

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

**HAKEM KARARLARININ ESASA UYGULANACAK HUKUKA
UYGUNLUK AÇISINDAN DENETLENMESİ BAĞLAMINDA
RÉVISION AU FOND YASAĞI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ahmet Arif YAZICILAR

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Süheylâ BALKAR

ARALIK 2024

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

**HAKEM KARARLARININ ESASA UYGULANACAK HUKUKA
UYGUNLUK AÇISINDAN DENETLENMESİ BAĞLAMINDA
RÉVISION AU FOND YASAĞI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ahmet Arif YAZICILAR

**Tez savunma jürisi: Prof. Dr. Ziya AKINCI
Prof. Dr. Süheylâ BALKAR (Tez Danışmanı)
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe İpek SARIÖZ BÜYÜKALP**

ARALIK 2024

ÖNSÖZ

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı kapsamında hazırlanan bu çalışmada, milletlerarası tahkimin önemli konularından birisi olan *r vision au fond* yasağı (hakem kararlarının esastan denetlenmesi yasağı) temelinde bir inceleme yapılmıştır. Böylesine önemli ve zor bir konuda hazırlanan bu mütevazi çalışmanın tamamlanmasında pek çok kimsenin katkısı bulunmaktadır.

Öncelikle bu çalışmanın içerisinde yer aldığı tahkim hukukuna lisans döneminde verdiği derslerle ilgi duymamı sağlayan, lisans dönemi sonrasında kendisi ile birlikte 3,5 seneye yakın çalışma imkânı bulduğum, tahkimin pratik uygulamasına ve akademik arka planına ilişkin kendisinden çok şey öğrendiğim, yoğun programı içerisinde beni kırmayıp tez jürisinde bulunma nezaketi gösteren, yorumları ile bu çalışmanın bu hale gelmesinde önemli katkıları bulunan kıymetli Hocam Prof. Dr. Ziya Akıncı'ya şükranlarımı sunarım.

Tez jürisinde bulunmayı kabul ederek, kendisine teslim ettiğim birden fazla nüshayı en ince ayrıntısına kadar titizlikle okuyan ve yaptığı yorum ve eleştirileriyle çalışmanın bu hale gelmesinde çok kıymetli katkıları bulunan Dr. Öğr. Üyesi Ay e  pek SARIO  BÜYÜKALP'e teşekkürlerimi sunarım.

Lisans döneminden beri  ğrencisi olduğum, Yüksek Lisans Programı kapsamında kendisinden aldığı Seminer dersinde  dev olarak vermiş olduğu konu üzerine bu çalışmayı hazırlamam vesile olan, tez danışmanım olmayı kabul eden, bu çalışmanın tamamlanmasına kadar geçen süreçte her konuda destek olan ve bana güvenen değerli Hocam Prof. Dr. S heyl  BAL KAR'a şükranlarımı sunarım.

Bu çalışmanın hazırlandığı dönemde desteklerini esirgemeyen kıymetli arkadaşlarımdan her birine ayrı ayrı teşekkür ederim.

Maddi ve manevi olarak her zaman bana destek olan aileme; yorulmadan çalışmayı öğreten babam Seyfullah YAZICILAR'a, yaptığımız her i i titizlikle ve layıkıyla yapmayı öğreten annem Saime YAZICILAR'a, hayata farklı pencereden bakmamı sağlayarak eksikliklerimi gideren kardeşim Mahmut Fatih YAZICILAR'a teşekkür ederim. Her koşulda yanımda olan, bu çalışma özelinde pes ettiğim her noktada bana moral veren, desteğini asla esirgemeyen, kendi uzmanlık alanı olmamasına rağmen benimle bu çalışmadaki fikirlerin geliştirilmesi için yardımcı olan kıymetli e im Ay e Nur YAZICILAR'a her şey için teşekkür ederim.

Bu çalışmanın tamamlanmasına yakın bir zamanda dünyaya gözlerini açan kızımız Zeynep Hale'ye bu çalışmayı armağan etmek istiyorum.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	iv
RÉSUMÉ	v
ABSTRACT	vii
ÖZET	ix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: HAKEM KARARLARININ DENETLENMESİNDE RÉVISION AU FOND YASAĞI VE DAYANAKLARI	5
I. RÉVISION AU FOND KAVRAMI VE HAKEM KARARLARININ DENETİMİNDE YASAKLANMASI	5
A. RÉVISION AU FOND DENETİMİ	5
1. Révision Au Fond Kavramının Anlamı	5
2. Révision Au Fond Kavramının Ortaya Çıkışı	7
3. Révision Au Fond Denetiminin Kapsamı	12
a) Vakıaların Tespiti Faaliyeti	14
b) Hukuki Değerlendirme Faaliyeti	17
B. HAKEM KARARLARININ DEVLET YARGISI TARAFINDAN DENETLENMESİ	19
1. Hakem Kararlarının Devlet Yargısı Tarafından Denetlenmesi Gerekliliği	19
2. Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları ve Révision au Fond Yasağı	23
a) Model Kanun Temelinde İptal Denetimi ve Révision Au Fond Yasağı	25
b) Hakem Kararlarının Esastan Denetlenmesine İmkân Veren Ülkeler	33
3. Hakem Kararlarının Tenfizî Davası ve Révision Au Fond Yasağı	34
II. HAKEM KARARLARININ DENETLENMESİNDE RÉVISION AU FOND YASAĞININ DAYANAKLARI	40
A. TAHKİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ AÇISINDAN RÉVISION AU FOND YASAĞININ DAYANAĞI	40
1. Sözleşmesel Görüş	42
2. Yargısal Görüş	49
a) Hüküm Teorisi	50
b) Delegasyon Teorisi	52
c) Milli Hukuk Teorisi	54
d) Yargısal Görüşe İlişkin Teorilerin Révision au Fond Yasağı Üzerindeki Etkileri	55
3. Karma Görüş	58
4. Özerk (Otonom, Bağımsız) Görüş	60
B. HAKEM KARARLARININ ETKİSİ AÇISINDAN RÉVISION AU FOND YASAĞININ DAYANAĞI	63
1. Hakem Kararının Bağlayıcılığı ve Révision au Fond Yasağının Gerekliliği	63
2. Hakem Kararının Res Judicata Etkisi ve Révision au Fond Yasağının Gerekliliği	72
a) Medeni Usul Hukukunda Res Judicata	72
b) Tahkim Hukukunda Res Judicata	74
C. TAHKİMİN TARİHSEL GELİŞİMİ AÇISINDAN RÉVISION AU FOND YASAĞININ DAYANAĞI	79
1. Tahkimin Tarihsel Gelişimi Açısından Hakem Kararlarının Denetlenmesine Yönelik Anlayış	80
a) İlk (Antik) Çağ	80

b) Orta Çağ Başlangıcından 1700'e Kadar Olan Dönem	82
c) 1700 ilâ 1950 Arası Dönem	83
d) 1950'den Günümüze Kadar Olan Dönem	90
2. Devletin Tahkime Yönelik Tutumunun Değişmesine Yol Açan Sebepler	
Açısından Révision Au Fond Yasağının Dayanağı	94
a) Tarafların Tahkimin Risklerini Kabul Ettiği Görüşü Açısından Révision au Fond Yasağı	95
b) Tahkimin Niteliğine Duyulan Güven Açısından Révision au Fond Yasağı	98
c) Devletlerin Liberal Politikaları Açısından Révision au Fond Yasağı	101
D. HAKEM KARARLARININ DENETİM MEKANİZMALARI AÇISINDAN RÉVISION AU FOND YASAĞININ DAYANAĞI	103
1. Devletlerin Tahkimde Milli Hukuklarının Doğru Uygulanmasında Özel Bir Menfaatinin Bulunmaması	103
2. Tenfiz Denetiminin Amacı Açısından Révision Au Fond Yasağının Dayanağı	106
3. İptal Denetimi Açısından Révision au Fond Yasağının Dayanağı	108
İKİNCİ BÖLÜM REVISION AU FOND YASAĞI VE HAKEM KARARLARININ ESASA UYGULANACAK HUKUKA AYKIRILIK AÇISINDAN DENETLENMESİ	115
I. REVISION AU FOND YASAĞI KAPSAMINA GİRMİYEN DENETİM: KONTROL SİSTEMİ	115
A. HAKEM KARARLARININ DENETİMİNDE GENEL OLARAK "KONTROL" SİSTEMİ	115
B. KONTROL SİSTEMİ ÇERÇEVESİNDE BAZI DENETİM SEBEPLERİ	120
1. Hakemin Yetkisine İlişkin Denetim	120
2. Usûle Aykırılık Denetimi	127
3. Adil Yargılanma Hakkı İhlali Bakımından Denetim	129
4. Kamu Düzeni Denetimi	134
a) Genel Olarak Kamu Düzeni İhlali	134
b) Kamu Düzeni İhlallerinin Mahkeme Tarafından Denetlenmesi	138
II. REVISION AU FOND YASAĞI KARŞISINDA ESASA UYGULANACAK HUKUKA AYKIRILIKLARIN DENETLENMESİ	145
A. HAKEMİN TARAFLARIN MADDİ HUKUK SEÇİMİNE RİAYET ETMEMESİ	146
B. HAKEMİN ESASA UYGULANACAK HUKUKU TAYİN EDERKEN HATA YAPMASI	152
C. HAKEMİN ESASA UYGULANACAK HUKUKU HATALI UYGULAMASI	158
D. HAKEMİN YETKİSİ OLMADIĞI HALDE DOSTANE ARACI OLARAK VEYA HAKKANİYETE GÖRE KARAR VERMESİ	167
III. ESASA UYGULANACAK HUKUKA AYKIRILIKLARIN DENETLENMESİNE YÖNELİK YAKLAŞIMLAR	170
A. HAKEM KARARLARININ ESASA UYGULANACAK HUKUKA AYKIRILIK BAKIMINDAN DENETLENMESİNE İMKÂN VEREN ÜLKELER	171
1. İngiliz Hukukunda Hakem Kararındaki "Hukuki Sorunların" Temyizi	172
2. Amerikan Hukukunda Hukukun Açıkça Göz Ardı Edilmesi Doktrini	177
3. İç Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuka Aykırılıkların Denetlenmesine İmkân Veren Ülkeler	181
B. HAKEM KARARLARININ ESASA UYGULANACAK HUKUKA AYKIRILIK BAKIMINDAN DENETLENMESİNDE TARAFLARIN ROLÜ	185
1. Hakem Kararlarının Denetim Kapsamının Taraflarca Sınırlandırılması	186
2. Hakem Kararlarının Denetim Kapsamının Esasa Uygulanacak Hukuka Aykırılığı Kapsayacak Şekilde Genişletilmesi	187
SONUÇ	193
KAYNAKÇA	198
ÖZGEÇMİŞ	214

KISALTMALAR

AAA	: American Arbitration Association
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
CPCS	: İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu (<i>Code de Procédure Civile Suisse</i>)
FAA	: Federal Tahkim Kanunu (<i>The Federal Arbitration Act</i>)
GAFTA	: Hububat ve Yem Ticareti Birliği (<i>The Grain and Feed Trade Association</i>)
GDO	: Genetiği Değiştirilmiş Organizma
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: Milletlerarası Ticaret Odası (<i>The International Chamber of Commerce</i>)
ICSID	: Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (<i>The International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>)
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
IBK	: İctihadı Birleştirme Kararı
JAMS	: <i>Judicial Arbitration and Mediation Services</i>
LCIA	: Londra Uluslararası Tahkim Merkezi (<i>The London Court of International Arbitration</i>)
LDIP	: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (<i>Loi fédérale sur le droit international privé</i>)
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
NCPC	: Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu (<i>Code de Procédure Civile Française</i>)
NYS	: 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi
PILA	: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (<i>Swiss Private International Law Act</i>)
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
UNCITRAL	: Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (<i>The United Nations Commission on International Trade Law</i>)
UNIDROIT	: Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü (<i>“The International Institute for the Unification of Private Law”</i>)

RÉSUMÉ

La présente étude examine l'interdiction de la révision au fond, qui signifie l'interdiction absolue pour une juridiction de procéder à un contrôle substantiel des sentences arbitrales dans le cadre des actions en annulation et en exécution, et s'interroge sur la possibilité de contrôler, malgré cette interdiction, certaines violations de la loi applicable sur le fond. Conduite dans le cadre du droit turc, cette étude s'appuie également sur des doctrines et des décisions jurisprudentielles issues du droit comparé.

L'objectif initial de cette étude consiste à établir les fondements théoriques et philosophiques de l'interdiction de la révision au fond, concept qui n'a pas fait l'objet d'un examen approfondi dans le contexte du droit turc. Afin de combler cette lacune, la recherche s'est penchée sur le concept de révision au fond, sur l'évolution de son mécanisme de contrôle ainsi que sur son objet. En conséquence, le concept d'interdiction de la révision au fond est apparu en France dans le cadre du contrôle de l'exécution des décisions de juridictions étrangères, et il interdit un contrôle substantiel de la décision.

Une fois la nature de l'interdiction de la révision au fond exposée, les caractéristiques générales des procédures d'annulation et d'exécution relatives au contrôle judiciaire des sentences arbitrales ont été examinées. Ainsi, le contrôle exercé dans ces procédures repose sur des motifs d'annulation et des obstacles à l'exécution qui se révèlent assez similaires. Ces motifs, limités en nombre, concernent principalement les questions de procédure et de forme, et aucun d'eux ne permet un contrôle du fond de la sentence. Par ailleurs, le principe de l'interdiction de la révision au fond a été adopté dans le contrôle des sentences arbitrales.

D'un point de vue théorique, l'étude examine en dernier lieu les raisons ayant conduit à l'acceptation de cette interdiction dans le contrôle des sentences arbitrales. Il en ressort que la force obligatoire et l'effet de chose jugée – caractéristiques intrinsèquement liés au caractère juridictionnel des sentences arbitrales – justifient l'interdiction de leur contrôle sur le fond. De surcroît, il a été établi qu'en raison de l'intérêt étatique, il n'existe pas d'intérêt particulier pour une sentence arbitrale en cas d'application erronée de la loi, et que le contrôle en annulation et en exécution se limite à vérifier si la sentence est « compatible » avec l'ordre juridique de l'État. Ces constats permettent de fonder la justification de l'interdiction du contrôle substantiel des sentences arbitrales.

L'étude s'est ensuite penchée sur les implications pratiques de l'interdiction de la révision au fond, telle qu'établie par les fondements théoriques. Dans cette section, les caractéristiques générales du système de « contrôle » – adopté dans les procédures d'annulation et d'exécution en lieu et place du système de « révision » – ont d'abord été analysées. Dans le cadre du système de contrôle, les sentences arbitrales font l'objet d'un examen fondé sur des motifs spécifiques, dont la présence est déterminée par une

évaluation exhaustive de la sentence, obligatoire et pertinente pour le contrôle. Il convient toutefois de souligner que ce processus ne permet pas d'apprécier l'exactitude de la sentence ni la correcte application de la loi. Pour illustrer de manière concrète le processus de contrôle dans le système de contrôle, un examen individuel a été mené pour chacun des différents motifs de contrôle.

À l'issue d'une analyse approfondie du système de contrôle, l'étude a examiné si certains cas pouvant être considérés comme des violations de la loi applicable sur le fond pourraient être contrôlés malgré l'interdiction de la révision au fond, laquelle empêche le contrôle de l'appréciation juridique substantielle de l'arbitre. Il a été conclu que si un arbitre applique une loi différente de celle prévue par les parties, une telle dérogation constitue un acte d'excès d'autorité, tandis que si les parties n'ont pas opéré de choix de la loi et que l'arbitre détermine la loi applicable sur le fond, cela ne constitue ni un motif d'annulation ni un obstacle à l'exécution. En cas d'application erronée de la loi, en règle générale, aucun contrôle ne peut être exercé en vertu de l'interdiction de la révision au fond. Cependant, de manière exceptionnelle, une erreur délibérée de l'arbitre dans l'application du droit est considérée comme un excès d'autorité dans certains pays.

À la suite de cet examen, l'étude a analysé les différentes approches relatives au contrôle des violations de la loi applicable sur le fond dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales. À cet égard, la situation dans les systèmes juridiques nationaux qui autorisent le contrôle sur le fond a été examinée. En outre, l'étude a examiné la possibilité, pour les parties, d'élargir par accord le champ du contrôle judiciaire en matière de violations de la loi applicable sur le fond dans les sentences arbitrales. Il a été conclu qu'il n'est pas possible pour les parties de convenir d'un élargissement du champ du contrôle judiciaire des sentences arbitrales.

ABSTRACT

The present study examines the prohibition of *révision au fond*, which signifies the absolute prohibition of a court's substantive review of arbitration awards in annulment and enforcement proceedings, and it examines whether it is possible to review instances of violations of the applicable substantive law notwithstanding this prohibition. Conducted within the framework of Turkish law, this study also draws upon doctrines and judicial decisions from comparative law.

The initial objective of this study is to establish the theoretical and philosophical foundations of the prohibition of *révision au fond*, a concept that has not been extensively examined in the context of Turkish law. To address this gap, the study examined the concept of *révision au fond*, the evolution of its review mechanism, and its subject matter. Accordingly, the concept of the prohibition of *révision au fond* arose in France in the context of reviewing the enforcement of foreign court decisions, and it prohibits a decision from being substantively reviewed.

Once the nature of the prohibition of *révision au fond* has been explained, the general characteristics of annulment and enforcement proceedings concerning the review of arbitration awards by the court were examined. Accordingly, the review in these proceedings is conducted on the basis of grounds for annulment and obstacles to enforcement that are quite similar. These limited grounds relate primarily to procedural and formal matters and none of them allows for a review of the substance of the award. On the other hand, the principle of the prohibition of *révision au fond* has been accepted in the review of arbitration awards.

From the perspective of the theoretical dimension of the prohibition of *révision au fond*, the study finally examines the reasons for accepting this prohibition in the review of arbitration awards. As a result of this examination, it was determined that the binding force and the *res judicata* effect – features that are intrinsically linked to the judicial character of arbitration awards – account for the prohibition of their substantive review. Furthermore, it was determined that, as a matter of state interest, there is no particular interest in an arbitration award in the event of an erroneous application of the law, and that annulment and enforcement review merely involves determining whether the arbitration award is "compatible" with the legal order of the forum state. Both findings substantiate the justification for prohibiting substantive review of arbitration awards.

The study proceeded to examine the practical implications of the prohibition on *révision au fond*, as established in the theoretical foundations. In this section, the general features of the "control" system – adopted in annulment and enforcement proceedings in lieu of the "*révision*" system – were first analyzed. Within the framework of the control system, arbitration awards are subjected to review based on specific grounds, and the presence of these grounds is determined by a comprehensive

evaluation of the award, obligatory in nature and pertinent to the review. However, it should be noted that this process does not enable the assessment of the accuracy of the award or the correct application of the law. To provide a more concrete illustration of the review process within the control system, an individual examination was conducted for each of the various review grounds.

Following a thorough analysis of the control system, the study examined whether certain cases that could be considered violations of the applicable substantive law might be reviewed despite the prohibition of *révision au fond*, which precludes the review of the arbitrator's substantive legal assessment. It was concluded that if an arbitrator applies a law different from that intended by the parties, such a deviation constitutes an act of excess of authority, whereas if the parties have not made a choice of law and the arbitrator determines the applicable substantive law, this does not constitute a ground for annulment or an obstacle to enforcement. In instances of erroneous application of the law, as a general rule, no review shall be conducted pursuant to the prohibition of *révision au fond*. However, in exceptional cases, a deliberate error by the arbitrator in the application of the law is regarded as an excess of authority in some countries.

Following this examination, the study analyzed the various approaches to the review of violations of the applicable substantive law in the context of reviewing arbitration awards. In this context, the situations in national legal systems that allow for substantive review were examined. Furthermore, the study examined the possibility of the parties expanding the scope of judicial review with regard to violations of the applicable substantive law in arbitration awards by agreement. It was concluded that it is not possible for the parties to agree to broaden the scope of judicial review of arbitration awards.

ÖZET

Bu çalışmanın konusu, hakem kararlarının iptal ve tenfiz davasında mahkemece esastan denetlenmesinin yasak olmasını ifade eden *révision au fond* yasağının ne olduğuna ve bu yasağa rağmen esasa uygulanacak hukuka aykırılık hallerinin denetlenmesinin mümkün olup olmadığına ilişkindir. Türk hukuku kapsamında yapılan bu çalışmada karşılaştırmalı hukuktaki doktrin ve yargı kararlarından da yararlanılmıştır.

Çalışmamız kapsamında ilk olarak *révision au fond* yasağının teorik ve felsefi temelini ortaya konulması amaçlanmıştır. Zira Türk hukuku kapsamında *révision au fond* yasağı, detaylı bir incelemeye konu edilmemiştir. Bu eksikliğin giderilmesi adına *révision au fond* kavramı, *révision au fond* denetiminin ortaya çıkışı ve bu denetimin konusu incelenmiştir. Buna göre Fransa’da yabancı mahkeme kararlarının tenfizi denetiminde ortaya çıkan *révision au fond* yasağı kavramı ile bir kararın esas bakımından denetlenmesi yasaklanmaktadır.

Révision au fond yasağının ne olduğu ortaya konulduktan sonra, hakem kararlarının mahkeme tarafından denetlenmesine ilişkin iptal ve tenfiz davasının genel özellikleri incelenmiştir. Buna göre bu davalarda yapılacak denetim, birbirlerine oldukça benzer olan iptal sebepleri ve tenfiz engelleri üzerinden yapılmaktadır. Tahdidi olarak sayılan bu sebepler daha çok usûli ve şekli konulara ilişkin olup hakem kararının esas bakımından denetlenmesine imkân veren bir sebep bulunmamaktadır. Öte yandan hakem kararlarının denetiminde *révision au fond* yasağı prensibi kabul edilmiştir.

Révision au fond yasağının teorik boyutu açısından son olarak, hakem kararlarının denetlenmesinde *révision au fond* yasağının kabul edilmesinin sebepleri incelenmiştir. Bu inceleme neticesinde hakem kararlarının yargısal karakteriyle yakından ilgili olan bağlayıcılık ve *res judicata* etkisinin hakem kararlarının esastan denetlenmemesini açıkladığı tespit edilmiştir. Öte yandan bir devletin hakem kararında hukukun doğru uygulanmaması bakımından özel bir menfaatinin bulunmadığı ile iptal ve tenfiz denetiminin hakem kararının denetim ülkesinin hukuk düzenine “uyumlu” olup olmadığını incelemekten ibaret olduğu tespit edilmiştir. Bu iki tespitin de hakem kararının esastan denetlenmesi yasağını haklı kıldığı kanaatine varılmıştır.

Révision au fond yasağının teorik temelleri ortaya konulduktan sonra bu yasağın hakem kararlarının denetlenmesi bakımından pratik sonuçlarının incelenmesine geçilmiştir. Bu bölümde ilk olarak iptal ve tenfiz davasında “*révision*” sistemi yerine benimsenen “kontrol” sisteminin genel özellikleri incelenmiştir. Kontrol sisteminde hakem kararları belirli denetim sebepleri çerçevesinde incelenmekte olup bu sebeplerin varlığını tespit edilmesi için zorunlu ve ilgili olması kaydıyla hakem kararı tüm unsurlarıyla birlikte değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte her halükârda

hakem kararının doğru olup olmadığının veya hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi mümkün değildir. Kontrol sisteminde denetimin somutlaştırılması için farklı denetim sebepleri üzerinden tek tek bir inceleme yapılmıştır

Kontrol sisteminin incelenmesinden sonra hakemin esasa ilişkin hukuki değerlendirmesinin denetlenmesini yasaklayan *révision au fond* yasağı karşısında esasa uygulanacak hukuka aykırılık olarak değerlendirilebilecek bazı hallerin denetlenmesinin mümkün olup olmadığı incelenmiştir. Hakemin tarafların murat ettiğinden farklı bir hukuk uygulamasının yetki aşımı teşkil ettiği, buna karşılık tarafların hukuk seçimi yapmadığı ve hakemin esasa uygulanacak hukuku kendisinin tayin ettiği durumun bir iptal sebebi veya tenfiz engeli teşkil etmediği sonucuna varılmıştır. Hukukun hatalı uygulanması durumunda ise prensip olarak *révision au fond* yasağı uyarınca bir inceleme yapılamayacaktır. Ancak istisnai olarak hukukun uygulanması bakımından hakemin kasıtlı bir hatası bazı ülkelerde yetki aşımı olarak kabul edilmektedir.

Bu incelemenin ardından hakem kararlarının denetlenmesinde esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların denetlenmesine ilişkin yaklaşımlar incelenmiştir. Bu kapsamda esastan denetime imkân veren ülke hukuklarındaki durum ele alınmıştır. Ayrıca tarafların yapacakları anlaşma ile hakem kararındaki esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların mahkemece denetlenmesinin mümkün olup olmadığı incelenmiştir. Tarafların hakem kararlarının denetim kapsamını genişletme yönünde anlaşma yapmalarının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

GİRİŞ

Milletlerarası ticari ihtilaflar bakımından yaygın şekilde başvurulanan tahkim, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların devlet mahkemesi yerine “hakem” olarak adlandırılan özel kişi veya kişilerce, tarafların kararlaştırdığı esasa ve usule ilişkin kurallara göre çözümlenmesine yönelik tarafların anlaşmasına dayanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹.

Tahkim yoluna başvurulmasının sebebi genellikle mahkeme önündeki yargılamaların dezavantajlı yönleriyle tahkimin sahip olduğu avantajlardır. Bu açıdan tahkime devlet yargısına “alternatif” olarak, hatta bazen devlet yargısından kaçış için başvurulmaktadır. Buna rağmen devlet yargısı ile tahkim arasındaki ilişki devam etmektedir. Tahkim öncesi süreçte, tahkim yargılaması devam ederken veya hakem kararı verildikten sonraki dönemde devlet yargısının tahkime yardımı ve aynı zamanda tahkimi denetlemesi söz konusudur.

Tahkim içerisinde çözüm bulunamayan, tarafların anlaşmasının yetersiz kaldığı, hatta kimi zaman tahkimi seçen tarafların yarattığı sorunların çözümü için devletlerin ve mahkemelerin yardımının alınması gerekmiştir. Devletlerin tahkime yardımcı olması ise beraberinde tahkim ve hakem kararlarını denetlemeyi gündeme getirmiştir. Bu kapsamda hakem kararları da mahkeme tarafından denetlenebilecektir. Bu aşamada hakemin yetkisi, yargılamada takip edilen usul, adil yargılanma hakkı ve kamu düzeni gibi temel ilkeler açısından hakem kararının kontrol edilmesi ihtiyacı nedeniyle bir denetim yapılacaktır.

¹ FOUCHARD Philippe / GAILLARD Emmanuel / GOLDMAN Berthold, International Commercial Arbitration, Emmanuel Gaillard and John Savage (Eds.), Kluwer Law International, 1999, s. 9-10; LEW Julian D. M. / MISTELIS Loucas A. / Kröll Stefan M., Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, s.1,2,11,12; BLACKABY Nigel / PARTASIDES Constantine / REDFERN Alan, Redfern and Hunter on International Arbitration, 7th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2022, s.1,2; AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, Vedat, İstanbul, 2021, s.5; YEŞİLOVA Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008, s.17-18.

Hakem kararı verildikten sonra bu kararların mahkeme tarafından denetlendiği mekanizmalar, hakem kararının verildiği yer mahkemesinde açılan iptal davası ve hakem kararının verildiği yerden farklı bir ülkede icra edilmesi için açılan tenfiz davası olmak üzere temelde iki tanedir. İptal ve tenfiz davasında inceleme sınırlı sayıda gösterilen, usûli ve şekli hususlara ilişkin iptal sebepleri ve tenfiz engelleri çerçevesinde yapılmaktadır. Bu davalarda uyuşmazlığın esasına ilişkin hakemin vakıalara yönelik tespitlerinin ve hukuki değerlendirmelerinin denetlenmesi yasaktır. Bu yasak, Fransız hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi hukukunda ortaya çıkan bir kavram olan *révision au fond* yasağı olarak adlandırılmaktadır.

Türk hukukunda hakem kararlarının tenfizi ve iptali davası pek çok çalışmaya konu olmuştur, bu çalışmalarda iptal ve tenfiz davasında takip edilecek usûl ile tenfiz engelleri ve iptal sebepleri detaylı şekilde incelenmiştir. Ancak hakem kararlarının denetiminde kritik öneme sahip olan *révision au fond* yasağına pek az yer verilmiştir. Gerçekten de doktrinde bu yasak nedeniyle hakem kararının doğru olup olmadığı veya hukukun hatalı uygulanıp uygulanmadığının denetlenmeyeceği vurgulanmışsa da yapılan tespit ve değerlendirmeler bununla sınırlı kalmış, *révision au fond* yasağının ne olduğu, gerekçeleri ve ne gibi sonuçları olduğu incelenmemiştir. Bu eksiklik yani *révision au fond* yasağının kapsamı ve dayanakları üzerine pek fazla inceleme yapılmamış olması, çalışma konumuzun seçilmesinin önemli sebeplerinden birisi olmuştur.

Hakem kararlarının denetiminde genellikle esastan denetime imkân veren “*révision*” sistemi kabul edilmemiş, bunun yerine hakem kararının belirli sebepler üzerinden incelenmesine ilişkin “kontrol” sistemi kabul edilmiştir. Hakem kararının sınırlı sebeplerle incelendiği bu sistemin bir diğer özelliği denetim sebepleri ile ilgili olmak kaydıyla hakem kararının hukuk ve vakıalara ilişkin tüm unsurlar açısından incelenebilmesi mümkündür ve bu denetim *révision au fond* yasağı kapsamına girmeyecektir.

Révision au fond yasağı, hakem kararın esasının yani hakemin vakıalara yönelik tespitleri ile hukuki değerlendirmelerinin denetlenmesini yasaklamaktadır. Bu iki unsurdan hukuki değerlendirmelerle ilgili olarak esasa uygulanacak hukuka aykırılıkla ilgili itirazlar karşısında devlet mahkemeleri genellikle *révision au fond* yasağını

dogmatik bir şekilde uygulamakta ve konuya ilişkin itirazları kategorik olarak reddetmektedir. Çalışma konumuzun seçilmesinin ikinci sebebi mahkemelerin *révision au fond* yasağı karşısında hakem kararlarındaki esasa uygulanacak hukuka aykırılıkları denetlemesinin mümkün olup olmadığının tespit edilmesini sağlamaktır.

Yukarıdaki soruların cevaplanmasına ilişkin çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde, hakem kararlarının denetlenmesi ve *révision au fond* yasağı genel olarak ele alınacaktır. Bunun için ilk olarak *révision au fond* kavramı, *révision au fond* denetiminin ortaya çıkışı ve bu denetimin konusu incelenecektir. Bundan sonra hakem kararlarının denetimi mekanizmasından genel olarak bahsedilecek ve buradaki denetimin sınırının *révision au fond* yasağı olduğu belirlenecektir. Bu genel girişten sonra tahkim hukukunda *révision au fond* yasağının neden kabul edildiği, bu prensibin dayanakları çeşitli açılardan tespit edilmeye çalışılacaktır. Çalışmamızın ilk bölümünün amacı, ikinci bölümde incelenecek olan *révision au fond* yasağının pratikteki etkisi ile esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların denetlenmesine ilişkin incelemeye esas olmak üzere bu yasağın felsefi ve teorik alt yapısını ortaya koymaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ilk bölümde teorik temelleri atılan *révision au fond* yasağının pratikteki sonuçlarına odaklanılmaktadır. Burada ilk olarak *révision au fond* yasağı kapsamına girmeyen “kontrol” sistemi ele alınacaktır. Kontrol sistemine ilişkin genel bir anlatımdan sonra çeşitli denetim sebepleri özelinde bu sebeplerin ne şekilde denetleneceği incelenecektir. Bundan sonra *révision au fond* yasağı karşısında esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların denetlenmesinin mümkün olup olmadığına bakılacaktır. Bu sorunun cevaplanmasında *révision au fond* yasağının ilk bölümde tespit edilen dayanaklarından da yararlanılacaktır. Son olarak esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların denetlenmesine yönelik yaklaşımlar, buna imkân veren pozitif düzenlemeler ve tarafların rolü bağlamında değerlendirilecektir.

Konu ve kapsamı yukarıda belirtilen çalışmamız kapsamında Türk doktrini ve mahkeme içtihatları karşılaştırmalı hukuk ile birlikte incelenmiştir. *Révision au fond* yasağı kavramının ilk olarak ortaya çıktığı Fransız hukukuna bu yasağın kavramsal çerçevesi, kapsamı ve dayanaklarının incelendiği bölümde müracaat edilmiştir. Öte yandan MÖHUK ve MTK hükümlerine mehzaz olması açısından İsviçre hukuku

kaynaklarına da müracaat edilmiştir. İngiliz ve ABD hukuku ekonomik güçleri nedeniyle tahkim hukukunda etkili olmaları ve Kıta Avrupası hukuk sisteminden ayrılan düzenlemeleriyle farklı bir bakış açısı sunmaları nedeniyle incelememiz kapsamına dahil edilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM: HAKEM KARARLARININ DENETLENMESİNDE RÉVISION AU FOND YASAĞI ve DAYANAKLARI

I. RÉVISION AU FOND KAVRAMI ve HAKEM KARARLARININ DENETİMİNDE YASAKLANMASI

A. Révision Au Fond Denetimi

Tahkimde hakemin uyuşmazlığın esası bakımından vereceği kararın devlet yargısı tarafından denetlenmesi mümkündür. Ancak tahkim yolunun seçilmesiyle uyuşmazlığı çözme yetkisi münhasıran hakeme bırakıldığından devlet yargısının hakemin uyuşmazlığın esasına ilişkin ulaştığı çözümü denetlemesi yasaktır. Pek çok ülke tahkim hukukunda kabul gören bu prensip, Fransız hukukunun etkisiyle *révision au fond* yasağı olarak adlandırılmıştır. Çalışmamız kapsamında hakem kararlarının denetlenmesinde *révision au fond* yasağına geçmeden önce, tahkim hukukunda yasaklanan *révision au fond* denetiminin kavramsal çerçevesi, nasıl ortaya çıktığı ve kapsamı incelenecektir.

1. Révision Au Fond Kavramının Anlamı

Fransızca bir tamlama olan *révision au fond* ifadesinde yer alan “*révision*”; düzeltmek, değiştirmek amacıyla yeniden incelemek, gözden geçirmek anlamına gelmektedir². “*Fond*” ise bir şeyin esasını, içeriğini, temel unsurlarını ifade etmektedir ve şekil, biçim anlamına gelen “*forme*” kavramının zıt anlamlısıdır³. Bu iki kelimedenden

² Larousse Dictionnaire de français, “Révision” Maddesi, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/revision> (E.T.:01.12.2024); Dico en ligne Le Robert, “Révision” Maddesi, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/revision> (E.T.:01.12.2024); Dictionnaire Littré, “Révision” Maddesi, <https://www.littre.org/definition/revision> (E.T.:01.12.2024); “*Révision*”’un Türkçe karşılığı olan “revizyon” kelimesi TDK’ya göre “yeniden gözden geçirip düzeltmeyi ifade eder. TDK Çevrim İçi Sözlük, “Revizyon” Maddesi, <https://sozluk.gov.tr> (E.T.:01.12.2024).

³ “*Fond*”’un Türkçe karşılığı olan “esas” kelimesi ise bir şeyin özünü oluşturan ana öge; yapı taşı anlamına gelir. TDK Çevrim İçi Sözlük, “Esas” Maddesi, <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 01.12.2024).

oluşan *révision au fond* ise sözlük anlamı itibariyle bir şeyin şekline, biçimine ilişkin olmayan esasına, içeriğine ilişkin unsurların düzeltilmesi ve değiştirilmesi için gözden geçirilmesi demektir.

Hukuki anlamda bir kararın *révision au fond* incelemesine tabi tutulması, incelenen kararın hüküm fıkrasının değerinin (*valeur du dispositif*), hem vakıaların değerlendirilmesi hem de hukuk kurallarının uygulanması bakımından denetlenmesini ve gerekirse kararın düzeltilmesini ifade etmektedir⁴. Bu anlamda bir kararın esasının neden ibaret olduğuna ve yapılacak gözden geçirme işleminin yoğunluğuna daha detaylı bakmak gerekecektir.

Bir kararın usûl hukukuna dayanan bir sebeple incelenmesi mümkündür. Bu kapsamda kararı veren mercinin yetkisi, karar verilirken takip edilen prosedürün doğruluğu ve adil yargılanma hakkına riayet edilip edilmediği vb. konular denetlenmektedir⁵. Usul hukukuna dayanan sebepler dışında bir uyuşmazlığın esasına yönelik denetim yapılması da mümkündür. Yetki, yargılama prosedürü gibi usule ilişkin konular dışında kalan vakıalar, deliller, tarafların iddia ve savunmaları, maddi hukuk kuralları ile bunların tespit ve değerlendirilmesine ilişkin hususlar uyuşmazlığın esasına ilişkin konular arasındadır.

Révision au fond denetiminde uyuşmazlığın esasına ilişkin hukuki ve maddi denetim yapılmaktadır. Örneğin incelenen kararda esas alınan delillerin ve dayanılan hukuki sebeplerin eksik veya hatalı olup olmadığı, hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı ve varılan sonucun doğru veya temellendirilmiş olup olmadığı incelenmektedir.

Révision au fond denetiminde bir karar en ince ayrıntısına kadar denetlenmektedir⁶. *Révision au fond* denetiminde inceleme yapan merci, incelenen kararı veren mercinin yerine geçip hukuka ve vakıalara ilişkin tespit ve

⁴ AUBRY Charles / RAU Charles-Frédéric, Cours de Droit Civil Français: d'Après La Méthode de Zachariae, Tome XII, 5. Baskı, Marchal et Billard, 1922, s.485-489.

⁵ HMK m. 371/ç'de "Karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması" bir temyiz engeli olarak sayılmıştır. Bu hâl aynı zamanda bir istinaf sebebidir. (Pekcanıtez Usul, s.2211)

⁶ ARAT Tuğrul, "Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.1, 1964, s.421-527, s.462; DEMİR GÖKYAYLA Cemile, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, 1.Baskı, Seçkin, İstanbul, 2001, s.75.

değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu şekilde vardığı sonucu, incelediği karardaki ile karşılaştırmakta ve gerektiğinde incelediği kararı bir kenara bırakarak kendi tespit ve değerlendirmelerini esas alabilmektedir. Kısacası bu yöntemde uyuşmazlığın yeniden ele alınması ve uyuşmazlığın esas hakkında yeni bir karar verilmesi mümkündür⁷.

Révision au fond denetiminde yapılacak inceleme istinaf kanun yoluna benzerlik göstermektedir. Zira kararların hem hukuk hem de vakıa açısından denetlendiği istinaf incelemesinde⁸ olduğu gibi hukuk ve vakıa denetiminin birlikte yapıldığı *révision au fond* denetimi, vakıa denetimi yapılmayıp yalnızca hukuki denetim yapılan temyiz denetiminden farklıdır⁹.

2. *Révision Au Fond* Kavramının Ortaya Çıkışı

Hakem kararlarının denetiminde gündeme gelen *révision au fond* kavramı ilk defa tahkim hukukunda değil, Fransa’da yabancı mahkeme kararlarının tenfizi hukukunda ortaya çıkmıştır¹⁰. Bu sebeple bu bölümde, Fransız hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde *révision au fond* denetiminin ortaya çıkışı tenfiz incelemesinin kapsamının değişmesi Fransız mahkeme kararları ışığında ele alınacaktır.

⁷ Arat, s.466; NAZİKOĞLU Işık, “Yabancı Memleket Mahkemelerinden Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, 1950, s.468-500, s.469; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.75.

⁸ Türk hukukunda istinaf denetiminde vakıa ve hukukilik denetimi yapıldığı hakkında bkz. KURU Baki, “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), Yetkin, 2016, s.675; AKKAYA Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin, 2009, s. 28, 189 vd.; PEKCANİTEZ Hakan / ÖZEKES Muhammet / AKKAN Mine / TAŞ KORKMAZ Hülya, Pekcanitez Usul- Medeni Usul Hukuku (3 Cilt), 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, s.2206-2208. Vakıa ve hukuk denetimi arasındaki farklar için bkz. Birinci Bölüm.I.A.3.

⁹ Türk hukukunda temyiz denetiminde yalnızca hukukilik denetimi yapıldığı hakkında bkz. Kuru, **Ders Kitabı**, s.701-702; KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usul C.V, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s.4498; Akkaya, s. 28, 231-232, 252.; Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s.2277,2282-2283,2297-2299.

¹⁰ Fransız hukukunda 1800’lerin başına kadar olan dönemde yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin pozitif bir düzenleme mevcut değildi. (MAYER Pierre / HEUZÉ Vincent / REMY Benjamin, Droit International Privé, 12. Baskı, LGDJ, 2019, s.272.) Daha sonra bu mesele içtihatlar yoluyla gelişmiştir. Bugün yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin Fransız Medeni Usul Kanunu (Code de Procédure Civile) m.509’a göre “Yabancı mahkemeler tarafından verilen kararlar ve yabancı resmi memurlar tarafından düzenlenen işlemler kanunla öngörülen durumlarda ve kanunla öngörülen usulde Fransa’da icra edilebilir”. Ancak yabancı mahkeme kararlarının tenfizine yönelik bugün bile yapılan bir kanuni düzenleme olmadığından yabancı mahkeme kararlarının tenfizine yönelik düzenlemeler Fransız Temyiz Mahkemesi kararları ile belirlenmektedir.

Fransız hukukunda 1700'lerin sonlarında yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde 1629 tarihli Ordonans'ın 121. maddesinin¹¹ yorumuyla geliştirilen bir yöntem takip edilmekteydi. Buna göre yabancı bir ülkede verilen kararların Fransa'da icra edilebilmesi için kararı veren mahkemenin uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkisi olduğunun tespit edilmesi yeterliydi. Ancak yabancı mahkeme kararına konu uyuşmazlığın taraflarından her ikisinin Fransız olması veya kararın bir Fransız aleyhine verilmesi durumunda karar doğrudan uygulanamıyor, kararın uygulanabilmesi için Fransız mahkemesi önünde esas bakımından yeni bir dava açılması gerekiyordu¹².

Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından 1819 yılında verilen ve *Parker* olarak bilinen kararla¹³ yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde, uyuşmazlığın taraflarının Fransız olup olmaması bakımından yapılan ayırım kaldırılmıştır¹⁴. Bunun yerine yabancı mahkeme kararının tenfiz edilebilmesi için Fransız mahkemesinin yabancı kararı gözden geçirmesi (*révision au fond*) anlayışı benimsenmiştir¹⁵. Yeni sistemde yabancı mahkeme kararının tenfiz edilebilmesi için Fransız mahkemesinin karara konu uyuşmazlığın esasını yeniden ele alması, yabancı mahkeme önünde ileri sürülen taleplerin haklı ve ispatlanmış olup olmadığını denetlenmesi gerekliliği getirilmiştir¹⁶. Bu denetim neticesinde, uyuşmazlığın esası bakımından yabancı mahkemenin vardığı sonucun aynı konuda Fransız mahkemesinin varacağı sonuçtan farklı olduğunun anlaşılması halinde kararın tenfiz edilmesi engellenmiştir. Uyuşmazlığın esasının hem vakıaların saptanması hem de hukuki değerlendirmeler bakımından yoğun bir

¹¹ 15 Ocak 1629 tarihli Ordonans (*Ordonnance*) https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000006495548 (E.T.: 01.12.2024).

¹² Mayer/Heuzé/Remy, **Droit International Privé**, s.272; ANCEL Bertrand / LEQUETTE Yves, *Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5.Baskı., Dalloz, 2006, s.13-14.

¹³ Fransız Temyiz Mahkemesi, HD, Parker, 19.04.1819. (<https://www.doctrine.fr/d/CASS/1819/DE1819041901>); karar hakkında yorumlar için bkz. Ancel/Lequette, s.11; Arat, s.466-467; SAKMAR Ata, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s.60.

¹⁴ Ancel/Lequette, s.14 vd.

¹⁵ Ancel/Lequette, s.11-21; BATIFFOL Henri / LAGARDE Paul, *Droit International Privé*, Bd. II, 7. Aufl., Paris 1983, para.729. Bu sistemde Fransız mahkemeleri, yabancı mahkeme kararının tenfizi davalarında adeta yabancı karara karşı başvurulmuş bir kanun yolu mercii gibi hareket etmiştir (Arat, s.461-462).

¹⁶ PILLET Antoine, *Traité pratique de droit international privé*, 2.Baskı, Grenoble: Allier, 1924, s.753-754; LOUSSOUARN Yvon / BOUREL Pierre / DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, *Droit international privé*, 10. Baskı, DALLOZ, Paris 2013, para.845; Ancel/Lequette, s.17. Bir belgenin veya tanık ifadesinin delil değeri, tazminat miktarının azlığı veya fazlalığı, kanunun veya sözleşmenin doğru uygulanıp uygulanmadığı ilamın tenfizine engel değerlendirilebiliyordu (Sakmar, s.60).

denetime tabi tutulmasını öngören bu yöntem, *révision* sistemi (*le système de la révision au fond*) olarak anılmıştır¹⁷.

Parker kararı ile kabul edilen *révision* sistemi Fransız hukukunda uzun süre uygulanmaya devam etmiştir¹⁸. Ancak yabancı mahkeme kararının tenfiz için bu şekilde yoğun bir şekilde denetim yapılmasının taraflar açısından belirsizlik ve hak kaybına yol açması eleştiri konusu olmuştur¹⁹. Gerçekten de yabancı ülkede lehine karar verilen taraf, Fransa’da yapılan denetim neticesinde bu kararın sonuçlarından yararlanamama riskiyle karşı karşıya kalmış, tenfiz talebinin reddedilmesi aynı uyuşmazlık hakkında bir kez de Fransız mahkemesi önünde dava açılmasına sebep olmuştur. Üstelik tenfiz talebi kabul edilse bile icra edilecek karar yabancı mahkemenin değil, Fransız mahkemesinin bir kararı haline gelmektedir²⁰. Bu sistem yabancı mahkemelerin yetkisinin ve verdikleri kararların yok sayılmasına yol açmış, milletlerarası iş birliğinin gelişmesine engel olmuştur. Fransız mahkemelerinin bu tutumu diğer ülke mahkemelerinin, Fransız mahkeme kararlarının tenfizinde katı bir tutum sergilemesine ve müteakibliyet uygulayarak Fransız mahkemesi kararlarının tenfiz etmemesine yol açmıştır²¹.

Révision sistemine getirilen eleştiriler doğrultusunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi sisteminde Fransız içtihatları değişmeye başlamıştır. İlk olarak kişi hal ve ehliyetine ilişkin davalarda, bu konularda tarafların mensubu olduğu devlet mahkemelerinin daha yetkin olduğu gerekçesiyle 1860 yılında verilen bir kararla *révision* sisteminden vazgeçilmiştir²². Diğer uyuşmazlık konuları bakımından *révision* sisteminin terk edilmesine ilişkin önemli ilk içtihat ise Paris İstinaf Mahkemesi’nin 21 Ekim 1955 tarihli *Charr* kararı olmuştur²³. İstinaf mahkemesi kararında *révision* denetiminin; kanuni dayanağının bulunmadığı, taraflar için belirsizlik oluşturduğu ve

¹⁷ Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières, para.845; AUDIT Bernard / D'AVOUT Louis, "Droit International Privé", 8.Baskı, LGDJ, 2018, para.556ŞENSÖZ Ebru / ŞERMET Begüm, "Fransız Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2011/1, s.653-690, s.659.

¹⁸ Mayer/Heuzé/Remy, para.377.

¹⁹ Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières, para.845; Arat, s.467-469; Mayer/Heuzé/Remy, s.273.

²⁰ Pillet, s.753-754; Batiffol/Lagarde, para; 729; Audit/d’Avout, para. 556.

²¹ Batiffol/Lagarde, para.728; Audit/d’Avout, para.556; Mayer/Heuzé/Remy, s.273-274; Arat, s.467-468.

²² Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD, 28.02.1860, *Bulkley c. Defresnes*; Ancel/Lequette, s.28.

²³ Paris İstinaf Mahkemesi, 21.10.1955, *Charr c. Hazım Uluşahin*, *Revue critique de droit international privé*, 1955, s. 769; Ancel/Lequette, s.30-38.

milletlerarası iş birliğini engellediği vurgulanmıştır. İstinaf mahkemesi ayrıca Fransız mahkemelerinin kendisine “yabancı” vakıaları ve yabancı hukuka ilişkin tespit ve değerlendirmeleri incelenmesinin pratik olarak doğru olmadığını, bu nedenle uyuşmazlık konusu bakımından karar veren yabancı mahkemenin daha “yetkin” olduğu gerekçesiyle *révision* denetimi yapılamayacağına karar vermiştir²⁴.

Charr kararı sonrasında Fransız Temyiz Mahkemesi’nin 7 Ocak 1964 tarihinde verdiği *Munzer* kararı ile yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde *révision* sisteminden vazgeçilmiştir²⁵. Bunun yerine yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için kararı veren yabancı mahkemenin uyuşmazlık bakımından yetkili olması, yargılamanın usul kurallarına uygun yürütülmüş olması, uyuşmazlığın esasına Fransız kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun uygulanması, kararın milletlerarası kamu düzenine aykırı olmaması ve kararda sahtekârlık yapılmamış (“*absence de fraude*”) olması olmak üzere beş şart öngörülmüştür²⁶. Bu şartlar üzerinden yapılacak incelemenin; Fransız hukuk düzeni ve menfaatlerini korumayı hedefleyen tenfiz sistemi için yeterli olduğu, Fransız hâkimin kararın esasını gözden geçirmesine gerek olmadığı, Fransız tenfiz hakiminin denetim yetkisinin kapsamını ve sınırlarını belirlediği vurgulanmıştır²⁷.

Munzer kararı, hakem kararlarının denetiminde de kullanılan *révision au fond* yasağı prensibinin (*non-révision au fond, prohibition de la révision au fond*) temelini

²⁴ NADELMANN Kurt H.; “Recognition of Foreign Money Judgments in France”, The American Journal of Comparative Law, C.5, S.2, Spring 1956, s.248–256; s.248-249; Arat, s.467-469.

²⁵ Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. Hukuk Dairesi, 07.01.1964, *Munzer c. Dame Jacoby Munzer*, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006963473>; Karara ilişkin açıklamalar için bkz. Batiffol/Lagarde, para.729; Mayer/Heuzé/Remy, s.273-274; Şensöz/ Şermet, s.659.

²⁶ Ancel/Lequette, s.359 vd.; Audit/d’Avout, para.556; Mayer/Heuzé/Remy, para.379; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s.672, dn.466; Şensöz/ Şermet, s.659. Yabancı mahkeme kararının tenfizine ilişkin aranan bu beş şartın tamamı *Munzer* kararı ile ortaya çıkmamıştır. Yabancı mahkeme kararında sahtekârlık yapılmamış olması dışında kalan diğer sebepler, Fransız mahkemelerinin daha önceki içtihatlarıyla benimsenmiştir (bunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Mayer/Heuzé/Remy, s.273). Tenfiz şartı olarak yabancı mahkemenin uyuşmazlığın esasına Fransız kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun uygulanmış olmasının aranmasından 20 Şubat 2007 tarihli *Cornelissen* kararı ile vazgeçilmiştir.(Fransız Temyiz Mahkemesi, 1.HD., 20.02.2007, S.05-14.082; https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2007-02-20_0514082) Bu şart açısından önceki dönemde yalnızca uygulanacak hukukun ne olduğu incelenmiş, bundan başka uygulanan hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı denetlenmemiştir. Bugün Fransız hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için üç şart aranmaktadır: kararı veren yabancı mahkemenin yetkili olması, kararın esas ve usul bakımından milletlerarası kamu düzenine uygun olması ve sahtekârlık yapılmamış olmasıdır. Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD, 28.06.2023, 21-19.766; <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000047781117/> (E.T.: 10.10.2024)

²⁷ Batiffol/Lagarde, para.729; Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières, para.847;

oluşturmuştur²⁸. Bunun yanında bu kararın önemli bir sonucu daha olmuştur. Buna göre yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde yasaklanan asıl denetim, yabancı mahkemenin vardığı neticenin Fransız mahkemesinin varacağı netice ile karşılaştırılması olmuştur²⁹. Bu nedenle Fransız mahkemesinin yabancı mahkeme kararının maddi hukuka uygunluğunu incelemesi yasaklanmıştır. Ancak tenfiz şartlarının incelenmesiyle sınırlı olarak kararın hukuk ve vakıa açısından tüm unsurlarıyla incelenmesi mümkün kabul edilmiştir³⁰. Başka bir deyişle tenfiz engelleriyle sınırlı olmak üzere yabancı mahkeme kararının hukuk ve vakıa açısından denetlenmesi *révision au fond* kapsamında kalmayacak ve yasağa takılmayacaktır³¹. Bu şekilde tenfiz sebepleriyle sınırlı yapılacak denetim, “*la révision à fin de contrôle*” olarak adlandırılmıştır³².

