasıl uygulama alanı bulacağının belirlenmesi gerekir. Zira bu belirleme, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanma şartlarının tespit edilebilmesi açısından kritik önemi haizdir.

Konuyu doktrinde inceleyen sınırlı sayıdaki yazarlardan biri olan VAN DEN BERG’in New York Konvansiyonu’na ilişkin kaleme aldığı şerhinde mesele, tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına aykırılık nedeniyle geçersizliği iddiasının ilk kez tenfiz davasında ileri sürülmüş olması ihtimali üzerinden incelenmiştir. Buradaki sorunun esasında bir tarafın New York Konvansiyonu’nun hükümlerini ilerini sürmesinin *estoppel* doktrini³⁰⁴ kapsamında engellenip engellenemeyeceği sorusunun bir parçası olduğunu ifade eden yazar, bu bağlamda üç farklı yaklaşımın

³⁰³ Bkz. yukarıda “C) Tanıma ve Tenfize İlişkin Düzenlemelerimizin Sessizliği: Bilinçli Susma?” başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

³⁰⁴ Daha önce de ifade ettiğimiz üzere bu kurumun hukukumuzdaki karşılığı hakkın kötüye kullanılması yasağının bir görünüm biçimi olan çelişkili davranış yasağı olduğundan, yazarın bu değerlendirmeleri hakkın kötüye kullanılması yasağı açısından da geçerli olacaktır. Ancak yazar tarafından kullanılan terminolojiye sadık kalınması adına bu başlıkta çelişkili davranış yasağını ifade etmek üzere yer yer *estoppel* kavramı kullanılmıştır.

benimsenebileceğini ifade etmiştir: New York Konvansiyonu kapsamında bu prensibin uygulama alanı bulmaması³⁰⁵, prensibin tenfiz devleti hukukunun bir parçası olarak uygulanması³⁰⁶ veya prensibin New York Konvansiyonu’nun temel prensiplerinden biri olarak Konvansiyon’un bir parçası olarak uygulanması³⁰⁷. Yazara göre tercih edilmesi gereken yaklaşım, bu prensibin bizzat Konvansiyon içinde mündemiç olduğudur; zira bu yaklaşım hem daha yakın zamanlarda yürürlüğe giren modern tahkim kanunlarının benimsedikleri çözümle örtüşmekte hem de meseleyi iç hukuklara bağlamadığından aksi yönde sonuçlara varan mahkeme kararlarının doğurduğu olumsuz sonuçları bertaraf etmektedir³⁰⁸. Bu yaklaşımın hukuki temelinde ise New York Konvansiyonu md.V hükmünün tenfiz hâkimine takdir yetkisi tanıyan lafzı bulunmaktadır³⁰⁹. Buna göre, bir tenfiz engelini ileri sürülmesi “dürüstlük kuralına” aykırılık teşkil ettiğinde tenfiz hâkimi, bu engelin varlığına rağmen Konvansiyon md.V hükmünün kendisine tanıdığı takdir yetkisine dayanarak kararın tenfizine karar verebilecektir³¹⁰.

Gerçekten de karşılaştırmalı hukukta özellikle Alman yazarlarca kaleme alınan eserlerde ve Alman mahkeme kararlarında dürüstlük kuralının ve çelişkili davranış yasağının uluslararası hukukun genel bir prensibi olmasından hareketle New York Konvansiyonu’nun da temelinde yer aldığı görüşünün savunulduğu görülmektedir³¹¹.

³⁰⁵ Van den Berg, **NYC**, s.184. Yazar bu yaklaşımı anmakla birlikte bu yaklaşımın doğuracağı sonuçların tatmin edici olmayacağını (*unsatisfactory*) ifade etmektedir.

³⁰⁶ Van den Berg, **NYC**, s.184.

³⁰⁷ Van den Berg, **NYC**, s.184. Yazar, her ne kadar bu ihtimalleri New York Konvansiyonu madde II hükmünde ifadesini bulan yazılı şekli şartı açısından ele almış olsa da yapılan değerlendirmeler Konvansiyon’un diğer hükümleri açısından da uygulanabilir durumdadır (aynı yönde bkz. Supreme Court of Hong Kong, China Nanhai Oil and Shenzhen Branch v. Gee Tai, MP 2411, 13.07.1994, s.19 <https://newyorkconvention1958.org/doc_num_data.php?explnum_id=1697>). Nitekim yazar da meselenin genel anlamda New York Konvansiyonu hükümlerinin ileri sürülmesinin engellenip engellenemeyeceği sorusu ile bağlı olduğunu ifade ederek bu bağlantıyı bizzat kendisi kurmuştur (bkz. Van den Berg, **NYC**, s.184 vd.)

³⁰⁸ Van den Berg, **NYC**, s.185.

³⁰⁹ Van den Berg, **NYC**, s.185.

³¹⁰ Van den Berg, **NYC**, s.185. Nitekim Hong Kong Yüksek Mahkemesi hâkimi Neil Kaplan’ın da VAN DEN BERG’in bu görüşünü benimsediği görülmektedir (bkz. Supreme Court of Hong Kong, China Nanhai Oil and Shenzhen Branch v. Gee Tai, MP 2411, 13.07.1994, s.20). Keza Hong Kong İstinaf Mahkemesi’nin de bir kararında benzer yönde bir değerlendirme yaptığı görülmektedir (bkz. Hong Kong Court of Final Appeal, FACV No.10 1998, 09.02.1999, <<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-heibei-import-export-corp-v-polytek-engineering-co-ltd-judgment-of-the-final-appeal-court-of-the-hong-kong-special-administrative-region-tuesday-9th-february-1999>>, N.92).

³¹¹ Örneğin bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.266; Kröll, **Präklusion**, s.434; Kröll, **Treu und Glauben**, s.147; Solomon, **NYC in Germany**, s.342. Nitekim KRÖLL, en azından Alman hukukunda, dürüstlük kuralının New York Konvansiyon’un temel prensiplerinden biri olduğunun kabul edildiğini

Bu görüşe göre, hakem kararının tenfizine direnen tarafın tenfiz engellerine dayanmasının “dürüstlük kuralına aykırılık” teşkil ettiği hâllerde tarafın bu savunmasının dikkate alınmaması bizzat Konvansiyon’dan doğan bir sonuçtur³¹². Başka bir deyişle bu sonuç, tenfiz devlet(ler)i hukukundan bağımsız olarak tamamen Konvansiyon’dan kaynaklanmaktadır.

Buna karşın daha sonraki yıllarda VAN DEN BERG’in editörlüğünü üstlendiği ve New York Konvansiyonu’na ilişkin farklı devlet mahkemelerince verilmiş kararları bir araya getirmek üzere hazırlanan ICCA Ticari Tahkim Yıllığı’nda (*ICCA Yearbook Commercial Arbitration*) yazarın, her ne kadar buna imkân tanıyan hüküm Konvansiyon md.V hükmü olsa da *estoppel* meselesinin, en nihayetinde milli hukuklara tâbi olduğunu ve bu hukukun hâkimin hukuku yani tenfiz davası aşamasında tenfiz devleti hukuku veya tahkime uygulanan hukuk olduğunu ifade ettiği görülmektedir³¹³. Benzer şekilde KRÖLL’e göre de dürüstlük kuralı Konvansiyon’un temelinde yer almakla birlikte, bu prensibin içeriği ve usûlî etkileri tenfiz devleti hukukuna göre belirlenecektir³¹⁴. Yazara göre bu durum, tenfiz davasının yürütüleceği usûlü bizzat tenfiz devleti hukukuna tâbi kılan Konvansiyon md.III hükmünün bir sonucudur³¹⁵.

Her iki yaklaşımın da esasında hakkın kötüye kullanılması yasağının Konvansiyon kapsamında uygulama alanı bulacağını kabul ettiği göz önüne alındığında ilk bakışta bu tartışmaları anmanın bir yararı olmadığı düşünülebilir.

vurgulamaktadır (bkz. Kröll, **Treu und Glauben**, s.147). Bu yöndeki Alman Mahkeme kararları için ayrıca bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.266, dn.89.

³¹² Borris/Hennecke, **Article V**, s.267.

³¹³ Van den Berg, **Yearbook 2003**, s.643.

³¹⁴ Kröll, **Treu und Glauben**, s.147. Nitekim, dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağının Konvansiyon’un temelinde yer aldığını ifade eden Almanya Federal Mahkemesi’nin kararlarında da, çelişkili davranış yasağının şartları ortaya konulurken Alman hukukuna dayanıldığı ve incelemenin Alman hukukuna göre yapıldığı görülmektedir (örneğin bkz. BGH, III ZB 100/09, 16.12.2010, <http://disarb-db.org/decisions/FBkJu_1NQoCrj9w_K3kaoQ>; BGH, 17.04.2008, III ZB 97/06, <http://disarb-db.org/decisions/G53UHj_xTW2yH5Ydg28bg>.).

³¹⁵ Kröll, **Treu und Glauben**, s.147. Nitekim VAN DEN BERG de New York Konvansiyonu’na ilişkin kaleme aldığı şerhin md.III hükmüne ilişkin bölümünde, tenfiz engellerinin ileri sürülmesinin engellenmesinde *estoppel* doktrinin uygulanmasının md.III hükmü uyarınca tenfiz devleti hukukuna tâbi olduğunun söylenebileceğini ifade etmektedir. Ancak yazar, bu prensibin Konvansiyon’a mündemiç olan bir prensip olduğunun da iddia edilebileceğini not düşmektedir (bkz. Van den Berg, **NYC**, s.240). Keza *estoppel* meselesinin md.III hükmüyle bağlantılı olduğu yönünde bkz. Andreas Börner, “Article III”, **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, (eds. Herbert Kronke/Patricia Nacimiento/Dirk Otto/Nicola Christine Port), Kluwer Law International, 2010, s.121.

Ancak önemle vurgulanmalıdır ki mesele, hakkın kötüye kullanılması yasağının ve bunun bir görünüm biçimi olarak çelişkili davranış yasağının uygulanma şartlarının belirlenebilmesi açısından elzendir. Zira bu kurumun tenfiz devleti hukukunun bir parçası olarak uygulanacağı sonucuna varılması hâlinde uygulanma şartları tenfiz devleti hukukuna tâbi olacak; Konvansiyon'un bir temel ilkesi olarak uygulama alanı bulduğu sonucuna varılması hâlinde ise uygulanma şartları da Konvansiyon'a tâbi olacaktır. Hâl böyle olmakla birlikte, çelişkili davranış yasağının uygulama şartları açısından gerek özellikle kıta Avrupası hukuk sistemlerinde benimsenen³¹⁶ gerekse çelişkili davranış yasağının Konvansiyon uyarınca uygulanmasını savunan yazarlarca ileri sürülen³¹⁷ kriterlerin temelde birbirleriyle örtüştüğü görülmektedir: çelişkili bir davranışın varlığı ve bu davranışın ilişkinin karşı tarafında korunmaya değer bir güven oluşturmuş olması.

Kanaatimizce, KRÖLL tarafından benimsenen yaklaşım Konvansiyon sistematigiyle daha uyumlu olduğu gibi uygulama açısından daha öngörülebilir sonuçlar doğurmaktadır. Zira gerçekten de Konvansiyon md.III hükmü uyarınca tanıma ve tenfiz davasının yürütüleceği usûl tenfiz devleti hukukuna tâbi kılınmıştır³¹⁸. Bu bağlamda bir usûli hak olan tanıma ve tenfize direnme hakkının ileri sürülmesine ilişkin temel prensiplerin de, elbette ki Konvansiyon hükümlerinin düzenlediği alanlar

³¹⁶ Örneğin Fransız Yargıtayı içtihadında, çelişkili davranış yasağının *estoppel* prensibine dayandırıldığı ve bu bağlamda Mahkeme'nin içtihadı uyarınca *estoppel* prensibinin uygulanmasına ilişkin, tenfiz engeline dayanan tarafın davranışında değişiklik ve ilgili tarafın davranışının karşı tarafı yanlış yönlendirip bu davranışa "dayanmasına" yol açması olmak üzere iki farklı kriterin benimsendiği görülmektedir (bkz.Borris/Hennecke, **Article V**, s.266; ayrıca bkz. François-Xavier Train, "Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères: le droit français au prisme de la Convention de New York", **Revue Internationale de Droit Comparé**, S.2, 2014, s.261, dn.45). Keza benzer şekilde, her ne kadar Alman Mahkemeleri'nin 2008 yılı öncesindeki kararlarında tenfiz engelini ileri sürmek isteyen tarafın çelişkili bir davranış içinde bulunması tenfiz engelini ileri sürmesinin engellenmesi için yeterli kabul edilmiş olsa da, Almanya Federal Mahkemesi'nin 2008 yılında verdiği bir kararında çelişkili davranış yasağı için belirlenen esaslara göre, tenfiz engeline dayanan tarafın yalnızca çelişkili davranış içinde bulunması yeterli olmayıp aynı zamanda önceki davranışının veya hareketsizliğinin karşı tarafta haklı bir güven oluşturmuş olduğunun veya başka bazı nedenlerle dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğinin tespiti gerekecektir (bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.269 vd.; Kröll, **Treu und Glauben**, s.147 vd.).

³¹⁷ Bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.266. Yazarlar, Konvansiyon'a mündemiç bir prensip olarak çelişkili davranış yasağının iki farklı şartı olduğu ifade etmektedir. Buna göre ilk şart, tenfize direnen tarafın ileri sürdüğü tenfiz engeline ilişkin olarak çelişkili bir davranış içinde olması gerekliliğidir. Başka bir deyişle, tarafın belirli bir tenfiz engelini ileri sürmesinin tahkim yargılaması sırasındaki davranışlarıyla çelişiyor olması gerekir. Ancak çelişkili davranışın varlığı tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu davranışın hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesi gerekir ki bu, tenfize direnen tarafın tahkim yargılaması sırasındaki davranışlarının karşı tarafta söz konusu aykırılığın daha sonraki süreçte ileri sürülmeyeceğine ilişkin haklı bir beklenti oluşturmuş olmasını gerektirir.

³¹⁸ Van den Berg, **NYC**, s.236 vd.; Börner, **Article III**, s.121 vd.; Scherer, **Article III**, s.205.

saklı kalmak üzere³¹⁹, tenfiz devleti hukukuna tâbi olması bu hükmün doğal bir sonucudur. Kaldı ki, hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin Konvansiyon'da açık bir düzenlemenin yer almayışı bu prensibin Konvansiyon uyarınca uygulanma şartlarının belirlenmesini de zorlaştıracak ve öngörülebilirliği oldukça azaltacaktır. Oysaki, daha önce de vurguladığımız üzere Konvansiyon'da zaten oldukça sınırlı bir şekilde düzenlenmiş olan tenfize direnme hakkının daha da sınırlandırılması söz konusu olduğunda öngörülebilirlik ve belirliliğin sağlanması oldukça önemlidir. Bu bağlamda meselenin tenfiz devleti hukukuna tâbi kılınması, öngörülebilirliğin ve hukuki belirliliğin sağlanmasına daha iyi hizmet edecektir. Bu şekilde Konvansiyon'un uygulanışı açısından tam manasıyla yeknesaklık sağlanamayacaksa da bu durum, bizzat Konvansiyon'un usûlî meseleleri *lex fori*'ye tâbi tutmasının doğal bir sonucu olarak görülebilir.

II) Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Sınırlandırılması İhtiyacının Doğmaması: İleri Sürülebilecek Bir Tanıma Tenfiz Engelinin Bulunmaması

Çalışmamızın ilk bölümünde genel çerçevesini çizdiğimiz problematiğin doğması ve bu bağlamda tenfize direnme hakkının sınırlandırılması ihtiyacından söz edilebilmesi, her şeyden önce bu hakkın konusunu oluşturabilecek bir tenfiz engelinin varlığına bağlıdır. Tenfiz davalısınca ileri sürülebilecek bir tenfiz engelinin mevcut olmadığı hâllerde tenfize direnme hakkından da söz edilemeyeceğinden, bu hakkın bir sınırının olup olmadığını ve hakkın kötüye kullanılması yasağı engeline takılıp takılmayacağını sorgulamak manasız olacaktır³²⁰. Bu bağlamda tenfize direnme hakkı bir sapana, tenfize direnme hakkının konusunu oluşturan tenfiz engelleri ise birer taş benzetelebilecektir. Hedefe atılabilecek bir taş olmadıkça sapanın kullanılmasını engelleme ihtiyacından da söz edilemeyecektir. Ayrıca, ortada bir tenfiz engeli mevcut değilken tenfize direnme hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığını değerlendirmek hukuk tekniği açısından da hatalı olacaktır. Zira, bir önceki başlıkta da vurguladığımız üzere, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı bulabilmesi için gerekli ilk şart, şüphesiz ki bir hakkın varlığıdır.

³¹⁹ Börner, **Article III**, s.120; Scherer, **Article III**, s.209.

³²⁰ Benzer yönde bkz. Kröll, **Treu und Glauben**, s.215 vd.

İlk bakışta malûmun ilanı olarak yorumlanabilecek bu ifademiz, haklı olarak gariipsenebilecektir. Ancak tenfize direnme hakkının temelinde bulunan tenfiz engelleri incelendiğinde, kural olarak bunların her birinin birer olguya karşılık geldiği görülmektedir. Gerçekten de tahkim anlaşmasının geçersizliği, hakem heyetinin yetkisini aşması, hakem heyetinin taraf anlaşmasına uygun bir şekilde oluşmaması veya tahkim yargılamasının taraf anlaşmasına aykırı şekilde yürütülmesi gibi tenfiz engellerinin tamamı, başlı başına bir hak olmaktan ziyade birer olguya karşılık gelmektedir³²¹. Bu olguların tenfiz davası sırasında ileri sürülebilmesinin nedeni ise bunların tenfize direnme hakkı şeklinde vücut buluyor olmasıdır. Tam da bu noktada incelenmesi gereken mesele, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğinin veya belirli yöndeki davranışlarının bizzat bu olguların ortadan kalkmasına sebebiyet verip veremeyeceğidir. Zira, ilgili olgunun ortadan kalktığı sonucuna varılabildiği ölçüde bu olgunun tenfize direnme hakkı olarak vücut bulması da söz konusu olamayacaktır.

Giriş bölümünde de vurguladığımız üzere, tüm tenfiz engellerinin detaylıca incelenmesi çalışmamızın kapsamını aşacağından, her başlık altındaki temel yaklaşımımız ve buradan çıkarılabilecek genel prensipler Konvansiyon md.V(1)(a) hükmünde ifadesini bulan tahkim anlaşmasının geçersizliği tenfiz engeli özelinde incelenerek ortaya konulmaya çalışılacak, diğer tenfiz engellerine ilişkin olarak ise kısa açıklamalarda bulunulmakla yetinilecektir. Bu bağlamda aşağıda (A) *Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği Tenfiz Engeli Özelinde Konunun İncelenmesi* başlığı altında çalışmamızda ortaya konulmak istenen temel yaklaşım Konvansiyon md.V(1)(a) özelinde ele alınacak, ardından (B) *Değerlendirme* başlığı altında konuya ilişkin ilkesel açıklamalarda bulunulacaktır.

³²¹ Bu meseleye ilişkin bkz. yukarıda “A) Sorunun Kaynağı: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Dayanağını Oluşturan Hukuka Aykırılıkların Tenfiz Öncesi Aşamalarda İleri Sürülebilirliği” başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

A) Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği Tenfiz Engeli Özelinde Konunun İncelenmesi

Çalışmamızın sınırları nedeniyle bir tenfiz engelinin seçilmesi zorunluluğu bir yana tahkim anlaşmasının geçersizliği, bu başlıkta ileri sürülmek istenen temel yaklaşımın en net ortaya konulabileceği tenfiz engelidir. Şöyle ki tahkim anlaşması, temel sonuçlarını usûl hukuku alanında doğurmakla birlikte, en nihayetinde bir borçlar hukuku sözleşmesidir³²². Bilindiği üzere hukukumuzda olduğu gibi³²³ birçok hukuk sisteminde de bir sözleşmenin akdedilmesi için yegâne yol tarafların açık irade beyanı olmayıp taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiler örtülü irade beyanlarının bir sonucu olarak da kurulabilmektedir³²⁴. Bu iki temel ilke göz önüne alındığında³²⁵ şu sorunun cevaplanması gerekmektedir: acaba taraflardan birinin karşı tarafla arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunmamasına rağmen bir tahkim yargılaması başlatması, tahkim anlaşması akdedilmesi yönünde bir öneri; karşı tarafın herhangi bir itirazda bulunmadan tahkim yargılamasına katılarak bu anlaşmayı adeta ifa etmesi örtülü bir kabul olarak yorumlanarak bu şekilde taraflar arasında yeni bir tahkim anlaşması

³²² Kuru, **HUMK**, s.5944; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.852; Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s.37; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.629. Nitekim tahkim anlaşmasının bu niteliği, Yargıtay kararlarında da ifadesini bulmaktadır. Örneğin bkz. Yargıtay 15.HD., E.2009/1438, K. 2009/2153, T. 13.04.2009 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 13. HD., E.1990/8778, K. 1991/4492, T. 25.04.1991 (Kazancı İçtihat Bankası): “(...) Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir akit olduğu için, akitler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. (...)”.

³²³ Dural/Sarı, **Özel Hukuk**, s.199; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 27. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 139; Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 19. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023, s. 42

³²⁴ Tahkim anlaşmasının zımnî irade yoluyla da kurulabileceği yönünde bkz. Esen, **Teşmil**, s.239; Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s.37; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.653; Bilgin Tiryakioğlu, “Çok Taraflı Tahkim”, **XII. Milletlerarası Tahkim Semineri (27 Aralık 2014)**, ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, s.104; Mustafa Erkan, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 2013, s.54; William Park, “Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”, **Multiple Parties in International Arbitration**, Oxford, 2009, s.3.

³²⁵ Doktrinde ifade edildiği üzere sözleşmelerin kuruluşuna yönelik iradelerin ne şekilde açıklanacağı veya bu yönde bir iradenin varlığının tespitinde borçlar hukukunda yer alan prensipler tahkim anlaşmaları açısından da uygulama alanı bulacaktır (bkz. Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s.61). Nitekim İstanbul 8.Asliye Ticaret Mahkemesi’nin E.2001/283, K.2001/701 sayı ve 12.06.2001 tarihli kararında da örtülü kabule ilişkin TBK md.6 hükmü, tahkim anlaşması açısından da uygulanmıştır: “(...) Davalı vekili Rapora karşı satış sözleşmelerindeki imzaların davalı şirket yetkililerine ait olmadığını savunmuş ise de BK’nun 6.maddesinde belirtildiği üzere icapta bulunan kimse gerek işin özel niteliğinden, gerek hal ve durumun icabından dolayı açık. Bir kabulü beklemek mecburiyetinde olmadığı takdirde icap uygun bir müddet içerisinde ret olunmamış ise sözleşme bağitlanmış sayılır. Somut olayda da tekstil ürünleri ticareti ile uğraşan davalı, yapılacak sözleşmenin esaslı unsurlarını ve bu meyanda tahkim şartını da içeren davalı tarafça gönderilmiş faks yazılarına öyle bir sözleşme ile bağlanmak istemiyorsa dürüstlük kurallarına göre uygun bir süre içinde itiraz etmelidir (...)” (yayımlanmayan kararın ilgili kısmı için bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.425, dn.581).

kurulmuş olduğu sonucuna varılabilecek midir? Bu sorunun olumlu cevaplanabildiği ölçüde, ki bu mesele hemen aşağıda (1) *Davalının Tahkim Yargılaması Sırasındaki Davranışlarının Zımnî İrade Olarak Yorumlanması* başlığı altında incelenecektir, en azından ilgili engel açısından tenfize direnme hakkı doğmayacağından ne tenfize direnme hakkının sınırlandırılması ihtiyacından ne de böyle bir hakkın varlığından söz edilebilecektir. Ancak Konvansiyon md.V(1)(a) anlamında geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edilebilmesi için tahkim iradesinin varlığı tek başına yeterli olmayıp bu durumun zımnî irade yorumu açısından etkisi (2) *Tahkim Anlaşmasının Diğer Geçerlilik Koşullarının Etkisi* başlığı altında ele alınacaktır.

1) Davalının Tahkim Yargılaması Sırasındaki Davranışlarının Zımnî İrade Olarak Yorumlanması

Vurgulanması gerekir ki mesele tahkim anlaşmasının geçersizliği tenfiz engeli açısından değerlendirildiğinde, davalının tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğinin taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması kurulmasına ve dolayısıyla ilgili tenfiz engelinin ortadan kalkmasına yol açıp açmayacağı sorusuna cevap verecek hukuk, kural olarak, tenfiz devleti hukuku olmayacaktır. Şöyle ki, hukuki niteliği itibariyle bir sözleşme olan tahkim anlaşmasının tarafların örtülü iradelerinin bir sonucu olarak kurulup kurulamayacağı sorunu, özünde tarafların tahkime gitmek konusunda iradelerinin bulunup bulunmadığının tespiti ve taraf iradelerinin yorumu ile ilgili olduğundan, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine ilişkin bir husustur³²⁶. Tenfiz düzenlemelerimiz ise, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine ilişkin herhangi bir maddi kural ihtiva etmemekte, bunun yerine içerdiği kanunlar ihtilafı kuralı düzenlemesiyle bu meselenin hangi

³²⁶ Reinmar Wolff, “Article II”, *New York Convention Article-by-Article Commentary* (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s.107. Bunun nedeni tarafların tahkim iradesi olup olmadığı meselesinin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka tâbi olmasıdır (bkz. Van den Berg, NYC, s.290; Hatice Özdemir Kocasakal, “Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk”, XII. Milletlerarası Tahkim Semineri (27 Aralık 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, s.37; Özel, *Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, s.79; Özel, *Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği*, s.317; Kaufman-Kohler/Rigozzi, *Arbitrage*, s.83; Klaus Peter Berger, “Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?” *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (ed. Albert Jan Van den Berg), ICCA Congress Series No:13, Kluwer Law International, 2007, s.322; Meier, *BK IPRG*, s.988).

hukuka tâbi olduğunu göstermektedir³²⁷. Gerek New York Konvansiyonu md.V(1)(a) gerekse MÖHUK md.61(1)(e) hükmü uyarınca bu hukuk, tarafların tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere seçtikleri hukuk³²⁸; böyle bir seçimin bulunmaması hâlinde ise tahkim yeri hukukudur³²⁹. Taraflarca genelde böyle bir hukuk seçiminin yapılmadığı ve tahkim yerinin Türkiye olması hâlinde zaten açılacak bir tenfiz davasından da söz edilemeyeceği göz önüne alındığında, Türk mahkemeleri önünde açılan bir tenfiz davasında mesele, kural olarak, Türk hukukuna göre değil tahkim yeri hukukuna göre değerlendirilecektir.

Doktrinde, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun, taraflar arasında yeni bir tahkim anlaşması akdedilmiş olduğunun kabulü için tarafların tahkim anlaşması akdetmek yönündeki iradelerinin varlığının tespitini gerektireceği ifade edilmektedir³³⁰. Dolayısıyla, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki hangi hareketlerinin “tahkim anlaşmasının kabulü” anlamına gelebileceğinin tespit edilmesi gerekir. Her ne kadar bu soruya cevap verecek hukuk Türk hukuku olmayacaksa da, bu bağlamda Türk doktrininde konuya ilişkin verilen örneklerin incelenmesi çalışmamız açısından yol gösterici olacaktır.

Önemle vurgulanması gerekir ki, davalının tahkim yargılaması sırasındaki salt “hareketsizliği” böyle bir iradenin ortaya konulabilmesi için, kural olarak, yeterli değildir³³¹. Başka bir deyişle tahkim iradesi, davalının tahkim yargılaması sırasındaki

³²⁷ New York Konvansiyonu kural olarak tenfiz engellerine ilişkin maddi düzenlemeler içermemekte, bunun yerine içerdiği kanunlar ihtilafı kurallarıyla ihtilafçı (*conflictualiste*) bir yaklaşım benimsemektedir (bkz. Fouchard, **Suggestion**, s.659). Temelinde Konvansiyon hükümlerinin yer aldığı dikkate alındığında aynı yorum, MÖHUK md.62 hükmü açısından da geçerli olacaktır.

³²⁸ Ancak doktrinde vurgulandığı üzere bazı hâllerde taraflar arasında tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk örtülü bir şekilde de seçilmiş olabilecektir, bu durumda bu hukukun dikkate alınması gerekir (bkz. Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.651). Konuya ilişkin detaylı bir inceleme için ayrıca bkz. Luis Bravo Abolafia, “Implied Choice of the Law Applicable to the Arbitration Agreement: The Effect on Non-Signatories in International Arbitration”, **ASA Bulletin**, C.37, S.1, s.64-81; Ayşe Elif Uslu, “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zimni Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi”, **Tahkim ve Uygulanacak Hukuk** (eds. Ziya Akıncı/Berk Demirkol), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021, s.31 vd.

³²⁹ Akıncı, **Tenfiz**, s.119; Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.85; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.19; Özel, **Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği**, s.317; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.554; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.651; Wolff, **Article II**, s.104. Konuya ilişkin detaylı bir inceleme için ayrıca bkz. Candan Yasan Tepetaş, “Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukukun Tayinindeki Yaklaşımlar ve Türk Hukukundaki Etkileri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XL, S.2, 2024, s.277 vd.

³³⁰ Wolff, **Article II**, s.107.

³³¹ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.56.

hareketsizliğinden ziyade esasında belirli yöndeki davranışlarına dayanılarak ortaya konulabilecektir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın hakem heyetince çözülmesine ilişkin zımnî iradeyi gösterir davranışlara verilebilecek ilk örnek, şüphesiz ki tahkim yargılamasının, bizzat tenfiz davalısınca başlatılmış olduğu hâllerdir³³². Benzer şekilde, kendisine karşı devlet mahkemelerinde açılmış davada tahkim ilk itirazında bulunmuş olan tenfiz davalısının bu davranışı da, dava konusu uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin iradesini gösterir niteliktedir³³³. Bunun yanında, tenfiz davalısının, tahkim yargılaması sırasında yetki itirazında bulunmadan davanın esasına ilişkin savunmalarda bulunması da, zımnen tahkime muvafakat ettiği şeklinde yorumlanabilecektir³³⁴. Zira esasa ilişkin savunmalarını bir yargı merci olan hakem heyetine sunan davalı, herhangi bir itirazda bulunmadıkça, hakem heyetinin bu iddiaları değerlendirmeye yetkili olduğunu da adeta beyan etmektedir. Nitekim doktrinde de, hakem heyetinin yetkisine ilişkin itirazın en geç ilk cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiği vurgulanmaktadır³³⁵. Benzer şekilde, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasında kendisine karşı yöneltilen talep açısından herhangi bir çekince ileri sürmeden karşı dava açması da artık hakemlerin ilgili uyuşmazlıkların çözümü hakkında yetkili olduklarını kabul ettiğini gösterebilecektir³³⁶. Keza davalının görev belgesini hiçbir çekince koymadan imzalaması da, onun tahkim anlaşmasını kabul ettiği anlamına gelebilecektir³³⁷. Ayrıca doktrinde, hakemlerin yetkisine ilişkin herhangi bir itirazda bulunmadan taraflardan birince takas beyanında bulunulması³³⁸ veya tahkimde dava açıldıktan sonra hemen sulh olarak bu anlaşmanın bir hakem kararı hâline getirilmesinin talep edilmesi³³⁹ hâllerinde de ilgili tarafın, hakemlerin

³³² Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s.38.

³³³ Esen, **Teşmil**, s.239.

³³⁴ Kuru, **HUMK**, s.5995; Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.59; Esen **Teşmil**, s.239; Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s.38; Özdemir Kocasakal, **Tahkim Anlaşması**, s.48; Tiryakioğlu, **Tahkim**, s.104.

³³⁵ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.59. Bununla birlikte “cevap dilekçesi”nden ne anlaşılması gerektiği meselesi tahkim usûlüne uygulanan kurallara göre belirlenecektir (konuya ilişkin detaylı açıklamalarımız için bkz. aşağıda s.139 vd.).

³³⁶ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.61.

³³⁷ Ziya Akıncı, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.2, Beta Yayıncılık: İstanbul, 2003, s.981; Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.61; Esen, **Teşmil**, s.239-240; Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s.38; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.211; Tiryakioğlu, **Tahkim**, s.104; Zelâl Narçin Tosun, **Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi**, Yetkin Yayıncılık: Ankara, 2009, s.30. Ayrıca bkz. Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.05[B][i]. Aksi yönde bkz. Nomer, **Görev Belgesi**, s.10 (Yazar’a göre görev belgesinde tahkim anlaşmasının varlığı veya geçerliliğine ilişkin bir beyan yer almadıkça, görev belgesinin hiçbir çekince konulmadan imzalanmış olması tahkim anlaşmasına icazet olarak yorumlanamayacaktır).

³³⁸ Zira bu durumda ilgili taraf, hakemlerin çekişmeli alacak hakkında karar vermesini talep ediyor olmaktadır (bkz. Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.62).

³³⁹ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.62.

yetkisine muvafakat etmiş olacağı ifade edilmektedir. Nitekim, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin olmasa da bazı Yargıtay kararlarında da benzer bir tutumun benimsendiği görülmektedir. Gerçekten de, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde verilmiş bir hakem kararını temyizen inceleyen Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 4685/5372 sayı ve 11.11.1991 tarihli kararındaki muhalefet şerhindeki ifadeler meseleyi son derece net bir şekilde ortaya koymaktadır: “(...) *[D]avalının bu hususta bir itirazda bulunmadığı için, taraflar arasında o davanın da tahkim sözleşmesinin (veya şartının) kapsamına girdiği hususunda zımnî bir anlaşma meydana gelmiştir (...)*”³⁴⁰. Benzer şekilde, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 14.02.1990 tarihinde verdiği bir kararında da “(...) *davacının hakem mahkemesine müracatı üzerine hakemini seçen, hakem yargılamasına katılarak davayı takip eden davalının, 14.02.1990 tarihindeki teleksteki hakem şartını benimsediğinin kabulü gerekir (...)*” ifadelerine yer verilmiştir.³⁴¹

Buna karşın tenfiz davalısının kendi hakemini seçmesi veya hakem seçimine katılması³⁴², tahkim yargılamasına ilişkin bir tebligat almasına rağmen cevap vermemiş olması³⁴³, hakemlerin ücret avansının ödenmesi³⁴⁴, dilekçe sunmak için süre uzatımının talep edilmesi³⁴⁵ veya tahkim yargılamasında kendisini temsil etmek üzere bir vekil tayin etmesi³⁴⁶, kural olarak, tahkim yargılamasına icazet verdiği şeklinde yorumlanamayacaktır. Keza, tahkim yargılamasına hiçbir şekilde katılmamış bir tarafın da bu hareketsizliği, elbette ki tahkim anlaşması yapma iradesi şeklinde yorumlanamayacaktır. Başka bir deyişle, tahkim yargılamasına hiç katılım

³⁴⁰ Yargıtay 15.HD E.4685, K.5372, T.11.11.1991 (kararın ve muhalefet şerhinin metni için bkz. Kuru, **HUMK**, s.5962-5963).

³⁴¹ Yargıtay 19.HD, E.6153, K.610, T.26.01.1996 (kararın ilgili kısmı için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.213).

³⁴² Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.57; Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s.1041. Nitekim MTK md.7/H/3 fıkra hükmünde de, tarafların hakem seçimine katılmış olmasının hakem heyetinin yetkisine itiraz etme haklarına hâlel getirmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Buna karşın MTK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde bazı Yargıtay kararlarında (Yargıtay 11.HD., E.1979/3855, K.1979/4351, T.02.10.1979 (Kazancı Bilgi Bankası); Yargıtay Ticaret Dairesi, E.1287/K.1951, T.08.06.1966 (Esen, **Teşmil**, s.238'den naklen); Yargıtay Ticaret Dairesi, E.3299/K.3388, T.25.11.1965 (Kuru, **HUMK**, s.5945'ten naklen)) aksi yönde bir tutumun benimsendiği ifade edilmektedir (bkz. Esen, **Teşmil**, s.238; Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s.38, dn.32). Ancak belirtilmelidir ki, Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin anılan kararında davalının yalnızca hakemini atamış olması değil, aynı zamanda “*hakem nezdindeki davayı da taraf temsilcileri takip ve imzalı dilekçeler vermiş*” olması da tahkim anlaşmasına yönelik iradenin tespitinde dikkate alınmıştır.

³⁴³ Aksi yönde bir Yargıtay kararı ve eleştirisi için aşağıda bkz. s.144 vd.

³⁴⁴ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.58.

³⁴⁵ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.58.

³⁴⁶ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.58.

göstermeyen tenfiz davalısının, tahkim yargılaması sırasında herhangi bir itirazda bulunmamış olmasından bahisle tahkim iradesinin varlığından söz edilemeyecektir³⁴⁷. Zira, dikkat edileceği üzere, bu ihtimallerde davalı ne uyuşmazlığın esasına ilişkin bir meseleyi karara bağlaması için hakem heyetine yönelmekte ne de hakem heyetinin yetkisini kabul etmeye yönelik bir adım atmaktadır.

2) Tahkim Anlaşmasının Diğer Geçerlilik Koşullarının Etkisi

Bir önceki başlıktaki değerlendirmelerimiz göz önüne alındığında ilk bakışta, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun tarafların tahkim yargılaması sırasındaki tutumlarına yeni bir tahkim anlaşmasının kurulmuş olması sonucunu bağladığı hâllerde, ortada, en azından tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından, bir tenfiz engelinin de bulunmadığı düşünülebilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı için gerekli olsa da tek başına yeterli değildir³⁴⁸. Ayrıca bu anlaşmanın ehil taraflarca ve uygulama alanı bulan şekil şartına uygun biçimde kurulmuş olması gerekir³⁴⁹. İnceleme konumuz açısından bu bağlamda önem arz eden temel husus, New York Konvansiyonu’nda tahkim anlaşmasının şekil açısından

³⁴⁷ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.56.

³⁴⁸ Başka bir ifadeyle, tahkim anlaşmasının geçersizliği pek çok sebepten kaynaklanabilir (bkz. Turgut Kalpsüz, “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesinin Kapsamı, Tenfiz Şartları ve Tenfiz Usulü”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, İstanbul, 2017, s.18; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.769).

³⁴⁹ Sibel Özel, “Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğine Dayanan Tenfiz Engelleri”, **Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler** (ed. Süheylâ Balkar Bozkurt), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018, s.116; Özel, **Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği**, s.305; Özdemir Kocasakal, **Tahkim Anlaşması**, s.38; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.770; Emre Esen, “Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, **Public and Private International Law Bulletin**, C.22, S.1-2, s.67; Fatih Işık, “Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi – Temsilci İçin Aranan Özel Yetki”, **Tahkim Anlaşması** (eds. Hatice Özdemir Kocasakal/Süheyla Balkar), Onikilevha Yayıncılık: İstanbul, 2020, s.213. Elbette ki, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması da tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde kurulmasına engeldir (bkz. Özdemir Kocasakal, **Tahkim Anlaşması**, s.38). Ancak kanaatimizce, tahkime elverişlilik gerek New York Konvansiyonu gerekse MÖHUK’ta ayrı bir tenfiz engeli olarak düzenlendiğinden tenfiz aşamasında bu husus, ayrıca tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından değerlendirilmemelidir (aynı yönde bkz. Van den Berg, **NYC**, s.289). İsviçre hukukunda da hâkim görüşün bu olduğu yönünde bkz. Meier, **BK IPRG**, s.988. Zira aksi kabul, tenfiz ülkesinde tahkime elverişli olsa da tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk uyarınca tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlığa ilişkin verilmiş hakem kararının tenfizine engel olunması sonucunu doğurabileceğinden, böyle bir yorum Konvansiyon ve MÖHUK’un temelinde yer alan tenfiz yanlısı yaklaşımla örtüşmeyecektir. Tahkime elverişliliğin, tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesiyle ilgili olsa da kavram olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğinden farklı olduğu yönünde ayrıca bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.567. Bu sebeple çalışmamızda tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin değerlendirmelerimiz kapsamına dahil edilmemiştir.

geçerliliğinin esas bakımından geçerliliğe uygulanacak hukuka tâbi kılınmayarak bizzat Konvansiyon'da maddi bir kuralla düzenlenmiş olmasıdır³⁵⁰. Bu düzenlenme biçiminin sonucu ise, geçerlilik şartı olarak yazılı şekilde akdedilmesi öngörülmüş bir sözleşmenin tarafların örtülü irade beyanları sonucunda kurulup kurulamayacağı sorusunun tek bir hukuk altında incelenememesi ve bu bağlamda yapılacak incelemenin farklı düzenlemelere göre kademeli bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekliliğidir. Zira Konvansiyon md.II hükmünde ifadesini bulan şekil şartı, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuktan bağımsız bir şekilde uygulama alanı bulacaktır³⁵¹. Dolayısıyla tarafların tahkim yargılaması sırasındaki hareketleri sonucu esas bakımından geçerli bir şekilde kurulduğu sonucuna varılan bir tahkim anlaşmasının ayrıca New York Konvansiyonu'nda aranan şekil şartını karşılayıp karşılamadığının tespiti gerekir³⁵².

New York Konvansiyonu md.V(1)(a) atfı ile tenfiz aşamasında da uygulama alanı bulan³⁵³ ve Konvansiyon'un md.II hükmünde ifadesini bulan hüküm uyarınca tenfizi talep edilen hakem kararının temelinde bulunan tahkim anlaşmasının yazılı şekilde akdedilmiş olması gerekir. Hüküm uyarınca yazılılık şekil şartı iki şekilde gerçekleşebilir: tahkim anlaşması ya taraflarca imzalanmış bir sözleşmede bulunmalı

³⁵⁰ Van den Berg, NYC, s.173; Gaillard/Savage, **Fouchard Gaillard Goldman**, N.616; Özel, **Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği**, s.307; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.27; Berger, **Reexamining the Arbitration Agreement**, s.325; Kaufman-Kohler/Rigozzi, **Arbitrage**, s.75; Wolff, **Article II**, s.114; Meier, **BK IPRG**, s.986.

³⁵¹ Wolff, **Article II**, s.107; Meier, **BK**, s. 986.

³⁵² Akıncı, **Tenfiz**, s.120; Wolff, **Article II**, s.107. Buna karşın doktrinde bir görüş, bu durumda taraflar arsanda yeni bir tahkim anlaşmasının kurulduğunu ve tahkim yargılamasının kazanan tarafının, tenfiz talebiyle birlikte Konvansiyon md.IV bağlamında yazılı bir tahkim anlaşması sunma yükümlülüğünden muaf olduğunu ifade etmektedir (bkz. Otto, **Verwirkung**, s.224). Nitekim İspanyol Yüksek Mahkemesi'nin 2003 yılında verdiği bir kararında da benzer bir sonuca ulaşıldığı görülmektedir (bkz. Spain No. 40, Shaanxi Provincial Medical Health Products I/E Corporation (PR China) v. Olpesa, S.A. (Spain), Tribunal Supremo, 112/2002, 07.10.2003, **ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2005** (ed. Albert Jan Van den Berg), C.XXX, 2005, s.617-622). Ancak kanaatimizce, Konvansiyon md.V(1)(a) hükmünün, yazılılık şekil şartını düzenleyen md.II hükmüne açıkça atıfta bulunan lafzı karşısında böyle bir yorum, Konvansiyon sistematigiyle uyusmayacaktır.

³⁵³ Esen, **Şekil**, s.69 vd.; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.27; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.771; Fox/Wilske, **Article V**, s.289.

ya da taraflarca karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgrafta³⁵⁴ bulunmalıdır³⁵⁵. Bu bağlamda, tahkim yargılaması sırasında tarafların herhangi bir itirazda bulunmadan yargılamaya devam etmeleri hâlinde esas açısından geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulduğu sonucuna ulaşılabilecekse de böyle bir zımnî irade açıklaması, Konvansiyon'un aradığı yazılılık şekil şartını, kural olarak, karşılamayacaktır³⁵⁶. Zira bu durumda Konvansiyon'da arandığı şekilde ne taraflarca imzalanmış ne de teati edilmiş bir tahkim anlaşmasının varlığından, kural olarak, söz edilebilecektir. Ayrıca Model Kanun ile bu kanun esas alınarak hazırlanan birçok milli kanunda olduğu gibi MTK ve HMK'da ifadesini bulan “*dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması*” hâlinde yazılı şekil şartının yerine geleceğini öngören bir düzenleme³⁵⁷ Konvansiyon'da yer almamaktadır. Buna karşın doktrinde bir görüş, New York Konvansiyonu'nun temel amacının yabancı hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırmak ve tenfiz kurallarını milli hukuklarda bulunan sınırlandırmalardan arındırmak olduğundan hareketle Konvansiyon'un zımnî şekilde kurulmuş tahkim

³⁵⁴ Doktrinde vurgulandığı üzere Konvansiyon'un “mektup veya telgraf” şeklindeki ifadesi sınırlandırıcı bir ifade olmayıp, gelişen teknoloji sonucu ortaya çıkan diğer haberleşme araçlarını da kapsar şekilde geniş yorumlanmalıdır (bkz. Erkan, **Yetki Sorunları**, s.54; Esen, **Şekil**, s.74; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.28; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.409, dn.559; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.762; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.791; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.609; Berger, **Reexamining the Arbitration Agreement**, s.324; Wolff, **Article II**, s.127; Meier, **BK IPRG**, s.986). Nitekim UNCITRAL tarafından 2006 yılında yayınlanan Tavsiye Kararı'nda da, Konvansiyon md.II(2) fıkra hükmünde ifadesini bulan hâllerin sınırlı yorumlanmaması gerektiği ifade edilmiştir (bkz. UNCITRAL, **Recommendation Regarding the Interpretation of Article II, Paragraph 2, and Article VII, Paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**, 10.06.1958, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/foreign_arbitral_awards >).

³⁵⁵ Erkan, **Yetki Sorunları**, s.54; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.556; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.27; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.632; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.791; Meier, **BK IPRG**, s.986. Ayrıca bkz. Yargıtay 11.HD., E.2020/7985, K.2022/4932, T.16.06.2022 (Kazancı): “(...) New York Konvansiyonu'nun V/1-a maddesine göre tahkim anlaşmasının tarafların ehliyetli olması veya tahkim anlaşmasının geçersiz olmasının tenfiz engeli olarak kabul edildiği, konvansiyonun II/2. maddesinde tahkim anlaşması açısından iki yolun öngörüldüğü, bunlardan birincisinin sözleşmeye tahkim klotunun konulması veya tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı olarak yapılması şeklinde olduğu, ikinci yolun ise teati edilen mektup veya telgraflarla tahkim anlaşması yapılması olarak kabul edildiği, dolayısıyla sözü edilen ikinci yolda özellikle telgraf ve telekte olduğu gibi taraflardan birinin veya her ikisinin de imzasının bulunmayabileceği (...)”.

³⁵⁶ Aynı yönde bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.763; Wolff, **Article II**, s.107. Zımnî kabulün Konvansiyon md.II şartlarını taşımayacağı yönünde bkz. Van den Berg, **NYC**, s.196.

³⁵⁷ Bkz. Model Kanun md.7(5); MTK md.4/2; HMK md.412(3).

anlaşmalarını dışladığından bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir³⁵⁸. Ancak kanaatimizce, her ne kadar Konvansiyon'un tahkim anlaşmalarının şekli bakımından geçerliliğine ilişkin öngördüğü hüküm, düzenlendiği zamanın aksine günümüzde birçok milli hukuktan daha katı bir şekil şartı düzenlemesi ihtiva ediyor olması³⁵⁹ nedeniyle eleştirilebilecekse de, Konvansiyon'da yer alan bu açık düzenlemenin amaçsal bir yorumla göz ardı edilmesi mümkün değildir³⁶⁰. Kaldı ki bu hüküm milli hukukların değil bizzat Konvansiyon'un bir parçasıdır.

Hâl böyle olmakla birlikte, ilk bakışta, yine bizzat Konvansiyon hükümlerinden birinin bu katı şekil şartının üstesinden gelmeye elverişli olduğu düşünülebilecektir. Bu hüküm, Konvansiyon'un parlak fikri olarak isimlendirilen ve Konvansiyon'a kıyasla daha lehe iç hukuk hükümlerinin uygulanmasına imkân tanıyan md.VII hükmüdür³⁶¹. Bu açıdan, dava dilekçesinde bir tahkim anlaşmasının varlığının ileri sürülmüş olmasına rağmen cevap dilekçesinde buna itiraz edilmemiş olması hâlinde yazılı şekil şartının yerine geleceğini düzenleyen MTK md.4/2 veya HMK md.412(3) hükmünün Konvansiyon md.VII vasıtasıyla tenfiz davasında da uygulama alanı bulup bulamayacağının sorusunun cevaplanması gerekir. Doktrinde bu sorunun genel olarak olumlu cevaplandığı görülmektedir³⁶². Hatta UNCITRAL tarafından 2006 yılında hazırlanan Tavsiye Kararı'nda da, New York Konvansiyonu'na taraf devletlere, Konvansiyon md.VII hükmü vasıtasıyla, daha lehe şekil şartı öngören milli hukuk düzenlemelerini Konvansiyon'la birlikte uygulamaları önerilmektedir³⁶³. Benzer şekilde karşılaştırmalı hukukta da çeşitli mahkemelerin bu yönde bir uygulama

³⁵⁸ Erdem, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s.764; Ercüment Erdem, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Yazılılık Koşulu", **Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017, s.297; Ercüment Erdem, "Tahkim Anlaşması", **Prof Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017, s.249. Ayrıca bkz. Nuray Ekşi, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, Beta Yayıncılık: İstanbul, 2010, s.160. Benzer yönde bkz. İlhan, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, s.105.