Fransız hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde *révision* sisteminin kabul edildiği dönemde, Cumhuriyet dönemi Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ilk olarak HUMK m. 537 ilâ m. 545 arasında düzenlenmiştir. Fransız hukukunun aksine Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde uyuşmazlığın yeniden ele alınmasına, yabancı mahkeme kararının gözden geçirilerek vakıa ve hukuk açısından doğru olup olup olmadığının incelenmesine yönelik bir denetim anlayışı kabul edilmemiştir. Bunun yerine kanunda sayılan hallerin mevcudiyeti bakımından tenfiz inceleme yapılmasını öngören “*mahdut kontrol*” sistemi kabul edilmiştir³³.

²⁸ Batiffol/Lagarde, para.729; Şensöz/ Şermet, s.659.

²⁹ Fransız içtihatlarındaki güncel uygulamada da Fransız hâkimin kararın esasına giremeyeceği ve yabancı hâkimin yerine geçerek delillerin gücü ve kapsamına ilişkin kendi takdirini yabancı hâkiminin takdirine ikame edemeyeceği vurgulanmaktadır. bkz. Fransız Temyiz Mahkemesi, 1.HD, 30.09.2020, 19-17.995

³⁰ Ancel/Lequette, s.370.

³¹ Mayer/Heuzé/Remy, s.273-274; JEAUNEAU Adeline, L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne : essai de systématisation Droit, Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, Doktora Tezi, 2015, s.133; Ancel/Lequette, s.41. Benzer durumun hakem kararları bakımından geçerli olduğu hakkında bkz. İkinci Bölüm.I.A.

³² Jeuneau, s.133. Türk doktrinde yabancı mahkeme kararlarının *révision* denetimi “revizyon” usulü olarak, kararın yalnızca tenfiz sebepleri bakımından denetlenmesine ilişkin *révision à fin de contrôle* ifadesi ise “mahdut (sınırlı) kontrol” veya “kontrol” sistemi olarak isimlendirilmiştir (Sakmar, s.60-61; Arat, 496-498).

³³ Arat, s.496-498, Sakmar, s.60-62; Nazikioğlu, s.499-500; ANSAY Sabri Şakır, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s.425; OCAKÇIOĞLU İ., “Yabancı Mahkeme İlâmlarının ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi”, Adalet Dergisi, C. 49, S. 7, 1958, s. 452-459, s.456; BERKİ Şakir. “Devletler Hususî Hukukunda Tabiiyet, Yabancıların Hukuku Kanunlar İhtilafı ve Yargılama Usulünün Tatbiki Prensipleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, S.1, 1950, s.218-249, s.248; DEMİRARSLAN Haydar, “Türk Devletler Hususi Hukukunda Kazai Salâhiyet”, Adalet Dergisi, C: 43, S: 1, 1952, s.29-63, s.51.

Türk hukukunda bugün yürürlükte olan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (“MÖHUK”)³⁴ uyarınca da yabancı ilamların tenfizinde yabancı mahkemelerin yetkili oldukları uyuşmazlıklarda verdikleri kararlara saygı gösterilmesi anlayışı benimsenmektedir. Buna göre tenfizi istenen yabancı ilamlar *révision* veya benzeri bir denetime tabi tutulmayarak, yalnızca birtakım usûli güvenceler açısından kontrol edilerek icra edilebilmektedir³⁵.

3. *Révision Au Fond* Denetiminin Kapsamı

Révision sisteminde incelenen kararda uyuşmazlığın esasına ilişkin varılan çözüm incelenmektedir. Bu nedenle *révision au fond* denetiminin kapsamının ne olduğunun anlaşılabilmesi için uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yargılama ve karar verme sürecinin iki temel unsuru olan vakıa ve hukuk kavramlarının incelenmesi gerekmektedir³⁶.

Uyuşmazlığın çözümü için temelde somut olaya yani vakıalara, soyut nitelikteki hukuk kuralları uygulanmaktadır³⁷. Bu faaliyet metodoloji öncelikle bir kıyas

³⁴ R.G. 12.12.2007–26728.

³⁵ Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bakımından da *révision au fond* yasağı kabul edilmiştir. NOMER Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 23. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s.520, 543; NOMER Ergin, Milletlerarası Usûl Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s.185-186; ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN FİGANMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2023, s.651-652; ŞANLI Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2023, s.232; AKINCI Ziya, Milletlerarası Özel Hukuk (Ders Kitabı), Vedat, İstanbul, 2020, s.194-195, 207; EKŞİ Nuray, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2020, s.296,314; ÇELİKEL Aysel / ERDEM Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s.723-724; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.74-76; GÜVEN Pelin, Tanıma-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Yetkin, İstanbul, 2013, s.81; ÖZKAN Işıl / TÜTÜNCÜBAŞI Uğur, Uluslararası Usul Hukuku, 2. Baskı, Adalet, İstanbul, 2020, s.210; BUDAK Ali Cem, “Hakem Kararları Maddi Hukuka Aykırılık Sebebiyle İptal Edilebilir Mi? - Hakem Kararlarının İptali Müessesesinin Tarihi Kökeni”, Public and Private International Law Bulletin, C.40, S.1, 2020, s.557-572, s.559; TARMAN Z. D., “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Sıklıkla Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 2023, 73-86, s.76; Yargıtay 11. HD., E. 2018/2555, K. 2019/391, T. 16.1.2019; Yargıtay 11. HD., E. 2017/259, K. 2018/2278, T. 2.4.2018; Yargıtay 3. HD., E. 2013/12146, K. 2013/16508, T. 25.11.2013; İstanbul BAM, 44. HD., E. 2020/1339, K. 2022/1753, T. 15.12.2022; İstanbul BAM, 13. HD., E. 2019/589, K. 2019/1444, T. 23.10.2019.

³⁶ *Révision au fond*’un yargı kararlarına yönelik bir denetim türü olması, kapsam alanını belirleyen uyuşmazlığın çözümü faaliyeti ile vakıa ve hukukun daha çok medeni usul hukukuyla ilgili olup bu alandaki eserlerde ele alınması nedeniyle medeni usul hukukuna ve bu alandaki eserlere müracaat edilecektir.

³⁷ Özekes, **Pekcanitez Usul**, s.2208; BOLAYIR Nur, Medeni Usul Hukuku’nda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.306; GÜRDOĞAN Burhan, “Temyiz

(*sylogisme*) ve aynı zamanda altlama (*subsumtion*) faaliyetidir, zira özel nitelikteki somut olay, genel ve soyut nitelikteki hukuk kuralının altına yerleştirilmektedir³⁸. Bu faaliyet neticesinde uyumsuzluğun maddi (vakıalara ilişkin) ve hukuki yönünün örtüşmesi halinde uyumsuzluğun çözümüne ilişkin bir hukuki neticeye ulaşılabacaktır³⁹.

Kıyas ve altlama faaliyetinde üst (büyük, majör) önerme ve alt (küçük, minör) önerme olmak üzere iki önerme (öncül) bulunmaktadır. Bu önermeler ortak bir kavram (orta, aracı, birleştirici kavram) aracılığıyla örtüştürülerek kıyas sonucunda bu ortak kavrama dayanan bir yargıya (sonuç, vargı, *conclusion*) ulaşılmaktadır⁴⁰. Aristoteles mantığının klasik örneği şudur: Tüm insanlar ölümlüdür (üst önerme), Sokrat bir insandır (alt önerme). Bu iki önerme ortak nokta olan “insan” kavramıyla örtüşmektedir, dolayısıyla kıyas sonucunda Sokrat’ın ölümlü olduğu yargısına ulaşılabacaktır⁴¹.

Hukukta uyumsuzluğun çözümü için soyut hukuk kurallarının⁴² somut ve özel olaya uygulanması, başka bir deyişle somut olayın hukuk kuralının altına yerleştirilmesine ilişkin bir akıl yürütme faaliyeti yapılmaktadır⁴³. Burada üst (büyük) önerme soyut hukuk kuralı iken alt (küçük) önerme ise somut maddi olaydır. Somut olayın soyut kural ile örtüşmesi halinde ortaya çıkacak yargı ise varılacak “hukuki sonuç” olacaktır⁴⁴.

Hukukta kıyas ve altlama faaliyetine bir örnek vermek gerekirse, TBK m.473’te yer alan yüklenicinin işe zamanında başlamaması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğine ilişkin düzenleme soyut hukuk kuralı olup altlama faaliyetinde üst

Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 11, S. 3, 1956, s.258-285, s. 258-259; ARISOY A. Selman, “Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulamasının Temeli: Vakıalar, Vakıaların Önemi, Vakıaların Çeşitli Yönlerden Sınıflandırılması ve Vakıaların Tespiti”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C.77, S.1, 2019, s.5.

³⁸ SEROZAN Rona, Serozan Hukukta Yöntem-Mantık, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s.123; ÖZEKES Muhammet, Temel Hukuk Bilgisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s.88, 252; Gürdoğan, s. 263-264.

³⁹ Bu faaliyet aynı zamanda hukukun uygulanmasını da ifade etmektedir (Özekes, **Temel Hukuk**, s.98).

⁴⁰ Serozan, s.123-124.

⁴¹ Serozan, s.123-124.

⁴² Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere hukuk kuralları vakıalar bütünü (koşullar) ile buna bağlanan hukuki sonuç olmak üzere iki unsurdan oluşur. Somut maddi vakıaların, hukuk kuralının bir unsuru olan vakıalar bütünü ile uyumması halinde hukuk kuralında belirtilen hukuki sonuç ortaya çıkacaktır (Serozan, s.124).

⁴³ Serozan, s.123-125; Gürdoğan, s.270.

⁴⁴ Serozan, s.123-124; Bolayır, s.240,242-243.

önermeyi oluşturmaktadır. Somut olayda Yüklenici A'nın taahhüt ettiği tarihte işe başlamadığına ilişkin maddi vakıa ise alt önerme teşkil etmektedir. Somut olay, soyut hukuk kuralı ile “işe zamanında başlamama” ortak kavramı üzerinden örtüştüğünden kıyas ve atılma faaliyeti neticesinde soyut hukuk kuralında belirtilen hukuki sonuç (yargı) gerçekleşecek yani iş sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır⁴⁵.

Uyuşmazlık çözümünde kullanılan akıl yürütme faaliyetinin iki temel önermesi, maddi vakıalar ve hukuk kurallarıdır. Bu nedenle aşağıda vakıaların tespiti ve hukuki değerlendirme faaliyetleri hakkında bilgi verilecektir. Bu iki önerme bakımından kıyas ve atılma faaliyetinde yapılabilecek hatalar belirlenerek, uyuşmazlığın esasına ilişkin vakıa tespitlerinin ve hukuki değerlendirmelerin denetlenmesine ilişkin *révision au fond* denetiminin kapsamı somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

a) Vakıaların Tespiti Faaliyeti

Hukuk yargılamasında vakıalar, incelemenin konusunu ve yargılamanın sınırını oluşturmaktadır⁴⁶. Öyle ki Türk medeni usûl hukukunda talep sonucunun ve davacının davasının dayanağı olan vakıalar, dava sebebi olarak kabul edilmiştir⁴⁷. Öte yandan vakıalar atılma faaliyetinde hem doğrudan alt önerme olarak hem de üst önerme olan hukuk kuralının iki unsurundan birisi olan soyut (koşul) vakıa olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁸. Bu açıdan atılma faaliyetinde vakıalar, oldukça önemli bir role sahiptir.

Vakıa; gerçekleşen veya gerçekleşmeye devam eden, dış dünyada veya kişinin iç dünyasında zuhur eden, algılanması mümkün olan durumlar (hâller) veya olaylar anlamına gelmektedir⁴⁹. Vakıa, “ortaya çıkan, oluşan durum, ilgi çeken veya çekebilecek nitelikte olan her türlü iş, hadise, vaka” olarak tanımlanan “olay” ve

⁴⁵ Benzer bir örnek için bkz. Serozan, s.124-125.

⁴⁶ Kuru, **Ders Kitabı**, s.232-233; Arısoy, s.10; “vakıalar davanın sınırını çizmekte ve mahkemece ancak, bu vakıalar hakkında inceleme ve değerlendirme yapılabilmektedir.” (Yargıtay 2. HD., E.2014/12005, K.2015/4023, T.10.03.2015).

⁴⁷ Kuru, **Usul C.II**, s.1589-1590; Kuru, **Usul C.V**, s.4996-4997; Kuru, **Ders Kitabı**, s.231-233; Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.1135; Özekes, **Pekcanitez Usul**, s.1430; Atalı, **Pekcanitez Usul**, s.2065; Gürdoğan, s.279; Bolayır, s.51 vd.; Yargıtay HGK, E. 2008/30, K. 2008/43, T. 30.01.2008.

⁴⁸ Atalay, **Pekcanitez Usul**, s.1627-1628.

⁴⁹ Atalay, **Pekcanitez Usul**, s.1626; Özekes, **Temel Hukuk**, s.87; ATALAY Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s.57; YILDIRIM M. Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı, İstanbul, 1990, s.195; Gürdoğan, s.260.

“birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç” olarak tanımlanan “olgu” kavramının her ikisini birden kapsamaktadır⁵⁰. Vakıalar hukuk kuralları gibi “olması gerekeni” değil, meydana gelen ve gerçekleşen şeyleri ifade etmektedir⁵¹. Vakıa; irade dışında gerçekleşen bir doğa olayı(ölüm), eylem (sözleşme), nitelik (yaş) veya hukuki ilişki (mülkiyet) şeklinde olabilir. Vakıaların, açıklayıcı (çocuk) veya normatif (çocuğun yararı) olması da mümkündür⁵².

Türk medeni usul hukukunda vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesi (HMK m. 25) benimsenmiştir, yani incelenecek vakıalar hâkim tarafından toplanmayacak, taraflarca getirilecektir. Hâkimin taraflarca getirilmeyen vakıaları inceleme konusu yapması, hatta vakıaları hatırlatabilecek davranışlarda bulunması yasaktır⁵³.

Vakıalar prensip olarak ispat edilmesi gereken hususlar olup, hukuk yargılamasında ispat faaliyetinin konusunu oluşturmaktadır. İspat faaliyeti ile taraflar ileri sürülen vakıaların varlığına veya yokluğuna ilişkin yargı makamlarını ikna etmeye çalışacak⁵⁴, bunun için delillerden yararlanacaktır⁵⁵. Medeni usul hukukunda tarafların çelişmeli muhakeme gereği iddia ve savunmalarına dayanak olarak vakıalar kendilerinin getirmesi gerekmele birlikte, vakıaları destekleyen veya çürüten deliller sunarak (delil ikamesi yükü) ispat etmek de tarafların yükümlülüğünde (ispat yükü) olacaktır⁵⁶.

Uyuşmazlıkların çözümü için yargı makamlarının taraflarca getirilen vakıaların varlığı veya yokluğu hakkında açık ve net bir kanaate ulaşması, kısacası hakikati araması gerekmektedir⁵⁷. Bununla birlikte taraflarca ileri sürülen tüm vakılardan

⁵⁰ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr> (E.T. : 14. 08. 2024).

⁵¹ Arısoy, s.5.

⁵² Serozan, s.58.

⁵³ Kuru, **Usul C.II**, s.1919-1920; Kuru, **Ders Kitabı**, s.232, 297-298, 329-330; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s.797; Atalay, **Pekcanitez Usul**, s.1736,1737; Bolayır, s.52-53; Serozan, s.143. Medeni usul hukukunda prensip olarak tarafların savlarına (talebi destekleyen) ve savunmalarına ilişkin (talebi etkisizleştiren) vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırarak (somutlaştırma yükü) getirmeleri (iddia yükü) gerekir (Atalay, **Pekcanitez Usul**, s.1674 vd., 1681 vd.)

⁵⁴ Kuru, **Usul C.II**, s. 1966; Kuru, **Ders Kitabı**, s.318, Atalay, **Pekcanitez Usul**, s.1585-1586, 1626; Özekes, **Temel Hukuk**, s.230-231.

⁵⁵ KURU, **Usul C.II**, s. 1967; Kuru, **Ders Kitabı**, s.318-319; Özekes, **Temel Hukuk**, s.231; Arısoy, s.38.

⁵⁶ HMK m.119/1-f ve HMK m.194 uyarınca iddia edilen vakıaların hangi deliller ispatlandığının belirtilmesi gerekir. HMK m.190 ve TMK m.6, Türk hukukunda ispat yüküne ilişkin düzenlemelerdir. İspat yükü için bkz. Atalay, **Pekcanitez Usul**, s.1692 vd.; Özekes, **Temel Hukuk**, s.231-232; Serozan, s.143.

⁵⁷ Özekes, **Temel Hukuk**, s.231; Bolayır, s.238; Arısoy, s.13,37; Gürdoğan, s.262-263. Vakıaların, mantıksal açıdan tutarlı ve gerçeğe uygun olması gerekir (Serozan, s.142).

ziyade uyuşmazlığın çözümü için önemli ve gerekli olan vakıaların saptanması yeterli olacaktır⁵⁸. Yargı makamları tarafından gerçek olduğu kanaatine varılan vakıaların detaylarının da örneğin ne zaman, nerede ve nasıl gerçekleştiğinin de tespit edilmesi gerekmektedir⁵⁹. Vakıaların tespitinde yargıç tarafından deliller üzerinden bir inceleme yapılacaktır.

Vakıalar tespit edilmesinden sonra bunların hukuki olarak nitelendirilmesi aşamasına geçilecektir. Hukuki değerlendirme kapsamında kalan bu faaliyet, bir sonraki başlıkta incelenecektir. Bundan başka vakıaların tespitinde yargıç tarafından yapılabilecek hataların tespit edilmesi, *révision au fond* denetiminin vakıalara bakan boyutunun tespitinde yardımcı olacaktır.

Vakıa tespitinde yapılacak hatalardan ilki, iddia yüküne, ispat yüküne⁶⁰ ve ispat zorunluluğuna⁶¹ ilişkin düzenlemelere aykırı hareket edilmiş olmasıdır. İkinci olarak tespit edilen vakıaların gerçek ile uyumlu olmaması söz konusu olabilir⁶². Gerçekleşmemiş bir vakıanın gerçekleşmiş kabul edilmesi, bir vakıanın eksik tespit edilmiş olması veya gerçekleşen bir vakıanın mevcudiyetinin tespit edilmemiş olması bu hataya örnek verilebilir. Üçüncü olarak delillerin değerlendirilmesinde hata yapılmış olabilir⁶³. Son olarak hakem tarafından incelenen ve tespiti yapılan vakıalar uyuşmazlığın çözümü için ilgisiz olabilir.

⁵⁸ Kuru, **Usul C.II.**, s. 1921-1922; Özekes, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2209-2210.

⁵⁹ Bolayır, s.238.

⁶⁰ Tahkimde ispata ilişkin hangi kuralların uygulanacağı, bunun usûli mi yoksa maddi hukuka mı ilişkin bir konu olduğu tartışmalıdır. Detaylı inceleme için bkz. WAINCYMER Jeffrey Maurice, “Approaches to Evidence and Fact Finding”, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Arbitration, 2012, ss.743-824, s.762 vd.

⁶¹ Örneğin Türk medeni usul hukuku bakımından HMK m.200 vd. hükümlerinde senetle ispat zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Tahkim hukuku bakımından taraflarca bu düzenlemelerin uygulanması kararlaştırmadığı sürece senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kuralların tahkimde uygulanmayacağına ilişkin detaylı inceleme için bkz. DEMİR GÖKYAYLA Cemile, “Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk”, *Public and Private International Law Bulletin*, C.40, S.2, 2020, ss.729-773.

⁶² Bu hatanın varlığı birden fazla şekilde ortaya çıkabilir. Örneğin vakıa tespiti tecrübe ve mantık kurallarına aykırı, tutarsız veya hayatın olağan akışına aykırıdır. Ayrıca deliller aksini göstermesine rağmen bir vakıa gerçeğe aykırı olarak var kabul edilmiş olabilir (Gürdoğan, s.278-279). Delillerin değerlendirilmesinde hata yapılmış olabilir.

⁶³ Özekes, **Pekcanıtez Usûl**, s.2245.

b) Hukuki Değerlendirme Faaliyeti

Atılma faaliyetinde uyumsuzluğa ilişkin vakıalar tespit edildikten sonra “hukuki değerlendirme” veya “hukuki nitelendirme faaliyeti” olarak adlandırılan vakıalara hukuk kurallarının uygulanması aşamasına geçilecektir⁶⁴. Hukuki değerlendirme faaliyetinin detaylarına geçmeden bu aşamanın en önemli ögesi olan hukuk kurallarının genel özelliklerinin ele alınmasında fayda olacaktır.

Hukuk kuralları genel nitelikte olup, belirli kişilerden ziyade genele hitap eden kurallardır. Soyut nitelikte olup, bir olaya özgü olmayan uygulanması objektif ölçütlere bağlanan kurallardır⁶⁵. Öte yandan öngördükleri netice itibarıyla bağlayıcılık ve zorlayıcılık gücüne sahiptir⁶⁶.

Genel özellikleri yukarıda verilen hukuk kuralları iki unsurdan (ögeden) oluşmaktadır⁶⁷. Hukuki kural içerisinde yer alan koşullar ve gereklilikler (vakıalar bütünü) ile bunların gerçekleşmesi şartına bağlanan hukuki neticedir (yüküm veya yaptırım)⁶⁸. Bu unsurlarda vakıalar bütünü, hukuk kuralının diğer unsuru olan hukuki neticenin gerçekleşmesinin koşuldur⁶⁹, başka bir deyişle hukuk kuralının ilk unsurunda öngörülen vakıaların gerçekleşmesi halinde hukuki netice ortaya çıkacaktır. Bu nedenle bu ilk unsur koşul (soyut) vakıa olarak da adlandırılmaktadır⁷⁰. Hukuki netice ögesi genellikle bir avantaja hak kazanma veya bir ödev veya yükümlülüğe katlanma şeklinde düzenlenmektedir⁷¹. Bir örnek vermek gerekirse TBK m.473’te yer alan yüklenicinin işe zamanında başlamaması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğine ilişkin hukuk kuralında koşul vakıa “yüklenicinin işe zamanında başlamaması”, buna bağlanan hukuki sonuç ise “sözleşmeden dönme hakkının doğmasıdır”.

⁶⁴ Gürdoğan, s.259, 263, 267

⁶⁵ Serozan, s.59; Özekes, **Temel Hukuk**, s.85.

⁶⁶ Serozan, s.60; Özekes, **Temel Hukuk**, s.86.

⁶⁷ Atalay, **Pekcanitez Usul**, s.1627-1628; Gürdoğan, s.267-268; Özekes, **Temel Hukuk**, s.87-88; Bolayır, s.240-242.

⁶⁸ Serozan, s.57-58.

⁶⁹ Serozan, s.58-59.

⁷⁰ Atalay, **Pekcanitez Usul**, s.1586; Özekes, **Pekcanitez Usul**, s.2209; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 58.

⁷¹ Serozan, s.58-59.

Hukuki değerlendirme aşamasında ilk olarak, tespiti yapılan vakıalara uygulanacak hukuk kuralı tespit edilecektir. Hukuk kuralları kanun, sözleşme hükmü veya örf adet kuralı olabilir⁷². Uygulanacak spesifik hukuk kuralı tespit edildikten sonra bu hukuk kurallarının yorumlanması (tefsiri) aşamasına geçilecektir⁷³. Hukuk kuralının yorumlanması, ilgili hukuk kuralının içeriğinin ve sınırlarının tespit edilmesi, somut olaya uygulanmasının mümkün olup olmadığının ve uygulanması mümkün ise nasıl uygulanacağının belirlenmesi için önemlidir. Sonrasında, tespit edilip içeriği belirlenen soyut hukuk kuralının somut olaya uygulandığı vakıaların hukuki olarak nitelendirilmesi aşamasına geçilecektir. Bu aşamada hukuk kuralında yer alan koşul vakıalar ile varlığı tespit edilen vakıalar karşılaştırılarak altlama faaliyeti yapılacaktır⁷⁴. Yapılan karşılaştırma neticesinde somut olayda hukuk kuralının koşul vakıalarının bulunması halinde hukuk kuralındaki hukuki netice meydana gelecek⁷⁵, bu yönde bir karar verilecektir⁷⁶.

Hukuki değerlendirme faaliyetinin farklı aşamalarında hata yapılmış mümkündür. Bu faaliyet kapsamında ilk olarak somut olaya uygulanacak hukuk kuralının tespitinde hata yapılmış olabilir⁷⁷. Örneğin somut olaya uygulanması gereken kanun hükmü hiç uygulanmamış, yanlış kanun hükmü uygulanmış, taraflar arasındaki sözleşme hükmü göz ardı edilmiş veya geçersiz sözleşme hükmü uygulanmış olabilir. İkinci olarak hukuk kuralı doğru tespit edilmiş olmasına rağmen bu kural yanlış yorumlanmış olabilir⁷⁸. Üçüncü olarak, gerçekleştiği tespit edilen vakıaların hukuki nitelendirilmesinde, yani hukuk kuralının koşul vakıaları ile karşılaştırılmasında bir hata yapılmış olabilir⁷⁹. Son olarak önceki aşamalarda bir

⁷² Gürdoğan, s.269. Sözleşme hükümlerinin tespiti vakıa tespiti faaliyeti kapsamında kalmaktadır (Gürdoğan, s.270).

⁷³ Hukuk kurallarının yorumlanması hakkında bkz. Serozan, s.184 vd. Vakıa tespiti aşamasında tespit edilen sözleşme hükümleri de uygulanacak hukuk kurallarından olduğundan bu hükümler de sözleşmenin yorumlanması için geçerli olan ilkeler ışığında yorumlanacaktır (Gürdoğan, s.269).

⁷⁴ Özekes, **Temel Hukuk**, s.231; Bolayır, s. 239. Altlama faaliyetinde de tecrübe kurallarından yararlanılacaktır (Bolayır, s.239-240). Bir hukuk kuralının uygulanabilmesi yani sonuç doğurabilmesi için yargı merci önüne getirilen somut olayda hukuki kuralın koşul vakıalarının bulunması gerekir.

⁷⁵ Gürdoğan, s.271.

⁷⁶ Özekes, **Temel Hukuk**, s. 88; Bolayır, s.240.

⁷⁷ Özekes, **Pekcanitez Usul**, s.2301; Gürdoğan, s.280-281.

⁷⁸ Özekes, **Pekcanitez Usul**, s.2301; Gürdoğan, s.281.

⁷⁹ Özekes, **Pekcanitez Usul**, s.2301; Gürdoğan, s.281-283. Örneğin somut vakıalara göre edimler arasında bir oransızlık bulunmamasına rağmen hatalı şekilde somut vakıaların, gabinin koşul vakıasından olan “karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık” ile örtüştüğünün tespit edilmesi böyle bir hatadır.

problem olmamasına rağmen hukuk kuralı içerisinde yanlış hukuki sonuç çıkarılmış olabilir⁸⁰.

Çalışmamızın buraya kadar olan bölümünde *révision au fond* denetimi genel olarak ele alınmıştır. Bir sonraki bölümde hakem kararlarının devlet yargısı tarafından denetlenmesinde *révision au fond* yasağının rolü incelenecektir.

B. Hakem Kararlarının Devlet Yargısı Tarafından Denetlenmesi

1. Hakem Kararlarının Devlet Yargısı Tarafından Denetlenmesi Gerekliliği

Tahkimin temel fonksiyonu, tahkim yolunu seçen taraflar arasındaki uyuşmazlıkların özel kişiler olan hakemler tarafından çözülmesidir. Bu açıdan tahkim devlet yargısına benzemektedir. Ancak aslında tahkim, devlet yargısı yerine kullanılan ve bu anlamda onun alternatifi olan bir sistemdir. Nitekim tahkimi seçen tarafların niyeti de uyuşmazlıkların devlet yargısı önüne taşınması yerine hakem tarafından çözüme kavuşturulmasıdır. Buna rağmen devlet yargısı tahkim ile bir şekilde irtibat halinde olmaktadır.

Tahkimde çözüm bulunamayan, tarafların anlaşmasının yetersiz kaldığı, hatta kimi zaman tahkimi seçen tarafların yarattığı sorunların çözümü için devletlerin yardımına ihtiyaç duyulmakta, bu da devletlerin tahkime müdahil olmasına neden olmaktadır. Örneğin tahkim yargılaması başlamadan önce taraflardan birisi hakem seçimi yapmayarak tahkim yargılamasının başlamasına engel olabilir, özellikle *ad hoc* tahkimde hakemini seçmeyen taraf adına hakem ataması yapması için devlet mahkemesine başvurulması gerekecektir⁸¹. Benzer şekilde tarafların tahkim süresinin uzatılması konusunda anlaşamaması halinde⁸² veya ihtiyati tedbir gibi geçici hukuki

⁸⁰ Özekes, **Pekcanıtez Usûl**, s.2302; Gürdoğan, s.283-282. Bu hataya örnek olarak hukuki kuralın neticesinin müspet zararın karşılanması olmasına rağmen hâkimin menfi zararın karşılanması gerektiği sonucuna varması gösterilebilir

⁸¹ Türk hukukunda MTK m.7 ve HMK m. 416/2 uyarınca hakem seçiminin yapılmaması halinde mahkemeye müracaat edilebileceği düzenlenmiştir.

⁸² Türk hukukunda MTK m. ve HMK m. 427/2 uyarınca tahkim süresinin uzatılması için mahkemeye müracaat edilebilir.

koruma tedbirlerine hükmedilmesi⁸³ için devlet mahkemesine müracaat edilmesi gerekebilecektir. Devlet yargısının tahkim öncesi aşamada veya tahkim yargılaması devam ederken tahkime “yardımcı olması”, tahkim sürecinin devlet yargısı tarafından denetlenmesini haklı çıkaracak niteliktedir. Devlet yargısının tahkim öncesi ve tahkim esnasında yaptığı müdahalelerin yanında hakem kararı verildikten sonraki süreçte hakem kararlarının denetlenmesi yoluyla devlet yargısının tahkime dahil olmaktadır, çalışmamız bu denetimlere odaklanmaktadır⁸⁴.

Nihai hakem kararı verildikten sonra devlet yargısının genelde hakem kararları üzerinde re’sen denetleme yetkisi yoktur. Gerçekten de hakem kararı taraflarca rızaen uygulandığı sürece⁸⁵, devlet mahkemesi hakem kararından hiç haberdar olmadan tahkim süreci tamamlanmış olacaktır. Fakat kaybeden taraf çeşitli gerekçelerle hakem kararını gönüllü olarak uygulamaktan kaçınabilecektir⁸⁶. Bu durumda hakem kararının cebri icra organları vasıtasıyla uygulanmasını isteyen taraf devlet mahkemesinin yardımına müracaat edecektir⁸⁷. Hakem kararının verildiği ülke dışında icra edilebilmesi için yabancı ülkede açılacak tenfiz davasında, tenfiz denetiminden geçmesi gerekecektir. Bu hakem çalışmamız kapsamında incelenecek, hakem kararlarının denetlendiği ilk dava türüdür.

Öte yandan aleyhine hüküm kurulan taraf, hakem kararını uygulamadığı gibi bu karara çeşitli gerekçelerle itiraz etmek isteyebilir. Milletlerarası tahkimde hakem kararına karşı farklı başvuru yolları öngörülebilmektedir. Bu yollardan bazılarında hakem kararı devlet mahkemesi yerine tahkim kurumu tarafından veya bu tahkim kurumu nezdinde farklı bir hakem heyeti tarafından kontrol edilebilmektedir. Ancak

⁸³ Türk hukukunda MTK m. 6 ve HMK m. 414’te hakemlerin de geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verebileceği düzenlenmişse de yine aynı hükümlerde bazı hallerde doğrudan hakemin verdiği geçici hukuki koruma tedbirlerinin uygulanması için mahkemeye müracaat edilebileceği düzenlenmiştir.

⁸⁴ Mahkemelerin hakem kararı verilmeden önce tahkime yardım ve denetimine ilişkin detaylı bilgi için bkz. YEŞİLOVA Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008.

⁸⁵ Milletlerarası tahkimde kararlara büyük çoğunlukla uyulduğu yönündeki görüşler için bkz. Lew/Mistelis/Kröll, s.688; Blackaby/Partasides/Redfern, s.11.02; BORN Gary, International Commercial Arbitration, 3. Edition, Netherlands: Kluwer Law International, 2021, s.3718,3764; ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araş. Enst.Yayınları, Ankara, 1986, s.395.

⁸⁶ AKINCI Ziya, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1994, s.42; GHARAVI H., The International Effectiveness of The Annulment of An Arbitral Award, Kluwer Law International, 2002, s.2.

⁸⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s.689; Blackaby/Partasides/Redfern, par.11.09; Gharavi, s.3.

çalışmamız, hakem kararlarının devlet mahkemesi tarafından denetlendiği yollar ile sınırlandırıldığından bu denetim yolları ayrıntılı şekilde incelenmeyecektir. Hakem kararının devlet mahkemesi tarafından denetlediği denetim yollarından en yaygın olanı çalışmamız kapsamında incelenecek diğer dava türü olan iptal davasıdır⁸⁸.

Hakem kararlarının iptal ve tenfiz davasında denetlenmesinin birtakım sebepleri vardır. İlk olarak bu davalar amaçları ve doğuracakları sonuçlar itibariyle devlet yargısının denetimi haklı çıkarmaktadır. Tenfiz talebinin kabul edilmesi halinde hakem kararının tenfiz ülkesinin bir mahkeme kararı gibi icra edilecek olması, iptal davasının reddi halinde ise hakem kararının tahkim yeri ülkesinin hukuk düzeninde hüküm ifade ettiğinin kabul edilecek olması, hakem kararının bu davalarda ilgili devletin hukuk düzeni ile uyumlu olup olmadığının denetlenmesini haklı çıkarmaktadır⁸⁹.

Hakem kararlarının bu davalar sonucunda hüküm ifade edecek olması kararı veren hakemin yetkisinin kontrol edilmesini gerektirmektedir. Zira hakemin uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi yoksa denetim ülkesinin hukuk düzeninde hüküm ifade edecek bir hakem karardan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda hakemin yetkisini ilgilendiren uyuşmazlığın tahkime elverişliliği, tarafların tahkim iradesini gösteren tahkim anlaşmasının varlığı ve bu anlaşmanın geçerliliği, tahkim anlaşmasını akdeden tarafların ehliyetleri gibi hususların incelenmesi gerekliliği iptal ve tenfiz denetiminin gerekçeleri arasındadır.

⁸⁸ İstisnai de olsa bazı ülkelerde hakem kararına karşı kanun yoluna müracaat edilmesi imkânı vardır. Kavram bütünlüğü açısından çalışmamız kapsamında başlıklandırmalarda iptal davasına benzer başvuru yolları için iptal davası terimine yer verilecek, konu içerisinde yeri geldikçe farklı denetim türlerine ilişkin noktalara da değinilecektir. İptal ve tenfiz davası yanında Türkiye’de verilen yabancılık unsuru içeren hakem kararlarının Türkiye’de uygulanabilmesi için icra edilebilirlik şerhi almak gerekebilir. Bu denetim türü çalışmamız kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁸⁹ PARK William W., “Why Courts Review Arbitral Awards” in Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel (Eds.), Carl Heymanns Verlag, Köln, 2001, s.595-606, s.595; ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “Doğrudan Uygulanan Kuralların Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Üzerindeki Etkileri”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, On İki Levha, İstanbul, 2021, s.223-267, s.228; YEŞİLOVA Bilgehan, “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, TBB Dergisi, S.76, 2008, ss.83-164, s. 115. Bu gerekçe daha çok hakem kararının denetim ülkesinin kamu düzeniyle uyumlu olup olmadığının denetlenmesinde somutlaşmaktadır. Yapılacak denetimde hakem kararının o ülkenin milli hukuk düzenine uygun olup olmadığı denetlenmeyecektir.

Tahkimin bir yargılama faaliyeti olması hakem kararlarının devlet yargısı tarafından denetlenmesini haklı kılan bir diğer gerekçedir⁹⁰. Zira devletlerin kendi egemenlik alanlarında gerçekleşen bir yargılamada verilen veya başka bir ülkede verilmiş olsa bile kendi topraklarında icra edilecek bir kararın, adil bir yargılama neticesinde verilmiş olmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır⁹¹. Bu yükümlülük, vazgeçilmez ve evrensel bir hukuk ilkesi olan adil yargılanma ilkesinden kaynaklanmaktadır⁹². Dolayısıyla her ne kadar taraflar, tahkim anlaşması ile uyuşmazlıkların özel kişiler tarafından çözülmesini tercih etmiş olsalar bile bu durum tarafların adil ve dürüst bir yargılamadan vazgeçtikleri anlamına gelmeyecektir⁹³. Kaldı ki tahkimin tercih edilmesinin önemli sebeplerinden birisi sahip olduğu

⁹⁰ Tahkimin yargısal niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. Birinci Bölüm.II.A.2.

⁹¹ BALKAR Süheyla, “AİHM Kararları Işığında AİHS md. 6 ve Tahkim”, BUHFD, C.17, S.209, s.683-722, s. 691. AİHS ve tahkim ilişkisi çalışmamızın kapsamında yer almayan ve daha kapsamlı ele alınmayı gerektiren bir konudur. Ancak AİHS’e taraf devletlerin tahkim yargılamaların adil bir şekilde yürütülmesini sağlama sorumluluğunun olup olmadığına kısaca değinmek de fayda vardır. İlk olarak AİHS m. 1 uyarınca, Taraf Devletler, Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükleri “yetki alanları içinde bulunan herkes” için güvence altına almak zorundadır. Dolayısıyla hakemlerin devlet adına hareket eden yargıçlar olmadığı için tahkimin AİHS’in uygulama alanının dışına çıktığı savunulabilir. Başka bir ifadeyle taraflar kendi iradeleri ile devlet mahkemelerine başvurma haklarından vazgeçtiklerinden devletlerin tahkimde adil bir yargılanmayı sağlama yükümlülüğünden bahsedilmeyebilir. Örneğin, AİHS madde 6 kapsamında korunan mahkemeye erişim hakkı, aleni yargılanma hakkı ve makul sürede yargılanma haklarından tarafların kendi iradeleri ile feragat etmeleri söz konusudur. Sözgelimi geçerli bir tahkim anlaşması taraflardan birinin devlet mahkemelerine başvurmalarını engeller. (LANDROVE Juan Carlos, European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration An Etat des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature, Human Rights at the Center, Zürich, 2006, s. 73-101, s. 92, http://www.landrove.ch/pdf/ECHR_2006_Landrove (Erişim Tarihi: 20.10. 2024). Ancak bu feragat AİHS m.6 kapsamında korunan bütün haklardan vazgeçildiği anlamına gelmemektedir. (Balkar, AİHM, s. 691) Devletler kendi yasal sistemleri ile tahkim antlaşmasına ve tahkim yargılamasına geçerlilik kazandırmaktadır. Bu yargılama sonucunda verilen kararların AİHS ilkelerine aykırı olması devletlerin dolaylı sorumluluğuna neden olabilir. Dolayısıyla AİHS, rızaya dayalı tahkime dolaylı bir şekilde uygulanabilir. Yani kararın tenfizi yargılamasında AİHS’e aykırılıklar milletlerarası kamu düzeni sebebinde bir tenfiz engeli olarak ele alınabilir. Diğer yandan tahkimde hakemlerin icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğü vardır. İcra edilebilir bir karar vermek isteyen hakemlerin, yargılamalarında AİHS ilkelerini gözetmeleri gerekmektedir. (LANDROVE Juan Carlos, European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration. An Etat des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature, Human Rights at the Center, Zürich, 2006, s. 73-101, s. 92, http://www.landrove.ch/pdf/ECHR_2006_Landrove Erişim Tarihi: 20.10. 2024.) Bu durum doktrinde AİHS’in “*tahkime yatay uygulanması (horizontal effect of Convention on arbitration)*” olarak adlandırılmaktadır. (ZAVODNA Martina, The European Convention on Human Rights and Arbitration, Brno, 2013, s.56). Sonuç olarak kanaatimizce AİHS kapsamında tahkimin adil bir şekilde yürütülmesinde devletlerin doğrudan sorumluluğu olmasa bile dolaylı sorumluluğu devam etmektedir. Bu nedenle AİHS’e taraf devletler yasal düzenlemeleri ile kendi yetki alanlarında tahkim yargılamalarına izin veriyorlarsa, devletlerin belirli denetim mekanizması kurarak tahkim yargılamalarını denetlemeleri dolaylı sorumluluklarının bir gereğidir.

⁹² SARIOZ BÜYÜKALP İpek, AİHS ve AİHM Kararlarının İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri, On İki Levha, İstanbul, 2018, s.11.

⁹³ Gerçekten taraflar adalete erişim haklarından vazgeçmiş sayılamazlar. Adalete erişim kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz.: Sarioz Büyükalp, **Adil Yargılanma**, s.86-89.

avantajlar sayesinde daha adil bir yargılama sunma iddiasıdır⁹⁴. Dolayısıyla tahkimde adil bir yargılama yürütülüp yürütülmediğinin, usûli güvencelerin yerine getirilip getirilmediğinin, usul kurallarına riayet edilip edilmediğinin denetlenmesi gerekecektir⁹⁵.

Tahkim yargılamasının yürütülmesinde ve verilen hakem kararında, insan elinden çıkan her şey gibi hata yapılmış olması riski vardır⁹⁶. Bu nedenle hakem kararının denetime tabi tutulmayacak olması hata yapılması riskini artırabileceği gibi tahkimi suistimale ve keyfi davranışlara da açık hale getirecektir. Bu yüzden, hakem kararının iptal ve tenfiz davasında “ikinci bir göz” tarafından incelenmesi, tahkimde keyfiliği önleyici ve caydırıcı bir etkiye sahip olacaktır. Zira verdikleri kararın denetime tabi tutulacağını bilen hakemler yargılamanın adil yürütülmesi bakımından daha dikkatli davranacak, böylelikle tahkim ve hakem kararının kalitesi artmış olacaktır⁹⁷. Tahkim ve hakem kararının kalitesinin artması tahkime yönelik tereddütlerin giderilmesine, hakemlere güven tesis edilmesine, tahkimin itibarının artırılmasına ve tahkimde adaletin sağlanmasına hizmet edecektir⁹⁸.

2. Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları ve *Révision au Fond* Yasağı

Hakem kararının verildiği anda nihai ve bağlayıcı nitelikte olması nedeniyle kaybeden tarafça gönüllü olarak uygulanacağı düşünülebilir, ancak bu beklenti her zaman gerçekleşmeyecektir. Aleyhine hüküm verilen taraf kararı yerine getirmediği gibi hakem kararına karşı itiraz etmek isteyecektir. Bunun için hakem kararına karşı itiraz etmek isteyen taraflar için çeşitli müracaat imkânları getirilmiştir. Kaybeden

⁹⁴ Sözelimi tahkim duruşmalarının kapsamlı ve uzun sürmesi, uyuşmazlık konusunda uzman kişiler tarafından yargılamaların yapılması doğrudan tarafların hukuki dinlenilme hakkını güçlendirmektedir (Balkar, **AİHM**, s.685).

⁹⁵ Park, s.595-596; BAYATA CANYAŞ Aslı, UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu, Adalet, Ankara, 2016, s.63-64; Balkar, **AİHM**, s.697.

⁹⁶ Hakemlerin “insan üstü” vasıflara sahip olmadıkları hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. BALKAR BOZKURT Süheylâ, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü, On İki Levha, İstanbul, 2016, s.101-102,135-136. Hata yapmanın insanın temel özelliği olduğu dikkate alındığında hatasız bir karara ulaşmak için denetim yapılması, sonu olmayan bir döngüye girilmesine sebep olabilir; zira denetimi de yine bir insan yapacaktır (İnsan olan hakemin ve bunu denetleyen merciin ele aldığı olguların göreceli olacağı hakkında bkz. Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.108).

⁹⁷ Park, s.595,600; GELANDER Jessica Lyn, “Judicial Review of International Arbitral Awards: Preserving Independence in International Commercial Arbitrations”, Marquette Law Review, C.80, S.2, 1997, s.625-652, s.626; Bayata Canyaş, s.31.

⁹⁸ Park, s. 596,599; Gelande, s. 627; Bayata Canyaş, s. 31,33.

taraf bu imkanlara bazen yalnızca hakem kararının uygulanmasını geciktirmek için bazen de hakem kararının adaletsiz ve hatalı olduğunu düşündüğü başvurabilmektedir⁹⁹.

Milletlerarası hakem kararlarına karşı devlet yargısı önünde başvurulabilecek hukuki yollar ve burada yapılacak denetimin kapsamına ilişkin çok taraflı milletlerarası anlaşma mevcut değildir¹⁰⁰. Bu yüzden hakem kararlarına karşı başvuru yolları devletlerin kendi pozitif düzenlemelerine göre belirlenmektedir¹⁰¹. Konuya ilişkin bir milletlerarası düzenleme bulunmamakla birlikte devletlerin tahkime ilişkin düzenlemelerine dayanak olması ve bu düzenlemelerin uyumlu olması açısından hazırlanarak¹⁰² 1986 yılında yayınlanan UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu¹⁰³ mevcuttur.

Mahkeme kararlarına karşı öngörülen kanun yolu yerine Model Kanunda hakem kararlarına karşı iptal davası imkânı kabul edilmiştir. İptal davasında kanun yolu denetiminden farklı olarak kararda vakıalara ilişkin tespitlerde veya hukuki değerlendirmelerde yapılan hatalardan ziyade sınırlı sayıda gösterilen iptal sebepleri üzerinden bir inceleme yapılmaktadır¹⁰⁴.

Bugün pek çok ülke hukukunda Model Kanun hükümleri esas alınarak, hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilceği düzenlenmiştir.

⁹⁹ Born, s.3422.

¹⁰⁰ CRAIG William Laurence, “Uses and Abuses of Appeal from Awards”, Arbitration International, C. 4, S. 3, 1988, s.174-227, s.174.

¹⁰¹ Born, s.3447.

¹⁰² Metnin bu amacı taşıdığı 2006 yılında yapılan değişiklik m. 2A/1’de açıkça vurgulanmıştır. Model Kanunun milletlerarası ticari teamüllerin bir parçası haline geldiğinde milli hukuk kurallarının yorumlanmasından yararlanılabilecektir (LEW Julian D.M., “Achieving The Dream: Autonomous Arbitration”, Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration, International Arbitration Law Library, C.16, 2007, s. 455-485.).

¹⁰³ 2006 yılında kabul edilen değişikliklerle 1985 tarihli UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 04.07.2024); 2006 yılında kabul edilen değişikliklerle 1985 tarihli UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu, <https://rm.coe.int/uncitral-ticari-tahkim-model-kanunu/1680a72db8> (Erişim Tarihi: 04.07.2024) Temmuz 2024 itibariyle 93 devletin mevzuatında UNCITRAL Model Kanunun temel alındığı veya esinlenildiği belirtilmektedir: Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status (Erişim Tarihi: 04.07.2024).

¹⁰⁴ Born, s.3447,3448.

İptal davasına ilişkin Model Kanun hükümlerini doğrudan veya birtakım değişikliklerle benimseyen ülke hukuklarında “esnek denetim” olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁵. Bundan başka bazı ülke hukuklarında hakem kararlarına karşı “katı denetim” kabul edilmiştir. Bu ülke hukuklarında esnek denetimden farklı olarak hakem kararının esastan denetlenmesine imkân veren iptal davası veya kanun yolu sistematigi kabul edilmiştir¹⁰⁶. Aşağıda önce Model Kanun esas alınarak hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası yolu öngören ülke hukuklarındaki iptal denetimi ile sonrasında hakem kararının esastan denetlenmesine imkân veren hukuk düzenleri incelenecektir.

a) Model Kanun Temelinde İptal Denetimi ve *Révision* Au Fond Yasağı

Bugün pek çok ülke hukukunda milletlerarası hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilceği öngörülmüştür. Bu ülke hukuklarında iptal sebepleri¹⁰⁷ başta olmak üzere iptal davasına ilişkin düzenlemeler genellikle Model Kanun m. 34 esas alınarak hazırlanmıştır¹⁰⁸. Dolayısıyla bu başlıkta, Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukukta incelenecek düzenlemeler Model Kanun’da kabul edilen düzenlemeler ışığında ele alınacaktır.

¹⁰⁵ Park, s.597; Bayata Canyaş, s.30-32.

¹⁰⁶ Park, s.597-598, Bayata Canyaş, s.33-34. Çalışmamız kapsamında katı denetime örnek gösterilebilecek ülkelerin pozitif düzenlemeleri hakkında bkz. Birinci Bölüm.II.D.3. Hakem kararının denetlenmesinde benimsenen yöntemlerin esnek ve katı olmak üzere ikiye ayrılması hakkında detaylı bilgi için bkz. Bayata Canyaş, s.31 vd.

¹⁰⁷ İptal sebeplerinin tarihçesi için bkz. BUDAK Ali Cem, “Hakem Kararları Maddi Hukuka Aykırılık Sebebiyle İptal Edilebilir Mi? - Hakem Kararlarının İptali Müessesesinin Tarihi Kökeni”, Public and Private International Law Bulletin, C.40, S.1, 2020, s. 557-572.

¹⁰⁸ Türk hukukunda hem MTK hem de HMK’nın 407 ilâ 444’üncü maddelerindeki düzenlemelerde UNCITRAL Model Kanununun esas alındığı hakkında bkz: EKŞİ Nuray, Türkiye’de Kurumsal Tahkim, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2020, s.3-4; Alman Usul Kanunu (ZPO) m. 1059, Belçika Adli Teşkilât Kanunu (Belgian Judicial Code) m.1717, Hollanda Medeni Usul Kanunu m. 1065’te UNCITRAL Model Kanun m. 34 esas alınmıştır. Belçika hukukunda uyuşmazlığın taraflarının Belçika ile bir ilişkisinin bulunmaması durumunda verilen hakem kararına karşı iptal davası 1985 yılında tamamen kaldırılmıştır (1998 değişikliği öncesi Belçika Adli Teşkilat Kanunu). Bu değişiklikle Belçika’nın tahkim yeri olarak daha cazip hale geleceği düşünülmüştür. Ancak beklenenin aksine olumsuz bir etki yaratan bu değişiklikten vazgeçilmek zorunda kalınmış, iptal davasının düzenlemesi geri getirilmiştir. (Born, s.3658; ATAMAN FİGANMEŞE İnci, “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni-MHB, C.31, S.2, 2011, s.35-81, s.68-69).

Model Kanun sistematğinde hakem kararları, verildiği anda kesin ve bağlayıcı kabul edilmektedir. Bu nedenle Model Kanun m. 34/1 uyarınca bir hakem kararına karşı gidilebilecek münhasır başvuru imkânı ise iptal davası (*application for setting aside*) olarak düzenlenmiştir¹⁰⁹. Dolayısıyla Model Kanun sistematğinde hakem kararları prensip olarak geçerli olup, istisnai olarak belirli iptal sebeplerin varlığı halinde iptal edilebilecektir¹¹⁰.