³⁵⁹ Neil Kaplan, "New Developments on Written Form", **Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects**, New York: United Nations Publications, 1999, s.17; Kröll, **Präklusion 2002**, s.386; UNCITRAL, **Recommendation 2006**.

³⁶⁰ Benzer yönde bkz. Wolff, **Article II**, s.116.

³⁶¹ Konuya ilişkin detaylı açıklamalarımız için yukarıda bkz. s.39 vd.

³⁶² Nomer, **Görev Belgesi**, s.6; Esen, **Şekil**, s.68; Özel, **Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği**, s.308; Özel, **Tenfiz Engelleri**, s.118; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.29; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.764; Erdem, **Yazılılık Koşulu**, s.297; Erdem, **Tahkim Anlaşması**, s.250; İlhan, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, s.48. Her ne kadar AKINCI bu soruyu açık bir şekilde cevaplandırmasa da, zımnî irade yoluyla kurulmuş tahkim anlaşmalarına dayanarak verilmiş hakem kararlarının Model Kanun'u kabul etmemiş devletlerde tenfiz edilmeyebileceğini ifade etmekte ve dolayısıyla bu yönde görüş bildirir görülmektedir (bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.213).

³⁶³ UNCITRAL, **Recommendation 2006**.

benimsediği³⁶⁴ ifade edilmekte, doktrinde de bu yönde görüşlerin savunulduğu görülmektedir³⁶⁵. Ancak, daha önce de ifade ettiğimiz üzere New York Konvansiyonu md.VII hükmü, kanaatimizce böyle bir uygulamaya imkân tanımamaktadır. Zira, anılan hükmün tanıdığı imkân ya New York Konvansiyonu'nun ya da daha lehe olan iç hukuk düzenlemelerinin bir bütün hâlinde uygulanması olup daha lehe olan iç hukuk düzenlemelerinin Konvansiyon'la birlikte uygulama alanı bulması söz konusu olmayacaktır³⁶⁶. Kaldı ki, md.VII uyarınca uygulama alanı bulabilecek düzenlemeler tenfiz devleti hukukunun tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemeleri olup³⁶⁷ anılan hükümler bu nitelikte de değildir.

Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uyarınca taraf iradelerinin varlığı tespit edilse dahi Konvansiyon'da aranan şekil şartı karşılanmadıkça tahkim anlaşması geçersiz olacak ve bu olgu bir tenfiz engeli olarak varlığını kural olarak sürdürecektir. Ancak yukarıda örneklendirdiğimiz ve davalının tahkim iradesini zımnî şekilde ortaya koyan davranışlardan bazıları, aynı zamanda Konvansiyon'un aradığı yazılı şekil şartını da karşılayabilecektir. Bu bağlamda tahkim yargılaması sırasında görev belgesinin hazırlandığı ve taraflarca imzalanmış olduğu hâller, yazılı şekil şartı açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Zira taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin herhangi bir şerh düşülmeden imzalanan görev belgesi de taraflar arasında New York Konvansiyonu md.II anlamında yazılı şekil

³⁶⁴ Fouchard, **Suggestions**, s.664; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.771. İsviçre Hukukundaki uygulamanın da bu yönde olduğu ve tenfiz davalarında Konvansiyon md.II hükmü yerine tahkim anlaşmasının şekline ilişkin daha esnek bir düzenleme ihtiva eden iMÖHK md.178 hükmünün uygulanabileceği ifade edilmektedir (bkz. Kaufman-Kohler/Rigozzi, **Arbitrage**, s.75; Bonomi/Reymond-Eniaeva, **NYC in Switzerland**, s.917).

³⁶⁵ Meier, **BK IPRG**, s.986; Kröll, **Präklusion 2002**, s.386.

³⁶⁶ Aynı yönde bkz. Van den Berg, **NYC**, s.180; Wolff, **Article II**, s.155.

³⁶⁷ Bkz. yukarıda s.39 dn.150'de yer alan açıklamalarımız.

şartını karşılayan bir tahkim anlaşması olarak işlev görebilecektir³⁶⁸. Benzer şekilde davalının, hakem heyetine sunduğu ve dolayısıyla uyuşmazlığın karşı tarafına da gönderilen dilekçelerinden birinde davacı tarafça dayanılan tahkim anlaşmasına açıkça referansta bulunması ihtimalinde de taraflar arasında teati edilmiş ve dolayısıyla Konvansiyon md.II şartlarını taşıyan yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığından söz edilebilecektir³⁶⁹. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına konu olayda tarafların aralarındaki satım sözleşmesinden bir uyuşmazlığın doğması üzerine satıcı, bu uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi için alıcıya teleks ve mektup yoluyla teklifte bulunmuş ve alıcı, kendisine gönderilen mektuba açıkça atıfta bulunarak kendi hakemini karşı tarafa bildirmiştir. Tenfiz davası sırasında taraflar arasında Konvansiyon md.II anlamında yazılı bir tahkim anlaşması bulunmadığı itirazı ile karşılaşan Mahkeme, somut olayda taraflar arasında teati edilmiş bir tahkim anlaşması bulunduğu kanaat getirerek bu itirazı reddetmiştir³⁷⁰. Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında da, davacı tarafından hakem atanmasını takiben davalının da hakemini ataması sonrasında taraflar arasında teati yoluyla yazılı bir

³⁶⁸ Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.763; Erdem, **Yazılılık Koşulu**, s.292. Keza aynı yönde bkz. Ekşi, **Incorporation**, s.47; Borris/Hennecke, **Article V**, s.268. Ayrıca bkz. Daniel Girsberger/Nathalie Voser, **International Arbitration Comparative and Swiss Perspectives**, Schultess, 2021, N.1706b. AKINCI'ya göre görev belgesi, her ne kadar tahkim anlaşmasının yerine geçen veya geçerliliğini temin etmek üzere hazırlanan bir belge olmasa da, tahkim anlaşması ile ilgili taraflar arasındaki son anlaşmayı teşkil ettiğinden şüphesiz ki bir hukuki sonuç doğuracaktır (bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.327). Nitekim yazar, görev belgesinin imzalanmasının, taraflar arasında daha önceden hiçbir tahkim anlaşması bulunmaması hâllerinde dahi, yeni bir tahkim anlaşmasının yapılmış olması sonucunu doğuracağını ifade etmektedir (bkz. Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.60). Ayrıca doktrinde, görev belgesiyle tahkim anlaşmasının çelişmesi hâlinde, görev belgesinin esas alınması gerektiği de ifade edilmektedir (bkz. Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.680; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.328; Ekşi, **Incorporation**, s.47; Mahmut Sait Arslan, **Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Mahkemesi Uygulamasında "Görev Belgesi"** (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Aralık 2019, s.42). Buna karşın doktrinde bir görüş, görev belgesinin yeni bir tahkim anlaşması yerine geçmeyeceğini veya tahkim anlaşmasının değiştirilmesi anlamına gelmeyeceğini ileri sürmektedir (bkz. Pekcanıtez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s. 2608; Nomer, **Devletler Hususî**, s.573; Nomer, **Usul Hukuku**, s.250; Nomer, **Görev Belgesi**, s.9; Ali Yeşilirmak, **ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması**, Onikilevha Yayıncılık: İstanbul, 2018, s.81). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2006 yılında verdiği bir kararında da, benzer yönde bir tutum benimsenmiştir: "(...) *Taraflar arasındaki sözleşme asıl olup; görev belgesi değişiklik yapan bir sözleşme veya yeni bir tahkim şartı olarak kabul edilemez (...)*" (bkz. Yargıtay HGK., E.2006/15-609, K.2006/656, T.18.10.2006 (Kazancı)). Kanaatimizce, bir tahkim anlaşması uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra da akdedilebileceğinden, anılan Yargıtay kararına katılmak mümkün değildir. Kaldı ki, görev belgesinin tarihsel süreçte ortaya çıkmasının kökeninde de geçmişte Fransız Hukuku'nun uyuşmazlık doğmadan önce tahkim anlaşması yapılamayacağını öngörmesi bulunmakta olup görev belgesi bu kuralın üstesinden gelmek için oluşturulmuş bir kurumdur (bkz. Yeşilirmak, **ICC Tahkimi**, s.80). Görev belgesinin tarihsel gelişimine ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Arslan, **Görev Belgesi**, s.16 vd.

³⁶⁹ Nitekim Model Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun (UNCITRAL) da benzer yönde bir görüş belirttiği ifade edilmektedir (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.263).

³⁷⁰ İsvFM, 111 Ib 253, 05.11.1985 (SwissLex).

tahkim anlaşmasının kurulduğu sonucuna ulaşılmıştır³⁷¹. Keza Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında da, hakem heyetinin yetkisine ilişkin herhangi bir itirazda bulunulmadan sunulan dilekçeler yoluyla, Konvansiyon md.II'nin aradığı yazılı şekil şartının yerine getirilmiş olacağı vurgulanmıştır³⁷². Böyle bir yaklaşımın benimsenebildiği ölçüde, kimi hâllerde taraflar arasında kurulmuş varsayılan yeni tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını da karşıladığından Konvansiyon md.V(1)(a) anlamında geçerli bir tahkim anlaşması olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Buna karşın, Konvansiyon md.II anlamında yazılılık koşulunun karşılanmadığı sonucuna varıldığı hâllerde tahkim anlaşmasının geçersizliği olgusu bir tenfiz engeli olarak varlığını koruyacaktır.

Konumuz kapsamında incelenmesi gereken bir diğer mesele ise uluslararası tahkimin temel metinlerinden biri olmakla birlikte doktrinde varlığının sıklıkla göz ardı edilmesi nedeniyle “uyuyan güzel”³⁷³ olarak nitelendirilen Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi'nde³⁷⁴ ifadesini bulan tahkim anlaşmasının şekline ilişkin düzenlemenin tenfiz davalarına etkisidir. Zira her ne kadar temelinde tenfiz aşamasından önceki aşamaları düzenlese de³⁷⁵ Sözleşme, uygulama alanı bulduğu hâllerde dolaylı şekilde de olsa tenfiz davasını etkileyebilecek kimi hükümler ihtiva etmektedir³⁷⁶. Bu noktada belirtilmelidir ki Avrupa Sözleşmesi'nin anılan türdeki hükümleri gerek MÖHUK gerekse New York Konvansiyonu uyarınca

³⁷¹ OLG Hamburg, A4 a No. 44 6 Sch, 30.07.1998, bkz. **ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 2005** (ed. Albert Jan Van den Berg), C.XXV, 2000, s.714-716.

³⁷² OLG Schleswig, 16 SchhH 05/99, 20.03.2000 <<http://disarb-db.org/decisions/EJfXwTyWRRaOza79kNxqQw>>.

³⁷³ Stefan Kröll, “The European Convention of International Commercial Arbitration – The Tale of a Sleeping Beauty”, **Austrian Yearbook on International Arbitration**, C.7, 2013, s.3 vd.

³⁷⁴ Avrupa Sözleşmesi ülkemizde, 08.05.1991 tarih ve 3730 sayılı Kanunla onaylanmış ve 23 Eylül 1991 tarih ve 21000 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe konmuştur.

³⁷⁵ Rabi Koral, “Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.30, S.3-4, 1964, s.748; Cemal Şanlı, “21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku”, **Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu** (ed. Cemal Şanlı), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s.5; Ejder Yılmaz, “Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler”, **Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu** (ed. Cemal Şanlı), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s.17; Gaillard/Savage, **Fouchard Gaillard Goldman**, s.139; Christian W. Konrad, “Buried in Oblivion? The Significance and Limitations of the European Convention on International Commercial Arbitration”, **Kluwer Arbitration Blog**, 2 Kasım 2010; Kröll, **Sleeping Beauty**, s.6; Bilgehan Yeşilova, “1961 Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi'nin Türk Milletlerarası Tahkim Hukukundaki Yeri ve Uygulama Alanı (MTK m. 1/VI)”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C.3, S.2, 2014, s.169; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.56.

³⁷⁶ Gaillard/Savage, **Fouchard Gaillard Goldman**, s.142; Yeşilova, **Cenevre**, s.169; Quinke, **Article VII**, s.502; UNCITRAL Secretariat, **Guide**, s.294.

yürütülen tenfiz davalarında uygulama alanı bulacaktır. Mesele MÖHUK açısından incelendiğinde bu durum, uluslararası sözleşmeleri saklı tutan MÖHUK md.1(2) fıkra hükmünün bir gereğidir. Her ikisi de birer milletlerarası sözleşme olan New York Konvansiyonu ve Avrupa Sözleşmesi'nin ilişkisi incelendiğinde Konvansiyon açısından varılacak sonuç da farklı olmayacaktır. Bunun nedeni, doktrinde ve farklı devlet mahkemelerince verilen kararlarda da belirtildiği üzere, birbirini tamamlayan³⁷⁷ bu iki milletlerarası sözleşmenin her ikisinin de kapsamına giren tahkim yargılamaları sonucunda verilen hakem kararları açısından birbirleri yerine değil³⁷⁸, birlikte uygulanacak olmasıdır³⁷⁹.

Yukarıda bahsedilen türdeki düzenlemelerden biri, tahkim anlaşmasının şekline ilişkin düzenleme ihtiva eden Avrupa Sözleşmesi md.I(2)(a) hükmüdür³⁸⁰. Zira anılan hüküm uyarınca yazılılık şekil şartı Konvansiyon'da öngörülen imza ve teati yolları dışında, tarafların tâbi kılındığı hukukların imkân verdiği şekle uygun olarak da yerine getirilebilecektir³⁸¹. Bu bağlamda I. madde hükmü uyarınca Sözleşme'nin, tahkim anlaşmasının akdedildiği sırada mutata meskenleri veya muamele merkezleri farklı taraf devletlerde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki uluslararası ticari uyuşmazlıklardan doğan tahkimler açısından uygulama alanı bulacağı³⁸² göz önüne

³⁷⁷ Koral, **1961 Tarihli Sözleşme**, s.767; Van den Berg, **NYC**, s.94; Akıncı, **Tenfiz**, s.111; Van den Berg, **Yearbook 2003**, s.682; Konrad, **Oblivion**, s.1; Kröll, **Sleeping Beauty**, s.7; Yeşilova, **Cenevre**, s.148; Quinke, **Article VII**, s.502; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.57.

³⁷⁸ İlk bakışta bu ifademizin, New York Konvansiyonu'nun md.VII hükmüne ilişkin ilk bölümde yer alan açıklamalarımızla çeliştiği düşünülebilir (bkz. yukarıda s.39 vd.). Ancak yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin ayrı bir rejim ihtiva etmediği göz önüne alındığında Avrupa Sözleşmesi ve Konvansiyon arasındaki ilişki md.VII hükmünün uygulama alanına girmeyecektir (bkz. Van den Berg, **NYC**, s.96; Quinke, **Article VII**, s.502; UNCITRAL Secretariat, **Guide**, s.294). Ayrıca, Avrupa Sözleşmesi'nin md.X(7) fıkra hükmünde de Sözleşme'nin taraf devletler arasındaki diğer anlaşmaların geçerliliğine hâle getirmeyeceği açıkça düzenlenmiştir (bkz. Yeşilova, **Cenevre**, s.169).

³⁷⁹ Van den Berg, **NYC**, s.96; Gaillard/Savage, **Fouchard Gaillard Goldman**, s.143; Yeşilova, **Cenevre**, s.169; UNCITRAL Secretariat, **Guide**, s.294. Farklı gerekçelerle de olsa aynı yönde bkz. Quinke, **Article VII**, s.502 vd. Her iki uluslararası sözleşmenin birlikte uygulama alanı bulacağı yönündeki farklı devlet mahkemelerince verilmiş çeşitli kararlar için bkz. Quinke, **Article VII**, s.502 dn.180; UNCITRAL Secretariat, **Guide**, s.294 ve 295.

³⁸⁰ Van den Berg, **NYC**, s.95.

³⁸¹ Dominique Hascher, "European Convention on International Commercial Arbitration (European Convention, 1961)-Commentary", **ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1995** (ed. Albert Jan Van den Berg), C.XX, 1995, s.1015; Şanlı, **Avrupa Anlaşması**, s.6; Esen, **Şekil**, s.82; Yeşilova, **Cenevre**, s.170; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.792; Quinke, **Article VII**, s.504; Fatih Aydemir, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017, s.179.

³⁸² Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.303. Sözleşme'nin uygulama alanına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Van den Berg, **NYC**, s.93 vd.; Hascher, **European Convention**, s.1009 vd.; Gaillard/Savage, **Fouchard Gaillard Goldman**, s.140 vd.; Yeşilova, **Cenevre**, s.143 vd.; Quinke, **Article VII**, s.501; Akıncı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s.55 vd.

alındığında; tahkim yargılamasının taraflarının mutata meskenleri veya muamele merkezleri hukuklarının³⁸³ “*dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması*” hâlinde yazılılık şekil şartının yerine gelmiş olacağını düzenleyen Model Kanun md.7(5) hükmüne benzer bir hükmü ihtiva ettiği hâllerde, davalının tahkim yargılamasında yetki itirazında bulunmadan cevap dilekçesini sunmuş olması durumunda taraflar arasında gerek esas bakımından gerekse şekil bakımından geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulmuş olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Dolayısıyla Avrupa Sözleşmesi’nin uygulama alanına giren hâllerde, taraflar arasında bu şekilde zımnî bir kabul ile oluştuğu kabul edilen tahkim anlaşmasının Konvansiyon md.II hükmünde ifadesini bulan yazılılık koşulunu karşılamadığı sonucuna varılsa dâhi, Sözleşme’nin md.I(2)(a) uyarınca anlaşmanın şekli geçerliliği de yerine gelmiş sayılabilecektir.

Zımnî kabulün yazılılık koşulunu karşılayıp karşılamadığı meselesi tanınması ve tenfizi MÖHUK’a tâbi olan hakem kararları açısından değerlendirildiğinde durum, Konvansiyon’a tâbi hakem kararlarında olduğundan biraz daha farklıdır. Şöyle ki, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemesi Konvansiyon’la aynı olmakla birlikte³⁸⁴, Konvansiyon’un aksine MÖHUK’ta tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği açısından herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir³⁸⁵. Dolayısıyla bu durumda, MÖHUK md.7 hükmü uygulama alanı bulacak³⁸⁶ ve tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine yapıldığı ülke hukuku veya tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk uygulanacaktır. Bu bağlamda tahkim anlaşmasının, bu iki hukuktan birinde aranan şekil şartına uygun olarak yapılmış olması şekli geçerliliği için yeterli olacaktır³⁸⁷. Şöyle ki tahkim anlaşmasının esasına

³⁸³ Doktrinde hâkim görüş uyarınca “*kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan memleketler arasındaki münasabetler*” ifadesi ile, Sözleşme’nin uygulama alanının belirlenmesinde kullanılan kriterler olan tarafların mutata mesken veya muamele merkezinin bulunduğu devlet hukukları kastedilmektedir (bkz. Esen, **Şekil**, s.82; Wolff, **Article II**, s.153).

³⁸⁴ Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.42.

³⁸⁵ Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.29; Özel, **Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği**, s.308.

³⁸⁶ Zira tenfiz davasına bakan Türk hâkimi, *lex fori* prensibi uyarınca kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca bir değerlendirme yapacaktır (bkz. Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.20).

³⁸⁷ Doktrinde ÖZDEMİR KOCASAKAL ise, geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmamasına ilişkin MÖHUK’ta yer alan tenfiz engeli (MÖHUK md.61(2)(a)) ve tahkim anlaşmasının ve tercümesinin dosyaya sunulması gerektiğini düzenleyen MÖHUK md.62 hükümlerinden, bu anlaşmanın yazılı şekilde yapılması gerektiği sonucunun ortaya çıktığını ifade etmektedir. Ayrıca yazar bu bağlamda MTK md.4/2 veya HMK md.412(3) hükümlerinden birini uygulanmasının sonucu değiştirmeyeceğini vurgulamaktadır (bkz. Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk** s.29).

uygulanacak hukukta, ki bu genelde tahkim yeri hukuku olacaktır, veya tahkim anlaşmasının yapıldığı yer hukukunda dava dilekçesinde ileri sürülen tahkim anlaşmasının geçerliliğine cevap dilekçesinde itiraz edilmemesi hâlinde yazılı şekil şartının yerine geldiğini düzenleyen Model Kanun md.7(5) fıkra hükmüne benzer bir düzenlemenin bulunması hâlinde, taraflar arasında şekil bakımından geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunduğu kabul edilebilecektir. Dolayısıyla tenfiz davacısı, somut olay koşullarında kendisi açısından daha elverişli bir sonuç doğuruyorsa, tanıma ve tenfiz talebini açıkça MÖHUK hükümlerine dayandırabilecektir. Ancak vurgulanmalıdır ki bu durumda ilgili hakem kararının tenfizi davasında Konvansiyon'un değil bütünüyle MÖHUK'un uygulanması gerekecektir³⁸⁸.

Belirtilmelidir ki, meselenin Konvansiyon kapsamında değerlendirildiğinde bu şekilde karmaşılaşmasının temelinde, tahkim anlaşmasının farklı veçheleri açısından geçerliliğinin Konvansiyon'da düzenleniş biçimi yer almaktadır. Zira yukarıda detaylıca incelendiği üzere, Konvansiyon uyarınca tahkim anlaşmasını esas bakımından geçerliliği yâni tarafların tahkim iradelerinin olup olmadığı meselesine cevap verecek hukuk bir kanunlar ihtilafı kuralı ile düzenlenmişken, bu irade dış dünyaya açıklanırken uyulması gereken şekil şartı bizzat maddi bir kuralla düzenlenmiştir. Bu nedenledir ki, Konvansiyon'a tâbi tahkim anlaşmaları açısından bu değerlendirme en azından iki farklı kurallar bütününe göre gerçekleştirilmektedir. Nitekim doktrinde, tahkim anlaşmasının farklı veçheleri açısından geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulanmasının, farklı hukukların uygulanmasından doğacak çelişkili sonuçları önleyeceği vurgulanmaktadır³⁸⁹. Bu bağlamda, New York Konvansiyonu'nun 50.yıldönümünde Albert Jan Van den Berg tarafından New York

³⁸⁸ Konuya ilişkin Konvansiyon md.VII bağlamındaki açıklamalarımız için bkz. yukarıda s.39 vd.

³⁸⁹ Berger, **Reexamining the Arbitration Agreement**, s.333.

Konvansiyonu’nu değiştirmek üzere hazırlanan³⁹⁰ ve Miami Taslağı³⁹¹ (*the Miami Draft*) olarak isimlendirilen “Uluslararası Tahkim Anlaşmaları ve Hakem Kararlarının Tenfizine İlişkin Varsayımsal New York Konvansiyonu”³⁹² (*Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards*) önerisinde³⁹³ de tahkim anlaşmasının şekil şartına ilişkin herhangi bir maddi hukuk düzenlemesinin ihtiva edilmediği ve tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesinin bir bütün olarak tahkim yeri hukukuna tâbi kılındığı görülmektedir³⁹⁴. İlgili öneriye ilişkin müellifçe hazırlanan açıklayıcı notta da, bu sayede, tahkim yeri hukuklarında yer alan ve daha lehe şekil şartları öngören düzenlemelerin tenfiz yargılaması sırasında da

³⁹⁰ İlginçtir ki Van den Berg, Miami Taslağı’nı hazırlamasından on yıl önce New York Konvansiyonu’nun kırkıncı yılı nedeniyle düzenlenen konferansta Konvansiyon’un güncellenmesine ilişkin önerileri eleştirmiş ve bir değişikliğe ihtiyaç olmadığını Türkçeye “Bozulmadıysa düzeltme!” şeklinde çevirebileceğimiz şu sözlerle ifade etmiştir: “*If it ain't broke, don't fix it.*” (bkz. Van den Berg, **Uniformity**, s.42). Hatta yazar, ileri sürülen eksiklikleri kapatmak üzere yeni bir Konvansiyon yerine yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen ve taraf devletlerce benimsenmesi hâlinde bizzat New York Konvansiyonu md.VII hükmü aracılığıyla uygulama alanı bulabilecek daha lehe bir tenfiz sistemini öngören ek bir Model Kanun’un hazırlanmasını önermiştir (bkz. Van den Berg, **Uniformity**, s.43). Nitekim aynı konferansta farklı hukukçular da Konvansiyon’un güncellenmesi önerilerine karşı çıkmışlardır (örneğin bkz. Pieter Sanders, “The Making of the Convention”, **Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects**, New York: United Nations Publications, 1999, s.4). Konvansiyon’un güncellenmesine karşı çıkmakla birlikte uygulamada ortaya çıkan problemleri çözmek adına ek bir protokolün hazırlanabileceği yönünde bkz. Werner Melis, “Considering the Advisability of Preparing an Additional Convention, complementary to the New York Convention”, **Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects**, New York: United Nations Publications, 1999, s.44.

³⁹¹ İlgili taslak Van den Berg tarafından ilk başta “Yeni New York Konvansiyonu: Varsayımsal Bir Taslak” (*The New NYC: A Hypothetical Draft*) şeklinde adlandırılmış, Konvansiyon’un ellinci yılı şerefine Dublin’de düzenlenen ICCA 2008 Konferansı’nda sunulmasını takiben “Dublin Konvansiyonu” (*Dublin Convention*) olarak anılmış ve son olarak, 2009 yılında Miami’de gerçekleştirilen “New York, Avrupa ve Panama Konvansiyonları” başlıklı konferansta müellifin Konvansiyon önerisini bir kez daha sunması üzerine “Miami Taslağı” olarak isimlendirilmeye başlanmıştır (bkz. Marika R. P. Paulsson, “Miami Draft: the Good Twin of the NYC”, **Kluwer Arbitration Blog**, 7 Ekim 2009).

³⁹² Miami Taslağı’nın İngilizce metni için bkz. <https://www.newyorkconvention.org/draft+convention>. Taslağın resmî olmayan bir çevirisi için bkz. Abdullah Harun Korkmaz, “1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi’nde Yapılması Teklif Edilen Değişiklikler”, **Public and Private International Law Bulletin**, C.40, S.2, 2020, s.1722 vd.

³⁹³ Miami Taslağı’nın sunulmasından sonra da doktrinde New York Konvansiyonu’nun güncellenmesine karşı çıkan görüşlerin varlığını sürdürdüğü görülmektedir. Öyle ki Gaillard’a göre, Konvansiyon’un güncellenmesi faydadan çok zarar getirecek olup güncellenecekse dahi bu, Miami Taslağı’ndaki önerileri temel almamalıdır (bkz. Emmanuel Gaillard, “The Urgency of Not Revising the New York Convention”, **50 Years of the New York Convention – ICCA Congress Series No.14** (ed. Albert Jan Van den Berg), Dublin: Kluwer Law International, 2009, s. 689 vd.). Buna karşın anılan taslak doktrinde kimi yazarlarca övgüyle karşılanmıştır (örneğin bkz. Carolyn B. Lamm, “Comments on the Proposal to Amend the New York Convention”, **50 Years of the New York Convention – ICCA Congress Series No.14** (ed. Albert Jan Van den Berg), Dublin: Kluwer Law International, 2009, s. 697 vd.).

³⁹⁴ Bkz. Miami Taslağı md.5(3)(a). Nitekim doktrinde, hâli hazırda ulusal düzenlemelerde tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesinde tahkim yeri kriterinin ekseriyetle kullanıldığı ve bunun adeta bir uluslararası kanunlar ihtilafı kuralı hâline geldiği ifade edilmektedir (bkz. Berger, **Reexamining the Arbitration Agreement**, s.317).

uygulama alanı bulabileceği ifade edilmektedir³⁹⁵. Gerçekten de, yukarıda görüldüğü üzere, tahkim yargılaması sırasında davalının cevap dilekçesinde yetki itirazında bulunmaması hâlinde yazılı şekil şartının karşılanmış sayılacağını³⁹⁶ düzenleyen Model Kanun md.7(5) hükmüne benzer hükümlerin uygulama alanı bulması hâlinde, tenfiz aşamasında yapılacak değerlendirme çok daha basitleşebilecektir. Ancak, mevzuatın güncel hâli karşısında³⁹⁷, yukarıdaki değerlendirmelerin dikkatli ve sistematik bir şekilde yapılması gerekliliği önemini muhafaza etmektedir.

Ayrıca ifade edilmesi gerekir ki, doktrinde vurgulandığı üzere Konvansiyon uyarınca taraflar arasında yeni bir tahkim anlaşması kurulduğu sonucuna varılsa dâhi, bu yeni anlaşmanın da geçerlilik koşullarını taşıması gerekir³⁹⁸. Bu bağlamda verilebilecek en temel örnek, taraflardan birinin tahkim yargılaması sırasında yetkisiz bir temsilci tarafından temsil edilmiş olması hâlidir. Nitekim, tahkim yargılaması sırasında görev belgesinin tahkim anlaşması akdetme yönünde özel yetkisi bulunmayan temsilci tarafından imzalanmış olmasının tahkim anlaşması üzerinde

³⁹⁵ Albert Jan Van den Berg, **Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards Explanatory Note**, 29 Mayıs 2008, s.9. Taslağa ilişkin yine Van den Berg tarafından kaleme alınan bu açıklayıcı not için bkz. <https://www.newyorkconvention.org/draft+convention>.

³⁹⁶ Belirtmelidir ki anılan hükmün Türk hukukundaki yansıması olan MTK md.4/2 hükmünde meselenin yazılılık şekil şartı kapsamında düzenlenmiş olması, konunun esasında taraf iradesine ilişkin olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir (bkz. Özdemir Kocasakal, **Tahkim Anlaşması**, s.48) Ancak ilgili hükmün mehzazı niteliğinde olan Model Kanun'un hazırlık çalışmaları incelendiğinde bu tercihin bilinçli bir tercih olduğu görülmektedir. Zira esasında bu hüküm, zamanında yetki itirazında bulunulmaması hâlinde hakem heyetinin yetkili hâle geleceğini düzenleyen Model Kanun md.16(2) -ki bu hükmün MTK'daki karşılığı md.7/H/2'dir- hükmünün tamamlayıcısı niteliğindedir. Şöyle ki, tahkim yargılaması sırasında zamanında yetki itirazında bulunulmaması hâlinde kanun koyucu Model Kanun md.16(2) (MTK md.7/H/2) düzenlemesiyle adeta tarafların tahkim iradesini varsaymakta ve bu iradenin Model Kanun md.4(2) (MTK md.4/2) hükmü ile yazılı bir tahkim anlaşmasında kristalize olmasını sağlamaktadır. Böyle bir sistematüğının kurulmasının ardında yer alan gerekçe ise, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmamasının aynı zamanda bir iptal sebebi ve bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiş olmasıdır (bkz. Holtzman/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.263, dn.31). Bu şekilde, tahkim yeri hukukunca hakem heyetinin yetkisinin kanun uyarınca tanınmasına veya bu hukuka göre tarafların zımnî de olsa tahkim iradelerinin tespit edilmesine rağmen, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunmuyor oluşunun ilerleyen aşamalarda bir iptal sebebi ve tenfiz engeli olarak ileri sürülebilmesinin önü kapatılmış olmaktadır. Ancak Konvansiyon'da tahkim anlaşmasının yazılılık şekil şartı ayrı bir hükümle düzenlendiğinden, en azından Konvansiyon'a tâbi tenfiz davaları açısından, anılan etkinin gerçekleşmesi kural olarak mümkün olmayacaktır.

³⁹⁷ Buna karşın doktrinde KAPLAN, tenfiz devleti hâkimlerince yargılamanın daha esnek şekil şartları öngören ve taraflarca seçilmiş olan bir tahkim yeri hukukuna tâbi olarak gerçekleştirilmiş olduğunun göz önüne alınması gerektiğini ve buna saygı duyulması gerektiğini ifade etmektedir (bkz. Kaplan, **Written Form**, s.18).

³⁹⁸ Borris/Hennecke, **Article V**, s.268; Roman Mallmann, "Die Bedeutung der Schiedsvereinbarung im Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche", **SchiedsVZ**, 2004, s.157 (naklen: Borris/Hennecke, **Article V**, s.268, dn.100). Bu değerlendirme elbette ki MÖHUK açısından da geçerli olacaktır.

herhangi bir etkisinin olmayacağı kimi Yargıtay kararlarında da vurgulanmaktadır³⁹⁹. Keza, taraflardan birinin tahkim anlaşması yapma ehliyetinin bulunmaması hâlinde de, tahkim yargılamasına katılmış olması kural olarak bu ehliyetsizliği gidermeyecektir⁴⁰⁰. Zira tarafların hak ve fiil ehliyetinin varlığı ve kapsamı, kanun koyucular tarafından emredici düzenlemelerle belirlenmiş olup bu konuda taraf iradelerinin bir rolü bulunmamaktadır. Ancak Avrupa Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulduğu hâllerde, kamu tüzel kişilerinin kendi iç hukuklarından doğan ehliyet sınırlamaları açısından Sözleşme'nin md.II(1) hükmü dikkate alınmalıdır. Zira hüküm uyarınca kamu tüzel kişileri tahkim anlaşması akdetme ehliyetini haizdirler⁴⁰¹. Önemle vurgulanması gerekir ki, hemen aşağıda incelenen Sözleşme md.V hükmü aksine⁴⁰², Sözleşme'nin md.II hükmünün doğurduğu sonuç, kamu tüzel kişilerin ileri sürülebilecek ehliyetsizlik iddialarının dinlenmesini engellemek ve bu bağlamda tenfize direnme hakkını sınırlandırmak değil, uygulama alanı bulduğu hâllerde adeta bir iç hukuk hükmüymüşçesine kamu tüzel kişilerine bu ehliyeti kazandırmak⁴⁰³ ve böylece tarafların ehliyetsizliği olgusunu ortadan kaldırmaktır.

Tahkim anlaşmasının geçersizliği tenfiz engeli açısından değerlendirilmesi gereken son bir husus ise, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki tutumu nedeniyle yeni bir tahkim anlaşmasının akdedildiği yönünde bir sonuca ulaşılamasa dâhi, bazı hâllerde bu tutumun tahkim yargılamasına dayanak teşkil eden tahkim anlaşmasının geçersizliğini “iyileştirebilecek” olmasıdır. Bu bağlamda verilebilecek en temel örnek, tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci vasıtasıyla akdedilmiş olduğu

³⁹⁹ Örneğin bkz. Yargıtay 15.HD., E.204692, K.2005/7229, T.30.12.2005 (Kazancı); Yargıtay HGK., E.2006/15-506, K.2006/656, T.18.10.2006 (Kazancı). Ayrıca bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.328; Arslan, **Görev Belgesi**, s.44.

⁴⁰⁰ Ancak, tahkim yargılamasının taraflarından birinin ilk kez tenfiz aşamasında ehliyetsizliğini ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edebilecektir (bu konudaki ilkesel açıklamalarımız için bkz. aşağıda “(a) Davalının Hareketsizliğinin Etkisi” başlığı altındaki açıklamalarımız).

⁴⁰¹ Yeşilova, **Cenevre**, s.160. Anılan madde hükmünün lafzı şu şekildedir: “İşbu sözleşmenin birinci maddesinin birinci paragrafında derpiş olunan hâllerde haklarında tatbiki gereken kanun tarafından “amme hukuku tüzel kişileri” olarak vasıflandırılan tüzel kişiler muteber surette hakemlik anlaşmaları aktetmek yetkisini haizdirler.”. Ancak Sözleşme md.II(2) fıkra hükmü uyarınca taraf devletler, bu hükmüne ilişkin çekince ileri sürebileceklerdir: “İşbu sözleşmeyi imzaladığı, tasdik ettiği veya buna katıldığı sırada her devlet, yukarıda zikri geçen yetkiyi açıkladığı muayyen şartlarla hudutlandırıldığını beyan edebilir.”.

⁴⁰² Maddeye ilişkin bilgi için bkz. aşağıda “2) Türk Hukukunun Bir Parçası: 1961 Tarihli Avrupa Sözleşmesi” başlığı altında yer alan açıklamalarımız. Bu bağlamda Sözleşme, devlet veya kamu tüzel kişilerinin, kendi iç hukuklarından doğan ehliyet kısıtlamalarını ileri süremeyeceğini düzenleyen ve bu bağlamda İsviçre hukuku açısından tenfize direnme hakkını ehliyetsizlik tenfiz engeli açısından açıkça sınırlandıran iMÖHK md.177(2) hükmünden farklıdır (bkz. Yeşilova, **Cenevre**, s.176).

⁴⁰³ Yeşilova, **Cenevre**, s.176.

hâllerdir. Zira, esas sözleşmeye yönelik ifa hareketlerinin tahkim anlaşmasına etkisine ilişkin tartışmalar bir yana, tahkim yargılaması sırasında herhangi bir itirazda bulunmayarak esasa ilişkin savunmalarını ileri süren, başka bir deyişle tahkim anlaşmasına yönelik ifa hareketlerinde bulunan davalının, kendisi adına tahkim anlaşmasını yetkisiz şekilde akdeden temsilcinin bu işlemini adeta onayladığı sonucuna varılabilecektir⁴⁰⁴. Bu sonuca varılabildiği ölçüde ve diğer geçerlilik şartlarını ihtiva ettiği sürece taraflar arasındaki tahkim anlaşması geçerli hâle geleceğinden en azından Konvansiyon md.V(1)(a) anlamında bir tenfiz engelinden ve dolayısıyla tenfize direnme hakkının sınırlandırılması ihtiyacından da söz edilemeyecektir. Ancak önemle vurgulanması gerekir ki, bu mesele de tenfiz devleti hukukuna göre değil, temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşmasının bağlayıcılığı konusunda uygulanması gereken hukuka göre belirlenecektir⁴⁰⁵.

B) Değerlendirme

Görüldüğü üzere tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki kimi davranışları, tenfiz davası sırasında ileri sürmek istediği tenfiz engelinin varlığının ortadan kalkmış olması sonucuna yol açabilecektir. Tahkim anlaşmasının geçersizliği tenfiz engeli açısından incelendiğinde mesele, bu tenfiz engelinin düzenleniş

⁴⁰⁴ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.424. Konuya ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Mehmet Murat İnceoğlu/Cemile Demir Gökyayla, “Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Tarafından Yapıldığına İlişkin İddiaların Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Public and Private International Law Bulletin**, C.40, S.1, s.408 vd.

⁴⁰⁵ Tahkim anlaşmasının akdedilmesinde yetkiye uygulanacak hukuka ilişkin New York Konvansiyonu ve MÖHUK'ta herhangi bir özel kanunlar ihtilafı kuralı öngörülmediğinden mesele doktrinde tartışılmıştır. Doktrinde bir görüşe göre bu mesele, en temelde tahkim iradesine ilişkin bir sorun olduğundan tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuka tâbi olmalıdır (bkz. Emre Esen, “Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.23, S.1, 2003, s.385; Bilgehan Yeşilova, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi**, İzmir: Güncel Yayınevi, s.257). Buna karşın doktrinde bir diğer görüş, bu sorunu bir ehliyet meselesi olarak değerlendirmektedir (Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.141 ve 708; Born, **International Commercial Arbitration**, N. 26.03; Banu Şit, **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2005, s.47 vd.). Bir diğer görüşe göre ise bu mesele temsil statüsüne ilişkin olup Türkiye’de açılan tenfiz davalarında MÖHUK md.30 uyarınca tespit edilecek hukuka göre değerlendirilmelidir (Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.345; Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.77 vd.; Özel, **Tenfiz Engelleri**, s.121; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.33). Konuya ilişkin detaylı bir inceleme için ayrıca bkz. Fatih Işık, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk**, Onikilevha Yayıncılık: İstanbul, 2015, s.69 vd.

biçiminden dolayı karmaşık bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki tutum ve davranışlarının zımnî bir tahkim iradesi olarak yorumlanabildiği ve bu davranışlar yoluyla yazılı şekil şartının da yerine geldiği veya tenfiz davasında uygulama alanı bulabilecek kimi düzenlemeler uyarınca yerine gelmiş sayıldığı hâllerde, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bu yolla kurulmuş olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Bu sonuca varılabildiği ölçüde, ilgili tenfiz engeli açısından tenfize direnme hakkının varlığından da söz edilemeyeceğinden; tenfize direnme hakkını sınırlandıran bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı veya tenfize direnme hakkının hakkın kötüye kullanılması yasağına takılıp takılmayacağını incelemek de gereksiz olacaktır.

Ayrıca vurgulanması gerekir ki, yukarıdaki açıklamalarımız bütünüyle olmasa da, izlenen adımlar ve hukuki gerekçeler açısından, kural olarak, taraflarca ileri sürülmesi geren diğer tenfiz engelleri açısından da geçerli olacaktır. Özellikle hakem heyetinin yetki aşımına ilişkin tenfiz engeli açısından tahkim anlaşmasına ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız, kural olarak⁴⁰⁶, aynen geçerli olacaktır⁴⁰⁷. Zira, hakem heyetinin yetkisinin konu ve kişi bakımından sınırını da taraflar arasındaki tahkim anlaşması oluşturmaktadır⁴⁰⁸. Keza benzer şekilde, hakem heyetinin taraf anlaşmasına uygun oluşmaması veya tahkim yargılamasının taraf anlaşmasına aykırı bir şekilde gerçekleştirilmiş olması hâllerinde de benzer bir bakış açısı geçerli olacaktır⁴⁰⁹. Hatta, tarafların bu anlaşmalarının bir şekil şartına tâbi olmayıp örtülü bir şekilde de gerçekleştirilebileceği⁴¹⁰ göz önüne alındığında bu tenfiz engeli açısından, tahkim anlaşmasına ilişkin incelemede asıl sorunu doğuran yazılı şekil şartına ilişkin problemlerle karşılaşılmayacaktır. Temelinde tarafların aralarındaki bir anlaşmadan ziyade, savunma hakkının ihlali bulunan Konvansiyon md.V(1)(b) ve MÖHUK md.62(1)(ç)-(d) hükümleri açısından ise, farklı bir değerlendirmenin yapılması zaruridir. Zira diğer tenfiz engellerinin aksine, bu tenfiz engelinin temelinde salt bir

⁴⁰⁶ Elbette, *ultra petita* karar verilmesi hâlinde olduğu gibi hakem heyetinin yetki aşımının ancak hakem kararıyla birlikte ortaya çıktığı hâller açısından bu açıklamamız geçerli olmayacaktır.

⁴⁰⁷ Kröll, **Treu und Glauben**, s.148.

⁴⁰⁸ Bkz. yukarıda s.45, dn.177.

⁴⁰⁹ Kröll, **Treu und Glauben**, s.148.

⁴¹⁰ Borris/Hennecke, **Article V**, s.345; Binder, **Model Law**, s.714. Nitekim Alman Mahkemelerinin, hakem heyetinin oluşumuna ilişkin taraf anlaşmasına aykırı izlenen usûle tarafların itiraz etmemiş olmasının, taraflar arasındaki ilgili anlaşmanın zımnî değiştirilmesi şeklinde yorumlandığı ifade edilmektedir (bkz. Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.200).

olgudan ziyade, içeriği kural olarak tenfiz devleti hukukuna göre belirlenecek olan⁴¹¹, savunma hakları yer almaktadır. Dolayısıyla bu başlıktaki açıklamalarımız, ancak ve ancak, tarafların sessizliğinin savunma haklarından feragat olarak yorumlanabildiği ölçüde geçerli olacak ve ancak bu ölçüde tenfize direnme hakkının konusuz kalmasından söz edilebilecektir⁴¹².

Sonuç olarak, tenfiz davalısının özellikle tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğinin tenfize direnme hakkı üzerindeki etkisi değerlendirilirken tüketilmesi gereken ilk aşama, bu hareketsizliğin tenfize direnme hakkının konusunu teşkil eden tenfiz engellerinin varlığı üzerindeki etkisidir. Ancak bu değerlendirme sonrasında, ilgili tenfiz engelinin ve dolayısıyla tenfize direnme hakkının varlığını koruduğu sonucuna ulaşıldığı hâllerde, davalının tenfize direnme hakkını kullanmasının hakkın kötüye kullanımı teşkil edip etmeyeceği değerlendirilebilecektir. Bu değerlendirme yapılmadan önceyse, hemen aşağıda inceleyeceğimiz üzere, hâli hazırda tenfize direnme hakkını açıkça sınırlandıran ve tenfiz davasında da uygulama alanı bulan bir düzenlemenin olup olmadığının tespiti gerekir. Zira, böyle bir düzenlemenin varlığı hâlinde de, tâli bir yol olan hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulmaması gerekir.

III) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Tâliliği İlkesi: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkını Açıkça Sınırlandıran veya Sınırlandırma İddiasında Olan Düzenlemeler

Daha önce de vurguladığımız üzere hukukumuzda her hakkın potansiyel bir sınırını oluşturan hakkın kötüye kullanılması yasağı, tenfiz davasının sabote edilmemesini temin etmek amacıyla devreye girebilecek bir hukuki kurumdur. Bununla beraber, bu sonuca ulaşılmasını sağlayacak yegâne kurum hakkın kötüye

⁴¹¹ Karşılaştırmalı hukukta devlet mahkemelerinin uygulamalarının bu yönde olduğu ifade edilmektedir (bkz. Van den Berg, NYC, s.298; Scherer, Article V, s.296).

⁴¹² Belirtilmelidir ki bu değerlendirmemiz, bir önceki bölümde vurguladığımız doğmamış haktan feragat edilemez prensibiyle çelişmemektedir. Zira, diğer tenfiz engellerinin aksine, Konvansiyon md.V(1)(b) ve MÖHUK md.62(1)(ç) ve (d)'nin temelinde bulunan engel salt bir olgudan ziyade, bizzat o aşamada mevcut bulunan bir hakka ilişkindir. Dolayısıyla burada da, tenfize direnme hakkından feragatten ziyade, mümkün olduğu hâllerde, bu hakkın konusunu oluşturan savunma haklarından feragat söz konusu olabilecektir.

kullanılması yasağı olmayıp, bu kurum ancak son çare olarak devreye girebilecek tâli bir yol niteliğindedir. Bu nedenle herhangi bir uyuşmazlıkta ilgili kuruma başvurulmadan önce, somut olaydaki “hakkaniyete” aykırı durumun ortaya çıkmasını engelleyen açık bir düzenlemenin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir. İlk bölümde incelediğimiz üzere ne New York Konvansiyonu’nda ne de MÖHUK’ta tenfize direnme hakkını sınırlandıran açık bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak karşılaştırmalı hukukta aksi örnekler bulunduğu gibi hukukumuzda da tenfize ilişkin düzenlemelerimizde yer almamakla birlikte bazı tenfiz engelleri açısından tenfize direnme hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran bir düzenleme bulunmaktadır ki bunlar, aşağıda (A) *Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkını Açıkça Sınırlandıran Düzenlemeler* başlığı altında incelenecektir. Tenfiz devleti hukukuna mündemiç olan bu düzenlemeler dışında, tahkim yeri hukukunda veya tarafların tahkim usûlüne uygulanmak üzere seçtikleri tahkim kurumu kurallarında yer alan ve tenfize direnme hakkını sınırlandırma iddiasında olan kimi düzenlemeler de bulunmaktadır ki bu düzenlemeler ve yöneldikleri sonucu doğurmaya muktedir olup olmadıkları meselesi aşağıda (B) *Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkını Sınırlandırma İddiasında Bulunan Düzenlemeler* başlığı altında ele alınacaktır.

Vurgulanmalıdır ki anılan tipteki düzenlemelerle hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanma şartları arasındaki farklılıklar, konunun pratik açıdan önemini de gözler önüne sermektedir. Gerçekten de, uygulama alanı bulması hâlinde, söz konusu düzenlemelerin bir tenfiz engelinin ileri sürülememesi sonucunu doğurması için ilgili tarafın salt hareketsizliği veya belirli bir yöndeki hareketi yeterli olabilecekken; hakkın kötüye kullanılması yasağının aynı sonucu doğurabilmesi için ayrıca bu davranış veya hareketsizliğin tahkim yargılamasının karşı tarafında ileride aksi yönde davranılmayacağı yönünde bir güven oluşturmuş olması gerekmektedir. Her ne kadar birçok örnekte, hangi kurum esas alınırsa alınsın varılacak sonuç aynı olacak ise de uygulamada herhangi bir akademik çalışmada tüketilemeyecek sayıda farklı somut olay şartlarıyla karşılaşılabileceğinden, bu kavramlar arasındaki ayrımın net bir şekilde ortaya konulması pratik açıdan da önemini muhafaza etmektedir.

A) Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkını Açıkça Sınırlandıran Düzenlemeler

Lehine bir hakem kararı elde etmiş tarafa, kararın üçüncü bir devlet hukukunda tanınması ve tenfizini talep etme hakkını tanıyan hukuk sistemi bizzat bu talebin ileri sürülmek istendiği devlet hukukudur⁴¹³. Paralel şekilde, kendisine karşı böyle bir talep yöneltilen davalıya bu talebe karşı direnme hakkını tanıyan da aynı hukuk sistemidir⁴¹⁴. Bir hakkın sınırlarını belirleyecek hukuk sistemi de doğal olarak o hakkı tanıyan hukuk sistemi olacağından, tenfize direnme hakkının tenfiz davalısının önceki aşamalarındaki tutum ve davranışları kapsamında bir sınırının bulunup bulunmadığı sorusuna cevap verecek olan hukuk sistemi de yine tenfiz devleti hukuku olacaktır. Hukukumuzun aksine bazı hukuk sistemlerinde yer alan tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemelerde bu bağlamda tenfize direnme hakkının açıkça sınırlandırıldığı; New York Konvansiyonu’nun güncellenmesi önerilerinden biri kapsamında ise benzer bir hükmün önerildiği görülmektedir. Bu mesele *(1) Türk Hukuku Dışından İki Örnek: Hollanda Hukuku ve Miami Taslağı* başlığı altında ele alınacaktır.

Hukukumuz açısından ise, her ne kadar New York Konvansiyonu veya MÖHUK’ta tenfize direnme hakkını açıkça sınırlandıran bir hüküm mevcut bulunmasa da Türk mahkemeleri önünde açılan tenfiz davalarında uygulama alanı bulabilecek başka bir düzenlemenin bu bağlamda ayrıca incelenmesi gerekir. Bu düzenlemenin yer aldığı hukuk kaynağı, uluslararası tahkimin uyuyan güzeli Avrupa Sözleşmesi’dir. Daha önce ifade ettiğimiz şekilde Sözleşme, esasında tenfizden önceki aşamalara ilişkin olmakla birlikte dolaylı da olsa tenfiz davasını etkileyebilecek bazı hükümler içermektedir. İşte bu hükümlerden biri de aşağıda *(2) Türk Hukukunun Bir Parçası: 1961 Tarihli Avrupa Sözleşmesi* başlığı altında ortaya konulacağı üzere, tenfize direnme hakkı üzerinde sınırlandırıcı bir etkiyi haizdir.

⁴¹³ Bir yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizini talep etme hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. yukarıda “1) Kural: Tanıma ve Tenfiz Talebinin Kabulü” başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

⁴¹⁴ Tanıma ve tenfize direnme hakkına ilişkin açıklamalarımız için bkz. yukarıda “2) Kuralın İstisnası: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkı” başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

1) Türk Hukuku Dışından İki Örnek: Hollanda Hukuku ve Miami Taslağı

Bu başlık altında inceleyeceğimiz ilk örnek, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin iç hukuk düzenlemelerinde, tenfiz davalısının özellikle tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğinin sonucu olarak tenfize direnme hakkını açıkça sınırlandıran hükümler ihtiva eden Hollanda hukukudur. New York Konvansiyonu'na taraf olmakla birlikte Konvansiyon'un karşılıklılık çekincesiyle onaylandığı⁴¹⁵ Hollanda hukukunda, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi açısından ikili bir sistem yer almaktadır. Bu bağlamda, Hollanda hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi Hollanda Medeni Usûl Kanunu md.1075 ve 1076 hükümlerinde düzenlenmiş olup uluslararası bir anlaşma kapsamına giren hakem kararları açısından md.1075 uyarınca ilgili anlaşma; bir uluslararası anlaşma kapsamına girmeyen veya kapsamına girdiği uluslararası anlaşmanın iç hukuk düzenlemelerine dayanılmasına imkân tanıdığı hâllerde ise md.1076 hükmü uygulama alanı bulacaktır⁴¹⁶. Ancak vurgulanmalıdır ki, md.1076 hükmü de New York Konvansiyonu temel alınarak hazırlandığından maddede düzenlenen tenfiz engelleri Konvansiyon ile büyük ölçüde paralellik arz etmektedir⁴¹⁷. Bununla birlikte ilgili madde hükmünde tenfize direnme hakkı Konvansiyon'a kıyasla daha da sınırlandırıldığından tenfiz davacısı açısından daha lehe bir sistem öngörmektedir⁴¹⁸.

Şöyle ki, Hollanda Medeni Usûl Kanunu (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) md. 1076(2), 1076(3) ve 1076(4) fıkra hükümleri uyarınca, sırasıyla, tahkim anlaşmasının geçersizliğine, hakem heyetinin usûlüne uygun oluşmadığına ve hakemlerin yetkilerini aştığına ilişkin itirazlarını tahkim yargılamasına katıldığı hâlde yargılama sırasında ileri sürmeyen taraf, anılan tenfiz engellerine dayanamayacak ve böylelikle, ilgili tenfiz engelleri esasında mevcut olsa dahi, hakem kararının tanınması

⁴¹⁵ D. Brian King/Alexandra Schluep, "Application of Article V of the New York Convention in the Netherlands", *Journal of International Arbitration*, C.25, S.6, 2008, s.759.

⁴¹⁶ Vesna Lazić, "Interpretation and Application of the New York Convention in the Netherlands", **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts**, (ed. George A. Bermann), Switzerland: Springer, 2017, s.689.

⁴¹⁷ Lazić, **Netherlands**, s.697

⁴¹⁸ Lazić, **Netherlands**, s.697.

ve tenfizi talebine karşı koyamayacaktır⁴¹⁹. Bu bağlamda bir hakem kararının Hollanda’da tanınması ve tenfizini talep eden potansiyel davacı, New York Konvansiyonu md.VII hükmü uyarınca Konvansiyon hükümleri yerine, daha lehe hükümler içeren⁴²⁰ Hollanda Medeni Usûl Kanunu’nun bu düzenlemelerine dayanabilecektir⁴²¹. Görüldüğü üzere, uygulama alanı bulduğu hâllerde ilgili hükümler, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğine, başka herhangi bir şart aramadan, tenfize direnme hakkının sınırlandırılması sonucunu bağlamıştır. Nitekim doktrinde Hollanda’nın, New York Konvansiyonu md.VII hükmünün taraf devletlere tanıdığı imkânı kullanan az sayıdaki devletten biri olduğu ifade edilmektedir⁴²².

Hollanda Medeni Usûl Kanunu’nda yer alan hükme benzer bir düzenleme, New York Konvansiyonu’nun 50.yıldönümünde Albert Jan van den Berg tarafından hazırlanan Miami Taslağı’nda da yer almaktadır. Van den Berg’e göre, New York Konvansiyonu’nun güncellenmesi bir ihtiyaç hâline gelmiş olup müellif, mevcut bazı hükümlerin düzeltilmesi ve bazılarının güncel yargı uygulamalarıyla paralel hâle getirilmesinin yanında Konvansiyon’a yeni birtakım hükümlerin eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴²³. Bu bağlamda müellifin Konvansiyon’a eklenmesini önerdiği hükümlerden biri konumuzla doğrudan ilgili olup tenfize direnme hakkını açık bir

⁴¹⁹ Van den Berg, **Uniformity**, s.43; Lazić, **Netherlands**, s.707; Lew/Mistelis/Kröll, **Comparative Arbitration**, s.710. Benzer bir düzenlemenin Peru Tahkim Kanunu’nda da yer aldığı ifade edilmektedir (bkz. Fernando Cantuarias Salaverry, “Interpretation and Application of the New York Convention in Peru”, **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts**, (ed. George A. Bermann), Switzerland: Springer, 2017, s.757-760).

⁴²⁰ Hollanda Yüksek Mahkemesi’nin 2010 yılında verdiği bir kararında New York Konvansiyonu’nun III. madde hükmüne dayanılarak, Konvansiyon’a tâbi olan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davasına bakan ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinaf ve temyiz yoluna başvurulamayacağına karar verilmiştir. Buna karşın, Konvansiyon’a tâbi olmayan hakem kararları açısından ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinaf ve temyiz yoluna başvurulabilecektir. Hollanda Yüksek Mahkemesi’nin bu kararı Hollanda doktrininde eleştirilmekle birlikte bu durumun tanıma ve tenfiz talebi açısından Konvansiyon hükümlerine dayanılmasının daha lehe olması sonucunu doğurduğu ifade edilmektedir (bkz. Lazić, **Netherlands**, s. 721). Anılan kararın bu hususla birlikte genel bir eleştirisi için bkz. Albert Jan Van den Berg, “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia, Case Comment on Dutch Supreme Court of 25 June 2010”, **Journal of International Arbitration**, S. 6, 2011, s.617-641.

⁴²¹ Van den Berg, **Uniformity**, s.43; Lazić, **Netherlands**, s.697. Bu noktada bir kez daha vurgulanmalıdır ki, potansiyel davacının bir yandan New York Konvansiyonu’na bir yandan da tenfize direnme hakkını sınırlandıran bu hükümlere dayanması mümkün değildir (bkz. Lazić, **Netherlands**, s.967). Başka bir deyişle davacı, her iki düzenlemeden en lehe hükümleri seçerek oluşturduğu, tâbiri caizse ortaya karışık bir tenfiz rejimine dayanamayacaktır (bkz. yukarıda s.39 vd.’nda yer alan açıklamalarımız).

⁴²² Van den Berg, **Uniformity**, s.43.

⁴²³ Van den Berg, **Explanatory Note**, s.2.

hükümle sınırlandırmaya yönelmektedir. Nitekim müellif, Miami Taslağı'nın düzenlenme amacının da tıpkı New York Konvansiyonu'nda olduğu gibi hakem kararlarının tenfizini mümkün olduğunca kolaylaştırmak olduğunu vurgulamaktadır⁴²⁴.

Van den Berg'in Miami Taslağı'nda, özü itibariyle tenfiz engelleri ve yapısı korunmakla birlikte New York Konvansiyon md. V hükmünde birtakım değişiklikler öngörülmüştür⁴²⁵. Bu bağlamda konumuz açısından önem arz eden ilk değişiklik önerisi, bir tenfiz engelinin varlığına rağmen tenfiz devleti hâkimine tenfiz talebini kabul etmek konusunda bir takdir yetkisi tanındığı sonucuna varılmasına⁴²⁶ yol açan Konvansiyon'un mevcut metnindeki “*may*” ifadesinin, böyle bir takdir yetkisi bırakmayan “*shall*” ifadesi ile değiştirilmiş olmasıdır⁴²⁷. Aynı madde hükmüne eklenmesi önerilen bir fıkra hükmüyle ise tenfize direnme hakkının Konvansiyon kapsamında açık bir düzenlemeyle sınırlandırılması önerilmektedir. Anılan fıkra hükmü uyarınca, tahkim yargılaması sırasında fıkra da sayılan tenfiz engellerinin varlığını öğrenmesini takiben bunları makûl bir süre içerisinde ileri sürmeyen tenfiz davalısı, anılan tenfiz engellerine dayanamayacaktır. Hükümde sayılan tenfiz engelleri ise, New York Konvansiyonu'nun mevcut metninde tenfiz talebinin reddine sebebiyet verebilmesi için tenfiz davalısı tarafından ileri sürülmesi ve ispat edilmesi gereken ve Konvansiyon'un md.V(1) fıkra hükmünde yer alan tenfiz engelleridir⁴²⁸. Ancak niteliği gereği tahkim yargılamasının sona ermesinden sonraki bir aşamada vuku

⁴²⁴ Van den Berg, **Explanatory Note**, s.3.

⁴²⁵ Konvansiyon md.V hükmüne ilişkin önerilen değişikliklerin detaylı bir açıklaması için bkz. Van den Berg, **Explanatory Note**, s.18 ilâ 25.

⁴²⁶ Bkz. yukarıda s.37 vd.'nda yer alan açıklamalarımız.

⁴²⁷ Van den Berg'in Konvansiyon'un md.V hükmüne eklenmesini önerdiği bir diğer fıkra hükmü (Miami Taslağı md.5(2)) şu şekildedir: “*Tenfiz istemi bu maddede sayılan sebeplerden birinin ancak açıkça var olduğu hâllerde reddedilir.*” (çeviri için bkz. Korkmaz, **Değişiklik**, s.1727). Kanaatimizce anılan fıkra hükmünün “Tenfiz talebi yalnızca bu maddede sayılan engellerden birinin varlığının aşikâr olması hâlinde reddedilir.” şeklinde çevrilmesi daha uygundur. Nitekim hükmün İngilizce aslı şu şekildedir: “*Enforcement shall be refused on the grounds set forth in this article in manifest cases only.*”. Müellif, anılan fıkra hükmü ile “*shall*” ifadesi birlikte yorumlandığında, bir tenfiz engelinin varlığının aşikâr olduğu hâllerde takdir yetkisinden söz edilemeyeceğini ifade etmektedir (bkz. Van den Berg, **Explanatory Note**, s.19). Kanaatimizce, hangi hâllerde bir tenfiz engelinin varlığının aşikâr olduğu meselesinin de yine tenfiz hâkimince somut olay şartlarına göre değerlendirilmesi gerekeceğinden takdir yetkisinin tam olarak dışlandığından söz edilemeyecektir.

⁴²⁸ New York Konvansiyon'un md.V hükmünde yer alan tenfiz engelleri özü itibariyle aynen korunmuş olsa da mevcut metnin kaleme alınış biçiminin bazı anlam karışıklıklarına yol açtığından bahisle madde metni müellifçe sadeleştirilmiştir (bkz. Van den Berg, **Explanatory Note**, s.18). Bu bağlamda Konvansiyon'un mevcut md.V(1) fıkra hükmünde düzenlenen tenfiz engelleri Miami Taslağı'nın md.5(3)(a) ilâ (g) bent hükümleri arasında yer almaktadır.

bulduğundan⁴²⁹, md.V(1)(e) hükmünde düzenlenen hakem kararının iptal edilmiş olması veya bağlayıcı hale gelmemiş olmasına ilişkin tenfiz engeli hüküm kapsamına dahil edilmemiştir. Keza tenfiz hâkimince re'sen dikkate alınabilecek ve New York Konvansiyonu md.V(2) fıkra hükmünde düzenlenen uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması ve kamu düzenine aykırılık engelleri de hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır⁴³⁰.

Tenfize direnme hakkını açıkça sınırlandıran bir hükmün Konvansiyon'a eklenmesi önerisinin ardında yer alan sebep incelendiğinde temel gerekçenin, md.V hükmünün tenfiz hâkimine takdir yetkisi tanıyan yapısının değiştirilmiş olması olduğu görülmektedir⁴³¹. Zira bazı mahkemeler, tahkim yargılaması sırasında bir tenfiz engelinin temelinde bulunan aykırılık veya ihlali ileri sürmeyen tenfiz davalısının ilgili aykırılığı ilk kez tenfiz davası sırasında bir tenfiz engeli olarak ileri sürmesine, temelde md.V hükmünde kendilerine tanınan takdir yetkisine dayanarak bir sonuç bağlamamaktadır⁴³². Oysaki Miami Taslağı'ndaki öneride artık tenfiz hâkimine bu konuda bir takdir yetkisi tanınmadığından bu yorum temelsiz kalacaktır. Ayrıca müellife göre bu yorum biçimi, yerleşik bir uygulama da değildir⁴³³. Konvansiyon'a eklenecek bu hükümle ise -ki müellif bu düzenlemeyi “feragat hükmü” olarak isimlendirmektedir- yabancı hakem kararlarının tenfizi rejimi açısından daha yeknesak bir uygulama sağlanabilecektir⁴³⁴. Üstelik anılan hüküm, tahkim yeri hukukunda Model Kanun md.4 hükmünde ifadesini bulan feragat düzenlemesine⁴³⁵ benzer bir düzenleme yer alıp almamasından bağımsız olarak uygulama alanı bulacaktır⁴³⁶.

⁴²⁹ Van den Berg, **Explanatory Note**, s.25. İlgili engelin Miami Taslağı'ndaki karşılığı md.5(3)(f) ve (g) hükümleridir.

⁴³⁰ New York Konvansiyonu md.V(2) fıkra hükmünde uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması ve kamu düzenine aykırılık şeklinde ayrı ayrı düzenlenen tenfiz engelleri Miami Taslağı md.5(3)(h) bent hükmünde “uluslararası kamu düzenine aykırılık” şeklinde tek bir engel olarak düzenlenmiştir. Bunun nedeni, tahkime elverişliliğin kamu düzeninin bir parçasını oluşturmasıdır (bkz. Van den Berg, **Explanatory Note**, s.24). “Uluslararası” kamu düzeni kavramının tercih nedeni için bkz. Van den Berg, **Explanatory Note**, s.24.

⁴³¹ Van den Berg, **Explanatory Note**, s.24

⁴³² Van den Berg, **Explanatory Note**, s.25.

⁴³³ Van den Berg, **Explanatory Note**, s.25.

⁴³⁴ Van den Berg, **Explanatory Note**, s.25.

⁴³⁵ Anılan hükme ilişkin detaylı bilgi için bkz. aşağıda “2) Feragate İlişkin Düzenlemeler” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁴³⁶ Van den Berg, **Explanatory Note**, s.25.

Yukarıda kısaca özetlediğimiz iki örnek açısından da ortak olan husus, her iki düzenlemede de tenfize direnen tarafın tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğine herhangi bir başka şart aranmadan doğrudan bir sonuç bağlanıyor olmasıdır. Oysaki, daha önce ifade ettiğimiz üzere hakkın kötüye kullanılması yasağının tenfize direnme hakkının bir sınırını oluşturmamasından söz edilebilmesi için tek başına çelişkili bir davranışın varlığı yeterli değildir⁴³⁷. Bu bağlamda temelinde çelişkili davranış yasağı bulunan⁴³⁸ bu hükümlerin murat ettikleri sonucu doğurmaları için tenfiz davalısının tenfize direnme hakkına konu ettiği engelin temelinde yer alan aykırılığı tahkim yargılaması sırasında ileri sürmediğinin tespiti yeterli olacak, ayrıca güven unsuru gibi ek bir unsurun varlığı aranmayacaktır. Ancak hukukumuzda benzer bir düzenlemenin bulunmadığı göz önüne alındığında Türk hukuku açısından, hemen aşağıda inceleyeceğimiz düzenlemenin kapsamına giren hâller dışında, meselenin hakkın kötüye kullanılması yasağı şartları çerçevesinde her somut olay özelinde değerlendirilmesi gerekecektir.

2) Türk Hukukunun Bir Parçası: 1961 Tarihli Avrupa Sözleşmesi

Bu konuda herhangi bir hüküm içermeyen New York Konvansiyonu’nun aksine mevzuatımızın bir parçası olan Avrupa Sözleşmesi, tarafların tahkim yargılaması sırasındaki bazı tutum ve davranışlarına tenfize direnme hakkının sınırlandırılması sonucunu bağlayan açık bir düzenleme ihtiva etmektedir⁴³⁹. Her ne kadar anılan düzenleme, tenfize direnme hakkının genel bir sınırını oluşturacak nitelikte değilse de kimi hâllerde tenfiz davalısının, New York Konvansiyonu md.V(1)(a) ve md.V(1)(c) ile MÖHUK md.62(1)(e) ve (g) hükümlerinde ifadesini bulan tenfiz engellerine dayanabilmesini engellemektedir. Şöyle ki, Sözleşme’nin “Hakem Mahkemesinin Yetkisizliği Def’i” başlıklı V. maddesinin ilk fıkra hükmü uyarınca, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmamasına dayanarak hakem heyetinin yetkisine itiraz etmek isteyen taraf, bu itirazını tahkim yargılaması

⁴³⁷ Bkz. yukarıda “B) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Uygulanma Şartları ve Bir Görünüm Biçimi Olarak Çelişkili Davranış Yasağı” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁴³⁸ Miami Taslağı’na ilişkin açıklayıcı notunda Van den Berg, önerdiği düzenlemenin temelinde Model Kanun 4.maddesinde ifadesini bulan feragat hükmünün yer aldığını açıkça ifade etmektedir (bkz. Van den Berg, **Explanatory Note**, s.25). Bu kapsamda, Model Kanun 4.maddesinin temelinde de çelişkili davranış yasağı bulunduğu göz önüne alındığında (bkz. aşağıda s.124) Taslak’taki hüküm açısından da aynı çıkarım yapılabilecektir.

⁴³⁹ Borris/Hennecke, **Article V**, s.266.

sırasında en geç “esasa ait müdafaası”nda ileri sürmelidir⁴⁴⁰. Benzer şekilde, hakem heyetinin yetkisini aştığı iddiasında bulunan taraf, yetki aşımı teşkil eden durum ortaya çıktığı anda derhâl itiraz etmelidir⁴⁴¹. Aksi takdirde ikinci fıkra uyarınca ilgili taraf, bu iddialarını tahkim yargılamasının ilerleyen aşamalarında ileri süremeyeceği gibi tahkim yargılamasından sonra devlet mahkemeleri önünde hakem kararına veya kararın tenfizine ilişkin vukuu bulan yargılamalarda da⁴⁴² ileri süremeyecektir⁴⁴³.

İlgili hükmün Türk mahkemeleri önünde görülmekte olan tenfiz davaları açısından nasıl uygulama alanı bulacağı meselesi irdelenmeden önce, Sözleşme’nin Türkçe çevirisinden tam olarak anlaşılamasa da akdedildiği dillerden biri olan

⁴⁴⁰ Fıkra hükmünün ilgili kısmının Resmî Gazete’de yayınlanan Türkçe metni şu şekildedir: “*Hakemin yetkisizliğini gerektiren bir defa öne sürmek isteyen taraf bunu hakemlik anlaşmasının yokluğuna, butlanına veya hükümden düşmüş olduğuna dayandırmak isterse, hakemlik usûlünün cereyanı sırasında en geç esasa ait müdafaası ile birlikte dermeyeran etmesi (...) lazımdır. (...)*”, bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc074/kanuntbmmc074/kanuntbmmc07403730.pdf.

⁴⁴¹ Fıkra hükmünün ilgili kısmının Resmî Gazete’de yayınlanan Türkçe metni şu şekildedir: “*(...) ve eğer defnî ihtilaflı meselenin hallinin hakemin yetkisi dışına çıktığı noktaya tevcih ederse, bahis konusu yetkiyi aşan meselenin hakemlik usûlü sırasında ortaya atıldığı anda derhal öne sürmesi lazımdır. (...)*”.

⁴⁴² Lisa Beisteiner, **The European Convention on International Commercial Arbitration: A Commentary**, Kluwer Law International, 2018, s.88; Yeşilova, **Cenevre**, s.152; Wolff, **Article II**, s.154; Quinke, **Article VII**, s.505. Ayrıca bkz. BGH, III ZB 100/09, 16.12.2010, <http://disarb-db.org/decisions/FBkJu_1NQoCrj9w_K3kaoQ>.

⁴⁴³ Fıkra hükmünün ilgili kısmının Resmî Gazete’de yayınlanan Türkçe metni şu şekildedir: “*Yukarıda 1 inci paragrafta derpiş edilen ve aynı paragrafın koyduğu müddet içinde dermeyeran edilmeyen defiler, hakemin tatbik ettiği kanun gereğince münhasıran tarafların ileri sürebileceği defilerden ise hakem usûlünün müteakip safhasında nazara alınamaz ve eğer bu defiler, ihtilafla esas veya hakem kararının icrası bakımından el koyan adli mahkemenin kanunlar ihtilaflı kaidesinin tayin ettiği kanuna göre, tarafların ihtiyatına terkedilen defilerden ise, ihtilaflın esasına veya hakem kararının icrasına taalluk eden muhakeme usûlünün, müteakip safhasında öne sürülemez. (...)*”. Maddenin uygulanma şartlarından biri olarak kaleme alınan “*tarafların ihtiyatına terkedilen defilerden*” olma şartı ilk bakışta anlaşılabilir görünse de, tahkim anlaşmasının geçersizliği ve hakem heyetinin yetkisini aşması gerek MÖHUK gerekse New York Konvansiyonu uyarınca taraflarca ileri sürülmesi gereken tenfiz engelleri olduğundan maddenin uygulanması açısından ek bir değerlendirme gerekmektedir. Buna karşın doktrinde, uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olmaması nedeniyle veya kamu düzenini de ilgilendirmesi hâlinde tarafların ehliyetsizliği nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersiz olması hâlinde bu hükmün, ilgili hâllerin tenfiz hâkimince re’sen nazara alınacağından bahisle uygulanamayacağının ifade edildiği görülmektedir (bkz. Florian Haugeneder, “The New Austrian Arbitration Act and the European Convention on International Commercial Arbitration”, **Arbitration International**, C.23, S.4, 2007, s.654; Beisteiner, **Commentary**, s.86). Ancak kanaatimizce, tahkime elverişlilik engeli tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin değerlendirme kapsamında ele alınmayacağından (bkz. yukarıda s.92, dn.349’da yer alan açıklamalarımız) ve kamu düzeni engelini de devreye sokacak bir ehliyetsizlik sebebi ile ne kastedildiği anlaşılmasa da, bu hâlde zaten uygulama alanı bulacak tenfiz engeli farklı olduğundan tenfiz davası aşaması açısından bu yönde ek bir sınırlandırmanın ifade edilmesi gerekli değildir. Ayrıca, her ne kadar tahkim anlaşmasının yokluğu MÖHUK md.62(1)(a) uyarınca tenfizi hâkimince re’sen dikkate alınması gereken tenfiz engellerinden biri olarak düzenlenmiş olsa da, daha önce de açıkladığımız üzere bu düzenleme biçimi, New York Konvansiyonu uyarınca yapılacak değerlendirmeleri değiştirecek bir etkiyi haiz olmayacaktır (yukarıda bkz. s.44, dn.170).

İngilizce metninde “esasa ait müdafaa”⁴⁴⁴ kavramının karşılığı olarak yer bulan “*statement of claim or defence relating to the substance of the dispute*” kullanımının sonucu olan iki hususun açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Bu kapsamda açıklanması gereken ilk husus, “*statement of defence ... relating to the substance*” kavramı ile kastedilenin tahkim davalısının usûle dair değil, uyuşmazlığın esasına ilişkin gerçekleştirdiği, genellikle yazılı olmakla birlikte sözlü de olabilecek⁴⁴⁵, ilk savunma olduğudur⁴⁴⁶. Bu bağlamda anılan kavram, iç hukukumuzda yer alan düzenlemelerden alışkın olduğumuz “cevap dilekçesi” kavramından daha geniş olup uyuşmazlığın esasına dair açıklamalar içermesi hâlinde “tahkim talebine cevap” gibi cevap dilekçesinden önce sunulan beyanları da kapsar niteliktedir⁴⁴⁷. İlgili hüküm açısından açıklanmaya muhtaç bir diğer husus ise, hemen yukarıda incelediğimiz düzenlemelerin aksine yalnızca tahkim yargılamasının davalı tarafı açısından değil, içerdiği “*statement of claim*” kavramı ile davacı taraf açısından da açık bir sınırlama ihtiva eder olmasıdır. Gerekliliği ilk bakışta sorgulanabilecek bu tercihin sonucu ise, bir tahkim anlaşmasına dayanarak tahkim yargılamasını başlatan ve uyuşmazlığın esasına ilişkin iddialarını ileri süren davacı tarafın tenfiz davası da dahil olmak üzere ilerleyen aşamalarda bizzat kendisinin dayandığı tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiasında bulanamayacak olmasıdır⁴⁴⁸. Böyle bir ihtimal ise kural olarak temelde üç hâlde gündeme gelebilecektir. Bunlardan ilki, başlattığı tahkim yargılamasında ileri sürdüğü taleplerin hakem heyetince reddedilmesine karşın davalı tarafından ileri sürülen karşı dava/taleplerin hakem heyetince kabul edilmesi sonucunda ilgili tarafın bir tenfiz davasının davalısı hâline gelmesi ihtimalidir⁴⁴⁹. Bir diğeri ise, tahkim yargılamasını başlatan tarafın yargılama giderlerine mahkûm edilmesi ve bu yargılama giderlerinin tahsili amacıyla kendisine karşı bir tenfiz davası ikâme edilmiş olması

⁴⁴⁴ Sözleşme’nin Fransızca metninde kullanılan ifadenin de benzer şekilde “*defenses sur le fond*” olduğu göz önüne alındığında Sözleşme Türkçeye çevrilirken Fransızca metnin esas alındığı düşünülebilir. Sözleşme’nin Fransızca ve İngilizce metinleri için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf.

⁴⁴⁵ Beisteiner, **Commentary**, s.87. Bununla birlikte ileride doğabilecek ispat problemlerini aşmak adına yazılı bir şekilde yapılmasının tavsiye edildiği görülmektedir (bkz. Beisteiner, **Commentary**, s.87).

⁴⁴⁶ Dominique Hascher, European Convention on International Commercial Arbitration of 1961: Commentary, **ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2011** (ed. Albert Jan Van den Berg), C.XXXVI, 2011, s. 524; Haugeneder, **European Convention**, s.654; Beisteiner, **Commentary**, s.87.

⁴⁴⁷ Beisteiner, **Commentary**, s.88. Bu bağlamda, tahkim usûlüne uygulanan hukuk veya kuralların taraflarca sunulan dilekçeleri farklı isimlerle nitelendirilmesi de önem arz etmeyecektir (bkz. Beisteiner, **Commentary**, s.88).

⁴⁴⁸ P. I. Benjamin, “The European Convention on International Arbitration”, **British Yearbook International Law**, C.37, 1961, s.488; Beisteiner, **Commentary**, s.88.

⁴⁴⁹ Benzer yönde bkz. Haugeneder, **European Convention**, s.654.

hâlidir⁴⁵⁰. Son olarak, hakem heyetinin davacının taleplerini reddedip taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğine karar vermesi hâlinde olduğu gibi hakem kararının tespit hükmü içermesi durumunda tahkim yargılamasının davalısı tarafından bu kararın tanınmasının talep edildiği hâller de bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

Uygulama alanına giren hâllerde anılan hüküm gerek MÖHUK gerekse New York Konvansiyonu uyarınca yürütülen tenfiz davalarında uygulama alanı bulacağından⁴⁵¹, Avrupa Sözleşmesi'nin kapsamına giren tahkim yargılamaları sonucunda verilen yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, tahkim yargılaması sırasında hakem heyetinin yetkisine itiraz etmek konusunda hareketsiz kalan veya zamanında hareket etmeyen taraf, tahkim anlaşmasının geçersizliğini veya hakem heyetinin yetkisini aşmasını⁴⁵² bir tenfiz engeli olarak da ileri süremeyecektir⁴⁵³. Vurgulanmalıdır ki bu sonucun doğması, tenfiz davalısının tahkim yargılamasına katılmış olmasına bağlı olup tahkim yargılamasının *ex parte* yürütülmüş olduğu hâllerde anılan hüküm bu etkiyi doğurmayacaktır⁴⁵⁴.

İlgili hükmün uygulanmasına ilişkin belirtilmesi gereken son bir husus bulunmaktadır. Şöyle ki, tahkim yargılaması sırasında olmakla birlikte esasa ilişkin ilk savunmadan sonra yetki itirazında bulunulması durumunda hakem heyeti, md.V(1) fıkra hükmünün son cümlesi uyarınca⁴⁵⁵ böyle bir gecikmenin haklı bir sebebe dayandığı kanısındaysa yetki itirazını yine de kabul edebilecektir. Ancak, md.V(2) fıkra hükmünün son cümlesi uyarınca⁴⁵⁶ hakem heyetinin gecikmeye ilişkin

⁴⁵⁰ Örneğin Konya Bölge Adliye Mahkemesi'nin 2022 yılında verdiği tenfiz kararına konu tahkim yargılamasında davacı tarafın talepleri reddedilmiş ve davacı, hakem heyetince yargılama giderlerine mahkûm edilmiştir. Bunun üzerine tahkim yargılamasının davalı tarafı, lehine hükmedilen yargılama masraflarının tahsili amacıyla ilgili hakem kararının tenfizini talep etmiştir (bkz. Konya BAM, 6. HD., E. 2022/718 K. 2022/1441 T. 30.9.2022 (Lexpera)). Benzer şekilde bkz. İstanbul BAM, 13. HD., E. 2020/1438 K. 2022/1533 T. 27.10.2022 (Lexpera).

⁴⁵¹ Bkz. yukarıda s.98 vd.'nda yer alan açıklamalarımız.

⁴⁵² Elbette ki, ancak hakem kararının verilmesinden sonra anlaşılabilir bir yetki aşımı hâlleri açısından bu sınırlandırmanın uygulama alanı bulması, kanaatimizce, düşünülemeyecektir. Zira böyle bir yetki aşımına ilişkin itirazın tahkim yargılaması sırasında ileri sürülebilmesi zaten mümkün olmayacaktır.

⁴⁵³ Hascher, **European Convention**, s.1024; Beisteiner, **Commentary**, s.88; Yeşilova, **Cenevre**, s.171; Quinke, **Article VII**, s.505. Tenfiz davası aşamasında ilgili hükmün uygulanışına ilişkin farklı devlet mahkemelerince verilmiş örnek kararlar için bkz. Quinke, **Article VII**, s.505 dn.199; Beisteiner, **Commentary**, s.89 ve 90.

⁴⁵⁴ Hascher, **European Convention**, s.1023; Beisteiner, **Commentary**, s.91.

⁴⁵⁵ Fıkra hükmünün ilgili kısmının Resmî Gazete'de yayınlanan Türkçe metni şu şekildedir: "(...) Eğer tarafların bahis konusu defî öne sürmek hususundaki gecikmesi hakemin muteber addettiği bir sebepten ileri gelmiş ise, hakem, defîn kabule şayan olduğuna karar verebilir."

⁴⁵⁶ Fıkra hükmünün ilgili kısmının Resmî Gazete'de yayınlanan Türkçe metni şu şekildedir: "(...) Bununla beraber mahkemenin defîn vaktinden sonra öne sürüldüğü hakkındaki hakem tarafından verilen kararı kontrol yetkisi mevcuttur."

değerlendirmesi tenfiz hâkiminin kontrolüne tâbi olacaktır. Dolayısıyla böyle bir gecikmenin hakem heyetince haklı bir nedene dayanmadığına karar verilip bu nedenle yetki itirazının reddedildiği hâllerde, tenfiz hâkimince yapılan incelemede anılan gecikmenin haklı bir nedene dayandığı sonucuna varılması durumunda tenfiz davalısı, tahkim anlaşmasının geçersizliğine veya hakemlerin yetki aşımına birer tenfiz engeli olarak dayanabilecektir⁴⁵⁷.

Görüldüğü üzere Avrupa Sözleşmesi md. V hükmü, ilgili tenfiz engelleri bakımından tenfize direnme hakkının açık bir sınırını⁴⁵⁸ teşkil ettiğinden hükmün uygulama alanı bulduğu hâller açısından ayrıca hakkın kötüye kullanılması yasağının şartlarının değerlendirilmesi yersiz olacağı gibi hukuk tekniğine de aykırı olacaktır. Zira, tahkim anlaşmasının geçerliliğinden kaynaklanan yetki itirazının tahkim yargılamasının başında, hakem heyetinin yetki aşımına ilişkin itirazın ise ortaya çıktığı anda çözülmesini sağlayarak tarafların tahkim yargılamasının tamamlanmasını geciktirici ve takiben hakem kararının tenfizini engelleyici davranışlarına mâni olmayı⁴⁵⁹ amaçlayan hükmün temelinde zaten çelişkili davranış yasağı bulunmakta olup⁴⁶⁰ herhangi bir ek şart aranmadan ilgili tarafın hareketsizliği olgusuna⁴⁶¹ doğrudan bir sonuç bağlanmıştır. Başka bir deyişle hükmün uygulandığı hâllerde, çelişkili davranış yasağının uygulanma şartlarından biri olan güven unsurunun karşılandığının adeta varsayıldığını söylemek hatalı olmayacaktır.

Ancak Avrupa Sözleşmesi'nin gerek âkit devlet sayısının azlığı⁴⁶² gerekse kapsamına ilişkin düzenlemesi nedeniyle uygulama alanının New York Konvansiyonu'ndan çok daha dar olduğu⁴⁶³ dikkate alındığında, Türk mahkemeleri

⁴⁵⁷ Hascher, **European Convention**, s.1024; Beisteiner, **Commentary**, s.91.

⁴⁵⁸ Nitekim doktrinde, Avrupa Sözleşmesi'nin V. madde hükmünün New York Konvansiyonu'ndaki bir eksikliği tamamladığı ifade edilmektedir (bkz. Benjamin, **Convention**, s.489; ayrıca bkz. Yeşilova, **Cenevre**, s.171).

⁴⁵⁹ Benjamin, **Convention**, s.488; Beisteiner, **Commentary**, s.82; Kröll, **Sleeping Beauty**, s.10.

⁴⁶⁰ Nitekim ilgili hüküm doktrinde “*estoppel*” kuralı olarak nitelendirilmektedir (bkz. Hascher, **Commentary 2011**, s.524). Ayrıca hüküm, Avrupa Sözleşmesi'nin temel ilkelerinden biri olan usûl ekonomisi ilkesinin bir yansıması olarak görülmektedir (bkz. Kröll, **Sleeping Beauty**, s.10).

⁴⁶¹ Yeşilova, **Cenevre**, s.178.

⁴⁶² Eylül 2024 tarihi itibarıyla Sözleşme'yi toplamda 32 devlet onaylamış durumdadır, bu devletlerin güncel listesi için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=_en.

⁴⁶³ Van den Berg, **NYC**, s.94; Van den Berg, **Yearbook 2003**, s.681; Quinke, **Article VII**, s.501; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.55.

önünde görülen tenfiz davalarının kayda değer bir kısmında⁴⁶⁴ ilgili hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. Bu nedenle Avrupa Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulmadığı⁴⁶⁵ tenfiz davaları açısından meselenin, hakkın kötüye kullanılması yasağının şartları açısından değerlendirilmesi gerekecektir.

B) Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkını Sınırlandırma İddiasında Bulunan Düzenlemeler

Niteliği gereği milletlerarası ticari tahkim, yargılamanın başından sonuna kadar geçen süreçte, birden çok hukuk sistemi ile bağlantı hâlinedir. Tahkim yargılamasının bu hukukun patronajı altında yürütüldüğü göz önüne alındığında tahkim yeri hukukunun yadsınamaz bir önemi bulunmaktadır. Model Kanun hükümleri incelendiğinde, tahkim yeri hukukunda yer alan kimi düzenlemelerin başka bir devlet hukukuna göre gerçekleşen tenfiz yargılaması üzerinde de sonuç doğurma iddiasını haiz oldukları görülmektedir. Ancak, tahkim yeri devleti dışında vuku bulacak olan tanıma tenfiz davalarında tahkim yeri hukukun rolü, kendisine tenfiz devleti hukukunca atfedildiği kadar olacaktır. Başka bir deyişle, taraflara bir hakem kararının kendi ülkesinde tanınması ve tenfizini talep etme hakkını veren hukuk sistemi tenfiz devleti hukuku olduğundan, tahkim yeri hukukunda yer alan düzenlemelerin tenfiz davası açısından hangi ölçüde etkili olacağını belirleyecek hukuk da tenfiz devleti hukuku olacaktır. Ancak, yabancı bir hakem kararının verildiği tahkim yeri hukukunda yer alabilecek iki tip düzenlemenin, tenfize direnme hakkı üzerinde sınırlandırıcı etkiyi haiz olma iddiasında oldukları görülmektedir. Bu hükümler ve tenfiz yargılaması açısından gerçekten bir sonuç doğurup doğuramayacakları meselesi, aşağıda sırasıyla

⁴⁶⁴ Zira, her ne kadar Türkiye'nin yoğun ticari ilişkilere sahip olduğu Avrupa Birliği üye devletlerinin ekseriyeti Sözleşme'ye taraf olsa da, yine yoğun ticari ilişkilere sahip olunan Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Çin, Irak, Birleşik Arap Emirlikleri gibi devletlerle (TÜİK Dış Ticaret İstatistikleri Ekim 2023, bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Dis-Ticaret-Istatistikleri-Ekim-2023-49628#:~:text=Genel%20ticaret%20sistemine%20göre%20ihracat%202023%20yılı%20Ocak%20DEKi m%20döneminde,821%20milyon%20dolar%20olarak%20gerçekleşti.>) Türkiye'nin son dönemde ticari ilişkilerini arttırmaya devam ettiği birçok devlet Sözleşme'ye taraf değildir. Buna karşın doktrinde, Sözleşme'ye taraf olan devletler dikkate alındığında Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten bu yana Türk hukukunda daha çok ve esaslı bir şekilde uygulanmış olmasının bekleneceği de ifade edilmektedir (bkz. Yeşilova, **Cenevre**, s.137).

⁴⁶⁵ Elbette, Türkiye'nin taraf olduğu ve tenfize ilişkin daha lehe bir rejim içermesi nedeniyle New York Konvansiyonu yerine veya Konvansiyon'un kapsamı dışında kalan hâllerde MÖHUK ile birlikte uygulama alanı bulabilecek bir milletlerarası sözleşmede benzer bir hükmün bulunması hâlinde bu hüküm, uygulanan tenfiz düzenlemelerinin bir parçası olarak uygulama alanı bulabilecektir.

(1) *Hakem Heyetinin Yetkisini Tesis Eden Düzenlemeler* ve (2) *Feragate İlişkin Düzenlemeler* başlıkları altında incelenecektir.

1) Hakem Heyetinin Yetkisini Tesis Eden Düzenlemeler

Tahkim anlaşmasının hakem heyetinin yetkisinin temelini oluşturduğu göz önüne alındığında, başta Model Kanun olmak üzere birçok modern tahkim kanununda neredeyse yeknesak biçimde ifadesini bulan⁴⁶⁶ ve hakem heyetinin yetkisizliği veya yetkisini aştığına ilişkin itirazların tahkim yargılaması sırasında belirli bir zaman dilimi içerisinde ileri sürülmesini gerektiren düzenlemelerin tenfiz davası açısından bir etkisinin bulunup bulunmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Gerçekten de, Model Kanun md.16(2) fıkra hükmü⁴⁶⁷ uyarınca hakem heyetinin yetkisine itiraz en geç davalı tarafça sunulan cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir. Benzer şekilde, hüküm uyarınca, hakem heyetinin yetkisini aştığını düşünen taraf bu itirazını yetki aşımı ortaya çıktıktan sonra en kısa sürede ileri sürmelidir⁴⁶⁸. İlgili hükmün mefhumu muhalifinden çıkan anlam ise tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiasının hükümde belirtilen zaman diliminden sonra, kural olarak⁴⁶⁹, ileri sürülemeyecek olmasıdır⁴⁷⁰. Vurgulanmalıdır ki, bu tip düzenlemelerin, Türk mahkemeleri önünde tenfizi talep edilen yabancı hakem kararının tahkim yeri hukukunun parçası olması hâlinde tahkim yargılaması aşamasında uygulama alanı bulacağı konusunda elbette ki bir şüphe bulunmamaktadır⁴⁷¹. Ancak konumuz açısından açıklığa kavuşturulması gereken mesele, hükümde düzenlenen zamansal sınırlandırmanın tahkim yargılamasının sona

⁴⁶⁶ Örneğin bkz. Almanya Medeni Usûl Kanunu (ZPO) md.1040(2), İsveç Tahkim Kanunu md.34, İngiliz Tahkim Kanunu (*Arbitration Act 1996*) md.73; Avusturya Medeni Usûl Kanunu (*Österreich ZPO*) md.592(2); Hollanda Medeni Usûl Kanunu (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) md.1052(2). Nitekim aynı düzenleme MTK md.7/H ve HMK md.422(2)-(3) hükümlerinde de ifadesini bulmaktadır.

⁴⁶⁷ Model Kanun md.16(2) hükmünün tam metni şu şekildedir: “*A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.*”.

⁴⁶⁸ Ancak elbette ki yalnızca hakem kararının verilmesiyle anlaşılabilir yetki aşımı hâlleri hükmün kapsamı dışındadır (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.482, dn.17).

⁴⁶⁹ Model Kanun md.16(2) son cümle uyarınca hakem heyeti, gecikmenin haklı olduğuna kanaat getirdiği hâllerde, gecikmiş yetki itirazını kabul edebilecektir (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.482).

⁴⁷⁰ Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.481; Binder, **Model Law**, s.256.

⁴⁷¹ Yeşilova, **Cenevre**, s.178.

ermesini takiben gerçekleşen iptal ve özellikle tenfiz davası aşamaları açısından da etki doğurup doğuramayacağıdır⁴⁷². Başka bir deyişle, anılan tipteki düzenlemeler ilgili tarafın bir iptal sebebi veya bir tenfiz engeli olarak tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesini engelleyebilecek midir?

Bu soruya, gerek Model Kanun taslağını hazırlayan Çalışma Grubu'nun raporunda⁴⁷³ gerekse UNCITRAL Sekretaryası tarafından hazırlanan Model Kanun şerhinde⁴⁷⁴ olumlu yönde cevap verildiği görülmektedir. Model Kanun taslağına son hâlini vererek kabul eden UNCITRAL Komisyon'un raporunda ise bu meselenin iptal davasına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde ele alındığı ancak tartışmalar sırasında md.16(2) hükmünün iptal davasında da uygulama alanı bulacağına dair açık bir hükmün eklenmesine yönelik değişiklik önerisinin, tüm olasılıkları ve detayları kapsayan bir düzenleme için detaylı tartışmalara girilmemesine karar verilerek reddedildiği ve meselenin yoruma ve Model Kanun'u benimseyecek devletlerin olası düzenlemelerine bırakılmasına karar verildiği görülmektedir⁴⁷⁵. Nihayet doktrinde, Model Kanun'un hazırlık çalışmalarının bu mesele açısından tamamen açık olmadığı belirtilmekle birlikte, Sekreteryası'nın ve Çalışma Grubu'nun bu konudaki yorumları ve

⁴⁷² Nitekim doktrinde YEŞİLOVA, Avrupa Sözleşmesi'nin bir önceki başlıkta incelediğimiz hükümlerine ilişkin açıklamalarında Sözleşme'nin, bu tarz hükümlerin (ki yazar bunları zımnî feragat olarak isimlendirmektedir) tenfiz devleti hukukunu bağlayıp bağlamadığı "sorununa" en azından Sözleşme özelinde bir cevap getirdiğini ifade etmekte (bkz. Yeşilova, **Cenevre**, s.171); ancak bunun dışında meselenin son derece tartışmalı olduğunu vurgulamaktadır (bkz. Yeşilova, **Cenevre**, s.178).

⁴⁷³ UNCITRAL Sekretaryası tarafından Model Kanun taslağını hazırlamak üzere görevlendirilen Çalışma Grubu'nun (*Working Group*) A/CN.9/246 numara ve 6 Mart 1984 tarihli beşinci raporunun 51.paragrafında mesele, şu ifadelerle değerlendirilmiştir: "*It was observed, with reference to the question raised in the note prepared by the Secretariat (A/CN.9/WG.II/WP.50, para. 16), that a party who failed to raise the plea as required under article 16 (2) should be precluded from raising such objections not only during the later stages of the arbitral proceedings but also in other contexts, in particular, in setting aside proceedings or enforcement proceedings, subject to certain limits such as public policy, including arbitrability.*" (raporun tam metni için bkz. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V84/828/46/PDF/V8482846.pdf?OpenElement>).

⁴⁷⁴ Model Kanun taslağının son hâlini vererek kabul edecek olan Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından taslağına ilişkin bir şerh hazırlaması talep edilen UNCITRAL Sekretaryası'nca mesele, Çalışma Grubu'nun bir önceki dipnotta aktarılan ifadelerine atıfla, şu şekilde değerlendirilmiştir: "*It is submitted that this observation accords with the purpose underlying paragraph (2) and might appropriately be expressed in the model law. It would mean, in practical terms, that any objection, for example, to the validity of the arbitration agreement may not later be invoked as a ground for letting aside under article 34(2)(a)(i) or for requesting, under article 36(1)(a)(i), refusal of recognition or enforcement of an award (made under this Law)*" (bkz. UNCITRAL Secretariat, **Analytical Commentary**, s.37).

⁴⁷⁵ UNCITRAL tarafından hazırlanan A/40/17 numara ve 21 Ağustos 1985 tarihli raporun 289.paragrafında yer alan ilgili kısmı şu şekildedir: "*The Commission decided not to embark on an in-depth discussion with a view to elaborating a comprehensive provision covering all eventualities and details. It was agreed not to modify the text and, thus, to leave the question to the interpretation, and possibly regulation, by the States adopting the model law.*" (bkz. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N85/325/11/PDF/N8532511.pdf?OpenElement>).

Komisyon'un Model Kanun md.4 hükmüyle ilgili değerlendirmeleri⁴⁷⁶ dikkate alındığında, ilgili hükmün iptal davası ve tenfiz davası aşamalarında da uygulama alanı bulması gerektiği belirtilmektedir⁴⁷⁷.

Ancak kanaatimizce mesele, bizzat bu düzenlemelerin yer aldığı tahkim yeri hukukuna tâbi olan iptal davası ile başka bir devletin mahkemeleri önünde o devletin hukukuna göre yürütülecek tenfiz davası açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır⁴⁷⁸. Böyle bir ayrımın niçin gerekli ve haklı olduğu sorusunun cevabı ise anılan düzenlemelerin işlevinde saklıdır. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin kurallar getirmekten ziyade⁴⁷⁹ bu anlaşmanın geçersizliğinin veya kapsamının aşılmasının sonucu olarak ileri sürülebilecek usûlî bir itiraz olan yetki itirazının tâbi olduğu şartlardan birini ihtiva eden bu düzenlemeler⁴⁸⁰, işlevleri itibariyle usûl hukukumuzda yer alan ilk itirazlara benzetilebilecektir. Bu bağlamda anılan düzenlemeler, tahkim yargılaması sırasında davalının belirlenen süre içerisinde yetki itirazını ileri sürmemesi olgusuna hakem heyetinin adeta kanun uyarınca yetkili hâle gelmesi sonucunu bağlamaktadır. Bu etkiyi tanıyan hukukun tahkim yargılamasının isnat ettiği hukuk sistemi olan tahkim yeri hukuku olduğu dikkate alındığında, yine bu hukuk sisteminin hakem kararına karşı başvuru yolu olarak tanıdığı iptal davasında da düzenlemenin etki doğuracağına kabulü yadırganmayacaktır⁴⁸¹. Ancak bu hukuk sisteminin dışında başka bir devletin hukukuna tâbi olarak yürütülen tenfiz davasında böyle bir etkiyi tanıyabilecek olan hukuk sistemi tenfiz devleti hukukundan başka bir hukuk olamayacaktır. Dolayısıyla anılan düzenlemenin, tenfiz devleti hukukunun buna açıkça imkân tanınması ihtimali dışında kendiliğinden tenfiz davası aşamasında da

⁴⁷⁶ Bkz. aşağıda s.126, dn.501 ve 502.