Model Kanun’a benzer şekilde, Türk hukukunda hakem kararlarına karşı tek¹¹¹ başvuru yolu MTK¹¹² m. 15/A ve HMK¹¹³ m. 439 uyarınca iptal davasıdır. Türk hukukunda hakem kararlarına karşı istinaf, temyiz, karar düzeltme gibi kanun yollarına başvurulması mümkün değildir¹¹⁴. MTK m. 15/A ve HMK m. 439/6 uyarınca

¹⁰⁹ Born, s.3434-3435.

¹¹⁰ Born, s.3432. Nitekim bu anlayışa paralel olarak çoğu ülke hukukunda milletlerarası hakem kararları nadir olarak iptal edilmektedir (Born, s.3428, 3432).

¹¹¹ MTK m.15/A’da hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilmesi açıkça ifade edilmiştir. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2005/3953, K. 2006/1858, T. 24.02.2006. HMK bakımından HMK m. 439’un lafzının yanı sıra HMK m. 341 ile HMK m. 444 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesiyle hakem kararlarına karşı istinaf incelemesi yapılması mümkün değildir. HMK m. 439 uyarınca BAM tarafından iptal davasında yapılan incelemenin “istinaf” incelemesi olmadığı ve iptal davasında “istinaf” incelemesi yapan bir BAM kararının eleştirisi için bkz. CAN Mehmet Çelebi, “Tahkim Kararlarının İstinaf Denetimi”, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara, 2023, s.79-95.

¹¹² MTK hükümlerinde UNCITRAL Model Kanunu ve İsviçre Tahkim Kanunundan esinlenilmiştir. (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.655) MTK m. 1 ve m. 2 uyarınca bu kanun, tahkim yeri Türkiye olan ve yabancılik unsuru bulunan veya tarafların uygulanmasını kararlaştırdığı tahkim yargılamasına uygulanır (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.71).

¹¹³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 407 ilâ 444. maddeleri arasındaki tahkime ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. HMK’nın tahkime ilişkin hükümlerinde UNCITRAL Model Kanunu’ndan esinlenilmiştir. (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.655) HMK m. 407 uyarınca tahkimi yerinin Türkiye olduğu ve yabancılik unsuru içermeyen başka bir deyişle mahalli/iç/milli/yerli (*domestic*) tahkimler bakımından HMK’nın tahkime ilişkin kısmı (m. 407 ilâ m. 444) uygulanacaktır. Tahkim yerinin Türkiye olduğu ancak yabancılik unsuru taşıyan ihtilaflar bakımından MTK uygulanmaya devam edecektir. Bu bakımdan tahkim yerinin Türkiye olduğu tahkimler bakımından HMK ve MTK’nın birbirini tamamlayan ancak kesişmeyen düzenlemeler olduğu söylenebilir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.42.).

¹¹⁴ HMK’nın yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (“HUMK”) m. 533’te hakem kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulması imkânı tanınmaktaydı. Üstelik bu hüküm MTK yürürlüğe girene kadar milletlerarası hakem kararlarına da uygulanmıştır. Madde başlığında ve içeriğinde temyiz kanun yoluna ilişkin ibareler yer almasına rağmen öngörülen sebepler temyiz nedenlerinden daha çok iptal sebebine benzemekte ve bu sebepler arasında açıkça hakem kararının esastan denetlenmesine imkân veren bir sebep bulunmamaktaydı. Buna rağmen 1994 yılında verilen Yargıtay İBK kararı ile HUMK m.533 kapsamında hakem kararındaki maddi hukuka aykırılıkların denetlenebileceğine ve uygulanacak hukukun Türk hukuku olması durumunda hakem kararının Türk hukukuna aykırı olup olmadığının yetki aşımı gerekçesiyle incelenebileceğine karar verilmiştir (Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E.1993/4, K.1994/1, T.28.01.1994 kararı). Çalışmamız kapsamında karara ilişkin eleştiriler ele alınmaktadır. bkz. İkinci Bölüm.II.C. MTK m.15’in yürürlüğe girmesiyle milletlerarası hakem kararlarına karşı temyiz yoluna gidilmesi ortadan kaldırılmıştır. Bu hükmün hakem kararlarının esastan denetlenmesini ortadan kaldırdığı için MTK ile getirilen en önemli değişiklik olduğu ileri sürülmüştür (Akıncı, **Milletlerarası**

iptal davasında verilen karara karşı temyiz yoluna başvurmak mümkündür. Ancak bu başvuru imkânı, hakem kararlarına karşı temyiz veya farklı bir kanun yolu denetimine başvurulması anlamına gelmemektedir. İptal davasında Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen kararlara¹¹⁵ ilişkin yapılacak temyiz incelemesi, aşağıda detaylı olarak incelenecek iptal sebepleriyle sınırlı olarak yapılacaktır¹¹⁶.

Model Kanun uyarınca iptal davası, tahkim yeri mahkemesinde görülecektir¹¹⁷. Benzer şekilde Türk mahkemeleri önünde yalnızca Türkiye’de verilen hakem kararlarına karşı iptal davası açılabilecektir¹¹⁸.

İptal davası neticesinde bir hakem kararı yalnızca Model Kanun m. 34/2’de sayılan iptal sebeplerinin varlığı halinde iptal edilebilecektir. Bu iptal sebepleri, tahdidi (sınırlı sayıda, *exhaustive, numerus clausus*¹¹⁹) olarak sayılmıştır¹²⁰. Bu nedenle iptal davasında farklı bir iptal sebebinin ileri sürülmesi veya mahkemenin farklı bir sebep çerçevesinde inceleme yapması mümkün değildir. İptal sebeplerinin dar yorumlanması gerekmekte olup kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir¹²¹. Model Kanun’da olduğu gibi Türk hukukunda da MTK m.15/A/2’ ve HMK

Tahkim, s.385; Nomer, **Milletlerarası Usul**, s.273). Daha sonra yürürlüğe giren HMK ile HUMK hükümleri tamamen kaldırılmış, HMK’nın tahkime ilişkin kısımlarında MTK’ya uyumlu olacak şekilde hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabileceği düzenlenmiştir.

¹¹⁵ 28/2/2018 tarihli ve 7101 sayılı Kanun ile MTK m.15 ve HMK m.439’da yapılan değişikliklerle iptal davasının ilk derece mahkemesi sıfatıyla bölge adliye mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir.

¹¹⁶ MTK bakımından bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.822. HMK m. 439/6 gerekçesinde bu durum şu şekilde vurgulanmıştır: “*temyiz incelemesinin iptal sebepleri ile sınırlı olması prensibi kesin bir şekilde belirtilerek, Yargıtay’daki incelemenin, iptal sebeplerini genişletici bir şekilde yapılmasının önüne geçilmek istenilmiştir*”

¹¹⁷ Bkz. Model Kanun m.1/2, m. 6. İptal davasının tahkim yeri ülkesi yerine usule uygulanacak hukukun tabi olduğu devlet mahkemesinde de açılabileceği belirtilmektedir (Ataman-Figanmeşe, s.44). Öte yandan bazı ülke mahkemeleri tahkim yeri fark etmeksizin hakem kararının iptali konusunda kendini yetkili görmektedir. Ataman-Figanmeşe, s.44, dn.24)

¹¹⁸ Türk hukukunda MTK ve HMK’da yer alan uygulama hükümleri uyarınca bir hakem kararına karşı iptal davası açılabilmesi için prensip olarak hakem kararının Türkiye’de verilmiş olması gerekmektedir.

¹¹⁹ Bu ilke belirli bir konuda sayılan hallerin sayısının sınırlı olduğu anlamına gelir.

¹²⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s.673; Blackaby/Partasides/Redfern, par.10.33; Born, s.3434-3435.

¹²¹ Born, s.3433-3435, 3437; Yılmaz, s.128.

m.439/2’de iptal sebepleri¹²² tahdidi olarak sayılmıştır¹²³. Karşılaştırmalı hukukta da pek çok ülkede iptal sebepleri tahdidi olarak düzenlenmiştir¹²⁴.

Model Kanun’da sayılan iptal sebepleri, NYS m. V’deki tenfiz engelleri ile paralel, hatta neredeyse özdeş şekilde düzenlenmiştir¹²⁵. Bu durum iptal sebeplerinin tenfiz engelleriyle uyumlu olmasına yönelik tercihin bir sonucudur¹²⁶. Öte yandan hakem kararlarının tenfizi sistematüğinde olduğu gibi Model Kanun’da tarafların iradesine saygı gösterilmesi, devlet yargısının tahkime müdahalesinin asgari seviyede tutulması ve hakem kararlarının etkinliğinin sağlanması hedeflenmiştir¹²⁷. Bu nedenle Model Kanun’da iptal denetiminin kapsamı sınırlı tutulmuştur¹²⁸.

Model Kanun uyarınca iptal davasında iptal sebeplerinin prensip olarak davacı tarafından ispatlanması gerekmektedir. Bununla birlikte iptal davasında “tahkime elverişsizlik” ve “kamu düzenine aykırılık” hâlleri bakımından mahkemeler, taraflarca bu iptal sebeplerinin varlığı ileri sürülmemiş olsa bile kendiliğinden bir inceleme yapabilecektir. Bu iki sebep dışında kalan iptal sebeplerinin varlığının taraflarca ileri sürülmesi gerekmektedir, aksi halde mahkemeler kendiliğinde bu sebeplere yönelik bir inceleme yapamayacaktır¹²⁹.

¹²² MTK m. 15/A ve HMK m. 439/2’de yer verilen iptal sebepleri neredeyse aynı olarak düzenlenmiştir. Nitekim HMK’nın madde gerekçesinde tahkim hukuku bakımından mevzuatta uyumluluğun sağlanması için MTK hükümlerinin göz önünde tutulduğu ifade edilmiştir.

¹²³ MTK bakımından bakınız: Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 253; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s.61; YILMAZ Ejder, **Hakem Kararlarının Denetimi**, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2009, s.107-136, s.127. HMK bakımından bakınız. EKŞİ Nuray, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2019, s.187; Pekcanitez/Yeşilırmak, **Pekcanitez Usul**, s.2733; Karadaş, s.217. Yargıtay İBK, E. 2016/2, K. 2018/4, T. 13.4.2018. HMK m. 439’un madde gerekçesinde “*tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır.*” demek suretiyle iptal sebeplerinin sınırlı sayıda olduğu belirtilmiştir.

¹²⁴ Fransız hukuku için bkz. Fouchard/Gaillard/Goldman, s.923; Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1484, 1518, 1520, 1525(4), Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD., 09.10.2008, Rev. Arb., 2009, s.360, 362; Fouchard/Gaillard/ Goldman, s.923-924; İsviçre hukuku için bkz. İsviçre MÖHUK m.190, 194; Alman hukuku için bkz. Alman Medeni Usul Kanunu m.1059.

¹²⁵ Lew/Mistelis/Kröll, s.673; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.922; Born, s.3433, 3435, 3438.

¹²⁶ Lew/Mistelis/Kröll, s.673; Born, s.3448

¹²⁷ Born, s.3438, 3439, 3448.

¹²⁸ Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, s.27, para. 15 (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 10.09.2024)). Model Kanuna tabi olan hususlarda, Model Kanunda açıkça öngörülen haller dışında mahkemelerin müdahalede bulunamayacağına ilişkin m.5 de bu amaca hizmet etmektedir.

¹²⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s.673; Born, s.3436.

Türk hukukunda MTK’da iptal davasına ilişkin düzenlemede, MTK m. 15/A/1’de sayılan sebeplerin iptal talebinde bulunan tarafça ispat edilmesi, m. 15/A/2’de sayılan sebeplerin ise mahkeme tarafından tespit edilmesi halinde hakem kararının iptal edileceği düzenlenmiştir. Buna göre Model Kanun’daki düzenlemeye paralel olarak, kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik bakımından iptal incelemesi, mahkeme tarafından re’sen yapılacaktır. Diğer iptal sebeplerinin taraflarca ileri sürülmesi ve varlığının ispat edilmesi gerekmektedir¹³⁰.

Türk hukukunda iç tahkimde iptal davasına ilişkin HMK m.439’da iptal sebepleri sayılırken MTK’nın aksine herhangi bir ayırım yapılmamış, tüm iptal sebepleri açısından “tespit edilmeleri” halinde kararın iptal edileceği düzenlenmiştir. Hükmün bu şekilde düzenlenmesi doktrinde tartışma konusu olmuştur. Doktrinde *Akıncı*, düzenlemenin bu haliyle mahkemelere iptal davasında tüm iptal sebepleri açısından re’sen inceleme yapma imkânı verdiği, tarafların ileri sürmese bile tüm iptal sebepleri açısından re’sen yapılacak iptal incelemesinin, iptal davasının istisnai niteliği ile bağdaşmadığını ifade etmiştir¹³¹. *Pekcanitez/Yeşilirmak*’a göre iptal davasında mahkemenin taraflarca ileri sürülen iptal sebepleri ile sınırlı bir inceleme yapması gerekmektedir. Yazarlara göre iptal davasında mahkeme, yalnızca kamu düzenine ilişkin sebepler (kamu düzenine aykırılık, kararın süresi içerisinde verilmemesi, hakemin usulüne uygun seçilmemesi) bakımından re’sen bir inceleme yapabilecektir¹³².

Türk hukuku¹³³ ve Model Kanun’u esas alan ülke hukuklarında, hakem kararlarının iptali davasında, açıkça ifade edilmemiş olsa da hakem kararının esastan denetlenmesi yasaktır. İptal davasının karakteristik özellikleri ve iptal sebepleri bu yasağın varlığını haklı kılmaktadır.

¹³⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s.821; Şanlı, **Ticari Akit**, s.342.

¹³¹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.52, 381.

¹³² Pekcanitez/Yeşilirmak, **Pekcanitez Usûl**, s. 2779- 2780. Yazarların neden bu sayılan sebepleri kamu düzeni ile ilişkili görüp diğerlerini görmediği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Türk doktrininde *Budak*’a göre yalnızca kamu düzeni ve tahkime elverişlilik incelemesi bakımından re’sen kontrol yapılabilir, diğer sebeplerin taraflarca ileri sürülmesi gerekir. BUDAK Ali Cem, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 1, S.1, 2012, s.31-60, s.55.

¹³³ HMK m.439’da esastan denetime yönelik açık bir iptal sebebi bulunmasa da madde gerekçesinde esastan denetimin yasak olduğu şu şekilde ifade edilmiştir: “*Şu husus ifade edilmelidir ki, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir.*”

Model Kanun'da ve Model Kanunu benimseyen ülke hukuklarında hakem kararlarının iptali sebepleri tahdidi olarak düzenlenmiştir. Buna göre iptal davasında yalnızca belirli sebepler üzerinden inceleme yapılacak, farklı bir iptal sebebi ihdas edilemeyecek, ayrıca mevcut sebepler dar yorumlanacaktır¹³⁴.

Genel özellikleri bu şekilde olan iptal sebepleri arasında, istinaf veya temyiz sebeplerinden olan ve doğrudan incelenen kararın esastan denetlenmesine imkân veren *“hukukun veya sözleşmenin yanlış uygulanmış olması”*, *“ taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi”*¹³⁵, *“vakıa tespitinin hatalı yapılarak yanlış sonuca varılması”*¹³⁶ gibi sebepler yer almamaktadır¹³⁷. Bunun yerine iptal sebepleri genellikle hakemin yetkisine (tahkim anlaşmasını akdeden tarafların ehliyeti, tahkim anlaşmasının geçerliliği, yetki aşımı, tahkime elverişlilik), yargılama usûlüne (hakem seçimi, usul kurallarına uygunluk, hukuki dinlenilme hakkına riayet) ve kamu düzenine ilişkin konularda düzenlenmiştir¹³⁸. Tahdidi olarak sayılan iptal sebepleri arasında doğrudan hakem kararının esastan incelenmesine imkân veren bir sebep bulunmaması iptal davasında esastan denetimin mümkün olmadığına ilişkin bir göstergedir.

İptal davasında hakem kararının esastan denetlenmesi, başka bir deyişle hakem tarafından uyuşmazlığın çözümü için yapılan vakıa tespitlerinin ve hukuki değerlendirmelerin mahkeme tarafından denetim konusu yapılması mümkün değildir. Bu nedenle Fransız hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi denetiminde

¹³⁴ Çalışmamız kapsamında tarafların iptal sebeplerini genişletmesi veya azaltmasının mümkün olup olmadığı ileride detaylı şekilde ele alınmaktadır. Bkz. İkinci Bölüm.III.

¹³⁵ Bu hususlar HMK m.371/1/a ve c’de birer temyiz sebebi olarak öngörülmüştür.

¹³⁶ Bu hususun bir istinaf sebebi olduğu hakkında bkz. Yargıtay HGK, E.2022-1049, K.2022-1598, T. 24.11.2022.

¹³⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s.673-674; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.923, Born, s.3646; BINDER Peter, International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, 4. Edition, The Netherlands: Kluwer Law International, 2019, s.445-447; VAN DEN BERG Albert J., “Should Setting Aside of the Arbitral Awards be Abolished?”, ICSID Review, C.29, S.2, 2014, s.263-288, s.267-268; SCHIITTHOFF C.M., “Finality Of Arbitral Awards And Judicial Review”, Contemporary Problems in International Arbitration, Springer, Dordrecht,1987, s.230-237, s.230, s.232-236; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.351; ŞİT KÖŞGEROĞLU Banu, “İptal Davasında Esasa Uygulanacak Hukuk”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul: On İki Levha, 2021, ss.315-387, s. 324.

¹³⁸ Binder, s.446-447; PIZZURRO Joseph D. / GARCÍA Robert B. / PERLA Juan O, “Substantive Grounds for Challenge”, Global Arbitration Review-The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards, Rowley J. W. (Gn. Ed.), Law Business Research, London, 2019, s.85-97, s.86, 90, 91; TERRY J. / SHERKEY E. / LAX R. / HUNTER C., “Substantive Grounds for Challenge”, Challenging and Enforcing Arbitration Awards Guide, 3d Ed., Law Business Research, 2023, s.101,102; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.351.

ortaya çıkan *révision au fond* denetimi iptal davasında yasaktır. Milletlerarası tahkimde bu yasak *révision au fond* yasağı (esasa girme yasağı) olarak adlandırılmaktadır¹³⁹.

Révision au fond yasağı, tahkim hukukunda oldukça önemli bir yere sahiptir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta, doktrin ve yargı kararlarında *révision au fond* yasağı; “yerleşik ve tartışmasız bir hukuk ilkesi (*trite law*)”¹⁴⁰, “tahkimin yapı taşı”¹⁴¹, “milletlerarası tahkimin bir aksiyomu”¹⁴², “tahkim hukukunun genel ilkesi”¹⁴³, “dokunulması mümkün olmayan bir ilke”¹⁴⁴, ve “hayati önem taşıyan bir ilke”¹⁴⁵ olarak nitelendirilmiştir. Üstelik *révision au fond* yasağı ile ifade edilen esastan denetim yasağı, yalnızca yakın dönemde değil Antik Yunan ve Antik Roma dönemi tahkim uygulamasında bile bu prensibe rastlanmaktadır¹⁴⁶.

Türk hukukunda iptal davasında hakem kararının esası bakımından denetlenmesinin yasak olduğu, doktrinde neredeyse istisnasız bir şekilde kabul

¹³⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.553; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.815-817; *Öztekin-Gelgel*’e göre Türk milletlerarası özel hukuk sistematğinde yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde kullanılan “çok teknik bir hukuki kavram olan” *révision au fond* yasağının hakem kararları bakımından kullanılması doğru değildir (ÖZTEKİN GELGEL Günseli “New-York Konvansiyonu’na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay’ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan), C.22, S.2, 2002, s.1137-1158, s.1148). Yabancı mahkeme kararının tenfizinde bu ilkenin kullanımına ilişkin bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.95. Kanaatimizce karşılaştırmalı hukukta da hakem kararları bakımından kullanılan bu ilkenin Türk hukukunda da kullanılması mümkündür. Ancak bu ilke nedeniyle hakem kararının hiçbir şekilde denetlenmeyeceği düşünülmemelidir, hakem kararları belirli denetim sebepleri üzerinden gerektiğinde hakem kararının esasına girmek suretiyle incelenebilecektir. Türk hukukunda hakem kararlarının denetiminde *revision au fond* yasağı ile birlikte denetimin nasıl yapılacağına ilişkin bkz. İkinci Bölüm.I.

¹⁴⁰ Singapur Yüksek Mahkemesi, 13.07.2011, PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation, [2010] SGHC 202 (Singapore High Ct.), aff’d, [2011] SGCA 3).

¹⁴¹ RAU Alan Scott, “The Culture of American Arbitration and the Lessons of ADR”, 40 Tex. Int’l L.J., C.40, S.1-6, 2005, s.449-509..

¹⁴² Craig, s.213. Aksiyom, “kendiliğinden belli olup, ispatı gerekmeyen” şeyler olarak tanımlanmaktadır (Serozan, s.26-27).

¹⁴³ Fransız Temyiz Mahkemesi, 1.HD., 13.10. 1981, Banque Mondiale et autres, 80-11.098, S.E.E.E. c; <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-19811013-8011098>.

¹⁴⁴ Born, s.4069.

¹⁴⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.816. Bu prensibin kabul edilmemesi halinde mahkeme ile hakem arasında bir fark kalmayacak, tahkim ortadan kalkacaktır. (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.816-817).

¹⁴⁶ Detaylı açıklama için bkz. Birinci Bölüm.II.C.1.

edilmektedir¹⁴⁷. Karşılaştırmalı hukukta da iptal davasında esastan denetimin yasak olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁸.

Türk hukukunda içtihatlarda, MTK¹⁴⁹ ve HMK¹⁵⁰,ya tabi iptal davasında *révision au fond* yasağı kabul edilmiştir. Benzer şekilde pek çok ülkenin mahkeme içtihatlarında, hakem kararlarının iptali davasında *révision au fond* yasağı kabul edilmiştir¹⁵¹.

¹⁴⁷ MTK tahkimi bakımından bkz. Nomer, **Milletlerarası Usul**, s.273-274; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.815-817; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.401-402; KALPSÜZ Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2007, s.101; Yılmaz, s.127-128; ÖZEL Sibel / ERKAN Mustafa / PÜRSELİM Hatice S. / KARACA Hüseyin. A., Milletlerarası Özel Hukuk, On iki Levha, İstanbul, 2022, s.793-794; TİRYAKİOĞLU Bilgin / BAYATA CANYAŞ Aşlı, “Chapter 7: Challenges to Arbitral Awards”, Arbitration in Turkey, Kluwer Law International, 2015, s.183-211, s.183,190, 210; ERDEM Bahadır, “İptal Davalarında Kamu Düzenine Aykırılık”, ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2014, s.109-119, s.117. Akıncı’ya göre Türk hukukunda hakem kararlarının iptali davasında temyiz incelemesinin Yargıtay’da tek bir daire yerine uyumsuzluğun kaynaklandığı sözleşmeye bakmakla görevli Yargıtay dairesine gönderilmesinin hem tahkimle ilgili farklı uygulamalar doğmasına sebep olduğu hem de bunun iptal incelemesinin kapsamı ile bağdaşmadığı görüşündedir. Buna göre hakem kararlarının iptali davası Yargıtay’ın önüne geldiğinde tek bir daire tarafından incelenmelidir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.379). MTK m.15 gerekçesinde iptal sebeplerinin sınırlı sayıda olduğu belirtilmiştir (Milletlerarası Tahkim Kanunu madde gerekçeleri <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/milletlerarasi-tahkim-kanunu-4686-madde-gerekceleri/1/madde-15>). HMK tahkimi bakımından bkz. Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s.793-794; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Pekcanitez Usul**, s. 2733 HMK madde gerekçesinde “hakemin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı” meselesinin bir iptal sebebi olmadığı, böyle bir riskin taraflar üzerinde olduğu açıkça ifade edilmiştir. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, Yasama Yılı 3, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf> (Erişim Tarihi: 10.08.2024).

¹⁴⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, s.923, Lew/Mistelis/Kröll, s. 673-674; Blackaby/Partasides/Redfern, par. 10.06; BERGER KP., “The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective”, 12 Ford. Int’l L.J., C. 605, 1989, s.606-657; Judicial Review of Arbitration Awards on the Merits, Harv. L. Rev., C.63, 1950, s. 681-690.

¹⁴⁹ Yargıtay 19. HD., E. 2016/1521, K. 2016/12995, T. 5.10.2016.

¹⁵⁰ Yargıtay 11. HD., 4931/6886, T. 22.06.2016; Yargıtay 19. HD., 3207/6936, T.16.04.2013

¹⁵¹ **Fransız Yüksek Mahkemesi Kararları:** Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD., 6.10.2010, Fondation Albert Abela Family Found. v. Joseph Abela Family Found., Rev. Arb., 2010, s. 813-814; Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD., 11.03.2009, de Prémont v. Trioplast AB, Rev. Arb., 2009, s. 240; Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD., 23.02.1994, Andre v. Multitrade, Rev. Arb., 1994, s. 683; Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD., 5.01.1999, [Karar Sayısı], Gallay v. Fabricated Metals, Rev. Arb., 2001, s. 805; Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD., 13.10.1981, 80-11.098, S.E.E.E. c/ Banque Mondiale et autres. **Fransız İstinaf Mahkemesi Kararları:** Paris İstinaf Mahkemesi, 21.03.2017, Ministère Yéménite du Pétrole et des Minerais v. Alkor Petroo Ltd, Rev. Arb., 2017, s. 340-341; Paris İstinaf Mahkemesi, 24.06.2010, Inforad Ltd v. Tes Elec. Solutions, Rev. Arb., 2010, s. 675-676; Paris İstinaf Mahkemesi, 2.10.2000, Gaz. Pal., 2001, s. 16-17, 21; Paris İstinaf Mahkemesi, 27.10.1994, Lebanese Traders Distributions & Consultants v. Reynolds, Rev. Arb., 1994, s. 709; Paris İstinaf Mahkemesi, 14.10. 1993, Aplix v. Velcro, Rev. Arb., 1994, s. 164. **İsviçre Federal Mahkemesi Kararları:** İsviçre Federal Mahkemesi, 27.01.2021, DFT 4A_600/2020, par. 5.1; İsviçre Federal Mahkemesi, 25.02.2015, DFT 4A_486/2014, par. 4.3.2; İsviçre Federal Mahkemesi, 23.04.2013, DFT 4A_672/2012, par. 3.1.2; İsviçre Federal Mahkemesi, 9.12. 2011, DFT 4A_631/2011, par. 2.3; İsviçre Federal Mahkemesi, 8.04. 2005, DFT 4P.253/2004, par. 3.1. **Alman Mahkeme Kararları:** Alman Federal Mahkemesi, 14.02.2019, I ZB 33/18, par. 21; Köln Eyalet Yüksek Mahkemesi, 16.09. 2022, 19 Sch 12/22, par.121; Frankfurt am Main Eyalet Yüksek Mahkemesi, 24.01.2019, 26 Sch 8/18, par. 228; Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 11.07. 2011, 2011 SchiedsVZ 377; Saarbrücken Eyalet Yüksek Mahkemesi, 30.05.2011, 2012 SchiedsVZ 47, B(II)(2).

b) Hakem Kararlarının Esastan Denetlenmesine İmkân Veren Ülkeler

Yukarıda incelendiği üzere Model Kanunu’nu takip eden ülkelerde hakem kararlarına karşı gidilebilecek tek yol olarak iptal davası öngörülmüş, burada yapılacak denetimin sınırlı sayıda sebepler çerçevesinde ve uyuşmazlığın esasına girilmeden yapılması anlayışı benimsenmiştir. Bununla birlikte tahkime ilişkin düzenlemelerinde Model Kanun’daki düzenlemelerden ayrılan ve hakem kararlarının esastan denetlenmesine imkân sağlayan ülkeler bulunmaktadır. Bu ülkelerde kanuni düzenlemelerle veya mahkeme içtihatlarıyla, iptal davasında esastan denetime izin verilmekte veya hakem kararları doğrudan kanun yolu denetimine tabi tutulmaktadır. Esastan denetime imkân veren ülkelerin bazılarında herhangi bir ayırım yapılmaksızın hakem kararları esastan denetlenebilmekte bazı ülkelerde ise yalnızca iç tahkimde verilen kararların esastan denetimine izin verilmektedir.

Hakem kararlarının esastan denetlenmesinin mümkün olduğu İngiliz hukukunda İngiliz Tahkim Kanunu m. 69’da hukukun uygulanmasında yapılan hatalara ilişkin temyiz başvurusunda (*appeal on point of law*) bulunulması imkanı getirilmiştir. İlgili hüküm uyarınca belirli şartlar dahilinde hukukun doğru uygulanmadığı iddiasıyla hakem kararına karşı devlet mahkemesine başvurulabilecektir¹⁵². Esastan denetime imkân verdiği kabul edilen bir diğer hukuk sistemi olan Amerikan hukukunda, pozitif düzenlemelerde esastan denetimin mümkün olduğuna ilişkin açık hüküm yoktur. Bununla birlikte Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin bir içtihadı esas alınarak geliştirilen “hukukun açıkça göz ardı edilmesi” (*manifest disregard of the law*) doktrini uyarınca hakemin hukuku açıkça ihlal etmesi, bir iptal sebebi olarak değerlendirilebilmektedir¹⁵³. İsviçre hukukunda milletlerarası tahkim bakımından Model Kanun sistemi benimsenmiştir. Bununla birlikte iç tahkimde kabul edilen hakemin keyfi (“*arbitraire*”) davranmasına ilişkin iptal sebebi çerçevesinde hakem kararının esastan denetlenebileceği kabul edilmiştir¹⁵⁴. Fransız hukukunda iç tahkimde taraflarca kararlaştırılmış olması halinde hakem kararına karşı kanun yoluna

¹⁵² Çalışmamız kapsamında İngiliz hukukundaki bu düzenlemeler detaylı olarak ele alınmaktadır. Bkz. İkinci Bölüm.III.A.1.

¹⁵³ Çalışmamız kapsamında ABD hukukundaki bu düzenlemeler ele alınmaktadır. Bkz. İkinci Bölüm.III.A.2.

¹⁵⁴ Çalışmamız kapsamında İsviçre hukukundaki bu düzenlemeler ele alınmaktadır. Bkz. İkinci Bölüm.III.A.3.

başvurulabileceği düzenlenmiştir¹⁵⁵. Arjantin hukukunda iç tahkim bakımından görev belgesinde açıkça feragat edilmemiş olması halinde hakem kararlarına karşı devlet mahkemesi kararlarına karşı öngörülen başvuru yollarına müracaat edilebilecektir¹⁵⁶. Mısır Tahkim Kanunu¹⁵⁷ ve Suudi Arabistan Tahkim Kanunu'nda¹⁵⁸ hakem kararının esastan denetlenmesine izin veren iptal sebepleri bulunmaktadır.

3. Hakem Kararlarının Tenfizi Davası ve *Révision Au Fond* Yasağı

Tarafların tahkimde tek beklentisi aralarındaki uyuşmazlığın çözen bir karar verilmesi değildir, bundan daha önemlisi verilen hakem kararının icra edilebilmesi olacaktır. Hakem kararları taraflarca rızaen yerine getirilebilmektedir¹⁵⁹, ancak bu her zaman gerçekleşmez. Taraflar hakem kararının nihai ve bağlayıcı olacağını kabul etmelerine rağmen hakem kararı her iki tarafı aynı anda memnun etmediğinde, aleyhine hüküm kurulan taraflar hakem kararının gereğini kendi rızalarıyla yerine getirmeyebilmektedir. Bu durumda hakem kararının prensip olarak kendiliğinden bir icra gücü olmadığından¹⁶⁰, egemenlik sahasında cebri icra gücüne (*imperium*) sahip olduğu kabul edilen devletlerden ve mahkemelerinden yardım almak gerekecektir. Hakem kararının verildiği ülke dışında¹⁶¹ icra edilmek istenmesi halinde tenfiz davası

¹⁵⁵ Çalışmamız kapsamında Fransız hukukundaki bu düzenlemeler ele alınmaktadır. bkz. İkinci Bölüm.III.A.3.

¹⁵⁶ Arjantin Medeni Kanun ve Ticari Usul Kanunu (*Argentine National Code of Civil and Commercial Procedure*) m.758 (<https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/19135>).

¹⁵⁷ Mısır Tahkim Kanunu m. 53/1/d, g: “*An arbitration award may be annulled only: ... (d) If the arbitral award failed to apply the law agreed upon by the parties to govern the subject matter in dispute; ... (g) If the arbitral award itself or the arbitration procedures affecting the award contain a legal violation that causes nullity*”. (https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/5/4/549_law-no-27-1994-promulgating-the-law-concerning-arbitration-in-civil-and-commercial-matters.pdf)

¹⁵⁸ Suudi Tahkim Kanunu m. 50/1/d: “*An action to nullify an arbitration award shall not be admitted except in the following cases: ...d. if the arbitration award excludes the application of any rules which the parties to arbitration agree to apply to the subject matter of the dispute*”. Kanunun İngilizce metni için bkz. https://sadr.org/assets/uploads/download_file/Arbitration_Law.pdf (E.T. : 01.12.2024).

¹⁵⁹ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.391. Hakem kararlarının tarafların gönüllü olarak yerine getirmesinin hakem kararlarının niteliğinden ziyade yabancı hakem kararlarının tenfizini kolaylaştıran ve pek çok ülke tarafından kabul edilen New York Sözleşmesi'nden kaynaklandığı ifade edilmektedir (Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.391-392).

¹⁶⁰ Hakemler veya tahkim kurumları hakem kararlarının uygulanması bakımından üstelik farklı ülkelerde zorla yerine getirilmesini sağlayacak güce sahip değildir (Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.227-228; Yeşilova, **Nitelik**, s.83,102).

¹⁶¹ Aslında hakem kararlarının devlet organları eliyle icra edilebilmesi için her zaman tenfiz davası açılması gerekmebilir. Bu hakem kararının verildiği ülke ile kararın icra edilmek istenen ülkenin aynı olup olmaması ile ilgilidir. Tahkim yerinden farklı ülkede icra edilecek karar için tenfiz davası açmak gerekir. Prensip olarak hakem kararının verildiği ülkede icra edilebilmesi için (yani tahkim yeri ile icra edilecek ülkenin aynı olduğu durumda) hakem kararının tenfizi gerekmez. Ancak yine de kararın icra

açılması gerekecektir¹⁶². Tenfiz davasının kabulü halinde hakem kararı tenfiz yeri ülkesinde verilen bir mahkeme kararı gibi o ülkenin cebri icra organları vasıtasıyla icra edilebileceğinden tenfiz yeri mahkemesinin hakem kararını denetlemesinde bir menfaati olacaktır¹⁶³.

Milletlerarası hakem kararlarına karşı devlet mahkemesine yapılacak başvurular hakkında bir milletlerarası sözleşme bulunmamasına rağmen milletlerarası hakem kararlarının tenfizi için bugün pek çok ülkenin taraf olduğu New York Sözleşmesi mevcuttur¹⁶⁴. NYS'nin uygulama alanına ilişkin m. I/1 uyarınca NYS, âkit devletlerde tenfiz edilmek istenen ve tenfiz devletinden başka bir yerde verilen hakem kararlarının tenfizine uygulanacaktır.

Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin NYS'nin¹⁶⁵ yanı sıra MÖHUK m. 60 ilâ m. 63'te düzenlemeler yer almaktadır¹⁶⁶. Anayasa m. 90 ve MÖHUK m. 1/2 uyarınca NYS, özel düzenleme ("*lex specialis*") niteliğinde olduğundan yabancı hakem kararlarının tenfizinde öncelikli olarak uygulanacaktır. Başka bir deyişle Türkiye dışında verilen hakem kararlarının Türkiye'de tenfiz

edilebilmesi için farklı usûli prosedürler getirilmiş olabilir. Örneğin Türk hukuku bakımından tahkim yerinin Türkiye olduğu hakem kararlarının Türkiye'de uygulanması için tenfizi gerekmez ancak uyuşmazlığın yabancılık unsuru içerip MTK kapsamında kalması halinde MTK m.15/B'de öngörülen icra edilebilirlik şerhinin alınması gerekir. MTK m.15/B uyarınca icra edilebilirlik belgesi verilirken yapılacak incelemede tahkime elverişlilik ve kamu düzeni açısından Türk mahkemeleri denetim yapacaktır. Yabancılık unsuru içermeyen ve HMK kapsamında kalan hakem kararları açısından bu şerhin alınmasına gerek olmadan hakem kararı mahkeme kararı gibi icra daireleri vasıtasıyla icra edilmektedir (EKŞİ Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2019, s.197).

¹⁶² Aleyhine hüküm kurulan tarafın malvarlığının hakem kararının verildiği ülke dışında bulunması bu davaya başvurulmasının en sık sebebidir.

¹⁶³ Hakem kararının tenfizi yanında tanıma davasına konu edilmesi mümkündür. Ancak tenfiz davası ile tanıma davasında inceleme konusu yapılan şartlar birbirine benzer olduğundan (Nomer, **Devletler Hususi**, s.571; Nomer, **Milletlerarası Usul**, s.246) kavram karışıklığına da yer vermemek için bu çalışma kapsamında tanıma davası incelenmeyecek, bunun yerine tenfiz davası esas alınarak bir anlatım yapılacaktır. Hakem kararlarının tanınmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.535-537.

¹⁶⁴ 10 Haziran 1958'de New York'ta imzalanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi, Resmî Gazete, 25.09.1991, S. 21002. Kasım 2024 itibarıyla New York Sözleşmesi'ne 172 devletin taraf olduğu belirtilmektedir. Contracting States, <https://www.newyorkconvention.org/contracting-states> (E.T. : 18.11.2024).

¹⁶⁵ Türkiye koyduğu çekinceler nedeniyle NYS yalnızca Akti devletlerde verilen ve ticari uyuşmazlıklara ilişkin hakem kararları bakımından uygulanacaktır (3731 sayılı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna dair Kanun m. 2).

¹⁶⁶ MÖHUK m. 60 ilâ 62 arasında sayılan tenfiz engellerinin birtakım farklar taşımakla birlikte New York Sözleşmesi m.5'te sayılan tenfiz engelleri ile büyük oranda paralellik gösterdiğini, MÖHUK hazırlanırken New York Sözleşmesinin dikkate alındığını ifade etmek gerekir (Nomer, **Milletlerarası Usul**, s.247, 261; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.642-643.)

edilmek istenmesi halinde öncelikle NYS hükümleri uygulanacaktır¹⁶⁷. MÖHUK'taki hakem kararının tenfizine ilişkin düzenlemeler, yalnızca NYS kapsamına girmeyen yabancı hakem kararlarının tenfizi davasında uygulama alanı bulacaktır¹⁶⁸.

NYS'nin amacı milletlerarası hakem kararlarının tenfizine ilişkin, farklı ülkelerde de kabul görecektir, hızlı ve düşük maliyetli yöntem getirmektir¹⁶⁹. Sözleşmenin bu amacı, NYS m. III'te yer alan NYS'ye taraf devletlerin prensip olarak hakem kararlarını bağlayıcı olarak kabul ederek tenfiz edilmesini temin etmesi yönünde yükümlülüğü ile vurgulanmıştır. Sözleşmenin amacı doğrultusunda genel prensip bu olmakla birlikte, bu prensibe istisna olarak NYS m. V'te sayılan tenfiz engellerinden birisinin bulunması durumunda hakem kararının tenfizi talebi reddedebilecektir¹⁷⁰.

Model Kanun'da belirlenen iptal sebeplerine benzer şekilde NYS m. V'de belirtilen tenfiz engelleri sınırlı sayıda (tahdidi) sayılmış olup, örnekleyici (tadaî) değildir¹⁷¹. Bu nedenle bir hakem kararının tenfizi ancak tenfiz engellerinin bulunması halinde reddedilebilir, taraflar mevcut tenfiz engellerinden başka bir sebep ileri süremeyecek veya mahkemece başka bir sebep tenfiz incelemesinde dikkate alamayacaktır. İptal sebepleri gibi tenfiz engellerinin dar ve sınırlı bir şekilde yorumlanarak katı bir şekilde uygulanması gerekmektedir¹⁷². NYS'de olduğu gibi MÖHUK m.62'de sayılan tenfiz engelleri de tahdidi olarak düzenlenmiştir¹⁷³. Türk hukukunda tenfiz davasında verilen kararlara karşı istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulabilmektedir. Bu imkân, hakem kararının tenfiz engelleri dışında bir sebeple

¹⁶⁷ Türkiye dışında verilen bir hakem kararında tahkim usulüne Türk hukuku uygulanmış olsa bile bu hakem kararının tenfizi New York Sözleşmesi'ne tabi olacaktır. Yargıtay 15. HD., E.1997/4213, K.1997/5603, T.25.12.1997; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.526-535.

¹⁶⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.527, 638; Akıncı, **Milletlerarası Özel**, s.262; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s.795-796; Bununla birlikte NYS m. VII uyarınca tenfiz ülkesinin pozitif düzenlemelerinin NYS'ye göre daha avantajlı hükümler içermesi halinde öncelikli olarak uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle NYS'nin uygulandığı hallerde MÖHUK hükümlerine dayanılmasının mümkün olduğu görüşü de savunulmuştur (Nomer, **Devletler Hususi**, s.571; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s.797).

¹⁶⁹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s.966; Born, s.3719-3720,3727; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.539.

¹⁷⁰ VAN DEN BERG Albert, The New York Arbitration Convention of 1958:Towards a Uniform Judicial Interpretation, Kluwer Law International, 1994, s.269.

¹⁷¹ Blackaby/Partasides/Redfern, par.11.56 ; Van den Berg, **1958**, s.265; Born, s.3739-3741; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.408; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s.798.

¹⁷² Van den Berg, **1958**, s.267-268; Lew/Mistelis/Kröll, s.706; Born, s.3733-3735, 3740-3741.

¹⁷³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.553; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s.817-819.

incelenmesi anlamına gelmeyecektir, kanun yolu incelemesinde hakem kararı yine tahdidi olarak sayılan tenfiz engelleri çerçevesinde incelenebilecektir¹⁷⁴.

NYS m. III uyarınca akit devletlerin hakem kararlarının geçerli olduğunu kabul etmek ve icrasını temin etmekle yükümlü olduğu dikkate alındığında hakem kararında herhangi bir tenfiz engeli bulunmuyorsa hakem kararının tenfiz edilmesi bir zorunluluktur¹⁷⁵. Öte yandan mahkemece bir tenfiz engeli tespit edilmiş olsa bile hakem kararının tenfizi yönünde bir takdir yetkisi kullanılabileceği kabul edilmektedir. Bu düşüncenin önemli gerekçelerinden birisi NYS'nin İngilizce versiyonunda tenfiz engelinin tespit edilmesi halinde hakem kararının tenfizi talebinin “*reduced*” anlamına gelen “*may be refused*” ifadesinin kullanılmış olmasıdır¹⁷⁶. NYS'nin lafzı üzerinden varılan bu sonucun MÖHUK'taki tenfiz düzenlemesi için geçerli olmadığı kabul edilmektedir, zira MÖHUK hükmünde mahkemelere takdir yetkisi tanındığını işaret edecek esnek bir dil kullanılmamıştır¹⁷⁷.

Hakem kararlarının tenfizi davasında tenfiz engelleri bakımından ispat yükü tenfize karşı çıkan tarafa ait olacaktır¹⁷⁸. Öte yandan NYS m. V/I'de sayılan tenfiz engelleri bakımından bir inceleme yapılması için bu engellerin tenfize itiraz eden tarafça ileri sürülmesi gerekmektedir, başka bir deyişle bu tenfiz engelleri taraflarca ileri sürülmemişse mahkeme re'sen inceleme konusu yapılamayacaktır. Buna karşılık NYS m.V/II'de sayılan kamu düzenine aykırılığa ve tahkime elverişsizliğe ilişkin tenfiz engelleri bakımından mahkemeler re'sen inceleme yapabilecektir. Türk

¹⁷⁴ Türk hukukunda tenfiz davasından verilen kararlara karşı genel hükümler çerçevesinde istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulabilecektir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.544).

¹⁷⁵ Van den Berg, **1958**, s.243; Lew/Mistelis/Kröll, s.706; Born, s.3727-3728; Amerikan Temyiz Mahkemesi, 11. Daire, 13.04.2023, Corporación AIC, SA v. Hidroel é ctrica Santa Rita SA, 66 F.4th 876, 882 (11th Cir. 2023); İsviçre Federal Mahkemesi, 09.12.2008, XXXIV Y.B. Comm. Arb. 810, 816.

¹⁷⁶ Van den Berg, **1958**, s.265; Lew/Mistelis/Kröll, s.706-707; Blackaby/Partasides/Redfern, par.11.58; Born, s.3742-3745. Türk hukukunda NYS'nin lafzının nasıl değerlendirildiğine ilişkin bir içtihadı rastlanılmamaktadır. Ancak doktrinde Türk mahkemelerinin NYS'nin uygulandığı davalarda hakem kararının tenfizi bakımından takdir hakkı bulunduğu kabul edilmektedir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 649-650; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s.797-798; ÖZDEMİR KOCASAKAL H., “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Tenfiz Edilebilirliği”, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler, İstanbul, 2018, s.139-148, s.140,148; Ataman-Fıganmeşe, s.58). Türk doktrininde aksi görüş için bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 583.

¹⁷⁷ Nomer, **Devletler Hususi**, s.572; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.650; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s.819.

¹⁷⁸ Van den Berg, **1958**, s. 264; Born, s.3729-3730; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s.797, 819. Ülke hukuku uygulamaları için bkz. İsviçre Federal Mahkemesi, 17.03.2023, DFT 5A_406/2022, Olin Holdings Ltd v. Libya, par. 3.2.2; İsviçre Federal Mahkemesi, 07.09.2018, DFT 5A_942/2017. Bu prensip NYS'nin tenfizi kolaylaştırıcı anlayışının bir parçasıdır (Born, s.3729-3730).

hukukunda MÖHUK m.62/2'deki düzenlemede NYS'ye benzer şekilde ikili bir ayırım yapılarak bazı tenfiz engellerinin aleyhine tenfiz istenen tarafça ispat edilmesi gerektiği, bazılarının ise mahkeme tarafından re'sen incelenebileceği düzenlenmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere NYS'de tenfiz engelleri tahdidi olarak düzenlenmiş, ispat yükü tenfize itiraz eden taraf üzerinde bırakılmış ve mahkemelere tenfiz engelinin bulunması halinde tenfiz talebini kabul etme yönünde bir takdir yetkisi verilmiştir. Tüm bunlar milletlerarası hakem kararlarının tenfizine yönelik liberal ve kolaylaştırıcı bir tutum benimsendiğini göstermektedir¹⁷⁹. Bu tutumun bir yansıması olarak yukarıda sayılan hususların yanında, NYS m. VII/1 uyarınca NYS'ye taraf devletlerin kendi düzenlemelerinin NYS'ye nazaran, hakem kararlarının tenfizine ilişkin daha elverişli hüküm içermesi halinde bu hükümlerin öncelikli uygulanacağı kabul edilmiştir¹⁸⁰.

NYS veya MÖHUK hükümlerinde açıkça zikredilmemişse de tenfiz davasında hakem kararının esastan denetlenmesi yasaktır. Tahdidi olarak sayılan tenfiz engelleri arasında doğrudan hakem kararının esastan incelenmesine imkân veren bir sebep bulunmaması ve yukarıda açıklanan hakem kararının tenfizini kolaylaştırıcı hükümler, tenfiz davasında esastan denetimin mümkün olmadığına yönelik önemli göstergelerdir¹⁸¹. Gerçekten de tenfiz engelleri arasında hakemin hukuki

¹⁷⁹ Born, s.3718.

¹⁸⁰ Türk hukukunda NYS'nin uygulandığı tenfiz davaları bakımından MÖHUK hükümlerde tenfiz sebeplerinin neredeyse aynı şekilde düzenlendiği, öte yandan mahkemenin takdir yetkisi bakımından MÖHUK'un bir esneklik tanımadığı düşünüldüğünde MÖHUK hükümleri NYS'den ağır olduğu için NYS yerine uygulama alanı bulamayacaktır. Benzer görüş için bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s.482; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.869.

¹⁸¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.833. MÖHUK m. 61/2'nin atfıyla hakem kararının tenfizi davasında uygulanacak MÖHUK m. 55/2'deki "*Karşı taraf ancak bu bölüm hükümlerine göre tenfiz şartlarının bulunmadığını*" ifadesinde tenfiz sebeplerinin sınırlı olduğuna atıf yapılmasının révision au fond yasağını gösterdiği ileri sürülmüştür (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.833; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 552-553) Yine MÖHUK m. 61/2'nin atfıyla uygulanan MÖHUK m.56'da yer alan "*(1) Mahkemece ilâmın kısmen veya tamamen tenfizine veya istemin reddine karar verilebilir. Bu karar yabancı mahkeme ilâmının altına yazılır ve hâkim tarafından mühürlenip imzalanır.*" hükmü gereği hakem kararının tenfizi incelemesinin de sayılan sebepler çerçevesinde esasa girilmeden yapılması gerektiği belirtilmektedir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 552) Şanlı, MÖHUK m. 55/2'te yer alan "*veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilir.*" ifadesinde sayılan iki hâlin tenfiz engelleri yanında ileri sürülebilecek "*ikinci bir itiraz sebebi*" olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre örneğin tenfiz davasında davalının karara konu alacağın davacı tarafından başka bir şekilde tahsil edildiğini ileri sürebileceği kanaatindedir (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.834) Şanlı tarafından açıkça ifade edilmemişse de bu görüş üzerinden devam edilmesi halinde hakem kararının esasının incelenmesine varan bir durum oluşabilir. Örneğin tenfiz davasında her seferinde hükme bağlanan alacağın farklı şekilde ödendiği ileri sürülerek uyuşmazlığın esasının yeniden tartışılmasına imkân verilmiş olunur.

değerlendirmesi veya vakıaları saptamasında hata yapıp yapmadığını denetlemeye imkân veren bir sebep bulunmamaktadır¹⁸². Bunun yerine tenfiz engelleri hakemin yetkisine, tahkim yargılamasındaki usule ve kamu düzenine ilişkin konularda düzenlenmiştir.

İptal davasında olduğu gibi milletlerarası hakem kararlarının tenfizi davasında da *révision au fond* yasağı kabul edilmektedir. Hakemin uyuşmazlığın çözümüne ilişkin vakıa tespitleri ve hukuki değerlendirmeleri, iptal davasında denetim konusu yapılamayacaktır. İptal davasına benzer şekilde¹⁸³ bu ilke, hakem kararlarının tenfizi davasında vazgeçilmez, neredeyse aksine görüş bulunmayan bir ilke haline gelmiştir¹⁸⁴. Hakem kararlarının tenfizi davasında *révision au fond* yasağının mevcut olduğu karşılaştırmalı hukuk¹⁸⁵ ve Türk doktrininde¹⁸⁶ kabul edilmektedir. Hem

¹⁸² Van den Berg, **1958**, s.269; Born, s.3760, 4070, 4073.

¹⁸³ Bkz. Birinci Bölüm.I.B.2.

¹⁸⁴ Born, s.4069.

¹⁸⁵ Van den Berg, **1958**, s.269-73; Lew/Mistelis/Kröll, s.706; Blackaby/Partasides/Redfern, par.11.55; Born, s.3735, 3764, 4069 vd.; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.983; GAILLARD Emmanuel / SIINO Benjamin, “Enforcement under the New York Convention”, Global Arbitration Review- The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards, Rowley J. W. (Gn. Ed.), London: Law Business Research, 2023, s.125; MOURRE Alexis / BROZOLO Luca Radicati , “Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back”, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2006, C.23, S.2, s.171-188, s.172; TI Edward, “Why Egregious Errors of Law May Yet Justify A Refusal of Enforcement Under the New York Convention”, Singapore Journal of Legal Studies, S.592, 2009, s.592-617, s.596.