⁴⁷⁷ Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.483. Aynı yönde bkz. Binder, **Model Law**, s.257.

⁴⁷⁸ Bu noktada önemle vurgulanmalıdır ki, Model Kanun md.36 hükmü uyarınca gerek yerli gerekse yabancı hakem kararlarının icrası için bir tanıma tenfiz davası açılması gerekmektedir (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.1055). Bu bağlamda, yukarıda andığımız görüşlerin, yalnızca Model Kanun'a tâbi olarak verilen ve dolayısıyla ilgili devlette yerli hakem kararı olarak nitelendirilebilecek hakem kararları için açılacak iptal davası ve tenfiz davalarını kastettikleri sonucuna ulaşıldığı ölçüde bu iki dava arasında ayırım yapmamış olmaları garipsenmeyebilecektir. Ancak ne anılan eserlerde ne de Komisyon raporlarında böyle bir ayırma rastlanmıştır.

⁴⁷⁹ Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan aynı içerikteki hüküm açısından bu yönde bkz. Beisteiner, **Commentary**, s.89. Buna karşın KAPLAN, Model Kanun md.7(2) hükmünün tahkim anlaşmasının geçersizliğini "iyileştireceğini" (*cured*) ifade etmektedir (bkz. Kaplan, **Written Form**, s.18).

⁴⁸⁰ Nitekim Model Kanun'un ilgili hükmünün başlığı "Hakem Heyetinin Kendi Yetkisine İlişkin Karar Verme Yetkisi" (*Jurisdiction of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction*) olup madde, "Hakem Heyetinin Yetkisi" (*Jurisdiction of Arbitral Tribunal*) başlıklı kısmın altında düzenlenmiştir.

⁴⁸¹ Model Kanun md.16(2) hükmünün iptal davasında da uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.481; Binder, **Model Law**, s.256. Model Kanun hükmünün MTK'daki yansıması niteliğinde olan md.7/H/2 fıkra hükmünün düzenlemenin iptal davasında da etki doğuracağı yönünde bkz. Ekşi, **Değerlendirme**, s.338.

doğrudan sonuç doğurması, kanaatimizce, söz konusu olamayacaktır. Ancak vurgulanmalıdır ki, tahkim yeri hukukunun bu yöndeki düzenlemelerinin tenfiz davası açısından doğrudan etkisi bulunmasa da, aşağıda görüldüğü üzere bu hükümler, özellikle çelişkili davranış yasağının uygulanma şartlarından biri olan güven unsuruna yönelik yapılacak somut olay değerlendirmelerinde dolaylı da olsa bir etkiyi haiz olacaktır⁴⁸². Keza benzer şekilde, çeşitli tahkim kurumlarının kurallarında yer alan bu yöndeki düzenlemeler de⁴⁸³, tenfize direnme hakkı üzerinde yalnızca dolaylı bir etkiyi haiz olabilecektir. Zira, daha önce de vurguladığımız üzere, tarafların seçmiş olduğu tahkim kurumu kurallarının hukuki niteliği taraflar arasındaki bir anlaşma olup tenfize direnme hakkının henüz doğmadığı bir aşamada yapıldığından, bu anlaşma tenfize direnme hakkından, kısmen de olsa, feragat edilmesi sonucunu doğuramayacaktır⁴⁸⁴.

Son olarak bir kez daha vurgulanması gerekir ki, Model Kanun'un anılan düzenlemesinin hukukumuzdaki yansımaları olan HMK md.422(2)-(3) ve MTK md.7/H/2 hükümleri de tenfiz aşamasında bu etkiyi doğurabilecek düzenlemeler değildir. Zira bu hükümler, yalnızca kendi uygulama alanlarına giren tahkim yargılamaları açısından etki doğurabilecek⁴⁸⁵ olup uygulama alanları dışında kalan ve zaten bu nedenle Türk hukukuna göre yabancı olarak nitelendirilen, hakem kararlarının konu edildiği tenfiz yargılamasında uygulama alanı bulamayacaklardır⁴⁸⁶.

2) Feragate İlişkin Düzenlemeler

Yabancı bir hakem kararının isnat ettiği tahkim yeri hukukunda yer alan bir diğer tip düzenlemenin daha konumuz açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu

⁴⁸² Aşağıda bkz. s.143 vd.'nda yer alan açıklamalarımız.

⁴⁸³ Örneğin bkz. Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) Tahkim Kuralları md.23.3; Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi (DIAC) Tahkim Kuralları md.6.4; Stockholm Tahkim Merkezi (SCC) Kuralları md.9(1)(i); Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi (HKIAC) Tahkim Kuralları md.19.3; ISTAC Tahkim Kuralları md.9(1); Finlandiya Tahkim Merkezi Kuralları md.33.2.

⁴⁸⁴ Bu aşamada henüz doğmamış olduğundan tenfize direnme hakkından feragat edilemeyeceğine ilişkin açıklamalarımız için bkz. yukarıda s.67 vd.

⁴⁸⁵ HMK ve MTK'nın uygulama alanına ilişkin açıklamalarımız için bkz. yukarıda s.21 vd.'nda yer alan açıklamalarımız.

⁴⁸⁶ Bir kez daha vurgulanmalıdır ki, HMK md.422(2)-(3) ve MTK md.7/H/2 hükümlerinin Konvansiyon md.VII marifetiyle de uygulama alanı bulması mümkün değildir. Zira md.VII hükmüyle uygulama alanı bulabilecek düzenlemeler iç hukukta bulunan tenfize ilişkin düzenlemeler olduğu gibi (bkz. yukarıda s.39, dn.150) bu düzenlemelerin Konvansiyon'la birlikte uygulanma imkânı da bulunmamaktadır (bkz. yukarıda s.39 vd.'nda yer alan açıklamalarımız).

düzenleme, Model Kanun md.4 hükmünde ve bu hükümden hareketle birçok tahkim kanununda⁴⁸⁷ ifadesini bulan “feragat” düzenlemesidir. Zira anılan düzenleme, ilgili tarafın tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğine, ortaya çıktığı anda ileri sürmekten kaçındığı itirazlarından kanun gereği feragat ettiği sonucunu bağlamaktadır⁴⁸⁸. Gerçekten de anılan hüküm uyarınca, tahkim yargılaması sırasında Model Kanun’un emredici olmayan düzenlemelerinden birine veya tahkim anlaşmasına aykırılığın ortaya çıkması hâlinde bu aykırılığı bilmesine rağmen herhangi bir itirazda bulunmayan taraf, ilgili aykırılığa dayanarak itiraz etme hakkından feragat etmiş sayılacaktır⁴⁸⁹. Temelinde çelişkili davranış yasağının bulunduğu ifade edilen⁴⁹⁰ hükmün önemi, uygulama alanı bulduğu hâllerde, ilgili tarafın salt hareketsizliğine bir sonuç bağlamış olmasıdır. Başka bir deyişle, tahkim yargılaması sırasında hükmün kapsamında giren bir itirazın ilgili tarafça zamanında ileri sürülmemesi⁴⁹¹ hükümde öngörülen feragat sonucunun doğması için yeterli olup, çelişkili davranış yasağının uygulanma şartlarından biri olan güven unsurunun varlığı ayrıca aranmayacaktır. Ancak anılan maddenin öngördüğü sonucun gerçekleşebilmesi için bizzat hükmün aradığı bazı şartların gerçekleşmiş olması gerektiği ifade

⁴⁸⁷ Öyle ki doktrinde bu hükmün, birçok hukuk sistemi tarafından benimsenen bir maddi kural olduğu (*une autre règle matérielle est en passe d'être universellement consacrée*) ifade edilmektedir (bkz. Fouchard, **Suggestions**, s.661).

⁴⁸⁸ Nitekim hükmün işlevi, doktrinde “zımnî feragat” (*implicit waiver*) olarak açıklanmaktadır (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.196).

⁴⁸⁹ Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.196; Binder, **Model Law**, s.70. Hükmün İngilizce orijinal metni şu şekildedir: “A party who knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefor, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object.”

⁴⁹⁰ Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.196. Hükmün HMK’daki karşılığı olan md.409 açısından aynı yönde bkz. Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2617. Benzer şekilde bu husus, hükmün Fransız Hukukundaki yansıması niteliğinde olan Yeni Medeni Usûl Kanunu (NCPC) md.1466 hükmünün gerekçesinde de şu ifadelerle vurgulanmaktadır: “L'article 1466 consacre le principe de l'estoppel, déjà reconnu par la jurisprudence. Cette notion, empruntée au droit anglo-saxon, constitue une exception procédurale destinée à sanctionner, au nom de la bonne foi, les contradictions dans les comportements d'une partie, celle-ci étant liée par son comportement antérieur et, dès lors, empêchée à faire valoir une prétention nouvelle.” (bkz. Rapport au Premier Ministre Relatif au Décret n° 2011-48 du 13 Janvier 2011 Portant Réforme de l'Arbitrage, < <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000023417498> >).

⁴⁹¹ Nitekim doktrinde anılan hükmün temel amacının, tahkim yargılamasının etkinliğini ve kararın sıhhatini muhafaza etmek olduğu ifade edilmektedir (bkz. Binder, **Model Law**, s.71).

edilmektedir⁴⁹²: (i) Model Kanun'un emredici⁴⁹³ olmayan düzenlemelerine⁴⁹⁴ veya tahkim anlaşmasına aykırılığın söz konusu olması⁴⁹⁵, (ii) tarafın ilgili aykırılığı bilmesi⁴⁹⁶ veya bilmesinin gerekmesi⁴⁹⁷, (iii) zamanında⁴⁹⁸ itiraz edilmemiş olması⁴⁹⁹ ve (iv) ilgili tarafın yargılamaya katılmaya devam etmiş olması⁵⁰⁰.

Konumuz açısından netleştirilmesi gereken husus ise bu düzenleme sonucu feragat edilmiş sayılan hakkın hangi hak olduğudur. Başka bir deyişle anılan düzenleme uyarınca ilgili taraf, söz konusu ihlali tahkim yargılamasının ilerleyen aşamalarında ileri sürme hakkının yanında bu ihlali bir iptal sebebi veya bir tenfiz engeli olarak ileri sürme haklarından da feragat etmiş sayılabilecek midir? Tıpkı Model Kanun md.16(2) açısından olduğu gibi bu sorunun da ve belki de daha net bir

⁴⁹² Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.196; Binder, **Model Law**, s.71. Ayrıca bkz. UNCITRAL Secretariat, **Analytical Commentary**, s.16.

⁴⁹³ Model Kanun'da yer alan sınırlı sayıdaki emredici hükümlere verilen örnekler için bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.196.

⁴⁹⁴ Bu bağlamda, örneğin tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerektiğini öngören Model Kanun 7.maddesinin emredici bir düzenleme olduğundan bahisle hüküm kapsamında olmadığı ifade edilmektedir (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.198). Ancak, bir önceki başlıklarda incelenen Model Kanun md.16(2) ve Model Kanun md.7(5) hükümlerinin de, tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı itirazı açısından bir feragat hükmü niteliği taşıdığı vurgulanmaktadır (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.198). Buna karşın doktrinde, Model Kanun md.4 hükmünün hukukumuzdaki yansıması olan HMK md.409'un, taraflarca ileri sürülebilecek tüm iptal sebeplerini ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının şekil bakımından geçersiz olduğu iddiasını da kapsadığı ifade edilmektedir (bkz. Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2749).

⁴⁹⁵ Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.198; Binder, **Model Law**, s.71 vd. Elbette ki tahkim anlaşması ibaresine, benimsenmesi hâlinde bu anlaşmanın bir uzantısı niteliğinde olan tahkim kurumu kuralları da dahildir (bkz. Binder, **Model Law**, s.76).

⁴⁹⁶ Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.199; Binder, **Model Law**, s.74.

⁴⁹⁷ Her ne kadar Model Kanun'un bir önceki taslak metninde açıkça yer alan "bilmesi gerekmesi" anlamına gelen "ought to have known" ifadesi son hâlinde yer almıyorsa da hükmün bu hâli de kapsar şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.199).

⁴⁹⁸ Model Kanun'da hakemin reddine ilişkin md.13 veya yetki itirazına ilişkin md.16 gibi bazı hükümlerde ilgili itirazların ileri sürülmesi için açıkça zaman sınırları öngörülmüş vaziyettedir (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.199). Bunun yanında kurumsal tahkimi öngören tahkim anlaşmalarında da bu kurallarda yer alan zamansal sınırlandırmalar uygulama alanı bulacaktır (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.199).

⁴⁹⁹ Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.199. Önemle vurgulanması gerekir ki iptal davası veya tenfiz davasını gören mahkeme, hakem heyetinin itirazın zamanında olup olmadığına ilişkin kararını gözden geçirebilecektir. Nitekim bu husus UNCITRAL tarafından hazırlanan A/40/17 numara ve 21 Ağustos 1985 tarihli raporun 57.paragrafında şu şekilde ifade edilmiştir: "It was noted, however, that where an arbitral tribunal had ruled that a party was deemed to have waived his right to object, the court could come to a different conclusion in its review of the arbitral procedure under article 34 or, provided the proceedings were conducted under the model law, article 36."

⁵⁰⁰ UNCITRAL Sekreteryası, yargılamaya katılmaya devam etmek anlamına gelecek faaliyetlere örnek olarak duruşmaya katılma, dilekçe sunma, hakem heyetiyle veya karşı tarafla iletişime geçmek gibi hareketlere işaret etmektedir (bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.199). Doktrinde Sekreteryanın verdiği örneklerden hareketle, herhangi bir usûl işleminin yapılmış olmasının bu şartı karşılayacağı ifade edilmektedir (bkz. Binder, **Model Law**, s.76).

şekilde, gerek Çalışma Grubu'nun raporu⁵⁰¹ ve UNCITRAL'in raporunda⁵⁰² gerekse doktrinde olumlu cevaplandırıldığı görülmektedir⁵⁰³. Ancak kanaatimizce, burada da, iptal davası ile tenfiz davası açısından mesele ayrı ayrı ele alınmalıdır. Zira hemen yukarıda vurguladığımız üzere, bir hakkın sınırlarını belirleyecek hukuk bizzat o hakkı tanıyan hukuk sistemi olup tenfiz devleti hukukuna göre üçüncü bir hukuk niteliğinde olan tahkim yeri hukukunun bu yönde bir sınırlama öngörmüş olması, tenfize direnme hakkı üzerinde doğrudan bir sonuç doğuramayacaktır. Başka bir deyişle anılan tipteki düzenlemeler Türkiye'de açılmış tenfiz davalarında⁵⁰⁴ tenfize direnme hakkının bir sınırını teşkil etmeyecektir. Benzer şekilde, birçok kurumsal tahkim kurallarında ifadesini bulan⁵⁰⁵ ve aynı şekilde ilgili tarafın hareketsizliğine itiraz hakkından feragat edilmiş sayılma sonucu bağlayan hükümlerin de tenfize direnme hakkı üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmayacaktır⁵⁰⁶. Zira, en azından hukukumuz uyarınca, ilgili tarafın tahkim yargılaması aşamasında henüz doğmamış bulunan tenfize direnme

⁵⁰¹ UNCITRAL Sekreteryası tarafından Model Kanun taslağını hazırlamak üzere görevlendirilen Çalışma Grubu'nun (*Working Group*) A/CN.9/246 numara ve 6 Mart 1984 tarihli beşinci raporunun 181.paragrafında mesele, şu ifadelerle değerlendirilmiştir: “*Divergent views were expressed as to the scope of the effect of a waiver. Under one view, the rule in article 4 would have effect only for and during the arbitral proceedings. The prevailing view, however, was that its effect extended to the post-award stage, i.e. setting aside proceedings and recognition or enforcement.*”.

⁵⁰² UNCITRAL tarafından hazırlanan A/40/17 numara ve 21 Ağustos 1985 tarihli raporun 57.paragrafında yer alan ilgili kısmı şu şekildedir: “*As regards the effect of a waiver under article 4, the Commission was agreed that it was not limited to the arbitral proceedings but extended to subsequent court proceedings in the context of articles 34 and 36.*”.

⁵⁰³ Iván Szász, “Introduction to the Model Law of UNCITRAL on International Commercial Arbitration”, **ICCA Congress Series No. 2 (Lausanne 1984): UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration** (ed. Pieter Sanders), Kluwer Law International, 1984, s.47; Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.199; Binder, **Model Law**, s.76; Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.05[B][i]. Bu bağlamda, tekrar vurgulanması gerekir ki, ne Komisyon raporları ne de doktrinde yabancı hakem kararları ile yerli hakem kararlarının tenfizi için açılan davalar arasında bir ayırım yapılmamıştır. Yukarıda Model Kanun md.16(2) hükmüne ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi burada da, yalnızca Model Kanun'a tâbi olarak verilen ve dolayısıyla ilgili devlette yerli hakem kararı olarak nitelendirilebilecek hakem kararları için açılacak iptal davası ve tenfiz davalarını kastedildiği sonucuna ulaşıldığı ölçüde bu iki dava arasında ayırım yapılmamış olması garipsenmeyebilecektir.

⁵⁰⁴ Buna karşın bazı devletlerin tahkim kanunlarında ifadesini bulan feragat maddelerinin, tenfiz davalarında da uygulama alanı bulacağına ilişkin açık hükümler ihtiva ettikleri görülmektedir. Gerçekten de Litvanya Cumhuriyeti Ticari Tahkim Kanunu'nun “İtiraz Hakkından Feragat” başlıklı md.7 hükmü şu şekildedir: “(1) *If a party to the dispute being aware of its infringed right proceeds with participation in the arbitral procedure and fails to express its dissent as to such infringement within a reasonable time, such party shall be deemed to have waived its right to object. (2) The rule established in paragraph 1 of this article shall also be applied to claims regarding the invalidity or cancellation of the arbitration agreement, and to claims regarding the recognition and enforcement of the arbitral award.*” (hükümün İngilizce çevirisi için bkz. Lise Bosman, **ICCA International Handbook on Commercial Arbitration Supplement No.98**, Kluwer Law International, 2023, s.4).

⁵⁰⁵ Örneğin bkz. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları md.40; Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) Tahkim Kuralları md.32.1; UNCITRAL Tahkim Kuralları md.32; Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi (HKIAC) Tahkim Kuralları md.32.1; ISTAC Tahkim Kuralları md.40; TOBB Tahkim Tüzüğü md.26(5).

⁵⁰⁶ Aksi yönde bkz. Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.05[B][i].

hakkından bu şekilde feragat edilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁰⁷. Bununla birlikte, ilgili itirazın bir iptal sebebi olarak ileri sürülmesi hakkında, tahkim yeri hukuku Model Kanun md.4 hükmüne benzer bir hükmü ihtiva ettiği, başka bir deyişle buna izin verdiği ölçüde feragat edilmiş⁵⁰⁸ sayıldığı sonucuna ulaşılabilecektir. Hâl böyle olmakla birlikte gerek tahkim yeri hukukunda gerekse tahkim kurumu kurallarında yer alan bu hükümler de şüphesiz ki tenfize direnme hakkı üzerinde dolaylı bir etkiyi haiz olup, bu hakkın çelişkili davranış yasağına aykırı bir şekilde yani kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde rol oynayacaktır⁵⁰⁹.

IV) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkı Üzerindeki Etkisi

Bir önceki başlıklarda incelendiği üzere, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğinin, ileri sürülmek istenen tenfiz engelinin temelindeki olgunun ortadan kalkması sonucunu doğurduğu veya bu yöndeki tutumu nedeniyle tenfize direnme hakkının tenfiz davasında da uygulama alanı bulan bir düzenlemeyle açıkça sınırlandırılmış olduğu hâllerde, tenfize direnme hakkının kullanılmasının hakkın kötüye kullanımı teşkil edip etmediğinin sorgulanması manasız ve hukuk tekniğine aykırı olacaktır. Diğer yandan, bu ihtimallerin gerçekleşmemiş olması, tenfize direnme hakkının bir sınırının olmadığı anlamına da gelmeyecektir. Zira hukukumuzda hakkın kötüye kullanılması yasağı her hakkın potansiyel bir sınırını oluşturmaktadır. Üstelik tenfize direnme hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı, tenfiz davacısının bu yönde bir itirazı olmasa da, tenfiz mahkemesince re'sen dikkate

⁵⁰⁷ Nitekim doktrinde de bu hükümlerin tenfiz davaları açısından etkisinin tenfiz devleti hukukuna, iptal davaları açısından etkisinin ise tahkim yeri hukukuna tâbi olacağı ve ancak bu hukuklarda izin verildiği ölçüde etki doğurabileceği vurgulanmaktadır (bkz. Thomas H. Webster/Micheal W. Bühler, **Handbook of ICC Arbitration**, Thomas Reuters, 2021, s.685 ve 690).

⁵⁰⁸ Bu bağlamda hukukumuzda, HMK'ya tâbi olan tahkim yargılamaları açısından HMK md.409 hükmü iptal davası, başka bir deyişle, davalının bu aykırılıkları bir iptal sebebi olarak ileri sürme hakkı üzerinde sınırlandırıcı bir etkiyi haiz olacaktır. Hükmün iptal davasında da uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2749. Zira kanaatimizce bu hüküm de, tıpkı iptal davası açma hakkından feragati düzenleyen MTK md.15/A/5 hükmü gibi (yukarıda bkz. s.68, dn.238), “doğmamış haktan feragat edilemez” prensibinin bir istisnasını teşkil etmektedir.

⁵⁰⁹ Doktrinde KRÖLL de, Alman hukukunda tahkimi incelediği eserinde, bu tip düzenlemelerin Alman mahkemeleri önünde gerçekleşen tenfiz yargılamalarında da uygulama alanı bulmasından değil, bunların Alman Mahkemelerince dikkate alınacağından bahsetmektedir: “*Such provisions will, in general, be respected by German courts.*” (bkz. Kröll, **Arbitration in Germany**, s.460).

alınacaktır⁵¹⁰. Ancak, hakkın kötüye kullanılması yasağı somut olay adaletiyle yakından ilgili olduğundan bu konuda genel geçer açıklamaların yapılması da oldukça güçtür⁵¹¹.

Bu bağlamda mühim olan, her somut olay tek tek tüketilemeyeceğinden, tenfize direnme hakkının kullanılmasının hakkın kötüye kullanımı teşkil edip etmediği değerlendirilirken takip edilmesi gereken adımların ve genel prensiplerin ortaya konulmasıdır. Nitekim bu bölümde öncelikle hakkın kötüye kullanılması yasağının her tenfiz engeli açısından tenfize direnme hakkının bir sınırını teşkil edip edemeyeceği meselesi *(A) Sınırın Sınırı: Re’sen Dikkate Alınan Tanıma Tenfiz Engelleri* başlığı altında incelenecek; ardından tenfiz davalısının, tahkim yargılaması da dahil olmak üzere, bir tahkim sürecinin farklı aşamalarındaki davranışlarının tenfize direnme hakkı üzerindeki olası etkisi *(B) Davalının Farklı Aşamalarındaki Tutumlarının Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkı Üzerindeki Etkisi* başlığında ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A) Sınırın Sınırı: Re’sen Dikkate Alınan Tanıma Tenfiz Engelleri

Daha önce de vurguladığımız üzere hukukumuzda hakkın kötüye kullanılması yasağı, tenfize direnme hakkının potansiyel bir sınırını teşkil etmektedir. Bu bağlamda, somut olay şartları değerlendirildiğine, tenfiz davalısının tenfize direnme hakkını kötüye kullandığı sonucuna varıldığı ölçüde bu hakkı kullanmakla elde etmeyi murat ettiği sonucun doğması engellenebilecektir. Ancak gerek New York Konvansiyonu gerekse MÖHUK’ta tenfize direnme hakkının konusunu oluşturan tenfiz engellerinin iki gruba ayrılarak düzenlendiği ve bazı tenfiz engellerinin mahkemece re’sen dikkate alınabileceği göz önüne alındığında şu sorunun cevaplanması gerekir: Acaba hakkın kötüye kullanılması yasağı, her tenfiz engeli açısından tenfize direnme hakkının

⁵¹⁰ Yukarıda bkz. s.75’te yer alan açıklamalarımız.

⁵¹¹ Nitekim bu husus, İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında son derece veciz bir şekilde ifade edilmiştir: “*Au demeurant et sur un plan plus général, la question de l’effet de déchéance, simplement évoquée ici, est fortement disputée dans la doctrine et la jurisprudence spécialisées. De plus, elle n’est guère dissociable des circonstances du cas particulier, de sorte qu’il paraît présomptueux de vouloir la résoudre dans l’abstrait et de manière définitive (...). La Cour de céans optera, dès lors, pour une approche concrète de la question, fondée sur l’analyse du comportement respectif des parties sous l’angle des règles de la bonne foi.*”, bkz. İsvFM, TF 4A_374/2014, 26.02.2014, N.4.2.2 (SwissLex).

potansiyel bir sınırını teşkil etmekte midir? Başka bir ifadeyle, tenfiz hâkimince re'sen dikkate alınabilecek tahkime elverişlilik ve kamu düzenine aykırılık tenfiz engelleri açısından da bu değerlendirme geçerli olacak mıdır⁵¹²?

İlk bakışta, anılan tenfiz engellerinin tenfiz hâkimince dikkate alınabilmesi için davalı tarafından ileri sürülmesinin dâhi gerekmediği dikkate alındığında⁵¹³, hakkın kötüye kullanılması yasağının bu iki tenfiz engeli açısından bir etkisinin bulunmayacağı düşünülebilecektir. Ancak, Türk hukukunda konuya ilişkin bir tartışmaya rastlanmamakla birlikte, karşılaştırmalı hukukta⁵¹⁴ gerek doktrinde aksi yönde görüşlere gerekse, somut olay özelinde, farklı sonuçlara ulaşan mahkeme kararlarına rastlanmaktadır. Gerçekten de doktrinde bir görüş, Konvansiyon md.V(2)'de ifadesini bulan tenfiz engelleri açısından ikili bir ayrıma gitmekte ve temelde taraf menfaatini koruma amacı gütmekten hareketle usûlî kamu düzenine aykırılık⁵¹⁵ itirazları açısından tenfize direnme hakkının sınırlandırılabilirliğini ifade etmektedir⁵¹⁶. Ancak anılan görüş uyarınca, temelinde devlet menfaatlerini koruyan kamu düzenine aykırılık iddiaları veya tahkime elverişlilik açısından böyle bir sonuca ulaşamayacaktır⁵¹⁷. Uluslararası Hukuk Derneği'nin Uluslararası Tahkim Komisyonu'nun (*International Law Association Committee on International Commercial Arbitration*) kamu düzeni tenfiz engelinin uygulanmasına ilişkin hazırladığı raporunda⁵¹⁸ ise bu konuda daha da ileri gidilmekte ve herhangi bir ayrım

⁵¹² Elbette ki burada ortaya konulan sorular, tahkim yargılaması sırasında da tahkim yeri hukukuna göre kamu düzenine aykırılık teşkil eden hâller veya tahkim yeri hukukunda da tahkime elverişli kabul edilmeyen uyumsuzluklar açısından önem taşımaktadır. Zira aksi takdirde, bu itirazların zaten tahkim yargılaması veya iptal davası sırasında ileri sürülmesi beklenemeyeceğinden tenfize direnen tarafın o aşamalarındaki davranışları ile tenfiz davası sırasındaki davranışları arasında bağlantı kurmak makûl olmayacaktır.

⁵¹³ Nitekim tam da bu sebeple meselenin, bu tenfiz engelleri açısından ayrıca değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir (bkz. Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.05[C][9][m]).

⁵¹⁴ Meselenin karşılaştırmalı hukukta da çok ele alınmadığı ifade edilmektedir (bkz. Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.05[C][9][m]).

⁵¹⁵ Usûlî kamu düzeni ve maddi kamu düzeni kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Seçkin Yayıncılık: İstanbul, 2001, s.140 vd.; Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.179 vd; Meier, **BK IPRG**, s.1003 vd.

⁵¹⁶ Borris/Hennecke, **Article V**, s.270. Benzer yönde bkz. Kröll, **Präklusion**, s.436; Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.05[C][9][m]. BORRIS/HENNECKE bu bağlamda örnek olarak, hukuki dinlenilme hakkını göstermektedir (bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.270).

⁵¹⁷ Borris/Hennecke, **Article V**, s.270. Benzer yönde bkz. Kröll, **Präklusion**, s.436. BORRIS/HENNECKE bu bağlamda, rekabet yasalarına aykırılık iddialarını örnek olarak göstermektedir (bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.270).

⁵¹⁸ İlgili rapor için bkz. Pierre Mayer/Audley William Sheppard, "Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards", **Arbitration International**, C.19, S.2, s.260.

yapılmadan⁵¹⁹, tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmemiş olan kamu düzenine aykırılıkların, daha sonra ileri sürülemeyeceği savunulmakta ve bu hususa örnek olarak, hakem heyetinin tarafsızlığı veya bağımsızlığına ilişkin bir şüphe olması hâlinde belirli bir süre içerisinde ret talebinin ileri sürülmemiş olması hâli gösterilmektedir⁵²⁰.

Benzer şekilde karşılaştırmalı hukukta bazı mahkeme kararlarında, tahkim yargılaması sırasında bilinen ve buna rağmen ileri sürülmemiş olan kamu düzenine aykırılık iddialarının tenfiz davası sırasında da ileri sürülemeyeceği sonucuna varıldığı görülmektedir⁵²¹. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri İkinci Bölge İstinaf Mahkemesi'nin bir kararında, tenfiz davalısı tarafından tahkim yargılamasının en başından beri bilinmekle birlikte ilk kez Amerikan mahkemeleri önünde gerçekleşen tenfiz davasında hakemlerin yolsuzluk yaptığı gerekçesiyle ileri sürülen kamu düzenine aykırılık itirazı, davalının tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğiyle bu itirazını ileri sürmekten “feragat” etmiş olduğundan bahisle reddedilmiştir⁵²². Benzer şekilde, Bombay Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir tenfiz kararında da, tenfiz davalısınca, kararın tenfizinin kendisini ihracat sınırlamalarını ihlal etmeye zorlayacağından bahisle ileri sürülen kamu düzenine aykırılık itirazının, bu iddia tahkim yargılaması sırasında hiç ileri sürülmemiş olduğundan tenfiz aşamasında ileri sürülemeyeceğine karar verilmiştir⁵²³. Keza, her ne kadar İsviçre hukukunda meselenin tartışmalı olduğu belirtilse⁵²⁴ de, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yabancı bir mahkeme kararının tenfizine ilişkin bir kararında⁵²⁵, (usûlî)⁵²⁶ kamu düzenine

⁵¹⁹ Ancak raporda, uluslararası kamu düzeninin bir parçası olan doğrudan uygulanan kuralların (*lois de police*) ve devletlerin diğer devletlere ve uluslararası organizasyonlara karşı yükümlülüklerinin (*international obligations*) bu değerlendirmeden hariç olduğu ifade edilmektedir (bkz. Mayer/Sheppard, **ILA Report**, s.260).

⁵²⁰ Mayer/Sheppard, **ILA Report**, s.260.

⁵²¹ Otto, **Verwirkung**, s.225. Bu yönde verilmiş çeşitli karar örnekleri için bkz. Otto/Elwan, **Article V(2)**, s.407, dn.306.

⁵²² Bkz. United States Court of Appeals, Second Circuit, AAOT Foreign Economic Ass'n (VO) Technostroyexport v. International Development & Trade Services, Inc., 23.04.2009, N.1.

⁵²³ High Court of Bombay, European Grain & Shipping Ltd. v. Seth Oil Mills Ltd., 29.01.1983, **ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 1983** (ed. Albert Jan Van den Berg), C.IX, 1984, s.411-415. Bkz. Otto/Elwan, **Article V(2)**, s.407.

⁵²⁴ Meier, **BK IPRG**, s.1005. Nitekim bir kararında Federal Mahkeme, meselenin karmaşık ve tartışmalı olduğunu belirterek bu hususta genel geçer bir yanıt verilemeyeceğini, değerlendirmenin somut olay şartlarına göre yapılması gerektiğini vurgulamıştır (bkz. İsvFM, 4A_374/2014, 26.02.2014, N.4.2.2 (SwissLex)).

⁵²⁵ İsvFM, 4A_203/2014, 09.04.2015 (SwissLex).

⁵²⁶ Belirtilmelidir ki kararda usûlî kamu düzeni ve maddi kamu düzenine ilişkin konumuz bağlamında açık bir ayırım yapılmamıştır.

aykırılık iddiasının kararın verildiği yabancı mahkeme önünde ve akabinde ilgili ülkedeki kanun yolu denetimlerinde ileri sürülmeyip ilk kez İsviçre’de açılan tenfiz davasında ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiğine ve bu itirazın kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Anılan karara konu tenfiz talebi bir Rus mahkemesince verilmiş bir karara ilişkin olup davalı, kararı veren ilk derece mahkemesi hâkimlerine rüşvet verildiğini ileri sürerek kararın tenfizinin İsviçre kamu düzenine aykırı olacağını iddia etmiştir. Tenfiz davalısının bu iddiasını inceleyen ilk derece mahkemesi, rastlantısal olanlar dışında bu iddiayı ispatlayabilecek delillerin ortaya konulmadığından bahisle kararın tenfizine karar vermiştir⁵²⁷. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulması üzerine meseleyi inceleyen Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi ise, rüşvet iddiasının ispatlanması hâlinde kararın tenfizinin İsviçre kamu düzenine aykırı olacağını belirtmekle birlikte, bu itirazın Rusya’da karara karşı başvuru kanun yollarında hiç ileri sürülmemiş ilk kez tenfiz aşamasında ileri sürüldüğünden bahisle gecikmiş bir itiraz olduğuna karar vermiş ve kamu düzenine aykırılık itirazının ileri sürülmesine dahi izin vermemiştir⁵²⁸. Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi’nin kararını temyizen inceleyen Federal Mahkeme de, somut olayın şartları incelendiğinde tenfiz davalısının bu itirazı ilk kez tenfiz yargılaması sırasında ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiğine hükmetmiş ve bu itirazın “kabul edilemez” olduğuna karar vererek⁵²⁹ kararı onamıştır.

Ancak kanaatimizce, tenfiz hâkimince re’sen dikkate alınabilecek olan kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik tenfiz engelleri açısından hakkın kötüye kullanılması yasağı, tenfize direnme hakkının bir sınırını oluşturamayacaktır⁵³⁰. Başka bir deyişle anılan tenfiz engellerinin temelindeki olgular tenfiz davalısınca daha önceki aşamalarda ileri sürülmemiş olsalar da, bunların tenfiz davası sırasında ileri sürülmesi

⁵²⁷ İsvFM, 4A_203/2014, 09.04.2015, N.3.3.

⁵²⁸ İsvFM, 4A_203/2014, 09.04.2015, N.3.4.

⁵²⁹ İsvFM, 4A_203/2014, 09.04.2015, N.5.1 ve N.5.3.3.

⁵³⁰ Tahkim anlaşmasının geçersizliği açısından olmakla birlikte aynı yönde bkz. Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.799.

hakkın kötüye kullanılması yasağı engeline -kural olarak- takılmayacaktır⁵³¹. Zira, temelinde tenfiz devletin menfaatlerini korumaya yöneldiklerinden, kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik engelleri davalı tarafça tenfize direnme hakkına konu edilmeseler dahi tenfiz hâkimince re'sen dikkate alınabileceklerdir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da kimi mahkemelerin, özellikle kamu düzeni tenfiz engeli açısından, benzer bir yaklaşımı benimsedikleri görülmektedir⁵³².

Ayrıca, kanaatimizce, doktrinde usûlî kamu düzeni açısından yapılan ayırım da yerinde değildir. Zira usûlî kamu düzenine aykırılıklar açısından da, her ne kadar bir yandan taraf menfaatleri korunsun da, aslında hâlâ devlet menfaatleri ön plandadır. Gerçekten de örneğin, usûlî kamu düzeninin en temel unsurlarından biri olan âdil yargılanma veya hukuki dinlenilme hakkının⁵³³ ihlal edilip edilmediğinin denetlenmesi, esasında özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin bir yükümlülüğü niteliğinde olup bu yükümlülüğün ihlali, ilgili devletin sorumluluğunu doğurabilecektir⁵³⁴. Dolayısıyla, usûlî kamu düzenine aykırılık ihtiva eden bir yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi talebinin reddi, herkesten önce tenfiz devletin de menfaatinedir. Kaldı ki, bazı aykırılıklar bir yandan taraflarca ileri sürülmesi gereken tenfiz engellerinin kapsamına girerken bir yandan da kamu düzenine aykırılık kapsamına girebilmektedir. Bu bağlamda, örneğin hangi hâllerde savunma haklarına aykırılığın veya tahkim usûlüne aykırılığın aynı zamanda kamu

⁵³¹ Bilindiği üzere MTK md.15/A/5 uyarınca taraflar iptal davası açma haklarından feragat edebilecek olsa da, re'sen dikkate alınan iptal sebepleri olan kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik açısından bu feragatin bir etkisi olmayacaktır (bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.398; Mehmet Polat Kalafatoğlu, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat", **Public and Private International Law Bulletin**, C.38, s.2, 2018, s.354). Dolayısıyla yerli hakem kararının denetimini gerçekleştiren iptal hâkimi, tarafların davranışlarından bağımsız olarak kararın bu iki engel açısından sıhhatini inceleyebilecektir. Bu bağlamda kanaatimizce, yabancı hakem kararlarının Türk mahkemelerince hukuki denetiminin gerçekleştirildiği tenfiz davaları açısından da farklı bir sonuca ulaşmayı gerektirir bir hâl söz konusu değildir.

⁵³² Born, **International Commercial Arbitration**, N.26.05[C][9][m]. Örneğin bkz. Hong Kong Court of Final Appeal, FACV No.10 1998, 09.02.1999, N.93; Court of Appeal of Ontario, Znamensky v. Donaldson, 07.04.2010 <<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-znamensky-selekcionno-gibridny-center-llc-v-donaldson-international-livestock-ltd-judgment-of-the-court-of-appeal-of-ontario-thursday-29th-april-2010>>.

⁵³³ Bkz. Özel, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s.185.

⁵³⁴ Doktrinde ifade edildiği üzere, her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, tahkim yargılaması sırasında vuku bulan adil yargılanma hakkı ihlallerinden doğrudan sorumlulukları doğmayacaksa da, tahkim yargılamasına mahkemeleri aracılığıyla tenfiz davası da dâhil olmak üzere yardım ve denetim kapsamında müdahil olan taraf devletlerin tahkim yargılaması sırasında meydana gelen adil yargılanma hakkı ihlallerinden dolayı Sözleşme kapsamında sorumlulukları doğabilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Süheyla Balkar, "AİHM Kararları Işığında AİHS md. 6 ve Tahkim", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.17, S.209, 2022, s.699, 670 ve 716.

düzenine aykırılık teşkil edip etmediği dahi başlı başına girift bir değerlendirmedir⁵³⁵. Hâl böyleyken meselenin, bu şekilde ayrımlarla daha da karmaşılaştırılması, kanaatimizce, doğru değildir. Bu bağlamda örneğin, Uluslararası Hukuk Derneği tarafından örnek verilen hakem heyetinin tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğüne aykırılık hâli açısından, bu aykırılık aynı zamanda kamu düzeninin de ihlali anlamına gelebilecek ağırlıktaysa⁵³⁶, bu hususun tahkim yargılamasında ileri sürülmediğinden bahisle tenfize direnme hakkına konu edilemeyeceği sonucuna ulaşılamayacaktır⁵³⁷. Nitekim benzer yönde bir görüşün, yukarıda incelediğimiz Model Kanun md.4 ve md.16(2) hükümleri kapsamında UNCITRAL tarafından da ifade edildiği ve tahkime elverişlilik de dahil olmak üzere kamu düzenine aykırılığın, daha önceki aşamalarda ileri sürülmüş olup olmamalarından bağımsız şekilde bir tenfiz engeli olarak ileri sürülebileceğinin vurgulandığı görülmektedir⁵³⁸. Benzer şekilde doktrinde PEKCANITEZ de HMK kapsamında iptal davası açısından yaptığı açıklamalarında, hukuki dinlenilme hakkı ihlalinin kamu düzenine ilişkin olmasından hareketle bir iptal sebebi olarak ileri sürülebilmesi için tahkim yargılaması sırasında da ileri sürülmüş olmasının aranmaması gerektiğini ifade etmektedir⁵³⁹. Keza, re'sen dikkate alınan tenfiz engellerinin, VAN DEN BERG tarafından hazırlanan Miami Taslağı'nda ihtiva

⁵³⁵ Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, savunma hakkı veya adil yargılanma hakkı ihlali iddialarını spesifik olarak Konvansiyon md.V(1)(b) veya md.V(2)(b) çerçevesinde değerlendirmekten ziyade, bu ihlallerin ağırlığına göre bir değerlendirme yaptığı görülmektedir. Gerçekten de, *Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.* kararında Federal Mahkeme, davalının hakem heyetinin bir bilirkişiyi taraflara haber vermeden ve onların yokluğunda dinlemesi nedeniyle kararın tenfizinin kamu düzenine aykırı olacağı iddiasını, bu iddianın hangi tenfiz engeli kapsamında kaldığının belirlenmesine gerek olmadığını vurgulayarak, hakem heyeti ile davalı arasındaki yazışmalardan davalının bu durumdan tahkim yargılaması sırasında da haberdar olmakla birlikte hiçbir şekilde vaziyet almayıp bu iddiayı ilk kez tenfiz davasında tenfize direnme hakkına konu etmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına takılacağına karar vermiştir (bkz. İsvFM, *Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.*, 08.02.1978, **ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1986** (ed. Albert Jan Van den Berg), C.XI, 1986, s.538-542).

⁵³⁶ Belirtilmelidir ki hakem heyetinin tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğüne aykırılık, Konvansiyon md.V(1)(b) ve md.V(1)(d) uyarınca taraflarca ileri sürülmesi gereken bir tenfiz engeli olarak değerlendirilebileceği gibi, bu aykırılığın belirli bir ağırlığı aştığı ve bu cihetle adil bir yargılanmadan söz edilmesinin mümkün olmadığı hâllerde aynı zamanda Konvansiyon md.V(2)(b) kapsamında kamu düzenine aykırılık da teşkil edebilecektir. Konuya ilişkin oldukça detaylı bir inceleme için bkz. Süheyla Balkar Bozkurt, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2016 s.392 vd. Ayrıca bkz. Didem Kayalı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2015, s.173 vd.

⁵³⁷ Nitekim doktrinde, rüşvet gibi ağır tarafsızlık ihlalleri bakımından, bu iddiaların ileri sürülmesi hakkından “feragat” edilemeyeceği ifade edilmektedir (bkz. Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.415; çok “ekstrem” hâllerde tahkim yargılaması sırasında itirazda bulunulmamasına rağmen tenfiz talebinin yine de reddedilebileceği yönünde bkz. Yavuz Kaplan, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002, s.113).

⁵³⁸ Bkz. Holtzmann/Neuhaus, **Model Law Commentary**, s.483. Nitekim yazarların da bu görüşte olduğu görülmektedir.

⁵³⁹ Pekcanitez, **Usuli İptal Sebepleri**, s.106-107. Ayrıca bkz. Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2771.

edilen feragat hükmünün kapsamı dışında bırakılması⁵⁴⁰ da görüşümüzü destekler niteliktedir. Ezcümle, kanaatimizce, tenfiz hâkimince re'sen dikkate alınan kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik tenfiz engelleri, tenfize direnme hakkının bir sınırı olan hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasının sınırını oluşturacaklardır.

B) Davalının Farklı Aşamalardaki Tutumlarının Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkı Üzerindeki Etkisi

Bir tahkim sürecinin temelde üç ana aşamaya ayrılması mümkündür: tahkim yargılaması, iptal davası ve tenfiz davası. Çalışmamızın birinci bölümünde de vurguladığımız üzere, tenfiz engellerinin temelinde bulunan olgular tahkim yargılaması sırasında olduğu gibi açılabilir olası bir iptal davasında da ileri sürülebilecek durumdadır⁵⁴¹. Nitekim tam da bu sebeple, yukarıda açıkladığımız üzere⁵⁴², tenfiz davalısının gerek tahkim yargılaması sırasında gerekse hakem kararının verilmesinden sonraki aşamalardaki bazı tutum ve davranışlarına rağmen tenfize direnme hakkını hiçbir sınırlama olmadan kullanabilmesi, kimi hâllerde hakkaniyete aykırı bir sonucu doğurabilecektir. İşte bu başlık altında, gerek (1) *Tahkim Yargılaması Aşaması* gerekse (2) *Tahkim Yargılamasından Sonraki Aşamalar*'da tenfiz davalısının hangi hareketlerinin tenfize direnme hakkının, hakkın kötüye kullanılması yasağının sınırlarına takılmasına sebebiyet verebileceği incelenecektir.

1) Tahkim Yargılaması Aşaması

Hakkın kötüye kullanılması yasağının tenfize direnme hakkı üzerindeki etkisi incelenirken en çok dikkatli olunması gereken aşama, şüphesiz ki tahkim yargılaması aşamasıdır. Zira, tenfize direnme hakkının konusunu oluşturan olguların büyük çoğunluğu bizzat bu aşamada ortaya çıkmaktadır⁵⁴³. Bu nedenledir ki, tenfiz

⁵⁴⁰ Bkz. yukarıda s.112 vd.'nda yer alan açıklamalarımız.

⁵⁴¹ Bkz. yukarıda "(A) Sorunun Kaynağı: Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Dayanağını Oluşturan Hukuka Aykırılıkların Tenfiz Öncesi Aşamalarda İleri Sürülebilirliği" başlığı.

⁵⁴² Bkz. yukarıda "(B) İhtiyacın Sebebi: Tanıma ve Tenfize Direnen Tarafın İradesinin Rolü" başlığı.

⁵⁴³ Bkz. yukarıda s.51 vd.'nda yer alan açıklamalarımız.

davalısının tahkim yargılaması sırasındaki davranışlarının, tenfize direnme hakkına konu edilen tenfiz engelinin ortadan kalkmasına sebebiyet verip vermediği belirlenmeden, mesele hakkın kötüye kullanılması yasağı açısından incelenmemelidir. Örneğin, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmeme yönündeki hareketsizliği ve bunu takiben belirli yöndeki davranışlarının taraflar arasında yeni bir tahkim anlaşması kurulmasına yol açtığı sonucuna varıldığı hâllerde meselenin, hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında değerlendirilmesi doğru olmayacaktır. Ancak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uyarınca davalının zımnî iradesini ortaya koyan bu davranışlara rağmen, örneğin yazılı şekil şartının karşılanmamasından veya davalının ehliyetsizliğinden dolayı geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulamadığı sonucuna ulaşıldığı ve Avrupa Sözleşmesi md.V hükmü gibi tenfiz davasında da uygulama alanı bulan ve tenfize direnme hakkını açıkça sınırlandıran bir düzenlemenin bulunmadığı hâllerde meselenin, ayrıca hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında incelenmesi gerekir. Nitekim bu bağlamda aşağıda, (a) *Davalının Hareketsizliğinin Etkisi* ve ardından (b) *Davalının Beyanlarının Etkisi* başlıkları altında tenfiz davalısının tahkim yargılaması sürecindeki tutum ve davranışlarının, hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında, tenfize direnme hakkı üzerindeki etkisi incelenecektir.

a) Davalının Hareketsizliğinin Etkisi

Tenfiz davalısının, tahkim yargılaması sırasında hiç ileri sürmeyerek kendisine sakladığı bir itirazını, hakem kararı teşekkül ettikten sonra açılan tenfiz davasında ilk kez ileri sürmesi tenfize direnme hakkının kötüye kullanılmasını oluşturabilecek ve tenfiz davalısının bu hakkını kullanarak ulaşmayı murat ettiği sonucun doğması, yani tenfiz talebinin reddedilmesi engellenebilecektir. Bir önceki başlıkta da vurguladığımız üzere bu etki, kural olarak kamu düzeni ve tahkime elverişlilik dışındaki tenfiz engelleri açısından söz konusu olabilecekse de, çalışmamızın genelinde olduğu gibi bu başlık altındaki açıklamalarımız da Konvansiyon md.V(1)(a) hükmünde ifadesini bulan tahkim anlaşmasının geçersizliği tenfiz engeli üzerinden gerçekleştirilecektir. Nitekim mesele tahkim anlaşmasının geçersizliği açısından incelendiğinde, doktrinde neredeyse yeknesak bir şekilde, tahkim yargılaması sırasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürerek hakem heyetinin yetkisine

itiraz etmeyen tarafın, tenfiz davası sırasında bu olguyu bir tenfiz olarak ileri sürmesinin, kural olarak, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edeceğinin ifade edildiği görülmektedir⁵⁴⁴. Keza, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi⁵⁴⁵ Türk yargı kararlarında da⁵⁴⁶ bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bu noktada incelenmesi gerekense, niçin bu ihtimalde hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir durumun var olduğudur.

Bu bağlamda meselenin, hakkın kötüye kullanılması yasağının görünüm biçimlerinden biri olan çelişkili davranış yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, kendisine karşı başlatılan tahkim yargılaması sırasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini hiç ileri sürmeyerek yargılamaya katılan ve bu hareketiyle adeta hakem heyetinin ilgili uyuşmazlık açısından yetkisini kabul eden tarafın, hakem kararı aleyhine olduğunda kendisine karşı açılan tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürmesinin çelişkili bir davranış olduğu konusunda bir şüphe yoktur. Ancak daha önce de vurguladığımız üzere hukuk sistemimiz, hukuk süjelerine, kural olarak, çelişkili davranmama yönünde bir yükümlülük yüklememektedir. Yalnızca hukuki ilişkinin karşı tarafında aksi yönde davranılmayacağına ilişkin haklı bir güven yaratılmış olması hâlinde, bu çelişkili davranış hakkın kötüye kullanımı

⁵⁴⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.570; Akıncı, **İptal**, s.71; Özdemir Kocasakal, **Tahkim Anlaşması**, s.48, dn.33; Özel, **Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği**, s.306; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.858; Meier, **BK IPRG**, s.989; Aydemir, **Tahkim Sözleşmesi**, s.394. Bu durumda geçersizlik iddiasının ileri sürülmesinin “dürüstlük kuralı” açısından sorgulanacağı yönünde bkz. Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.800. Benzer yönde bkz. Nomer, **Usul Hukuku**, s.250.

⁵⁴⁵ Farklı devlet mahkemelerince verilmiş çeşitli karar örnekleri için bkz. UNCITRAL, **Guide**, s.150. Ayrıca örneğin bkz. Cour d’Appel de Paris, 23/02365, 27.06.2024 < <https://www.courdecassation.fr/decision/667e52db6430c94f3afa84f6>>.

⁵⁴⁶ Örneğin bkz. Yargıtay 6.HD., E.2023/1902, K.2023/2301, T.19.06.2023 (Lexpera); Yargıtay 11. HD., E. 2018/2577 K. 2019/3958 T. 20.5.2019 (Lexpera); Yargıtay 19. HD., E. 2015/7618 K. 2015/17519 T. 23.12.2015 (Lexpera); İstanbul BAM, 45. HD., E. 2020/1570 K. 2023/910 T. 7.6.2023 (Lexpera); İstanbul BAM, 14. HD., E. 2017/1037 K. 2018/129 T. 15.2.2018 (Lexpera); İstanbul BAM, 14. HD., E. 2023/107 K. 2023/1522 T. 29.9.2023 (Lexpera); Konya BAM, 6. HD., E. 2022/718 K. 2022/1441 T. 30.9.2022 (Lexpera); Konya BAM, 6. HD., E. 2022/647 K. 2023/1787 T. 27.9.2023 (Lexpera); Konya BAM, 6. HD., E. 2023/1086 K. 2023/1774 T. 26.9.2023 (Lexpera); Konya BAM, 6. HD., E. 2022/646 K. 2023/1726 T. 22.9.2023 (Lexpera); İstanbul 11. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/988 K. 2019/928, T. 21.11.2019 (Lexpera); Konya 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2021/417 K. 2022/197, T.9.3.2022 (Lexpera). Buna karşın doktrinde, bu yaklaşımın tüm Yargıtay kararlarında yeknesak bir şekilde benimsendiğinin söylenemeyeceği ve “*muhtemelen davacı tarafın bu yönde bir itirazı olmaması nedeniyle tenfiz davasının davalısının tahkim anlaşmasının geçersizliği*” itirazını tahkim yargılaması sırasında ileri sürüp sürmediğinin incelenmediği kararların da mevcut olduğu ifade edilmektedir (bkz. Özel, **Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği**, s.306; Özel, **Tenfiz Engelleri**, s.116). Belirtilmelidir ki, kanaatimizce, tenfiz davacısı tarafından bu yönde bir itirazda bulunulmasa dahi bu durumun dosya kapsamından anlaşılması hâlinde mahkemece re’sen dikkate alınması gerekecektir, zira dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı mahkemece re’sen dikkate alınmalıdır (bkz. yukarıda s.75’te yer alan açıklamalarımız).

teşkil edebilecektir. Bu açıdan, tenfiz davalısının bu çelişkili davranışının uyuşmazlığın karşı tarafı olan tenfiz davacısı açısından haklı bir güven yaratıp yaratmadığı sorusuna yanıt aranması elzendir.

Tahkim yargılamasına katılan ve yargılama sırasında hakem heyetinin yetkisine ilişkin herhangi bir itirazda bulunmayan müstakbel tenfiz davalısı esasa ilişkin savunmalarını yapmakla, uyuşmazlığın karşı tarafı olan müstakbel tenfiz davacısı nezdinde, kendisini tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul ettiğine ve hakem heyetinin yetkisine ilişkin bir sorunu olmadığına ilişkin bir izlenim oluşturmuş olacaktır⁵⁴⁷. Bu bağlamda, davacının tahkim yargılamasına devam ederek yargılama sonuna kadar geçen zamana ve yapılan masraflara katlanmasının temelinde bizzat karşı tarafça yaratılan güvenin yer aldığını söylemek hatalı olmayacaktır. Zira, davalı tarafça tahkim yargılaması sırasında yetki itirazında bulunulması hâlinde davacı da bu iddiaya ilişkin savunmalarını ileri sürebilecek, buna rağmen itirazın hakem heyetince kabul edilmesi hâlinde hakkını devlet mahkemeleri önünde aramaya karar verebilecektir. Bunun yanında, yetki itirazı hakem heyetince reddedilmiş olsa bile uyuşmazlığın karşı tarafı, ileride tenfiz yargılaması sırasında bu meselenin gündeme getirilebileceğini bilmesi hâlinde, belki de tahkim yargılamasına hiç devam etmeyecek ve doğrudan iddialarını devlet mahkemeleri önünde ileri sürmeyi tercih edecektir⁵⁴⁸. Dolayısıyla tenfiz davalısının bu çelişkili davranışı aynı zamanda uyuşmazlığın karşı tarafında ileride aksi yönde davranılmayacağına ilişkin haklı bir güven oluşturduğundan hakkın kötüye kullanımı olarak yorumlanabilecek ve tenfize direnme hakkının, en azından ilgili tenfiz engeli açısından, kullanımı engellenebilecektir.

⁵⁴⁷ Kröll, **Treu und Glauben**, s.148; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.571.

⁵⁴⁸ Kröll, **Treu und Glauben**, s.148. Nitekim bu husus, Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin bir kararında da son derece veciz bir şekilde ifade edilmiştir: "(...) Şayet davalı hakem yargılaması sırasında böyle bir savunmada bulunsaydı o taktirde davacıya bu savunmayı yerinde görerek uyuşmazlığın mahkemede çözümlenmesi cihetine gidecek veya da tahkim şartının geçerli olduğu yolunda bir tesbit davası açarak gereksiz zaman ve masraf kaybını önlemiş olacaktı. Tahkim şartını içeren sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesinden sonra ve tahkim yargılaması sırasında böyle bir savunmada bulunmayan davalının hükmün kesinleşmesini müteakip tenfiz davası sırasında böyle bir savunmada bulunması M.K.nun 2.maddesinde yazılı iyiniyet kurallarına aykırıdır. (...)" (bkz. Yargıtay 11.HD., E.2003/6774, K.2004/3751, T.09.04.2004 (Lexpera)). Buna karşın, kanaatimizce, karara konu olayda tahkim yargılamasına katılmayan tenfiz davalısının yalnızca kendisine gönderilen tebligatlar karşısında sessiz kalması sonrasında tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık olarak yorumlanamayacaktır (bkz. aşağıda s.144 vd.'nda yer alan açıklamalarımız).

Bu noktada önemle vurgulanması gerekir ki, uyuşmazlığın karşı tarafında korunmaya değer bir güven oluşturan davranış tenfiz davalısının salt hareketsizliğinden ziyade esasında, tahkim yargılamasına katılmak şeklinde vücut bulan aktif davranıştır⁵⁴⁹. Başka bir ifadeyle burada karşı tarafta bir güvenin oluşması sonucunu doğuran davranış(lar), tenfiz davalısının ilgili uyuşmazlığın hakem heyetince çözümlenmesine muvafakat ettiği şeklinde yorumlanabilecek davranışlardır. Bu noktada davalının hangi davranışlarının hakem heyetinin yetkisine muvafakat olarak yorumlanabileceğinin ortaya konulması gerekir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere⁵⁵⁰; tahkim yargılamasının bizzat tenfiz davalısınca başlatılmış olması⁵⁵¹, yetki itirazında bulunmadan davanın esasına ilişkin savunmaların yapılmış olması, herhangi bir çekince ileri sürülmeden karşı dava açılmış veya görev belgesinin imzalanmış olması gibi hâllerde, tenfiz davalısının tahkim anlaşmasına ve dolayısıyla uyuşmazlığın hakem heyetince çözülmesine muvafakat etmiş olduğundan veya belki de daha da önemlisi, muvafakat etmiş görüldüğünden söz edilebilecektir. Buna karşın, yukarıda da incelendiği üzere, tenfiz davalısının hakem heyetinin oluşumuna katılması, hakemlerin ücret avansının ödenmesi, dilekçe sunmak için süre uzatımının talep edilmesi veya tahkim yargılamasında kendisini temsil etmek üzere bir vekil tayin etmesi, kural olarak, tahkim yargılamasına muvafakat ettiği şeklinde yorumlanamayacaktır⁵⁵².

⁵⁴⁹ Kröll, **Präklusion**, s.434; Kröll, **Arbitration in Germany**, s.460.

⁵⁵⁰ Bkz. yukarıda s.89 vd. Önemle vurgulanması gerekir ki, burada verdiğimiz örneklerle yukarıda “(1) *Davalının Yargılama Sırasındaki Davranışlarının Zımnî İrade Olarak Yorumlanması*” başlığı altında verdiğimiz örneklerin ayniyeti yadırganmamalıdır. Zira her iki başlık altında da incelenen mesele, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki hangi hareketlerinin tahkim yargılamasına muvafakat verdiği şeklinde yorumlanabileceğidir. Bununla birlikte aradaki fark, bu muvafakate rağmen örneğin şekil eksikliği veya ehliyetsizlik nedeniyle geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığından söz edilemediği hâllerde ilgili tenfiz engeli açısından tenfize direnme hakkının varlığını koruyacak olmasıdır. Bu başlık altında ise tam olarak bu gibi durumlarda, hangi koşullar altında bu hakkın kullanımının hakkın kötüye kullanılması yasağına takılabileceği incelenmektedir.

⁵⁵¹ Nitekim bu husus İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi’nin 2021 yılında verdiği bir kararında da vurgulanmıştır: “(...) *Davaya konu yabancı hakem kararı içeriğinde, tek hakemin bu anlaşmazlığı çözüme konusundaki yargı yetkisine itiraz edilmediği ve taraflarca açıkça teyit edildiğinin belirtildiği, diğer taraftan davalı tarafça hakem yargılamasında tahkim şartının geçersizliğinin ileri sürülmediği bir yana aksine tahkime başvuru yapanın davalı olduğu gözetildiğinde, tahkimde dile getirilmeyen ve yargılamanın tüm aşamalarında esas yönünden iddia ve savunmalarını yapan davalının bu yöndeki iddiasının tenfiz aşamasında dinlenmesi mümkün bulunmadığı gibi çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil ettiği ve esasen objektif iyiniyet kurallarına da uygun olmadığından taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi olduğunun kabulü gerekmiştir. (...)*” (bkz. İstanbul BAM, E.2020/291, K.2021/528, T.22.04.2021 (Kazancı)). Ancak belirtmelidir ki, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasının işlevi, geçersiz bir tahkim anlaşmasını geçerli hâle getirmek olmayıp bu engeli ileri sürme yani tenfize direnme hakkının sınırlandırılmasından ibarettir (bkz. aşağıda s.146’da yer alan açıklamalarımız).

⁵⁵² Bkz. yukarıda s.91 vd.

Bu noktada sorgulanması gereken mesele, davalının tahkim yargılaması sırasında herhangi bir zamanda tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmüş olmasının, tenfize direnme hakkının kullanımının hakkın kötüye kullanılması yasağına takılmasını engellemek için yeterli olup olmayacağıdır. Başka bir deyişle davalının, yargılamanın herhangi bir aşamasında yetki itirazında bulunmuş olması, yukarıdaki değerlendirmemizdeki güven unsurunu ortadan kaldırabilecek midir?

Belirtilmelidir ki, tahkim yargılaması sırasında hakem heyetinin yetkisine ilişkin itirazın ne zaman ileri sürülmesi gerektiğini belirleyecek hukuk elbette ki tenfiz devleti hukuku değil, tahkim usûlüne uygulanmak üzere tarafların seçtikleri hukuk veya tahkim yeri hukuku düzenlemeleridir⁵⁵³. Model Kanun md.19(1) hükmü uyarınca taraflar, tahkim usûlünü kural olarak serbestçe belirleyebileceğinden yetki itirazının en geç ne zaman ileri sürülebileceği meselesi, taraflar arasında tahkim usûlüne ilişkin bir anlaşma olması durumunda bu anlaşma; bulunmaması hâlinde ise tahkim yeri hukuku düzenlemelerine tâbi olacaktır⁵⁵⁴. Bu bağlamda, örneğin Model Kanun md.16(2) hükmünde olduğu gibi kurumsal tahkim merkezi kurallarının tamamı değilse de büyük bir çoğunluğunda yer alan düzenlemeler uyarınca hakemlerin yetkisine ilişkin itiraz en geç davalı tarafından sunulan cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir⁵⁵⁵. Bu noktada, “cevap dilekçesi”nden ne anlaşılması gerektiği ise, yine tahkim usûlüne uygulanan kurallara göre belirlenecektir. Örneğin bazı kurumsal tahkim kuralları uyarınca⁵⁵⁶ yetki itirazı, en geç tahkim talebine cevap dilekçesinde (*answer to request for arbitration*) ileri sürülebilecekken bazı kurallar uyarınca bu itiraz, en geç ana cevap dilekçesinde⁵⁵⁷ (*statement of defence*) ileri sürülmelidir⁵⁵⁸. Fark edileceği üzere, anılan farklı düzenlemelerin ortak noktası, yetki itirazının en geç davalının esasa ilişkin savunmalarının öncesinde yapılması gerektiğinin düzenleniyor olmasıdır. Kaldı ki, tarafların seçtikleri usûl kurallarında veya tahkim yeri hukukunda bu yönde bir

⁵⁵³ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.51.

⁵⁵⁴ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.54.

⁵⁵⁵ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.59.

⁵⁵⁶ Örneğin bkz. Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi (HKIAC) Tahkim Kuralları md.19.3; ISTAC Tahkim Kuralları md.9(1); Finlandiya Tahkim Merkezi Kuralları md.33.2.

⁵⁵⁷ Örneğin bkz. Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) Kuralları md.23.3; Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi (DIAC) Tahkim Kuralları md.6.4. Stockholm Tahkim Merkezi (SCC) Kuralları md.9(1)(i) hükmü uyarınca yetki itirazı kural olarak tahkim talebine cevap dilekçesinde ileri sürülecekse de, bu dilekçede yetki itirazının ileri sürülmemiş olması, cevap dilekçesinde veya öncesinde yetki itirazında bulunulmasını engellemeyecektir. Benzer şekilde İsviçre Tahkim Merkezi Kuralları md.23.3 hükmü uyarınca ise yetki itirazı “esasa ilişkin herhangi bir savunmadan önce” ileri sürülmelidir.

⁵⁵⁸ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.59

düzenleme olmasa dahi doktrinde, hakem heyetinin yetkisine ilişkin itirazın herhangi bir gecikmeye mahal verilmeden en geç davalı tarafından sunulan cevap dilekçesinde ileri sürülmüş olması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁵⁹. Zira herhangi bir itirazda bulunmadan hakem heyetine karşı iddialarını ve savunmalarını ileri süren davalı, bunların hakemlerce değerlendirilmesi ve çözüme bağlanması yönündeki iradesini ve muvafakatini ortaya koymuş olmaktadır. Ayrıca, bir kez bu şekilde verilen muvafakatin sonradan geri alınması da mümkün olmayacaktır⁵⁶⁰. Başka bir deyişle, esasa ilişkin savunmalarını gerçekleştirdikten sonra davalının yetki itirazında bulunması, kural olarak tahkim yargılaması sırasında da dinlenmeyeceği gibi⁵⁶¹, davalının tenfiz yargılaması sırasında hakkın kötüye kullanılması yasağının yaptırımından kurtulmasını da sağlamayacaktır. Nitekim, Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin bir kararına⁵⁶² konu olayda tenfiz davalısı, tahkim yargılaması sırasında tahkim talebine cevap dilekçesinde taraflar arasında yazılı bir tahkim anlaşması bulunmadığına ilişkin bir itirazda bulunmamış ve hatta bir karşı talep ileri sürmüştür. Ancak davalı bu dilekçesine eklediği notunda, bu dilekçenin hakem heyetinin tahkim diline ilişkin kararına bağlı olarak geçici nitelikte olduğunu ve tahkim dilinin belirlenmesinden sonra dilekçesini değiştirme hakkını saklı tuttuğunu ifade etmiş, hakem heyetinin tahkim dilini belirlenmesinden sonra ise yetki itirazını ileri sürmüştür. Tenfiz talebini inceleyen Alman Mahkemesi, böyle bir notun herhangi bir etkisinin bulunmadığını belirterek davalının herhangi bir itiraz ileri sürmeden cevap dilekçesi sunduğu ve hatta bu dilekçede bir karşı dava ileri sürdüğü dikkate alındığında tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesinin, çelişkili davranış yasağı engeline takılacağını belirtmiş ve kararın tenfizine karar vermiştir.

Ancak vurgulanmalıdır ki gerek Model Kanun md.16(2) gerekse birçok kurumsal tahkim merkezi kuralları uyarınca tahkim davalısının yetkiye ilişkin itirazında gecikmesinin haklı bir sebebe dayandığı hâllerde yetki itirazının daha sonra ileri sürülmesine hakem heyetince izin verilebilecektir. Tahkim yargılaması sırasında gecikmiş yetki itirazının, kabul edilsin veya edilmesin, çelişkili davranış yasağı kapsamındaki değerlendirmesi ise tenfiz hâkimince somut olay şartlarına göre

⁵⁵⁹ Borris/Hennecke, **Article V**, s.268.

⁵⁶⁰ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.59.

⁵⁶¹ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.55.

⁵⁶² OLG Schleswig, 16 SchhH 05/99, 20.03.2000 <<http://disarb-db.org/decisions/EJfXwTyWRRaOza79kNxqQw>>

gerçekleştirilecektir⁵⁶³. Kanaatimizce, bu gecikmenin haklı bir nedene dayandığının belirlenmesi hâlinde, tenfize direnme hakkının, en azından bu tenfiz engeli açısından kötüye kullanıldığından söz edilemeyecektir.

Bu bağlamda doktrinde, ilgili tarafın uygulanacak hukuka göre tahkim anlaşmasının geçersizliğini bilmiyor olmasının haklı bir sebep teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir⁵⁶⁴. Kanaatimizce, burada özellikle “uygulanacak hukuk” ibaresinin üstünde durulması gerekmektedir. Zira bilindiği üzere, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk denildiğinde bu hukuk gerek geçersizlik veçhesine gerekse meseleyi değerlendirecek yargı mercine göre değişebileceğinden doktrinde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuktan ziyade hukuklardan söz edilmektedir⁵⁶⁵. Gerçekten de hakem heyeti, iptal davasına bakan mahkeme ve tenfiz davasına bakan mahkeme kural olarak aynı kanunlar ihtilafı kurallarıyla veya aynı maddi kurallarla bağlı olmadıklarından, bu aşamalarda tahkim anlaşmasının belirli bir veçhesine uygulanan hukuk farklı olabilecektir⁵⁶⁶. Bu bağlamda konuyu en iyi açıklayan örnek ise, tahkim anlaşmasının yazılı bir şekilde yapılmasının Konvansiyon uyarınca bir şekil şartı olarak düzenlenmiş olmasıdır. Bunun nedeni, Konvansiyon’un md.II hükmünde ifadesini bulan bu geçerlilik koşulunun, kural olarak, tahkim yargılaması ve iptal davası sırasında uygulama alanı bulmayacak olmasıdır⁵⁶⁷. Dolayısıyla, tahkim yargılaması ve iptal davası sırasında uygulama alanı bulan tahkim yeri hukuku düzenlemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliği için daha hafif⁵⁶⁸ veya hiç şekil şartı öngörmemesi durumunda doğal olarak davalının, tenfiz davasında uygulama alanı bulacak şekil şartı eksikliği nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu tahkim yargılaması sırasında ileri sürmesi beklenemeyecektir. Zira, bu anlaşma, en azından o aşama itibarıyla geçerli bir tahkim anlaşmasını oluşturabilecektir. Örneğin, İsveç hukuku uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliği

⁵⁶³ Nitekim, Avrupa Sözleşmesi’nin uygulama alanına giren hâllerde de Sözleşme, hakem heyetinin gecikmiş itiraza ilişkin kararını tenfiz hâkiminin kontrolüne tâbi kılmaktadır (bkz. yukarıda s.117 vd.).

⁵⁶⁴ Akıncı, **Yetki İtirazı**, s.56.

⁵⁶⁵ Berger, **Reexamining the Arbitration Agreement**, s.303; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.19.

⁵⁶⁶ Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.19.

⁵⁶⁷ Örneğin tahkim yeri Türkiye’de olan bir hakem kararına karşı Türkiye’de açılan iptal davasında Konvansiyon md.II hükmü değil, MTK md.5 veya HMK md.412 hükmü uygulama alanı bulacaktır (bkz. Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s.25).

⁵⁶⁸ UNCITRAL tarafından yayınlanan raporda belirtildiği üzere günümüzde ulusal tahkim mevzuatları, Konvansiyon’a kıyasla daha hafif şekil şartları öngörmektedir (bkz. UNCITRAL, **Recommendation 2006**; ayrıca bkz. Kaplan, **Written Form**, s.17).

herhangi bir şekil şartına tâbi tutulmadığından bir tahkim anlaşmasının sözlü olarak akdedilmesi mümkündür⁵⁶⁹. Dolayısıyla tahkim yerinin İsveç olduğu bir tahkim yargılaması sırasında, davalının yazılı bir tahkim anlaşması bulunmaması nedeniyle yetki itirazında bulunması beklenemeyeceği gibi bu itiraz herhangi bir sonuca da ulaşmayacaktır. Konumuz bağlamında cevaplanması gereken soru ise bu örnekteki davalının, Türkiye’de açılan tenfiz davasında yazılı bir tahkim anlaşmasının bulunmaması nedeniyle tenfize direnmek istemesinin çelişkili davranış yasağına takılıp takılmayacağıdır. İlk bakışta, yazılı şekil şartının tahkim yargılaması sırasında uygulama alanı bulmaması nedeniyle, ortada çelişkili bir davranışın olmadığı düşünülebilecektir⁵⁷⁰. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, tenfiz davalısının çelişkili davranışına sebebiyet veren hareketi tahkim anlaşmasının şu veya bu sebeple geçersiz olduğunun ileri sürülmemesinden ziyade, uyuşmazlığın hakem heyetince çözümlenmesine muvafakat vermesi anlamına gelebilecek davranışlarıdır. Mesele örneğimiz üzerinden incelendiğinde, davalının tahkim anlaşmasının yazılı olmaması sebebiyle geçersiz olduğunu tenfiz aşamasında ileri sürmek istemesi hâlinde de çelişkili davranış yasağına aykırı bir tutumdan ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanımından söz edilebilecektir. Zira, her ne kadar tahkim anlaşmasının spesifik olarak yazılılık şekil şartı nedeniyle geçersizliğini tahkim yargılaması sırasında ileri sürmesi kendisinden beklenemeyecekse de ilgili taraf, tahkim yargılaması sırasında hakem heyetinin yetkisine ilişkin bir itirazda bulunmadan esasa ilişkin savunmalarını yapmakla ilgili hakem heyetinin yetkisine muvafakat vermiş olmaktadır. Tahkim yargılaması sırasında bu muvafakati vermiş olan tarafın, yukarıda açıklandığı üzere, tenfiz davası sırasında tam tersi bir tutum sergileyerek tahkim anlaşmasının

⁵⁶⁹ Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.771, dn.2213; Wolff, **Article II**, s.155. Benzer şekilde, Model Kanun md.7 hükmünün 2006 yılında yayınlanan ikinci opsiyonu uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliği herhangi bir şekil şartına tâbi kılınmamıştır.

⁵⁷⁰ Bu yönde bkz. Wolff, **Article II**, s.108.

geçersizliği engelini ileri sürmesi ise, kural olarak, hakkın kötüye kullanımı teşkil edecektir⁵⁷¹.

Dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus ise, hakkın kötüye kullanılması yasağı tenfiz hâkiminin hukukunun parçası olarak uygulandığından, tenfize direnme hakkının bu şekilde sınırlandırılmasının tahkim yeri hukukundan bağımsız⁵⁷² olduğudur. Ancak elbette, tahkim yeri hukukunun bu anlamda hiçbir etkisi yok değildir. Şöyle ki, hemen yukarıda ifade ettiğimiz üzere, tahkim yargılaması sırasında hakem heyetinin yetkisine itirazın ne zaman yapılması gerektiğini belirleyecek olan, tahkim usûlüne ilişkin tarafların seçtikleri hukuk ve/veya tahkim yeri hukukunun düzenlemeleridir. Bu bağlamda, her ne kadar bu hükümler tenfize direnme hakkı üzerinde doğrudan sonuç doğurmayacaksa da, dolaylı olarak sonuç doğurmaktadır. Bunun nedeni, uyuşmazlığın karşı tarafında uyandırılan güvenin temelinde bulunan etkenlerden birinin de bizzat hakem heyetinin yetkisine ilişkin itirazı belirli bir zaman dilimine tâbi tutan düzenlemeleri olmasıdır. Zira uyuşmazlığın karşı tarafı, bu düzenlemelere dayanarak, davalının tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin bir itirazının bulunması hâlinde bizzat taraflar arasında belirlenen hukuk veya tahkim yeri hukuku düzenlemeleri uyarınca bunu yargılama sırasında ileri sürmesi gerektiğini bildiğini, dolayısıyla böyle bir itirazda bulunmayan tarafın, ileride tenfiz yargılaması sırasında da bu meseleyi gündeme getirmeyeceğini varsaymakta haklı olacaktır⁵⁷³.

⁵⁷¹ Benzer bir değerlendirme, tahkim anlaşması açısından uygulama alanı bulup bulmayacağı ve kanunun nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin tartışmalar bir yana (ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Usul Hukuku**, s.251; Süheyla Balkar, “805 Sayılı Kanun’un Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi”, **Tahkim ve Uygulanacak Hukuk** (eds. Ziya Akıncı/Berk Demirkol), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021, s.71 vd.; Süheyla Balkar, “Law No.805’s Effect on Arbitration Agreements”, **ASA Bulletin**, C.40, S.2, 2022, s.393 vd.; Emre Esen, “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi”, **Public and Private International Law Bulletin**, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, C.40, S.1, 2020, s.204 vd.), Kanun’un Türkiye’de yabancı hakem kararlarının tenfizi için açılan davalarda da uygulama alanı bulacağı kabul edilse dâhi, taraflar arasındaki sözleşmelerin Türkçe yapılması gerektiğini düzenleyen 805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun açısından da geçerli olacaktır. Keza, tahkim anlaşmasının temsilci aracılığıyla akdedilmesine ilişkin özel yetki verilmesini öngören TBK md.504(3) ve HMK md.74 hükümlerinin, adeta bir maddi milletlerarası özel hukuk kuralıymış gibi Türkiye’de yabancı hakem kararlarının tenfizi için açılan davalarda da uygulanması (nitekim doktrinde, bazı Yargıtay kararlarında ilgili hükmün, uygulanacak hukuk tartışmasına girilmeden doğrudan uygulandığı ifade edilmektedir, ayrıntılı bilgi ve karar örnekleri için bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.411, dn.561; Işık, **Temsil**, s.124) hâlinde de benzer bir değerlendirme yapılabilecektir.

⁵⁷² Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. Kröll, **Arbitration in Germany**, s.461. Genel olarak Konvansiyon kapsamında aynı yönde bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.268.

⁵⁷³ Taraflarca ileri sürülmesi gereken diğer tenfiz engelleri açısından, Model Kanun md.4 hükmünde ifadesini bulan feragat hükmü benzer bir etkiyi haiz olacaktır (ilgili maddeye ilişkin bkz. yukarıda “2) Feragate İlişkin Düzenlemeler” başlığı altında yer alan açıklamalarımız).

Ancak elbette bu değerlendirmelerimiz, kural olarak, yalnızca tahkim yargılamasına katılmış olan tenfiz davalıları açısından yapılabilecektir⁵⁷⁴. Zira, tahkim yargılamasına katılmayan taraf bu davranışıyla zaten geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığına ilişkin itirazını ortaya koymakta ve de karşı taraf açısından aksi yönde bir güveni oluşturacak bir davranışın içine girmemektedir⁵⁷⁵. Kaldı ki tarafların, sırf hakem heyetinin yetkisine itiraz edebilmek için tahkim yargılamasına katılmak gibi bir yükümlölükleri bulunmamaktadır⁵⁷⁶. Bu değerlendirmemizin kural olarak tek istisnası, tahkim yargılamasına katılmamış olmakla birlikte kendisine karşı devlet mahkemelerinde açılmış bir davada tahkim ilk itirazında bulunarak uyuşmazlığın tahkimde çözölmesine sebebiyet veren tenfiz davalılarının durumudur. Gerçekten de bu hâlde, her ne kadar tahkim yargılamasına katılmamış olsa dahi, devlet mahkemeleri önünde tahkim ilk itirazında bulunarak adeta kendisini taraflar arasındaki tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul ettiğini deklare eden tarafın bu davranışı, uyuşmazlığın karşı tarafında, daha sonra açılacak bir tenfiz davasında bu meselenin artık sorun edilmeyeceğine ilişkin bir güven doğurabilecektir. Dolayısıyla bu ihtimalde de, kendisine karşı açılan tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmek isteyen tenfiz davalısının bu çelişkili davranışı, hakkın kötüye kullanılması yasağına takılacaktır⁵⁷⁷.

Buna karşın, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin E.2002/2249, K.2002/7219 sayı ve 07.11.2002 tarihli kararıyla⁵⁷⁸ onanan İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E.2001/283 K.2001/701 sayı ve 12.06.2001 tarihli kararına⁵⁷⁹ konu tenfiz davasında davalı, tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci tarafından akdedildiğini ileri sürerek tenfize direnmek istemiştir. Bu iddiayı değerlendiren yerel mahkeme ise kendisine bildirilen tahkim işlemleri ve gönderilen yazışmalara cevap vermeyerek suskun kalan

⁵⁷⁴ Benzer yönde bkz. Otto/Elwan, **Article V(2)**, s.406.

⁵⁷⁵ Otto, **Verwirkung**, s.224.

⁵⁷⁶ Kröll, **Arbitration in Germany**, s.460.

⁵⁷⁷ Aynı yönde bkz. Brotons, **Reconnaissance et exécution**, s.263; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.223. Aynı yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.223, dn.261. Farklı devlet mahkemelerince yine aynı yönde verilmiş karar örnekleri için ayrıca bkz. Brotons, **Reconnaissance et exécution**, s.263, dn.277.

⁵⁷⁸ Yargıtay 19.HD., E.2002/2249, K.2002/7219, T.07.11.2002 (Kazancı).

⁵⁷⁹ İstanbul 8.Asliye Ticaret Mahkemesi, E.2001/283, K.2001/701, T.12.06.2001 (karar yayımlanmamıştır). İlgili karara ilişkin detaylar için bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.425, dn.581; Esen, **Teşmil**, s.237.

davalının, tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğunu belirterek tenfiz talebini kabul etmiş ve ilgili karar temyiz makamınca onanmıştır⁵⁸⁰. Benzer şekilde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2004 yılında verdiği bir kararında da “*kendisine defalarca yapılan tebligata rağmen tahkim şartının kendisi yönünden bu nedene dayalı olarak geçersiz olduğu yolunda bir itirazda*” bulunmayan tenfiz davalısının, tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürerek tenfize direnmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğundan bahisle kararın tenfizine karar verilmiştir⁵⁸¹. Yine doktrinde, tahkim yargılamasına katılmamakla birlikte yargılama öncesinde hakem heyetiyle iletişim kuran ve bu iletişimi sırasında tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin herhangi bir itirazda bulunmayan tarafın, daha sonra tenfiz yargılaması sırasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığını ileri sürmesinin çelişkili davranış yasağına aykırı olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir⁵⁸². Ancak kanaatimizce, tenfiz davalısının tahkim yargılamasına hiçbir şekilde katılmamış olduğu hâllerde, kendisine gönderilen tebligatlara veya yazışmalara cevap vermemesi veya hakem heyetiyle iletişime geçmiş olması, hakem heyetinin yetkisine muvafakat ettiği şeklinde yorumlanamayacağı gibi böyle bir davranışın, uyuşmazlığın karşı tarafında korunmaya değer bir güven oluşturduğundan da söz edilemeyecektir. Dolayısıyla, bu ihtimallerde, tenfize direnme hakkının kötüye kullanımından da söz edilemeyecektir⁵⁸³.

Konumuz açısından değerlendirilmesi gereken son bir husus ise, hakkın kötüye kullanılması yasağının tenfize direnme hakkı üzerindeki sınırlandırıcı etkisinin, tahkim anlaşmasının geçersizlik sebebine göre değişip değişmeyeceğidir. Daha önce de ifade edildiği üzere⁵⁸⁴ tahkim anlaşmasının geçersizliği irade sakatlıkları, şekle aykırılık, ehliyetsizlik veya anlaşmanın temsilci aracılığıyla yapılması hâlinde yetkisiz temsilden kaynaklanabilecektir. Esasında ilk bakışta, bu sorgulamanın yapılması garipsenebilecektir. Ancak meselenin bazı mahkeme kararlarından hareketle doktrinde tartışma konusu edildiği görülmektedir⁵⁸⁵. Gerçekten de doktrinde bir görüşe göre, davalının tahkim yargılamasına herhangi bir yetki itirazında bulunmadan katılmış

⁵⁸⁰ İlgili ilk derece mahkemesi kararına ilişkin detaylar için bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s.425, dn.581.

⁵⁸¹ Yargıtay 11.HD., E.2003/6774, K.2004/3751, T.09.04.2004 (Lexpera).

⁵⁸² Otto, **Verwirkung**, s.224.

⁵⁸³ Aynı yönde bkz. Esen, **Teşmil**, s.240.

⁵⁸⁴ Bkz. yukarıda s.92, dn.349.

⁵⁸⁵ Bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.270 vd.

olmasına dayanılarak tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını karşılamadığı iddiasının ileri sürülebilmesi engellenebilecek ise de tahkim anlaşmasının esasa dair sebeplerle geçersiz olması hâlinde böyle bir sonuca ulaşılamayacaktır⁵⁸⁶. Bir diğer görüş ise tam aksine, davalının tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğine dayanılarak yazılı şekil şartının yerine gelmemiş olmasının göz ardı edilemeyeceğini, ancak tahkim anlaşmasının esasa ilişkin sebeplerle geçersiz olduğunun ileri sürülmesinin engellenebileceğini ifade etmektedir⁵⁸⁷. Hâl böyle olmakla birlikte kanaatimizce, özellikle hukukumuz açısından, böyle bir ayırım yapılamayacaktır⁵⁸⁸. Zira yukarıda da vurguladığımız üzere, davalının çelişkili davranışının temelinde, tahkim anlaşmasının şu veya bu sebeple geçersizliğini ileri sürmemiş olmasından ziyade, hakem heyetinin yetkisine ilişkin herhangi bir itirazda bulunmayarak ilgili uyuşmazlık açısından o hakem heyetince yargılanmaya muvafakat etmesi yer almaktadır.

Önemle vurgulanmalıdır ki, bu bağlamda hakkın kötüye kullanılması yasağı ve dürüstlük kuralı, tenfize direnme hakkının temelinde yer alan olgunun var olup olmadığı sorusu cevaplanırken değil; uygulanacak hukuka göre varlığı tespit edilen bir tenfiz engelinin ileri sürülmesinin engellenip engellenemeyeceği sorusu cevaplanırken rol oynamaktadır. Daha önce de vurguladığımız üzere dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, Türk hukukunun bir parçası olarak yine Türk hukukunun taraflara tanıdığı tenfize direnme hakkının bir sınırı olarak uygulama alanı bulmaktadır⁵⁸⁹. İlgili tenfiz engelinin temelinde yer alan olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirmesi ise tâbi olduğu hukuka göre yapılacak olup, Türk hukukunda yer aldığı şekilde dürüstlük kuralının bu noktada bir etkisi olmayacaktır. Kaldı ki, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının doğrudan yabancı hukukla birlikte veya onun yerine uygulama alanı bulması ihtimalinde dahi, geçersiz bir sözleşme dürüstlük kuralı vasıtasıyla geçerli hâle getirilemeyeceğinden⁵⁹⁰ sonuç değişmeyecektir. Başka bir deyişle konumuz bağlamında dürüstlük kuralı ve hakkın

⁵⁸⁶ Mallmann, **Die Bedeutung**, s.157 (naklen: Borris/Hennecke, **Article V**, s.270, dn.111).

⁵⁸⁷ Bu yönde bkz. OLG Frankfurt, 26 Sch 28/05, 26.06.2006, **ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 2007** (ed. Albert Jan Van den Berg), C.XXXII, 2007, s.351 vd.

⁵⁸⁸ Genel olarak aynı yönde bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.271. Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. Stefan Kröll, “Die Schiedsvereinbarung im Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche”, **Zeitschrift für Zivilprozess**, 2004, s.483 (naklen: Borris/Hennecke, **Article V**, s.271, dn.115).

⁵⁸⁹ Bkz. yukarıda “C) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Uygulama Alanı Bulması” başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

⁵⁹⁰ Oğuzman/Barlas, **Medenî Hukuk**, s.273.

kötüye kullanılması yasağının etkisi, geçersiz bir anlaşmayı geçerli hâle getirmekten ziyade sadece geçersiz olduğu iddiasının ileri sürülmesini engellemektedir⁵⁹¹.

Son olarak mesele, diğer tenfiz engelleri açısından değerlendirildiğinde de benzer bir durumla karşı karşıya kalınacaktır. Zira gerçekten de, özellikle tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkan tenfiz engelleri açısından, davalının tahkim yargılaması sırasında itirazda bulunması hâlinde tahkim davacısı ilgili aykırılığın düzeltilmesi için hakem heyetinden talepte bulunabilecek ve yol açabileceği tenfiz engelinin önüne geçebilecektir⁵⁹². Oysaki, bu yönde bir itirazda bulunulmadığında, belki de yargılamanın doğru yürütüldüğüne veya yargılamanın anlaşmanın dışında bir şekilde yürütülmesine karşı tarafın bir itirazı olmadığına güvenerek yargılamaya devam edecektir⁵⁹³. Dolayısıyla tenfiz davalısı, kural olarak, bu hâllerde de çelişkili bir davranış içerisinde olacak ve bu çelişkili davranışı, uyuşmazlığın karşı tarafında korunmaya değer bir güvenin oluşmasına sebebiyet verecektir. Bu bağlamda, tenfiz hâkimince re'sen dikkate alınanların dışındaki tenfiz engellerinin temelinde yer alıp yargılama sırasında da mevcut bulunan olguların tahkim yargılaması sırasında hiç ileri sürülmeyip ilk kez tenfiz davasında ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağına takılabilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki, tahkim anlaşmasının geçersizliği dahil olmak üzere, tahkim yargılaması sırasında ileri sürülen olguların daha sonra tenfiz davası aşamasında da, kural olarak, ileri sürülebileceği noktasında bir şüphe bulunmamaktadır⁵⁹⁴. Zira burada çelişkili bir davranış söz konusu olmadığı gibi uyuşmazlığın karşı tarafı nezdinde yaratılmış bir güvenden⁵⁹⁵ de söz edilemeyecektir. Ve önemle vurgulanmalıdır ki, tenfiz mahkemesi, hakem heyetinin bu itirazlarla ilgili olarak yaptığı değerlendirmeleriyle bağlı olmayacaktır⁵⁹⁶.

b) Davalının Beyanlarının Etkisi

⁵⁹¹ Esen, **Teşmil**, s.240.

⁵⁹² Kröll, **Treu und Glauben**, s.148.

⁵⁹³ Kröll, **Treu und Glauben**, s.148; Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.214.

⁵⁹⁴ Tahkim anlaşmasının geçersizliği tenfiz engeli özelinde aynı yönde bkz. Nomer, **Görev Belgesi**, s.12.

⁵⁹⁵ Tahkim anlaşmasının geçersizliği tenfiz engeli özelinde aynı yönde bkz. Nomer, **Görev Belgesi**, s.12.

⁵⁹⁶ Steger, **Präklusion**, s.80; Nomer, **Görev Belgesi**, s.10.

Davalının tahkim yargılaması sırasında itirazda bulunmamak şeklinde vücut bulan hareketsizliğinden sonra bu kez de milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında oldukça yaygın bir uygulamanın tenfize direnme hakkı üzerindeki olası etkisinin değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, doktrinde ifade edildiği üzere milletlerarası ticari tahkim uygulamasında hakem heyetlerince, özellikle tahkim yargılamasının sonunda taraflara tahkim yargılamasının yürütülüş biçimine ilişkin herhangi bir itirazları bulunup bulunmadığı sorulmakta ve bir itirazları varsa bunu hakem heyetine bildirmeleri istenmektedir⁵⁹⁷. Bu uygulamanın temelinde düzeltilebilecek olası aykırılıkların giderilmesi ve böylelikle hakem kararının sıhhatinin ve icra edilebilirliğinin sağlanması amacı yer almaktadır⁵⁹⁸. Konumuz açısından bu bağlamda sorgulanması gereken mesele ise, daha önce yargılama sırasında belirli bir aykırılığa ilişkin itirazını ileri süren tarafın⁵⁹⁹ hakem heyetinin bu sorusuna karşı “herhangi bir itirazı olmadığını” beyan etmiş olmasının tenfize direnme hakkı üzerinde bir etkisi bulunup bulunmayacağıdır. Anılan bu sorunun doktrinde genel olarak tartışma konusu edilmediği ve bu beyanlarının etkisinin belirsiz olduğu ifade edilmektedir⁶⁰⁰.

Öncelikle belirtilmelidir ki bu yöndeki bir açıklama, bu aşamada henüz doğmamış olduğundan, tenfize direnme hakkından feragat edilmesi anlamına gelemeyecektir. Dolayısıyla mesele, doğrudan hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, bu yöndeki bir beyana rağmen tahkim yargılaması sırasında da mevcut olan aykırılıkların bir tenfiz engeli olarak ileri sürülmesi, kural olarak, bir çelişkili davranış teşkil edebilecektir. Ancak mühim olan, bu davranışın uyuşmazlığın karşı tarafı olan tenfiz davacısı nezdinde korunmaya değer bir güveni oluşturup oluşturmadığının tespitidir. Kanaatimizce, özellikle tahkim yargılamasının sonuna geline bir aşamada, yâni her iki tarafça da kendi lehlerine karar verilmesinin beklendiği veya en azından umut edildiği bir aşamada tarafların bu soru karşısında itirazlarını tekraren dile getirmelerini beklemek gerçekçi olmayacaktır. Zira hakem heyetinin uyuşmazlığı nihai olarak sonlandıracak kararını vermesine adeta çeyrek kala, taraflardan hiçbirisi hakem heyetini karşısına almak istemeyecektir. Dolayısıyla, uyuşmazlığın her iki tarafının da birbirlerinin bu beyanlarına anlam

⁵⁹⁷ Webster/Bühler, **ICC Arbitration**, s.690.

⁵⁹⁸ Webster/Bühler, **ICC Arbitration**, s.690.

⁵⁹⁹ Zira zaten bu aykırılık ortaya çıktıktan sonra yargılama sırasında ileri sürülmemişse, hemen bir önceki başlıkta yapılan açıklamalar geçerli olacaktır.

⁶⁰⁰ Webster/Bühler, **ICC Arbitration**, s.690.

yüklemesi beklenmeyecektir. Başka bir deyişle, tahkim yargılamasının sonuna gelinen bu noktada, davalının sırf bu beyanı nedeniyle, daha önce tahkim yargılaması sırasında itiraza konu ettiği olguları artık ileride birer tenfiz engeli olarak ileri sürmeyeceğine ilişkin bir görünüş yarattığından söz edilemeyecektir. Kaldı ki, böyle bir görünüş yaratılmış olsa dahi, bir önceki başlıktaki açıklamalarımızın aksine, davacının bu yaratılan görünüşe dayanarak, örneğin uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemelerine başvurmak yerine tahkim yargılamasına devam ettiğinden söz edilemeyecektir. Zira zaten tahkim yargılaması bu aşamada sona yaklaşmış, dolayısıyla tahkim yargılaması için zaman ayrılmış ve masraflar yapılmışken, böyle bir beyanda bulunulmaması hâlinde davacının belki de tahkim yargılamasına devam etmeyerek farklı yollara başvurabileceği gibi bir ihtimalden söz edilemeyecektir⁶⁰¹. Dolayısıyla kanaatimizce, tenfiz davalısının tahkim yargılamasının sonuna gelindiğinde yargılamaya ilişkin herhangi bir itirazının olmadığını beyan etmiş olması, tek başına, tenfize direnme hakkının hakkın kötüye kullanılması yasağının sınırlarına takılmasına sebebiyet vermeyecektir.

2) Tahkim Yargılamasından Sonraki Aşamalar

Çalışmamızın ilk bölümünde vurgulandığı üzere, tenfize direnme hakkına konu edilebilecek olgular yalnızca tahkim yargılaması sırasında ileri sürülebilecek itirazların değil, aynı zamanda hakem kararına karşı kural olarak tahkim yeri mahkemeleri nezdinde açılacak iptal davasında kararın iptaline sebebiyet verebilecek iptal sebeplerinin de temelinde yer almaktadır. Bu durum ise tenfize direnme hakkı ile iptal davası arasındaki ilişkinin hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında incelenmesini gerektirir. Bu bağlamda aşağıda öncelikle tenfiz davalısının hakem kararına karşı tahkim yeri mahkemelerinde iptal davası açmamış olmasının tenfize direnme hakkı üzerinde bir etkisinin bulunup bulunmadığı (a) *İptal Davası Açılmamış Olması* başlığı altında incelenecek, ardından iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olmasının bu hakka etkisi (b) *İptal Davası Açma Hakkından Feragat Edilmiş Olması* başlığı altında ortaya konulacaktır. Takiben, hakem kararına karşı iptal davası açılmakla birlikte bu davada birer iptal sebebi olarak ileri sürülmekten imtina edilen olguların tenfiz davası sırasında tenfize direnme hakkına konu edilmesinin

⁶⁰¹ Benzer yöndeki değerlendirmemiz ve detaylı açıklamalarımız için bkz. aşağıda s.163 vd.

hakkın kötüye kullanımı sayılıp sayılmayacağı meselesi (c) *Açılmış Olan İptal Davasında İptal Sebebi Olarak İleri Sürülmemiş Tanıma Tenfiz Engelleri* başlığı altında incelenecektir. Son olarak, dünya genelinde neredeyse her devlet New York Konvansiyonu'na taraf olduğundan farklı devlet mahkemeleri nezdinde açılacak tenfiz davalarında ileri sürülebilecek tenfiz engellerinin de ayniyet gösterdiği dikkate alındığında, tenfiz davalısının Türkiye'de açılmış tenfiz davasından önce farklı devlet mahkemeleri nezdinde açılmış tenfiz davalarındaki davranışlarının tenfize direnme hakkı üzerinde bir etkisi olup olmadığı meselesi (d) *Farklı Ülkelerde Açılan Tanıma Tenfiz Davalarında Farklı Tanıma Tenfiz Engellerine Dayanılması* başlığı altında ele alınacaktır.

a) İptal Davasının Açılmamış Olması

Bilindiği üzere, gerek hukukumuzda gerekse karşılaştırmalı hukukta bir hakem kararının devlet mahkemelerince denetime tâbi tutulabileceği iki hâlden biri hakem kararına karşı kural olarak tahkim yeri devleti mahkemeleri huzurunda⁶⁰² açılacak iptal davasıdır⁶⁰³. Ancak vurgulanmalıdır ki, bir hakem kararının tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal davası yoluyla denetimi kendiliğinden gerçekleşmemektedir⁶⁰⁴. Zira iptal davası, kural olarak, bir hakem kararının icra edilebilmesi için tüketilmesi gereken zorunlu bir aşama olmayıp tahkim yargılamasının ve bu yargılama sonucunda ortaya çıkan hakem kararının kanunda sınırlı sayıda sayılmış iptal sebeplerinden birinin kapsamına giren bir hukuka aykırılık ihtiva ettiğini düşünen tarafa, kararın hukuk aleminde kaldırılmasını sağlayabilmek için tanınmış bir hukuki çaredir⁶⁰⁵. Bu davayı açması beklenenecek taraf ise kural olarak

⁶⁰² Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.42. İstisnai de olsa farklı uygulamalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.44 vd.; Gharavi, **Effectiveness**, s.21 vd.