¹⁸⁶ Nomer, **Devletler Hususi**, s.572; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.833; Şanlı, **Ticari Akit**, s.395, 476-478 ; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.524, 552-553; Akıncı, **Ders Kitabı**, s.265-266; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.406; Şit Köşgeroğlu, s.320; DEYNEKLİ Adnan, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı, 2014, s.105-122, s.116,122; Şit Köşgeroğlu, s.320. NYS ve MÖHUK kapsamındaki tenfizler bakımından bir ayırım yoktur.

karşılaştırmalı hukuk¹⁸⁷ hem de Türk hukukunda¹⁸⁸ mahkeme içtihatları da bu yöndedir¹⁸⁹.

II. HAKEM KARARLARININ DENETLENMESİNDE *RÉVISION AU FOND* YASAĞININ DAYANAKLARI

A. Tahkimin Hukuki Niteliği Açısından *Révision au Fond* Yasağının Dayanağı

İptal ve tenfiz davasında kabul gören *révision au fond* yasağının uygulanmasına geçmeden önce bu yasağın kabul edilme gerekçelerinin irdelenmesinde fayda olacaktır. Bu kavramın dayanağı ilk olarak tahkimin hukuki niteliği üzerinden aranacaktır. Bunun sebebi tahkimin “hukuki niteliğinin”¹⁹⁰, tahkimin tabi olacağı hukuki düzenlemeleri (rejimi) tayin edecek olmasıdır¹⁹¹. Gerçekten de tahkimin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara müracaat edilmesinin en temel ve en yaygın

¹⁸⁷ **ABD Mahkeme kararları için bkz.** ABD Temyiz Mahkemesi, 23.03.2004, Karaha Bodas Co. LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, 364 F.3d 274, 287-88 (5th Cir. 2004); ABD Yüksek Mahkemesi, 10.06.2013, Oxford Health Plans LLC v. Sutter, 569 U.S. 564, 573 (2013); ABD Yüksek Mahkemesi, 8.12.1987, United Paperworkers Int’l Union v. Misco Inc., 484 U.S. 29, 36 (1987); **Fransız mahkeme kararları için bkz.** Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD., 13.04.2023, Case No. 21-50.053, par.5; Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD., 08.07.2015, Ryanair Ltd v. Syndicat Mixte des Aéroports de Charente, Pourvoi No. 13-25.846; Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD., 4.06.2008, SNF SAS v. Cytec Indus. BV, XXXIII Y.B. Comm. Arb. 489, 492 (2008); **İsviçre Mahkemesi kararı:** İsviçre Federal Mahkemesi, 09.01.1995, Inter Maritime Mgt SA v. Russin & Vecchi, XXII Y.B. Comm. Arb. 789, 796 (1997); Graubünden Kantons Mahkemesi, 25.05.2022, KSK 21 9, par. 6.1.

¹⁸⁸ Yargıtay 19. HD., E. 2000/7171, K. 2000/7602, T.09.11.2000; Yargıtay 11.HD., E.2002/13265, K.2003/5759, T.2.6.2003; Yargıtay 11.HD., E.2012/2110, K.2012/3915, T.15.03.2012; Yargıtay 11.HD., E.2016/4931, K.2016/6886, T.22.06.2016; Yargıtay 15. HD., E.2015/375, K.2015/1233, T. 16.3.2015; Yargıtay 19. HD., 7171/7602, T.09.11.2000; Yargıtay 19.HD., E.2000/7171, K.2000/7602, T.09.11.2000; Yargıtay 11.HD., E.2002/13265, K.2003/5759, T.2.6.2003; Yargıtay 11.HD., E.2012/2110, K.2012/3915, T.15.03.2012.

¹⁸⁹ Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bakımından da *révision au fond* yasağı kabul edilmiştir. Nomer, **Devletler Hususi**, s.520, 543; Nomer, **Milletlerarası Usul**, s.185-186; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s.651-652; Şanlı, **Ticari Akit**, s.232; Akıncı, **Milletlerarası Özel**, s.195, 207; Ekşi, **Tenfiz**, s.296,314; Çelikel/Erdem, s.723-724; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.74-76; Güven, s.81; Özkan/Tütüncübaşı, s.210; Budak, s.559; Tarmar, s.76-66; Yargıtay 11. HD., E. 2018/2555, K. 2019/391, T. 16.1.2019; Yargıtay 11. HD., E. 2017/259, K. 2018/2278, T. 2.4.2018; Yargıtay 3. HD., E. 2013/12146, K. 2013/16508, T. 25.11.2013; İstanbul BAM, 44. HD., E. 2020/1339, K. 2022/1753, T.15.12.2022; İstanbul BAM, 13. HD., E.2019/589, K.2019/1444, T.23.10.2019. (Almanya’da yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin ZPO m.723’te açıkça *révision au fond*’un yasak olduğu ifade edilmiştir: “(1) The judgment for enforcement is to be delivered without a review being performed of the decision’s legality.”).

¹⁹⁰ Nitelik, “bir şeyin nasıl olduğunu belirten, onu başka şeylerden ayıran özellik; vasıf, keyfiyet” anlamına geldiğinden (<https://sozluk.gov.tr/>); bir hukuki kurumun hukuki niteliği, bu kurumun diğerlerinden ayıran özellik ve vasıflarını ifade eder.

¹⁹¹ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.40-41; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.9.

sebebi tahkime ilişkin pozitif düzenlemelerde ve içtihatlarda cevap bulunamayan veya bulunsa bile yeterli açıklıkta olmayan konuların çözümünü aramak olmuştur¹⁹².

Üstelik tahkimin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar ilk olarak Fransa dışında verilen hakem kararlarının Fransa’da yabancı mahkeme kararları gibi mi yoksa sözleşmeler gibi mi icra edileceği sorunu üzerine ortaya çıkmıştır¹⁹³. Bu tartışmanın tam da konumuzla bağlantılı olacak şekilde hakem kararlarının *révision au fond* denetimine tabi tutulup tutulamayacağı üzerine sonuçları olmuştur¹⁹⁴. Hakem kararlarının yabancı mahkeme kararları gibi tenfiz edilmesi halinde hakem kararlarının *révision au fond* denetimine tabi tutulması yani esastan denetlenmesi gerekecekti¹⁹⁵. Zira bu tartışmanın yapıldığı 1800’lü yıllarda Fransız hukukunda 1819 yılında verilen *Parker* kararı ile yabancı mahkeme kararlarının denetiminde *révision au fond* denetimi yapılmaktaydı¹⁹⁶. Buna karşılık hakem kararlarının sözleşme olarak nitelendirilmesi halinde mahkemelerin hakem kararının tenfizine ilişkin denetim yetkisi, sözleşmeye müdahale yetkisi ile sınırlı olacaktı¹⁹⁷.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi meselesi üzerinden tahkimin sözleşme ve yargılama kavramları ile nitelendirilmesine ilişkin aşağıda detayları açıklanacak iki farklı görüş ortaya çıkmıştır¹⁹⁸. Sözleşmesel ve yargısal görüşün eksikliklerinin fark edilmesi, her iki görüşün de tahkimi açıklamada yetersiz kalması nedeniyle bu iki

¹⁹² SAMUEL Adam, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study Of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S., and West German Law*, Schulthess Polygraphischer Verlag: Zürih, 1989, s.31; KORAL Rabi, “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”, İÜHFD, C.48, S.1-4, 1982-1983, ss.75-98, s.76. Diğer sebepler için bkz. Samuel, s.31-32.

¹⁹³ Samuel, s.31; Hakem kararlarının nasıl icra edileceğinin tespitinde tahkimin hukuki niteliğinin önemli olduğu hakkında bkz. Sakmar, s.25, 29; KALPSÜZ Turgut, “Hakem Kararlarının Milliyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.9, S.3, 1978, s.601-633, s.603; KORAL Rabi, *Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınevi, İstanbul, 1958, s.155, 167, 192; Akıncı, **Tenfiz**, s.45.

¹⁹⁴ MOTULSKY Henry, *Ecrits, Tome II, Etudes et notes sur l’arbitrage*, Dalloz, 1974, s.12; CHANTEBOUT Vincent, *Le principe de non révision au fond des sentences arbitrales*, Université Panthéon-Assas (Paris II): Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007, s.163.

¹⁹⁵ Chantebout, s.163-164.

¹⁹⁶ *Parker* kararı ve Fransa’da yabancı mahkeme kararlarının tenfiz için bkz. Birinci Bölüm.I.A.2.

¹⁹⁷ Motulsky, s.17-18; Chantebout, s.163-164. Tartışmaya ilişkin iki farklı görüş ve buna ilişkin savlar için bkz. Birinci Bölüm.I.A.2.

¹⁹⁸ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.9-10. Alman hukukunda tahkimin hukuki niteliği, tahkim anlaşmasının hukuki sonuçlarını doğurduğu alan itibariyle maddi hukuk sözleşmesi mi yoksa usul hukuku sözleşmesi mi teşkil ettiği çerçevesinde ele alınmıştır. (Konu hakkında Türk hukukunda detaylı değerlendirme için bkz. ALANGOYA Yavuz, *Medeni Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınevi, İstanbul, 1973. Bu ayrımın daha çok iç tahkime özgü olduğu belirtilmiştir. Çalışmamız kapsamında asıl milletlerarası tahkime odaklanıp gerektiğinde iç tahkime ilişkin inceleme yapıldığında konunun daha geniş çerçevede ele alınabilmesi için tahkimin hukuki niteliği sözleşme ve yargılama kavramları üzerinden yapılan tartışma üzerinden incelenecektir.

görüşü uzlaştıran karma görüş ortaya atılmıştır. Karma görüşün yalnızca sözleşmesel ve yargısal görüşü uzlaştırmakla sınırlı olup farklı bir çözüm üretememesi nedeniyle tahkimin kendine has kavramlar üzerinden tanımlanmasına ilişkin özerk görüş ortaya atılmıştır. Bu şekilde tahkimin tahkimin hukuki niteliğine ilişkin dört farklı görüş mevcuttur¹⁹⁹. Aşağıda bu görüşlerin ortaya çıkışı ve temel savları açıklanacak, sonrasında her bir görüş uyarınca tahkimde *révision au fond* yasağının dayanağı aranacaktır.

1. Sözleşmesel Görüş

Sözleşmesel görüş (teori), ilk olarak Fransız yargıç *Philippe-Antoine Merlin de Douai* tarafından Fransız Yüksek Mahkemesinin (*Cour Supreme*) 15 Temmuz 1812 tarihli kararı vesilesiyle ortaya atılmıştır²⁰⁰. *Merlin*, hakem kararlarının hüküm niteliğinde değil sözleşme niteliğinde olduğundan Fransa dışında verilen hakem kararlarının Fransa’da *révision* denetimine tabi tutulmadan icra edilmesi gerektiğini savunmuştur²⁰¹.

Merlin konuyla ilgili yaptığı tespitleriyle sözleşmesel görüşün doğuşuna öncülük etmiştir: “*Şüphesiz Fransız hâkim, yabancı bir ülkede düzenlenen bir sözleşmenin Fransa’da tanınmasına ve tenfizine karar verebilir. Peki! Yabancı ülkede verilen bir hakem kararı sözleşmeden farklı bir şey midir? Hakemlerin karar vermesi, buna imkân tanıyan tahkim anlaşmasının bir sonucu değil midir? Esasen hakem kararı tahkim anlaşmasına bağlı değil midir? Hakem kararı tahkim anlaşması ile tek bir bütün oluşturur mu? Hakem kararı tahkim anlaşması olmadan ne anlam ifade edecekti? Bu durumda hakem kararı sadece boş bir kâğıt parçası olacak ve hiçbir anlam ifade etmeyecekti. Hakem kararının varlık sebebi tahkim anlaşmasıdır, özünü tahkim anlaşmasından almaktadır. Bu nedenle hakem kararı tıpkı tahkim anlaşması gibi*

¹⁹⁹ Bugün tahkimin hukuki niteliğine ilişkin bu dört teoriden hiçbiri doktrinde veya içtihatlarda baskın olarak kabul edilmiş değildir, hatta dört teorisinin de haklı yanları olduğu savunulmaktadır. Lew/Mistelis/Kröll, s.72; LEW Julian D.M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*, Oceana Publications, New York, 1978, s.51; SAUSER-HALL M.G., “L’arbitrage en droit international privé”, *Institut De Droit International Annuaire*, Tome 44, Schmidt Periodicals GmbH, 1952, s.469-650, s.524. Tahkimin değişen yapısı nedeniyle tahkimin niteliği bakımından tek bir görüş benimsenmemesinin doğal olduğu hakkında bkz. Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.9.

²⁰⁰ *Merlin*’in metni için bkz. MERLIN Philippe-Antoine, *Recueil Alphanétique des Questions de Droit, Questions de Droit Jugement*, XIV, 4. Baskı, Tarlier, Brüksel, 1829, s.139-150.

²⁰¹ *Merlin*, s.143; Motulsky, s.13; Chantebout, s.163-164.

*sözleşmesel karaktere sahiptir ve tam olarak yalnızca tarafların hakemlere verdiği görevin ifasından ibarettir, hatta tarafların özellikle somut olayda olduğu gibi hakemlere dostane aracı yetkisi verdiği durumda hakemler vasıtasıyla akdedilen bir sözleşmeden başka bir şey değildir”*²⁰².

Merlin’in ifade ettiği üzere, sözleşmesel görüşte hakemlerin yetkisinin ve yargılama gücünün kaynağı, özel kişiler olan tarafların iradesini yansıtan tahkim anlaşması olarak görülmektedir²⁰³. Zira tahkim anlaşması yoksa tahkimden veya hakem kararından bahsetmek mümkün olmayacaktır²⁰⁴. Tahkim anlaşmasının mevcudiyeti halinde ise hakem tahkim anlaşması ile bağlı olarak hareket edecektir²⁰⁵. Bu nedenle hakem kararı tahkim anlaşmasının doğal bir sonucu olup ondan bağımsız bir varlığı yoktur, bu iki kavram adeta bir madalyonun iki yüzü gibidir²⁰⁶. Dolayısıyla hakem kararı tahkim anlaşması gibi bir sözleşme niteliğindedir ve tahkime ilişkin meseleler sözleşmeler hukukuna tabi olacaktır.

Tahkimde taraf iradesinin rolü, tahkimin sözleşmesel nitelikte olduğu düşüncesini desteklemektedir. Zira tahkim anlaşması ile ortaya konulan tahkim iradesi, hakemin yetkisinin kaynağını oluşturduğu gibi tarafların tahkim anlaşmasıyla hakem kararına uyacaklarına yönelik verdikleri taahhüt, hakem kararına bağlayıcı nitelik kazandırmaktadır²⁰⁷. Yine tahkim bakımından önemli sonuçları olan tahkim yeri, hakemlerin yetkisinin sınırları, usule ve esasa uygulanacak kurallar gibi tahkim yargılamasına ilişkin detaylar taraflarca belirlenebilmektedir²⁰⁸.

²⁰² Merlin, s.145. Merlin’in görüşü daha sonra Fransız Temyiz Mahkemesinin Rozès davasında verdiği 27 Temmuz 1937 tarihli kararla benimsenmiştir. Kararda hakem kararının tahkim anlaşmasıyla bir bütün teşkil edip sözleşmesel nitelikte olduğu vurgulanmıştır.(Fransız Temyiz Mahkemesi, 27.07.1937, *Roses v Moller et Cie*, 1938 I Dalloz 25).

²⁰³ Merlin, s.144,149; Fouchard/ Gaillard/ Goldman, s.29; Sakmar, s.26; Akıncı, **Tenfiz**, s.46.

²⁰⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s.77. Tahkimin dayanağı, varlığı ve devamlılığı tarafların tahkime yönelik iradesine ve rızasına dayanmaktadır.

²⁰⁵ Merlin, s.139,145.

²⁰⁶ Merlin, s.139,144,145,149; KLEIN Frédéric-Edouard, *Considérations Sur L'arbitrage En Droit International Privé*, Bale, 1955, s.203; Samuel, s.34; Sakmar, s.26; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.44; KARAN Hakan, “Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan, İzmir, 2001, s.201-229, s.204; Koral, **İcra**, s.168.

²⁰⁷ Merlin, s.144, 149; Samuel, s.34; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.45; Akıncı, **Tenfiz**, s.46; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.10.

²⁰⁸ Born, s.242; Karan, s.205; Lew, **Applicable Law**, s.54; Klein, s.182; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.46.

Sözleşmesel görüşün bir diğer argümanı hakemin ve yürüttüğü görevin niteliği olmuştur. Bu argümana göre hakemin yetkisi kamu gücünden kaynaklanmayıp hakem kamu görevi icra etmemektedir, dolayısıyla hakemler hâkim gibi nitelendirilemeyecektir²⁰⁹. Bunun yerine hakemler ile taraflar arasında vekalet ilişkisi olduğundan hakemler tarafların vekili olarak değerlendirilmelidir²¹⁰. Zira taraflar uyuşmazlıkları kendileri çözmek yerine, bunu vekil olarak tayin ettikleri hakemden istemiştir²¹¹. Bu nedenle vekil konumunda bulunan hakemlerin vereceği kararlar da sözleşmesel nitelikte olacaktır.

Merlin tarafından ortaya atılan ve genel hatlarıyla yukarıda açıklanan klasik sözleşmesel görüşe yöneltilen birtakım eleştiriler üzerine²¹² klasik görüşe göre daha esnek olan “modern sözleşmesel görüş” ortaya atılmıştır²¹³. Modern sözleşmesel görüşte, klasik sözleşmesel görüşte olduğu gibi hakemlerin devlet adına hareket etmedikleri, kamusal bir güç ve fonksiyonları olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte klasik görüşten farklı olarak hakem kararının doğrudan bir sözleşme, hakemin ise vekil olarak nitelendirilmesi anlayışından vazgeçilmiştir. Bunun yerine, hakem kararının tarafların bu kararlara uyacaklarına ilişkin taahhüdü nedeniyle bağlayıcı olduğu düşüncesiyle hakem kararı bir özel hukuk işlemi (*acte privé*) olarak nitelendirilmiştir²¹⁴.

Sözleşmesel görüşün aşırıya kaçan yönleri eleştirilmiştir. Bu eleştirilerden ilki hakemlerin doğrudan bir vekil olarak görülmesidir. Gerçekten de taraflarla hakem arasındaki ilişkiye uygun düştüğü ölçüde kıyasen “vekalet” hükümleri uygulanabilecektir, ancak hakemin doğrudan bir vekil olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Zira hakemin vazifesi önüne gelen uyuşmazlıkta belli bir prosedürü ve usulü takip ederek tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarını değerlendirerek uyuşmazlığın esası ve tarafların talepleri bakımından kimin haklı olduğu hakkında bir karar vermektir²¹⁵. Yoksa hakem, bir vekil gibi tarafların talimatlarına bağlı kalarak ve

²⁰⁹ Merlin, s.144,149; Born, s.242; Sakmar, s.26; Karan, s.205.

²¹⁰ Merlin, s.144, 149; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.44; Akıncı, **Tenfiz**, s.46; Yeşilova, **Nitelik**, s.95.

²¹¹ Samuel, s.34; Sakmar, s.26; Karan, s.204.

²¹² Bkz. Birinci Bölüm.I.A.2.

²¹³ G. Balladore-Pallieri, A. Bernard ve F.-E. Klein bu görüşün temsilcileridir (Samuel, s.40).

²¹⁴ BALLADORE-PALLIERI Giorgio, “L'Arbitrage privé dans les rapports internationaux”, *Recueil des Cours*, C.51, 1935, s.285-403, s. 302-303,310-311; Klein, s.203; Samuel, s.39-40.

²¹⁵ Samuel, s.45; Koral, **İcra**, s.174; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.13.

tarafların menfaatine olacak şekilde karar vermeyecektir. Kaldı ki vekil kılınan kişi yalnızca kendisini vekil tayin edenin yapabileceği işlemleri yapabilecektir, yargılama faaliyeti tarafların bizzat yerine getirebileceği bir faaliyet olmadığından bunun vekil aracılığıyla yaptırılması da mümkün değildir²¹⁶.

Öte yandan hakem kararının doğrudan bir sözleşme olarak nitelendirilmesi de doğru değildir. Zira bir sözleşme olan tahkim anlaşması hakem önüne taşınan uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir anlaşma olmayıp yalnızca taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğini düzenlemektedir²¹⁷. Benzer şekilde hakemin vereceği kararın tarafların bir anlaşması olarak değerlendirilmesi mümkün değildir, çünkü hakem kararı tarafsız ve bağımsız bir şekilde yürütülmesi gereken bir yargılama neticesinde, tarafların üzerinde herhangi bir değişiklik yapamayacağı şekilde verilmektedir²¹⁸.

Yukarıda genel hatlarıyla açıklanan klasik ve modern sözleşmesel görüşün hakem kararlarının icrası ve denetlenmesi açısından teorik olarak farklı sonuçları bulunmaktadır. Sözleşmesel görüş uyarınca tarafların tahkim anlaşmasında verdikleri taahhüt nedeniyle hakem kararını kendiliklerinden uygulaması gerekmektedir. Buna rağmen hakem kararı uygulanmazsa bu sözleşmenin ihlali olarak değerlendirilecektir. Bu durumda taraflardan birinin mahkemeden hakem kararının icrasını istemesi durumunda bu talep “sözleşmenin ifası” talebi olarak nitelendirilecektir²¹⁹. Bu nedenle hakem kararının icrası için içeriğinin denetlenmesi mümkün olmayacaktır²²⁰. Bu açıdan *Merlin*’in yabancı hakem kararlarının sözleşme olarak tenfiz edilmesi yönündeki görüşü hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırıcı nitelikte olmuştur²²¹. Zira

²¹⁶ LAINE A.A., “De l’execution en france des sentences arbitrales entrangeres”, Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee, C.26(7-10), 1899, s.641-654, s.653.

²¹⁷ Alangoya, s.66; Yeşilova, **Nitelik**, s.98. TBK m.1/1’de sözleşmenin kurulmasının bir şartı olarak gösterilen tarafların iradesi birbiriyle uyumuş değildir.

²¹⁸ Koral, **İcra**, s.174. Tahkim taraflar açısından bir hak arama mekanizması, buna paralel hakemin faaliyeti ise tarafsız ve bağımsız bir şekilde adaletin tesisi ve hakkın teslimi edilmesidir (Samuel, s.46; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.12-13) Hakemin yargılama faaliyeti yürüttüğünü gösteren tüm bu hususlar aynı zamanda bir sonraki başlıkta ele alınacak yargısal görüşün temellerini oluşturmaktadır (Lainé, s.653; Samuel, s.45. Aslında modern sözleşmecî görüşün savunucularından bazıları tahkimin bu özelliğini kabul etmiştir. (Balladore-Pallieri, s. 310; Klein, s.38).

²¹⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s.77-78; Lew, **Applicable Law**, s.55-56; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.45; Akıncı, **Tenfiz**, s.46,47; ÖZEL Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal, 2008, s.33; Karan, s.206; Koral, **Seminer**, s.81; Kalpsüz, **Milliyet**, s.604.

²²⁰ Klein, s.203-204; Samuel, s.43-44

²²¹ Koral, **Seminer**, s.80.

hakem kararının sözleşme değil mahkeme kararı olarak nitelendirilmesi o dönem hakem kararlarının da *r vision* denetimine tabi tutulmasını gerektirecekti²²².

Hakem kararlarının sözleşme olarak nitelendirilmesinin bir diğ er sonucu olarak hakem kararlarının icrası bakımından hakem kararının yabancı ülkede verilmesi bir farklılık doğ urmayacaktır.        sözleşmeler hukukunda bir sözleşmenin yerli veya yabancı olarak nitelendirilmeyecek veyahut bir   keye  zg lenemeyecektir. Söz gelimi bir sözleşmenin Türk satış sözleşmesi veya Fransız kira sözleşmesi gibi nitelendirilmesi mümkün değıldir. Bu nedenle sözleşmelere benzer şekilde hakem kararları da herhangi bir ülkede yerli veya yabancı olarak değıerlendirilmeden icra edilebilecektir²²³.

Tahkimin klasik ve modern sözleşmesel görüş kapsamında nitelendirilmesinin hakem kararlarına karşı gidilecek müracaat yollarında yapılacak denetim üzerinde de teorik etkileri bulunmaktadır. Klasik sözleşmesel görüşü göre tahkimin varlığı tarafların tahkime yönelik iradesine dayanmakta olup hakemler hiçbir milli hukuk düzenine tabi değıldir²²⁴. Bu nedenle devletlerin hakem kararları üzerinde bir denetim veya sınırlandırma yetkisi yoktur²²⁵. Ancak klasik sözleşmesel görüş uyarınca ulaşılacak bu sonuç pek doğıru olmayacaktır. Zira tahkimi devletlerin yargı sisteminden bağımsız kabul etmek  oğıu zaman mümkün değıldir. Klasik sözleşmesel görüşün  nc  isimlerinden *Merlin* bile hakem kararlarının icrai (*ex cutoire*)  zelliğı bulunmadığını, bu  zelliğ n ancak bir mahkeme kararı ile kabul edilmesi halinde hakem kararına atfedilebileceğini belirtmiřtir²²⁶. Bu da göstermektedir ki tahkim işlevsel olabilmek için devletler ve onların hukuk düzenlerine ihtiyaç duymaktadır²²⁷.

²²² Yeşilova, **Nitelik**, s.96-97.

²²³ Lew, **Applicable Law**, s.55,56; Merlin, s.143; Karan, ** cra**, s.157; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.12; Yeşilova, **Nitelik**, s.96; Kalpsüz, **Milliyet**, s.606.

²²⁴ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.11.

²²⁵ Lew/Mistelis/Kr ll, s.76-78; Lew, **Applicable Law**, s.54-55; Yeşilova, **Nitelik**, s.94, 96. Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.12. Fransız hukukunda sözleşmesel görüşün benimsenmesinin sebebi tahkimi devlet yargısının tahkime karşı hasmane tutumundan kaçış olarak değıerlendirilmiştir (Yeşilova, **Nitelik**, s.96-97).

²²⁶ Merlin, s.144-145.

²²⁷ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.13-14. Öte yandan taraf iradesinin herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulmaması birtakım hukuki sorunlar doğ urabilecektir. Bunun için devletlerin taraf iradesini sınırlandırmakta menfaati bulunmaktadır (Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.14-15).

Klasik sözleşmesel görüşün aksine modern sözleşmesel görüşte mahkemeler ve milli hukuk düzenlerinin tahkim üzerindeki etkisi ve denetimi tamamen reddedilmemiştir²²⁸. Bu görüş doğrultusunda devletler tahkime elverişli konuları belirleyebilecek²²⁹ veya mahkemelerce hakem kararları kamu düzeni veya adil yargılanma hakkı gibi temel prensipler açısından denetlenebilecektir²³⁰. Bununla birlikte bu denetim hakem kararının revizyonunu, değiştirilmesini veya düzeltme amaçlı kanun yolu denetimine (*revision, amendment and reformation*) tabi tutulmasını kapsamayacaktır²³¹.

Tahkimin tek başına sözleşmesel görüş uyarınca nitelendirilmesi eksik ve hatalı olacak,²³² bu yüzden tahkime ilişkin pozitif düzenleme ve uygulama ile çelişen sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte çeşitli açılardan tahkimin ve hakem kararlarının inkâr edilemeyecek sözleşmesel bir karakteri bulunmaktadır²³³. İlk olarak tahkimin ve hakemin yetkisinin dayanağı tarafların akdettiği tahkim anlaşmasıdır, bu anlaşmanın yokluğu halinde tahkim veya hakem karardan söz edilemeyecektir. İkinci olarak tahkimin dayanağını oluşturan taraf iradesinin bir sonucu olarak aynı zamanda hakem kararı bağlayıcı (*obligatoire*) ve geri alınmaz (*irrévocable*) karaktere sahip olmaktadır²³⁴. Üçüncü olarak tahkim usulüne ilişkin pek çok konu taraf iradesi ile belirlenebilecektir. Dördüncü olarak hakem kararlarının denetiminde hakemin tarafların özellikle usule ve yetkiye ilişkin konularda anlaşmasına riayet edip etmediği denetlenecektir. Söz gelimi tahkim anlaşmasının geçerliliği, hakemlerin seçimi yöntemine ve usule uygulanacak kurallara aykırılık ve yetki aşımı ile ilgili denetim sebepleriyle tarafların iradesi korunmak istemektedir.

Tahkimin bu yadsınamaz sözleşmesel özelliklerinin *révision au fond* denetimi ile bağdaşıp bağdaşmadığının ve bu anlamda *révision au fond* yasağına bir dayanak teşkil edip etmediğinin tespit edilmesinde yarar vardır. Hakem kararının sözleşmesel

²²⁸ Klein, s.186-187; bu açıdan modern sözleşmesel görüş, yargısal görüşe daha yakındır.

²²⁹ Klein, s.186-187; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.45.

²³⁰ Lew, *Applicable Law*, s.56; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.45; Balkar Bozkurt, *Bağımsızlık*, s.15; Yeşilova, *Nitelik*, s.98-99.

²³¹ Lew, *Applicable Law*, s.56. Yargısal görüşün ilk savunucularından olan *Lainé* hakem kararının bir mahkeme tarafından gözden geçirilmesi, değiştirilebilmesi ve düzeltilebilmesi gerektiğini bunun da hakem kararının sözleşme değil hüküm niteliğinde olduğunu kanıtladığı görüşündedir (*Lainé*, s.652).

²³² Balkar Bozkurt, *Bağımsızlık*, s.10. Nitekim sözleşmesel görüş bugün baskın bir görüş olmadığı gibi taraftarı da çok değildir.

²³³ Chantebout, s.162-163.

²³⁴ Chantebout, s.163.

niteliği hakem kararının sözleşmeler ile aynı hukuki rejime tabi tutulmasına, bu da hakem kararının denetiminin sözleşme hukuku çerçevesinde ele sebep olacaktır²³⁵.

Türk hukukunda sözleşmelerin içeriği ve sınırları Türk Borçlar Kanunu'nda²³⁶ düzenlenmiştir. TBK'da benzer ülke hukuklarında olduğu gibi irade özerkliği ilkesi esas alınmıştır²³⁷. İrade özerkliğinin bir sonucu olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi benimsenmiştir²³⁸ ve TBK m. 26 uyarınca tarafların bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği kabul edilmiştir. Sözleşme taraflar için bağlayıcı olacaktır²³⁹. Bu açıdan sözleşmeler adeta “tarafların anayasasıdır”²⁴⁰ ve bir ihtilaf çıktığında ilk bakılacak olan kuralları ihtiva etmektedir.

Hâkim kanun hükmü gibi tarafların sözleşmesiyle bağlı olup prensip olarak sözleşmenin içeriğine müdahale edemez, bu kapsamda sözleşme hükümlerini değiştiremez veya yeni hükümler ekleyemez. Türk borçlar hukukunda sözleşme özgürlüğüne ve sözleşmenin içeriğine yönelik birtakım (örneğin TBK m.27'de emredici düzenlemelere aykırılık, TBK m.28'de aşırı yararlanma (gabin)) sınırlamalar getirilmişse de bu haller kanunda sınırlı sayıda gösterilmiştir. Zira Türk borçlar hukukunda sözleşme özgürlüğü esas kabul edilmiş, sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar ise istisnai olarak kabul edilmiştir²⁴¹. TBK m. 30 vd. hükümlerde düzenlenen irade bozuklukları ise sözleşmenin esassından ziyade sözleşmelerin hazırlık sürecine odaklanmaktadır.

Hakem kararlarının sözleşmesel karakteri gözetilerek mahkemelerin yapacağı denetimin kapsamı bakımından sözleşme hukukundaki ilkelerden kıyas yoluyla yararlanıldığında prensip olarak hakem kararının içeriğine müdahale edilmemesi gerektiği sonucuna varılacaktır. Bu nedenle hakem kararının denetiminde hakemin uyumsuzluğun esasın ilişkin olduğu neticenin doğru olup olmadığı, tespit edilen vakıaların ve hukuki değerlendirmelerin doğruluğu denetlenemeyecektir²⁴². Başka bir

²³⁵ Motulsky, s.17,18; Chantebout, s.164.

²³⁶ Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011 Resmî Gazete Sayısı: 27836.

²³⁷ EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin, İstanbul, 2019, s.16; OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt I), Vedat, İstanbul, 2018, s.23.

²³⁸ Eren, s.16-17; Oğuzman/Öz, s.23.

²³⁹ Eren, s.214.

²⁴⁰ Eren, s.437.

²⁴¹ Eren, s.16.

²⁴² Chantebout, s.164-165.

deyişle tahkimin sözleşmesel niteliği hakem kararlarının esastan denetlenmesi ile bağdaşmayacaktır, tüm bunlar *révision au fond* yasağının dayanaklarından birisi olarak gösterilebilecektir²⁴³.

2. Yargısal Görüş

Tahkimin hukuki niteliğini *yargılama* kavramı ekseninde ele alan yargısal görüş, sözleşmesel görüşe benzer şekilde Fransa’da yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin bir dava ile gündeme gelmiştir²⁴⁴. Yargısal görüşün öncülerinden olan Fransız hukukçu *Armand Lainé*, bir davada verdiği hukuki mütalaada sözleşmesel görüşün eksik yanlarını tespit ederek bu görüşün “antitezi” olarak hakem kararının “hüküm” (mahkeme kararı) niteliğinde olduğunu savunarak yargısal görüşün temellerini atmıştır²⁴⁵.

Yargısal görüş kapsamında, tahkimin ve hakem kararının sözleşme olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığı ve tahkimin yargısal bir faaliyet olduğunu kabul eden, ancak tahkimi nitelendirirken esas aldığı meseleler bakımından ayrışan üç farklı görüş mevcuttur²⁴⁶. Bunlardan ilkinde *Lainé* tarafından hakem kararının niteliğine odaklanılmış ve hakem kararının hüküm (mahkeme kararı) niteliğinde olduğunu ileri sürülmüştür (“hüküm teorisi”). Diğer görüşler ise hakem kararının niteliği yerine hakemin yargılama yetkisinin kaynağına odaklanmıştır. Bunlardan ilki hakemin yetkisinin kaynağı olarak, egemen güç olan devleti göstermiştir (“delegasyon teorisi”), diğer görüş ise hakemin yetkisinin tahkim yeri ülkesinin hukukuna tabi olmasını öne çıkarmıştır (“yerel hukuk teorisi”). Yargısal görüş kapsamında yer alan bu üç görüş, genel özellikleri ve yapılan eleştirileri içerecek şekilde ayrı ayrı ele alınacaktır. Daha sonra bu görüşlerin hakem kararının denetimi, icrası ve *révision au fond* denetimi ile ilişkisi incelenecektir.

²⁴³ Hakem kararının esasının denetlenmesinin tahkimin sözleşmesel karakteri ile uyuşmayacağı yönünde verilen Fransız mahkeme kararları için bkz. Fransız Temyiz Mahkemesi, 8.12.1914, *Salles c/ Hale et Cie*, D.P., 1916. I.194; Fransız Temyiz Mahkemesi, 9.07.1928, *Cremades c/ Lindsay*, D.P., 1928. I. 173. ABD kararı için bkz. ABD Teksas Kuzey Bölge Mahkemesi, 28.12.1943, *Texoma Natural Gas. v. Oil Worker Int'l Union*, 58 F. Supp. 132 (ND. Texas, 1943).

²⁴⁴ Samuel, s.51.

²⁴⁵ Sakmar, s.27; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.15-16. Fransız mahkemesi (*Tribunal civil de la Seine*) tarafından bu davada *Lainé* tarafından savunulan görüş benimsenmiştir. (Fransız Temyiz Mahkemesi, 16.03.1899, *Marquis de Santa Cristina et consorts c/ Prince et princesse Del Drago*, Tr. Civ. Seine, 26 Journal du droit international: Clunet 744 (1899)).

²⁴⁶ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.16-17; Yeşilova, **Nitelik**, s.103.

a) Hüküm Teorisi

Yargısal görüşün ilk savunucularından *Lainé*, yabancı bir hakem kararının Fransa’da doğuracağı etkilerine ilişkin hazırladığı hukuki mütalaasında hakemlerin yargısal bir faaliyet yürüttüğünü, bu nedenle hakem kararının sözleşme değil mahkeme hükmü (*jugement*) niteliğinde olduğu fikrini ortaya atmıştır²⁴⁷. *Lainé* bu görüşünü aşağıda incelenecek birkaç farklı argüman ile desteklemiştir.

İlk olarak *Lainé*, sözleşmesel görüşün hakemin fonksiyonunu yanlış tanımladığını savunmuştur. Ona göre hakemler uyuşmazlığın çözümü için tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarını incelemekte, uyuşmazlıkla ilgili vakıaları saptamakta, saptadığı vakıaları hukuk kurallarına göre nitelendirmekte (altlama) ve bu şekilde ihtilafın çözümüne ilişkin hukuki neticeye ulaşmaktadır. Hakem icra ettiği yargılama faaliyeti neticesinde adaletin tesisi için, tarafların taleplerinin haklı veya haksız olduğuna yönelik, yargısal işlem niteliğinde bir karar vermektedir²⁴⁸. Bu nedenle her ne kadar sözleşmesel görüşün odak noktasında bulunan tahkim anlaşması tahkim için olmazsa olmaz bir unsur olsa da yalnızca bu kavram üzerinden tahkimin okunması, hakemin yürüttüğü *yargılama* faaliyetinin gözden kaçırılması anlamına gelecektir²⁴⁹.

Hüküm teorisine göre hakem tıpkı bir hâkim gibidir, bu yüzden sözleşmesel görüşte kabul edildiği üzere vekil olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira bir uyuşmazlığı çözmekle görevlendirilen hakemin fonksiyonu, bir vekilin fonksiyonundan oldukça farklıdır. Hakemin amacı tarafların menfaatine olacak şekilde karar vermek değil, yargılama neticesinde haklı olanı tespit etmektir²⁵⁰. Kaldı ki “yargılama” faaliyeti tarafların bizzat yerine getirebileceği bir faaliyet olmadığından vekil tayin edilmesi de mümkün değildir²⁵¹. Hakemin tarafsız ve bağımsız yargılama yürütecek olması, vekilin vekalet verenin talimatlarına uyma zorunluluğuyla da bağdaşmayacaktır²⁵². Son olarak yargılama başladıktan sonra hakemin yetkisi prensip olarak geri alınamaz, hakemin vereceği “hüküm” taraflar için bağlayıcı nitelikte olup ancak sınırlı yargısal yola müracaat edilebilecektir, halbuki vekilin tek taraflı olarak

²⁴⁷ *Lainé*, s.648, 654.

²⁴⁸ *Lainé*, s.653; Samuel, s.53; Lew/Mistelis/Kröll, s.75; Lew, **Applicable Law**, s.53; Born, s.242; Sakmar, s.27; Alangoya, s.57,59; Karan, s.207.

²⁴⁹ *Lainé*, s.650.

²⁵⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, s.12-13; Alangoya, s.59.

²⁵¹ Sauser-Hall, **1952**, s.517.

²⁵² *Lainé*, s.652-654.

azledilmesi, yaptığı işlemlere müdahale edilmesi ve denetlenmesi mümkündür²⁵³. Tüm bunlar hakemin bir vekil olarak nitelendirilemeyeceğini göstermektedir²⁵⁴.

Hüküm teorisi, tahkim anlaşmasının hakemin yetkisini tesis etme bakımından önemini göz ardı etmemektedir, ancak tahkim anlaşmasının etkisi ve önemi sınırlıdır. Özellikle sözleşmesel görüşte olduğu gibi hakem kararının tahkim anlaşması ile bir bütün olduğunu söylemek mümkün değildir²⁵⁵. Taraflar tahkim anlaşması ile yalnızca uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin bir anlaşma yapmıştır, bundan başka uyuşmazlığın bizzat kendisine ilişkin bir anlaşma yapılmamıştır; zaten böyle bir anlaşma ve uzlaşma olmadığından yani taraflar ihtilafa düştüğünden hakeme müracaat edilmiştir. Hakem heyeti, teşekkül ettikten sonra kendisine verilen yetki kapsamında kalmak kaydıyla istediği şekilde karar verebilecektir. Tüm bunlar tahkim anlaşması ile tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararının birbirinden bağımsız olduğunu göstermektedir²⁵⁶.

Genel özellikleri yukarıda sayılan hüküm teorisi birkaç açıdan eleştiriye açıktır. Hüküm teorisi doğrultusunda tahkimin kamusal bir faaliyet, hakemlerin hâkim, hakem kararının ise mahkeme kararı olarak nitelendirilmesi tahkimin niteliğinin eksik ve hatalı değerlendirildiğini göstermektedir. Hakemler kamu görevlisi olmadığı gibi kamusal bir güce sahip değildir, yaptıkları faaliyet de kamusal bir görevin icrası için değildir²⁵⁷. Hakemin yargılama faaliyeti yürütmesi de onun hâkim olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir, zira yargısal nitelikte bir işlem için mutlaka bir milli hukuk düzeninin parçası olmak gerekmez²⁵⁸.

Tahkimin devlet yargısından farklılık arz eden yönleri de hüküm teorisini zayıflatmaktadır. Örneğin hakemler, mahkemelerin aksine anasyonel hukuk kurallarına göre²⁵⁹ hatta yetkilendirilmeleri halinde dostane aracı olarak veya

²⁵³ Yine taraflardan birinin tahkime devam etmek istememesi halinde bile hakem yargılamaya devam edebilecektir (Lew/Mistelis/Kröll, s.77).

²⁵⁴ Lainé, s.652-654.

²⁵⁵ bkz. Birinci Bölüm.II.A.1.

²⁵⁶ Pillet, s.536,537; RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, L'arbitrage : Nature Juridique, Droit Interne et Droit International Privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, s.12; Koral, **Seminer**, s.168; Yeşilova, **Nitelik**, s.103.

²⁵⁷ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.17; Yeşilova, **Nitelik**, s.103.

²⁵⁸ Motulsky, s.46, 47; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.17.

²⁵⁹ Tarafların uygulanacak hukuk olarak anasyonel hukuk kurallarını seçtiği durumda devlet yargısı önünde bu kurallar sözleşme hükmü gibi değerlendirilmektedir.

hakkaniyet göre karar verebilmektedir²⁶⁰. Yine hakemlerin uygulanacak hukuku milletlerarası işlemlerin doğasına uygun olarak esnek bir şekilde uygulaması da mümkün olacaktır²⁶¹. Genellikle hakem kararları mahkeme kararlarının farklı olarak esastan denetime tabi tutulmamaktadır²⁶². Tahkimin devlet yargısına göre “avantajlı” kabul edilebilecek bu yönleri de hakem kararının mahkeme kararı gibi nitelendirilmesinin doğru ve yeterli olmadığını göstermektedir.

Sözleşmesel görüşte tahkim ve hakem kararının yalnızca tahkim anlaşması üzerinden nitelendirilmesi aşırı bir bakış açısı olduğu gibi, hüküm teorisinin tahkim anlaşmasının etkisini neredeyse yok sayması bu teorinin bir diğer eksiğidir. Gerçekten de hüküm teorisinde hakem kararı ile tahkim anlaşması arasındaki bağ göz ardı edilmektedir. Halbuki tahkim anlaşması tahkimin başlangıcı için olduğu kadar hakem teşekkülünden sonra da oldukça önemli etkilere sahiptir. Örneğin esasa ve usule uygulanacak kurallar başta olmak üzere tahkimin işleyişine ilişkin detaylar tahkim anlaşmasıyla belirlenebilmektedir. Hatta ilgili düzenlemelerin izin verdiği ölçüde tahkim anlaşmasında hakem kararının gerekçesiz olması kararlaştırıldığında tahkim anlaşmasının hakem kararı üzerinde doğrudan etkisi olacaktır²⁶³. Öte yandan yukarıda belirtildiği üzere tahkim anlaşmasında (veya sonraki bir aşamada) taraflarca kararlaştırılan hususlar hakem kararının denetiminde mevcut sebepleri iptal ve tenfiz engelleri çerçevesinde korunmaktadır²⁶⁴. Dolayısıyla hüküm teorisi tahkimi anlama bakımından tek başına yeterli bir teori değildir.

b) Delegasyon Teorisi

Yargısal görüş altında ele alınan bir diğer teori olan delegasyon teorisi, tahkimi hakem kararının verilmesini de dahil olmak üzere tüm yargılama yetkisinin kökeni üzerinden açıklamaya çalışmıştır. Bu teoriye göre devlet, egemenlik alanındaki tüm işlemleri düzenleme ve gerekirse yasaklama hak ve yetkisine sahiptir²⁶⁵. Bu teoriye göre yargılama faaliyeti, münhasır olarak devletin egemenlik yetkisi kapsamında

²⁶⁰ Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm.II.

²⁶¹ Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm.II.

²⁶² Koral, **İcra**, s.171; Koral, **Seminer**, s.85.

²⁶³ Koral, **Seminer**, s.85.

²⁶⁴ Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.II.C. Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.17-18; Yeşilova, **Nitelik**, s.103-104.

²⁶⁵ Yeşilova, **Nitelik**, s.105. Devletler, egemenlik sahasında gerçekleşen tahkimi kontrol ve düzenleme yetkisine sahiptir (Lew/Mistelis/Kröll, s.74; Lew, **Applicable Law**, s.52).

olup²⁶⁶ prensip olarak devlet mahkemeleri eliyle yürütülmektedir²⁶⁷. Bu nedenle yargılama faaliyeti niteliğinde olan ihtilafların çözümü, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması prensip olarak devlet yargısı tarafından gerçekleştirilmelidir²⁶⁸.

Delegasyon teorisine göre, bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkimde hakemin icra ettiği yargılama faaliyeti prensip olarak devletin tekelinde bulunmaktadır. Bununla birlikte devlet tekel olarak elinde bulundurduğu yargılama faaliyetinde bazı konularda yetkisini, kendi belirlediği sınırlar çerçevesinde özel kişiler olan hakemlere delege etmektedir²⁶⁹. Başka bir deyişle devletin tahkim anlaşmaların geçerlilik tanınmaması, hakemin yetkisini kabul etmemesi veya hakem kararının icrasına yardım etmemesi halinde tahkim ve hakem kararının bir etkisi olmayacaktır²⁷⁰. Dolayısıyla hakemin yargılama yapmak bakımından bir “hakı” yoktur, hakemin yetkisi devletin müsamahası sonucu tahkime tanınan bir lütuf ve ayrıcalıktır²⁷¹. Bu nedenle tahkim, devletin hukuk düzeninin bir parçası²⁷² ve devlet yargısının bir uzantısıdır²⁷³. Hakemler ise, devlet tarafından delege edilen bir yetkiyi kullandığından kamu hizmetinin bir parçasıdır²⁷⁴. Ancak hüküm teorisinden farklı olarak hakemler hâkim olarak değil “geçici hâkim” olarak nitelendirilmektedir²⁷⁵.

Delegasyon teorisinin hakemin yargılama faaliyetini kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi teorisinin zayıf noktasıdır. Zira kamu hizmetinin prensip olarak bedelsiz veya düşük bir bedel karşılığında yapılıyor olması, nispeten pahalı ve tamamen özel kişilerce görülen tahkim yargılamasının kamu hizmeti olarak nitelendirilmesine engel olacak niteliktedir²⁷⁶.

²⁶⁶ Bu aslında bir varsayımdır, aksi de ileri sürülmüştür. Örneğin *Klein*, hukuki düzenlemelerin oluşturulmasında devletin kadar özel kişilerin de etkili olabileceği görüşündedir. (*Klein*, s.185-187) Ancak bu görüşe karşı özel kişilerin isteklerinin ancak bir devlet organı tarafından kabul edilmesi durumunda etkili olabileceği de ileri sürülmüştür (*Motulsky*, s.14; *Samuel*, s.56).

²⁶⁷ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.42; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.15.

²⁶⁸ Yeşilova, **Nitelik**, s.101.

²⁶⁹ *Klein*, s.182; *Samuel*, s.55; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.18-19; Yeşilova, **Nitelik**, s.105.

²⁷⁰ *Lew*, **Applicable Law**, s.52.

²⁷¹ *Lew/Mistelis/Kröll*, s.74-75; *Lew*, **Applicable Law**, s.52; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.42; Koral, s.206-208.

²⁷² Akıncı, **Tenfiz**, s.48.

²⁷³ Yeşilova, **Nitelik**, s.102.

²⁷⁴ *Klein*, s.182; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.19.

²⁷⁵ *Motulsky*, s.14; *Samuel*, s.55; Yeşilova, **Nitelik**, s.105. Hakem ile hâkimin yetkileri egemen güç olan devletten gelmekle birlikte hakemler hakimlerin aksine devlet tarafından değil taraflarca görevlendirilmekte ve atanmaktadır (*nominate*) (*Lew*, **Applicable Law**, s.52-53).

²⁷⁶ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.19.

c) Milli Hukuk Teorisi

Yargısal görüşün üçüncü alt dalı olan milli hukuk teorisinde, tahkimin niteliği delegasyon teorisinde olduğu gibi hakemin yetkisinin kaynağı üzerinden açıklanmaktadır. Bu teoriye göre hakemin yetkisinin kaynağı milli hukuk düzenleridir²⁷⁷. Zira tek başına sınırlı bir etkiye sahip olan taraf iradesinin hukuken etkili ve geçerli kabul edilebilmesi için bir milli hukuk düzeninin izni ve onayı gerekmektedir. Bu bağlamda hakemin yetkisinin kaynağını oluşturan ve tahkim anlaşmasına geçerlilik ve sonuç tanıyan hukuk düzeni ise “*lex arbitri*” yani tahkim yeri hukukudur²⁷⁸. Bu husus Mann tarafından “*lex facit arbitrum*” yani “kanun hakemi oluşturmaktadır” şeklinde ifade edilmiştir²⁷⁹. Hakem kararı başta olmak üzere tahkim yargılaması tahkim yeri hukukuna tabi tabi olup²⁸⁰ tahkim, tahkim yeri hukukunun bir parçası niteliğindedir.

Bugün tahkime ilişkin pozitif düzenlemelerde milli hukuk teorisinde olduğu gibi tahkim yeri hukukunun önemli bir yeri vardır. Örneğin tahkim usulüne uygulanacak kurallar bakımından tarafların anlaşmasının tahkim yerinin emredici düzenlemelerine uygun olması gerekmektedir, ayrıca taraflarca düzenleme yapılmayan konularda tahkim kurumu tüzükleriyle birlikte tahkim yeri hukukuna da müracaat edilebilecektir. Öte yandan hakem kararlarına karşı müracaat yolları ve kapsamı da tahkim yeri hukuku tarafından tayin edilmektedir.

²⁷⁷ Aslında delegasyon teorisi ile milli hukuk teorisi birbirine oldukça yakın görüşlerdir. Delegasyon teorisine göre yargılama faaliyeti, devletin egemenliği kapsamındadır ve devlet mahkemeleri eliyle yürütülür. Bu aslında milli hukuk teorisinin söylediği temel düşüncüyü doğurur: tahkim sürecinden bahsedilmek için tahkim yeri hukukunun tahkime izin vermesi gerekir (Lew, **Applicable Law**, s.52). Ancak delegasyon teorisi milli hukuk teorisinin bir adım ilerisi olarak görülebilir; buna göre devletin egemenliği içerisinde kalan yargılama yetkisini hakeme devretmesi gerekir, aksi halde verilen karar geçersiz ve etkisi olacaktır (Lew, **Applicable Law**, s.52). Bu iki görüşte ortak olan husus, hakemin “*kamusal bir fonksiyon*” icra ettiği ve verilen hakem kararının devlet yargısı tarafından verilene benzer şekilde bir hüküm (*judgment*) olduğudur (Lew, **Applicable Law**, s.52-53; Klein, s.181-182). Bu açıdan bu teoriler tahkimin hüküm kısmına odaklanan hüküm teorisi ile de çelişmez, hatta onu da desteklerler. Benzerlik nedeniyle tahkimin yargısal görüşüne ilişkin eserlerde bu teoriler çoğu zaman ayrı ayrı ele alınmamıştır.