⁶⁰³ Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.41. Her ne kadar geçmişte farklı devlet hukuklarında hakem kararlarına karşı farklı başvuru yolları öngörülmüş olsa da, birçok devletin doğrudan iktibas ettiği veya esinlendiği Model Kanun sayesinde bu farklılık oldukça azalmış ve karşılaştırmalı hukukta da yaygın anlayış, hakem kararına karşı başvurulabilecek yegâne başvuru yolunun tahkim yeri mahkemeleri nezdinde açılacak olan iptal davası olduğu şeklinde gelişmiştir (bkz. Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.41, dn.16). Nitekim hukukumuzda da, hakem kararlarına karşı temyiz yolunun öngörüldüğü Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu dönemi aksine, Model Kanun temel alınarak hazırlanan Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hakem kararlarına karşı yegâne başvuru yolu olarak iptal davası öngörülmüştür (bkz. Özdemir Kocasakal, **Tahkim Anlaşması**, s.37; Akıncı, **İptal**, s.25; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.379 vd.; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2733 vd.).

⁶⁰⁴ Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.41.

⁶⁰⁵ Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2734; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.384 vd.

hakem kararı aleyhine tesis edilmiş olan taraf⁶⁰⁶, dolayısıyla tahkim yeri devleti dışında açılabilir olası bir tanıma tenfiz davasının davalısıdır. Yani, tenfiz yeri devletinde tenfize direnme hakkını haiz olan taraf tahkim yeri devletinde, iptal davası açma hakkını haizdir. Günümüzde bu iki hakkın içeriğini oluşturan sınırlı sayıdaki sebeplerin birbiriyle kural olarak birebir aynı oldukları dikkate alındığında⁶⁰⁷ bu iki hak arasında bir bağlantının olup olmadığının ortaya konulması gerekir. Bu bağlamda konumuz açısından cevap aranması gereken soru, hakem kararına karşı süresi içinde iptal davası açmamış olan tarafın, kendisine karşı açılmış tenfiz davasında tenfiz engellerini ileri sürüp süremeyeceğidir⁶⁰⁸. Başka bir ifadeyle, hakem kararına karşı iptal davası açmamış olan tenfiz davalısının, tenfize direnme hakkını kullanması çelişkili bir davranış veya hakkın amacına aykırı kullanılması olarak yorumlanabilecek midir? Belirtilmelidir ki aynı sorgulama, yetkiye ilişkin hakem kararının ayrı bir karar olarak verildiği durumlarda, tahkim yeri hukukunun bu karara karşı esasa ilişkin karar beklenmeden iptal davası açılabilmesine imkân tanıdığı hâller⁶⁰⁹ açısından da geçerli olacaktır⁶¹⁰.

Tahkim davasının kaybeden tarafına hakem kararına karşı iptal davası açma hakkını tanıyan devlet, kural olarak, tahkim yeri devletiyken; aynı taraf, bir tenfiz davasının davalısı hâline geldiğinde bu tarafa tenfize direnme hakkını tanıyan devletin bu davanın açıldığı ve dolayısıyla tahkim yeri devletinden farklı bir devlet olduğu, yani bu iki hakkın kaynağının birbirinden farklı olduğu dikkate alındığında, bu sorgulamamız ilk bakışta garipsenebilecektir. Ancak, hukukumuzda genel olarak incelemeye konu edilmemekle birlikte bu meselenin karşılaştırmalı hukukta farklı

⁶⁰⁶ Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.41.

⁶⁰⁷ Bkz. yukarıda “A) Sorunun Kaynağı: Tenfize Direnme Hakkının Dayanağını Oluşturan Hukuka Aykırılıkların Tenfiz Öncesi Aşamalarda İleri Sürülebilirliği” başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

⁶⁰⁸ Elbette ki bu sorgulamamız, hakem kararlarına karşı iptal davası gibi bir başvuru imkânı öngörmemiş olan hukuk sistemlerinin patronajı altında yürütülmüş tahkim yargılamaları açısından, doğal olarak, geçerli olmayacaktır. Günümüzde, tespit edilebildiği kadarıyla tüm hukuk sistemlerinde kendi hukuk sistemlerine tâbi olarak verilmiş hakem kararlarına karşı bir başvuru yolu olarak iptal veya temyiz imkânının tanındığı ifade edilmektedir (bkz. Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.41). Buna karşın geçmişte, örneğin Belçika ve Malezya hukuku kendi hukuklarına tâbi olarak verilmiş ve belirli şartları taşıyan hakem kararlarına karşı herhangi bir başvuru yolu öngörmemekteydi (bkz. Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.68 vd. Ayrıca bkz. Jan Paulsson, “Arbitration Unbound in Belgium”, **Arbitration International**, C.2, S.1, 1986, s.68).

⁶⁰⁹ Model Kanun ve birçok tahkim kanunu, bu şekilde verilen ara kararlara (*interim awards*) karşı da, esasa ilişkin karar beklenmeden, iptal davası açılmasına imkân tanımaktadır (bkz. Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.201). Örneğin bkz. Model Kanun md.16(3); Almanya Medeni Usûl Kanunu (ZPO) md.1040(3); İsveç Tahkim Kanunu md.10; iMÖHK md.190(3); Avusturya Medeni Usûl Kanunu md.589(3).

⁶¹⁰ Kröll, **Treu und Glauben**, s.148; Borris/Hennecke, **Article V**, s.271.

devlet mahkemelerince incelendiği ve hatta kimi devlet hukuklarında hararetli doktrin tartışmalarına sebebiyet verdiği görülmektedir. Öyle ki KRÖLL, hakem kararına karşı iptal davası açma hakkını kullanmayan tarafın kendisine karşı açılmış bir tenfiz davasına karşı koyup koyamayacağı sorunsalının, milletlerarası tahkimin beyin yakıcı sorularından biri olduğunu ifade etmektedir⁶¹¹. Karşılaştırmalı hukukta bu meselenin gündemi en çok meşgul ettiği ve belki de gündeme gelmesine sebebiyet veren uygulama Alman hukukunda gözlenmiştir. Dolayısıyla konumuz kapsamında yukarıda ifade ettiğimiz sorunun cevaplanabilmesi adına bu uygulamanın kısaca incelenmesi yol gösterici olacaktır. Bu bağlamda aşağıda ilk olarak (i) *Tartışmanın Kaynağı: Alman Hukuku Uygulaması* başlığı altında Alman hukukunun konuya ilişkin yaklaşımı incelenecek ve ardından (ii) *Değerlendirme* başlığı altında konu, Türk hukuku açısından değerlendirilecektir.

i) Tartışmanın Kaynağı: Alman Hukuku Uygulaması

Alman hukukunda bu konunun tartışılmasının temelinde New York Konvansiyonu değil, 1998 yılı değişikliklerinden önce Almanya’da uygulanmakta olan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin sistem yer almaktadır⁶¹². Şöyle ki, Almanya New York Konvansiyonu’nun ilk imzacılarından biri olmasına rağmen⁶¹³, 1998 yılından önce yürürlükte olan tanıma tenfiz rejiminin Konvansiyon’a kıyasla daha lehe olması nedeniyle⁶¹⁴ Konvansiyon yerine bu rejim uygulama alanı bulmaktaydı. Nitekim o dönemde tenfiz engellerini düzenleyen eski ZPO md.1044(2) hükmü uyarınca bir yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi ancak şu hâllerde reddedilebilmekteydi:

⁶¹¹ Kröll, **Präklusion**, s.430. VAN DEN BERG de aynı meseleyi Almanya’daki zihin yaka soru (*question brûlante*) olarak ifade etmektedir (bkz. Van den Berg, **Setting Aside**, s.270). Nitekim bu hususun oldukça tartışmalı olduğu da vurgulanmaktadır (bkz. Kröll, **Arbitration in Germany**, s.463).

⁶¹² Alman hukukunda bu mesele, yani süresi içerisinde iptal davası açmamış tenfiz davalısının Almanya’da kendisine karşı açılan tenfiz davasında karara karşı gelebilmesinin kabul edilmemesi, *Präklusion der Versagungsgründe* (bkz. Van den Berg, **Setting Aside**, s.270) veya *Präklusion im eigentlichen Sinne* (bkz. Kröll, **Präklusion**, s.430) olarak isimlendirilmektedir.

⁶¹³ New York Konvansiyonu, Almanya açısından 28.09.1961 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir (bkz. Kröll, **Präklusion 2002**, s.384).

⁶¹⁴ Van den Berg, **Uniformity**, s.43.

“ZPO Madde 1044 (2)⁶¹⁵: (...)”

1. *Hakem kararı hukuken geçerli değilse; hakem kararının hukuki geçerliliğine, tahkim usûlüne uygulanan hukuk uygulanır meğerki diğer Devletlerle yapılan anlaşmalarda aksine hüküm bulunsun;*
2. *Hakem kararının tanınması ahlaka veya kamu düzenine aykırı ise veya daha özel olarak, hakem kararı taraflardan birine Alman hukukunca yasaklanmış bir eylemi yerine getirmesini emrediyorsa;*
3. *Taraf, usûlüne uygun olarak temsil edilmemişse meğerki taraf yargılamanın devam etmesini açıkça veya zımnen kabul etmiş olsun;*
4. *Tarafın yargılama sırasında hukuki dinlenilme hakkı ihlal edildiyse.”*

Dikkat edileceği üzere ilk bent hükmünde, tahkim anlaşmasının geçersizliğinden ziyade hakem kararının geçersizliği bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiş ve bu mesele, tahkim usûlüne uygulanan hukuka tâbi kılınmıştır. Anılan hükme dayanan⁶¹⁶ Alman mahkemeleri, yalnızca hakem kararının isnat ettiği ülkede iptal davası açmış tenfiz davalılarının tenfiz talebine karşı koyabilecekleri şeklinde⁶¹⁷ kararlar vermektedir. Bu bakış açısının temelinde ise, Almanya Federal Mahkemesi’nin, yabancı hakem kararının hukuki geçerliliğinin tâbi olduğu yabancı hukukun, o hukuk sisteminin usûl hukukunu da kapsadığı yönündeki kararları yer almaktaydı⁶¹⁸. Buna göre tahkim usûlüne uygulanan hukukun öngördüğü zaman zarfı içerisinde karara karşı iptal davası açılmaması hâlinde, o hukuk uyarınca artık o kararın hukuki geçerliliği ortadan kaldırılamayacağından, Almanya’da açılan tenfiz davasında da kararın tenfizine karşı konulmasına izin verilmemekteydi⁶¹⁹. Bu bağlamda o dönemki yargı kararlarında bu yaklaşım, kural olarak, yalnızca tahkim anlaşmasının geçersizliği açısından kabul edilmekte⁶²⁰ ve diğer tenfiz engelleri açısından reddedilmekteydi⁶²¹. Zira bu yaklaşımın temelinde, anılan madde hükmünün

⁶¹⁵ Hükmün İngilizce çevirisi için bkz. Kröll, **Arbitration in Germany**, s.446, dn.10.

⁶¹⁶ Kröll, **Arbitration in Germany**, s.461, dn.109; Solomon, **NYC in Germany**, s.343.

⁶¹⁷ Van den Berg, **Setting Aside**, s.270.

⁶¹⁸ Bkz. OLG Schleswig, 16 SchhH 05/99, 20.03.2000, <<http://disarb-db.org/decisions/EJfXwTyWRRaOza79kNxqQw>>. Ayrıca bkz. BGH, III ZB 100/09, 16.12.2010, <http://disarb-db.org/decisions/FBkJu_1NQoCrj9w_K3kaoQ>.

⁶¹⁹ Bkz. OLG Schleswig, 16 SchhH 05/99, 20.03.2000. Ayrıca bkz. BGH, III ZB 100/09, 16.12.2010.

⁶²⁰ Solomon, **NYC in Germany**, s.343. Ayrıca bkz. BGH, III ZB 100/09, 16.12.2010. Konuya ilişkin karar örnekleri için bkz. Solomon, **NYC in Germany**, s.343, dn.86.

⁶²¹ Kröll, **Präklusion**, s.433; Kröll, **Arbitration in Germany**, s.461. Karar örnekleri için bkz. Solomon, **NYC in Germany**, s.343, dn.88.

tahkim usûlüne uygulanan hukuka yaptığı referans yer almaktaydı⁶²². Yukarıda anılan ve Almanya’da yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini New York Konvansiyonu’na tâbi kılan 1998 değişiklikleri⁶²³ sonrasında ise bu uygulamanın devam ettirilip ettirilemeyeceğine ilişkin Alman doktrini ve mahkemeleri arasında görüş ayrılıkları yaşanmıştır⁶²⁴. Bu bağlamda bazı Alman mahkemeleri, New York Konvansiyonu’nda böyle bir uygulamaya yol açan herhangi bir düzenleme olmamasına dayanarak aynı uygulamanın Konvansiyon kapsamında devam ettirilemeyeceğine karar vermiştir⁶²⁵. Nitekim bu yaklaşımı desteklemek üzere aksi uygulamanın, tenfiz engellerinin ileri sürülüp sürülemediğine yabancı bir kanun koyucunun karar vermesi sonucunun doğmasına yol açacağı argümanının ileri sürüldüğü ifade edilmektedir⁶²⁶.

Buna karşın kimi Alman mahkemeleri ise çeşitli gerekçelerle tam aksi bir yaklaşım benimseyerek ve hatta belki de eski kanun dönemindeki uygulamayı da aşarak hakem kararına karşı tahkim yeri ülkesinde⁶²⁷ iptal davası açmamış tenfiz davalısının, Almanya’da görülen tenfiz yargılaması sırasında tenfiz engellerini ileri süremeyeceğini kabul etmiştir⁶²⁸. Örneğin 2006 yılında⁶²⁹, Cenevre’de verilmiş bir hakem kararının tenfiz talebini inceleyen Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Karlsruhe Oberlandesgericht*), tahkim yerinde süresi içinde iptal davası açmayan tenfiz davalısının Konvansiyon md.V(1)(b) hükmüne dayanan itirazlarını, iptal davası

⁶²² Solomon, **NYC in Germany**, s.343.

⁶²³ Kröll, **Präklusion 2002**, s.384. Nitekim, ZPO md.1061(1) hükmü uyarınca “*Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme’ye (...) tâbidir. (...)*”. Hükmün Almanca aslı şu şekildedir: “*Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche richtet sich nach dem Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (...)*.”

⁶²⁴ Kröll, **Präklusion**, s.430; Kröll, **Arbitration in Germany**, s.461; Solomon, **NYC in Germany**, s.344. Mesele ilişkin Alman hukukunda ileri sürülen farklı görüşler ve mahkeme kararlarının detaylı bir incelemesi için bkz. Steger, **Präklusion**, s.117 vd.

⁶²⁵ Kröll, **Präklusion**, s.430; Kröll, **Arbitration in Germany**, s.461; Solomon, **NYC in Germany**, s.344. Örneğin bkz. OLG Schleswig, 16 SchhH 05/99, 20.03.2000.

⁶²⁶ Kröll, **Arbitration in Germany**, s.461.

⁶²⁷ 1998 yılı değişiklikleri ile Alman hukukunda benimsenmiş usûl hukuku kriteri terkedilerek hakem kararının isnat ettiği hukuk sisteminin belirlenmesinde tahkim yeri kriteri kabul edilmiştir (bkz. Kröll, **Arbitration in Germany**, s.450).

⁶²⁸ Kröll, **Arbitration in Germany**, s.461. Bu yöndeki karar örnekleri için bkz. Solomon, **NYC in Germany**, s.344, dn.89.

⁶²⁹ OLG Karlsruhe, 9 Sch 1/06, 03.07.2006 <<http://disarb-db.org/decisions/CIQo92bKQOi5RO0ucCcZGg>>. Ki bu karar ve aynı dönemde aynı mahkemece verilmiş bir diğer karar (OLG Karlsruhe, 9 Sch 2/05, 27.3.2006 <<http://disarb-db.org/decisions/YxHkSO5hQl68N1ETioRK-Q>>), anılan 1998 değişiklikleri sonrasında aynı yaklaşımın New York Konvansiyonu açısından da uygulama alanı bulacağına ilişkin verilmiş ilk kararlardır (bkz. Kröll, **Präklusion**, s.430).

açmamış olması ve iptal davası açma süresinin geçmiş olması nedeniyle, reddetmiştir⁶³⁰. Mahkemeye göre, her ne kadar New York Konvansiyonu md.V hükmünde konuya ilişkin açık bir düzenleme olmasa da Konvansiyon, bu yönde yapılabilecek amaçsal bir yorumu engellememektedir. Almanya’da yerli hakem kararları açısından ZPO md.1060(2) hükmünde bu yönde açık bir düzenlemenin⁶³¹ yer aldığına dikkat çeken Mahkeme, anılan hükmün temelinde bulunan hukuki belirlilik ihtiyacının yabancı hakem kararları açısından da geçerli olduğunu vurgulayarak böyle bir yorumun gerekli olduğunu ifade etmiştir⁶³².

Bazı Alman mahkemelerinin ise, meseleyi çelişkili davranış yasağı kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Gerçekten de kimi mahkemeler, tahkim yeri ülkesinde hakem kararına karşı iptal davası açmayan ve dolayısıyla hakem kararının o ülkede icra edilebilirliğini kabul eden tenfiz davalısının, kararın Almanya’da icrası için açılan tenfiz davasında tenfiz engellerini ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğuna karar vermiştir⁶³³. Örneğin Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi’nin (*Hamm Oberlandesgericht*) 2005 yılında verdiği bir kararına⁶³⁴ konu tenfiz davasında davacı İran Şehir Planlama Bakanlığı, Alman bir şirketle aralarındaki uyuşmazlığa ilişkin lehine hüküm tesis eden ve Cenevre’de verilmiş hakem kararının Almanya’da tenfizini talep etmiş; davalı Alman Şirket ise şu itirazları ileri sürerek tenfiz talebine karşı koymak istemiştir: (1) Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunmamaktadır, zira tahkim anlaşmasının çelişkili lafzı⁶³⁵ nedeniyle anlaşmayı imzalayan şirket temsilcisi bunun bir yetki sözleşmesi olduğunu düşünmüştür; (2) tahkim yargılaması sırasında, tahkim anlaşmasının geçersizliğine

⁶³⁰ Kröll, **Präklusion**, s.430; Van den Berg, **Setting Aside**, s.270.

⁶³¹ Belirtilmelidir ki Almanya’da, tıpkı Model Kanun’da olduğu gibi, yerli hakem kararlarının icra edilebilmesi için de ayrı bir *tenfiz* prosedürü öngörülmüştür (bkz. Kröll, **Arbitration in Germany**, s.431 vd.). Ancak Model Kanun’dan farklı olarak ZPO md.1060(2) hükmü uyarınca, üç aylık iptal davası açma süresi içinde hakem kararının iptalini talep etmeyen davalı, hakem kararının icrası için açılan davada, kamu düzeni engeli dışında kararın iptaline sebebiyet verebilecek hususları artık bir tenfiz engeli olarak ileri süremeyecektir (bkz. Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.205).

⁶³² Kröll, **Präklusion**, s.430. Mahkeme’nin yaklaşımının detaylı bir incelemesi ve eleştirisi için bkz. Kröll, **Präklusion**, s.432 vd.

⁶³³ Solomon, **NYC in Germany**, s.344; Borris/Hennecke, **Article V**, s.272. Örneğin bkz. OLG Hamm, 29 Sch 1/05, 27.09.2005, < <http://disarb-db.org/decisions/VNGYqcX1QJCIJD4EAsLmyQ>>.

⁶³⁴ OLG Hamm, OLG Hamm, 27.09.2005, 29 Sch 1/05.

⁶³⁵ İlgili anlaşmanın İngilizce aslı şu şekildedir: “All disputes arising in connection with this Letter of Commitment shall be settled in accordance with the laws of conciliation and arbitration of the Geneva Chamber of Commerce. In case of non-settlement, the dispute will be submitted for a final decision to the arbitrators of the Geneva Court of Justice. The rules of conciliation and arbitration of the said court will be binding for both parties.” (bkz. OLG Hamm, 27.09.2005, 29 Sch 1/05).

ilişkin dinletilmek istenen tanık dinlenmemiş olduğundan ve her hâlükârda, uyuşmazlığa konu sözleşmenin temel amacı rüşvet sağlamak olduğundan kararın tenfizi kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Tenfiz davalısının bu itirazlarını inceleyen Mahkeme, yetki itirazına ilişkin hakem heyetince verilen ara karara (*interim award/Zwischenschiedsspruch*) karşı iMÖHK md.190(3) uyarınca iptal davası açabilecekken davalının bu davayı açmayıp tahkim yargılamasına devam etmesi karşısında tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini bir tenfiz engeli olarak ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğuna kanaat getirmiş ve bu iddianın dinlenemeyeceğine hükmetmiştir. Zira mahkemeye göre ara kararın verilmesinden sonra tenfiz davalısı bu karara karşı tahkim yeri hukukunun tanıdığı başvuru imkânlarını kullanmamış ve herhangi bir itirazda bulunmadan tahkim yargılamasına katılmaya devam etmiştir. Mahkemeye göre, tenfiz davalısının itirazda bulunması hâlinde tahkim yargılamasının karşı tarafı, bu meselenin ileride açılacak bir tenfiz davasında tekrar gündeme gelebileceğini anlayabilecek ve belki de bu itiraz sonrasında tahkim yargılamasına devam etmek yerine doğrudan devlet mahkemelerine başvurmayarak karar verebilecekti. Bu bağlamda tenfiz davalısının, herhangi bir itirazda bulunmayarak bu imkânı karşı tarafın elinden aldıktan sonra tenfiz yargılaması sırasında bu hususu tekrar ileri sürmesi çelişkili davranış yasağına aykırılık olarak yorumlanmıştır. Karar açısından ayrıca incelenmesi gereken mesele tenfiz davalısının, eski kanun dönemindeki uygulamanın yeni kanun döneminde devam etmeyeceğine ilişkin itirazıdır. Bu itirazı değerlendiren Mahkeme, buradaki meselenin yalnızca iptal davası imkânının kullanılıp kullanılmaması ile ilgili olmadığını ifade ederek, tenfiz davalısının özellikle hakem heyetinin ara kararı sonrasında herhangi bir itirazda bulunmayarak yargılamaya katılmış olmasına dikkat çekmiş ve değerlendirmenin dürüstlük kuralı çerçevesinde yapıldığını vurgulamıştır. Başka bir ifadeyle, mahkemenin bu yöndeki kararının temelinde yalnızca iptal davası açılmamış olması olgusu değil, daha ziyade, hakem heyetinin ara kararından sonra davalının herhangi bir itirazda bulunmadan tahkim yargılamasına devam etmiş olması yer almaktadır. Tenfiz davalısının kamu düzenine aykırılığa ilişkin itirazları ise hakkın kötüye kullanımı açısından bir inceleme yapılmadan bu itirazların esası değerlendirilmiş, ancak dayanaktan yoksun bulunarak reddedilmiştir. Karar açısından dikkat çeken son bir husus ise, her ne kadar tahkim anlaşmasının geçersizliği engelini ileri sürülemeyeceğine karar verilmiş olsa da, anlaşmanın geçerli bir şekilde kurulup

kurulmadığı da ayrıca incelenerek taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunduğunun da vurgulanmış olmasıdır.

Benzer bir yaklaşım, Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (*Kammergericht Berlin*) 2006 yılında verdiği bir kararında da görülmektedir⁶³⁶. Tenfiz davasına konu hakem kararında davacı İsveç'te kurulmuş Svenska Şirketi, Litvanya Devleti ve önceleri Litvanya Devleti'ne ait olan Geonafta Şirketi'ne karşı aralarındaki sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat talebinde bulunmuş ve talepleri hakem heyetince kabul edilmiştir. Tenfiz talebine karşı koyan davalılardan Litvanya Devleti, diğer itirazlarının yanında, tahkim anlaşmasının tarafı bulunmadığını ve hakem heyetinin yetki aşımında bulunduğunu ileri sürmüştür. Davalı Litvanya Devleti tahkim yargılaması sırasında yetki itirazında bulunmuş olsa da, hakem kararı verildikten sonra karara karşı tahkim yeri olan Danimarka'da iptal davası açmayacağını beyan etmiştir. Tenfiz davası sırasında davacı, Danimarka'da hakem kararına karşı iptal davası açılmadığından davalının tahkim anlaşmasının geçersizliği engeline tenfiz aşamasında dayanamayacağını ileri sürmüştür. Tarafların iddialarını değerlendiren Mahkeme ise, tahkim yeri mahkemelerinde karara karşı iptal davası açılmamış olması ve de özellikle Litvanya Hükümetince karara karşı iptal davası açılmayacağını beyan edilmiş olması⁶³⁷ göz önüne alındığında kararın icra edilebilirliğine Danimarka'da karşı koymayan tenfiz davalısının, kararın Almanya'da icrasına karşı koymasının çelişkili davranış yasağına aykırı olduğuna kanaat getirerek davalının ileri sürdüğü tenfiz engellerinin esasının incelenmesine gerek bulunmadığına hükmetmiş ve tenfiz talebini kabul etmiştir.

⁶³⁶ KG Berlin, 20 Sch 07/04, 10.08.2006, <http://disarb-db.org/decisions/YdH_ujeoRf6iUUx2g7EWWw>.

⁶³⁷ Bahsedilen yazılı beyanın metnine, kararın İngiltere'de tenfizi için açılmış davayı gören İngiliz Mahkemesi'nin kararı üzerinden erişilebilmektedir. Buna göre bahsi geçen beyanda Litvanya Hükümeti, "(...) karara karşı iptal davası açmak makûl değildir (...)" şeklinde bir ifadede bulunmaktadır. İlgili kısmın İngilizcesi şu şekildedir: "It is not expedient to apply to a court for annulment of the award of the Arbitration Tribunal of the International Chamber of Commerce in the case considered in Copenhagen on 30 October 2003." (bkz. High Court of Justice of England and Wales, [2005] EWHC 2437, 04.11.2005, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7449.pdf>>, N.5). Ancak vurgulanmalıdır ki Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi kararında, Danimarka hukukunda iptal davası açmaktan feragat edilmesine imkân tanınıp tanınmadığı incelenmemiştir. İptal davası açma hakkından feragat ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşağıda "b) İptal Davası Açma Hakkından Feragat Edilmiş Olması" başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

Görüldüğü üzere Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi, Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nden farklı olarak değerlendirmesinde hakem kararına karşı iptal davası açılmamış olması ile bu davanın açılmayacağına ilişkin beyanda bulunulmuş olmasını temel almış ve bir kere bu engellerin ileri sürülemeyeceğine karar verdikten sonra tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını ayrıca incelememiştir. Ancak, Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararını temyizen inceleyen Almanya Federal Mahkemesi alt derece mahkemesinin vardığı sonuca katılmamış ve tahkim yerinde iptal davası açmamış tenfiz davalısının da tenfiz engellerini ileri sürebileceğini ifade etmiştir⁶³⁸. Öncelikle, her çelişkili davranışın dürüstlük kuralının bir ihlali olarak yorumlanamayacağını vurgulayan Federal Mahkeme, Alman hukuku uyarınca bir çelişkili davranışın hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesi için bu davranışın karşı tarafta uyandırılan güvene aykırılık teşkil etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Federal Mahkemeye göre her şeyden evvel, Danimarka'da açılacak iptal davası ile Almanya'da açılan tenfiz davasının konularının birbirinden farklı olduğundan ortada çelişkili bir davranışın varlığı dahi şüphelidir. Tahkim yerinde iptal davası açmayan ve böylelikle kendisini New York Konvansiyonu md.V(1)(e)'de düzenlenen tenfiz engelini ileri sürebilmekten mahrum eden tarafın salt bu davranışı, çelişkili bir davranış olarak yorumlanamayacaktır. Aksine, hakem kararının kaybeden tarafının bu yönde davranmakta meşru menfaatleri de bulunmaktadır. Örneğin, tahkim yeri ülkesinde herhangi bir malvarlığı bulunmayan tarafı hakem kararına karşı o ülkede iptal davası açmaya ve böylelikle masraflı bir süreci başlatmaya zorlamanın makûl bir açıklaması bulunmamaktadır. Kaldı ki, ilgili taraf kararın iptalinin başka bir ülkede tenfizini engelleyeceğinden kesin olarak emin olamayacaktır⁶³⁹. Ayrıca somut olayda, davalının iptal davası açmamış olması, davacı nezdinde ileride tenfize direnilmeyeceğine ilişkin bir güven de uyandırmamıştır. Davalının hakem kararına karşı iptal davası açılmayacağı şeklindeki beyanı ise kararın en azından Danimarka'da icra edilebilirliğinin kabul edildiği şeklinde yorumlanabilse dahi, başka devletlerde açılacak tenfiz davalarına da itiraz edilmeyeceğinin istendiğini göstermemektedir. Bu gerekçelerle Federal Mahkeme, alt derece mahkemesinin kararını bozmuş ve dosyayı,

⁶³⁸ BGH, III ZB 97/06, 17.04.2008, <http://disarb-db.org/decisions/G53UHj_xTWe2yH5Ydg28bg>. Anılan karar, Alman doktrinde övgüyle karşılanmakta ve kararın, en azından Alman hukuku açısından, meseleye ilişkin temel prensipleri ortaya koyduğu ifade edilmektedir (bkz. Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.198).

⁶³⁹ Zira, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, karşılaştırmalı hukukta kimi devlet mahkemelerinin iptal edilmiş hakem kararlarının da tenfizine karar verebildiği görülmektedir (bkz. yukarıda s.47, dn.182).

ileri sürülen tenfiz engellerinin esasının incelenmesi üzere mahkemeye geri göndermiştir.

Almanya Federal Mahkemesi'nin 16 Aralık 2010 tarihli kararında⁶⁴⁰ da aynı yaklaşımın teyit edildiği görülmektedir. İlgili kararda tenfizi talep edilen hakem kararına konu uyumsuzluk, Fransız bir satıcı ile Alman bir alıcı arasında kayısı satımını konu edinen bir sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Sözleşme bedelinin zamanında ödenmemesi üzerine Fransız satıcı, Alman alıcıya karşı Paris'te bir tahkim yargılaması başlatmış ve hakem heyetince alıcı, bedeli ödemeye mahkûm edilmiştir. Kararın Almanya'da tenfizi için açılan davada ise davalı, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığını iddia ederek tenfize itiraz etmiştir. Her ne kadar davalı bu itirazını tahkim yargılaması boyunca sürekli olarak dile getirmiş olsa da davacı, Fransa'da karara karşı süresi içinde bir iptal davası açılmamış olduğundan davalının bu savunmayı yapamayacağını ileri sürmüştür. İlk olarak, 1998 yılı değişiklikleri öncesinde mülga ZPO md.1044(2)(1) bent hükmüne dayanan uygulamanın, New York Konvansiyonu'nda bu yönde herhangi bir hüküm bulunmadığı ve ZPO md.1060(2) hükmünün yalnızca Almanya'da yerli hakem kararları açısından uygulama alanı bulduğu göz önüne alındığında Konvansiyon kapsamında artık uygulanabilir olmadığını açıkça ifade eden Mahkeme, meseleyi çelişkili davranış yasağı kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, tıpkı yukarıda anılan 2008 tarihli kararında olduğu gibi, karara karşı iptal davası açılmamış olmasına rağmen tenfiz talebine karşı konulmasının çelişkili bir davranış olarak yorumlanamayacağı gibi bu davranışın tek başına tenfiz davacısı nezdinde kararın tenfizine karşı konulmayacağına ilişkin bir güven oluşturmaya yeterli olmadığını vurgulamış ve tenfiz davalısının tahkim anlaşmasının geçersizliği engelini tenfiz davası aşamasında ileri sürmesinin engellenemeyeceğini ifade etmiştir. Belirtilmelidir ki Almanya Federal Mahkemesi'nin anılan kararının önemi yüksektir. Zira Alman doktrininde ilgili kararın, Alman hukukundaki bu hararetli tartışmaya son verdiği ifade edilmektedir⁶⁴¹. Dolayısıyla Alman Federal Mahkemesi'nin bu kararı sonrasında, Almanya'da açılan bir tenfiz davasında davalının tenfize direnme hakkını kullanabilmesi için ilgili karara karşı tahkim yerinde iptal davası açması gerekliliğinden, kural olarak, söz edilemeyecektir.

⁶⁴⁰ BGH, III ZB 100/09, 16.12.2010, <http://disarb-db.org/decisions/FBkJu_1NQoCrj9w_K3kaoQ>.

⁶⁴¹ Solomon, **NYC in Germany**, s.344.

ii) Değerlendirme

Bir önceki başlıkta incelendiği üzere mesele Alman hukukunda uzunca yıllar tartışılmış ve farklı mahkemelerin farklı sonuçlara vardığı görülmüştür. Bu noktada çalışmamız açısından önem arz eden husus ise meselenin Türk hukuku açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiğinin ortaya konmasıdır. Başka bir deyişle, hakem kararına karşı süresi içinde iptal davası açmayan tarafın daha sonra Türkiye’de açılan tenfiz davası sırasında tenfiz engellerini ileri sürmesi, çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edecek midir?

Bu sorunun cevaplandırılması için tespit edilmesi gereken ilk husus, öncelikle ortada çelişkili bir davranışın olup olmadığıdır. Usûlî açıdan incelendiğinde, iptal davası ve tenfiz davası birbirinden tamamen farklı iki davadır. Zira bu iki davanın kaynaklarının birbirinden farklı olması bir yana, talep sonuçları da birbirinin tamamen zıttıdır⁶⁴². Gerçekten de hakem kararlarının iki denetim yolundan biri olan tanıma tenfiz davası ile iptal davası sırasında milli mahkemelerin yapacakları inceleme büyük ölçüde birbiriyle örtüşüyor olsa da, bu iki dava işlevsel olarak birbirinden tümüyle farklıdır⁶⁴³. Şöyle ki, iptal davası, hakem kararının hukuk aleminden kaldırılması amacıyla açılan bir dava iken⁶⁴⁴ tenfiz davası, bunun tam aksine ilgili hakem kararının kesin hüküm ve icra kabiliyetinin, kararın verildiği ülkeden farklı bir ülkede de geçerli olması ve hatta o devletin icra organlarınca zorla yerine getirilmesini sağlama amacıyla açılır⁶⁴⁵. Ayrıca vurgulanmalıdır ki, iptal davası açmak da tahkim yargılamasının kaybedenine tanınmış bir haktır ve ilgili taraf, çeşitli saiklerle iptal davası açma hakkından faydalanmak istemeyebilecektir. Şöyle ki, bazı devlet mahkemeleri iptal davalarında son derece katı bir tutum sergileyerek önlerine gelen iptal taleplerinin çok büyük bir çoğunluğunu reddetmektedir. Örneğin, özellikle Fransa ve İsviçre mahkemeleri huzurunda açılan iptal davalarının büyük bir çoğunluğunun

⁶⁴² Kröll, **Treu und Glauben**, s.148. Aynı yönde bkz. Liebscher, **Remarks**, s.6.

⁶⁴³ Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.51.

⁶⁴⁴ Liebscher, **Remarks**, s.8; Blackaby/Partasides/Redfern, **Redfern and Hunter**, N.10.06.

⁶⁴⁵ Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.51; Liebscher, **Remarks**, s.8; Blackaby/Partasides/Redfern, **Redfern and Hunter**, N. 11.17.

reddedildiği bilinmektedir⁶⁴⁶. Bir iptal davası açmanın ilgili taraf açısından ciddi bir masrafa sebebiyet verdiği dikkate alındığında, davayı kaybeden tarafın böyle bir masraftan kaçınmak istemesi de son derece meşru bir gerekçedir. Özellikle tahkim yeri ülkesinde herhangi bir malvarlığı bulunmayan tarafın, tahkim yerinde kararın icra edilebilirliğini engellemek üzere böyle bir masrafa girmesi de kendisinden beklenemeyecektir⁶⁴⁷. Kaldı ki, her ne kadar doktrinde, tenfiz hâkimi ile iptal hâkiminin hakem kararını kural olarak aynı kıstaslara göre değerlendirecek olmasından hareketle prensip olarak aynı karara varmaları gerektiği ifade edilse de⁶⁴⁸, benzer hükümler bir yana aynı olayı aynı hükümlere göre inceleyen aynı devletin mahkemelerinin dahi farklı sonuçlara varabildiği göz önüne alındığında kanaatimizce bu ifadeye temkinli yaklaşılması gerekir. Zira, her ne kadar lafzen büyük bir ayniyet olsa da, farklı mahkemeler bu hükümleri farklı şekilde yorumlayabilecektir⁶⁴⁹. Nitekim uygulamada, aynı hakem kararını aynı olguya dayanan itiraz kapsamında inceleyen iptal hâkimi ile tenfiz hâkiminin kimi zaman aynı hukuku⁶⁵⁰ uygulamalarına rağmen farklı sonuçlara varabildiği de görülmektedir. Bu kapsamda en çarpıcı örneklerden biri, Fransa’da verilmiş bir hakem kararının iptali talebinin Fransız mahkemelerince⁶⁵¹; tenfiz talebinin ise İngiliz mahkemelerince reddedildiği⁶⁵² *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* davasına konu hakem kararıdır. Anılan olayda, tahkim yargılamasının

⁶⁴⁶ Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.57; Markus Burgstaller/Charles B. Rosenberg, “Challenging International Arbitral Awards: To ICSID or not to ICSID?”, **Arbitration International**, S.1, 2011, s.92.

⁶⁴⁷ Aynı yönde bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.273. Yine, özellikle tahkim yeri hukukunun hakem kararına karşı etkin bir başvuru imkânı sağlamıyor olması hâli açısından da aynı yönde bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.273.

⁶⁴⁸ Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.54.

⁶⁴⁹ Aynı yönde bkz. Kröll, **Präklusion**, s.433; Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.216. Ayrıca bkz. Bayata Canyaş, **UNCITRAL**, s.18.

⁶⁵⁰ Kaldı ki, New York Konvansiyonu md.V hükmü ile Model Kanun md.34 hükmünde tenfiz engelleri ve iptal sebeplerinin kural olarak aynı kanunlar ihtilafı kurallarıyla düzenlenmesine rağmen farklı devlet mahkemeleri bu kuralları farklı şekillerde yorumlayabilmektedir. Bunun en net yansıması, uzunca yıllar boyunca milletlerarası tahkim hukukunu meşgul eden tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk(lar) tartışmasıdır. Gerçekten de farklı devlet mahkemeleri, New York Konvansiyonu md.V(1)(a) hükmünde ifadesini bulan kanunlar ihtilafı kuralına farklı anlamlar yüklemişlerdir (ayrıntılı bilgi için bkz. Renato Nazzini, “The Law Applicable To The Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles”, **International&Comparative Law Quarterly**, C.65, 2016, s.681 vd.). Dolayısıyla, düzenlemelerin birbiriyle ayniyeti veya benzerliği, aynı olgunun incelendiği her iki davada da her zaman aynı sonuca varılması gerektiği tespitinin yapılamayacağını göstermektedir.

⁶⁵¹ Cour d’Appel de Paris, Pôle 1 – Chambre 1, 09/28533, 17.02.2011 < <https://jusmundi.com/fr/document/decision/fr-dallah-real-estate-and-tourism-holding-company-v-the-ministry-of-religious-affairs-government-of-pakistan-arret-de-la-cour-dappel-de-paris-thursday-17th-february-2011>>.

⁶⁵² United Kingdom Supreme Court, *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] UKSC 46, 03.11.2010 < <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0165-judgment.pdf>>.

davalısı Pakistan Din İşleri Bakanlığı'nca Paris'te açılmış olan iptal davası henüz derdestken davacı Dallah'ın İngiltere'de açtığı tenfiz davası reddedildikten birkaç ay sonra Paris İstinaf Mahkemesi'nce kararın iptal talebi reddedilmiştir. Konumuz açısından incelemeye değer olan mesele ise, her iki mahkemenin de uyuşmazlığın temelinde yer alan tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiasını aynı hukuka göre incelemiş olmakla birlikte farklı sonuçlara varmış olmalarıdır. Bu bağlamda anılan kararda alt derece mahkemesince ifade edildiği gibi, tenfiz davalısı tahkim yeri devleti mahkemelerinin kendi aleyhine bir karar vermesinden çekindiği için de iptal davası açmaktan bilinçli olarak kaçınmış olabilecektir⁶⁵³. Dolayısıyla ilgili tarafın bir iptal davası açmaktansa, kendisine karşı malvarlığının bulunduğu ve belki de yerleşik bulunduğu ülkede açılacak tenfiz davasını bekleyerek o davada savunmalarını yapmayı tercih etmesi oldukça olağandır. Dolayısıyla, kanaatimizce, iki davanın amacı ve işlevi göz önüne alındığında salt böyle bir davranışın, çelişkili bir davranış olarak yorumlanması mümkün değildir.

Buna karşın, yalnızca olgusal olarak bakıldığında, her iki davada da ileri sürülebilecek itirazların örtüştüğü gerekçesiyle ortada çelişkili bir davranışın olduğu kabul edilse dâhi, yukarıda belirttiğimiz üzere hukuk sistemimiz, hukuk süjelerine çelişkili davranmama yönünde bir yükümlülük yüklememektedir. Çelişkili bir davranışın, hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilmesi için, bu davranışın karşı tarafta oluşturulan ve korunmaya değer haklı güvene aykırılık teşkil etmesi gerekir⁶⁵⁴. Dolayısıyla, tenfiz davalısının bu davranışı çelişkili bir davranış olarak nitelendirilse dahi bu davranışın karşı tarafta hareketlerini etkileyecek bir güven oluşturup oluşturmadığının tespiti gerekir. Bu bağlamda incelenmesi gereken husus, tenfiz davalısınca hakem kararına karşı iptal davası açılmamasının, hakem kararı lehine olan tarafın tenfiz davası açma kararını etkileyip etkilemediğinin tespitidir. Başka bir deyişle, hakem kararına karşı iptal davasının açılmasıyla bu kararın icrasına ilişkin

⁶⁵³ United Kingdom Court of Appeal, *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2009] EWCA 755, 20.07.2009, <https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-dallah-real-estate-and-tourism-holding-company-v-the-ministry-of-religious-affairs-government-of-pakistan-judgment-in-the-supreme-court-of-judicature-court-of-appeal-civil-division-on-appeal-from-the-high-court-of-justice-queens-bench-division-commercial-court-monday-20th-july-2009#decision_11111>, N.72.

⁶⁵⁴ Bkz. yukarıda “B) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Uygulanma Şartları ve Bir Görünüm Bıçımı Olarak Çelişkili Davranış Yasağı” başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

herhangi bir itirazda bulunulmayacağına ilişkin yaratılan bir güvenden ve de tenfiz davacısının bu güvene dayanarak tenfiz davasını açtığından bahsedilebilecek midir?

Doktrinde, bu davranışın başlı başına böyle bir güveni oluşturmaya kural olarak yeterli olmadığı ve aksi yorumun uygulamada tarafların menfaatlerinin hiçe sayılması anlamına geleceği ifade edilmektedir⁶⁵⁵. Zira bir önceki başlıkta incelediğimiz sorunsalın⁶⁵⁶ aksine, burada hakem kararı çoktan verilmiş olup karar lehine olan tarafın, sırf karara karşı iptal davası açıldı diye tenfiz davası açmaktan vazgeçecek olması pek olası değildir⁶⁵⁷. Başka bir deyişle, tenfiz davalısının hakem kararının sonucuna göre hareket etmek üzere stratejik davrandığından söz edilemeyecektir⁶⁵⁸. Gerçekten de, hakem kararının tenfizini denemektense sil baştan esasa ilişkin yeni bir davanın açılarak kolaylaştırılmış tenfiz prosedürü yerine uzun ve masraflı bir yola çıkılması ve de çelişkili bir kararın riskinin alınması pek beklenir değildir⁶⁵⁹. Nitekim Hamm Eyalet İstinaf Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararında da güven unsuru açısından yapılan değerlendirmede esas alınan davranışın, geçici hakem kararına karşı iptal davası açılmamasından ziyade hakem heyetinin bu kararı sonrasında tenfiz davalısının herhangi bir itirazda bulunmayarak tahkim yargılamasına devam etmesi olduğu görülmektedir⁶⁶⁰. Kanaatimizce de, tenfiz davalısınca hakem kararına karşı süresi içinde iptal davası açılmamış olmasının, başlı başına, uyuşmazlığın karşı tarafında ileride tenfiz davası sırasında da tenfiz talebine karşı direnilmeyeceğine ilişkin bir güven uyandıracağından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla hukukumuz açısından, tahkim yeri ülkesinde hakem kararına karşı sahip olduğu başvuru yollarını tüketmemiş olan tenfiz davalısının, tenfize direnme hakkını kullanmasının sırf bu nedenle çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil ettiğinden söz edilemeyecektir⁶⁶¹.

⁶⁵⁵ Kröll, **Treu und Glauben**, s.148.

⁶⁵⁶ Bkz. yukarıda “1) Tahkim Yargılaması Aşamaları” başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

⁶⁵⁷ Kröll, **Treu und Glauben**, s.148. Kaldı ki hakem kararının iptal edilmiş olması dahi her zaman aynı kararın tenfizi talebinin reddine yol açmamaktadır zira kimi devlet mahkemeleri, iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizine karar verebilmektedir (konuya ilişkin yukarıda bkz. s.47, dn.182).

⁶⁵⁸ Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.215.

⁶⁵⁹ Kröll, **Treu und Glauben**, s.148; Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.213.

⁶⁶⁰ OLG Hamm, 29 Sch 1/05, 27.09.2005. Ancak kanaatimizce karara konu olayda tenfiz davalısının bu davranışı da çelişkili davranış yasağına aykırılık olarak yorumlanamayacaktır (bkz. aşağıda s.166 vd'nda yer alan açıklamalarımız).

⁶⁶¹ Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.216.

Konuya ilişkin Türkiye’de verilmiş bir yargı kararına rastlanmamış olsa da, karşılaştırmalı hukukta diğer devlet mahkemelerinin kararları incelendiğinde, tenfiz davalısının tenfiz engellerine dayanabilmesi için tahkim yeri devletinde hakem kararına karşı iptal davası açmış olması şartının aranmadığı görülmektedir⁶⁶²⁶⁶³. Benzer şekilde karşılaştırmalı hukukta, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında tenfiz davalısının tahkim anlaşmasının geçersizliği engelini bir tenfiz engeli olarak ileri sürebilmesi için hakem heyetince verilen ara karara karşı iptal davası açılmış olması şartının aranmadığı ifade edilmektedir⁶⁶⁴. Kanaatimizce hukukumuz açısından da, tenfiz davalısının tenfize direnme hakkını kullanabilmesi için hakem kararına karşı

⁶⁶² Otto, **Verwirkung**, s.223; Borris/Hennecke, **Article V**, s.272. Her ne kadar Alman doktrininde, Alman mahkeme kararları dışında başka devlet mahkemelerince aksi yönde verilmiş kararlara rastlanmadığı ifade edilmekteyse de (bkz. Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.204) Malezya Federal Mahkemesi’nin 2009 yılında verdiği bir kararında, tahkim anlaşmasının geçersizliğini inceleyecek mahkemenin tahkim yeri mahkemeleri olduğundan bahisle hakem kararına karşı iptal davası açmayan tenfiz davalısının, tahkim anlaşmasının geçersizliğini tenfiz davası sırasında ileri süremeyeceğine hükmedildiği görülmektedir (bkz. Malezya Federal Mahkemesi, No.02(f)-37-2008(W), 03.11.2009, **ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 2010**, C.XXXV, 2010, s.420-422). Keza bir Hollanda mahkemesinin 2000 yılında verdiği bir kararında da, tahkim yargılaması sırasında hakem heyetinin yetkisine itiraz eden tarafın hakem kararına karşı tahkim yeri mahkemelerinde iptal davası açmamış olması nedeniyle, tenfiz davası sırasında tahkim anlaşmasının geçersizliği engelini ileri süremeyeceğine karar veren mahkeme, tahkim yeri olan İngiliz Tahkim Kanunu’nun, hakem heyetinin yetkili olduğuna ilişkin kararına karşı başvuru yollarını kullanmayan tarafın daha sonra bu hususu ileri süremeyeceğini düzenleyen md.73 hükmüne dayanmıştır (bkz. , bkz. Netherlands No. 26, *Société d’Etudes et de Commerce SA v. Weyl Beef Products BV*, Arrondissementsrechtbank, Almelo, 19.07.2000, **ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 2001**, C.XXVI, 2001, s.828-831). En azından tahkim anlaşmasının geçersizliği engelini ileri sürülebilmesi için iptal davasının açılması gerekliliğini arayan bu kararın, Hollanda doktrininde de eleştirildiği ifade edilmektedir (bkz. King/Schluep, **Application in the Netherlands**, s.763). Bu bağlamda, tahkim yeri hukukunun bu ve buna benzer hükümlerinin tenfiz davasında etkisine ilişkin açıklamalarımız için bkz. yukarıda “B) Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkını Sınırlandırma İddiasında Bulunan Düzenlemeler” başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

⁶⁶³ Örneğin bkz. High Court of the Supreme Court of Hong Kong, *Paklito Investment v. Klockner East Asia*, HCMP 2219/1991, 15.01.1993, bkz.<<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-paklito-investment-limited-v-klockner-east-asia-limited-judgment-of-the-high-court-of-the-supreme-court-of-hong-kong-hcmp-2219-1991-friday-15th-january-1993>>; United Kingdom Supreme Court, *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] UKSC 46, 03.11.2010; Singapore Court of Appeal, *PT First Media TBK (formerly known as PT Broadband Multimedia TBK) v Astro Nusantara International BV*, [2014] 1 SLR 372, 31.10.2013 <https://www.uncitral.org/docs/clout/SGP/SGP_311013_FT_1.pdf>; (Avusturya) Oberster Gerichtshof, 3Ob221/04b, 26.01.2005, bkz. **ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 2005** (ed. Albert Jan Van den Berg), C.XXX, 2005, s.421-436; İsvFM, 4A 124/2010, 04.10.2010, bkz. **ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 2011** (ed. Albert Jan Van den Berg), C.XXXVI, 2011, s.340-342.

⁶⁶⁴ Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.202. Örneğin bkz. English Court of Appeal, *Svenska Petroleum Exploration AB v. Government of Lithuania and AB Geonafta*, 2006 EWCA Civ 1529, 13.11.2006, No.104<https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/svenska_petroleum_exploration_ab_v_lithuania_and_ab_geonafta_2006_ewca_civ_1529.pdf>; United Kingdom Supreme Court, *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] UKSC 46, 03.11.2010, N.98.

tahkim yeri mahkemelerinde iptal davası açması gerektiği gibi bir zorunluluktan⁶⁶⁵ veya iptal davası açmamış olan tenfiz davalısının salt bu nedenle tenfize direnme hakkını kötüye kullanmış olacağından⁶⁶⁶ söz edilemeyecektir⁶⁶⁷. Nitekim bu yaklaşım, bizzat Konvansiyon ve Konvansiyon temel alınarak hazırlanan MÖHUK sistematığıyla de uyum içerisindedir. Zira Konvansiyon'un temelinde yer alan ilkelerden biri, hakem kararına karşı hem tahkim yeri mahkemeleri hem de tenfiz devleti mahkemeleri nezdinde hukuki koruma talep edilebilmesi anlamına gelen ikili koruma (*dual protection*) sistemidir⁶⁶⁸. Hakem kararının iptal edilmiş olmasını ayrı bir tenfiz engeli olarak düzenleyen Konvansiyon md.V(1)(e) (ve MÖHUK md.62(1)(h)) hükmü de, Konvansiyon hazırlanırken de iki davanın birbirinden bağımsız olarak düşünüldüğünü teyit eder niteliktedir⁶⁶⁹. Bu bağlamda, hakem kararına karşı iptal davası açmak ve bu şekilde bir tenfiz engelini daha ileri sürebilir hâle gelmek, potansiyel tenfiz davalısına tanınmış bir hak niteliğinde olup ilgili taraf bu hakkını kullanmaya zorlanamayacaktır⁶⁷⁰. Başka bir ifadeyle hakem kararı aleyhine tesis edilen taraf, hakem kararına karşı iptal davası açabileceği gibi bu davayı açmayıp

⁶⁶⁵ Bu bağlamda, İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında da geçen şu ifadeler çıkarımımızı doğrular niteliktedir: “(...) *New York Konvansiyonu md.VI (...) hükmü, tenfize direnmek isteyen tarafın, tahkim yerinde hakem kararının iptalini talep etmesi yönünde bir yükümlülüğü olduğuna dair herhangi bir ibare içermemektedir (...)*”, bkz. United Kingdom Supreme Court, *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] UKSC 46, 03.11.2010, N.28. Yazarca Türkçeye çevrilen ilgili kısmın aslı şu şekildedir: “*Nor do Article VI and s.103(5) contain any suggestion that a person resisting recognition or enforcement in one country has any obligation to seek to set aside the award in the other country where it was made.*”.

⁶⁶⁶ Böyle bir davranışın çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturmayacağı yönünde bkz. Borris/Hennecke, **Article V**, s.273.

⁶⁶⁷ Nitekim, Uluslararası Hukuk Derneği'nin Uluslararası Tahkim Komisyonu'nun (*International Law Association Committee on International Commercial Arbitration*) kamu düzenini tenfiz engelinin uygulanmasına ilişkin hazırladığı raporunda da, bazı mahkemelerin tenfiz davalısının tenfize direnme hakkını kullanabilmesi için hakem kararına karşı tahkim yerinde var olan başvuru yollarını tüketmesi gerektiği yönünde kararları olsa da karşılaştırmalı hukukta genel kabulün bu yönde olmadığı belirtilmiş ve böyle bir uygulama yönünde de tavsiyede bulunulmadığı ifade edilmiştir (bkz. Mayer/Sheppard, **ILA Report**, s.260).

⁶⁶⁸ Kröll, **Präklusion**, s.434.

⁶⁶⁹ Kröll, **Präklusion**, s.434.

⁶⁷⁰ Borris/Hennecke, **Article V**, s.272. Özellikle Konvansiyon md.V(2) hükmünde ifadesini bulan kamu düzeni ve tahkime elverişlilik tenfiz engelleri açısından aynı yönde bkz. Otto/Elwan, **Article V(2)**, s.409; Konvansiyon md.V(1)(d) açısından aynı yönde bkz. Micha Bühler/ Michael Cartier, “Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 194 [Foreign arbitral awards]”, **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide (Second Edition)** (ed. Manuel Arroyo), Kluwer Law International, 2018, s. 421. Ayrıca bkz. Meier, **BK IPRG**, s.989.

kendisine karşı ileri sürülen tenfiz talebine karşı koymayı tercih edebilecektir⁶⁷¹. Nitekim VAN DEN BERG'e göre de, Konvansiyon'da, tenfize direnme hakkının kullanılabilmesini iptal davasının açılmış olması şartına bağlayan herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi Konvansiyon hükümleri bu şekilde de yorumlanamayacaktır⁶⁷².

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken son bir husus ise, tahkim yargılaması sırasında ileri sürülen yetki itirazının hakem heyetince bir ara kararla reddedilmesi sonrasında bu karara karşı başvuru yollarını tüketmeyen tarafın, tahkim yargılamasına herhangi bir itirazda bulunmadan devam etmesi sonrasında hakem heyetinin yetkisizliğini bir tenfiz engeli olarak ileri sürmesinin çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edip etmeyeceğidir. Fark edileceği üzere, yukarıdaki değerlendirmemizden farklı olarak burada dikkat çekilen husus, tenfiz davalısının bu ara karara karşı iptal davası açmamış olmasından ziyade bu karar sonrasında herhangi bir itirazda bulunmadan tahkim yargılamasına devam etmiş olmasıdır. Nitekim, yukarıda incelediğimiz Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararında⁶⁷³ da Mahkeme çelişkili davranış yasağına aykırılığı değerlendirirken, tenfiz davalısının ara karara karşı iptal davası açmamış olmasından ziyade bu karar sonrasında herhangi bir

⁶⁷¹ Nitekim bu husus, Hong Kong Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında şu şekilde vurgulanmıştır: “(...) *New York Konvansiyonu'nda, davalının tenfiz talebine karşı koyabilmesi için kararın verildiği ülkede iptalini talep etmiş olmasını gerektiren herhangi bir hüküm bulunmamaktadır (...) Aleyhine hakem kararı verilen tarafın iki seçeneği olduğunu açıklar. Öncelikle ilgili taraf hakem kararının verildiği ülkenin mahkemelerine başvurarak kararın iptalini talep edebilir. Eğer karar iptal edilirse Konvansiyon uyarınca bu durum başlı başına bir tenfiz engeli teşkil edecektir. İkinci olarak, ilgili taraf, kararın iptali için herhangi bir adım atmadan kendisine karşı tenfiz talebi ileri sürülmesini bekleyip tenfiz talebine karşı koyabilir.*” (bkz. High Court of the Supreme Court of Hong Kong, HCMP 2219/1991, 15.01.1993, N.73, 74 ve 75). Yazarca Türkçeye çevrilen ilgili kısmın aslı şu şekildedir: “(...) *There is nothing in s.44 nor in the New York Convention which specifies that a Defendant is obliged to apply to set aside an award in the country where it was made as a condition of opposing enforcement elsewhere. In my judgment the Defendants were entitled to take this stance. It is clear to me that a party faced with a Convention award against him has two options. Firstly, he can apply to the courts of the country where the award was made to seek the setting aside of the award. If the award is set aside then this becomes a ground in itself for opposing enforcement under the Convention. Secondly, the unsuccessful party can decide to take no steps to set aside the award but wait until enforcement is sought and attempt to establish a Convention ground of opposition. (...)*”. Özellikle kamu düzeni tenfiz engeli açısından aynı yönde bkz. Hong Kong Court of Final Appeal, FACV No.10 1998, 09.02.1999, <<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-heibei-import-export-corp-v-polytek-engineering-co-ltd-judgment-of-the-final-appeal-court-of-the-hong-kong-special-administrative-region-tuesday-9th-february-1999>>, N.86.

⁶⁷² Van den Berg, **Setting Aside**, s.270. Böyle bir şartı öngören bir düzenlemenin tenfiz devleti iç hukukunda yer alması durumunda New York Konvansiyonu md.VII uyarınca uygulama alanı bulabileceğini ifade eden yazar, bu durumda tanıma ve tenfizin Konvansiyon'a göre değil, tenfiz devleti iç hukukuna göre gerçekleşeceğini ve iç hukukun Konvansiyonla birlikte değil onun yerine uygulanacağını vurgulamaktadır (Van den Berg, **Setting Aside** s.270).

⁶⁷³ KG Berlin, 20 Sch 07/04, 10.08.2006.

itirazda bulunmadan yargılamaya katılmaya devam etmiş olmasına dayanmıştır. Peki gerçekten de, tahkim yargılamasının başında hakem heyetinin yetkisine zaten itiraz etmiş olan tarafın, hakem kararının yetkiye ilişkin kararından sonra da bu itirazını yinelemeye devam etmesi beklenebilecek midir? Başka bir deyişle, bu itirazını yinelemeden yargılamaya devam eden tarafın tenfiz davası sırasında hakem heyetinin yetkisizliğini bir tenfiz engeli olarak ileri sürmesi çelişkili bir davranış olarak yorumlanabilecek midir? Daha da önemlisi, tenfiz davalısının yetkiye ilişkin karar sonrasındaki bu davranışının, karşı tarafta korunmaya değer bir güven yarattığından söz edilebilecek midir?

Doktrinde bir görüş, bu halde de tenfiz davalısının çelişkili bir davranış içinde olduğunu ve bu davranışın, kural olarak, uyuşmazlığın karşı tarafında korunmaya değer bir güvenin oluşmasına sebebiyet verdiğini ifade etmektedir⁶⁷⁴. Şöyle ki, KRÖLL/MARENKOV'a göre, hakem heyetinin yetkiye ilişkin kararına karşı başvuru yollarını kullanmayarak tahkim yargılamasına katılmaya devam eden tenfiz davalısının bu davranışı, hakem kararının sonucuna göre pozisyon almayı amaçlayan stratejik bir taktik olarak yorumlanabilecek ve bir çelişkili davranış teşkil edecektir. Ayrıca, ilgili tarafın bu davranışı uyuşmazlığın karşı tarafında, yetkiye ilişkin meselenin çözümlendiği ve artık bu hususun bir itiraza konu edilmeyeceği yönünde bir güven oluşturacak ve belki de ilgili taraf, bu güvene dayanarak, devlet mahkemeleri önünde bir dava açmak yerine tahkim yargılamasına devam edecektir⁶⁷⁵.

Kanaatimizce bu yorum tarzı telafisi güç bir çelişkiyi ihtiva etmektedir. Şöyle ki, bir önceki başlıkta da incelediğimiz üzere, tahkim yargılaması sırasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ve dolayısıyla hakem heyetinin yetkisizliğini hiç ileri sürmeyen tarafın tenfiz davası sırasında bu itirazını ileri sürmesinin çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil etmesinin temelinde ilgili tarafın, bu hareketsizliğiyle adeta hakem heyetinin yetkisini kabul etmiş, başka bir deyişle, o hakem heyetinin yapacağı yargılamayla kendisini bağlı hissettiğini adeta beyan etmiş olması ve karşı tarafın, kendisinde uyandırılan bu güvenle, farklı seçenekleri değerlendirmek yerine tahkim yargılamasına devam etmiş olması yer almaktadır. Oysaki burada değerlendirdiğimiz

⁶⁷⁴ Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.215. Yazarlar, tahkim yeri devletinde ilgili karara karşı tanınmış başvuru yollarının etkin olmaması hâlini hariç tutmaktadır.

⁶⁷⁵ Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.215. Ayrıca bkz. Kröll, **Präklusion**, s.436.

örnekte tenfiz davalısı, zaten ilgili hakem heyetinin yetkisini kabul etmediğini yargılamanın başında ifade etmiş ve böylelikle karşı tarafta aksi yönde herhangi bir güvenin oluşmasının önüne geçmiştir. Hakem heyetinin yetki itirazını reddetmesi sonrasında bu yöndeki itirazlarını yinelememesi ise, esasında, tahkim yargılamasının taraflarından beklenen yargılamayı geciktirici yöndeki davranışlardan kaçınmak yönündeki etik yükümlülüğün⁶⁷⁶ yerine getirilmesinden ibarettir. Zira zaten ilgili itiraz hakem heyetince değerlendirilmiş ve reddedilmiştir. Bunun sonrasında aynı itirazın tekrar tekrar dile getirilmesini beklemek manasız olacağı gibi adeta tarafları, yargılamayı uzatmaya yönelik davranışlarda bulunmaya teşvik etmek anlamına gelecektir. Dolayısıyla, kanaatimizce, bu ihtimalde ne çelişkili bir davranıştan ne de uyuşmazlığın karşı tarafında yaratılmış bir güvenden söz edilebilecektir.

b) İptal Davası Açma Hakkından Feragat Edilmiş Olması

İptal davası ve tenfize direnme hakkı ilişkisi açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, tahkim yeri hukukunun hakem kararına karşı iptal davası açmaktan feragat edilmesine imkân verdiği hâllerde bu hakkından feragat etmiş tenfiz davalısının, kendisine karşı başka bir devlette açılan tenfiz davasında tenfiz engellerini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına takılıp takılmayacağıdır. Bilindiği üzere, hukukumuzda olduğu gibi⁶⁷⁷ İsviçre (iMÖHK md.192), Belçika (Belçika Usûl Kanunu md.1717(4)), İsveç (İsveç Tahkim Kanunu md.51) ve Fransa (Fransız Medenî Usûl Kanunu md.1522(2)) gibi bazı devletlerin tahkim mevzuatlarında da⁶⁷⁸, kural olarak bu devletlerle ilişkisi hiç olmayan veya zayıf olan

⁶⁷⁶ Tahkim yargılaması öncesinde olduğu gibi tahkim yargılaması sırasında da tarafların bazı etik yükümlülükleri bulunmakta olup bunlardan biri, tahkim yargılamasını geciktirecek davranışlardan kaçınmaktır (bkz. Balkar, **Etik**, s.51). Bu bağlamda, hâli hazırda reddedilmiş bir itirazın tekrar tekrar yinelenmesi de herhangi bir amaca hizmet etmeyen bir davranış olarak yorumlanabilmektedir. Tahkim yargılaması sırasında tarafların ve diğer tahkim aktörlerinin etik yükümlülüklerine ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Balkar, **Etik**, s.46 vd. Ayrıca bkz. Emmanuel Gaillard, “Les Manoeuvres Dilatoires Des Parties et Des Arbitres”, **Revue de L’Arbitrage**, C.1990, S. 4, 1990, s. 756 vd.

⁶⁷⁷ MTK md.15/A/5 uyarınca taraflar, belirli şartlara tâbi olarak, iptal davası açma haklarından tamamen veya kısmen feragat edebileceklerdir. Konuya ilişkin detaylı bir inceleme ve ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Polat Kalafatoğlu, **Feragat**, s.339 vd. Buna karşın, HMK’ya tâbi tahkim yargılamaları açısından iptal davasından feragat edilmesi mümkün değildir (bkz. Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2610).

⁶⁷⁸ Hâl böyle olmakla birlikte, iptal davasından feragat kurumunun karşılaştırmalı hukukta pek rağbet gören bir kurum olmadığı ifade edilmektedir (bkz. Pekcanitez/Yeşilirmak, **Medenî Usûl**, s.2610).

tahkim yargılamaları açısından⁶⁷⁹, taraflara iptal davası açma hakkından feragat etme imkânı tanınmıştır⁶⁸⁰. Fark edileceği üzere, hemen yukarıda incelediğimiz iptal davası açmamış olma hâlinde farklı olarak bu ihtimalde, tenfiz davalısının pasif bir davranışından ziyade aktif bir davranışı veya beyanı söz konusudur. Peki bu durum, yukarıda yaptığımız değerlendirmeleri değiştirebilecek nitelikte midir? Başka bir ifadeyle, kendi iradesiyle hakem kararına karşı iptal davası açma hakkından feragat etmiş tenfiz davalısının kendisine karşı açılmış tenfiz davasında bu talebe karşı koyması çelişkili bir davranış olarak yorumlanabilecek midir?

Kanaatimizce bu soruya olumlu yönde yanıt verilemeyecektir. Zira ilk olarak, iptal davası açmaktan feragat edilmesi yalnızca ilgili hakem kararına karşı tahkim yeri devleti mahkemeleri nezdindeki denetim imkânından vazgeçilmesi anlamına gelmekte olup bu irade, hakem kararının tenfiz devleti mahkemeleri tarafından denetlenmesi imkânından da vazgeçilmesi olarak yorumlanmayacaktır⁶⁸¹. Yukarıda açıkladığımız üzere, iptal davası ile tenfiz davasının gerek kaynakları gerekse işlevleri itibarıyla birbirlerinden tamamen farklı oldukları dikkate alındığında, iptal davası açmaktan feragat etmiş tenfiz davalısının tenfize direnme hakkını kullanmasının çelişkili bir davranış olduğundan dâhi söz edilemeyecektir. Ayrıca, tıpkı iptal davası açılmamış olması hâlinde olduğu gibi, bu ihtimalde de yargılamanın karşı tarafı nezdinde ileride tenfiz engellerinin ileri sürülmeyeceğine ilişkin yaratılan bir güvenden ve ilgili tarafın böyle bir güvene dayanarak hareket etmesinden, kanaatimizce, söz edilemeyecektir. Böyle bir feragat sonrasında beklenebilecek yegâne sonuç, tenfiz davalısının Konvansiyon md.V(1)(e) bent hükmünde ifadesini bulan tenfiz engelini ileri süremeyecek olmasıdır. Nitekim hemen yukarıda incelediğimiz Almanya Federal Mahkemesi'nin 2008 tarihli kararında da benzer bir sonuca varılmıştır⁶⁸².

⁶⁷⁹ Fransız hukukunda 2011 yılında yapılan Fransız Medenî Usûl Kanunu değişiklikleri sonrasında, iptal davası açma hakkından feragat etme imkânı, Fransa ile bağlantısı zayıf olsun veya olmasın, Fransa'da görülmekte olan tüm milletlerarası tahkim yargılamaları açısından kabul edilmiştir (bkz. Guido Carducci, "The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration Law", **Arbitration International**, C.2012, S.1, s.154 vd.; Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.72).

⁶⁸⁰ Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.71; Bayata Canyaş, **UNCITRAL**, s.52 vd.

⁶⁸¹ Benzer yönde bkz. yukarıda s.157 vd.'nda incelenen BGH, III ZB 97/06, 17.04.2008 kararı.

⁶⁸² BGH, III ZB 97/06, 17.04.2008.

Ancak önemle vurgulanmadır ki, her ne kadar hukukumuz açısından böyle bir feragat kural olarak geçerli olmayacaksa da⁶⁸³, özellikle hakem kararının verilmesinden sonra ileride açılacak bir tenfiz davasında tenfiz engellerini ileri sürmekten feragat eden, başka bir deyişle bu engelleri ileri sürmeyeceğini beyan eden tarafın, kendisine karşı açılmış tenfiz davasında bu beyanına aykırı olarak tenfiz engellerini ileri sürmek istemesi hâli ayrıca değerlendirilmelidir. Bölümün ilk başlığında defaatle vurguladığımız üzere, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanışı her somut olaya göre farklılık göstereceğinden bu konuda genel geçer bir açıklama yapılması mümkün olmasa da, özellikle hakem kararı lehine olan tarafın, tenfiz davalısının bu beyanına güvenerek tenfiz davasını açmayı geciktirmiş olması, hakem kararından doğan alacağını bir başkasına temlik etmiş olması veya hakem kararında lehine hükmedilen miktardan daha azını almaya razı gelmesi gibi hâllerde, kanaatimizce, tenfiz davalısının tenfize direnme hakkını kötüye kullandığından, kural olarak, söz edilebilecektir. Ancak bir kez daha önemle vurgulanması gerekir ki, böyle bir çıkarıma varılabilmesi somut olay şartlarının tenfiz hâkimince detaylıca değerlendirilmesine bağlı olup bu konuda genel geçer bir sonuca varılamayacaktır.

c) Açılmış Olan İptal Davasında İptal Sebebi Olarak İleri Sürülmemiş Tanıma Tenfiz Engelleri

İptal davasının hiç açılmamış olmasının dışında değerlendirilmesi gereken bir başka mesele, tenfiz davalısınca hakem kararına karşı açılmış iptal davasında birer iptal sebebi olarak ileri sürülmemeyen olguların, hakem kararının tahkim yeri dışındaki bir devlette icrası için açılan tenfiz davasında ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına takılıp takılmayacağıdır. Başka bir deyişle, iptal davası sırasında farkında olmakla birlikte belirli bir olguyu iptal sebebi olarak ileri sürmeyen tenfiz davalısının bu olguyu tenfiz davasında tenfize direnme hakkına konu etmesi hukuk sistemimizin korumayacağı çelişkili bir davranış olarak yorumlanabilecek midir?

⁶⁸³ Zira yukarıda açıkladığımız üzere (bkz. s.67 vd.), hukukumuzda doğmamış haktan feragat edilemez prensibi kabul edilmiş olup tenfiz davası açılmadıkça tenfize direnme hakkının doğduğundan da söz edilemeyeceğinden, davanın açılmasından önce yapılan böyle bir feragat geçerli olmayacaktır.

Elbette ki buradaki sorgulamamız, tahkim yeri hukukunda öngörülen iptal sebepleri ile New York Konvansiyonu veya MÖHUK'ta düzenlenen tenfiz engellerinin örtüştüğü ölçüde söz konusu olabilecektir. Zira kimi devletlerin, Model Kanun'u benimserken burada yer alan iptal sebeplerini genişletmelerine karşın kimilerinin de bu sebepleri daralttığı ifade edilmektedir⁶⁸⁴. Dolayısıyla ilgili hakem kararına karşı açılan iptal davasında bir iptal sebebi olarak düzenlenmemiş tenfiz engelleri açısından tenfiz davalısının iptal davası sırasındaki davranışının kural olarak tenfize direnme hakkı üzerinde bir etkisi olmayacaktır. Benzer şekilde, iptal davasında tamamen tahkim yeri devletin hukukuna göre değerlendirilecek olan tahkime elverişlilik ve kamu düzeni engelleri de inceleme alanı dışındadır. Kaldı ki, bu kapsama giren tenfiz engelleri açısından tenfize direnme hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı dahi yukarıda incelediğimiz üzere bir tartışma konusudur⁶⁸⁵.

Belirtilmelidir ki burada sorguladığımız problematiğin doktrinde oldukça az ele alındığı görülmektedir⁶⁸⁶. Bu bağlamda doktrinde OTTO, hakem kararına karşı iptal davası açan tarafın, bu davada bir iptal sebebi olarak ileri sürebilecekken ileri sürmekten kaçındığı olguları, kendisine karşı açılan tenfiz davasında da birer tenfiz engeli olarak ileri süremeyeceğini ifade etmektedir⁶⁸⁷. Ancak böyle bir sonuca varılabilmesi için tenfiz davalısının ilgili aykırılıklardan iptal davası sırasında da haberdar olması gerektiğini vurgulayan⁶⁸⁸ yazar ayrıca Konvansiyon'da ifadesini bulan tenfiz engelleri arasında bir farklılık gözetmektedir. Gerçekten de yazara göre, Konvansiyon uyarınca kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik tenfiz engelleri tenfiz devleti hukukuna göre değerlendirileceğinden, bu olguların açılan iptal davasında birer iptal sebebi olarak ileri sürülüp sürülmemiş olması önem arz etmeyecektir⁶⁸⁹. Nitekim benzer bir yaklaşımın, karşılaştırmalı hukukta konuya ilişkin verilmiş bazı kararlarda da ifadesini bulduğu görülmektedir. Örneğin Hong Kong Yüksek Mahkemesi, bir yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin verdiği bir kararında taraflarca ileri sürülmesi gereken tenfiz engelleri açısından böyle bir yaklaşım

⁶⁸⁴ Gharavi, **Effectiveness**, s.32 vd. .

⁶⁸⁵ Bkz. yukarıda “A) Sınırın Sınırı: Re’sen Dikkate Alınan Tenfiz Engelleri” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁶⁸⁶ İlgili problematik doktrinde ÖZEL tarafından da dile getirilmiş, ancak ilgili eserde bu hususa yönelik bir inceleme yapılmamıştır (bkz. Özel, **Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği**, s.305).

⁶⁸⁷ Otto, **Verwirkung**, s.224

⁶⁸⁸ Otto, **Verwirkung**, s.224.

⁶⁸⁹ Otto, **Verwirkung**, s.224.

benimsenebilecekse de, bu yaklaşımın kamu düzeni tenfiz engeli açısından benimsenemeyeceğini⁶⁹⁰, zira tahkim yeri devleti ile tenfiz devletin kamu düzeni anlayışlarının birbirinden farklı olduğunu vurgulamıştır⁶⁹¹. Ayrıca Yüksek Mahkeme, tahkim yerinde geçerliliğini koruyan hakem kararının, ileri sürülmüş olması hâlinde kararın iptaline sebebiyet verebilecek bir olgu nedeniyle tenfizinin reddedilmesinin açık bir adaletsizlik olacağını ifade etmiştir⁶⁹².

Mesele hukukumuz açısından değerlendirildiğinde, yapılması gereken ilk şey, ortada çelişkili bir davranışın bulunup bulunmadığının tespitidir. Bu bağlamda, yukarıda iptal davasının hiç açılmamış olması hâlinde olduğu gibi, kanaatimizce burada da, iptal davası ve tenfiz davasının işlevlerinin birbirinden farklı olduğu dikkate alındığında kural olarak çelişkili bir davranışın varlığından dahi söz edilemeyecektir⁶⁹³. Kaldı ki, bir an için ortada çelişkili bir davranışın var olduğu sonucuna ulaşılsa dahi, bu davranışın uyumsuzluğun karşı tarafı nezdinde korunmaya değer haklı bir güveni oluşturduğundan söz edilemeyecektir. Zira, tahkim yargılamasının çoktan sona erdiği ve hatta muhtemelen karara karşı açılmış bir iptal davasının da reddedildiği bir aşamada, tenfiz davacısının davalının bu davranışına duyduğu güvene dayanarak tenfiz davası açmış olduğundan veya iptal davası sırasında da ilgili itirazın ileri sürülmüş hâlinde, kararın tenfizini talep etmeyi denemektense en baştan esasa ilişkin bir dava açma ihtimalini değerlendirebileceğinden⁶⁹⁴ ve bu davranış nedeniyle bu seçenekten mahrum kaldığından söz edilemeyecektir.

Ayrıca, bir önceki başlık altındaki açıklamalarımızda vurguladığımız üzere, iptal sebepleri ve tenfiz engelleri düzenleniş biçimleri itibariyle ve hatta lafzen de birebir örtüşse ve aynı somut olay şartları aynı hükümlere göre yorumlansa bile farklı mahkemelerce farklı sonuçlara ulaşılabilir⁶⁹⁵. Bu bağlamda, tenfiz davalısının, tahkim yeri mahkemelerince ilgili itirazının reddedileceğini düşünerek bunu bir iptal

⁶⁹⁰ Hong Kong Court of Final Appeal, FACV No.10 1998, 09.02.1999, N.86.

⁶⁹¹ Hong Kong Court of Final Appeal, FACV No.10 1998, 09.02.1999, N.87.

⁶⁹² Hong Kong Court of Final Appeal, FACV No.10 1998, 09.02.1999, N.88.

⁶⁹³ Konuya ilişkin detayları açıklamalarımız için bkz. yukarıda “a) İptal Davası Açılmamış Olması” başlığı altında yer alan açıklamalarımız.

⁶⁹⁴ Zira bu durumda hem daha uzun ve masraflı bir yola başvurulmuş olacak hem de çelişkili karar riski alınmış olacaktır (konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. yukarıda s.163 vd.). Kaldı ki, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bazı mahkemeler, iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizini de kabul etmektedir (bkz. yukarıda s.47, dn.182).

⁶⁹⁵ Konuya ilişkin detaylı bilgi ve karşılaştırmalı hukuktan bir karar örneği için bkz. yukarıda s.162.

sebebi olarak ileri sürmeyip, belki de aynı konuda farklı bir içtihat geliştirmiş olan tenfiz mahkemesi önünde ileri sürmesi de olağan karşılanmalıdır⁶⁹⁶. Dolayısıyla, tenfize direnme hakkına konu etmek istediği olguyu tahkim yargılaması sırasında ileri süren ancak açtığı iptal davasında bu hususa bir iptal sebebi olarak dayanmayan tenfiz davalısının, sırf bu nedenle tenfize direnme hakkını kötüye kullanmış olacağından, kanaatimizce, söz edilemeyecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, tenfize direnen tarafın kural olarak tahkim yeri mahkemeleri önünde hakem kararına karşı açtığı iptal davasında ileri sürmesine rağmen reddedilen ve tenfiz engelleriyle örtüşen iptal sebeplerini tenfiz davası sırasında tekrar ileri sürebileceği konusunda, kural olarak, bir beis yoktur. Zira bu hâlde çelişkili bir davranıştan veya hakkın amacına aykırı kullanımından bahsedilemeyeceğinden hakkın kötüye kullanılması yasağının tenfize direnme hakkının bir sınırı olarak ortaya çıkmasından söz edilemeyeceği gibi ne New York Konvansiyonu⁶⁹⁷ ne de MÖHUK'ta tenfize direnme hakkını bu bağlamda sınırlandıran bir düzenleme bulunmaktadır. Buna karşın Alman hukukunda bir görüş, tenfiz davasına konu hakem kararının iptali talebini reddeden yabancı mahkeme kararının, diğer yabancı mahkeme kararları gibi tenfiz ülkesinde tanıma davasına konu edilerek tanınabileceğini ve böylelikle, iptal davasında ileri sürülmesine rağmen reddedilen iddiaların, tenfiz davasında da ileri sürülerek tekrar tenfiz hâkimince de ayrıca değerlendirilmesinin engellenebileceğini ileri sürmektedir⁶⁹⁸. Keza, özellikle müşterek

⁶⁹⁶ İptal davası açılmamış olması açısından benzer yönde bkz. yukarıda s.161 vd.'nda yer alan açıklamalarımız.

⁶⁹⁷ Steger, **Präklusion**, s.80.

⁶⁹⁸ Konuya ilişkin Alman hukukunda ileri sürülen farklı görüşler ve değerlendirmeleri için bkz. Steger, **Präklusion**, s.81 ve özellikle dn.45,46 ve 47. Yazar, özellikle usûl ekonomisi gerekçesiyle bu görüşü savunmakla birlikte bir ayırmada bulunarak, tenfiz hâkimince re'sen dikkate alınacak tenfiz engelleri açısından bu durumun geçerli olmayacağını ifade etmektedir (bkz. Steger, **Präklusion**, s.82).

hukuk sistemlerinde de, *res judicata* ve *issue estoppel*⁶⁹⁹ gibi kavramlara dayanılarak, hakem kararına karşı açılmış iptal davasında ileri sürülen veya bu davada ileri sürülebilecek hususların, tenfiz davası sırasında tekrar ileri sürülemeyeceğini ifade eden görüşler bulunmaktadır⁷⁰⁰. Ancak kanaatimizce böyle bir kabul, hakem kararlarının tenfizi sisteminin mahkeme kararlarından farklı olarak düzenlenmiş olmasını anlamsız kılacağı gibi tenfiz hâkiminin hakem kararı üzerindeki kontrol imkânını oldukça sınırlandıracaktır⁷⁰¹. Nitekim doktrinde de tenfiz hâkimince

⁶⁹⁹ Müşterek hukuk sistemlerinde bir kararın kesin hüküm etkisi (*res judicata*) *cause of action estoppel* ve *issue estoppel* şeklinde ikiye ayrılmaktadır. *Cause of action estoppel* kavramı ile kastedilen, hukukumuzda anladığımız şekilde, temelde talep sonucuyla ilgili olup daha önce bir mahkeme kararıyla hükme bağlanan bir talep sonucunun tekrar uyumsuzluk konusu edilememesini ifade etmektedir. Buna karşın *issue estoppel*, hukukumuzda anlaşıldığı şekliyle kesin hüküm etkisinden daha geniş bir kavram olup yalnızca hüküm fıkrası ve talep sonucuna ilişkin değildir. Bu doktrine göre, daha önce yürütülmüş ve karara bağlanmış bir yargılamada talep sonucuna ilişkin kararın verilebilmesi için karara bağlanmış olan hususlar (ya da daha anlaşılır bir ifadeyle ön meseleler) daha sonra açılan bir davada da uyumsuzluğun çözülmesi için karara bağlanması gereken hususlardan biri ise önceki yargılamada bu hususa ilişkin verilen kararın sonraki yargılamada taraflar için bağlayıcı olacaktır (bkz. Nazzini, **Remedies**, s.180 ve 181). Kavramı kısaca açıklayabilmek adına bir İngiliz mahkeme kararındaki şu ifadelere, orijinal dilinde, yer vermeyi uygun görüyoruz: “(...) even where the cause of action is not the same in the later action as it was in the earlier one, some issue which is necessarily common to both was decided on the earlier occasion and is binding on the parties (...)” (bkz. United Kingdom Supreme Court, *Virgin Atlantic Airways Ltd v. Zodiac Seats UK Ltd*, EWCA (Civ) 855, 03.07.2013, N.17, <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2010-0013-judgment.pdf>>). Nitekim doktrinde bazı yazarlar, *issue estoppel* doktrinine dayanarak hakem kararına karşı açılmış iptal davasında uyumsuzluk konusu edilmiş hususlara ilişkin verilen kararın (örneğin tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiasıyla açılmış bir iptal davasında anlaşmanın geçerli olduğunun tespiti) tenfiz yargılamasında da taraflar açısından bağlayıcı olması gerektiğini ifade etmektedir (konuya ilişkin detaylı bilgi ve kurumun uygulanma şartları için bkz. Nazzini, **Remedies**, s.180 vd.). Önemle vurgulanmalıdır ki *issue estoppel* hukukumuza yabancı bir doktrin olup hukukumuz açısından bu doktrine dayanılarak bir değerlendirme yapılamayacaktır.

⁷⁰⁰ İngiliz hukuku açısından bkz. Nazzini, **Remedies**, s.176 vd.; Ayrıca bkz. Matthias Scherer/Sam Moss, “Resisting Enforcement of a Foreign Arbitral Award under the New York Convention”, **Inter-Pacific Bar Association Journal**, C.2008, S.17, 2008, s.21-22. Doktrinde konuya ilişkin kapsamlı bir inceleme yapan Nazzini, uluslararası tahkimdeki en önemli menfaatlerden birinin kesinlik & belirlilik (*finality*) olduğunu vurgulayarak tahkim yargılamasının kaybeden tarafının, aynı meseleleri tekrar tekrar mahkemeler önünde tartışma konusu edebilmesinin tatminkâr bir sonuç olmadığını ifade etmektedir (bkz. Nazzini, **Remedies**, s.178).

⁷⁰¹ Hong Kong Yüksek Mahkemesi’nin bir kararında bu husus şu sözlerle ifade edilmektedir: “*It follows, in my view, that it would be inconsistent with the principles on which the Convention is based to hold that the refusal by a court of supervisory jurisdiction to set aside an award debars an unsuccessful applicant from resisting enforcement of the award in the court of enforcement.*” (bkz. Hong Kong Court of Final Appeal, FACV No.10 1998, 09.02.1999, N. 85).

yapılacak değerlendirmenin iptal davası hâkiminin değerlendirmelerinden bağımsız *de novo* bir inceleme olduğunun vurgulandığı görülmektedir⁷⁰².

d) Farklı Ülkelerde Açılan Tanıma Tenfiz Davalarında Farklı Tanıma Tenfiz Engellerine Dayanılması

Bir hakem kararının verildiği ülke dışında birden fazla ülkede tenfizinin talep edilmesi her zaman ihtimal dâhilindedir. Zira nasıl ki hakem kararı aleyhine tesis edilen tarafın tahkim yeri ülkesinde yeterli veya hiç malvarlığının bulunmaması hâlinde lehine hakem kararı elde etmiş taraf, karşı tarafın malvarlığı değerlerinin bulunduğu bir ülkede tenfiz davası açmak durumunda kalıyorsa⁷⁰³; tek bir ülkede bulunan malvarlığı değerlerinin kararın icrası açısından yeterli olmaması hâlinde ilgili taraf, farklı devlet mahkemeleri önünde tenfiz talebinde bulunmak durumunda kalabilecektir. Ayrıca, hakem kararı borçlusunun tek bir ülkede var olan malvarlığı değerleri borcu karşılamaya yetiyor olsa dahi ilgili taraf, alacağına daha hızlı kavuşmak ümidiyle birden fazla ülkede tenfiz davası açabilecektir⁷⁰⁴. Her ne kadar günümüzde birçok devletin New York Konvansiyonu'na taraf olması nedeniyle farklı devlet mahkemelerinde ileri sürülen talepler kural olarak bu Konvansiyon'a dayandırılacaksa da⁷⁰⁵, lehine hakem kararı elde etmiş tarafa kararın tenfizini talep etme hakkının kaynağı New York Konvansiyonu'nu mevzuatlarının bir parçası hâline getiren veya Konvansiyon'a taraf olmasa da iç hukuk düzenlemeleriyle bu imkânı

⁷⁰² Born, **International Commercial Arbitration**, N. 26.03[B][3]. s. 868. Ayrıca doktrinde, Konvansiyon'un md.V(1)(e) hükmünde yalnızca hakem kararını iptal eden kararlara tenfiz hâkimince etki tanınma imkânını tanıdığı ve aynı imkânın, iptal talebini reddeden kararlar açısından söz konusu olmadığı ifade edilmekte ve ayrıca, iptal talebini reddeden, başka bir ifadeyle hakem kararının icra edilebilirliğini sağlayan kararın tanıma davasına konu edilebilecek bir ilâm olarak nitelendiremeyeceğini vurgulanmaktadır (Georgios C. Petrochilo, "Enforcing Awards Annulled in their State of Origin under the New York Convention", **The International and Comparative Law Quarterly**, C. 48, S. 4, 1999, s.868; müşterek hukuk sistemlerinden münferit kararlar olduğunu ifade etmekle birlikte Kıta Avrupası hukuk sistemi açısından aynı yönde bkz. Dominique Hascher, "Recognition and Enforcement of Arbitration Awards and the Brussels Convention", **Arbitration International**, C.12, S.3, 1996, s.238; ayrıca bkz. Maxi Scherer, "Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the Jugement Route the Wrong Road?", **Journal of International Dispute Settlement**, C.4, S.3, 2013, s.587).

⁷⁰³ Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.47; Steger, **Präklusion**, s.78.

⁷⁰⁴ Nitekim bu durum doktrinde *exequatur shopping* olarak isimlendirilmektedir (bkz. Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.50; ayrıca bkz. Blackaby/Partasides/Redfern, **Redfern and Hunter**, N. 11.29).

⁷⁰⁵ Doktrinde, Konvansiyon dışında milli kanunlarda yer alan tanıma tenfiz engellerine ilişkin düzenlemelerin de birbirleriyle neredeyse birebir örtüştüğü ifade edilmektedir (bkz. Steger, **Präklusion**, s.79).

tanıyan farklı devlet hukuklarıdır. Bu nedenledir ki, bir yabancı hakem kararının tenfizi veya tenfizin reddi kararının etkisi yalnızca verildiği devletin ülkesiyle sınırlıdır⁷⁰⁶. Dolayısıyla hakem kararının alacaklısı, tenfiz talebi bir devlet mahkemesince reddedilse dâhi başka bir devlet mahkemesi huzurunda kararın tenfizini talep edebilecektir. Çalışmamız açısından incelemeye değer olan mesele ise, aleyhine hakem kararı tesis edilen tenfiz davalısının bir tenfiz devleti mahkemesi huzurundaki davranışlarının, bir diğer devlet mahkemesinde açılan tenfiz davasında haiz olduğu tenfize direnme hakkı üzerinde bir etkisinin bulunup bulunmadığıdır. Daha açık bir ifadeyle, acaba Türkiye’de açılan tenfiz davasından önce aynı hakem kararının başka bir ülkede tenfizi için açılan davada hiç ileri sürülmeyen tenfiz engellerinin Türkiye’de derdest davada ileri sürülmek istenmesi, hakkın kötüye kullanımı sayılabilecek midir?

Belirtilmelidir ki, konuya ilişkin gerek Türk doktrini gerekse karşılaştırmalı hukukta herhangi bir tartışmaya rastlanmamakla birlikte, yukarıda başka bir vechesiyle incelediğimiz Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi’nin kararındaki⁷⁰⁷ bazı ifadeler buradaki problematiğimize ışık tutabilecek niteliktedir. Hatırlanacağı üzere Yüksek Mahkeme, hakem kararına karşı tahkim yerinde iptal davası açılmamış olması ve davalı tarafça tahkim yeri olan Danimarka’da böyle bir davanın açılmayacağını beyan edilmiş olması karşısında, Almanya’da açılan tenfiz davasına karşı koymanın çelişkili davranış yasağına aykırı olduğuna hükmetmiştir⁷⁰⁸. Mahkeme’nin bu değerlendirmesini yaparken kullanmayı tercih ettiği şu ifadeler ise, inceleme konumuz açısından dikkat çekicidir: “(...) *Davalı, fiili durumda herhangi bir değişiklik olmamasına rağmen, kararın en azından Danimarka’da icrasını herhangi bir itirazda bulunmadan kabul etmiş olmasına karşın başka ülkelerde kararın icrasına karşı koyarak çelişkili davranış yasağına aykırı davranmakta ve dürüstlük kuralını ağır şekilde ihlal etmektedir (...)*”⁷⁰⁹. Gerçekten de karardaki bu ifadeler Mahkeme’nin

⁷⁰⁶ Ataman Figanmeşe, **Mükerrer**, s.50; Steger, **Präklusion**, s.79.

⁷⁰⁷ KG Berlin, 20 Sch 07/04, 10.08.2006.

⁷⁰⁸ Bkz. yukarıda s.157 vd.

⁷⁰⁹ Kararın yazarca Türkçe çevrilen ilgili kısmının Almanca orijinali şu şekildedir: “(...) *Die Antragsgegnerin zu 1. handelt widersprüchlich und damit grob treuwidrig, wenn sie -trotz unveränderter Sachlage - die Vollstreckbarkeit zumindest in ... unwidersprochen hinnehmen will; während sie in anderen Ländern ihre Einwendungen im Widerspruch zu dieser jedenfalls der Sache nach erklärten Akzeptanz, die bei gleichem Schiedsspruch nicht teilbar ist, dennoch vorbringt (...)*” bkz. KG Berlin, 20 Sch 07/04, 10.08.2006.

değerlendirmesinin, yabancı hakem kararının farklı ülkelerde icrası için açılmış tenfiz davalarına da teşmil edilebileceği yönünde yorumlanmaya müsaittir.

Ancak kanaatimizce, en azından hukukumuz açısından, böyle bir sonuca varılamayacaktır. Her ne kadar farklı ülkelerde açılan tenfiz davalarının talep sonuçlarının ilk bakışta aynı olduğu düşünülebilecekse de esasında durum böyle değildir. Zira örneğin, bir yabancı hakem kararının Almanya’da tenfizi için açılan davanın talep sonucu kararın Almanya’da icrasını sağlamaya yönelirken Türkiye’de açılan tenfiz davasının talep sonucu kararın Türkiye’de icrasına ilişkindir. Her iki ülkede açılan davanın da New York Konvansiyonu’na tâbi olması da bu sonucu değiştirmeyecektir. Hâl böyle olmakla birlikte, iptal davası ve tenfiz davası ilişkisi aksine, iki farklı ülkede açılmış tenfiz davalarının birbirleriyle, en azından her ikisi de kararın yabancı bir ülkede icrasına yöneldiğinden, çok daha benzerdir. Bu açıdan, bir ülkede kendisine karşı açılan tenfiz davasında, varlığından o dava sırasında da haberdar olduğu olguları tenfiz engeli olarak ileri sürmeyen davalının, kendisine karşı daha sonraki bir tarihte Türkiye’de açılan tenfiz davasında bu olguları tenfize direnme hakkına konu etmesi, çelişkili bir davranış olarak yorumlanmaya müsaittir. Ancak böyle bir davranışın, uyumsuzluğun karşı tarafında uyandırılan bir güvene aykırılık teşkil ettiğinden, kanaatimizce, söz edilemeyecektir. Zira, bir devlet mahkemesi huzurunda açılan tenfiz davasında belirli olguların tenfize direnme hakkına konu edilmemiş olmasının, bunların daha sonra farklı devletlerde açılacak tenfiz davalarında da ileri sürülmeyeceği yönünde bir güven oluşturduğundan ve davacının, bizzat bu güvene dayanarak başka bir ülkede de tenfiz davası açtığından veya başka yönde bir vaziyet almak yerine⁷¹⁰ bu yolu seçtiğinden söz edilemeyecektir. Kaldı ki, her ne kadar lafzi olarak bu engeller örtüşüyor olsa da, aynı olgular farklı devlet mahkemelerince farklı şekilde yorumlanabileceğinden⁷¹¹ tenfiz davalısının farklı devlet mahkemeleri önünde farklı stratejiler geliştirmesi de son derece olağan karşılanmalıdır.

⁷¹⁰ Örneğin, tenfiz davacısının böyle bir hâlde davalının malvarlığının bulunduğu başka bir ülkede kararın tenfizini denemek yerine, çok daha uzun ve masraflı bir seçenek olan, davanın esasına ilişkin devlet mahkemeleri huzurunda yeni bir dava açmayı tercih edebileceğinden bahsedilemeyecektir.

⁷¹¹ Kröll/Marenkov, **Unruly Horse**, s.216.

SONUÇ

Tahkim yargılaması sırasında mevcut olduğu bilinmesine rağmen ileri sürülmeyen bir hukuka aykırılığın, yargılama sonunda verilen hakem kararının kesin hüküm etkisinin tahkim yeri devleti dışında bir devlette etki doğurması veya o devlette icrası için açılan tanıma ve tenfiz davasında bir tanıma tenfiz engeli olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği sorusu, bu çalışmanın hazırlanmasına yol açan temel sorudur. Doktrinde ve uygulamada bu sorunun, özellikle dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılarak menfi şekilde cevaplandırıldığı görülmektedir.

Nitekim bu başlığa kadar gerçekleştirdiğimiz inceleme göstermektedir ki gerçekten de hakkın kötüye kullanılması yasağı, davalının tenfiz davasından önceki aşamalarda hareketsizliğinin veya belirli yöndeki davranışlarının bir sonucu olarak tenfize direnme hakkının bir sınırını oluşturulabilecektir. Ancak yine incelememiz göstermiştir ki, hukuk sistemimizde her zaman büyük bir dikkatle ve son çare olarak başvurulması gereken bu kuruma başvurulmasına aslında pek çok somut olayda gerek olmadığı gibi, bu hâllerde hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılması hukuken de doğru olmayacaktır. Şöyle ki, tenfiz davalısının özellikle tahkim yargılaması sırasındaki bazı tutum ve davranışlarının bizzat ileri sürülmek istenen tenfiz engelinin ortadan kalkmasına sebebiyet verdiği hâllerde, zaten en azından ilgili tenfiz engeli açısından tenfize direnme hakkının şeklen dahi varlığından söz edilemeyeceğinden hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulamayacaktır; zira kurumun uygulanmasının en temel şartı kötüye kullanılabilecek bir hakkın varlığıdır. Ayrıca, tenfize direnme hakkı şeklen varlığını korusa dahi karşılaştırmalı hukukta farklı örneklerini gördüğümüz ve hukukumuz açısından da bir örneğine Avrupa Sözleşmesi'nde rastlanılan bazı hükümler en azından kimi tenfiz engelleri açısından tenfize direnme hakkını zaten açıkça sınırlandırdığından, bu hâllerde de hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulamayacaktır. Bunun nedeni, hakkın kötüye

kullanılması yasağının tâli bir prensip olmasının yanında bu hâllerde, bu kuruma başvurulmasının gerekli de olmamasıdır, zira zaten somut olayda tenfiz davalısının davranışları nedeniyle ortaya çıktığı düşünülen hakkaniyete aykırılık, açık bir düzenleme ile giderilmiş durumdadır. Dolayısıyla ancak tanıma ve tenfize direnme hakkının en azından şeklen varlığını sürdürdüğü ve bu hakkın kullanılmasını açıkça sınırlandıran bir düzenlemenin de bulunmadığı hâllerde somut olay şartlarının, hakkın kötüye kullanılması yasağı açısından değerlendirilmesi gerekecektir.

Her ne kadar ilk bakışta, tahkim anlaşmasının geçersizliğine dayanan tenfiz engeli özelinde incelediğimiz bu üç aşamalı değerlendirmenin her aşamasının aynı sonucu doğurmasından hareketle bu ayrım yapay ve gereksiz görülebilecekse de, görüldüğü üzere her üçünün üzerine kurulu olduğu temeller ve uygulanma şartları birbirlerinden farklıdır. Gerçekten de, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğinin veya belirli yöndeki hareketlerinin ileri sürülmek istenen tenfiz engelini ortadan kaldırıp kaldırmadığı tenfiz devleti hukukuna göre değil, bizzat New York Konvansiyonu md.V veya MÖHUK md.62 hükümlerinde yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek hukuka göre değerlendirilecektir. Bu kapsamda yapılacak inceleme, tenfiz davalısının özellikle tahkim yargılaması sırasındaki tutum ve davranışlarının ilgili tenfiz engelinin mevcudiyetini ortadan kaldıracak zımnî bir irade açıklaması olarak yorumlanıp yorumlanamayacağından ve böyle bir irade açıklamasının bu sonucu doğurmak için yeterliliğinin tespitinden ibaret olacaktır.