²⁷⁸ Mann, s.161-162,165; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.42; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.20; Yeşilova, **Nitelik**, s.105-106. Tahkimin tarafların isteklerine uygun olarak yürütülmesi tahkim yeri devleti tarafından dikte edilen bir zorunluluktur. Her halükârda tarafların seçimleri de tahkim yeri hukukuna tabi olacak, tahkim yeri hukuku gerektiğinde taraf iradesini sınırlandırabilecektir (Mann, s.161,162). Tahkim anlaşmasının geçerliliği, hakemlerin atanması veya reddi ile hakem kararlarının tenfizi gibi hususlar tahkim yeri hukukuna tabi olacaktır Akıncı, **Tenfiz**, s.48.

²⁷⁹ Mann, s.159-160; Pillet, s.543-544.

²⁸⁰ Mann, s.161; Yeşilova, **Nitelik**, s.105.

Milli hukuk teorisinin eleştirilen bir yönü tahkim yeri kavramına odaklanırken taraf iradesini göz ardı etmesidir. Bu yaklaşım tahkimin taraf iradesine üstünlük tanınmak suretiyle gerçekleşen gelişiminin göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir²⁸¹. Ayrıca tahkimin yalnızca tahkim yeri hukuku ekseninden ele alınması, tahkimin devlet yargısına benzemesine ve devlet yargısına nazaran sahip olduğu alternatif ve esnek kimliğinin kaybolmasına sebep olabilecektir²⁸². Öte yandan tahkimin bir ülkenin hukuk düzenine tabi olduğu kabul edilse bile bunun “tahkim yeri hukuku” olarak belirlenmesi de eleştiri konusu yapılmıştır. Çünkü tahkim yeri bugün hakemlerin ve tarafların yargılama boyunca hiç uğramadığı bir yer olabildiği gibi çoğu zaman tesadüfi olarak seçilebilmektedir²⁸³.

d) Yargısal Görüşe İlişkin Teorilerin *Révision au Fond* Yasağı Üzerindeki Etkileri

Yargısal görüşün altında yer alan üç teorinin hakem kararlarının icrası, hakem kararlarına karşı başvuru yolları üzerindeki etkisi ve *révision au fond* yasağı ile ilişkisinin ele alınmasında fayda vardır.

İlk olarak bu teorilerin hakem kararlarının icrası üzerindeki etkisini ele alacak olursak, hakem kararları ile mahkeme kararlarının aynı etkide olduğunu kabul eden hüküm teorisinin benimsenmesi, hakem kararlarının mahkeme kararı gibi icra edilmesini gerektirecektir²⁸⁴. Mahkeme kararları verildikleri devletin egemenlik sahasında doğrudan sonuç doğuracakken, yabancı bir ülkede ancak o ülkenin mahkemeleri tarafından verilecek tenfiz kararı ile uygulanabilecektir. Dolayısıyla hakem kararlarının icrası bakımından uygulanması istenen hakem kararının yabancı olup olmadığına bakılacaktır. Buna göre hakem kararı verildiği ülkede herhangi bir denetime tabi tutulmadan tıpkı o ülkenin mahkeme kararları gibi cebri icra organları

²⁸¹ Koral, **Seminer**, s.93. Milli hukuk teorisine bir tepki olarak, tahkimin milli veya milletlerarası hiçbir hukuk düzenine tabi olmadığına ilişkin yüzen tahkim (*floating arbitration*) görüşü ortaya atılmıştır (Lew, **Applicable Law**, s. 252-253). Ancak bu görüşte eleştiriye açıktır. Zira hakemin yetkisinin kaynağının ne olduğu belli değildir. Devletlerin tahkime ilişkin düzenlemelerinde genel olarak kabul edilen Model Kanun sistematüğını kabul etmesiyle tahkim birçok açıdan tahkim yeri hukukuna tabi tutulmuş, bu nedenle *yüzen tahkim* görüşünün önu tıkanmıştır (Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.60.).

²⁸² Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.22.

²⁸³ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.21.

²⁸⁴ Karan, s.207; Kalpsüz, **Milliyet**, s.605.

aracılığıyla uygulanabilecekken²⁸⁵, yabancı hakem kararları yabancı mahkeme kararları gibi tenfiz denetimine tabi tutularak icra edilecektir²⁸⁶.

Yargılama yetkisinin prensip olarak devletlerde bulunduğu hakemlere bu yetkinin devlet tarafından delege edildiği görüşünü benimseyen delegasyon teorisine göre hakem kararının verildiği ülke dışında tenfiz edilmesi için tenfiz edilmek istenen devlet mahkemesinden izin almak gerekecektir²⁸⁷.

Milli hukuk teorisinin milletlerarası hakem kararlarının tenfizinde tartışmalı bir konu olan “verildiği ülkede iptal edilen hakem kararlarının tenfizi” konusu bakımından önemli sonuçları vardır. Milli hukuk teorisinin benimsenmesi halinde hakem kararının geçerliliği ve varlığı tahkim yeri hukukuna tabi olacaktır. Dolayısıyla tahkim yeri mahkemesi tarafından iptal edilen hakem kararı, bir başka ülkede tenfiz edilemeyecektir²⁸⁸.

Yargısal görüş altında ele alınan üç teorinin, hakem kararlarına karşı gidilecek başvuru yolları bakımından teorik olarak çeşitli sonuçları olacaktır. Hüküm teorisinin kabul edilmesi halinde hakem kararları mahkeme kararları gibi esas bakımından denetim imkânı veren kanun yolu denetimine tabi olacaktır. Bu açıdan hüküm teorisi, *révision au fond* yasağının dayanağı açıklamamaktadır.

Delegasyon teorisinin hakem kararlarına karşı başvuru yolları bakımından etkisi hüküm teorisi ile benzer olacaktır. Zira delegasyon teorisi uyarınca devletin bir

²⁸⁵ Bugün Türk hukukunda yerli hakem kararlarının icrası bakımından bu teorinin sonuçları yalnızca HMK tahkimi bakımından gerçekleşmektedir. HMK’ya tabi bir tahkimde verilen hakem kararı doğrudan icra organları aracılığıyla uygulanabilir. Buna karşılık MTK’ya tabi tahkimler bakımından hakem kararı her ne kadar Türkiye’de verilmiş olsa da mahkemece MTK m.15/B uyarınca icra edilebilirlik şerhi alınması gerekir. Burada mahkeme re’sen kamu düzeni ve tahkime elverişlilik bakımından hakem kararını denetleyecektir.

²⁸⁶ Karan, s.208; Koral, **Seminer**, s.81; Kalpsüz, **Milliyet**, s.605; Lew/Mistelis/Kröll, s.75-76; Akıncı, **Tenfiz**, s.48; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.43. Bu konuda verilen Paris İstinaf Mahkemesi kararı için bkz. Paris İstinaf Mahkemesi, 10.12.1901, Clunet, 1902, s.314. Hüküm teorisinin öncülerinden *Lainé*, yabancı hakem kararlarının tenfizi denetiminde tahkim şartının geçerliliğinin, yargılamanın usule uygun yürütülüp yürütülmediğinin ve Fransız kamu düzenine uygunluğun denetlenmesi gerektiği görüşündedir (*Lainé*, s.645- 647). Denetimin yalnızca bunlarla sınırlı tutulması, esastan denetim yapılmaması anlamına gelecektir

²⁸⁷ Lew, **Applicable Law**, s.52.

²⁸⁸ Bugün birçok ülke mahkemesi bu görüşü kabul etmeyerek iptal edilen hakem kararının tenfizinin mümkün olduğuna ilişkin kararlar vermektedir. Çalışmamız kapsamında bu tartışmadaki iki farklı görüşün düşünceleri, iptal denetiminin amacı ve etkisi ile *révision au fond* yasağının gerekliliği incelenmektedir. bkz. Birinci Bölüm.II.D.3.

uyuşmazlıkta yargılama yetkisini hakeme devretmesi, yetkinin asıl sahibi olarak devletin hakem kararlarının denetlenmesini haklı ve gerekli kılmaktadır²⁸⁹. Böyle bir denetimde hakem kararları en az mahkeme kararları kadar²⁹⁰, hatta yetki devri nedeniyle mahkeme kararlarının denetiminde daha kapsamlı şekilde yapılacaktır.

Milli hukuk teorisinin kabulü halinde hakem kararlarının denetimi tahkim yeri mahkemesinde yapılacak ve denetim kapsamı tahkim yeri hukukuna göre belirlenecektir²⁹¹. Hakem kararlarının denetiminde esastan inceleme yapılması bakımından *Mann*, 1967 yılında yayınladığı ve milli hukuk teorisinin kaynağı olarak gösterilebilecek makalesinde konuyla ilgili bir görüş beyan etmemiştir²⁹². Ancak bir başka eserinde hakem kararının esas bakımından sıkı bir denetime tabi tutulması gerektiğini savunmuştur²⁹³.

Yargısal görüş altında incelenen teorilerde tahkimin hukuki niteliğini tespit etmek isterken sözleşmesel görüşte olduğu gibi tek taraflı bir bakış açısıyla hareket edilmiş, yargılama faaliyetine odaklanılırken taraf iradesi göz ardı edilmiştir. Halbuki tahkim devlet yargısının bir ikamesi değildir, devlet yargısından farklı olarak tahkimde taraflar pek çok hususu kendileri düzenleyebilmektedir. Yargısal teoriler tahkimin önemli özelliklerini göz ardı ettiğinden ve tahkimin niteliğini tek başına açıklayamadığından, yargısal görüş üzerinden *révision au fond* yasağının hukuki dayanağını bulmak mümkün olmayacaktır. Bunun yerine hakem kararının yargısal özellikleri üzerinden *révision au fond* yasağının dayanağının aranması daha doğru olacaktır²⁹⁴.

²⁸⁹ Pillet, s.533; Rubellin-Devichi, s.93,112; Klein, s.34. Nitekim tahkim anlaşmasının geçerliliği, hakemin yetkisi gibi konular devletin hukuk kurallarına tabi olacaktır (Lew, **Applicable Law**, s.52).

²⁹⁰ Karan, s.207; Kalpsüz, **Milliyet**, s.605.

²⁹¹ Bugün pek çok ülkede hakem kararlarına karşı müracaat yolu olarak öngörülen ve tahkim yeri ülkesinde açılan iptal davası, milli hukuk teorisinin bir sonucudur.

²⁹² *Mann*'ın temel düşüncesi, hakem kararlarının kontrol ve düzenlemesi ile bu denetimin ölçüsünün belirlenmesi bakımından tahkim yeri mahkemesinin yetkili olduğu üzerinedir (Mann, s.164-166).

²⁹³ MANN F.A., "Private Arbitration and Public Policy", *Civil Justice Quarterly*, C.4, 1985, s.257-267.

²⁹⁴ Bkz. Birinci Bölüm.II.B.

3. Karma Görüş

Hakemin yetkisi ve hakem kararının hukuki dayanağı, tahkim için olmazsa olmaz olan ve bir sözleşme niteliğindeki tahkim anlaşmasına dayanmaktadır²⁹⁵. Ayrıca taraflar irade muhtariyeti kapsamında usule ve esasa uygulanacak kuralları, tahkim prosedürünü belirleyebilmektedir. Bunlar tahkimin sözleşmesel unsurlar taşıdığını göstermektedir²⁹⁶. Ancak tahkim yalnızca sözleşmesel unsurlardan ibaret değildir. Gerçekten de tahkim anlaşması veya tarafların iradesi tek başlarına bir anlam ifade etmeyecektir, tahkim anlaşmasına geçerlilik tanıyarak uyuşmazlıkların hakemler tarafından çözülmesine imkân veren ve tarafların seçimlerine sonuç bağlayan milli hukuk düzenleridir²⁹⁷. Öte yandan tahkimde uyuşmazlık taraflarca değil belirli usul kurallarına uygun şekilde yürütülen yargılama neticesinde hakem tarafından çözülecektir²⁹⁸. Dolayısıyla tahkim ve hakem kararı bir sözleşmeden ziyade yargısal karaktere sahiptir. Sözleşmesel ve yargısal görüşün haklı yanları bulunmakla birlikte iki görüşün de sözleşme ve yargılama kavramlarından yalnızca birini esas alması her ikisinin de tahkimi açıklamakta yetersiz kalmasına yol açmıştır. Bu nedenle tahkim bu iki görüşü uzlaştıran karma görüş ile açıklanmaya çalışılmıştır²⁹⁹.

Karma görüşün ilk temsilcilerinden olan *Surville*’ye göre hakem yargılama faaliyeti yürütmekle birlikte kamusal fonksiyona sahip değildir, öte yandan hakemin yetkisinin temeli tahkim anlaşmasına dayansa da hakem kararı bir sözleşme niteliğinde değildir. Dolayısıyla hakem kararı, mahkeme kararı ile sözleşme arasında bir yerdedir³⁰⁰. *Surville*’den sonra *Sauser-Hall* de tahkimi, sözleşmeler hukuku ile usul hukukunun bir arada bulunduğu³⁰¹ kendine özgü (*sui generis*) bir kurum olarak

²⁹⁵ Kısacası tahkim anlaşması olmazsa tahkim olmayacaktır. Sauser-Hall, **1952**, s.521-522; SAUSER-HALL M.G., “L’arbitrage en droit international privé”, Institut De Droit International Annuaire, Tome 47, Schmidt Periodicals GmbH, 1957, s. 394-415, s.400; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.46; Akıncı, **Tenfiz**, s.49.

²⁹⁶ Karan, s.209; Sakmar, s.28.

²⁹⁷ Lew, **Applicable Law**, s.57; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.46-47; Akıncı, **Tenfiz**, s.49. Bu hukuk sistemi ise genellikle tahkim yeri hukuku ve mahkemeleridir (Lew/Mistelis/Kröll, s.80; Lew, **Applicable Law**, s.58-59; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.47; OPPETIT Bruno, “Justice étatique et justice arbitrale”, Études offertes à P Bellet, Litec 1991, s.415,420,424.

²⁹⁸ Lew/Mistelis/Kröll, s.79; Sakmar, s.28.

²⁹⁹ Sauser-Hall, **1952**, s.522-524, 526, 530; Karan, s.209; Lew/Mistelis/Kröll, s.79; Sakmar, s.28, Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.33; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.24, 25

³⁰⁰ SURVILLE F., “Jurisprudence Française en Matière de Droit International”, Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, C.29, 1900, s.129-157, s.148.

³⁰¹ Sauser-Hall, **1957**, s.401; Lew/Mistelis/Kröll, s.79; Akıncı, **Tenfiz**, s.49; Yeşilova, **Nitelik**, s.109.

tanımlamıştır³⁰². Zira tahkimin kaynağı olan tahkim sözleşmesi aynı zamanda uyuşmazlığın çözümüne ilişkin usulü belirleyen yargılama hukuku karakterli, yetki sözleşmesi benzeri bir sözleşmedir³⁰³. Tahkimin sözleşmesel ve yargısal unsurları iç içe geçmiş ve birbirinden ayrılmaz hale gelmiştir³⁰⁴.

Karma görüş tahkimin niteliği bakımından net bir cevap vermediğinden belirsizliğe ve keyfiliğe yol açtığı³⁰⁵, birbiri ile zıt kavramlar üzerinden tahkimi açıklarken kendi içerisinde çelişkiye düştüğü gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁰⁶. Bu eleştirilere karşılık, tek başına tahkimi açıklamakta yetersiz kalan sözleşme ve yargılama kavramlarının her ikisini bünyesinde barındıran ve ele alınan konuya uygun olarak bu iki kavramdan birisinin tercih edilmesine (*eklektik çözüme*) imkân tanıyan karma görüş pratik olarak fayda sağlayacaktır³⁰⁷. Bu avantaja rağmen karma teori, tahkimin niteliğini tahkim dışında kalan, borçlar hukuku ve usul hukukuna ilişkin kavramlar üzerinden anlatmaya çalıştığından tahkimin kendisi göz ardı etmiştir. Üstelik bu hukuk dallarının ülkeden ülkeye değişebilecek karakterde olması, milletlerarası tahkime ilişkin sorunların çözümünde karma görüşün yetersiz kalmasına neden olmuştur³⁰⁸.

Karma görüşte hakem kararlarının icra edilebilmesi için tenfiz yeri mahkemesi tarafından kamu düzenine aykırılık, adil yargılanma gibi temel ilkelere aykırılık ve tahkime elverişlilik bakımından denetim yapılması haklı görülmektedir³⁰⁹. Öte yandan karma görüşte tahkim yeri hukukunun; tahkim anlaşmasına geçerlilik ve hakem kararına bağlayıcılık gücü verdiği, tahkim yargılaması ve hakem kararı üzerinden söz sahibi olduğu kabul edildiğinden bu görüş tahkim yeri mahkemesinde hakem kararının denetlendiği iptal davasını haklı görmektedir³¹⁰. Bir sonraki başlıkta ele alınacağı üzere tahkimin karmaşık yapısı dikkate alındığında, tahkimi bazen sözleşme bazen yargılama kavramı ile açıklamaktan öteye gidemeyen karma görüş de tahkimin hukuki

³⁰² Sauser-Hall, 1952, s.471; Sauser-Hall, 1957, s.398-399. Tahkim sözleşme ile kurulan özel bir adalet sistemi olarak da tanımlanmıştır (Lew/Mistelis/Kröll, s.80).

³⁰³ Sauser-Hall, 1952, s. 471, 531,522.

³⁰⁴ Lew, **Applicable Law**, s.57-58; Sauser-Hall, 1957, s. 398,399; Oppetit, s.415,420,424.

³⁰⁵ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.25,26, 28.

³⁰⁶ Rubellin-Devichi, s.364.

³⁰⁷ Sakmar, s.28-29; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.25-26.

³⁰⁸ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.27,28.

³⁰⁹ Lew, **Applicable Law**, s.58. Denetimin yalnızca bunlarla sınırlı tutulması, esastan denetim yapılmaması anlamına gelecektir.

³¹⁰ Balladore-Pallieri, s.316; Sauser-Hall, 1952, s.519, 523; Sauser-Hall, 1957, s.400.

niteliğini tek başına açıklamada yetersiz kalmıştır. Bu nedenle karma görüş de *révision au fond* yasağının temelini anlaşılmaması bakımından yetersiz kalacaktır.

4. Özerk (Otonom, Bağımsız) Görüş

Tahkimin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar, yukarıda ifade edildiği üzere o dönem hakkında pozitif düzenleme bulunmayan, yabancı hakem kararlarının nasıl tenfiz edileceği meselesi üzerine başlamıştır. Bu sorunun çözümünde ise hakem kararını nitelendirmeye uygun olan ve “ifaya” konu olabilecek sözleşme ve mahkeme kararı kavramlarından yararlanılmıştır³¹¹. Dolayısıyla tahkimin hukuki niteliği meselesi tek bir konu üzerinden ortaya çıkmış, tahkimin hukuki niteliğine ilişkin görüşler de bu spesifik konunun çözümüne özgü kavramlar üzerinde toplanmıştır.

Tahkim birden fazla hukuki ilişkiden oluşan üst bir kavramdır. Gerçekten de tahkim; tahkim anlaşması ile başlayan, dilekçeler teatisi, duruşmalar ve müzakere gibi farklı aşamalardan oluşan yargılamanın yapıldığı, yargılama sonucunda uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir kararın verildiği, hakem kararı verildikten sonra da bu kararın iptal ve tenfiz denetimini içeren çok boyutlu bir kurumdur³¹².

Tahkimin bir veçhesine yani hakem kararının tenfizine çözüm üretmek için ortaya çıkan görüşler tahkim gibi karmaşık kurum için yetersiz kalmış, sözleşme ve yargılama kavramları çerçevesinde müracaat edilen yerel nitelikteki borçlar hukuku ve usul hukuk kavramları, tahkime ilişkin pek çok konuda hatalı veya eksik sonuçlara ulaşılmasına sebep olmuştur³¹³⁻³¹⁴. Üstelik tahkimin hukuki niteliğine ilişkin görüşler ile çözümü aranan sorun, yani yabancı hakem kararlarının tenfizi meselesi NYS ile pek çok ülke hukukunda çözüme kavuşturulmuştur³¹⁵. Dolayısıyla bu görüşler

³¹¹ Tartışmalar için bkz. Birinci Bölüm.I.A.2.

³¹² Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.28-29.

³¹³ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.33. Bu eleştiriler yalnızca sözleşmesel ve yargısal görüş için değil aynı zamanda karma görüş için de geçerlidir. Zira karma görüş sözleşme ve yargılama kavramlarına sıkışan bu diğer görüşlere yeni bir boyut katmamış, hatta bu görüşlerin de aksine tahkimin niteliğine ilişkin tahkime yönelik meselelerde kullanabilecek bir görüş bile beyan etmemiştir (Rubellin-Devichi, s.364; Samuel, s.70; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.30-31.)

³¹⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s.81.

³¹⁵ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.36. Diğer üç teorinin tahkime desteğin daha az olduğu, hakem kararlarının tenfizinin bu kadar kolay olmadığı dönemde tahkim üzerindeki olumsuzlukları gidermek amacıyla ortaya çıktığı bir gerçektir, ancak NYS’nin kabulü bu diğer teorilerin bir nevi boşa düşmesine de sebebiyet vermiştir. Bu açıdan NYS sonrasına tekabül eden özerk teori, tahkimin güncel uygulaması açısından daha elverişlidir.

kapsamında ileri sürülen savların güncelliği ve pozitif düzenlemeler karşısında geçerliliği kalmamıştır. Tahkime ilişkin yukarıda sayılan görüşlerin eksik yönleri nedeniyle tahkimin niteliğinin, tahkim dışı hukuki kurumlar yerine bizzat kendine has kavramlarla ve tarafların beklentisi ile tahkimin amaçları üzerinden açıklanması için *Rubellin-Devichi* tarafından 1965 yılında *özerk görüş* ortaya atılmıştır³¹⁶.

Özerk görüş; tahkimin milletlerarası ihtilaflarda başat uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmesinin teorik tartışmalar sayesinde değil, tahkimin milletlerarası ticaretin aktörlerinin beklentisiyle uyumlu olarak gelişen pratik uygulamasının bir sonucu olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Örneğin hakem kararlarının verildiği ülke dışında tenfiz edilebilmesi, hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi (*competence-competence*), hakemlerin ihtiyati tedbir gibi geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verebilmesi; milletlerarası ticaretin bu yöndeki beklentilerinin tahkim uygulamasında karşılık bulması, sonrasında bunların pozitif düzenlemelerle kabul edilmesiyle mümkün olabilmektedir³¹⁷. Bu nedenle tahkimin niteliği tespit edilirken, tahkimin yapısından ziyade milletlerarası ticaretin menfaati ve taraf beklentisi ile tahkimin işleyişinin esas alınması gerekmektedir³¹⁸.

Milletlerarası ticaretin beklentisi üzerinden tahkimi nitelendiren özerk teori, milli hukukları göz ardı ettiği için eleştirilmiştir³¹⁹. Bu eleştirilere göre tahkim, tarafların beklentisinden ziyade milli hukukların desteği³²⁰ ve özellikle tahkim yeri devletin gösterdiği müsamaha neticesinde bugünkü haline gelmiştir³²¹. Bu destek ve müsamahanın olmaması durumunda tahkimin gelişmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktı.

³¹⁶ Rubellin-Devichi, s. 17, 365; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.32-34.

³¹⁷ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.34-35. Bunun en önemli örneği olarak NYS'dir. Bu devinin sürecinde tahkim pratiği önce milletlerarası düzenlemelere ilham olmuş, bu düzenlemeler de milli hukukların tahkim lehine düzenlemeler içermesinde etkili olmuştur. Lew/Mistelis/Kröll, s.82; Akıncı, **Tenfiz**, s.51; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.34-35. Örneğin New York Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu milli tahkim düzenlemeleri üzerinde etkili olmuştur. Bu sayede bugün pek çok ülkede tahkime ilişkin milli hukuklardaki düzenlemeler, tahkimin işleyişinin önünü açmayı ve tahkime yardımcı olmayı hedeflemektedir (Lew/Mistelis/Kröll, s.81; Lew, **Applicable Law**, s.59).

³¹⁸ Rubellin-Devichi, s.17-18,117,363-365; Samuel, s.67; Lew/Mistelis/Kröll, s.81-82; Lew, **Applicable Law**, s.59, 60; Karan, s.211; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.48; Akıncı, **Tenfiz**, s.50; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.34; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.36-37. Diğer teoriler tahkimin gelişimine engel ve taraf beklentileriyle ters sonuçlar içermekteydi. (Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.33-34).

³¹⁹ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.37; Yeşilova, **Nitelik**, s.114.

³²⁰ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.35; Karan, s.214.

³²¹ Bu karma görüşe işaret etmektedir (Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.35).

Özerk görüşün kabul edilmesinin hakem kararlarının tenfizi bakımından sonuçlarına gelecek olursak tenfize ilişkin düzenlemelerde milletlerarası ticaretin gereklerinin ve tahkimin amacının dikkate alınması gerekecektir. Buna göre hakem kararlarının tenfizi denetiminin, tenfizi kolaylaştıracak şekilde esnek bir biçimde yapılması gerekmektedir³²². Bu açıdan özerk görüş, hakem kararlarının esastan denetlenmemesini haklı çıkaracak niteliktedir.

Özerk teori tahkimin milli hukuk düzeniyle bağlı kabul edilmesine karşı çıkmakta, taraf iradesine geniş bir serbesti tanınarak kamu düzeni gibi sınırlamaların asgari düzeyde tutulmasını savunmaktadır³²³. Dolayısıyla özerk görüşün savlarının kabul edilmesinin en ileri sonucu, iptal davasının tamamen ortadan kaldırılması olabilecektir³²⁴. Ancak mevcut iptal denetiminin dar kapsamlı yapılmasını savunmak bu görüşün savunduğu ilkeler içinde daha doğru olacaktır. Zira iptal davasında taraf iradesine uygunluk (örneğin usule aykırılık, hakem teşekkülü) bakımından bir denetim yapılmaktadır³²⁵. Öte yandan özerk teoride taraf iradesinin sınırlandırılması gerekliliğine karşı çıkılmamaktadır; bu nedenle iptal davasında taraf iradesinin adil yargılanma hakkı ve kamu düzenine aykırılık bakımından denetlenmesi özerk teori ile çelişmeyecektir³²⁶.

Révision au fond yasağı açısından özerk görüşün etkisinin ne olacağına geçmeden önce özerk görüşün tahkimin hukuki niteliğini açıklamada yeterliliğini incelemek gerekmektedir. Yukarıda diğer görüşler bakımından getirdiğimiz yorumlara benzer şekilde özerk teoride tahkim, belli ilkeler üzerinden ele alınmaktadır. Ancak tahkimin değişen doğası nedeniyle tek bir görüş üzerinden açıklanması ve tahkime ilişkin tüm meselelerin bu görüş kapsamında cevaplanması zaten mümkün değildir³²⁷. Dolayısıyla diğer görüşler gibi özerk görüşte tahkimin niteliğini açıklayamadığından bu görüş tek başına *révision au fond* yasağının bir gerekçesi olarak görülemeyecektir.

³²² Yeşilova, **Nitelik**, s.113. Bu görüş doğrultusunda hakem kararı verildiği ülkede iptal edilmiş olsa bile başka bir ülkede tenfiz edilebilecektir (Akıncı, **Tenfiz**, s.53; Yeşilova, **Nitelik**, s.113).

³²³ Rubellin-Devichi, s.118-119, 364-365.

³²⁴ İptal davasının tamamen kaldırılması Belçika'da denenmiş, bunun Belçika'da tahkimin cazibesini azalttığını görülünce iptal davası tekrar ihdas edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm.I.B.2.

³²⁵ Benzer açıklama için bkz. Birinci Bölüm.I.B.2.

³²⁶ Lew, **Applicable Law**, s.59; Klein, s.201; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuku**, s.49; Akıncı, **Tenfiz**, s.52; Karan, s.212; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.35; Yeşilova, **Nitelik**, s.113.

³²⁷ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.38.

Özerk görüş tek başına *révision au fond* yasağına bir açıklama getiremeyeceğinden bu görüşün tahkimde öne çıkardığı bazı unsurlar üzerinden bu incelemeyi yapmak daha doğru olacaktır. Bu kapsamda milletlerarası ticaretin gerekliliklerinin ve devletlerin bu beklentileri karşılamaya yönelik liberal tutumunun *révision au fond* yasağının dayanağı olup olmadığı aşağıda detaylı olacak incelenecektir³²⁸.

B. Hakem Kararlarının Etkisi Açısından *Révision Au Fond* Yasağının Dayanağı

Hakem kararlarının yargısal karakterinin bir gereği veya sonucu olarak gösterilebilecek bağlayıcılık ve *res judicata* özelliklerinin ne anlama geldiği, bunların hakem kararının esastan denetlenmesi ile bağdaşp bağdaşmadığı ve bu anlamda hakem kararlarının usûli etkisinin *révision au fond* yasağının bir dayanağı olup olmadığını incelemekte fayda olacaktır.

1. Hakem Kararının Bağlayıcılığı ve *Révision au Fond* Yasağının Gerekliliği

Milletlerarası ihtilafların çözümünde olağan çözüm yolları, tahkime başvurmak veya devlet yargısına müracaat etmektir³²⁹. Ancak uyuşmazlıkların çözüm yolları bunlarla sınırlı değildir, taraflar uyuşmazlıkların çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak adlandırılan farklı yöntemlerde üçüncü kişilerin yardımına başvurabilmektedir. Bu kapsamda milletlerarası ihtilaflarda en sık başvurulacak yöntemler arabuluculuk ve uzlaştırmadır³³⁰.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temel ve ortak özelliği, uyuşmazlığın çözümü için yardımına başvurulacak üçüncü kişinin uyuşmazlığı bağlayıcı olarak çözme gücüne sahip olmamasıdır. Bu kişiler yalnızca taraflar arasındaki ihtilaflı konuları tespit etmekte ve uyuşmazlığın bizzat taraflarca çözülmesi için yardım

³²⁸ Bkz. Birinci Bölüm.II.C.2.

³²⁹ AKINCI Ziya, "Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Yayınları, C. XVIII, S.4, 1996, s.93-109, s.93-94.

³³⁰ Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine tarafsız ön değerlendirme (*early neutral evaluation*), vakıaların saptanması (*fact finding*), mini yargılama (*mini trial*), örnek verilebilir.

etmektedir³³¹. Örneğin arabuluculuk veya uzlaştırma gibi yöntemlerde³³² arabulucu veya uzlaştırıcı, tarafları dinleyerek ve gerektiğinde soru sorarak ihtilafın ne olduğunu tespit etmeye çalışmaktadır. Bunun için taraflar arasındaki görüşmelere aracılık etmekte, bazı durumlarda tarafların haklı ve zayıf noktalarını kendilerine bildirerek anlaşmaya varmaları için öneride bulunmaktadır. Ancak bu kişilerin bundan daha fazla yetkisi yoktur. Nitekim kendisine müracaat edilen üçüncü kişi uyuşmazlığın esası hakkında bir görüşte bulunmuş, öneri yapmış olsa bile bu taraflar açısından bağlayıcı değildir³³³, başka bir deyişle taraflar öneriyi kabul etmek veya reddetmek bakımından özgürdür. Hatta taraflar arabulucu veya uzlaştırıcının esas hakkındaki görüş veya önerisini dinlemeden süreci durdurabilmekte veya sonlandırabilmektedir³³⁴. Bu yöntemlerde üçüncü kişinin önerisi, yalnızca tarafların bu öneriyi kabul etmesi ve bir anlaşmaya çevirmesi halinde bağlayıcı olacaktır³³⁵, ancak bu durumda bağlayıcı olan üçüncü kişinin kararı değil, tarafların anlaşması olacaktır. Bu yüzden anlaşma halinde bile üçüncü kişinin bağlayıcı karar verdiği söylenemeyecektir.

Tahkim ile mahkeme önündeki yargılamayı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayıran temel özellik, hakem ve mahkeme kararlarının taraflar için bağlayıcı nitelikte olmasıdır³³⁶. Konumuz özelinde hakem kararına odaklanacak olursak hakem kararının bağlayıcı (vacibürriaye, *binding*) nitelikte olması, tarafların hakemin vereceği karara riayet etmek zorunda olduğunu, başka bir deyişle hakem kararının taraflar üzerinde zorunlu bir etkiye sahip olduğunu ifade etmektedir³³⁷. Öte

³³¹ Akıncı, **Alternatif**, s.100-101; ÖZBAY İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Erzincan Binali Yıldırım Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.3-4, 2006, s.459-475, s.460; EKŞİ Nuray, Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2015, s.3, 6.

³³² Bir görüşe göre iki kurum arasında az da olsa farklılık bulunmaktadır. Buna göre arabulucu taraflarla görüşerek, uyuşmazlığı ve tarafların menfaatlerine olan noktaları belirlemeye çalışmaktadır; ancak taraflara uyuşmazlığın çözümünde bir teklifte bulunamayacaktır. Buna karşılık uzlaştırıcı taraflara uyuşmazlığın çözümüne yönelik bir teklifte bulunmaktadır (Ekşi, **Tahkim Öncesi**, s.6,7). Bir görüşe göre bu iki kurum aynıdır (Akıncı, **Alternatif**, s.102-103). Konumuz bakımından bu tartışmalara girmenin bir önemi olmadığından daha fazla inceleme konusu yapılmayacaktır.

³³³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.13,14,19,355; Chantebout, s.171.

³³⁴ Ekşi, **Tahkim Öncesi**, s.2.

³³⁵ Fouchard/Gaillard/Goldman, s.12, 16; Lew/Mistelis/Kröll, s.14; Born, s.297-298; Blackaby/Partasides/Redfern, par.1.114.

³³⁶ Tahkim, devlet yargısı perspektifinden bakıldığında bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Gerçekten de diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi tahkimde de devlet yargısı yerine taraflar açısından üçüncü kişi konumunda olan özel kişi niteliğindeki hakem rol oynar. Buna karşılık hakem kararının bağlayıcı özelliği, onun mahkeme kararları gibi değerlendirilmesine yarar.

³³⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s.12-13; Blackaby/Partasides/Redfern, par.1.51, par.11.01; Ekşi, **Tahkim Öncesi**, s.2; Özbay, **Alternatif**, s.460. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında uyuşmazlık çözüm kurulu (UÇK, DAB) kararlarının bağlayıcı olduğu (Aksi görüş için bkz. Born, s.307-

yandan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklı olarak tahkimde taraflar hakem kararı verilirken bu kararın içeriğinden haberdar olmaz³³⁸, taraflar hakem kararı kendileri hakkında sonuç doğurduğunda yani kendilerine tebliğ edildiğinde hakem kararının içeriğini öğrenmektedir. Başka bir deyişle taraflar hakem kararının içeriği hakkında yorum yapamamakta, hakem kararını onaylama veya reddetme gibi bir hakka sahip olmamaktadır. Hakem kararının bağlayıcı özelliği ile yakından ilişkili olan hakem kararının verildiği anda tarafların uyuşmazlığın çözümünden haberdar olmaması, tahkimi diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayıran bir diğer temel özelliktir³³⁹.

Hakem kararının bağlayıcılığı, hakem kararına yargısal karakter kazandıran önemli bir özelliktir³⁴⁰. Nitelik tahkim dışında kalan uyuşmazlık çözüm yöntemleri bağlayıcılık özelliğine sahip olmadığından yargısal bir karaktere sahip değildir³⁴¹. Tahkimde hakem kararının bağlayıcı nitelikte olması o kadar önemli bir özelliktir ki hakem kararının bağlayıcılık özelliğini kaldıran bir durum varsa örneğin hakem kararı verildikten sonra aynı uyuşmazlıkla ilgili devlet yargısına başvurulabiliyorsa bu süreç tahkim olarak nitelendirilemeyecektir³⁴². Nitekim Türk hukukunda tarafların hakemden sonra mahkemeye gidebileceklerine ilişkin tahkim şartları, tarafların tahkim iradesinin açık olmaması nedeniyle patolojik ve geçersiz kabul edilmektedir³⁴³. Öte

308) ancak tarafların memnun olmadığı karara karşı itiraz ederek tahkim yoluna müracaat edebilmesi nedeniyle *geçici bağlayıcı* olduğu ileri sürülmüştür (Ekşi, **Tahkim Öncesi**, s.5,6). DAB kararlar bağlayıcı olarak kabul edilse bile *res judicata* etkisi yoktur, nihai değildir (AKINCI Ziya, Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2023, s.307).

³³⁸ JARROSSON Charles, La notion d'arbitrage, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris,1987, s.268.

³³⁹ Bunlar hakem kararının bağlayıcı olması ve hakem kararları verildiği anda tarafların uyuşmazlığın çözümünden haberdar olmamasıdır (Jarrosso s.197).

³⁴⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, s.12: Hakemlerin yargısal rolünün iki yönü vardır: bunlardan birisi uyuşmazlığı çözmek iken diğeri kararın taraflar için bağlayıcı olmasıdır (Fouchard/Gaillard/Goldman, s.12; Jarrosso, s.265).

³⁴¹ Ekşi, **Tahkim Öncesi**, s.6.

³⁴² Born, s.278-279,300.

³⁴³ “Esasen bir davanın hakemde görüleceğine dair hakem sözleşmesinin veya bir sözleşmeye eklenen tahkim şartının geçerli olabilmesi için ortaya konan tahkim iradesinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde kesinlikte olması zorunludur. Oysa, sözleşmenin tahkim şartının düzenlendiği bölümünde, başlangıçta uyuşmazlığın tahkimde görüleceği belirtilmesine rağmen, sözleşmedeki teknik şartlar 10. maddesinde “sonuçta ihtilafın mahkemelerde çözümleneceği” açıklanmıştır. Bu haliyle ortada kesin bir tahkim iradesinin varlığından da söz edilemeyeceğinden hakemlerce dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine karar verilmelidir”. Yargıtay, 15. HD., E. 2007/2680, K. 2007/4137, T. 18.6.2007; Taraflar arasında kararlaştırılan, tahkim şartı, taraflara hakemden sonra mahkemeye gitme yetkisi vermekle, uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmemekle geçersiz bulunmaktadır (Yargıtay, 11. HD., E. 2003/1050, K. 2003/3012, T. 31.03.2003).

yandan hakem kararının tavsiye niteliğinde olduğu veya taraflarca uygun görülmesi halinde bağlayıcı olacağının kararlaştırılması da mümkün değildir³⁴⁴.

Hakem kararlarının bağlayıcı özelliğinin pozitif düzenlemelerdeki yeri, bu özelliğin dayanağı tespit edilecek ve hakem kararlarının denetiminin kapsamının hakem kararının bağlayıcılık özelliği üzerinde etkili olup olmadığı tartışılacaktır. Böylelikle hakem kararının bağlayıcı etkisinin, *révision au fond* yasağı için bir hukuki dayanak teşkil edip etmediği incelenecektir.

NYS’de sayılan hakem kararlarının tenfizi engelleri arasında hakem kararının bağlayıcılığı kavramından bahsedilmektedir. NYS m. V/1/e’de hakem kararının “taraflar için henüz bağlayıcı olmaması” bir tenfiz engeli olarak öngörülmüştür. Buna rağmen NYS metninde “bağlayıcılık” için açık bir tanıma yer verilmemiştir, NYS’nin hazırlık çalışmalarında da bu kavramın kesin bir tanımı yapılmamıştır. Bu nedenle hakem kararının bağlayıcı olmadığı başka bir deyişle ne zaman bağlayıcı olduğu, tahkim uygulamasında ve mahkeme içtihatlarında tartışılmalıdır³⁴⁵.

İlk olarak bağlayıcılık kavramının hakem kararının “kesinliği” (*finality*) ile aynı olup olmadığı tartışılmıştır. Bu iki kavramın aynı değerlendirilmesi halinde hakem kararının tenfiz edilebilmesi için hakem kararının kesinleşmiş olmasını beklemek gerekecektir. Ancak NYS’nin genel olarak tenfizi kolaylaştırıcı tutumu ve çifte tenfizi engelleme niyeti, ayrıca hakem kararlarının tenfizinde NYS’nin selefi olan Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi’nde³⁴⁶ hakem kararının tenfizi engellerinde kullanılan “*final, définitif*” kavramının

³⁴⁴ Born, s.278-279,300

³⁴⁵ Born, s.3960; detaylı bilgi için bkz. GHARAVI H., The International Effectiveness of The Annulment of An Arbitral Award, Kluwer Law International, 2002.

³⁴⁶ Resmi Gazete, 23.09.1991, S.21000.

kullanılmaması³⁴⁷, hakem kararının bağlayıcılığı ile hakem kararının kesinleşmesinin aynı hukuki kavramlar olmadığını göstermektedir³⁴⁸.

Hakem kararının bağlayıcılığının kaynağı hakkında iki görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşlerden klasik olana göre, hakem kararının bağlayıcı olup olmadığını anlamak için tahkim usulüne uygulanacak hukuka bakmak gerekecektir³⁴⁹. Modern görüşe göre hakem kararının bağlayıcı olduğunu kabul edebilmek için tarafların iradesine bakmak yeterlidir, başka bir deyişle tahkim anlaşmasında veya taraflarca seçilen tahkim kurumunun tüzüğünde³⁵⁰ hakem kararının bağlayıcı olacağı düzenlenmişse hakem kararı bağlayıcı kabul edilecektir³⁵¹. Modern görüşe göre hakem kararının bağlayıcılığı bakımından taraf iradesine öncelik tanınmazsa ve örneğin tahkim yeri hukuku uyarınca hakem kararının esastan denetlenmesi mümkün olduğundan hakem kararı verildiği anda bağlayıcı kabul edilemiyorsa hakem kararının tenfizi de zorlaşmış olacaktır³⁵².

Hakem kararının bağlayıcılığının modern görüş çerçevesinde tarafların iradesi üzerinden ele almak tenfiz davası bakımından hakem kararının tenfizini kolaylaştırıcı

³⁴⁷ Cenevre Sözleşmesi'nin hakem kararının tenfizi için kesinleşmiş olması şartını arıyordu (Cenevre Sözleşmesi m.1-2.), bu da hakem kararının tenfizinden önce hakem kararının verildiği ülkede geçerli olduğunun karar lehine olan kişi tarafından ispatlanmasını gerektiriyordu, "*çifte tenfiz*" olarak adlandırılan bu durum Cenevre Sözleşmesinin etkililiğini azaltmaktaydı. (Born, s.3956) Yine de Sözleşme NYS öncesi tenfize engel halleri sınırlaması ve hakem kararlarının milletlerarası ortamda uygulanmasına yönelik ilk ve önemli bir adımdı (Born, s.3718-3719) NYS'nin Cenevre Sözleşmesinde yer alan çifte tenfiz mekanizmasını kaldırmayı amaçladığına ilişkin açıklamalar için bkz. Born, s.3735-3739,3957,3961,3962. İsviçre Federal Mahkemesi, 26.02.1982, Joseph Mueller AG v. Bergesen, IX Y.B. Comm. Arb. 437, 439, (1984); İsviçre Federal Mahkemesi, 9.12.2008, XXXIV Y.B. Comm Arb. 810, 813, Corporacion AIC, SA v. Hidroelectrica Santa Rita SA, 34 F.4th 1290, 1303 (11th Cir. 2022).
³⁴⁸ Born, s.3957, 3961, 3962; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.164; Lew/Mistelis/Kröll, s.716; Van den Berg, 1958, s.333-337; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.398, 605. *Şanlı* 'ya göre bağlayıcılık, maddi kesinleşme (*kaziye-i muhkeme*, *res judicata*) ve şekli kesinleşmeden (*final*) farklı bir kavramdır (ŞANLI Cemal, "New York Konvansiyonuna Göre Hakem Kararlarının Kesinleşmesi Sorunu", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.14, S.1-2, 1994, s.91-97, s.92).

³⁴⁹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s.47-48, 974; Akıncı, **Tenfiz**, s.140-143; Paris İstinaf Mahkemesi, 10.05.1971, Compagnie de Saint-Gobain – Pont-à-Mousson v. The Fertilizer Corporation of India, Ltd., 1971 Rev. Arb. 108; İsviçre Federal Mahkemesi, 26.02.1982, Joseph Müller A.G. v. Sigval Bergesen, ATF 108 Ib 85.

³⁵⁰ Örneğin ISTAC Tahkim Kuralları m.36/4; ICC Tahkim Kuralları m.34/2; LCIA Tahkim Kuralları m. 26/8 uyarınca hakem kararı taraflar için bağlayıcıdır.

³⁵¹ Şanlı, **Kesinleşme**, s.93-96; Akıncı, **Tenfiz**, s.142-144,148; NOMER Ergin / EKŞİ Nuray / ÖZTEKİN GELGEL Günseli, **Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt 1**, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s.116-117. Tahkim sözleşmesi ve tahkim kurumu kurallarında hakem kararının bağlayıcı olduğunun söylenmesinin NYS anlamında yeterli olduğu, kararın ayrıca kesinleşmesinin gerekmediğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay, HGK, 19/467-489, T. 9.6.1999; Yargıtay, 19.HD., 2745/3109, T. 6.5.1999.

³⁵² Born, s.3967-3969.

pragmatik bir yön taşımaktadır. Bununla birlikte kanaatimizce bu yaklaşım bağlayıcılık kavramının teknik ve hukuki anlamının göz ardı edilmesi anlamına gelecektir. Tarafların tahkim yolunu seçerek hakem kararına uyacaklarını taahhüt etmesi hakem kararının bağlayıcılığını sağlamakta beraber hakem kararının denetimi mekanizmasının da hakem kararının bağlayıcılığı üzerinde etkisi olacaktır. Bu nedenle aşağıda hakem kararının denetimi yolları ve kapsamının hakem kararının bağlayıcılığa etkisi sırasıyla incelenecektir.

İlk olarak hakem kararlarının kanun yolu denetimine tabi olmasının hakem kararının bağlayıcılığı üzerindeki etkisi incelenecektir³⁵³. Kanun yolu incelemesinin, kararın kesinleşmesini geciktirmesi nedeniyle erteleyici etki (*effet suspensif*) ve kararın kontrol edilmek üzere üst mahkemeye aktarılması³⁵⁴ nedeniyle aktarıcı etki (*effet dévolutif*) olmak üzere iki ayırt edici özelliği bulunmaktadır³⁵⁵.

Hakem kararının kanun yolu incelemesine tabi olması halinde bu incelemede hakem kararı esas bakımından denetlenecek ve kanun yolunun aktarıcı etkisi nedeniyle uyuşmazlığın esasına ilişkin bağlayıcı karar, hakem tarafından değil kanun yolu mahkemesi tarafından verilmiş olacaktır. Bu nedenle kanun yolu incelemesine açık bir hakem kararı, taraflar üzerinde zorunlu bir etkiye ve bağlayıcılığa sahip olmayacaktır³⁵⁶. Zira taraflardan herhangi biri, haklı bir gerekçesi olmasa bile sırf kendi aleyhine olduğundan, hakem kararına karşı kanun yoluna başvurarak kararın bağlayıcı etkisini ortadan kaldıracabilecektir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, uyuşmazlığın çözümü için müracaat edilen üçüncü kişinin önerisinin taraflar açısından bağlayıcı olmadığı, tarafların bu önerileri kabul edebileceği, reddedebileceği veya hiç dikkate

³⁵³ bkz. İkinci Bölüm.III.A.3.

³⁵⁴ Bir karara karşı gidilebilecek hukuki çarelerde inceleme ilk kararı veren mahkeme veya eş düzeyde bir mahkeme tarafından yapılabilmektedir. Ancak kanun yolunda bu incelemenin mutlaka daha üst bir merci tarafından yapılması gerekmektedir. Bu sayede alt mahkemenin kararı, genellikle daha “deneyimli” hakimlerden oluşan üst mercinin denetiminden geçmektedir (Özekes, **Pekcanıtez Usul**, s.2150-2151).

³⁵⁵ Akkaya, s.56-61; Özekes, **Pekcanıtez Usul**, s.2158; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s.100.

³⁵⁶ Craig, s.187; NYS hazırlık çalışmalarında erteleyici etkisi olan kanun yoluna tabi bir hakem kararının tenfiz edilemeyeceğinin düşünüldüğü belirtilmiştir. (U.N. Economic and Social Council, Summary Record of Seventeenth Meeting of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration, U.N. Doc. E/CONF.26/SR.17, 1958, s.3 https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=3409 (Erişim Tarihi: 20.08.2024)).

almayabileceği ifade edilmişti. Hakem kararının kanun yoluna tabi olması da tahkimi bu yöntemlere benzetecek, hakem kararının bağlayıcılığı ortadan kalkacak, kanun yoluna başvurulması ile tahkim başarısız bir arabuluculuk veya uzlaştırma girişimi niteliğinde olacaktır³⁵⁷. Dolayısıyla hakem kararının kanun yolu denetimine tabi tutulması, hakem kararının bağlayıcılığının ve yargısal karakterinin zedelenmesi anlamına gelecektir³⁵⁸.

Yukarıdaki görüşe karşılık mahkeme kararlarının kanun yolu incelemesine tabi olmasına rağmen mahkeme kararlarının yargısal ve bağlayıcı niteliklerinin kaybolmadığı, bu nedenle hakem kararlarının kanun yoluna tabi tutulmasının da bağlayıcılık özelliğini zedelemeyeceği ileri sürülebilir. Ancak bu argüman doğru olmayacaktır, zira mahkeme ve hakem kararları nitelik olarak birbirinden farklıdır. Mahkeme kararları tarafların tercihinin bırakılmadan kendiliğinden ve zorunlu olarak bağlayıcı olup; kanun yolu imkânı egemen devletin bir tercihidir³⁵⁹. Buna karşılık özel kişiler olan hakemlerin taraflar üzerinde bağlayıcı sonuç doğurması temelde tarafların iradesinin bir sonucudur. Tarafların bu yöndeki iradesine rağmen kanun yolu imkânı getirilmesi ve tarafların hakem kararını bağlayıcı kabul edeceklerine ilişkin taahhütlerinden vazgeçmelerine imkân verilmesi hakem kararının bağlayıcılığını zedeleyecektir.

Bazı tahkim kurumu tüzüklerinde, hakem kararlarının tahkim kurumu nezdinde farklı bir hakem heyeti veya otorite tarafından kanun yoluna denetimine benzer bir şekilde incelenmesine ilişkin başvuru mekanizmaları bulunmaktadır³⁶⁰. Böyle bir düzenlemeye sahip tahkim kurumu nezdinde verilen hakem kararları bakımından kanun yoluna başvurulması kararın bağlayıcılığını zedeleyecek ve bu

³⁵⁷ Born, s.3426-3428; Chantebout, s.177.

³⁵⁸ Chantebout, s.170. İstinaf ve temyiz gibi olağan kanun yollarının hakem kararının bağlayıcılığını engelleyebileceği, bununla birlikte yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü kanun yollarının hakem kararının bağlayıcılığını zedelemeyecektir (Van den Berg, 1958, s.342).

³⁵⁹ Chantebout, s.170; WEILL L, (1906). “Les sentences arbitrales en droit international privé”, Fransa: Librairie de la Société du recueil J.B. Sirey, & du Journal du Palais, 1906, s.41, para. 30.

³⁶⁰ Bkz. Birinci Bölüm.I.B.2. Bazı tahkim kurumu kurallarında hakem kararlarının farklı bir hakem heyeti veya otorite tarafından incelenmesine ilişkin kurum içi temyiz olarak ifade edilecek düzenlemeler yer almaktadır (Örneğin bkz. Gafta Tahkim Kuralları, Fosfa Tahkim Kurallar, Avrupa Tahkim Kurumu Kuralları.) Bu denetim yollarında hakem kararı genellikle bir kanun yolu gibi esas bakımından incelenmektedir.

hakem kararları verildiği anda “bağlayıcı” kabul edilmeyecektir³⁶¹. Bunun sebebi yapılacak başvuru üzerine uyuşmazlığın esası hakkında nihai ve bağlayıcı kararın daha sonra inceleme yapacak merci tarafından verilecek olmasıdır³⁶².

Öte yandan mahkeme veya tahkim kurumu nezdinde öngörülen kanun yolu denetimine başvurulup başvurulmasının yukarıdaki açıklamalar üzerinde bir önemi olmayacaktır. Hakem kararının bağlayıcılığını zedeleyen taraflardan birisinin bile bu imkana sahip olması ve hakem kararının bağlayıcı olabilmesi için adeta tahkimin tarafların “onayının” alınmasının gerekmesidir³⁶³. Hakem kararının taraflar üzerinde zorunlu etkisi olduğu anlamına gelen “bağlayıcılık” “kavramının şarta bağlanması ve tarafların iradesine bırakılması artık hakem kararının bağlayıcı olmadığı anlamına gelecektir³⁶⁴. Kısacası hakem kararının bağlayıcılık özelliğinin korunması, hakem kararlarının esastan denetime tabi tutulmasının dayanağı olarak gösterilebilecektir.

Kanun yolu denetiminin yanında hakem kararının esastan denetlenmesinin (*révision au fond* denetiminin kabul edilmesinin) mümkün olduğu iptal denetimi de hakem kararının bağlayıcı kabul edilmesini engelleyecektir. Nitekim NYS uyarınca hakem kararının tenfizi davası bakımından yapılan incelemelerde hakem kararının kanun yolu veya iptal davası denetiminde esastan denetlenmesinin mümkün olmasının hakem kararının “bağlayıcı” kabul edilmesini engelleyeceği genel olarak kabul edilmektedir³⁶⁵. Zira bu hallerde uyuşmazlığın esası bakımından son sözü, hakem değil hakem kararını denetleyen mahkeme söylemiş olacaktır. Bu şekilde asıl “bağlayıcı” karar hakem tarafından değil devlet mahkemesi tarafından verilmiş³⁶⁶ ve aynı zamanda tarafların tahkim iradesi yok sayılmış olacaktır.

³⁶¹ Lew/Mistelis/Kröll, s.717; Blackaby/Partasides/Redfern, para.10.40; Van den Berg, **1958**, s.342. Hatta bu durumda böyle bir hakem kararı, kararı başvuru süresi içerisinde başvuru yapılmaması hali hariç, hakem kararı niteliğinde bile kabul edilemez, nitekim bu karara karşı iptal davası da açılmaz (Blackaby/Partasides/Redfern, par. 10.08; Paris İstinaf Mahkemesi, 7.07.1995, Société Correlf c/ société Worldwide, Rev. arb., 1996, s.270).

³⁶² Chantebout, s.172-173.

³⁶³ Paris İstinaf Mahkemesi, 7.07.1995, Société Correlf c/ société Worldwide, Revue arbitrage, 1996 s.270; Chantebout, s.173.

³⁶⁴ Craig, s.186-187; Born, s.3965-3966; LOQUIN Eric, “3. La sentence arbitrale : L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré - Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence”, Revue de l'Arbitrage / Comité Français de l'Arbitrage 1990, C.1990, S.2, 1990, s.427-464, s. 448; Chantebout, s.171-174.

³⁶⁵ Blackaby/Partasides/Redfern, par.11.90; Craig, s.174-175, 187-188 (Craig, 1979 tarihli İngiliz Tahkim Kanunundaki hukuk meselerinin çözümün ilişkin yılun *full appeal* olmadığı yani gerçek anlamda bir temyiz olmadığı için kararın bağlayıcılığını zedelemeyeceği görüşündedir.).

³⁶⁶ Chantebout, s.174.

Hakem kararının tenfizine ilişkin doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre hakem kararının kanun yolu denetimine tabi olması kararın bağlayıcı olarak nitelendirilmesini engelleyecekse de kapsamlı denetim yapılmadan yalnızca belirli sebepler üzerinden esastan denetim yapılan iptal davası³⁶⁷, hakem kararının bağlayıcı özelliğini etkilemeyecektir³⁶⁸. Benzer düşünce de olan *Born*'a göre tahkim kurumu içerisindeki kanun yolu incelemesi hakem kararının bağlayıcılık özelliğini zedeleyecekken devlet mahkemesi tarafından hakem kararının esastan denetlenebildiği mekanizmalar, hakem kararının bağlayıcılığını etkilemeyecektir³⁶⁹. Ancak kanaatimizce yukarıda hakem kararının bağlayıcı özelliğine ilişkin yaptığımız teorik açıklamalar da dikkate alındığında esastan denetim imkânı bulunan, kanun yolu veya iptal davası arasında bir ayrım yapmak mümkün değildir. Esastan denetim imkânı hangi kapsam ve yoğunlukta kabul edilirse edilsin hakem kararının bağlayıcı kabul edilmesini engelleyecektir.

Özetle yukarıda hakem kararının bağlayıcı olması gerekliliğinin kararın esastan incelenmesine engel olduğu sonucuna varılmıştır. Bu nedenle hakem kararının esastan denetlenmesinin mümkün olmayan denetim mekanizmaları hakem kararının bağlayıcı olmasını etkilemeyecektir³⁷⁰. Bu yüzden böyle bir denetimin klasik örneği olan Model Kanun sistematizindeki iptal davasının hakem kararının bağlayıcı özelliğini zedelediği doktrinde neredeyse istisnasız şekilde kabul edilmiştir³⁷¹. Gerçekten de iptal davasında hakem kararının esas bakımından bir değişiklik yapılması mümkün

³⁶⁷ Buna örnek olarak İsviçre hukukundaki keyfilik şikâyeti ile İngiliz hukukunda hukuk sorunlarının temyizi gösterilmiştir (Van den Berg, 1958, s.345).

³⁶⁸ Van den Berg, 1958, s.345.

³⁶⁹ Born, s.3965-3966. *Born* 'a göre zaten esastan kanun yolu denetimi oldukça azdır; *esastan sebeplerle inceleme yapan* iptal davası ile temyizden ayırt edilmesi de zordur. Öte yandan *Born* temelde hakem kararının bağlayıcı kabul edilmesi için tarafların bu konudaki iradesinin yeterli olduğu görüşündedir (Born, s.3967-3969).

³⁷⁰ Chantebout, s.174. Yazar bu denetim mekanizmalarını, basit denetim mekanizmaları (*la simple demande de révision*) olarak adlandırmıştır.

³⁷¹ İptal davasının açılmış olması veya açılabilir olması, hakem kararının bağlayıcılığını etkilemez. (Born, s.3963, 3964; Akıncı, **Tenfiz**, s.142, 143; AKINCI Ziya, "Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi", İzmir Barosu Dergisi, S.2, 1994, s.9-21, s.16; derdest bir iptal davasının hakem kararının bağlayıcılığını etkilemeyeceği hakkında bkz. İsveç Federal Mahkemesi, 1.HD., 09.12.2008, *Compagnie X SA v. Federation Y*, 4A_403/2008/ech; İngiliz Yüksek Mahkemesi Ticaret Dairesi, 27.07.2011, *Dowans Holding SA v. Tanzania Elec. Supply Co. Ltd*, EWHC 1957 (Comm), par. 12-27. Zaten NYS kapsamında m.VI uyarınca iptal davası bekletici mesele yapılabilir, demek ki prensip olarak iptal davası bağlayıcılığı engellemez, tenfiz hakimi *bekletici mesele* yapmak bakımından takdir hakkına sahiptir (Benzer görüş için Born, s.3964). İptal edilen hakem kararının tenfize etkisi ayrıca ele alınması gereken detaylı bir konudur. Çalışmamız kapsamında detaylı bir şekilde ele alınmaktadır. bkz. Birinci Bölüm.II.B.2.

olmadığı gibi iptal davasında yapılacak inceleme yalnızca birtakım usûli ve şekli sebeplere ilişkin olacaktır. Bu açıdan hakem kararının bağlayıcı özelliğini etkilemeyecektir.

2. Hakem Kararının *Res Judicata* Etkisi ve *Révision au Fond* Yasağının Gerekliliği

Hakem kararının yargısal karakterinin bir diğer sonucu olarak hakem kararları, aşağıda detayları açıklanacak *res judicata* gücüne sahip olacaktır. Hakem kararının bu özelliğini incelemek için önce *res judicata* kavramının doğduğu medeni usul hukuku anlamında tanımı, etkisi ve amacı incelenecektir. Daha sonra hakem kararının bu özelliği haiz olmasının dayanakları ve tahkim için önemi irdelenecektir. Bu bilgiler ışığında son olarak *révision au fond* denetiminin hakem kararının *res judicata* etkisini zedeleyip zedelemeyeceği ve bu bağlamda *révision au fond* yasağının temelini açıklayıp açıklamadığı incelenecektir.

a) Medeni Usul Hukukunda *Res Judicata*

Yargılama faaliyeti neticesinde hakem kararında ihtilafın çözümüne ilişkin varılan çözümün bu ihtilafı gelecek için (*sonsuz dek*) çözmesi *res judicata* anlamına gelmektedir³⁷². Kelime anlamı itibarıyla “karar bağlanan şey” olarak ifade edilebilecek ve Latince bir kavram olan *res judicata* terimi, hukuki olarak “*bir yargı kararıyla nihai şekilde karara bağlanmış bir konu*”³⁷³ anlamına gelmektedir. Bu kavramın Fransızcası olan “*chose jugée*” ise “bir uyuşmazlığı sona erdirmek amacıyla hâkim tarafından karara bağlanan şey” olarak tanımlanmıştır³⁷⁴. Kavramın Türk hukukunda karşılığı olarak “maddi anlamda kesin hüküm” kavramı kullanılmaktadır³⁷⁵.

³⁷² Kuru, **Usul** C. V, s. 4979 ÖZBAY İbrahim/ KORUCU Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444), Adalet, 2016, s.177; ÖZBAY İbrahim, “Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi”, Prof.Dr.Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2003, s.281-304, s.281 GÖZLER Kemal, “Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.56, S.2, 2007, s.45-61, s.46.

³⁷³ BRYAN A. Garner (Ed.), Black’s Law Dictionary, St. Paul, Minn., West Group, 9. Baskı, 2009, s.1425.

³⁷⁴ GÉRARD Cornu (ed.) (Association Henri Capitant), Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 7. Baskı, 2006, s.152.

³⁷⁵ Doktrinde Gözler, *res judicata* kavramının karşılığı olarak *kesin hüküm* kavramının kullanılmasının hatalı olduğunu, Türk hukukunda daha önce kullanılan *kaziye-i mahkûmunbiha* veya *emr-i makzi* kavramlarının *res judicata*’nın anlamını karşıladığını, bugün *res judicatatın* doğrudan Latincesinin veya *kaziye-i mahkûmunbiha* teriminin kullanılabileceğini savunmuştur (Gözler, s.49 vd.).

Yargılama neticesinde verilen kararlar, taraflar arasındaki ihtilaf çözüme kavuşturulmaktadır. Böylelikle taraflar arasında çıkan nizâ doğru veya yanlış, bir şekilde sona erdirilerek “hukuki barış” tesis edilmiştir. Karar verildikten sonra, çözüme kavuşturulan meselelerin yeniden yargı mercileri önüne getirilmemesi beklenmektedir. İşte bir kararın *res judicata* etkisine sahip olması, bir yargı kararının ele aldığı ihtilafı bir daha tartışma konusu yapılmaya şekilde çözüme kavuşturmasını ifade etmektedir³⁷⁶.

Yargı kararlarının *res judicata* etkisine sahip olmasının pek çok önemli sonucu vardır. Bunlar içinde en önemlisi, verilen kararın hem kazanan hem kaybeden taraf için “hukuki belirliliği” sağlayacak olmasıdır, uyuşmazlık ne şekilde çözülürse çözülsün artık bir şekilde çözümlenmiştir ve bu çözüm değişmeyecektir³⁷⁷. Gerçekten de yargı kararının *res judicata* etkisine sahip olmaması durumunda, aynı konu tekrar tekrar yargı mercileri önüne getirilecek, farklı yargılamalarda diğerlerinden tamamen farklı hatta çelişen karar verilmesi mümkün olduğundan taraflar bakımından “hukuki belirsizlik” oluşacaktır³⁷⁸.

Yargı kararlarına *res judicata* etkisi tanınmaması, hukuki belirsizliği artırmanın yanı sıra aynı konuyla ilgili tarafların fazladan zaman harcamasına ve masraf yapmasına neden olacaktır. Bu olumsuz etkiler yalnızca uyuşmazlığın tarafları ile de sınırlı kalmayacaktır. Zira bu durum, aynı zamanda yargının iş yükünü artırarak adaletin tesisinin gecikmesine ve yargıya duyulan güvenin zedelenmesine yol açacaktır. Bu bağlamda *res judicata* ile kamu menfaatinin de korunması sağlandığından³⁷⁹, bu ilke kamu düzeninden kabul edilmiştir³⁸⁰. Bu nedenle tarafların anlaşarak bir mahkeme kararının *res judicata* etkisini ortadan kaldırması mümkün değildir³⁸¹.

³⁷⁶ Atalı, **Pekcanitez Usul**, s.2057; ERDOĞAN Ersin, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, 2. Baskı, Yetkin, 2020, s.81, 82; Gözler, s.47.

³⁷⁷ Böylelikle aynı zamanda hukuk devletinin ve hak arama özgürlüğünün bir gereği olarak hukuki yolların etkinliği de sağlanmış olmaktadır (Erdoğan, s.80,84).

³⁷⁸ Erdoğan, s.64-65.

³⁷⁹ Yargıtay HGK., E. 2011/890, K. 2012/239, T. 28.3.2012.

³⁸⁰ Yargıtay, 1.HD., K.2001/11859, T.11.2.2001; Atalı, **Pekcanitez Usul**, s.2055,2071; Erdoğan, s.85.

³⁸¹ Hakem kararı tıpkı devlet mahkemesi kararı gibi taşıdığı *res judicata* niteliği gereği taraf iradesi ile ortadan kaldırılamaz (Erdoğan, s.189).

Medeni usul hukukunda *res judicata*, bir hükmün kesinleşmesinden ve kesinleşmiş hüküm kavramından farklıdır. Türk hukukunda kesinleşmiş hükmü ifade etmek için “şekli anlamda kesin hüküm”, *res judicata* kavramını ifade etmek için “maddi anlamda kesin hüküm” kavramı kullanılmaktadır³⁸². “Şekli anlamda kesin hüküm”den bahsedilmek için karara karşı kanun yoluna müracaat etme imkânının bulunmaması, böyle bir yolsa varsa bile buna müracaat edilmemesi veya kanun yolu incelemesinin tamamlanması gerekmektedir³⁸³.

“Maddi anlamda kesin hüküm”, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi bir mahkeme kararının kararı veren merci dahil olmak üzere başka bir yargı organı tarafından değiştirilememesi, hükmeye bağlanan konunun tekrar yargı önüne taşınmaması ve kararın hüküm fıkrasının daha sonra açılacak davalar bakımından bağlayıcı olması anlamına gelmektedir³⁸⁴. Maddi anlamda kesin hükmün ön koşulu kararın şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmesidir (HMK m.303/1). Bunun yanında maddi anlamda kesin hükmün varlığı için HMK m. 303/1 uyarınca davanın tarafların, dava sebebinin (vakıaların) ve dava konusunun (ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davanın talep sonucunun) aynı olması gerekmektedir³⁸⁵.

b) Tahkim Hukukunda Res Judicata

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasının çözüme kavuşturulduğu hakem kararları tıpkı mahkeme kararları gibi *res judicata* etkisine sahiptir³⁸⁶. *Res judicata* bir

³⁸² Atalı, **Pekcanitez Usul**, s.2055.

³⁸³ Atalı, **Pekcanitez Usul**, s.2055-2056; Erdoğan, s.64.

³⁸⁴ Atalı, **Pekcanitez Usul**, s.2057. Bir kararın *res judicata* etkisinin bu kararın yalnızca hüküm kısmına mı ilişkin olacağı yoksa gerekçenin de mi bu kapsamda olacağı tartışma konusu olmuştur (Tartışmalar için bkz. Erdoğan, s.138 vd.) Prensip olarak yalnızca kararın hüküm kısmı kesin hüküm etkisine sahiptir. Bununla birlikte gerekçe ile hüküm arasında bir illiyet bağı bulunması gerekir, bu yüzden hüküm fıkrasının açık olmaması veya hüküm fıkrasının anlaşılması için gerekçeye bakılması gerekmesi halinde gerekçenin de *res judicata* etkisi olduğu söylenebilecektir (Atalı, **Pekcanitez Usul**, s.2059-2062; Erdoğan, s.142 vd.).

³⁸⁵ Atalı, **Pekcanitez Usul**, s.2062-2070; Karşılaştırmalı hukukta meselenin benzer şekilde değerlendirildiği hakkında bkz. Born, s.242.

³⁸⁶ Born, s.242-243, 4137; Özbay, **Kesin Hüküm**, s.282; Özbay/Korucu, s.179

kararın hakem kararı olarak kabul edilebilmesinin hem bir şartı³⁸⁷, hem de hakem kararının yargısal özelliğinin bir sonucudur³⁸⁸.

Hakem kararının *res judicata* etkisine sahip olması nedeniyle hakem tarafından uyuşmazlığın çözümüne ilişkin varılan netice sorgulanamaz³⁸⁹ ve geri alınamaz (*irrévocabilité*)³⁹⁰ nitelikte olacaktır. Hakem kararının gerekçe ve hüküm kısmının kanuni hakikate uygun olduğu kabul edilecek³⁹¹, aynı uyuşmazlık bakımından tekrar tahkim yoluna veya mahkemeye başvurulamayacaktır³⁹².

Res judicata'nın yukarıda devlet yargısı bakımından sağladığı avantajlar tahkim hukuku için de geçerlidir³⁹³. ... Öte yandan *res judicata* tahkim açısından o kadar önemli ve köklü bir kavramdır ki, milattan önce yazılan tahkime ilişkin metinlerde bile önemine vurgu yapılmıştır. MÖ 300'lü yıllarda yaşayan hâtip *Demosthenes*'in eserinde tahkim yolunun caiz olduğu belirtildikten sonra hakem kararı ile çözülen konunun başka bir merciye taşınamayacağı, bu anlamda nihai olduğu şu şekilde vurgulanmıştır: “*Kanun [Eğer taraflar, özel sözleşmelerle ilgili ihtilafta düşer ve bir hakem seçmek isterlerse, diledikleri kişiyi hakem olarak seçmeleri yasal olacaktır. Ancak, karşılıklı anlaşma ile birini seçtikten sonra onun kararlarına uymak*

³⁸⁷ Born, s.242-243, s.3164; Chantebout, s.167-168; Paris İstinaf Mahkemesi, 24.10.1991, société Sicopag v. Ets Louis Laprade, Revue de l'Arbitrage/ Comité Français de l'Arbitrage 1992, C.1992, S. 3, s.494-506, s.494. Bir Yargıtay kararında hakem kararının kazai nitelik taşıması nedeniyle daha sonra değiştirilemeyeceği ve nihai olduğu vurgulanmıştır (Yargıtay 11.HD, E.1974/1523, K.1974/1470, T. 29.4.1974). Hakem heyetinin karar verdikten sonra uyuşmazlıktan prensip olarak el çekmesi karşılaştırmalı hukukta *functus officio* olarak adlandırılmaktadır (Detaylı bilgi için bkz. Born, s.3370 vd.; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Pekcanitez Usûl**, s.2725).

³⁸⁸ Born, s.242-243. *Res judicata*, bir yargısal işlemin kimi zaman sebebi kimi zaman sonucu olarak gösterilen ayrılmaz bir unsurdur. *Res judicata* doktrinde yargısal işlemin ayırt edici özelliği olarak veya yargısal işlemin bir sonucu olarak değerlendirilmiştir. Bu iki yaklaşımdan hangisinin benimsendiği fark etmeksizin *res judicata*'nın yargısal işlemin ayrılmaz bir unsuru olduğu kabul edilmelidir. Chantebout, s.167-168; Jarroson, para. 52-54.

³⁸⁹ Chantebout, s.168.

³⁹⁰ Klein, s.189. Bir kararın *res judicata* etkisinin bu kararın yalnızca hüküm kısmına mı ilişkin olacağı yoksa gerekçenin de mi bu kapsamda olacağı tartışma konusu olmuştur. Tartışmalar için bkz. Born, s.4139.

³⁹¹ Gözler, s.47.

³⁹² Fouchard/Gaillard/Goldman, s.780; Lew/Mistelis/Kröll, s.628; Born, s.4102; Chantebout, s.168; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.382-383, 605-607; Özel/Erkan/Pürselim, s.811. Bu etki devlet mahkemesi kararlarına nazaran tahkimde daha önemlidir, zira taraflar tahkim anlaşmasıyla uyuşmazlığın esasının çözümünü devlet mahkemesi yerine hakeme bırakmıştır. Dolayısıyla *res judicata* özelliği dışında hakemin çözdüğü uyuşmazlığın mahkeme tarafından ele alınması tarafların beklentisi ve tahkimin niteliği ile uyumlayacaktır.

³⁹³ Hakemin çözüme bağladığı konunun yeniden yargılamaya konu edilmesi hukuki belirsizlik doğurarak hukuki güvenlik ilkesine aykırı olacak; fazladan yapılacak masraflar ve harcanan vakit usul ekonomisine de aykırı olacaktır (Erdoğan, s.90-91).

zorundadırlar ve aynı suçlamaları başka bir mahkemeye taşıyamazlar, çünkü hakemin kararı nihai olacaktır.]”³⁹⁴.

Hakem kararının yargısal karakteri ile yakından ilgili olan bağlayıcılık ve *res judicata* etkisi birçok ülke hukukunda pozitif düzenlemelerde de açıkça kabul edilmiştir³⁹⁵. Örneğin Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1484/1 uyarınca “Bir hakem kararı, verildiği andan itibaren, karara bağlanan uyuşmazlık bakımından *res judicata* otoritesine (*l'autorité de la chose jugée*) sahiptir.”³⁹⁶. Alman Medeni Usul Kanunu m.1055 uyarınca “Hakem kararı, uyuşmazlığın tarafları bakımından nihai ve bağlayıcı bir mahkeme hükmü ile aynı etkiye sahiptir.” İngiliz Tahkim Kanunu m.58/1 uyarınca “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim anlaşması uyarınca hakem heyeti tarafından verilen karar, taraflar (...) için nihai ve bağlayıcıdır”³⁹⁷. İsviçre MÖHUK m.190/1 uyarınca hakem kararları verildiği andan itibaren nihaidir³⁹⁸.

Türk hukukunda pozitif düzenlemelerde hakem kararlarının *res judicata* etkisine sahip olduğuna ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte bazı pozitif düzenlemelerin yorumlanması³⁹⁹ ve *res judicata*’nın işlevi dikkate alındığında hakem kararlarının mahkeme kararları gibi *res judicata* etkisine sahip olduğu söylenebilecektir⁴⁰⁰. Hakemin çözüme kavuşturduğu uyuşmazlığın mahkeme tarafından ele alınması; uyuşmazlığın nihai çözümünün gecikmesine sebep olarak tahkimin devlet yargısına nazaran sahip olduğu belirtilen hızlı olması⁴⁰¹ ve ucuz

³⁹⁴ Demosthenes, Against Meidias, Androton, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton, çev. J.H. Vince, M.A. London: William Heinemann Ltd; Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1935 s.69, para.94.

³⁹⁵ Born, s.242, 4137

³⁹⁶ Fransız hukukunda iç hakem kararlarına ilişkin bu düzenleme m. 1506 uyarınca milletlerarası hakem kararları için de geçerlidir. Benzer düzenleme için bkz. Hollanda Medeni Usul Kanunu m.1059/1.

³⁹⁷ Aynı hükmün ikinci fıkrasında bu düzenlemenin “kararın mevcut tahkim temyiz veya gözden geçirme yolları yahut bu Bölümün hükümleri uyarınca itiraz edilmesine yönelik bir kişinin hakkını etkilemeyeceği” düzenlenmiştir.

³⁹⁸ Milli hukuklardaki bu açık düzenlemeler yanında *res judicata*, uluslararası teamül hukuku kuralı veya hukukun genel bir ilkesi olarak da gösterilmiştir (Born, s.4107).

³⁹⁹ Bir kararın *res judicata* etkisinin kaldırılması için yargılamanın iadesi yoluna müracaat edilebilecektir. Hakem kararları bakımından da HMK m. 443 uyarınca yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilmesi, *res judicata* etkisinin varlığını gösterecektir (Erdoğan, s.86-87). Bu görüşü ifade eden yazara göre MTK’ya tabi tahkimler bakımından da yargılamanın iadesi mümkün olmalıdır. (Erdoğan, s.108-109).

⁴⁰⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.536.

⁴⁰¹ Tahkim yargılamanın aksine devlet mahkemelerinde uygulanan usûli prosedür ve formaliteler yargılamanın yavaş yürütmesine neden olmaktadır. Ayrıca mahkemelerde yargılamalar belli bir takvim çerçevesinde yürümez. Birlikçi raporunun ne zaman alınacağına, duruşmaların ne zaman yapılacağına ilişkin öngörülebilir bir düzenleme yoktur. Üstelik usul kanunlarında aşama ve süreleri belirtilen dilekçe

olması⁴⁰² avantajını zedeleyecek, taraflar için hukuki belirsizliğe sebep olacaktır⁴⁰³. Yargıtay kararlarında da hakem kararının *res judicata* (kesin hüküm) etkisi olduğu kabul edilmiştir⁴⁰⁴.

teatisi aşamasına bile tam olarak riayet edilmez, dilekçe teatisi bittikten sonra sunulan dilekçeler mahkemeler tarafından çoğu zaman kabul edilir. Önceden tarihleri bilinmeyen ve birden fazla kez yapılan duruşmalarda ise yalnızca eksiklikler tespit edilir ve başka bir usulî işlem yapılmadan duruşmalar ertelenir. Bu da ciddi bir zaman kaybına yol açmaktadır. Yargılamanın belirli bir takvim çerçevesinde yapılmaması öngörülebilirliği azalttığı gibi yargılamanın uzamasına neden olur. Ayrıca mahkeme dosyalarında karşılaşıldığı üzere mahkeme üyelerinin değişmesi de duruşmaların ertelenmesine ve yargılamanın uzamasına sebep olur. Mahkeme uygulamasındaki bu belirsizlik ve düzensizliğe karşın çoğu tahkim kurumu kurallarında yer aldığı üzere veya böyle bir kural getirilmemiş olsa bile yargılamanın başında hakemlerin inisiyatifleriyle taraflarla istişare edilerek usulî zaman çizelgesi (*procedural timetable*) olarak adlandırılan yargılama takvimi belirlenir. Bu takvimde hangi usulî işlemlerin ne zaman yapılacağı detaylı şekilde düzenlenir. Tahkim yargılamasında hakemler ve taraflar belirlenen usulî adımlara ve tarihlerine azami riayet eder. Tahkim yolunda devlet mahkemelerinin aksine sık ve çok sayıda yapılan duruşma ile karşılaşılmaz. Genelde bir veya iki duruşma ile yargılama tamamlanır. Tahkim süreci boyunca yapılan az sayıda duruşmanın tarihi ile ondan önceki usulî işlemin tarihi arasında belli bir boşluk bırakılır. İstisnai hallerde bir süre uzatımı verilmesi gerektiğinde bu boşluktan yararlanılarak duruşmanın ertelenmemesi ve hakem kararının gecikmemesi sağlanmaya çalışılır. Ayrıca tahkim kurumu kurallarında hakem kararının verilmesi için belirli süreler öngörülür, bu sürelerde daha sonra tahkim kurumları tarafından uzatılabilse de hakem üzerinde hızlı davranma yönünde bir baskı oluşturur (Örneğin, ICC Tahkim Kuralları m. 31). Ayrıca ICC kurallarında açıkça öngörülmemiş olsa bile Taraflar ve Hakeme Heyetlerine Tahkimin Yürütülmesi Hakkında Notun (*Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration*) 153'üncü paragrafında nihai duruşma veya son yazılı dilekçeden sonra tek hakemin iki ay, üç hakemden oluşan heyetlerin ise üç ay içerisinde hakem kararının taslağını sunması gerekir. Yine bu notun 155'inci paragrafında belirtildiği üzere hakem kararının bu sürelerden sonra gönderilmesi takdir edilecek hakem ücretinde azalmaya sebep olabilecektir. Bu düzenlemede hakemin hızlı karar vermesini teşvik edici olacaktır. Böylelikle başlangıçta kararlaştırılan takvime göre yargılama öngörülebilir bir şekilde gecikmeksizin tamamlanabilir.

⁴⁰² Tahkimin devlet mahkemesine nazaran ucuz olması tahkimi cazip kılan özellikler arasında sayılmaktadır. Ancak avukatlık ücretleri, hakem ücreti, hakem masrafları ve tahkim kurumu harçları dikkate alındığında tahkimin gerçekten ucuz olup olmadığı tartışmalıdır (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.12; Tahkim masraflarının yüksek olmasının tahkimin dezavantajlarından biri olduğu hakkındaki görüş için bkz. BALKAR BOZKURT Süheylâ, "Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.129-130, s.123 vd.). Tahkimin ucuz olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte hakem kararlarının esastan denetlenmesi uyuşmazlığın çözümünün gecikmesine yol açacak, bu özellikle enflasyonist ekonomilerde alacağın değer kaybına uğramasına yol açacak aynı zamanda avukatlık ücretleri, yargılama harç ve masrafları gibi giderlerin artmasına neden olacaktır..

⁴⁰³ Geler, s.626,641,642. Bir Amerikan Mahkemesi kararında hakem kararlarının denetim kapsamının genişletilmesin ve karardan memnun olmayan tarafın her seferinde karara itiraz etmesine şu cümlelerle karşı çıkmıştır: "Davacılarından biri, *federal hukukta hakem kararlarının denetlenemediği koşulları görmezden gelerek affedilmez şekilde zamanımızı ve karşı tarafın parasını boşa harcamıştır. Sonuçtan memnun olmayan taraf mahkemeye boş yere başvurarak davanın sonucunu geciktirebiliyorsa, tahkimin hiçbir anlamı kalmaz*" . Amerikan Federal Mahkemesi, 16.03.1987, Hill v. Norfolk and Western Railway Co., 814 F. 2nd, 1987, s. 1192.

⁴⁰⁴ Yargıtay Büyük Genel Kurul İçtihadı Birleştirme Kararı, E.1972/2 K.1972/12, T. 23.10.1972: "Hakem kararları da, mahkeme kararları gibi, tarafları bağlayıcı ve "kesin hüküm" vasıf ve mahiyetindedir. Bilindiği üzere, kesin hükmün gayesi taraflar arasındaki uyuşmazlıkları bir daha ortaya atılamayacak bir şekilde halletmekten ibarettir. Mahkeme kararları için öngörülen ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 237. maddesinde yer alan "kesin hüküm" şartları hakem kararları için de aynen caridir."; Yargıtay HGK, E.2002/8-625, K.2002/780, T.9.10.2002: Hakem sıfatı ile verilen kararların ait oldukları hususta maddi anlamda kesin hüküm oluşturduğunda da kuşku bulunmamaktadır.; Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay, 1.HD., 8982/10117, T. 29.9.2004; Yargıtay, 1.HD., 985/2374, T.6.3.2003; Yargıtay, 4.HD., 1073/3661, T. 30.5.1957 (Erdoğan, s.87-88'den naklen).

Mahkeme kararları bakımından *res judicata* (maddi anlamda kesin hüküm) etkisi için hakem kararının kesinleşmiş (şekli anlamda kesin hüküm) olması gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Tahkimde de hakem kararının *res judicata* etkisi olduğunun kabulü için hakem kararının kesin karakterde olması gerekmektedir. Hakem kararının tabi olabileceği farklı denetim türleri hakem kararının “kesin” karaktere sahip olması bakımından farklı sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle aşağıda sırayla incelenecek denetim yollarının, hakem kararlarının *res judicata* özelliği üzerinde farklı sonuçları olacaktır.

İlk olarak *kanun yolu* denetiminin hakem kararlarının *res judicata* özelliğine etkisi incelenecektir. Kanun yolu denetimi mahkeme kararlarının kesinleşmesini “erteleyici etkiye” sahiptir. Mahkeme kararlarına benzer şekilde bir hakem kararının kanun yoluna tabi olması, hakem kararının verildiği anda kesin karakterde olmamasına ve dolayısıyla *res judicata* etkisi göstermemesine neden olacaktır. Öte yandan hakem kararlarının tahkim kurumu nezdinde farklı bir hakem heyeti veya otorite tarafından denetime tabi olduğu durumlarda da bu denetimin için kanun yolu ile benzer açıklamalar yapılabilecektir⁴⁰⁵. Gerçekten de hem mahkeme hem de tahkim kurumu içindeki kanun yolu denetiminde uyumsuzluğun çözümüne ilişkin nihai ve bağlayıcı karar hakem tarafından değil, kanun yolu denetimini yapan merci tarafından verilmiş olacaktır⁴⁰⁶.

Kanun yolu denetiminin yanı sıra iptal davasında esastan denetim yapılması, başka bir deyişle *révision au fond* yasağının kabul edilmemesi halinde bu denetimin varlığı hakem kararının kesinleşmesine ve *res judicata* etkisine sahip olmasına engel olacaktır⁴⁰⁷. Buna karşılık esastan denetimin yasak olduğu Model Kanun

⁴⁰⁵ Born, s.3419. Hollanda Medeni Usul Kanunu m.1059/1 ile hakem kararlarının prensip olarak verildikleri anda *res judicata* etkisine sahip olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte m.1059/2’de bir istisna olarak hakem kararlarının başka bir hakem heyeti tarafından kanun yolu (*appeal*) incelemesine tabi tutulması halinde ilk karar bakımından *res judicata* etkisinin doğmayacağı açıkça belirtilmiştir. Üstelik bu durumda böyle bir hakem kararı, kararı başvuru süresi içerisinde başvuru yapılmaması hali hariç, hakem kararı niteliğinde bile kabul edilemez, nitekim bu karara karşı iptal davası da açılmaz (Blackaby/Partasides/Redfern, par. 10.08; Paris İstinaf Mahkemesi, 7.07.1995, Société Correlf c/ société Worldwide, Rev. arb., 1996, s.270).

⁴⁰⁶ Tahkim kurumu içi temyiz mekanizmasında bu görüş için bkz. Erdoğan, s.118-119; UMAR Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin, 2014, s.1246.

⁴⁰⁷ FADLALLAH İbrahim, “Société SNF v. Société Cytec Industries BV, Cour de Cassation (Ire Ch. civile), Not Indicated, 4 June 2008”, Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage 2008, S. 3, s. 473-485, s.481; Chantebout, s.168-169; Bayata Canyaş, s.28; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.605; Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.142, 144. Esastan denetim, hakem kararının *res judicata* ile

sistematikliğinde tanımlanan iptal davasında kanun yolunun aksine uyuşmazlığın esası bakımından farklı bir merci karar vermediğinden ve kararın kesinleşmesini engelleyecek şekilde erteleyici etkisi olmadığından hakem kararının *res judicata* etkisini engellemeyecektir⁴⁰⁸.

Özetle, *res judicata* hakem kararı için olmazsa olmaz bir özelliktir. Zira en başta taraflar tahkim yolunu seçerken uyuşmazlıkların esası bakımından karar vermesi için devlet mahkemesi yerine tahkimi seçmiştir. Bu yüzden uyuşmazlığın esası bakımından nihai ve bağlayıcı kararı mahkemeler değil, hakem verecektir. Hakem kararlarının esastan denetlenmesine imkân verilmesi halinde hakem kararının kesin niteliğinden bahsedilemeyecektir, bu da hakem kararının *res judicata* etkisine sahip olmasını engelleyecektir. Dolayısıyla hakem kararının *res judicata* özelliğinin korunması için hakem kararının esastan denetimine izin verilmemelidir, bu açıdan bu özellik *révision au fond* yasağının bir dayanağını oluşturmaktadır.

C. Tahkimin Tarihsel Gelişimi Açısından *Révision Au Fond* Yasağının Dayanağı

Révision au fond yasağının devlet yargısı tarafından hakem kararına yapılacak denetimi sınırlandırdığı göz önüne alındığında bu yasağın temelinin, hakem kararını denetleyen devletin tahkime yönelik tutum değişikliği ve bunların arkasında yatan sebeplerle ilişkisi olup olmadığına bakmak gerekecektir. Bunun için önce tahkimin tarihsel gelişimi ve bu gelişim sürecinde hakem kararlarının denetlenmesi anlayışı⁴⁰⁹ irdelenecek, sonrasında devletin tahkime yönelik tutumunun değişmesine yol açan sebepler açısından *révision au fond* yasağının dayanağı aranacaktır.

paralel bir özelliği olan geri alınamazlık (*irrévocabilité*) özelliği ile de çelişir (Klein, s.189) DAB (the dispute adjudication board) kararları, tıpkı hakem kararları gibi bağlayıcıdır. Bununla birlikte bu kararların taraflarca benimsenmemesi durumunda bu kararlara karşı hakem heyetine başvurulması ve esastan denetlenmesine imkân verilen bir incelemeye (“yeniden inceleme”) ve gözden geçirmeye (*révision*)) tabi tutulması DAB kararlarının *res judicata* etkisine sahip olmadığı ve bu açıdan hakem kararlarından farklı olduğunu göstermektedir (Akıncı, **Milletlerarası İnşaat**, s.307).

⁴⁰⁸ Klein, s.189; Erdoğan, s.111-113, 116. Türk hukukunda *Kuru* aksi görüştedir. Ona göre hakem kararının iptal davasının sonucuna göre kesinleşecektir (Kuru, **Ders Kitabı**, s.948,951)

⁴⁰⁹ Bu inceleme daha çok hakem kararına yönelik başvuru yolları bakımından yapılacak, çalışmanın kapsamının genişletilmemesi için tarihsel süreç hakem kararının tenfizi meselesinin nasıl ele alındığı ayrıca incelenmeyecektir.

1. Tahkimin Tarihsel Gelişimi Açısından Hakem Kararlarının Denetlenmesine Yönelik Anlayış

Tahkimin tarihsel olarak, çeşitli açılardan farklı dönemlere ayrılarak incelenmesi mümkündür. Tahkim hukukçularında *Lew*, tahkimin Orta Çağ'dan günümüze kadar olan tarihsel gelişimini, devletlerin tahkime yönelik tutumlarına göre üç farklı dönemde ele almıştır⁴¹⁰. *Lew* incelemesini Orta Çağ'dan başlatmış olsa da insanlık tarihi kadar eskiye giden⁴¹¹ tahkimin uygulanmasına ve tahkime ilişkin düzenlemelere İlk Çağ'da (Antik Çağ) rastlanmaktadır. Bu nedenle tahkimin tarihsel gelişimine ilişkin inceleme İlk Çağ'dan başlayarak yapılacaktır. İkinci olarak tahkime yönelik regülasyonların az olduğu, ancak belirli gruplar arasında tahkimin yaygın kullanıldığı Orta Çağ'ın başlangıcından 1700'lü yıllara kadar geçen dönem incelenecektir. Bundan sonra incelenecek üçüncü dönem ise güçlenen devlet yapılarının tahkime şüphe ile yaklaştığı, ancak tahkimin pozitif düzenlemelere konu edilmeye başlandığı 1700'lerden 1950'ye kadarki süreçtir. Son olarak 1950'den günümüze kadar olan, devletlerin tahkime yönelik liberal bir tutum sergilemeye başladığı ve tahkimin milletlerarası ticarete temel uyuşmazlık çözüm yolu haline geldiği dönem incelenecektir.

a) İlk (Antik) Çağ

İlk Çağ'da Antik Yunan'da ve Roma'da uyuşmazlıkların çözümünde tahkim uygulamalarına rastlanmaktadır. Antik Yunan'da hakem kararının bağlayıcılığına ilişkin bölümde ele alındığı üzere tahkim anlaşmalarına geçerlilik tanınmış, hakem kararlarının nihai ve bağlayıcı olduğu belirtilerek hakem kararlarına karşı mahkemeye müracaat edilemeyeceği anlayışı benimsenmiştir⁴¹². Bu anlayışı nedeniyle *révision au*

⁴¹⁰ Tahkimi tarihsel olarak üç aşamada inceleyen bir çalışma için bkz. *Lew, Dream*, s.459.

⁴¹¹ *Born*, s.23-24.

⁴¹² Demosthenes, *Against Meidias*, Androtion, *Aristocrates*, *Timocrates*, *Aristogeiton*, çev. J.H. Vince, M.A. London: William Heinemann Ltd; Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1935, s.69, para.94; VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS Julie, "L'arbitrage dans la Grèce antique-Epoques archaïque et classique", *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage 2000, C.2000, S.1, s.9-26, s.19-20. Antik Yunan'da tahkimin tercih edilmesinin sebepleri arasında bugünkü anlayışa benzer şekilde mahkemelerin iş yükünün fazla olması, tahkimin gizliliğe önem vermesi gibi sebepler yer almaktadır (*Born*, s.24-25; *ROEBUCK* Derek, *Ancient Greek Arbitration*, Holo Books, 2018, s.348-349, 358).

fond yasağının temellerinin Antik Yunan' kadar uzandığını söylemek de mümkündür⁴¹³.

Roma hukukunda uyuşmazlıkların normal yargı sistemi yerine tahkim ile çözülmesine ilişkin tahkim anlaşması (*compromissum*) yapılmasına izin verilmiştir⁴¹⁴. Roma hukukunda hakem kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkânı kabul edilmemiştir⁴¹⁵, hatta hakem kararına karşı tarafların dava süreci başlatması, hakem kararının ihlali olarak değerlendirilmiştir; zira taraflar tahkim yolunu kendileri tercih etmiş, tahkim prosedürünü kendileri belirlemiş ve hakem tarafından verilecek kararın nihai ve bağlayıcı olacağını kabul etmişlerdir⁴¹⁶. Dolayısıyla hakem kararının adil olup olmadığına veya içeriğine bakılmaksızın uygulanması gerekmektedir⁴¹⁷.

Roma hukukunda Antik Yunan hukukundaki anlayışa benzer şekilde hakem kararının bağlayıcı olduğu, hakem kararına karşı herhangi bir başvuru yapılamayacağı *Digesta*'da şu şekilde ifade edilmiştir: “*Hakemin uyuşmazlık konusu meseleyle ilgili olarak verdiği karara, adil olsun ya da olmasın uyulmalıdır; çünkü tahkimi kabul eden taraf, yalnızca kendisini suçlayabilir*”⁴¹⁸. Bu genel prensibin yanında hakem kararında

⁴¹³ Bu yönde bkz. BOUHENIC Marcel-Gérard, “Le repli par les juridictions étatiques de leur jurisdiction”, Droit. Université Paris-Saclay, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021, s.390 <https://theses.hal.science/tel-03624019/> (Erişim Tarihi: 10.09.2024).

⁴¹⁴ Born, s.26-27; ROEBUCK Derek / FUMICHON Bruno de Loynes, Roman Arbitration, Oxford: Holo Books, Arbitration Press, 2004, s.94,194; SÖĞÜT İpek Sevdâ, Roma Hukukunda Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 6; KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, “Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)”, Batider, C.19, S.3, 1998, s.137-150, s. 138. *Compromissum*'larda uyuşmazlığın hakem tarafından çözüleceği kararlaştırılmış ve hakemin vereceği karara uyulacağı taahhüt edilmiştir, bu taahhüde uyulmaması da cezai şarta bağlanmıştır (Roebuck/Fumichon, s.19; Söğüt, s.6-7; Küçükgüngör, s. 138 vd.). Roma'da tahkimin tercih edilmesinde tahkimin esneklik sunması ve mevcut yargı sisteminin tam anlamıyla gelişmemesi rol oynamıştır.

⁴¹⁵ ZIMMERMANN Reinhard, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press,1996, s.526; Söğüt, s.111,165; Küçükgüngör, s. 147; ÖZBAY İbrahim, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin, Ankara, 2004, s.77. (Corpus Iuris Civilis'in Iustinianus Institutiones bölümünde), Cilt 2, Başlık 55, par.1 (C.2.55.1) <https://www.uwyo.edu/lawlib/blume-justinian/files/docs/Book-2PDF/Book%202-55.pdf> (Erişim Tarihi: 10.09.2024). Hakem kararına karşı kanun yoluna başvuru imkânı olmadığı gibi hakem herhangi bir maddi hukuk kuralına bağlı olmaksızın dilediği gibi karar vermekte serbestti (Zimmermann, s.596). Prensip olarak hakem kararına karşı kanun yoluna başvurulmaması da tarafların hakem kararına karşı temyiz yoluna başvurulmasını kararlaştırmasının mümkün olduğu belirtilmektedir (Roebuck/Fumichon, s.186-187; Söğüt, s.166)

⁴¹⁶ Roebuck/Fumichon, s.185; Söğüt, s.165.

⁴¹⁷ Roebuck/Fumichon, s.185;

⁴¹⁸ (Corpus Iuris Civilis'in *Digesta* bölümünde) Kitap 4, Başlık 8, Kısım 27, par. 2 (D.4.8.27.2): (2) *The award of the arbiter which he makes with reference to the matter in dispute should be complied with, whether it is just or unjust; because the party who accepted the arbitration had only himself to blame, as was stated in a Rescript by the Divine Pius, as follows: "The party must submit to the award with equanimity, even though it may be by no means well founded."* https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D27_Scott.htm#VII Erişim Tarihi: 11.09.2024.

hakem veya taraflarca hile yapmış olması gibi sınırlı hallerde, aleyhine karar verilen tarafın itirazda (*exceptio doli*) bulunulabileceği kabul edilmiştir⁴¹⁹.

Antik Yunan’da olduğu gibi Roma hukukunda da *révision au fond* yasağının temellerinin bulunduğu söylenebilecektir. Zira her iki hukuk sisteminde de tahkimi tercih eden tarafların hakem kararlarına karşı devlet yargısına başvuramayacağı, hakem kararlarının bağlayıcı ve nihai olduğu anlayışı benimsenmiştir. İlk Çağ’da *révision au fond* yasağının kabul edilmesinin arka planında ise tarafların tahkimi kendi istekleriyle tercih etmesi ve bu yüzden sonuçların katlanması gerektiği anlayışı yatmaktadır. Bu anlayış bugün bile, tahkimi seçen tarafların hakemin esas bakımından hata yapması riskini kabul ettiği düşüncesiyle *révision au fond* yasağına gerekçe olarak gösterilmektedir⁴²⁰.

b) Orta Çağ Başlangıcından 1700’e Kadar Olan Dönem

İkinci olarak ele alınacak dönemin başlangıcı olan Orta Çağ’da bugünkü anlamda modern devletler yerine âdem-i merkeziyetçi idari yapılanmalar bulunduğundan sistematik yargı düzenleri mevcut değildi⁴²¹. Gelişmiş yargı sisteminin eksikliği, o dönemin güçlü aktörleri olan tacirlerin oluşturduğu ekonomik ve mesleki gruplar (loncalar) içerisinde giderilmeye çalışılmıştır. Bu gruplar içerisinde tacirler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde devletlerin koyduğu teknik ve katı kuralları aşmak için, ticari hayatın gereklilikleri gözetilerek kendi hukuk düzenleri oluşturulmuştur⁴²². Tacirler arasında çıkan ihtilaflar, grup içerisindeki ticari konularda deneyimli kimseler tarafından çözülmüş, bu şekilde ihtilafların çözümünde tahkim yaygın şekilde kullanılmıştır⁴²³.

⁴¹⁹ Roebuck/Fumichon, s.187; Küçükgüngör, s. 147-148; Özbay, **Temyiz**, s. 77. Bu itiraz kararın gözden geçirilmesine imkân verdiğinden temyiz yoluna benzetilmiştir.

⁴²⁰ Çalışmamız kapsamında bu teörinin *révision au fond* yasağı için bir dayanak teşkil edip etmediği ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Bkz. Birinci Bölüm.II.C.2.a.

⁴²¹ Yeşilova, **Nitelik**, s.87.

⁴²² Lew, **Dream**, s.459-460. *Lex mercatoria*, o döneme ait hukuk kurallarındandır.

⁴²³ Born, s.29-33; Lew, **Dream**, s.459-460; VON MEHREN Robert B., “From Vynior’s Case to Mitsubishi: The Future of Arbitration and Public Law”, Brooklyn Journal of International Law, C.12, 1986, s.583-584; WOLAVER EARL S., “The Historical Background of Commercial Arbitration”, 83 U. Pa. L. Rev. C.132,1934, s.133,134; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.14; Yeşilova, **Nitelik**, s.86-88. Hatta tahkim, Orta Çağ’da ticari uyuşmazlıkların çözümünde baskın olarak kullanılmıştır. Bu dönemde tahkimin yaygın şekilde kullanılmasının sebebi güçlü olmayan idari ve yargısal otoriteler ve kurallarına nazaran daha hızlı ve esnek hareket edilebilmesi, tahkimin ve uyuşmazlığı çözen hakemlerin taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliğine ve içeriğine daha yakın olması gösterilmektedir (Born, s.30, 33; Wolaver, s.136).

Devletler ve yargı sistemleri gelişmemiş olduğu gibi kanunlar ve benzeri düzenlemeler de bugünkü gibi gelişmiş değildi. Bu yüzden tahkimin yaygın olarak kullanıldığı yerlerde bile tahkime ilişkin ya hiç pozitif düzenleme yoktu ya da var olan düzenlemeler sistematik değildi⁴²⁴. Zaten o dönemin şartlarında tahkim belirli gruplar içerisinde yapıldığında, bugün devlet yargısına başvurma ihtiyacı duyulan hakem kararlarının icrası için gibi meseleler grup içerisinde baskı vb. unsurlar ile çözülmüyordu. Öte yandan devletlerin yargı sistemi güçlü olmadığından tahkimin denetlenmesi düşüncesi de güçlü değildi⁴²⁵.

İncelenen dönemde tahkime ilişkin genel durum bu şekilde olmakla birlikte Avrupa’da bazı ülkelerde mahkeme kararları ile tahkim anlaşmasının varlığı halinde bu uyuşmazlıklar bakımından devlet mahkemesine başvurulamayacağına ilişkin kararlar verilmiş, tahkim anlaşmalarına geçerlilik tanınmıştır⁴²⁶. Örneğin 1300’lü yıllarda verilen bir kararda, İngiliz Kraliyet Mahkemesi taraflar arasındaki tahkim anlaşması uyarınca daha önce hakeme müracaat edilen uyuşmazlık bakımından kendisinin yetkili olmadığına karar vermiştir⁴²⁷.

c) 1700 ilâ 1950 Arası Dönem

18. yy.’da modern devletlerin ortaya çıkışı hukuk sistemlerinin gelişimini hızlandırmış, bunun tahkim üzerinde de etkisi olmuştur. Devletler tahkim anlaşmalarına geçerlilik tanımış⁴²⁸, bununla birlikte pozitif düzenlemeler ve mahkeme kararları yoluyla tahkim üzerinde sıkı bir kontrol uygulamaya çalışmışlardır⁴²⁹. Devletlerin bu kontrolcü tutumunda, tahkime karşı duydukları şüphe ve kıskançlık etkili olmuştur⁴³⁰.

⁴²⁴ Lew, **Dream**, s.459.

⁴²⁵ Lew, **Dream**, s.459. Aslında tahkimin o dönemki amacı da devletlerin yargı sisteminden bir nevi kaçıştı (Lew, **Dream**, s.459).

⁴²⁶ Born, s.31-32, Lew, **Dream**, s.459.

⁴²⁷ Brode v. de Ripple, Y. B. 49 Ed. Ill, 8 and 9 (1375) (COHEN Julies Henry, Commercial arbitration and the law, D.Appleton, 1918, s.110-112’den *naklen*).