Buna karşılık, bu tür bir zımnî irade açıklamasının mevcut olmadığı veya mevcut olmakla birlikte ilgili tenfiz engelinin düzenleniş biçiminden dolayı varlığını koruduğu sonucuna ulaşıldığı hâllerde takip edilecek ikinci adım ise, şeklen varlığını koruyan tenfize direnme hakkını tenfiz davalısının önceki aşamalardaki davranışları kapsamında açıkça sınırlandıran bir düzenlemenin bulunup bulunmadığının ve açılan tenfiz davasında uygulama alanı bulup bulmadığının tespitidir. Bu inceleme yapılırken başvurulacak hukuk ise kural olarak tenfiz devleti hukuku olacak ve yapılacak inceleme, Avrupa Sözleşmesi md.V örneğinde olduğu gibi, tenfiz davalısının hareketsizliğinin tespitinden ve eğer varsa ilgili düzenlemenin öngördüğü diğer şartların mevcudiyetinin saptanmasından öteye gitmeyecektir. Başka bir deyişle,

hakkın kötüye kullanılmasının bir görünüm biçimi olan çelişkili davranış yasağının uygulanma şartlarından biri olan “güven unsurunun” varlığı ayrıca aranmayacaktır.

Nihayet hakkın kötüye kullanılması yasağına, ancak tenfize direnme hakkının şeklen varlığını koruduğu ve bu hakkı açıkça sınırlandıran bir düzenlemenin var olmadığı hâllerde başvurulabilecektir. Çalışmamızda detaylıca incelendiği üzere bu hâller açısından da genel geçer yanıtlar verilemeyecek ve somut olay şartları çerçevesinde çelişkili davranış yasağının uygulanma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti gerekecektir. Bu inceleme yine tenfiz devleti hukukuna göre yapılacak olsa da bu kez tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğinin tespiti tek başına yeterli olmayacak, ayrıca bu hareketsizliğe rağmen ilgili tenfiz engelini ileri sürmesinin çelişkili bir davranış teşkil edip etmediği ve bu davranışın uyuşmazlığın karşı tarafında korunmaya değer bir güvenin oluşmasına sebebiyet verip vermediği incelenecektir.

Belirtilmelidir ki bu şekilde gerçekleştirilecek üç aşamalı incelemenin, kural olarak yalnızca, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki tutumlarının tenfize direnme hakkı üzerindeki etkisi değerlendirilirken yapılması gerekecektir. Bunun nedeni ise tenfize direnme hakkının konusunu oluşturan olguların büyük bir çoğunluğunun tahkim yargılaması sırasında vuku bulması ve yine ancak bu aşamada giderilebilecek olmasıdır. Buna karşın, tahkim yargılamasının sonlanmasından sonraki bir aşamayı teşkil eden iptal davası veya diğer devletler nezdinde açılacak tenfiz davaları sırasında veya bu davalar açısından tenfiz davalısının takındığı tutumun tenfize direnme hakkı üzerindeki etkisi, en azından mevcut hukuki durumda, doğrudan hakkın kötüye kullanılması yasağı şartları uyarınca değerlendirilecektir. Zira bu aşamalarda tenfize direnme hakkına konu edilebilecek olguların artık giderilmesi söz konusu olamayacağı gibi en azından günümüz itibarıyla tenfize direnme hakkını davalının bu aşamalarındaki tutum ve davranışları açısından açıkça sınırlandıran bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doğal olarak bu aşamaların tenfize direnme hakkı üzerinde hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında sınırlandırıcı etkisi açısından da genel geçer açıklamalar yapılamayacak ve çalışmamızda ifade edildiği üzere kurumun bir görünüm biçimi olan çelişkili davranış yasağının uygulanma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği her somut olayda titizlikle incelenecektir.

Önemle vurgulanması gerekir ki, konunun bu şekilde kademeli bir incelemeye tâbi tutulması yalnızca hukuk tekniğinin bir gereği veya hukuk tekniğine sıkı sıkıya bağlı kalınmasının bir sonucu değildir. Konunun bu şekilde titiz bir değerlendirmeye tâbi tutulmasının temelinde, hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulmasıyla mevzuatta zaten son derece sınırlı bir şekilde tanınan ve tenfiz davalılarının savunma hakkının bir parçası olan tenfize direnme hakkının, daha da sınırlandırılacak olması yer almaktadır. Çalışmamızın ilgili bölümlerinde de vurgulandığı üzere böyle bir sınırlandırma yapılırken de mümkün olduğunca özenli ve hassas olunması gerekir. Ancak başvuru hukuki kurumların temelinde yer alan ilkelerin ve uygulanma şartlarının doğru bir şekilde ortaya konulmasıyla, daha önceden tamamen tüketilmesi mümkün olmayan sınırsız sayıda somut olay şartlarına çözüm getirilebilecek ve uluslararası ticaretin gelişimi ve hukuk devleti açısından olmazsa olmazları teşkil eden hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik sağlanabilecektir. Nitekim çalışmamıza şeklini veren ve böyle bir planda ortaya çıkmasına sebebiyet veren de bu yaklaşımdır.

Son olarak, yukarıda belirttiğimiz sistematik yaklaşım geliştirilirken çalışmamızda değinilen bazı temel kavramlar ve özellikle tahkim anlaşmasının geçersizliği engeli açısından ulaşılan çeşitli ara sonuçların bir kez daha anılmasında fayda vardır. Bu bağlamda ulaşılan ilk ara sonuç, doktrinde yabancı hakem kararlarının tespit edilmesi için başvurulması gerektiği ifade edilen “otorite kriteri”ne, mevzuatımızın mevcut durumu karşısında başvurulmasına gerek bulunmadığı gibi böyle bir başvurunun çeşitli kavram karmaşalarına yol açabilecek olmasıdır. İlgili bölümde de ifade ettiğimiz üzere, mevzuatımızda her ne kadar yabancı hakem kararının ne olduğu tanımlanmamış olsa da MTK ve HMK’da yerli hakem kararlarının tespiti açısından benimsenen kriterin tahkim yeri olduğu dikkate alındığında, tahkim yeri Türkiye dışında olan tahkim yargılamaları sonucunda verilen hakem kararlarının, kural olarak, yabancı hakem kararları olarak nitelendirileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu sonucun yegâne istisnası ise, yine ilgili bölümde vurgulandığı üzere, tahkim yeri Türkiye dışında olmakla birlikte tahkim usûlüne uygulanmak üzere Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun seçilmiş olduğu hâllerdir. Zira bu ihtimallerde, emredici nitelikteki MTK md.1/2 fıkra hükmünün son kısmı uyarınca bu kararların yerli hakem kararı olarak nitelendirilmesi gerekecektir. Ancak uygulamada çeşitli

sakıncaların doğmasına sebebiyet verebilecek bu düzenleme biçimi idealden çok uzak olup kanaatimizce fıkra hükmünün anılan kısmının ilgası, karşılaştırmalı hukukta neredeyse yeknesak olarak benimsenen yaklaşıma uygun bir çözümü teşkil edecektir.

Çalışmamız kapsamında ulaşılan ikinci ve belki de en mühim ara sonuç, doktrinde daha ziyâde yabancı hakem kararlarının tenfizi için teknik şartlar olarak yaklaşıl原因 *tenfiz engellerinin* ileri sürülmesinin, tenfiz davalıları açısından bir *hak* niteliğinde olduğunun tespitidir. Esasında bir yenilik teşkil etmeyen bu tespitimizin temelinde, tenfiz engellerine yaklaşımda bir perspektif değişikliği yer almaktadır. Şöyle ki, meseleye yabancı hakem kararlarının kesin hüküm etkisinin ve icra kabiliyetinin hukukumuzda teşmili açısından yaklaşıldığında, gerçekten de bu engeller yalnızca birer koşul niteliğindedir. Ancak bu engellere tenfiz davalıları açısından yaklaşıldığında bunlar, aleyhine tesis edilen hakem kararının âdil yargılanmanın gerekliliklerine ve/veya taraf anlaşmasına aykırı şekilde yürütülmüş bir yargılama sonucunda verilmesi durumunda ilgili tarafın, böyle bir kararın mahkeme kararı olarak icrasına karşı koyabilmek için kendisine hukuk sistemimizce tanınmış yegâne savunma imkânlarıdır. Başka bir ifadeyle sınırlı sayıda düzenlenen tenfiz engelleriyle temin edilen menfaatlerinin hukuk sisteminde korunmasını talep etmek, tenfiz davalıları açısından bir *hak* niteliğindedir. Bu hak ise çalışmamızda *tanıma ve tenfize direnme hakkı* olarak isimlendirilmiştir.

Çalışmamız kapsamında ulaşılan bir diğer ara sonuç, tahkim anlaşmasının geçersizliği tenfiz engelinin özellikle New York Konvansiyonu'nda düzenleniş biçiminin uygulamada çeşitli güçlülere yol açması ve bu şekilde tanıma tenfiz davalarında yapılması gereken değerlendirmeyi oldukça karmaşıktırıyor olmasıdır. İlgili bölümde de vurgulandığı üzere tahkim anlaşmasının farklı veçheleri açısından geçerliliğini farklı hukuklara veya düzenlemelere tâbi kılan mevcut düzenlemelerimiz, özellikle konumuz kapsamında gerçekleştirilen incelemeyi oldukça karmaşık ve kimi zaman içinden çıkılmaz hâle getirmektedir. Hemen yukarıda belirttiğimiz üzere, tenfiz davalısının tahkim yargılaması sırasındaki hareketsizliğinin veya belirli yöndeki davranışlarının bir tenfiz engelinin varlığını ortadan kaldırıp kaldırmadığı değerlendirilirken yapılan inceleme, bunların bir zımnî irade olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı ile ilgilidir. Bu bağlamda, bir sözleşmenin tarafların zımnî

iradeleriyle kurulup kurulamayacağı meselesi incelenirken son derece önem arz edebilecek bir husus, bu irade açıklamasının belirli bir şekilde yapılmasının gerekliliği, başka bir deyişle bu sözleşme için bir şekil şartı öngörülmüş olup olmadığıdır. MÖHUK md.7 hükmü uyarınca bir sözleşmenin şekli bakımından geçerliliği kural olarak o sözleşmenin esasının tâbi olduğu hukuka veya yapıldığı yer hukukuna göre değerlendirilecektir. Ancak New York Konvansiyonu uyarınca tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği bir kanunlar ihtilafı kuralıyla düzenlenmişken şekil bakımından geçerliliği doğrudan bir maddi hükümle düzenlenmiş durumdadır. Bu düzenleme biçiminin doğal sonucu ise, bir tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uyarınca zımnî olarak kurulduğu sonucuna varıldığı hâllerde meselenin ayrıca Konvansiyon md.II hükmü uyarınca değerlendirilmesi ve ortada md.II anlamında yazılı bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının tespitidir. Oysaki, Van den Berg'in Miami Taslağı'nda önerdiği gibi tahkim anlaşmasının tüm veçheleri açısından geçerliliğinin tek bir hukuka tâbi kılınması, bu değerlendirmenin çok daha tutarlı ve kolay bir şekilde yapılmasını mümkün kılacaktır. Bu noktada kanaatimizce tercih edilmesi gereken bağlama noktası da, yine Van den Berg'in önerdiği gibi, tahkim yeri olmalıdır. Zira tahkim yeri hukuku bir tahkim yargılamasıyla en ilişkili hukuk olup bu şekilde tahkim yeri hukuku uyarınca örneğin sözlü bir tahkim anlaşmasına dayanılarak gerçekleştirilen veya tahkim yeri hukukuna göre zımnî olarak kurulduğu tespit edilen tahkim anlaşmalarına dayanılarak verilen hakem kararlarının tenfizinde, ayrıca Konvansiyon md.II'de düzenlenen şekil şartının karşılanıp karşılanmadığı gibi bir değerlendirmenin yapılması gerekliliğini ortadan kaldıracaktır. Kaldı ki, Konvansiyon'un kaleme alındığı zaman itibariyle oldukça yenilikçi olan bu düzenlemenin günümüz şartlarında artık arkaik olduğu söylenebilir. Ancak elbette Konvansiyon'un taraf devletlerin tamamının onayı alınarak yeniden düzenlenmesi pek olası olmadığı gibi hâli hazırda iyi bir şekilde işleyen Konvansiyon'un etkinliğinin azalmasına da sebebiyet verebilecektir. Bu açıdan benimsenebilecek çözümün anahtarı ise esasında yine Konvansiyon'un mevcut metninde saklıdır. Bu anahtar, Konvansiyon'un parlak fikri olarak adlandırılan md.VII hükmünden başkası değildir.

Nitekim çalışmamız kapsamında ileri sürülmek istenen temel önerimiz de tam olarak bu noktada ifadesini bulmaktadır. Bu önerimiz ise, bizzat Konvansiyon hükümleri temel alınarak hazırlanan MÖHUK'un yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümlerinin yeniden ele alınarak Konvansiyon'un mevcut

metninden çok daha çağdaş ve tahkim yanlısı olacak şekilde düzenlenmesidir. Böyle bir düzenlemenin elbette uygulamada karşılaşılan temel problemler detaylıca ele alınarak kapsamlı bir çalışmanın sonucunda yapılması gerekir. Çalışmamız kapsamında bu çalışmalar açısından önerilebilecek değişiklik ise tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tâbi olacağı hukuka ilişkindir. Bu önerimiz, tahkim anlaşmasının ehliyet, esas, şekil ve temsil yetkisi dahil olmak üzere tüm veçheleri açısından geçerliliğinin, Van den Berg'in Miami Taslağı'nda olduğu gibi, tahkim yeri hukukuna tâbi kılınmasıdır. Buna karşın, kanaatimizce Hollanda Medeni Usûl Kanunu md. 1076(2), 1076(3) ve 1076(4) fıkra hükümlerinde olduğu gibi tenfize direnme hakkını açıkça sınırlandıran bir düzenlemeye yer verilmemesi yerinde olacaktır. Zira böyle bir düzenleme, sınırsız sayıda somut olay şartlarının her biri açısından hakkaniyeti sağlamak için yetersiz kalabilecek ve son derece hassas bir konuya yanlış bir şekilde genel geçer çözümlerin benimsenmesi sonucunu doğurabilecektir. Ayrıca böyle bir tercih, hâli hazırda son derece sınırlı bir şekilde düzenlenmiş tenfize direnme hakkının adalet ve hakkaniyete aykırı şekilde sınırlandırılmasına da sebebiyet verebilecektir. Oysaki, çalışmamızda incelendiği üzere, hukukumuzun en temel prensiplerinden biri olan hakkın kötüye kullanılması yasağına gerekli olduğu hâllerde başvurulmasıyla uygulamada doğabilecek hakkaniyete aykırılık hâlleri giderilebilecektir.

KAYNAKÇA

- ABASCAL ZAMORA, Jose Maria** : “Enhancing Dissemination of Information, Technical Assistance and Training”, Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects, New York: United Nations Publications, 1999.
- ABOLAFIA, Luis Bravo** : “Implied Choice of the Law Applicable to the Arbitration Agreement: The Effect on Non-Signatories in International Arbitration”, ASA Bulletin, C.37, S.1.
- AKINCI, Ziya** : Milletlerarası Tahkim, Altıncı Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021. (*Milletlerarası Tahkim*)
- AKINCI, Ziya** : “Milletlerarası Tahkim ve İptal Davası”, XI. Milletlerarası Tahkim Semineri (14 Nisan 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014. (*İptal*)
- AKINCI, Ziya** : Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994.
- AKINCI, Ziya** : “Tahkimde Yetki İtirazı”, XII. Milletlerarası Tahkim Semineri (27 Aralık 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014. (*Yetki İtirazı*)
- AKINCI, Ziya** : “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.2, Beta Yayıncılık: İstanbul, 2003.
- AKINCI, Ziya** : “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi”, İzmir Barosu Dergisi, C.59, 1994.

- AKİPEK, G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ-KARAMAN, Derya** : Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014. (*Medenî*)
- AKYOL, Şener** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006. (*Dürüstlük Kuralı*)
- AKYOL, Şener** : Medenî Hukukta Çelişki Yasağı, Prof. Dr. Feyzi N. Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007. (*Çelişki Yasağı*)
- ANNAN, Kofi** : “Opening Adress Commemorating the Successful Conclusion of the 1958 United Nations Conference on International Commercial Arbitration”, Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects, New York: United Nations Publications, 1999.
- ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat** : Medeni Hukuk, Genişletilmiş 4.Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021. (*Medeni Hukuk*)
- ARFAZADEH, Homayoon** : “In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception”, American Review of International Arbitration, C.13, S.1-4.
- ARSLAN, Mahmut Sait** : Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Mahkemesi Uygulamasında “Görev Belgesi” (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Aralık 2019. (*Görev Belgesi*)
- ARSLAN, Ramazan** : Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara: S Yayınları, 1989. (*Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*)
- ATAAY, Aytekin** : Medenî Hukukun Genel Teorisi, 3. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980.
- ATAMAN İnci FİGANMEŞE,** : “Milletlerarası Ticarî Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrolle Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”,

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.31, S.2, 2012. (*Mükerrer*)

- AYDEMİR, Fatih** : Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017.
- BALKAR SÜHEYLA BOZKURT,** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2016. (*Bağımsızlık*)
- BALKAR, Süheyla** : “Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunma veya İflas Halinin Tahkim Anlaşmasına Etkileri”, Tahkim Anlaşması (eds. Hatice Özdemir Kocasakal/Süheyla Balkar), Onikilevha Yayıncılık: İstanbul, 2020. (*Ödeme Güçlüğü*)
- BALKAR, Süheyla** : “Tahkim Dili”, Legal Hukuk Dergisi, C.20, S.239, 2022. (*Tahkim Dili*)
- BALKAR, Süheyla** : “AİHM Kararları Işığında AİHS md. 6 ve Tahkim”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.209, 2022.
- BALKAR, Süheyla** : “805 Sayılı Kanun’un Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk (eds. Ziya Akıncı/Berk Demirkol), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021.
- BALKAR, Süheyla** : “Law No.805’s Effect on Arbitration Agreements”, ASA Bulletin, C.40, S.2, 2022.
- BALKAR, Süheyla** : Milletlerarası Ticari Tahkim ve Etik, Onikilevha Yayıncılık: İstanbul, 2022. (*Etik*)
- BAYATA CANYAŞ, Aşlı** : UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticarî Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016. (*UNCITRAL*)
- BEISTEINER, Lisa** : The European Convention on International Commercial Arbitration: A Commentary, Kluwer Law International, 2018.
- BENJAMIN, P. I.** : “The European Convention on International Arbitration”, British Yearbook International Law, C.37, 1961.
- BERGER, Klaus** : “Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?” International Arbitration 2006: Back to Basics? (ed. Albert Jan Van den Berg), ICCA

Congress Series No:13, Kluwer Law International, 2007. (*Reexamining the Arbitration Agreement*)

- BERMANN, George A.** : Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, Switzerland: Springer, 2017. (*National Reports*)
- BINDER, Peter** : International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, Kluwer Law International, 2019. (*Model Law*)
- BLACKABY, Nigel/
PARTASIDES, Constantine
/REDFERN, Alan** : “Recognition and Enforcement of Arbitral Awards”, Redfern and Hunter on International Arbitration (eds. Nigel Blackaby/Constantine Partasides/Alan Redfern et al.), 7.Bası, Kluwer Law, 2023. (*Redfern and Hunter*)
- BOLLÉE, Sylvain** : “Le Droit Français de l’arbitrage International après le Décret N° 2011-48 du 13 Janvier 2011”, Revue Critique de Droit International Privé, C. 2011, 2011.
- BONOMI, Andrea/
REYMOND-ENIAEVA, Elza** : “Interpretation and Application of the New York Convention in Switzerland”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, (ed. George A. Bermann), Switzerland: Springer, 2017. (*NYC in Switzerland*)
- BORN, Gary** : International Commercial Arbitration, 3rd Edition, Kluwer Law International, 2021. (*International Commercial Arbitration*)
- BORRIS, Christian/HENNECKE, Rudolf** : “Article V”, New York Convention Article-by-Article Commentary, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019. (*Article V*)
- BOSMAN, Lise** : ICCA International Handbook on Commercial Arbitration Supplement No.98, Kluwer Law International, 2023.
- BOUCOBZA, Xavier/SERINET, Yves-Marie** : “Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international”, Journal du Droit International, C.2012, S.1, 2012.

- BÖRNER, Andreas** : “Article III”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, (eds. Herbert Kronke/Patricia Nacimiento/Dirk Otto/ Nicola Christine Port), Kluwer Law International, 2010. (*Article III*)
- BRINER, Robert** : “Philosophy and Objectives of the Convention”, Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects, New York: United Nations Publications, 1999. (*Philosophy*)
- BROTONS, Antonio Remiro** : “La Reconnaissance et L’exécution des Sentences Arbitrales Étrangères”, Recueil des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- BURGSTALLER, Markus/ROSENBERG, Charles B.** : “Challenging International Arbitral Awards: To ICSID or not to ICSID?”, Arbitration International, S.1, 2011.
- BUTLER, Petra/KATERNDAHL, Christoph** : “Kastom – A Public Policy Exception Under The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, Indian Journal of Arbitration Law, C.VII, S.1, 2018. (*Reconnaissance et exécution*)
- BUZ, Vedat** : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando** : “Interpretation and Application of the New York Convention in Peru”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, (ed. George A. Bermann), Switzerland: Springer, 2017.
- CARDUCCI, Guido** : “The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration Law”, Arbitration International, C.2012, S.1.
- CHAPPUIS, Christine** : “Art. 2”, Commentaire Romand Code Civil I (eds. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Christiana Fountoulakis), İkinci Bası,

Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2023.
(*Commentaire Romand*)

- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır** : Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2021. (*Milletlerarası Özel Hukuk*)
- DELAUME, Georges R.** : “Enforcement Against a Foreign State of an Arbitral Award Annulled in the Foreign State”, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, S.2, 1997.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile** : Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin Yayıncılık: İstanbul, 2001.
- DEMİRKOL, Berk** : “Karşılaştırmalı Hukukta Hakem Kararlarının Tenfizinde Hukukî Dinlenilme Hakkı”, *Tahkimde Hukukî Dinlenilme Hakkı* (eds. Ziya Akıncı/Yasin Ekmen), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022.
- DEMİRKOL, Berk** : “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, *Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1* (Editörler: Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş), İstanbul, 2020.
- DEMİRKOL, Berk** : Berk Demirkol, “Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements and Awards in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review*, C.30, S.1, 2015.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis** : “Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.4, 2002, s.37-44.
- DESCHENAUX, Henri** : *Le Titre Préliminaire du Code Civil*, Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1969. (*Titre Préliminaire*)
- DEYNEKLİ, Adnan** : “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar”, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C.XVI, Özel Sayı, 2014.
- DÖNMEZ, Cansu** : Verildiği Ülkede İptal Edilen Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022. (*İptal Edilmiş Kararların Tenfizi*)

- DURAL, Mustafa/SARI, Suat** : Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 11. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016. (*Özel Hukuk*)
- EDİS, Seyfullah** : Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997. (*Medenî Hukuka Giriş*)
- EGEMEN DEMİR, Işıl** : “Kompetenz-Kompetenz İlkesi ve Olumsuz Etkisi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S.1, 2021.
- EHLE, Bernd** : “Scope of Application”, New York Convention Article-by-Article Commentary, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019. (*Scope*)
- EKŞİ, Nuray** : “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Public and Private International Law Bulletin, C. 23, S.1-2, 2011. (*Değerlendirme*)
- EKŞİ, Nuray** : Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020. (*Tenfiz*)
- EKŞİ, Nuray** : New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009. (*İptal Edilmiş*)
- EKŞİ, Nuray** : Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, Beta Yayıncılık: İstanbul, 2010. (*Incorporation*)
- ERDEM, Ercüment** : Milletlerarası Ticaret Hukuku, Üçüncü Bası, Onikilevha Yayıncılık: İstanbul, 2024. (*Milletlerarası Ticaret Hukuku*)
- ERDEM, Ercüment** : “Tahkim Anlaşması”, Prof Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017. (*Tahkim Anlaşması*)
- ERDEM, Ercüment** : “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Yazılılık Koşulu”, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017. (*Yazılılık Koşulu*)

- ERDÖNMEZ, Güray** : Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017. (*Pekcanitez Medenî Usûl*)
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- ERGÖNEN, Onur** : “Milletlerarası Tahkim Kanunu Sonrası Hakem Kararlarının Milliyeti Meselesi: “Otorite Kanunu Kriteri”nin Sonu”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C.3, S.1, 2014.
- ERGÖNEN, Onur** : “10. Yılında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Uygulama Alanı”, Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C.7, S.20, 2011. (*10. Yıl*)
- ERKAN, Mustafa** : Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 2013. (*Yetki Sorunları*)
- ESEN, Emre** : “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensipleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan Özel Sayı, C.1, 2011.
- ESEN, Emre** : Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008. (*Teşmil*)
- ESEN, Emre** : “Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.23, S.1, 2003.
- ESEN, Emre** : “İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi”, Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, C.40, S.1, 2020.

- ESEN, Emre** : “Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, Public and Private International Law Bulletin, C.22, S.1-2. (*Şekil*)
- FOUCHARD, Philippe** : “La Portée Internationale de l'Annulation de la Sentence Arbitrale dans son Pays d'Origine”, Revue de l'Arbitrage, C. 1997, S.3, 1997. (*La Portée*)
- FOUCHARD, Philippe** : “Suggestions pour Accroître L'efficacité Internationale des Sentences Arbitrales”, Revue de l'Arbitrage, C.1998, S.4, 1998. (*Suggestions*)
- FOX, Todd. J./WILSKE, Stephan** : “Article V”, New York Convention Article-by-Article Commentary, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019. (*Article V*)
- GAILLARD, Emmanuel** : “The Urgency of Not Revising the New York Convention”, 50 Years of the New York Convention – ICCA Congress Series No.14 (ed. Albert Jan Van den Berg), Dublin: Kluwer Law International, 2009.
- GAILLARD, Emmanuel/SAVAGE, John** : Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999. (*Fouchard Gaillard Goldman*)
- GAILLARD, Emmanuel** : “Les Manoeuvres Dilatoires Des Parties et Des Arbitres”, Revue de L'Arbitrage, C.1990, S. 4, 1990.
- GHARAVİ, Hamid G.** : International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award, Kluwer Law International, 2002. (*Effectiveness*)
- GILLIES, Peter/DAHDAL, Andrew** : “Waiver of a Right to Arbitrate by Resort to Litigation, in the Context of International Commercial Arbitration”, Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, C.73, S.4, 2007. (*Waiver*)
- GIRSBERGER, Daniel/VOSER, Nathalie** : International Arbitration Comparative and Swiss Perspectives, Schultess, 2021. (*International Arbitration*)

- GÜVEN, Pelin** : Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013. (*Tanıma Tenfiz*)
- GÜZEL, Pınar** : Sulh Sözleşmesi, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- HARBST, Ragnar** : “Korruption und andere ordre public-Verstöße als Einwände im Schiedserfahren”, SchiedsVZ, C. 2007.
- HASCHER, Dominique** : “European Convention on International Commercial Arbitration (European Convention, 1961)-Commentary”, ICCA Yearbook Commercial Arbitration (ed. Albert Jan Van den Berg), C.XX, 1995. (*Commentary*)
- HASCHER, Dominique** : European Convention on International Commercial Arbitration of 1961: Commentary, ICCA Yearbook Commercial Arbitration (ed. Albert Jan Van den Berg), C.XXXVI, 2011. (*Commentary 2011*)
- HASCHER, Dominique** : “Recognition and Enforcement of Arbitration Awards and the Brussels Convention”, Arbitration International, C.12, S.3.
- HAUGENEDER, Florian** : “The New Austrian Arbitration Act and the European Convention on International Commercial Arbitration”, Arbitration International, C.23, S.4, 2007. (*European Convention*)
- HOLTZMANN, Howard M./ NEUHAUS, Joseph Neuhaus** : A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, Kluwer Law International, 1989. (*Model Law Commentary*)
- HOWELL, David** : “Issue Estoppel Arising Out of Foreign Interlocutory Court Proceedings in International Arbitration”, Journal of International Arbitration, C.20, S.2, 2003.
- IŞIK, Fatih** : “Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi – Temsilci İçin Aranılan Özel Yetki”, Tahkim Anlaşması (eds. Hatice Özdemir Kocasakal/Süheyla Balkar), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020.

- İŞİK, Fatih** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk, Onikilevha Yayıncılık: İstanbul, 2015. (*Temsil*)
- İLHAN, Hüseyin Afşın** : Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s.48. (*Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*).
- İMRE, Zahit** : Medenî Hukuka Giriş, 3. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980. (*Medenî Hukuka Giriş*)
- İNCEOĞLU, Mehmet** : “Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Tarafından Yapıldığına İlişkin İddiaların Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Public and Private International Law Bulletin, C.40, S.1.
- Murat/DEMİR**
GÖKYAYLA, Cemile
- KALAFATOĞLU, Mehmet** : “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat”, Public and Private International Law Bulletin, C.38, s.2, 2018. (*Feragat*)
- Polat**
- KALPSÜZ, Turgut** : “Hakem Kararlarının İcrası”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.25, S.2, 2009. (*İcra*)
- KALPSÜZ, Turgut** : “Türk Hakem Kararı Kavramı”, II. Tahkim Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizî Bildiriler Tartışmalar, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984.
- KALPSÜZ, Turgut** : “Hakem Kararlarının Milliyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.IX, S.3,1978.
- KALPSÜZ, Turgut** : “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizî Hakkındaki New York Sözleşmesinin Kapsamı, Tenfiz Şartları ve Tenfiz Usulü”, Milletlerarası Tahkim Semineri, İstanbul, 2017.
- KALPSÜZ, Turgut** : “Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.2, Beta Yayıncılık: İstanbul, 2003. (*Tahkim Anlaşması*)
- KAPLAN, Neil** : “New Developments on Written Form”, Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects,

New York: United Nations Publications, 1999.

- KAPLAN, Yavuz** : Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle** : “Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure- The Role of the Law of the Place of Arbitration”, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements And Awards: 40 Years Of Application and The New York Convention – ICCA Congress Series No.9 (ed. Albert Jan Van den Berg), Dublin: Kluwer Law International, 1999. (*Applicable Law*)
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/RIGOZZI, Antonio** : Arbitrage International, Droit et Pratique à la Lumière de la LDIP, Berne, 2006. (*Arbitrage*)
- KAYALI, Didem** : Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** : www.kazanci.com.tr (*Kazancı*)
- KING, D. Brian/SCHLUEP, Alexandra** : “Application of Article V of the New York Convention in the Netherlands”, Journal of International Arbitration, C.25, S.6, 2008. (*Application in the Netherlands*)
- KOCASAKAL, Hatice** : “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Tenfiz Edilebilirliği”, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler, (ed. Süheylâ Balkar Bozkurt), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2016. (*İptal*)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** : Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem – Sözleşme, 6. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- KONRAD, Christian W.** : “Buried in Oblivion? The Significance and Limitations of the European Convention on International Commercial Arbitration”, Kluwer Arbitration Blog, 2 Kasım 2010.
- KORAL, Rabi** : Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Prof. Dr. Hıfzı Timur’a Armağan’dan Ayrı Bası, İstanbul: İstanbul

Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1979.
(*Hakemliğin Milliyeti*)

- KORAL, Rabi** : “Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.30, S.3-4, 1964. (*1961 Tarihli Sözleşme*)
- KORKMAZ, Abdullah** : “1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi’nde Yapılması Teklif Edilen Değişiklikler”, Public and Private International Law Bulletin, C.40, S.2, 2020. (*Değişiklik*)
- KRÖLL, Stefan** : “Die Schiedsvereinbarung im Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche”, Zeitschrift für Zivilprozess, 2004, s.430 vd.
- KRÖLL, Stefan** : “Chapter VIII: Recognition and Enforcement of Awards”, Arbitration in Germany: The Model Law in Practice (eds. Karl-Heinz Bockstiegel/Stephan Michael Kröll/Patricia Nacimiento), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2015. (*Arbitration in Germany*)
- KRÖLL, Stefan** : “Antragsvoraussetzungen und Präklusion im Verfahren zur Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche”, IPRax, 2002. (*Präklusion 2002*)
- KRÖLL, Stefan** : “Die Präklusion von Versagungsgründen bei der Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche”, IPRax, 2007, s.430-437. (*Präklusion*)
- KRÖLL, Stefan** : “Treu und Glauben bei der Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche”, IPRax, 2009. (*Treu und Glauben*)
- KRÖLL, Stefan** : “The European Convention of International Commercial Arbitration – The Tale of a Sleeping Beauty”, Austrian Yearbook on International Arbitration, C.7, 2013. (*Sleeping Beauty*)
- KRÖLL, Stefan/MARENKOV, Dmitry** : “The Principle of Good Faith in Enforcement of Foreign Awards – The Taming of Another “Unruly Horse” in German Law”, Stockholm

International Arbitration Review, C.2009, S.1, 2009. (*Unruly Horse*)

- KURU, Baki** : Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt VI, Altıncı Bası, İstanbul: Demir Demir Yayıncılık, 2001. (*HUMK*)
- LAMM, Carolyn B.** : “Comments on the Proposal to Amend the New York Convention”, 50 Years of the New York Convention – ICCA Congress Series No.14 (ed. Albert Jan Van den Berg), Dublin: Kluwer Law International, 2009.
- LAZIĆ, Vesna** : “Interpretation and Application of the New York Convention in the Netherlands”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, (ed. George A. Bermann), Switzerland: Springer, 2017. (*Netherlands*)
- LEW, Julian / MISTELIS, Loukas/KRÖLL, Stefan** : Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003. (*Comparative Arbitration*)
- Lexpera İçtihat Bilgi Bankası** : www.lexpera.com.tr (*Lexpera*)
- LIEBSCHER, Christoph** : “Preliminary Remarks”, New York Convention Article-by-Article Commentary, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019. (*Remarks*)
- MALLMANN, Roman** : “Die Bedeutung der Schiedsvereinbarung im Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche”, SchiedsVZ, 2004, s.152 vd. (*Die Bedeutung*)
- MANN, Francis A.** : “Where is an award “made”?”, Arbitration International, C.1985, S.1, 1985. (*Award*)
- MAYER, Pierre/SHEPPARD, Audley William** : “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, Arbitration International, C.19, S.2. (*ILA Report*)
- MEIER, Andrea** : Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) – Internationale Schiedsgerichtsbarkeit Art. 176-194 IPRG

sowie Art. 7 und 196 IPRG (Berner Kommentar), Stämpfli Verlag, 2023.

- MELIS, Werner** : “Considering the Advisability of Preparing an Additional Convention, complementary to the New York Convention”, Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects, New York: United Nations Publications, 1999.
- MERZ, Hans** : Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung (Art. 1-10 ZGB), Bern: Stämpfli & Cie, 1962. (*Berner Kommentar*)
- NACIMIENTO, Patricia** : “Article V(1)(a)”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, (eds. Herbert Kronke/Patricia Nacimiento/Dirk Otto/ Nicola Christine Port), Kluwer Law International, 2010.
- NAZZINI, Renato** : “Remedies at the seat and enforcement of international arbitral awards: res judicata, issue estoppel and abuse of process in English Law”, Transnational Construction Arbitration (ed. Renato Nazzini), New York: Informa Law, 2018. (*Remedies*)
- NAZZINI, Renato** : “The Law Applicable To The Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles”, International & Comparative Law Quarterly, C.65, 2016.
- NOMER, Ergin** : “10.6.1958 tarihli Hakem Kararlarının Tanınma ve Tenfizi Konusundaki New York Andlaşmasına ilişkin Dr. Şeref Ünal’ın Tebliği ile ilgili Yorum”, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu (ed. Cemal Şanlı), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.
- NOMER, Ergin** : “Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi”, Mahmut R. Belik’e Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993. (*Tenfiz*)
- NOMER, Ergin** : Devletler Hususî Hukuku, Yenilenmiş 23.Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021. (*Devletler Hususî*)

- NOMER, Ergin** : Milletlerarası Usul Hukuku, Yenilenmiş 2.Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018. (*Usul Hukuku*)
- NOMER, Ergin** : “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve “Görev Belgesi””, Uluslararası ve Tahkim Hukuku Dergisi, C.2, S.2, 2013. (*Görev Belgesi*)
- NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN GELGEL Günseli** : Milletlerarası Tahkim Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021. (*Milletlerarası Tahkim*)
- NOMER, Halûk N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 19. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.
- NOMER, Halûk N.** : Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2002.
- OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami** : Medenî Hukuk, 29.Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2023. (*Medenî Hukuk*)
- OTTO, Dirk** : “Article VII”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, (eds. Herbert Kronke/Patricia Nacimiento/Dirk Otto/ Nicola Christine Port), Kluwer Law International, 2010. (*Article VII*)
- OTTO, Dirk** : “Präklusion und Verwirkung von Vollstreckungsversagungsgründen bei der Vollstreckung ausländischer Schiedsgerichtsentscheidungen”, IPRax, 2012.
- OTTO, Dirk/ELWAN, Omaia** : “Article V(2)”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, (eds. Herbert Kronke/Patricia Nacimiento/Dirk Otto/ Nicola Christine Port), Kluwer Law International, 2010. (*Article V(2)*)
- ÖZBEK, Mustafa Serdar** : “Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, 2019.

- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice** : “Tahkim Anlaşması ile İlgili İptal Sebepleri”, XI. Milletlerarası Tahkim Semineri (14 Nisan 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014. (*Tahkim Anlaşması*)
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice** : “Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili”, Tahkim Anlaşması (eds. Hatice Özdemir Kocasakal/Süheyla Balkar), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020. (*Teşmil*)
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice** : “Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk”, XII. Milletlerarası Tahkim Semineri (27 Aralık 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014. (*Uygulanacak Hukuk*)
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice Özdemir** : “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Özer Seliçi’ye Armağan, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2004. (*MTK*)
- ÖZEKES, Muhammet** : Temel Hukuk Bilgisi, 12.Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022. (*Temel*)
- ÖZEL, Sibel** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul: Legal Yayınevi, 2008. (*Kanunlar İhtilafı Meseleleri*)
- ÖZEL, Sibel** : “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.23, S.1, 2017. (*Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği*)
- ÖZEL, Sibel** : “Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğine Dayanan Tenfiz Engelleri”, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler (ed. Süheylâ Balkar Bozkurt), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018. (*Tenfiz Engelleri*)
- ÖZEL, Sibel/ERKAN, Mustafa /PÜRSELİM, Hatice Selin/KARACA, Hüseyin Akif** : Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2023. (*Milletlerarası Özel Hukuk*)

- ÖZSUNAY, Ergun** : Medenî Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul: Güray Matbaacılık, 1987. (*Medenî Hukuka Giriş*)
- ÖZSUNAY, Ergun/ÖZSUNAY, Murat R.** : “Interpretation and Application of the New York Convention in Turkey”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, (ed. George A. Bermann), Switzerland: Springer, 2017.
- PARK, W. William** : “The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration”, The International and Comparative Law Quarterly, C.32, S.1, 1983.
- PARK, William** : “Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”, Multiple Parties in International Arbitration, Oxford, 2009.
- Patocchi, Paolo Michele** : “L’usage des langues dans l’arbitrage”, Revue de l’Arbitrage, C.2016, S.3, 2016.
- Patocchi/TERCIER, Pierre/TOSSENS, Jean-François**
- PAULSSON, Jan** : “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments”, Asica Pacific Law Review, C.6, S.2, 1998.
- PAULSSON, Jan** : “May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics”, Arbitration International, C.14, S.2, 1998. (*May or Must*)
- PAULSSON, Jan** : “L’exécution des Sentences Arbitrales dans le Monde de Demain”, Revue de l’Arbitrage, C.1998, S.4, 1998.
- PAULSSON, Jan** : “Arbitration Unbound in Belgium”, Arbitration International, C.2, S.1, 1986.
- PAULSSON, Marike R. P.** : “Miami Draft: the Good Twin of the NYC”, Kluwer Arbitration Blog, 7 Ekim 2009.
- PEKCANITEZ, Hakan** : “Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017.

- PEKCANITEZ, Hakan** : “Tahkim Usulü ile İlgili İptal Sebepleri”, XII. Milletlerarası Tahkim Semineri (27 Aralık 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014. (*Usuli İptal Sebepleri*)
- PEKCANITEZ, Hakan/YEŞİLIRMAK, Ali** : Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017. (*Medenî Usûl*)
- PETROCHIOLO, Georgios C.** : “Enforcing Awards Annulled in their State of Origin under the New York Convention”, The International and Comparative Law Quarterly, C. 48, S. 4, 1999. (*Annulled*)
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi** : **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- POUDRET, Jean / François/BESSON, Sebastien** : Comparative Arbitration Law (çeviren: Stephen V. Berti/Annette Ponti), İkinci Bası, 2007.
- QUINKE, David** : “Article VII”, New York Convention Article-by-Article Commentary, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019.
- SAKMAR, Atâ** : Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları, 1. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982. (*Yabancı İlamlar*)
- SANDERS, Pieter** : “The Making of the Convention”, Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects, New York: United Nations Publications, 1999.
- SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek** : “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.123, 2014.
- SCHERER, Matthias/MOSS, Sam** : “Resisting Enforcement of a Foreign Arbitral Award under the New York Convention”, Inter-Pacific Bar Association Journal, C.2008, S.17, 2008.
- SCHERER, Maxi** : “Article V”, New York Convention Article-by-Article Commentary, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019. (*Article V*)

- SCHERER, Maxi** : “Effects of Foreign Judgments Relationg to International Arbitral Awads: Is the Jugement Route the Wrong Road?”, Journal of International Dispute Settlement, C.4, S.3.
- SCHWARZ, Andreas B.** : Medenî Hukuka Giriş (çeviren: Hıfzı Veldet), İstanbul: Üniversite Kitabevi, 1942. (*Medenî*)
- SEROZAN, Rona/ENGİN, B. İlkay/ATAMER Yeşim M.** : Serozan Medenî Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9.Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022. (*Serozan Medenî Hukuk*)
- SHEPPARD, Audley William** : “Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, Arbitration International, C.19, S.2, 2003.
- SOLOMON, Dennis** : “Interpretation and Application of the New York Convention in Germany”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, (ed. George A. Bermann), Switzerland: Springer, 2017. (*NYC in Germany*)
- STEGER, Christian** : Die Präklusion von Versagungsgründen bei der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. (*Präklusion*)
- SwissLex** : www.swisslex.ch (*SwissLex*)
- SZÁSZ, Iván** : “Introduction to the Model Law of UNCITRAL on International Commercial Arbitration”, ICCA Congress Series No. 2 (Lausanne 1984): UNCITRAL’s Project for a Model Law on International Commercial Arbitration (ed. Pieter Sanders), Kluwer Law International, 1984.
- ŞANLI, Cemal** : Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 8. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023. (*Uluslararası Ticari Akitler*)
- ŞANLI, Cemal** : “21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku”, Avrupa (Cenevre) –

New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu (ed. Cemal Şanlı), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990. (*Avrupa Anlaşması*)

- ŞANLI, Cemal** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986. (*Esas*)
- ŞANLI, Cemal** : “Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, Public and Private International Law Bulletin, C.17, S.1-2, 1997.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci** : Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2024. (*Milletlerarası Özel Hukuk*)
- ŞİT, Banu** : Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara: İmaj Yayınevi, 2005, s.47
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge** : “On Yıllık Süreçte Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C.2, S.1, 2013. (*On Yıl*)
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge /ŞİT, Banu** : “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.22, S.2, 2002. (*MTK*)
- TAŞKIN, Âlim** : “Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, Prof Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, 1999.
- TEKİNALP, Gülören** : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020. (*Milletlerarası Özel Hukuk*)
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi** : Medenî Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973. (*Medenî Hukuka Giriş*)
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi** : Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s.171. (*Genel Esaslar*)
- TİRYAKIOĞLU, Bilgin** : “Çok Taraflı Tahkim”, XII. Milletlerarası Tahkim Semineri (27 Aralık 2014), ICC

Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014.

- TOSUN, Zelâl Narçin** : Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, Yetkin Yayıncılık: Ankara, 2009.
- TRAIN, François-Xavier** : 1Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères: le droit français au prisme de la Convention de New York”, Revue Internationale de Droit Comparé, S.2, 2014.
- TUNG, Sherlin Tung** : “Chapter 34: The Importance of Languages in International Arbitration and How They Impact Parties’ Due Process Rights”, The Powers and Duties of Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer (eds. Patricia Louise Shaughnessy/Sherlin Tung), Kluwer Law International, 2017.
- ULUSU, Ayşe Elif** : “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımni Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk (eds. Ziya Akıncı/Berk Demirkol), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021.
- UNCITRAL** : Recommendation Regarding the Interpretation of Article II, Paragraph 2, and Article VII, Paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10.06.1958. (*Recommendation*)
- UNCITRAL Secretariat** : Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 2016. (*Guide*)
- UNCITRAL Secretariat** : Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law On International Commercial Arbitration, A/CN.91264, 25 Mart 1985.
- United Nations Conference on International Commercial Arbitration** : Final Act and Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, U.N. Doc. E/CONF.26/8/Rev., New York, 1958.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA,** : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.

**Arslan/NOMER ERTAN, N.
Füsün**

- ÜSTÜNDAĞ, Saim** : “Yabancı Hakem Kararı Kavramı”, II. Tahkim Haftası Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü: Ankara, 1984.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : The New York Arbitration Convention of 1958, Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981. (NYC)
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : The German Arbitration Act 1998 and the New York Convention 1958, Law of International Business and Dispute Settlement, (eds. Robert Bringer/L. Yves Fortier/K. Peter Berger/J. Bredow), Köln: C. Heymanns, 2001.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : “Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?”, ICSID Review, C.29, S.2, 2014. (*Setting Aside*)
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : “Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) – XXVII (2002)”, ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2003, C.XXVIII, 2003. (*Yearbook 2003*)
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : “Striving for Uniform Interpretation”, Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention Experience and Prospects, New York: United Nations Publications, 1999. (*Uniformity*)
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 1999, C.XXIVa, 1999.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : ICCA Yearbook Commercial Arbitration, C.XXX, 2005.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 2000, C.XXV, 2000.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 1983, C.IX, 1984.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : ICCA Yearbook Commercial Arbitration, C.XI, 1986.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 2010, C.XXXV, 2010.

- VAN DEN BERG, Albert Jan** : ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 2011, C.XXXVI, 2011.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : ICCA Yearbook on Commercial Arbitration 2001, C.XXVI, 2001.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia”, Journal of International Arbitration, C.27.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards, Explanatory Note, 29 Mayıs 2008. (*Explanatory Note*)
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia, Case Comment on Dutch Supreme Court of 25 June 2010”, Journal of International Arbitration, S. 6, 2011.
- WEBSTER, Thomas** : Handbook of ICC Arbitration, Thomas Reuters, 2021.
- H./BÜHLER, Micheal W.**
- WETTER, J. Gillis** : “The Present Status of the International Court of Arbitration in the ICC: An Appraisal”, The American Review of International Arbitration, C.1, S.1, 1990.
- WOLFF, Reinmar** : “Public Policy, Article V(2)(b)”, New York Convention Article-by-Article Commentary, (ed. Reinmar Wolff), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019.
- YASAN TEPETAŞ, Candan** : “Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukukun Tayinindeki Yaklaşımlar ve Türk Hukukundaki Etkileri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XL, S.2, 2024, s.277-309.
- YEŞİLIRMAK, Ali** : ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması, Onikilevha Yayıncılık: İstanbul, 2018. (*ICC Tahkimi*)
- YEŞİLOVA, Bilgehan** : ““Lex (Loci) Arbitri” ve “Tahkim Yeri” Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı (MTK m.1/II)”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C.2, S.1, 2013. (*Lex Loci Arbitri*)
- YEŞİLOVA, Bilgehan** : “Tahkimde Uygulanacak Hukuk (Lex Arbitri), Teorik Temelleri ve

Düşündürdükleri”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C.4, S.1, 2007.

- YEŞİLOVA, Bilgehan** : “Tahkim İlk İtirazı Üzerine Hakemlerin Yargı Yetkisi ile İlgili olarak Mahkemelerin Yapacakları Denetim ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı, 2009.
- YEŞİLOVA, Bilgehan** : “1961 Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi’nin Türk Milletlerarası Tahkim Hukukundaki Yeri ve Uygulama Alanı (MTK m. 1/VI)”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C.3, S.2, 2014. (*Cenevre*)
- YEŞİLOVA, Bilgehan** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir: Güncel Yayınevi, 2008.
- YILMAZ, Ejder** : “Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler”, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu (ed. Cemal Şanlı), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.

* Tüm çevrimiçi kaynaklara son erişim tarihi 01.09.2024’tür.

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Mehmet Ali TANRIKULU
Tez Başlığı : Milletlerarası Ticari Tahkimde Tanıma ve Tenfize
Direnme Hakkının Bir Sınırı Olarak Hakkın
Kötüye Kullanılması Yasağı
Savunma Tarihi : 23/09/2024
Danışman : Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-SOYADI

İmza

Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL
Prof. Dr. Ziya AKINCI
Prof. Dr. Sibel ÖZEL

Prof. Dr. Ulun AKTURAN
Enstitü Müdürü