⁴²⁸ 1698 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu, 1806 tarihli Fransız Usul Kanunu ve 1879 tarihli Alman Usul Kanunu o dönem tahkime imkân veren ve regüle eden pozitif düzenlemelere örnek olarak verilebilir.

⁴²⁹ Lew, **Dream**, s.460; Yeşilova, **Nitelik**, s.88.

⁴³⁰ Born, s.33.

Devletlerin tahkime şüphe ve kıskançlık duymasında çeşitli faktörler rol oynamıştır⁴³¹. Bu dönemde, hakemlerin ve verecekleri kararların devlet yargıçıları ile mahkeme kararlarına göre yetersiz kalacağı düşünülmüştür. Tahkimin belirli gruplar içerisinde kullanılması, bu grupların önceki dönemlere edindikleri siyasi, ekonomik ve yargısal imtiyaz olarak değerlendirilerek sonlandırılmak istenmiştir⁴³². Öte yandan devletler egemenlikleri kapsamında münhasıran kendisine ait olduğunu düşündüğü yargılama yetkisini tahkim ile paylaşma noktasında kıskanç bir tutum sergilemiştir⁴³³.

Tahkime yönelik olumsuz tutumun sonucunda devletler tahkimi yalnızca kendilerinin belirledikleri koşullar altında hareket edebilecek, istisnai bir kurum olarak kabul etmiştir⁴³⁴. Bu kapsamda tahkime elverişli konular dar şekilde tanımlanmış, tahkimin kapsamı sınırlandırılmıştır⁴³⁵. Zaten sınırlı olan bu uyuşmazlık konularında verilecek hakem kararlarına yönelik esastan denetim yetkisi dahil olmak üzere katı düzenlemeler getirilmiştir⁴³⁶. Devletlerin tahkime yönelik tutumları ve bu kapsamda hakem kararlarının denetlenmesinde benimsenen ilkeler, aşağıda çeşitli ülke hukukları üzerinden incelenecektir.

Orta Çağ'da İngiltere'de tahkim, diğer bazı Avrupa devletlerinde olduğu gibi özellikle loncalar içerisinde kullanılmıştır. Daha sonraki dönemde 17. yüzyıla gelindiğinde İngiliz mahkemeleri tahkime yönelik olumsuz tutum sergilemeye başlamıştır⁴³⁷. 1609 yılında verilen *Vynior v. Wilde* kararında tahkim anlaşması ile hakeme verilen yetkinin daha sonra taraflarca geri alınabileceğine karar verilmiştir⁴³⁸. İngiliz mahkemelerinin tahkime yönelik olumsuz tutumunu değiştirmek ve tahkimi teşvik etmek amacıyla 1698 yılında Tahkim Kanunu (*1698 English Arbitration Act*) kabul edilmiştir⁴³⁹. Ancak İngiliz mahkemelerinin olumsuz tutumu 18. yy.da devam

⁴³¹ Lew, **Dream**, s.461.

⁴³² Yeşilova, **Nitelik**, s.88.

⁴³³ Lew, **Dream**, s.460- 461; Born, s.33; Yeşilova, **Nitelik**, s.85, 88.

⁴³⁴ Lew, **Dream**, s.461.

⁴³⁵ Lew, **Dream**, s.461; Chantebout, s.34-35.Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.229.

⁴³⁶ Lew, **Dream**, s.460- 461; Yeşilova, **Nitelik**, s.88-89. Konumuzla yakından ilgili olan esastan denetime imkân veren bu düzenlemelerin arkasında yukarıda anlatıldığı üzere devletlerin tahkime duyduğu güvensizlik ve kıskançlık, devletin egemenlik sahasında olan her faaliyeti denetleme hakkı ve devlet yargısına alternatif bir yolun devlet yargısına olan güveni zedelemesi ihtimalidir (Lew, **Dream**, s.460-461).

⁴³⁷ Born, s.34.

⁴³⁸ *Vynior v. Wilde* [1609] 77 ER 597.

⁴³⁹ Born, s.35. Her ne kadar kanunla tahkimin teşviki amacı güdülmüşse de zaman içerisinde bu kanuna dayalı olarak hakem kararlarının maddi hukuka aykırılık bakımından denetlendiği görülmüştür (ARTIK

etmiştir. Öyle ki İngiltere’de 1747 yılında verilen *Kill v. Hollister* kararında tahkim anlaşması ile mahkemelerin yetkisinin kaldırılamayacağı tahkim anlaşmasına geçerlilik tanınmamıştır⁴⁴⁰. İngiliz mahkemelerinin tahkime yönelik olumsuz kararların arkasında mahkemelerin kendini koruma niyeti, yargısal kıskançlık ve kamu düzeni gerekçesiyle uyuşmazlıkların mahkemeler tarafından çözülmesi gerektiği inancı yatmaktadır⁴⁴¹.

19. yüzyıla geldiğinde 1833 tarihli İngiliz Usul Kanunu (*English Civil Procedure Act*) ile tahkime yönelik olumlu düzenlemeler yapılmıştır⁴⁴². İngiliz mahkemeleri de bu olumlu tutuma eşlik etmiştir. 1747 yılında verilen ve tahkim anlaşmasına geçerlilik tanınmayan *Kill v. Hollister* kararının aksine 1856 yılında verilen *Scott v. Avery* kararında tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmedilmiştir⁴⁴³. Kararda Yargıç *Lord Campbell*; tahkim anlaşmasının kamu düzenine aykırı olmadığı gibi olumlu yönlerinin bulunduğunu, tahkim anlaşmasının geçersiz kabul edilmesinin yargı yetkisine ilişkin eski bir “çekişmeden” kaynaklandığını, bu yüzden tahkim anlaşmasının geçerli olması gerektiğini savunmuştur⁴⁴⁴. Yargıca göre İngiltere’de yargıçların tahkime yönelik “düşmanlık” ve “kıskançlığın” asıl sebebi, hakemlerin kendileri gibi sabit maaş almak yerine baktıkları davalara göre ücret almasıdır⁴⁴⁵.

19. yüzyılda tahkime ilişkin düzenlemelerin yer aldığı bir diğer kanun olan 1854 tarihli Usul Kanununda tahkim anlaşması ile hakeme verilen yetkinin tek taraflı geri alınamayacağı yönünde düzenleme yapılmıştır⁴⁴⁶. Bununla birlikte aynı kanunda tahkimde ortaya çıkan hukuki meselelerin devlet mahkemesi tarafından çözülmesine, yani hakem kararının mahkemelerce esastan denetlenmesine imkân veren “*special*

Sezin Aktepe, *Medeni Usul Hukukunda Hakem Kararlarının İptali Sebepleri* (HMK m.439), On İki Levha, 2023, s.66).

⁴⁴⁰ *Kill v. Hollister* [1746] 95 ER 532, 532; Benzer yönde bir karar için bkz. 8 T.R. 139, 140 (1799) [Cohen, s.166’dan naklen].

⁴⁴¹ Von Mehren, *Future*, s.586.

⁴⁴² Detaylı bilgi için bkz. Born, s.36, dn.246.

⁴⁴³ *Scott v. Avery* [1856] 5 HL Cas (House of Lords). Kararla birlikte tahkim anlaşması geçerli sayılmış olsa da devlet yargısının tahkim üzerindeki denetimine vurgu yapılmaya devam edilmiştir (*Scott v. Avery*, [1856] 5 HLC 849,850).

⁴⁴⁴ *Scott v. Avery* [1856] 5 HL Cas 811, 853 (House of Lords).

⁴⁴⁵ Born, s.36,37; ROEBUCK Derek, “The Myth of Judicial Jealousy”, *Arbitration International*, C. 10, S. 4, 1994, s.395-406, s.404-405.

⁴⁴⁶ Common Law Procedure Act 1854, m. 17.

case” prosedürü kabul edilmiştir⁴⁴⁷. Tahkime ilişkin daha sonraki pozitif düzenlemeler olan 1889 tarihli Tahkim Kanunu⁴⁴⁸ ile 1950 tarihli Tahkim Kanununda⁴⁴⁹ hakem kararının esastan denetlenmesine imkân veren benzer usuller yer almaya devam etmiştir.

İngiliz hukukunda hakem kararlarının esastan denetlemesinin birden fazla sebebi bulunmaktadır⁴⁵⁰. Esastan denetim yapılmasının en önemli sebebi, İngiliz hukukunun mahkeme ve hakem tarafından aynı şekilde uygulanmasını sağlamak ve İngiliz hukukunun bütünlüğünü korumak olmuştur⁴⁵¹. Benzer şekilde hukuk eğitimi olmamış kimselerin de hakemlik yapabilecek olması nedeniyle hakemlerin İngiliz hukukunun doğru uygulayamayacağı düşünülmüştür⁴⁵². Hiç kimsenin veya hiçbir kurumun hukukun üstünde olmadığına ilişkin “hukukun üstünlüğü” prensibi uyarınca özel bir kişinin yargı denetimine tabi olmaksızın, uyuşmazlıkları bağlayıcı şekilde çözemeyeceği düşüncesi de esastan denetimin kabul edilmesinde etkili olmuştur⁴⁵³.

ABD hukukunda ise 18. yüzyılda tahkim sağladığı esneklik, pratiklik ve hız gibi avantajları nedeniyle uyuşmazlıkların çözümünde yaygın olarak kullanılmıştır⁴⁵⁴. Ancak 19. yüzyıla gelindiğinde yargı ve yasama organları nezdinde tahkime karşı bir “düşmanlık” gelişmiş, tahkim anlaşmalarına geçerlilik tanınmaması yönünde bir tutum benimsenmiştir⁴⁵⁵. Örneğin bir ABD mahkemesi kararında “*hakemlerin karmaşık davaları etkili bir şekilde yürütmek için hukuk kuralları konusunda yeterli bilgiye sahip olmadığı*” gerekçesiyle tahkim anlaşması ile mahkemelerin yetkisinin kaldırılmayacağına karar verilmiştir⁴⁵⁶. Bir başka kararda, henüz doğmamış

⁴⁴⁷ Common Law Procedure Act 1854, m. 4.

⁴⁴⁸ Arbitration Act 1889, m. 19.

⁴⁴⁹ Arbitration Act of 1950, m. 21(2).

⁴⁵⁰ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.14-15.

⁴⁵¹ İngiltere Temyiz Mahkemesi, 04.03.1953, David Taylor and Son Ltd v. Barnett Trading Co (1953) W.L.R.; [1953] EWCA Civ 304-1; Lord Justice Denning. İngiliz hukukunun doğru bir şekilde uygulanmasına ilişkin güvencelerden feragat etmesine izin vermenin kamu düzenine aykırı olacağı değerlendirilmesi yapılmıştır.

⁴⁵² İngiltere Temyiz Mahkemesi, 1922, Czarnikow & Co. v. Roth, Smith and Co., [1912] 1 KB 290 (Scrutton LJ), s. 488-489 (*Lord Justice Scrutton*). (<https://www.uniset.ca/other/cs3/1922KB478.html>) (Erişim Tarihi: 10.10.2024)).

⁴⁵³ Craig, s.185.

⁴⁵⁴ Born, s.40-42.

⁴⁵⁵ Born, s.40-46.

⁴⁵⁶ Massachusetts Bölge Mahkemesi, 1845, Tobey v. County of Bristol et al., 23 F. Cas. 83 (1st Cir. Ct. Mass. May Term 1845).

uyuşmazlıklara ilişkin yapılan tahkim anlaşmalarının kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle geçersiz olduğuna karar verilmiştir⁴⁵⁷.

19. yüzyılda Amerikan mahkemelerinin tahkime yönelik genel tutumu olumsuz olmakla birlikte tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna ve hakem kararlarının sınırlı denetime tabi tutulmasına yönelik kararlar da verilmiştir⁴⁵⁸. 20. yüzyıla gelindiğinde tahkimi destekleyici tutumun bir sonucu olarak tahkim anlaşmalarının geçerliliğini güvence altına alan 1925 tarihli *Federal Arbitration Act* kabul edilmiştir⁴⁵⁹. İngiliz hukukunun aksine ABD’deki pozitif düzenlemelerde hakem kararlarının esastan denetlenmesine ilişkin bir yöntem kabul edilmemiştir⁴⁶⁰.

Fransa’da 15 ilâ 19. yüzyıl arasında tahkim yaygın şekilde kullanılmıştır⁴⁶¹. 1789 Fransız Devrimi’nden sonra devlet yargısı “eski rejimle” ilişkilendirilmiş, tahkime karşı hoşgörülü bir tutum ile yaklaşmıştır⁴⁶². Bu nedenle 1790 yılında yapılan düzenlemeyle aksi kararlaştırılmadıkça hakem kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Bunu takiben 1791 Anayasası ile tarafların tahkim anlaşması yapması anayasal güvence altına alınmıştır⁴⁶³. Ancak Fransız Devrimi’nin tahkime yönelik olumlu tavrı pek uzun sürmemiştir. Tahkimin devrimci devlet otoritesine karşı “tehdit” olarak görülmeye başlanması⁴⁶⁴ sonucunda hakem kararlarına karşı kanun yoluna müracaat imkânı getirilmiştir⁴⁶⁵.

Fransız Devrimi’nin sonraki döneminde başlayan tahkime yönelik “düşmanca” tutum 1806 tarihli Usul Kanunu’nda (*Napoleonic Code of Civil Procedure*)⁴⁶⁶ da

⁴⁵⁷ Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1874, *Home Insurance Company v. Morse*, 87 U.S. ABD mahkemelerinin tahkime yönelik olumsuz tutumunun arkasında, tahkime karşı duyulan “kıskançlık” ve hakemlerden bazılarının hukuki konularda eğitim ve tecrübesinin bulunmaması gösterilebilir (Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, 1923, *W. H. Blodgett Co. v. Bebe Co.*, 190 Cal. 665, sf. 667 (Cal. 1923) (<https://casetext.com/case/blodgett-co-v-bebe-co> Erişim Tarihi: 10.10. 2024)).

⁴⁵⁸ Örneğin bkz. Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1854, *Burchell v. Marsh*, 58 U.S. 344, 351-52 (U.S. 1854). Bu kararda tahkimin devlet yargısı tarafından teşvik edilmesi için ve hakem kararının *dürüst* bir kararı yansıttığı gerekçesiyle hakem kararlarının vakıalar veya maddi hukuk açısından incelenmeyeceğine karar vermiştir. (*Burchell v. Marsh*, 58 U.S. (17 How.) 344, 350 (1854)).

⁴⁵⁹ Born, s.48.

⁴⁶⁰ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.15.

⁴⁶¹ Born, s.38.

⁴⁶² Von Mehren, *Future*, s.594; Born, s.38-39; Chantebout, s.10.

⁴⁶³ Born, s.38-39; BALCI Muharrem, *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim*, Danışman Yayınları, 1999, s.48.

⁴⁶⁴ Born, s.39.

⁴⁶⁵ Chantebout, s.10-11; YEĞENGİL Rasih, *Tahkim, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1974, s. 51; Balcı, s.48.*

⁴⁶⁶ https://fr.m.wikisource.org/wiki/Code_de_proc%C3%A9dure_civile_1806/Partie_II,_Livre_III,_Titre_I (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

devam etmiştir⁴⁶⁷. Bu kanun ile henüz mevcut olmayan uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşması yapılması yasaklanmış⁴⁶⁸, hakem kararlarına karşı kapsamlı denetim mekanizmaları getirilmiştir⁴⁶⁹. 19. yüzyılda pozitif düzenlemelerin yanında Fransız mahkemeleri de tahkime karşı olumsuz tavır sergilemiştir. 1843 yılında verilen ve Fransız hukukunda önemli bir karar olarak gösterilen *Prunier*⁴⁷⁰ kararı ile tahkime konu edilecek ihtilafların spesifik olarak belirtilmediği tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğuna karar verilmiştir⁴⁷¹. Fransız hukukunun tahkime karşı olumsuz tutumu 19. yüzyıl boyunca devam etmiş⁴⁷², bu olumsuz tutum ancak 20. yüzyıl başında tersine dönmeye başlamıştır. Örneğin 1925 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nda ticari ihtilaflar bakımından, mevcut olmayan ihtilaflar için de tahkim anlaşması yapılabileceği kabul edilmiştir⁴⁷³.

Avrupa devletlerini incelediğimiz dönemde, Osmanlı İmparatorluğu'nda ilk kez 19. yüzyılda tahkime ilişkin pozitif düzenlemeler yapılmıştır. 1869-1877 yılları arasında yürürlüğe giren Mecelle'nin 1841 ilâ 1851'inci maddelerinde tahkim hükümlerine yer verilmiştir⁴⁷⁴. Tahkimin pozitif düzenlemelere konu edilmesi liberal bir tutum olmakla birlikte tahkime yönelik yaklaşım, o dönem karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere benzer şekilde bugünkü kadar olumlu değildir⁴⁷⁵.

Mecelle m. 1848/2'de usûle uygun olarak verilen hakem kararlarının taraflar için bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir. Öte yandan Mecelle m. 1849 uyarınca hakem kararlarının tasdiki için kapsamlı bir denetime tabi tutulması öngörülmüştür, buna göre *“Hakem kararı, yönetim tarafından atanan hâkime sunulduğunda, usulüne uygun ise kabul ve tasdik edilir, değilse bozulur”*. Hükümün lafzında yalnızca “yargılama

⁴⁶⁷ Born, s.39; Chantebout, s.11.

⁴⁶⁸ 1806 tarihli Usul Kanunu m.1006.

⁴⁶⁹ 1806 tarihli Usul Kanunu m.1028.

⁴⁷⁰ Fransız Temyiz Mahkemesi, HD., 10.06.1843, Cie l'Alliance v. Prunier, 1843 Dalloz 561, Revue de l'Arbitrage/ Comité Français de l'Arbitrage, 1992, S.2, s.399-404.

⁴⁷¹ Karar, adaletin ancak devlet yargısı tarafından tesis edilebileceği ve tarafların buna ilişkin haklarından önceden feragat edemeyeceği gerekçesine dayandırılmıştır. Ayrıca, hakemin, hâkimin sahip olduğu dürüstlük, tarafsızlık, beceriklilik gibi meziyetlere sahip olmadığı vurgulanmıştır.

⁴⁷² Born, s.40.

⁴⁷³ 1925 tarihli Fransız Ticaret Kanunu m.631.

⁴⁷⁴ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.15-16; Özbay, **Temyiz**, s.78. Mecellenin tahkime yönelik maddelerinin günümüz Türkçesine çevrilmiş hali için bkz. SANCAK Yusuf / KIYAK , “Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbü'l Kazâ (Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S.2, 2014, s.45-105.

⁴⁷⁵ Özbay, **Temyiz**, s.77-78. Örneğin hakem atamasının devlet yargısı tarafından onaylanmadığı sürece hakemin taraflardan biri tarafından görevden alınması mümkündür (Mecelle m.1847).

usulüne” riayet edilmesi gerektiğinden bahsedilmişse de hakem kararları, ispat edilen delillere ve maddi hukuka (şer’i ahkama) uygunluk bakımından da denetlenmiştir⁴⁷⁶. O dönemki anlayışa göre taraflar tahkimi seçerken devlet yargısına alternatif bir adalet methodu aramamakta, yalnızca uyuşmazlığın mahkemeler yerine hakem tarafından çözülmesini tercih etmektedir. Bu nedenle hakem kararının tıpkı mahkeme kararları gibi usule ve kanun uygun olması gerekmektedir⁴⁷⁷.

Türkiye Cumhuriyeti döneminde ise 1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda tahkim ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. HUMK m.533’te hakem kararlarına karşı maddede sayılan gerekçelerle temyiz yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Maddede yer alan temyiz sebepleri Yargıtay içtihatlarında tahdidi olarak değerlendirilmiş, bu sebepler arasında kararı kanuna ve usule uygunluk bakımından denetlenmesine imkân veren bir sebep bulunmadığı gerekçesiyle dar ve sınırlı bir denetim yapılmıştır⁴⁷⁸. Ancak Yargıtay daha sonra içtihat değiştirmiş ve aynı temyiz sebepleri bu sefer hakem kararlarının esastan denetlenmesine imkân verecek şekilde yorumlamaya başlamıştır. Son olarak, 1994 yılında verilen İçtihadı Birleştirme Kararı ile hakem kararlarının maddi hukuka uygunluk bakımından denetlenmesine imkân tanınmıştır⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Özbay, **Temyiz**, s.77-78; Balcı, s.80, Yeğengil, s.71-72, KORAL Rabi, Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.1, 1947, s.193-218, s. 204,205,214; “*Bu usulüne muvafık olmamak ise vâki olan hükmün hiçbir müctehidin mezhebine uygun olmaması veya kendisine müracaat edilen hâkimin taklid ettiği müctehidin mezhebine tevafuk etmemesi suretiyle olur*”. (BİLMEN Ömer Nasuhi, Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, Enes Sarmaşık Yayınları, C. 8, İstanbul, 2010, s.251)

⁴⁷⁷ Koral, **Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim**, s. 204. Mecelle’den sonra 1879 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Muvakkat Kanununda Mecelle’ye benzer düzenlemeler getirilmiş, hakem kararlarına karşı mahkeme kararları gibi kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir (Muharrem Balcı, s.95).

⁴⁷⁸ Yargıtay’ın bu uygulaması hakkında bkz. Koral, **Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim**, s. 216-217. Yargıtay Ticaret Dairesinin 10/2/1945, 352/3174 sayılı kararında devlet yargısının hakem kararını usule ve kanuna uygunluk bakımından denetleyemeyeceği şu şekilde vurgulanmıştır: *kanun hükümlerine aykırı bir sonuca varıp kanunlarımızın hazır halinde bunu kabule imkân bulunmamasına göre yukarıda zikri geçen maddenin (533 m.) dört sebepten hiç birisine uymayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun kararın onanmasına oybirliğiyle karar verildi.*” (Koral, **Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim**, s. 216, dn.54a/54b’den naklen).

⁴⁷⁹ Bu konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.II.C. Yargıtay’ın 28.01.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ve bu karara giden süreçte Yargıtay uygulaması için bkz. Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.138-139. Aslında Yargıtay’ın hakem kararının esasına ilişkin denetim yapması, 1950’den sonraki döneme tekabül etse yılından sonraki dönem içerisinde kalsa da tahkime yönelik olumsuz bir tutumu yansıttığından bu bölümde de ele alınmıştır.

d) 1950'den Günümüze Kadar Olan Dönem

18. yüzyılın başından itibaren pek çok devlet nezdinde tahkime karşı duyulan güvensizlik, 20. yüzyılın başında azalmaya başlamış ve 1950'lere gelindiğinde tahkime yönelik kıskançlık ve düşmanlık, yerini hoşgörülü bir tutuma bırakmıştır. II. Dünya Savaşı, Amerika Birleşik Devletleri'nin küresel bir güç olarak yükselişi, Soğuk Savaş'ın başlaması, dekolonizasyon nedeniyle yeni egemen devletlerin ortaya çıkması, Sovyetler Birliği'nin dağılması ve hızlı teknolojik ilerlemeler tahkime yönelik tutum değişikliğini etkileyen olaylar olmuştur⁴⁸⁰. Bu önemli küresel olayların da etkisiyle uluslararası ticaret ve yatırımlar artmış, bunun sonucunda ortaya çıkan milletlerarası uyuşmazlıkların çözümü için tarafsız, etkin ve evrensel olarak kabul gören mekanizmalara ihtiyaç duyulmuştur. Tahkim bu ihtiyacı karşılamış ve milletlerarası ticaretin aktörleri arasında tercih edilen bir yöntem haline gelmiştir⁴⁸¹.

Tahkimin yaygın bir şekilde kullanılması nedeniyle devletler, milletlerarası ticari aktörlerin beklentilerini karşılamak, milletlerarası ticareti ve yatırımı teşvik etmek ve büyüyen tahkim ekonomisinde yer almak için tahkime yönelik destekleyici bir tutum benimsemiştir⁴⁸². Devletler tahkimin önünü açarak tahkime ve hakem kararlarına yönelik denetimin kapsamını hafifletmiş bununla birlikte adaleti sağlamak için hakem kararlarının kontrol etmekten tamamıyla vazgeçmemiştir. Ancak bu denetim ve kontrol isteği 1950'den önceki dönemin aksine tahkim ile devlet arasında bir çatışmadan ziyade iş birliği içerisinde gerçekleşmiştir⁴⁸³.

1950'den günümüze kadar olan son dönemde tahkim hukukunda pek çok önemli gelişme ve ilerlemeler olmuştur. Tahkim anlaşmasının geçerliliği bazı istisnalar dışında kabul edilmiş, hakem kararları ve tahkim üzerindeki yargısal denetim hafifletilmiş, devlet yargısının tahkime destek olmasına yönelik bir anlayış benimsenmiştir⁴⁸⁴. Tahkime yönelik destekleyici tutum uluslararası düzenlemelere,

⁴⁸⁰ Lew, **Dream**, s.462-463.

⁴⁸¹ Born, s.61.

⁴⁸² Born, s.61, 136. Ayrıca hakemlerin ve verdikleri kararların kalitesine güvenilmeye başlanmıştır (Chantebout, s.40).

⁴⁸³ Lew, **Dream**, s.461-462. Çalışmamız kapsamında bu dönemde hakem kararlarının esastan denetlenmemesine gerekçe gösterilebilecek hakem kararlarının niteliğine güven duyulmaya başlanması ve devletlerin liberal politikalarının *révision au fond* yasağına bir dayanak teşkil etmeyeceği detaylı olarak incelenmektedir. bkz. Birinci Bölüm.II.C.

⁴⁸⁴ Born, s.61.

ulusal tahkim kanunlarına ve içtihatlarla yansımıştır⁴⁸⁵. Bu dönemde yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi kabul edilmiş, 1985 yılında Milletlerarası Ticari Tahkime ilişkin UNCITRAL Model Kanunu yayınlanmıştır. Milletlerarası düzenlemelerdeki tahkime ilişkin olumlu tutum devletler tarafından da benimsenmiş, milli tahkim kanunlarında milletlerarası düzenlemelerle uyumlu düzenlemeler yapılmış, kanunlar ve yargı organları tahkim için *sürekli* denetleyici bir mekanizma olmaktan ziyade gerektiğinde tahkimi kolaylaştırıcı bir mekanizma haline getirilmiştir⁴⁸⁶. Ayrıca, bu dönemde yeni tahkim kurumları kurulmuş, mevcut kurumlar tüzüklerini modern anlayışlara göre değiştirmiştir⁴⁸⁷. Aşağıda çeşitli devlet hukukları üzerinden 1950’den sonraki dönemde tahkime yönelik gelişmeler ve bunların hakem kararlarının denetimi üzerindeki sonuçları kısaca incelenecektir.

İngiliz hukukunda 1950 yılından sonraki dönemde tahkime yönelik liberal bir tutum hâkim olmuş, ancak hakem kararlarının esastan denetlenmesine ilişkin *special case* mekanizması 1975 ve 1979 tarihli Tahkim Kanunlarında muhafaza edilmeye devam edilmiştir⁴⁸⁸. Model Kanunu doğrudan olmasa da temel ilkeleriyle esas alan⁴⁸⁹ 1996 tarihli Tahkim Kanunu’nda “*special case*” usulü kaldırılmıştır. Bununla birlikte hakem kararının esasına ilişkin hukuki meseleler bakımından temyize başvurulmasına ilişkin bir usûl benimsenmiştir⁴⁹⁰.

ABD hukukunda 1925 yılında kabul edilen ve İngiliz hukukunun aksine hakem kararının esastan denetlenmesine imkan vermeyen FAA’de, 1950 ve sonrası dönemde

⁴⁸⁵ Born, s.61.

⁴⁸⁶ Lew, **Dream**, s.463. Milli tahkim kanunlarının amacı da tahkimi kolaylaştırmak ve taraflarca kararlaştırılmayan birtakım detaylara ilişkin kurallar getirmektir (Lew, **Applicable Law**, s.56; Klein, s.182).

⁴⁸⁷ Lew, **Dream**, s.463.

⁴⁸⁸ 1979 tarihli Tahkim Kanunda bu mekanizmadan milletlerarası tahkimde tahkim yargılaması başlamadan önce iç tahkimde ise tahkim başladıktan sonra feragat edilmesi imkânı getirilmiştir (English Arbitration Act, 1979, m. 3-4), bu değişikliğin *ideali* yansıtmaya da önemli bir adım olduğu ifade edilmiştir (Born, s.153).

⁴⁸⁹ Born, s.154.

⁴⁹⁰ English Arbitration Act, 1996, m.69. Temyiz başvurusu için önce mahkemeye izin başvurusu yapılması gibi belirli kriterlere bağlanmış ve bu başvuru yolundan tarafların feragat etmesine yönelik imkânlar da getirilmiştir. Bu denetim bakımından detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.III.A.1.Esastan denetimin kaldırılmasına ilişkin güncel tartışmalar da mevcuttur (KANTOR Elizabeth, “Law Commission Review of the Arbitration Act: Substantive Changes to Appeals and Challenges?”, Kluwer Arb. Blog, 15.03.2022, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/03/15/law-commission-review-of-the-arbitration-act-substantive-changes-to-appeals-and-challenges/> (Erişim Tarihi:09.09.2024)).

önemli bir değişiklik yapılmamıştır. Mahkeme içtihatlarında ise önceki dönemlerde görülen tahkime karşı güvensizlik azaltılmıştır. Nitekim bu dönemde verilen kararlarda hakemlerin yeterliliğine ilişkin şüphelerin aşıldığına⁴⁹¹, devlet yargısının hakem kararının inceleme yetkisi olmadığına⁴⁹², milletlerarası ticarete uyuşmazlıkların öngörülebilirliğini sağlama ihtiyacının tahkim anlaşmasına geçerlilik sağlanmasını gerektirdiğine⁴⁹³ yönelik kararlar verilmiştir. Öte yandan pozitif düzenlemelerde yer almamakla birlikte bazı mahkeme içtihatlarında hakem kararının esastan denetlenmesine imkân sağlayacak şekilde hukukun açıkça göz ardı edilmesi doktrini “*manifest disregard of the law*” kabul edilmiştir, ancak bugün bu doktrinin uygulanmasına yönelik içtihat birliği yoktur⁴⁹⁴.

Fransız hukukunda 1950’den sonraki dönemde, 1980-1981 yıllarında yapılan “tahkim reformu” ile Fransız Usul Kanunu’nda milletlerarası ve iç tahkime ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Daha sonra, 2011 yılında yapılan değişikliklerle Fransız Usul Kanunu’ndaki tahkime ilişkin düzenlemeler bugünkü halini almıştır. Bugün Fransız hukukunda iç hakem kararlarına kararlara karşı istinaf yoluna gidilmesi veya iptal davasına başvurulması mümkünken⁴⁹⁵ milletlerarası hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilir⁴⁹⁶.

Türk hukukunda tahkim bakımından uzun süre 1927 tarihli HUMK’da yer alan hükümler geçerli olmuştur. Bu dönemde Yargıtay uygulaması neticesinde hakem kararının esas bakımından denetlenmesi anlayışı kabul edilmiştir. Diğer ülke hukuklarında 1950’den sonra görülen olumlu gelişmeler, Türk hukukunda daha geç

⁴⁹¹ 473 U.S. 614, 105 S. Ct. 3346, 87 l.Ed. 2d 444, 455 (1985): Hakemlerin uyuşmazlığın çözümü için ehil olduğu kabul edilmeye başlanmıştır: “Uluslararası hakemlerin iş dünyasından olduğu kadar sıklıkla hukuk camiasından da seçildiği; uyuşmazlığın önemli bir hukuki karakteri olduğu durumlarda, tarafların ve uyuşmazlıklarını çözmek için yardımını kabul ettikleri tahkim kurumunun hakemleri buna göre seçmesi beklenebileceği. Bir yargılamayı yürüten tarafların ve hakemlik kurumunun yetkin, vicdanlı ve tarafsız hakemler tutamayacağı veya tutmak istemeyeceği varsayımına müsamaha göstermenin kabul edilemeyeceğine” karar verilmiştir.

⁴⁹² Amerikan Temyiz Mahkemesi, 23.12.1974, Parsons and Whittmore v. Societe Generate l’Industrie du Papier (RAKTA) 508 F. 2d 969 (2d. Cir. 1974).

⁴⁹³ Amerikan Yüksek Mahkemesi, 17.06.1974, Sherk v. Alberto Culver, 417, US 506 (1974).

⁴⁹⁴ Çalışmamız kapsamında ABD hukukunda hukukun açıkça göz ardı edilmesi doktrini (*manifest disregard of the law*) detaylı olarak incelenmektedir. bkz. İkinci Bölüm.III.A.2.

⁴⁹⁵ Fransız Medeni Usul Kanunu m.1489-1498. İç tahkimde kabul edilen istinaf yoluna başvuru için bunun taraflarca açıkça kararlaştırılması gerekmektedir (Fransız Medeni Usul Kanunu m.1489). Çalışmamız kapsamında Fransız hukukunda iç tahkimde kanun yoluna ilişkin düzenlemeler detaylı olarak ele alınmaktadır. bkz. İkinci Bölüm.III.A.3.

⁴⁹⁶ Fransız Medeni Usul Kanunu m.1518, 1520. İptal sebepleri Model Kanun anlayışına uygun olarak esastan denetimi içermemektedir.

bir dönemde gerçekleşmiştir. Örneğin milletlerarası tahkimle sınırlı olmakla birlikte Model Kanun'u esas alan MTK 2001 yılında kabul edilmiş, iç tahkime ilişkin düzenlemeler ise ancak 2011 yılında yürürlüğe giren HMK ile modern hale getirilmiştir. Bugün Türk hukukunda hem milletlerarası hem de iç hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilmektedir ve esastan denetim yasaktır.

Sonuç olarak 1950'den başlayarak günümüze kadar uzanan dönemde devletlerin tahkime yönelik hasmane tutumundan, tahkimin gelişimini arzulayan liberal bir tutuma geçiş yapılmıştır. Tahkimin milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde baskın yöntem haline geldiği ve milli hukukların tahkime önemli ölçüde esneklik tanındığı göz önünde bulundurulduğunda tahkimin devlet yargısı ile girdiği mücadeleden galip çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır⁴⁹⁷.

Liberalleşen tahkim uygulamasında bugün tartışılan bir konu ise oldukça şaşırtıcıdır. Milletlerarası tahkimde usûlî düzenlemelerin artması ve tahkim usûlünün daha karışık hale gelmesiyle tahkim devlet yargısına nazaran sahip olduğu ve tahkimin tercih edilmesine sebep olan avantajlardan uzaklaştığına ve devlet yargısına benzediğine⁴⁹⁸, kısacası "tahkimin Yargısallaşmaya"⁴⁹⁹ başladığına ilişkin bir görüş ortaya atılmıştır.

Yargısallaşmanın tahkimin cazibesini yitirmesine ve daha az tercih edilmesine sebep olacağı yönünde endişeler dile getirilmiş⁵⁰⁰, çözüm olarak tahkimin eski sadeliğine dönmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁰¹. Ancak kanaatimizce tahkim için endişe edecek bir durum söz konusu değildir⁵⁰². Zira yargısallaşma ile tahkimde

⁴⁹⁷ Bu yönde bkz. Yeşilova, **Yardım ve Denetim**, s.16.

⁴⁹⁸ GERBAY R., "Is the End Nigh Again? An Empirical Assessment of the "Judicialization" of International Arbitration", American Journal of International Arbitration, C. 25, S. 2, 2014, s. 223-247, s.223, dn.2, s.227, 230; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.40; • BALKAR BOZKURT Süheyla, "Milletlerarası Tahkime Konu Uyuşmazlıklarda Hakemlerin Geçici Koruma Tedbirlerine Hükmedebilme Yetkisi ve Imperium Kavramı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2017, s.272, dn.48; Balkar, **Hak Arama**, s.136, dn.37. Detaylı bilgi için bkz. Blackaby/Partasides/Redfern, para.1.139 vd. Oppetit, **Justice étatique**, s. 415-425; OPPETIT Bruno, *Théorie de l'arbitrage*, Presses Universitaires de France-PUF, 1998, s.27 vd.

⁴⁹⁹ Bu kavram yerine Türkçe olarak tahkimin mahkemeleştirilmesi, devletleşmesi, kamusallaşması; İngilizce olarak *judicialization* kavramları kullanılabilir.

⁵⁰⁰ Gerbay, s.223, 229. Yargısallaşmanın bir sebebi veya sonucu olarak tahkimde maliyetlerin ve sürelerin arttığı da gösterilmektedir (Gerbay, s.223,224)

⁵⁰¹ Gerbay, s.239, dn.79.

⁵⁰² Gerbay, s. 244-245. Nitekim yargısallaşma tahkim üzerinde bir olumsuzluk yaratmamıştır (Gerbay, s. 244-245).

harcanan zaman ve masrafın artmasının nedeni, milletlerarası tahkime konu edilen uyuşmazlıkların giderek daha karmaşık konularda olması ve dava değerlerinin artmasıdır⁵⁰³. İnşaat ve enerji gibi büyük ve karmaşık uyuşmazlık konuları için yapılan yargılamada detaylı usullere ihtiyaç duyulması normaldir, zira bu gibi davalarda adalete ulaşmak için detaylı inceleme yapılması ve bu detaylı inceleme için daha fazla vakit ve masraf harcanması normal karşılanmalıdır. Bu yüzden yargılamayı kısaltmaya çalışmanın veya usulünü değiştirmenin bir anlamı yoktur⁵⁰⁴.

Yargısallaşmanın sorun olarak görülebileceği durumlar ancak dava konusu ve değeri itibarıyla detaylı bir usul gerektirmeyen ihtilafların, karmaşık davalarla aynı usule tabi tutulması olacaktır. Bunun çözümü de dava konusuna göre tahkim usulünün değiştirilmesine imkân vererek esneklik sağlamaktır⁵⁰⁵. Tahkimin yargısallaşmasına ilişkin daha fazla açıklama yapılması mümkündür, ancak konumuzun hakem kararlarının denetimine ilişkin olması ve yargısallaşmanın daha çok hakem kararı verilmesinden önceki süreçle ilgili olması nedeniyle bu kadar bilgi verilmekle yetinilecektir.

2. Devletin Tahkime Yönelik Tutumunun Değişmesine Yol Açan Sebepler Açısından *Révision Au Fond* Yasağının Dayanağı

Devletlerin tahkime yönelik tutumu, hakem kararlarının yargısal denetiminin nasıl yapılacağı üzerinde doğrudan etkili olmuştur. Devletlerin tahkime yönelik sert tutumu hakem kararlarının sıkı bir denetime tabi tutulması, hoşgörülü tutumu ise hakem kararlarına yönelik esnek bir denetim yapılması ile sonuçlanmıştır. Tahkimin tarihsel gelişiminin incelendiği bir önceki başlıkta, devletlerin tahkime yönelik tutumunun değişmesinde ve hakem kararlarının denetiminin kapsamının

⁵⁰³ Gerbay, s.227. Yargısallaşmaya gerekçe olarak tahkimde tarafların ve hakemlerin aşına oldukları tahkim dışı uygulamalara devam etmeleri, tahkim kurumu tüzüklerindeki usûli düzenlemelerin artması ve karmaşıklaşması ve tarafların tartışmayı esasa ilişkin noktada usûli konulara çekmeye çalışması da gösterilmiştir (Bu görüşler hakkında bkz. Gerbay, s.228)

⁵⁰⁴ Gerbay 239-241, 246. Söz gelimi yıllar süren bir inşaat projesinde birbirinden farklı hukuki mahiyette olan ve teknik olarak ispatlanması gereken talepler hakkında karar verilebilmesi için detaylı belge ibrazı sürecinin yapılması, uzman veya bilirkişilerin dinlenmesi, birden fazla duruşma yapılması normaldir.

⁵⁰⁵ Gerbay 247. Çoğu tahkim kurumu kurallarında yer alan seri tahkim kuralları bu ihtiyaca cevap verebilir (Seri tahkim kuralları hakkında detaylı bilgi için bkz. AYDOĞMUŞ Ayşe Yasemin, Seri Tahkim Yargılaması ve Güncel Uygulamaları, Public and Private International Law Bulletin, C.41, S.1, s.287-327.

belirlenmesinde etkili olan, birden fazla sebep olduğu görülmektedir. Bu bölümde bu sebepler üzerinden *révision au fond* yasağının dayanağı aranacaktır.

**a) Tarafların Tahkimin Risklerini Kabul Ettiği Görüşü
Açısından *Révision au Fond* Yasağı**

Hakem kararlarının esastan denetime tabi olmadığı hukuk sistemlerinde bu anlayışa gerekçe olarak tarafların tahkim yolunu seçmeleri gösterilmiştir. Örneğin İlk Çağ'da Antik Yunan ve Roma hukukunda tarafların tahkim yolunu tercih etmesi nedeniyle verilen kararların bağlayıcı olduğu, tarafların hakem kararının sonuçlarından kaçamayacağı ve hakemin verdiği karara karşı devlet yargısına başvurulamayacağı kabul edilmiştir. *Révision au fond* yasağının kökenlerinin bulunduğu bu hukuk sistemlerinde, hakem kararlarına karşı devlet yargısına müracaat edilememesinin temel sebebi tarafların kendi istekleriyle tahkimi seçerek, hakemin hatalı karar verme riskini kabul etmesidir⁵⁰⁶. Bu düşünce, bugün bile modern doktrinde ve içtihatlarda esastan denetim yapılmamasına gösterilen gerekçelerden birisidir. Bu kapsamda, tarafların tahkimdeki riskleri kabul ettiği yönündeki görüşün, *révision au fond* yasağının bir dayanağı olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Tarafların tahkime ilişkin riskleri kabul ettiği düşüncesine göre taraflar zorunda olmamalarına rağmen, devlet yargısı yerine özel bir yargılama sistemi olan tahkimi seçmiştir. Devlet yargısına göre taşıdığı avantajlar⁵⁰⁷ için tahkimi seçen taraflar, bu avantajlar yanında tahkimin risklerini (*arbitration risk, risque arbitral*) de bilinçli olarak üstlenmiştir. Bu bağlamda hakemin maddi hukuk kurallarını uygulamaması veya vakıaların tespitinde hata yaparak uyuşmazlığın esasına ilişkin hatalı karar vermesi, taraflarca üstlenilen tahkim riski kapsamındadır⁵⁰⁸. Bu risklerin üstlenilmesi

⁵⁰⁶ bkz. Birinci Bölüm.II.C.2.

⁵⁰⁷ Tahkimin devlet yargısına göre kimi avantajları için bkz. Birinci Bölüm.II.C.2

⁵⁰⁸ “Judicial Review of Arbitration Awards on the Merits”, Harvard Law Review, C.63, S.4, 1950, s.681-690, s.682; Lew, **Dream**, s.481; PARK W.W, “Amending the Federal Arbitration Act”, The American Review of International Arbitration., C.13, S.1-4, 2002, s.75 vd., s.109; LALIVE Pierre, “Sur L’irresponsabilité Arbitrale”, Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret, 1999, s.419-435, s.431; Chantebout, s.47. Bu teori Fransız doktrininde Orta Çağ’da da benimsenmiştir (Buna ilişkin bkz. Chantebout, s.47, dn.229-231).New York Yüksek Mahkemesi, Temyiz Dairesi, 1933, Matter of Pine St. Realty Co., Inc., v. Coutroulos, 233 App. Div. 404, 407; İngiltere Yüksek Mahkemesi, 1958, Heaven and Kesterton Ltd v Sven Widaeus A/B, W.L.R. 248; İngiltere Lordlar Kamarası, 16 07. 1981, Pioneer Shipping Ltd v BTP Tioxide Ltd (The Nema) [1982] AC 724. Bu risk aynı zamanda tahkim şartının bir gereği ve sınırır (İngiltere Temyiz Mahkemesi, 1994, Coppee-Lavalin v. Ken-Ren

nedeniyle hakem tarafından uyuşmazlığın esasına ilişkin verilen kararın denetlenmesi için devlet mahkemesine müracaat edilemeyecektir⁵⁰⁹. Hakem esasa ilişkin hatalı bir karar vermiş olsa bile tahkimi seçen taraf bunların sonucuna katlanmak ve hakem kararına uymak zorundadır.

Bu teori uyarınca tarafların hakemin yapacağı tüm hatalara yönelik riskleri üstlenmesi ve hakem kararlarının hiçbir şekilde denetlenmemesi ise söz konusu değildir. Örneğin tahkim yargılamasının usule uygunluğuna (adil yargılanma, usul kurallarına riayet etme vb.) ve hakemin yetkisine ilişkin sebepler bakımından taraflar herhangi bir hata riskini üstlenmeyecektir⁵¹⁰. Nitekim bugün hakem kararlarının denetimi esasa yönelik sebepler yerine usule ve hakemin yetkisine ilişkin sebepler çerçevesinde yapılmaktadır⁵¹¹.

Türk hukukunda hakem kararlarının esastan denetlenmesinde tarafların tahkime ilişkin riskleri kabul ettiğine yönelik görüşe dayanıldığını söylemek yanlış olmayacaktır⁵¹². Zira iç tahkimde hakem kararının iptalini düzenleyen HMK m.439'un madde gerekçesinde iptal sebepleri arasında hakemin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesinin yer almamasına gerekçe olarak, böyle bir risk olduğunun düşünülen tarafların tahkimi seçmek zorunda olmaması gösterilmiştir⁵¹³. Gerekçede yer

Chemicals and Fertilizers Ltd. [1994] 2 All ER 449). Hakem kararının esasının incelenmesi tarafların hakem kararlarına karşı başvuru yollarını özellikle iptal davasını bir kanun yolu incelemesine çevirmesine yol açacağından buna izin verilmemesi gerekir (Lalive, s.431). Tarafların atadıkları veya atanacak hakemlere güvenmeleri de esastan denetim yapılmamasını haklı çıkarmaktadır (İsviçre Federal Mahkemesi, 1981, JdT III, s. 66, 120, Poudret Jean-François/Reymond Claude/Wurzbürger Alain, L'application du Concordat intercantonal sur l'arbitrage par le Tribunal cantonal vaudois).

⁵⁰⁹ İsviçre Federal Mahkemesi, 1981, JdT III, s. 66, 120, Poudret Jean-François/Reymond Claude/Wurzbürger Alain, L'application du Concordat intercantonal sur l'arbitrage par le Tribunal cantonal vaudois.

⁵¹⁰ Park, FAA, s.109; Chantebout, s.48. Mevcut iptal sebepleri ile karar etkileyen bir hile, yolsuzluk gibi durumlarda hakem kararı yargı denetimi dışında bırakılmaz (New York Yüksek Mahkemesi, Temyiz Dairesi, 1933, Matter of Pine St. Realty Co., Inc., v. Coutroulos, 233 App. Div. 404, 407).

⁵¹¹ Park, FAA, s.109. Hakem kararlarının hiçbir denetime tabi tutulmadığı yöntemleri ticari aktörler de seçmeyecektir (Park, FAA, s.109). Bunun somut bir örneği Belçika hukukunda kısa bir süre belirli tahkim davaları bakımından iptal davasının bütünüyle kaldırılmasıyla ortaya çıkmış, Belçika'nın tahkim yeri olarak daha az tercih edilmesi üzerine Belçika iptal davasını geri getirmek zorunda kalmıştır.

⁵¹² Bu açıklamalar HMK'daki bir hüküm gerekçesine ilişkin olsa da Türk hukukunda milletlerarası tahkime ve iç tahkime ilişkin iptal sebepleri ve iptal davası neredeyse aynı şekilde düzenlendiğinden bu yorum, milletlerarası hakem kararlarının iptali davası bakımından da geçerli olacaktır.

⁵¹³ "İkinci fıkırdaki tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. Şu husus ifade edilmelidir ki, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir. Tahkim, sözleşmesel bir kurumdur. Yukarıda belirtilen riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez. Ayrıca, tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usulü, taraf serbestisine bırakılmıştır. Uyuşmazlık konusunda, uzman kişilerin hakem seçilmesi suretiyle var olduğu düşünülen

alan bu ifadenin mefhumu muhalifinden tahkimi seçen tarafların hakemin hukuku doğru uygulamama riskini üstlendiği, bu nedenle iptal davasında hakem kararının esastan denetlenmemesinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Kökenleri İlk Çağ'daki tahkim uygulamasına uzanan ve modern tahkim hukukunda da kabul gören bu görüş, kanaatimizce çeşitli açılardan *révision au fond* yasağını haklı çıkaran bir dayanak olarak gösterilemeyecektir. İlk olarak *révision au fond* yasağı, milletlerarası tahkimin işlevselliğini destekleyici bir prensip olarak bugün pek çok ülkenin hukuk düzeninde kabul edilmektedir⁵¹⁴. Buna rağmen *révision au fond* yasağının, tahkimin riskleri olduğu kabulüne dayanan ve tahkime yönelik olumlu olmayan bir bakış açısı içeren bu görüş ile açıklanması çelişkili olacaktır. Gerçekten de risk “zarara uğrama tehlikesi” anlamına gelmektedir⁵¹⁵. Tahkim riskinden bahsedilmesi aslında bir hak arama yolu olan tahkimi, tarafların zarara uğrama tehlikesinin bulunduğu bir yöntem haline getirecektir. Bu ise tahkimin adaletin tesisi için başvurulmuş bir yöntem olduğunu kabul etmeyi güçleştirecektir.

Öte yandan bu görüşün tahkime karşı düşmanca bir bakışı içeren, “arkaik” bir yanı da bulunmaktadır⁵¹⁶. Zira bu görüşün ortaya atıldığı ilk dönemlerde hakem kararlarının esastan denetlenmemesinin asıl sebebi, tarafların tahkimi seçmesini teşvik etmek değildir. Bunun aksine asıl amaç, tahkim anlaşması ile devlet yargısından vazgeçen tarafların uyuşmazlığın esası ile ilgili tekrar mahkeme önüne gelmesini engellemek ve bu şekilde bu tarafların “cezalandırılmasını” sağlamaktır⁵¹⁷. Bugün modern tahkim hukukunda tahkimin yaygınlaşması ve etkin olması için tercih edilen hoşgörülü bir tutum gösteren devletlerin hakem kararlarının esastan denetlenmemesi prensibini bu şekilde açıklamak kanaatimizce doğru olmayacaktır.

İkinci olarak tahkimin bazı riskler taşıdığı ve bunlardan birinin hakemin uyuşmazlığın çözümünde hata yapması olduğu kabul edilse bile, bu riskin sonuçlarının sırf tahkimi seçtikleri için tarafların üzerinde bırakılması doğru olmayacaktır. Zira

riskin de ortadan kaldırılması imkânı taraflara tanınmıştır.” (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, Yasama Yılı 3, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf> (Erişim Tarihi: 10.08.2024))

⁵¹⁴ Buna ilişkin açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm.I.A.2.

⁵¹⁵ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.08.2024).

⁵¹⁶ Chantebout, s.50.

⁵¹⁷ Antik Yunan ve Roma hukukundaki durum için bkz. Birinci Bölüm.II.C.1.

hakem kararının hatalı olması taraflardan değil, hakemlerden kaynaklanacaktır. Tarafların üçüncü kişi konumundaki hakemin eyleminin sonuçlarını, üstelik bundan dolayı meydana gelecek zararlar kendileri üzerinde sonuç doğuracakken üstlenmesi doğru değildir. Üstelik hakem her zaman taraflarca seçilmez. Bazı durumlarda hakem tahkim kurumu, mahkeme veya başka bir kurum tarafından seçilebilmektedir. Böyle bir durumda tarafların kendisinin seçmediği hakemin hatasını üstlenmesi de incelenen görüşün *révision au fond* yasağını açıklamakta yetersiz kaldığını göstermektedir⁵¹⁸.

Son olarak tahkimde hakemlerin hata yapması ihtimali taraflarca kabul edilmiş olsa bile, bu tek başına devletin tarafların bu seçimine sonuç bağlaması ve hakemlerin hataların incelenmemesi anlamına gelmeyecektir. Zira tahkim bir hak arama yolu ve adalete erişim aracı olduğu gibi bu kararlara karşı yapılan başvurular da benzer şekilde birer hak arama yoludur. Bu nedenle kanaatimizce tarafların tercihi nedeniyle esastan denetimden vazgeçildiğini söylemek mümkün değildir. Sonuç olarak tüm bu açıklamalar ilk bakışta *révision au fond* yasağının dayanağı olarak değerlendirilebilecek bu teorinin *révision au fond* yasağına yönelik yeterli olmayan bir gerekçe olduğunu göstermektedir.

b) Tahkimin Niteliğine Duyulan Güven Açısından *Révision au Fond* Yasağı

Tahkimin tarihsel gelişiminde devletlerin tahkime yönelik tutumunda hakem ve hakem kararları ile genel olarak tahkime duyulan güven etkili olmuştur. Tahkime güven duyulmadığı dönemde devletler tahkim anlaşmalarına geçerlilik tanırken isteksiz davranmış, hakem kararları mahkemelerce sıkı denetime tabi tutulmuştur. Zaman içerisinde hakemlerin hukuki bilgi ve tecrübesine, tahkimin kalitesine güven duyulması neticesinde devletlerin tahkime yönelik olumlu bir tutum alması, hakem kararlarının denetim kapsamının sınırlandırılmasında etkili olmuştur⁵¹⁹. Bu anlamda tahkimin niteliğine güven duyulmasının, *révision au fond* yasağına haklı bir gerekçe oluşturup oluşturmadığının incelenmesi gerekmektedir.

⁵¹⁸ Chantebout, s.50.

⁵¹⁹ Bkz. Birinci Bölüm.II.C.

Tahkimin niteliğine güvenin duyulmasında hakemlerin nitelikli olduğunun kabul edilmesi önemli rol oynamıştır. Bu anlamda hakemlerin nitelikli kabul edilmesinin birkaç nedeni vardır. İlk olarak milletlerarası tahkimde hakemler hakimlerden farklı olarak, genellikle belirli hukuki ve teknik konularda kapsamlı bilgi birikimine, uzmanlığa ve tecrübeye sahiptir⁵²⁰. Ayrıca tahkimde taraflar uyuşmazlık konusunu oluşturan hukuki ve teknik meselelerde uzman ve tecrübeli kimseleri hakem atama imkanına sahiptir, buna karşılık devlet yargısında benzer bir imkân yoktur⁵²¹. Yine milletlerarası ticaret açısından hakemler devlet mahkemesine nazaran vakıaları daha iyi saptayabilir, farklı ülkelerden gelen taraflarla daha iyi iletişim kurabilir, yabancı dildeki belgeleri daha kolay inceleyebilir ve yabancı hukuku daha kolay anlayabilir⁵²². Öte yandan hakemler, sayı olarak hâkimler kadar dava dosyası ile ilgilenmediklerinden bir dava üzerine daha fazla zaman ayırma ve yoğunlaşma imkanına sahiptir⁵²³.

Tahkimin nitelikli kabul edilmesini sağlayan diğer sebepler ise tahkim usûlüne ilişkindir. Tahkim usûlüne ilişkin en önemli esneklik ve avantaj, tarafların usule uygulanacak kuralları belirleyebilmesi⁵²⁴, tarafların seçim yapmadığı durumda tahkimde usule uygulanacak kuralların hakemlerce tayin edilebilmesidir⁵²⁵. Öte yandan genellikle tahkim pratiğinde, hakemin uyuşmazlığa daha hâkim olmasına imkân verecek bir tahkim usulü takip edilmektedir. Örneğin tahkimde taraflar kapsamlı dilekçeler ve detaylı deliller sunma imkanına sahiptir, duruşmalar ise gerektiğinde haftalarca sürecektir. Örneğin tahkimde taraflar kapsamlı dilekçeler ve detaylı deliller sunma imkanına sahiptir, duruşmalar ise gerektiğinde haftalarca sürecektir. Örneğin tahkimde taraflar kapsamlı dilekçeler ve detaylı deliller sunma imkanına sahiptir, duruşmalar ise gerektiğinde haftalarca sürecektir. Örneğin tahkimde taraflar kapsamlı dilekçeler ve detaylı deliller sunma imkanına sahiptir, duruşmalar ise gerektiğinde haftalarca sürecektir.

⁵²⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s.8; Born, s.77-80; Şanlı, **Akit**, s.291; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.24, 66; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.10-11; Akıncı, **Tenfiz**, s.44-45.; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Pekcanitez Usul**, s.2602-2603. Hakimlerin “genel” konularda uzmanlıkları bulunmaktadır. Örneğin Türk adli yargı sisteminde iş davaları ve ticari davalar farklı mahkemelerde görülür. Ancak bazı istisnalar dışında tüm ticari uyuşmazlıklar ticaret mahkemelerinde görüleceğinden uyuşmazlığın konusunun inşaat sözleşmesi veya bayilik sözleşmesi olmasının bir önemi olmaksızın her ikisi de ticaret mahkemesinde görülecektir.

⁵²¹ MTK m.7 ve HMK m.416 uyarınca taraflar hakemleri bizzat seçebilecekleri gibi hakem atama usulünü de belirleyebilirler.

⁵²² Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.64,65.

⁵²³ Lew/Mistelis/Kröll, s.8; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.26. Ayrıca devlet mahkemeleri milletlerarası nitelikteki sözleşmelere ve uyuşmazlıklara yabancısıdır, mahkemelerin ülke hukuklarına olan bağlılığı da milletlerarası meselelerin çözümünü zorlaştırabilir (Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.64-65).

⁵²⁴ MTK m.8 ve HMK m.424 uyarınca tarafların yargılama usulünü belirlemesi mümkündür.

⁵²⁵ Lew/Mistelis/Kröll, s.5-6; Born, s.81-83; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Pekcanitez Usul**, s.2603; Şanlı, **Akit**, s.291-292.

sayede tahkimde taraflar beyanlarını sunmak için daha fazla imkâna, hakemler ise karar vermek için detaylı inceleme yapma imkânına sahip olmaktadır.

Milletlerarası tahkimde hakemlerin nitelikleri ve izlenen esnek ve kapsamlı yargılama prosedürü vb. sebeplerle tahkimin mahkemelere nazaran daha nitelikli bir yol olduğu görülmektedir. Bu nedenle tahkimde verilen hakem kararlarının, hakemlere göre daha az “nitelikli” olduğu düşünülen hakimler tarafından esas denetlenmesi mantıklı olmayacaktır. Bu açıdan tahkimin niteliğine duyulan güvenin, hakem kararının esastan denetlenmesine ilk bakışta bir açıklama getirdiği görülmektedir. Ancak kanaatimizde birkaç açıdan tahkimin niteliğine duyulan güven *révision au fond* yasağının temelini açıklamada yetersiz kalmaktadır.

İlk olarak devletlerin hakem kararlarının esastan denetime tabi tutulmamasının sebebinin hakemlerin ve tahkim usulünün nitelikli olmasını kabul etmesi olduğu değerlendirilirse, devletin kendi hâkimlerine ve yargı sistemine güven duymadığı düşünülebilecektir. Ancak bu, yargılama faaliyeti bakımından kendisini egemen güç olarak kabul eden devlet için çelişkili bir yaklaşım olacaktır.

İkinci olarak hâkimlerin hakemlere göre daha niteliksiz olduğunun varsayılması doğru değildir. Zira hâkim olabilmek için belirli sınav ve eğitimlerden geçilmesi gerektiği gibi hakimler hakemlere kıyasla baktıkları yüzlerce uyuşmazlık sonrasında önemli tecrübe kazanmaktadır⁵²⁶. Diğer yandan hakemlerin her zaman, ele aldıkları uyuşmazlık bakımından uzman ve tecrübeli olduğu söylenemeyecektir. Zira hakemlik yapmak için gerekli kriterler arasında uyuşmazlık konusu hakkında uzmanlık veya tecrübe sahibi olunması gibi şartlar genellikle bulunmamaktadır. Türk hukukunda hakemlik yapmak için katı şartlar aranmamıştır. Örneğin MTK m. 7/B/1 uyarınca milletlerarası tahkimde hakemlik yapabilmek için hakemin gerçek kişi olması dışında sahip olması gereken herhangi bir nitelik yoktur. Bu tahkimlerde hakemlerin tamamının hukukçu olması da mümkündür. HMK m. 416 uyarınca iç tahkimde hakemlik yapabilmek için MTK’da aranan “gerçek kişi” olma şartı yanında “hakemin birden fazla kişiden oluşması hâlinde en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla

⁵²⁶ Born, s.78.

kıdeme sahip bir hukukçu olması” şartı yer almaktadır⁵²⁷. Bu hüküm uyarınca iç tahkimde tek hakem söz konusu ise bu kişi kişinin hukukçu olmasına gerek olmayacaktır. Birden fazla hakem varsa bunlardan birisinin belirli kıdeme sahip hukukçu olması yeterli olacaktır.

c) Devletlerin Liberal Politikaları Açısından *Révision au Fond* Yasağı

Tahkimde yakın dönemde devletlerin liberal tutumu neticesinde tahkime elverişli konuların kapsamı genişletilmiş, hakem kararları üzerinde mahkemelerin kontrolü hafifletilmiştir⁵²⁸. Bunun arka planında devletlerin ülkelerine yatırım çekme ve tahkim yargılamaları için cazibe merkezi olma yönündeki politik ve ekonomik tutumları bulunmaktadır. İşte devletlerin bu liberal politikalarının *révision au fond* yasağının bir dayanağı teşkil edip etmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

1950 sonrası dönemde, devletler toplumunun refahını artırmak için ekonomik büyüme ve yabancı yatırımların artırılmasını hedeflemiştir. Tahkim ise uyuşmazlıkların çözümünde hızlı, tarafsız ve adil bir yöntem sunması nedeniyle bu ekonomik hedeflerin gerçekleştirilmesi için bir araç olarak görülmüştür⁵²⁹. Bu nedenle devletler milletlerarası ticareti geliştirmek için tahkimi kolaylaştırıcı ve destekleyici liberal bir mevzuat benimsemiştir⁵³⁰.

Devletlerin tahkime yönelik liberal tutumunun bir diğer sebebi tahkim ekonomisinden pay almak istemeleri olmuştur⁵³¹. Gerçekten de hakemler, avukatlar, tahkim kurumları ve uzmanlar için ödenen ücretler ile duruşmalar için tarafların yapacakları seyahat ve konaklama masrafları gibi hususlar düşünüldüğünde tahkimin kendine özgü bir ekonomisi bulunmaktadır⁵³². Bu ekonomiden yararlanmak,

⁵²⁷ Akıncı'ya göre tarafların bunu bildiği halde hakem önünde bir itirazda bulunmaması daha sonra kararının geçerliliğini etkilemez (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.48).

⁵²⁸ bkz. Birinci Bölüm.II.C.1.

⁵²⁹ Born, s.61. Gerçekten de tahkim yatırımcılar yatırım yapacakları ülkelerde risklerini azaltan özelliklere sahiptir. Tahkim devlet mahkemelerine göre prensip olarak herhangi bir kamu gücünün etkisi altında olmadan, tarafsız bir yargılama imkanı sağlamaktadır.,

⁵³⁰ Born, s.74. Bu dönemde hakem kararlarının tenfizine ilişkin Model Kanun çerçevesinde milli kanunlarda tahkime ilişkin düzenlemeler daha modern hale getirilmiş, devletlerin ve yargı sistemlerinin tahkime yönelik bakışı tamamen değişmiştir.

⁵³¹ Born, s.136-137.

⁵³² OPPETIT Bruno, *Théorie de l'arbitrage*, Presses Universitaires de France-PUF, 1998, s.10.

lkelerinin tahkim yeri olarak tercih edilmesini ve benzer şekilde ülkelerindeki tahkim kurumlarına müracaat edilmesini sağlamak isteyen devletler, tahkimde emredici düzenlemeleri azaltarak taraf iradesine daha fazla alan tanımış ve hakem kararı üzerindeki denetimi azaltmıřtır⁵³³. Devletlerin tahkime karşı hasmane tutumu yerini tahkime desteğe bırakmış, bununla birlikte tahkime destek vermek devletler arası bir rekabet konusu haline gelmiřtir⁵³⁴.

Devletlerin ekonomik gerekçelerle tahkime karşı sergiledikleri liberal tutumun hakem kararlarının denetim kapsamının sınırlandırılmasında etkili olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte kanaatimizce devletlerin liberal tutumu, tek başına *rvision au fond* yasağına bir dayanak oluşturacak nitelikte değildir. Zira hakem kararlarının denetlenmesi hak arama özgürlüğü kapsamında kalan bir meseledir. Buradaki denetimin kapsamının salt ekonomik gerekçelere bağlanması yeterli bir açıklama olmayacaktır. Gerçekten de böyle bir açıklama tarafların adalete erişiminin, ihtilaflarının maddi gerçeğe ve hukuka uygun şekilde çözülmesinin ekonomik gerekçelerle “feda edildiği” düşüncesinin oluşmasına neden olacaktır, ancak bu durum adaletin tesisini hedefleyen tahkimin amacıyla baędařmayacaktır⁵³⁵. Öte yandan yatırımları ve tahkimi çekmek için *rvision au fond* yasağının kabul edilmesi, hakem kararındaki hataların artarak tahkimin taraflar nezdinde “adaletsiz” bir mekanizma olarak görülmeye başlamasına ve liberal düzenlemelerden beklenen olumlu etkinin aksine tahkimin itibarının sarsılmasına sebep olacaktır. Son olarak yatırımcıların tamamının beklentisinin hakem kararlarının denetiminin kapsamının daraltılması olduğunu söylemek de doğru olmayacaktır⁵³⁶. Üstelik bugün hakem kararlarının esastan denetlenmesine yönelik bir beklentinin de mevcut olduğu ifade edilmektedir⁵³⁷.

⁵³³ Milli tahkim mevzuatları bakımından Fransa’da 1980, İsviçre’de 1987, İngiltere’de 1996, Türkiye’de 2001 yılında önemli değişiklikler yapılmıştır. Model Kanun bu değişim ve gelişimi önemli ölçüde etkilemiştir (Yeşilova, **Yardıma ve Denetim**, s.46-47).

⁵³⁴ Yeşilova, **Yardıma ve Denetim**, s. 16, 46-67. Bu rekabet yeni tahkim kurumlarının açılması ve mevcut tahkim kurumlarının tüzüklerinin değişmesine de sebep olmuştur

⁵³⁵ Chantebout, s.63.

⁵³⁶ Tahkime yönelik liberal tutumun tam olarak amacına ulaştığı söylenemeyecektir (Born, s.136). Örneğin Belçika tahkim için bir cazibe merkezi olma niyetiyle iptal davasını tamamen kaldıracak şekilde düzenlemeler getirmiştir. Ancak bu değişikliğin beklenin aksine olumsuz bir etkisi olmuş, iptal davası tekrar ihdas edilmek zorunda kalınmıştır.

⁵³⁷ Türk hukukunda i tahkimde böyle bir beklenti olduğu hakkında bkz. YEşİLIRMAK Ali, “Tahkimde İçerik Denetimi”, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık zm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara, 2023, ss.145-155, 151.

Tüm bu sebepler “yatırım çekme ve tahkim için cazibe merkezi” olmaya yönelik devletlerin ekonomik isteklerinin *révision au fond* yasağını açıklamada yeterli bir dayanak olmadığını göstermektedir. Tahkimin tarihsel gelişimi içerisinde *révision au fond* yasağını açıklayacak bir dayanak bulunamadığından devlet yargısının hakem kararlarını denetlediği mekanizmaların özellikleri üzerinden bir inceleme yapılacaktır.

D. Hakem Kararlarının Denetim Mekanizmaları Açısından *Révision au Fond* Yasağının Dayanağı

Bu bölümde *révision au fond* yasağının temeli, yasağın benimsendiği ve hakem kararlarının yargısal denetime tabi tutulduğu mekanizmalarının amaç ve kapsamı bakımından incelenecektir. Bunun için öncelikle devletlerin milli hukuklarının hakem tarafından doğru uygulanmasında egemenliklerinden kaynaklı menfaatlerinin bulunup bulunmadığı meselesi ele alınacaktır.

1. Devletlerin Tahkimde Milli Hukuklarının Doğru Uygulanmasında Özel Bir Menfaatinin Bulunmaması

Devletler kamu gücünün (egemenliğin) bir sonucu olarak ülkesinde geçerli olan hukuk kurallarını yani milli hukuku düzenleme ve bu kuralların nasıl uygulanacağını belirleme⁵³⁸, bunun yanında yargılama yapma hak ve sorumluluğuna sahiptir⁵³⁹. İptal ve tenfiz davasında hakem kararının devlet mahkemeleri tarafından denetlenmesi de devletin kamu gücünden kaynaklanmaktadır. Öte yandan devletlerin, kendi topraklarında milli hukuklarının doğru uygulanması bakımından menfaatleri ve sorumlulukları bulunmakla birlikte özel hukuk ihtilaflarına ilişkin milletlerarası tahkimde milli hukuklarının doğru uygulanması bakımından özel bir menfaati bulunmadığı aşağıda gösterilecektir.

İlk olarak hakemler, yargılama yetkisini tahkim anlaşması uyarınca taraf iradesinden alan özel kişilerdir. Ayrıca hakemler, hakimler gibi devlet adına hareket etmemektedir ve kamusal güçleri bulunmamaktadır. Bu nedenle hakemlerin verdikleri

⁵³⁸ Milli hukukların doğru uygulanması devletlerin temel amacı olup aynı zamanda devletlerin politik ve kültürel etki araçlarıdır (Teziç, s.139-140).

⁵³⁹ TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, 20. Baskı, Beta, 2016, s.139-140; Nomer, **Davada Yabancı Kanun**, s.7, 8, 26; Can, **Yabancı Hukukun Uygulanması**, s.21. Yargılamanın adil yürütülmesinin devletin sorumluluğu kapsamında olduğu hakkında bkz. Balkar, **AİHM**, s.691.

kararda milli hukukun uygulanmasının doğruluğu bakımından devletlerin özel bir menfaati yoktur⁵⁴⁰.

Devletlerin milletlerarası tahkimde milli hukuklarının uygulanmasında menfaati olmadığını gösteren ikinci husus, uyuşmazlık konusunun genellikle özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerden doğmuş olmasıdır. Aslında objektif tahkime elverişlilik kuralları da bunun bir göstergesidir⁵⁴¹. Zira devletler tahkime elverişli konuları belirlerken, ülkenin kamusal menfaatleriyle yakından ilgili olan konularda, münhasıran devlet mahkemesi tarafından çözülmesi gerektiğini düşündüğü konularda⁵⁴² veya zayıf olduğu düşünülen grupların menfaatini korumak istediği konularda⁵⁴³ tahkim yoluyla çözülmesini engellemektedir⁵⁴⁴. Bu nedenle bir konunun tahkime elverişli olması prensip olarak o konuda varılacak çözümün bireylerin menfaatini ilgilendirdiğini, kamunun özel bir menfaati olmadığını göstermektedir⁵⁴⁵.

Üçüncü olarak milletlerarası tahkimde yabancılık unsuru bulunduğundan prensip olarak yabancı hukuk seçimi yapılması mümkündür, devletler kendi hukuklarının uygulanmasını dayatamayacaktır⁵⁴⁶. Zaten bu durum milletlerarası tahkime de has olmayıp devlet mahkemesi önündeki uyuşmazlıklarda da durum böyledir. Zira bugün milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca mahkeme önüne

⁵⁴⁰ Bu konuda tahkimin hukuki niteliğini sözleşmesel ve yargısal olarak tanımlayan görüşler çerçevesinde yapılan tartışma için bkz. Birinci Bölüm.II.A.

⁵⁴¹ Objektif tahkime elverişlilik hakkında bkz. Huysal, s.15 vd.

⁵⁴² Bunlara örnek olarak rekabet hukuku, fikri haklar, icra ve iflas uyuşmazlıkları, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar örnek verilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Huysal, s.249 vd.

⁵⁴³ Bunlara örnek olarak tüketici hukuku, iş hukuku, kira hukuku uyuşmazlıkları verilebilir. Zayıf tarafın korunmasına ilişkin konularda tahkime elverişlilik hakkında bkz. Huysal, s.128 vd.

⁵⁴⁴ Huysal, s.15. Türk hukukunda tahkime elverişli konular tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlardır. Bazı ülke hukuklarında tahkime elverişli konuların tespitinde İsviçre ve Alman hukuklarında “uyuşmazlığın malvarlığından kaynaklanması” veya Fransız hukukunda “kamu düzenini ilgilendirilmemesi” gibi kriterlerden yararlanılmıştır. (Huysal, s.29-30) Bu kriterler tahkime konu uyuşmazlığın prensip olarak şahısların menfaatine olup devletin özel bir menfaatinin bulunmadığını göstermektedir (Chantebout, s.66-67,70).

⁵⁴⁵ Aşağıda açıklanacağı üzere bir konu tahkime elverişli olsa bile burada devletin veya zayıf tarafından menfaatine ilişkin hususların korunması kamu düzeni mevcut denetim sebepleri üzerinden mümkün olacaktır. Dolayısıyla tahkime elverişli konularda prensip olarak hakem kararının mevcut sebepler dışında esastan denetlenmesine ihtiyaç yoktur. Ancak bugün iç tahkimde devletlerin münhasır yetkisinde olduğu kabul edilen veya zayıf tarafın korunmasına ilişkin meselelerde örneğin şirket içi uyuşmazlıkların ve kira hukuku uyuşmazlıklarının tahkimin elverişli kabul edilmesi durumunda bu konular özelinde esastan denetim yapılması gündeme gelebilir.

⁵⁴⁶ Devletlerin milletlerarası ticareti kendi milli hukuklarına tabi kılmak istemeleri egemenliğin aşılması veya suistimal anlamına gelir (Chantebout, s.70) Türk doktrininde *Sakmar*, Türk mahkemeleri tarafından Türk hukukunda farklı düzenlemeler içeren yabancı hukukların uygulanması mümkün iken Türk mahkeme kararlarından farklı yabancı ilamların Türkiye’de tenfiz edilebileceği bu yönden *r vision* denetimi yapılmaması yönünde görüş bildirmiştir (Sakmar, s.61)

gelen ve yabancılık unsuru içeren ihtilaflarda devletler doğrudan kendi milli hukuklarını uygulayamayacaktır. Mahkemeler varsa öncelikle tarafların hukuk seçimine göre hareket edecektir, tarafların yabancı hukuk seçimi yapması da mümkündür⁵⁴⁷. Taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı durumda mahkemeler, ihtilafa uygulanacak hukukun tespiti için kanunlar ihtilafı kurallarına müracaat edecektir⁵⁴⁸. Mahkemenin müracaat edeceği kanunlar ihtilafı kurallarının tespitinde dikkate alınan menfaatler arasında⁵⁴⁹ devlet (otorite) menfaatinin bir önceliği bulunmamaktadır, bu yüzden mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarını takip ederek yabancı bir hukuka ulaşması da mümkündür⁵⁵⁰.

Devletler kendi mahkemelerinde görülen ve yabancılık unsuru içeren ihtilaflarda bile, kendi hukukuna tamamen zıt kurallar içeren yabancı ülke hukukunu uygulamak durumunda kalabilmektedir. Mahkeme önündeki ihtilaflara benzer şekilde tahkimde yabancı hukuk seçimine izin verilebilmesi devletlerin tahkimde milli hukuklarının uygulanmasında özel bir menfaati bulunmadığını göstermektedir⁵⁵¹. Dolayısıyla tahkimde devletlerin milli hukuku uygulansa bile bu hukukunda doğru uygulanmasında devletin bir menfaati bulunmayacaktır⁵⁵², meğerki kamu düzeni veya doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir ihlal olsun⁵⁵³.

⁵⁴⁷ Kaldı ki doktrinde bir görüşe göre Türk vatandaşları arasında yabancılık unsuru içermeyen yani tamamıyla yerel karakterde bir ihtilaf bakımından bile taraflar yabancı hukuk seçimi yapabilir. Hatta doktrinde bir görüşe göre yabancı hukuk seçimi yapılması hukuki ilişkiye yabancılık unsuru kazandıracağından taraf iradesinden başka bir unsur aranmadan yabancılık unsuru olan diğer ilişkiler gibi sözleşme ilişkisine yabancı hukukun uygulanması kararlaştırılabilir. Nomer, **Devletler Hususi**, s.324; Çelikel/Erdem, s.369; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.335-338. Yargıtay kararlarında yabancılık unsuru bulunmayan ilişkiler bakımından da yabancı hukukun uygulanabileceğinin benimsendiği görülmektedir: “... Uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akid konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak, hukukun yabancı bir hukuk olması gibi, bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir...” Yargıtay HGK, E. 1998/12287, K. 1998/325, T. 6.5.1998; Aynı yönde bkz. Yargıtay, 11.HD, E.2006/8585, K.2006/12877, T.07.12.2006; Yargıtay 15.HD, E.2016/3365, K.2016/4525, T.03.11.2016.

⁵⁴⁸ YÖNEY Can, Yabancı Hukukun Uygulanması, On İki Levha, İstanbul, 2018, s.15. Nitekim aksi durum taraf beklentisi ve somut olayın niteliği gereği adil ve uygun olmayan sonuçlara da götürebilir. (NOMER Ergin, Davada Yabancı Kanun, Fakülteler Matbaası, 1972, s.30).

⁵⁴⁹ Detaylı bilgi için bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 14-18; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.29-32; Can, s.19-21.

⁵⁵⁰ Ancak istisnai olarak doğrudan uygulanan kurallarla ilgili bir konuda (Nomer, **Devletler Hususi**, s.20; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.32; Can, s.21; Çelikel/Erdem, s.37; MÖHUK m. 6 bu durumu açıkça düzenler) ve kamu düzeni kurallarına aykırılık durumunda (Nomer, **Devletler Hususi**, s.18-19; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.32. MÖHUK m.5, bu hususa ilişkin bir maddedir) tenfiz yeri ülkesinin hukukuna öncelik verilebilecektir.

⁵⁵¹ Chantebout, s.71.

⁵⁵² Chantebout, s.70.

⁵⁵³ Zaten bu gibi hallerin esastan denetim haklı çıkarılabileceği aşağıda anlatılacaktır.

Yukarıdaki açıklamalara göre devletin milli hukukunun doğru uygulanmasında özel bir menfaatinin var olduğu kabul edilebilecek sınırlı haller olduğu görülmektedir. Bunlar kamu düzenine, doğrudan uygulanan kurallara ve zayıf tarafın korunmasına ilişkin olabilmektedir. Kamu düzeni ihlali hem bir iptal sebebi hem de bir tenfiz engeli olarak tanımlanmış olduğundan *révision au fond* yasağının kapsamına girmeyecek ve inceleme konusu yapılabilecektir⁵⁵⁴. Doğrudan uygulanan kurallara aykırılık ise ayrı bir iptal sebebi veya tenfiz engeli olarak görülmemiştir, doğrudan uygulanan kuralın içerik olarak aynı zamanda bir kamu düzeni kuralı niteliğinde olması halinde bu durum, kamu düzenine aykırılık kapsamında⁵⁵⁵ ve *révision au fond* yasağına takılmadan incelenebilecektir⁵⁵⁶. Türk hukukunda zayıf tarafın korunmasını gerektiren konular ise genellikle tahkime elverişli kabul edilmemiştir⁵⁵⁷. Dolayısıyla zayıf tarafın korunması amacıyla tahkime elverişlilik bakımından bir denetim yapılabilecektir.

Sonuç olarak devletlerin bazı istisnalar haricinde milli hukuklarının özel bir hukuki ilişkiye ilişkin hakem kararında uygulanması bakımından özel bir menfaati yoktur. Devletin kendi milli hukuku bakımından böyle bir menfaati bulunmadığından başka ülkelerin milli hukuklarının doğru uygulanmasını denetleme açısından da menfaati olduğu söylenemeyecektir. Özetle devletlerin maddi hukukun uygulanmasında menfaatinin bulunmaması, *révision au fond* yasağını açıklayan bir dayanak olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Tenfiz Denetiminin Amacı Açısından *Révision Au Fond* Yasağının Dayanağı

Tenfiz davası, lehine hüküm kurulan tarafça hakem kararının icra edilmesini sağlamak için borçlunun malvarlığının bulunduğu ülkede açılmaktadır. Bu açıdan tenfiz yeri mahkemesi ile uyuşmazlığın esası arasında bir bağlantı bulunmasına gerek

⁵⁵⁴ Bkz. İkinci Bölüm.I.B.4. Yine de kamu düzenine aykırılık incelemesinde hakem kararında kamu düzenine ilişkin kuralın dikkate alınıp alınmadığına bakılır; ilgili kuralın uygulanmasının doğru uygulanıp uygulanmadığı denetlenmez. Öte yandan hakem kararının uygulanmasının tenfiz devleti veya iptal devletin kamu düzeni kuralı teşkil eden kurallarla uyumlu olup olmadığı denetlenir.

⁵⁵⁵ Özdemir Kocasakal, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.249.

⁵⁵⁶ Özdemir Kocasakal, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.259; Aksi yönde bir görüş için bkz. TAKAVUT İbrahim Doğan, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s.104.

⁵⁵⁷ Türk hukukunda zayıf tarafın korunması nedeniyle iş, kira ve tüketici hukukunda tahkime elverişli konular oldukça dar düzenlenmiştir.

olmadığı gibi çoğu zaman bunlar arasında gerçek bir bağlantı da yoktur. Tenfiz yeri ile uyumsuzluğun esası arasında bir bağlantı bulunmaması, tenfiz mahkemesinin hakem kararını esastan denetlememesine bir açıklama getirmektedir.

Tenfiz yeri ile uyumsuzluğun esası arasında bir bağlantı olmasına gerek olmamasının yanı sıra tenfiz davasında yapılacak denetimin konusu ve amacı da aşağıda açıklanacağı üzere *révision au fond* yasağını haklı kılacak niteliktedir. Tenfiz davasının sonucu itibarıyla bakılacak olursa tenfiz davasının kabulü halinde, tenfiz devleti sahip olduğu kamu gücü çerçevesinde hakem kararına “ceبری icra” gücü tanıyacaktır. Böylelikle yabancı hakem kararı, tenfiz yeri ülkesinin hukuk düzeni içerisinde hüküm ve sonuç doğuracaktır⁵⁵⁸. Bu açıdan tenfiz yeri mahkemesinin, tenfiz incelemesinde ülkesinin hukuk düzeni ve temel menfaatlerini korumak için bir denetim yapmak bakımından çıkarı bulunmaktadır⁵⁵⁹.

Yukarıdaki ilkeler ışığında tenfiz davasında yapılacak incelemede, yargılamada usul kurallarına riayet edilip edilmediği ve hakemin yetkisi kapsamında karar verip vermediği üzerinden bir inceleme yapılacaktır. Zira usule aykırılık halinde veya hakemin yetkisinin olmadığı durumda esasa ilişkin verilen kararın bir önemi kalmayacaktır.

Usule ve yetkiye ilişkin sebeplerin yanında hakem kararının tenfiz ülkesinin hukuk düzeni (kamu düzeni) ile “uyumlu” (“*compatible*”) olup olmadığının incelenmesi gerekecektir. Bu incelemede hakem kararının tenfiz devletinin milli hukuk kuralları veya emredici düzenlemelerine uygunluk açısından denetlenmesine gerek yoktur. Bu yüzden uyumsuzluğun esası bakımından hakemin vardığı çözüm ile tenfiz yeri mahkemesinin aynı uyumsuzluğun esası bakımından varacağı çözümün aynı olup olmadığı denetlenemeyecektir. Başka bir deyişle tenfiz incelemesinde hakem kararının tenfiz yeri ülkesinin hukuk düzeni ile uyumlu olması yeterlidir, hakem kararının tenfiz yeri ülkesinin maddi hukuk kurallarına bire bir “uygunluğuna” (“*conformité*”) ilişkin bir denetim yapılmayacaktır⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Ataman-Figanmeşe, s.38,51; Şit Köşgeroğlu, s.322.

⁵⁵⁹ Ataman-Figanmeşe, s.65.

⁵⁶⁰ Chantebout, s.95.

Özetle hakem kararının tenfizi denetiminin amacı gözetildiğinde hakem kararında uyuşmazlığın esasının nasıl çözümlendiğinin veya maddi hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesine gerek gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle tenfiz denetimin amacı, hakem kararının esastan denetlenmemesini haklı çıkarmaktadır.

3. İptal Denetimi Açısından *Révision au Fond* Yasağının Dayanağı

Hakem kararının devlet mahkemesi tarafından denetime tabi tutulduğu ikinci dava türü iptal davasıdır. İptal denetiminin amacı ile hakemin uyuşmazlığın esası bakımından vardığı çözüm arasında bir bağlantı bulunup bulunmadığı, hakem kararının esastan denetlenmesinin gerekli olup olmadığı açısından önemli sonuçlar doğuracaktır. Bunun için öncelikle iptal davasının görüldüğü mahkeme ve ülkenin, uyuşmazlığın esası ile bir bağlantısı olup olmadığına bakmakta fayda olacaktır.

Prensip olarak iptal davası tahkim yeri mahkemesinde açılmaktadır. Başka bir deyişle iptal davasının açılacağı ülke bakımından “tahkim yerinden” başka bir kriter belirlenmemiştir. Tahkim yeri ise prensip olarak taraflarca kararlaştırılabilecek bir kavramdır⁵⁶¹. Tarafların tahkim yeri seçiminin arka planında genellikle tahkim yerinin taraflara, hakemlere ve tahkim kurumuna coğrafi veya sosyal olarak yakınlığı gibi pratik sebepler⁵⁶² ve hatta tesadüfi (*random*) birtakım sebepler⁵⁶³ bulunmaktadır. Öte yandan tahkim yerinin seçiminde “tarafsız” bir yer arayışı da etkili olur. Bu anlamda uyuşmazlığın esasıyla ilgisi bulunmaması veya taraflardan uzak ve tarafsız bir yer olması bir yerin tahkim yeri olarak seçilmesinde etkili olacaktır. Kısacası iptal davasının açıldığı mahkemenin tespitinde uyuşmazlığın esasına ilişkin unsurlara bakılmadığından iptal davasının açıldığı mahkemenin uyuşmazlığın esası ile bağlantılı olmasına gerek yoktur⁵⁶⁴. Üstelik tahkim yerinin “tarafsız” olduğu için seçilmesi durumunda, tahkim yeri zaten uyuşmazlığın esastan bağımsız olacaktır⁵⁶⁵. İptal

⁵⁶¹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.7,39,282-284,320. Tahkim yerinin taraflarca kararlaştırılabileceğine ilişkin tahkim kurumu kuralları için bkz. ICC Tahkim Kuralları m.18/1, ISTAC Tahkim Kuralları m.23/1, LCIA Tahkim Kuralları m.16/1.

⁵⁶² Lew, **Applicable Law**, s.253-254; Akıncı, **İptal Edilen**, s.13.

⁵⁶³ Samuel, s.59; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.21-22; BALKAR Süheyla, “Online Tahkim”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.2004, S.1, ss. 463-497, s.483.

⁵⁶⁴ Paulsson, **Delocalisation**, s.154; Lew, **Applicable Law**, s.253.

⁵⁶⁵ Akıncı, **İptal Edilen**, s.13.

mahkemesi ile uyuşmazlığın esası arasında gerçek bir bağlantısı olmasına gerek olmaması, tahkim yerinin seçiminde genellikle dikkate alınan sebeplerin uyuşmazlığın esası ile ilgisinin bulunmaması⁵⁶⁶, iptal davasında esastan denetim yapılmamasını haklı kılmaktadır. Benzer sonuca, aşağıda inceleneceği üzere iptal davasındaki denetimin niteliği üzerinden de varılabilecektir.

Milletlerarası hakem kararları bakımından iptal davasında yapılan denetimin niteliğinin ve amacının tespiti için iptal davasının etki ve sonuçlarına bakmak gerekmektedir. Hakem kararlarının iptal edilmesinin etki ve sonuçları özellikle verildiği ülkede iptal edilen hakem kararlarının başka bir ülkede tenfiz edilmesinin mümkün olup olmadığı meselesi bağlamında tartışılmıştır⁵⁶⁷. Bu noktada bir hakem kararının iptal edilmesinin, tenfiz engeli olup olmadığı noktasında iki farklı görüş ortaya çıkmıştır⁵⁶⁸. Bu görüşlerden “klasik” olana göre iptal kararının etkisi “uluslararası” boyutta olup, iptal edilen hakem kararı başka bir ülkede tenfiz edilemeyecektir. Bu görüşe karşı çıkan “modern” görüş ise hakem kararının iptalının verildiği ülke ile sınırlı bir etki doğuracağını ve hakem kararının verildiği ülke dışında tenfiz edilebileceğini savunmaktadır⁵⁶⁹. Fransız hukukunda ortaya çıkan modern görüş, İngiltere ve ABD gibi bazı ülkelerin mahkeme içtihatlarıyla da kabul edilmiş⁵⁷⁰, doktrinde de aşağıda açıklanacağı üzere karşılık bulmuştur.

Yukarıda belirtilen iki görüşten hangisinin esas alınacağı, *révision au fond* yasağının dayanağının tespiti bakımından önem taşımaktadır. Eğer hakem kararının

⁵⁶⁶ Akıncı, **İptal Edilen**, s.13-14.

⁵⁶⁷ Tartışma NYS m. V/1/e’de yer alan “*hakem kararının iptal edilmiş*” olması şeklindeki tenfiz engelini nasıl uygulanacağı meselesinden doğmaktadır.

⁵⁶⁸ Benzer bir tartışma hakem kararının tenfizi üzerine verilen karar bakımından doğmaz, hakem kararının tenfizine ilişkin kararın etkisi verildiği ülke sınırlıdır (Ataman-Figanmeşe, s.50).

⁵⁶⁹ Ataman-Figanmeşe, s.46.

⁵⁷⁰ **Fransız hukukundaki kararlar için bkz.** Fransız Temyiz Mahkemesi, HD., 13.01.2021, Egyptian Gen. Petroleum Corp. v. Nat’l Gas Co., Dava No. 19-22.932; Fransız Temyiz Mahkemesi, HD., 9.10.1984, Palbak Ticaret Şirketi v. Norsolor, 1985; Fransız Temyiz Mahkemesi, HD., 23.03.1994, Société Hilmarton v. Société OTV, Yearbook of Commercial Arbitration, C. XIX (1994); Paris İstinaf Mahkemesi, 14.01.1997, Chromalloy Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt, Yearbook of Commercial Arbitration, C. XXII (1997), s.692 vd.; Fransız Temyiz Mahkemesi, HD., 29.06.2007, Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices, (https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=176); **ABD mahkemesi kararları için bkz.** Columbia Temyiz Mahkemesi, 31.07.1996, Chromalloy Aeroservices v. Egypt, 1996, 939 F.Supp. 907; Amerikan Temyiz Mahkemesi, 23.07.2003, Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, 2003, 335 F.3d 357, s.367. **İngiliz mahkemesi kararları için bkz.** İngiliz Temyiz Mahkemesi, 27.06.2012, Yukos Capital v. OJSC Rosneft Oil Co., 2012, EWCA Civ 855; İngiliz Yüksek Mahkemesi, 27.07.2017, Maximov v. OJSC, Novolipetsky Metallurgicheskyy Kombinat, 2017, EWHC 1911; İngiliz Yüksek Mahkemesi, 20.02.2015, Malicorp Ltd v. Egypt, 2015, EWHC 361 (Comm).

iptalinin farklı bir ülkede etki doğurmayacağı kabul edilirse, hakem kararının iptali davasında yapılan incelemenin hakem kararının “geçerliliğine” ilişkin olmadığı kabul edilmiştir olacaktır. Zira yalnızca iptal edilen hakem kararı geçerli kabul edilebilirse farklı bir ülkede tenfiz edilebilecektir. İptal davasındaki incelemenin hakem kararının geçerliliğine yönelik olmaması ise bir kararın “gerçek” bir geçerlilik koşulu olan “maddi hukuka ve vakıalara uygunluk” bakımından iptali davasında bir inceleme yapılmasına gerek olmadığını gösterecektir⁵⁷¹. Başka bir deyişle hakem kararının geçerliliğine yönelik olmayan bir incelemede hakem kararının doğru olup olmadığına bakmaya gerek yoktur, yüzeysel ve basit bir denetim yeterli olacaktır.

İptal edilen hakem kararının tenfiz edilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin klasik görüşe göre hakem kararı iptal edildiğinde karar tüm hukuki etkisini yitirmekte, bağlayıcı ortadan kalkmakta, varlığı sona ermekte ve yok hükmünde kabul edilmektedir. “Hiçlikten hiçbir şey çıkar” (*ex nihilo nihil fit*) ilkesi gereğince yok hükmünde kabul edilen bir kararın icrası mümkün olmayacaktır⁵⁷². Bu yüzden bu görüş uyarınca iptal edilen bir hakem kararı, tahkim yeri ülkesinde veya farklı bir ülkede tenfiz edilemeyecektir, bu anlamda iptal davasının etkisi “evrenseldir”⁵⁷³.

Klasik görüş, tahkimin hukuki niteliğine ilişkin “milli hukuk teorisinin” öncülerinden *Mann*’a dayanmaktadır⁵⁷⁴. Yukarıda incelediği üzere bu görüşe göre tarafların iradesine sonuç bağlayan, tahkim anlaşmasına geçerlilik ve bağlayıcılık

⁵⁷¹ Chantebout, s.84.

⁵⁷² Van Den Berg, **Enforcement**, s.15,16; Columbia Temyiz Mahkemesi, 25.05.2007, TermoRio SA v. Electranta SP, 2007, 487 F.3d 928, s.936.

⁵⁷³ VAN DEN BERG Albert J., “When Is An Arbitral Award Non-Domestic Under the New York Convention of 1958?”, Pace L. Rev, C.6, s.25-41, s.41; Van den Berg, **Enforcement**, s.15, 16; Van den Berg, **Arbitral Award**, s. 279; Van den Berg, **1958**, s. 355; GHARAVİ H., The International Effectiveness of The Annulment of An Arbitral Award, Kluwer Law International, 2002; REISMAN W., Systems of Control in International Adjudication and Arbitration, Duke University Press Books, 1992, s. 114-115; PETROCHILLOS G., Procedural Law in International Arbitration, Oxford University Press, 2004, s. 336 (“[A]nnulment at the place of arbitration or the country whose law governing the arbitral proceeding is, and should continue, in principle, dispositive of the fate of an award”); SANDERS Peter, “New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, Netherlands International Law Review, C.6, S.43, 1955, s. 100-112, s.109-110; GOODE Roy, “The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration, Arbitration International, C.17, S.1, 2001, s.19-40, s.39; ÖZBEK Mustafa Serdar, “İptal Edilen Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi”, Yargıtay Dergisi, C.47, S.2, 2021, ss.409-450, s.422, 423; Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. **ABD mahkemesi**: Columbia Temyiz Mahkemesi, 25.05.2007, TermoRio SA v. Electranta SP, 2007, 487 F.3d 928, s. 935; Amerikan İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi, 8.07.2022, Esso Exploration & Prod. Nigeria Ltd v. Nigerian Nat’l Petroleum Corp., 2022, 40 F.4th 56, 74. **İngiliz mahkemesi kararı için bkz.** İngiliz Yüksek Mahkemesi (Ticaret Dairesi), 27.07.2017, Maximov v OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat, 2017, EWHC 1911.

⁵⁷⁴ Bu teoriye ilişkin daha detaylı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm.II.A.2.c.

tanıyan, hakeme yargılama yetkisi veren bir milli hukuk düzeni bulunmalıdır ve bu hukuk düzeni tahkim yeri hukukudur. Zira devlet kendi egemenliği kapsamında her türlü iş ve işlem üzerinde söz sahibi olduğu gibi hakem kararları üzerinde de söz sahibidir. Bu kapsamda hakem kararının geçerliliği tahkim yeri hukukuna tabi olacak ve hakem kararı tahkim yeri mahkemesi tarafından denetlenecektir⁵⁷⁵. Bu denetim neticesinde hakem kararı iptal edilirse, hakem kararı tabi olduğu hukuk düzeni tarafından “yok hükmünde kabul edileceğinden” başka bir ülkede tenfiz edilemeyecektir⁵⁷⁶.

Modern görüş⁵⁷⁷ uyarınca hakem kararının iptal edilmesi halinde tahkim yeri ülkesinde hakem kararı icra edilemeyecek olsa bile h hakem kararı ortadan kalkmayacaktır⁵⁷⁸, iptal kararı neticesinde yalnızca hakem kararının tahkim yeri ülkesinde hukuki etkisi olmadığına ilişkin bir karar verilmiş olacaktır⁵⁷⁹. Bu durumda hakem kararı var olmaya devam ettiğinde, hakem kararı farklı bir ülkede icra edilebilecektir⁵⁸⁰. Modern görüşün dayanağı olan birden fazla gerekçe bulunmaktadır. Bunlardan bazıları NYS hükümlerinin yorumlanmasına dayanmaktadır. Çalışma konumuzla daha ilgili olan gerekçeler ise tahkim yeri ile uyumsuzluğun arasında gerçek bir bağlantı bulunmaması, hakem kararının tahkim yeri hukuk düzenine bağlı bulunmaması ve iptal sebeplerinin “yerel” karakterli olmasıdır.

Modern görüşün gerekçelerinden ilki NYS’nin orijinal dillerinden birisi olan İngilizce versiyonunda hakem kararının tenfizine engel sebepler bulunmasına rağmen,

⁵⁷⁵ Mann, s.159-162,165; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.42; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.20; Yeşilova, **Nitelik**, s.105-106

⁵⁷⁶ Van den Berg, **Enforcement**, s.20; ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, II Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983, s.170.Klasik görüşün bu düşüncesi hakkında açıklama için bkz. Kocasakal, **Tenfiz Edilebilirlik**, s.142-143.

⁵⁷⁷ Bu görüş tahkimin milletlerarasılığını dikkate alan *enternasyonalist görüş* olarak (Kocasakal, **Tenfiz Edilebilirlik**, s.139) ve *Fransız yaklaşımı* olarak da ifade edilmiştir (Özbek, s.422).

⁵⁷⁸ Born, s.3986, 3991-3992. NYS m.V ve VII’nin lafzı da aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere bu görüşü desteklemektedir.

⁵⁷⁹ Born, s.3992.

⁵⁸⁰ PAULSSON J., “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin”, Int’l & Comp. L.Q., C.30, 1981, s.358-387, s.373; PAULSSON J., “Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters”, 32 Int’l & Comp. L.Q., C.32, 1983, s.53-59; PAULSSON J., “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding A Local Standard Annulment”, ICC Ct. Bull., C. 9(1), 1998, s. 14; PAULSSON J., “May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics”, Arb. Int’l, C.14, 1998, s.227-230 ; LASTENOUE P., “Why Setting Aside An Arbitral Award Is Not Enough to Remove It from the International Scene”, J. Int’l Arb., C.16(2), 1999, s.25-47.

hakem kararının tenfiz edilebileceğine ilişkin ifadedir. NYS'nin tenfiz engellerine ilişkin hükmünde yer alan “*Recognition and enforcement of the award may be refused... if...*” ifadesinde tenfiz engellerinin bulunması durumunda tenfiz talebinin “reddedilebileceği” düzenlenmiştir, başka bir deyişle mahkeme bu durumda tenfiz talebini reddetmek zorunda değildir. Bu nedenle hakem kararı iptal edilmiş olsa bile tenfiz mahkemesi NYS'deki hükmün lafzına göre hakem kararının tenfizine karar verebilecektir⁵⁸¹.

Modern görüşe gerekçe gösterilen diğer husus ise NYS m.VII/1 olmuştur. Bu madde uyarınca hakem kararının tenfiz edilmesi bakımından tenfiz yeri ülkesinin milli hukukunun veya taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların NYS'ye göre daha elverişli hükümler içermesi halinde elverişli hükümler öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu hükmün tartışma konusu bakımından etkisi şu şekildedir: Tenfiz yeri ülkesinin milli hukukunda veya taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarda hakem kararının iptal edilmiş olması bir tenfiz engeli olarak düzenlenmemişse NYS m.V/1-e uygulanmayacak ve hakem kararının tenfizine karar verebilecektir⁵⁸². Örneğin Fransız hukukunda hakem kararlarının tenfizine ilişkin düzenlemelerde tenfiz engelleri arasında hakem kararının iptal edilmiş olması hali yoktur⁵⁸³. Fransız içtihadında bu durum gerekçe gösterilerek, tahkim yerinde iptal edilen hakem kararlarının tenfizine karar verilmiştir⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ Van den Berg, 1958, s. 265; Born, s.3744-3746,3993-3994; Akıncı, **İptal Edilen**, s.12-13; Kocasakal, **Tenfiz Edilebilirlik**, s.140,148; Özbek, s.418; TARMAN Zeynep Derya, “İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, TBB Dergisi, S.90, 2010, s.123-133, s.127. Bu yorumu benimseyen mahkeme kararı için bkz. Columbia Bölge Mahkemesi, Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arab Republic of Egypt, 1996, 939 F.Supp 907, s.914; Amerika İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi, Baker Marine Ltd v. Chevron Ltd, 1999, 191 F.3d, s.194 (İptal edilen kararın tenfiz edilmesinin NYS m.V ve VII hükümleri uyarınca mümkün olmasına rağmen somut davada hakem kararının tenfizi talebini reddetmiştir).

⁵⁸² Blackaby/Partasides/Redfern, par.11.96; Born, s.3993 Kocasakal, **Tenfiz Edilebilirlik**, s.140; Özbek, s.418.

⁵⁸³ 2011 yılında yürürlüğe giren Fransız HMK m.1514 hükmü hakem kararının tenfizinin milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığı sürece mümkün olması gerektiğini düzenlemiştir. Bu hükümden önce hakem kararlarının tenfizine ilişkin Fransız HMK m.1502'de hakem kararının tenfizine engel teşkil eden sebepler arasında hakem kararının iptali sayılmamıştı. Türk hukuku bakımından MÖHUK m.62/1/h'de “*hakem kararının iptal edilmesi*” tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle MÖHUK'un NYS'ye göre elverişli hükümler içerdiği söylenemez. Ancak Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesinin 9'uncu maddesinin tenfiz bakımından daha elverişli hüküm olarak değerlendirilmesi ve iptal edilen hakem kararının tenfiz edilmesi mümkündür. Zira ilgili hüküm uyarınca kamu düzeni ve tahkime elverişlilik sebebiyle bir hakem kararının iptal edilmesi, hakem kararının tenfizine engel değildir (Cenevre Sözleşmesi m.9'un önemi hakkındaki açıklama için bkz. Kocasakal, **Tenfiz Edilebilirlik**, s.144-146; Özbek, s.421.)

⁵⁸⁴ NYS m. VII/1 hükmüne dayanarak iptal edilen hakem kararının tenfizine karar veren Fransız mahkemesi kararları için bkz.: Fransız Temyiz Mahkemesi, 13.01.2021, Egyptian Gen. Petroleum Corp.

NYS hükümleri dışında modern görüşün bir diğer gerekçesi, yukarıda açıklandığı üzere tahkim yeri ülkesi ile uyuşmazlığın esası arasında bir bağlantı olmamasına gerek olmaması ve çoğu zaman güçlü bir bağlantı bulunmamasıdır.

İptal sebepleri her ülkenin milli hukukunda düzenlenmektedir⁵⁸⁵, bu anlamda yerel karaktere sahiptir. Bu nedenle hakem kararının tamamen yerel nitelikte bir sebeple iptal edilmesi mümkündür. Bu durum da bir hakem kararının iptal edilmesinin mutlak şekil bu kararın başka ülkede tenfizine engel olmayacağını göstermektedir. Bu yüzden hakem kararı iptal edilmiş olsa bile bu doğrudan bir tenfiz engeli olmaz, tenfiz incelemesinde hakem kararının neden iptal edildiğinin de incelenmesi gerekmektedir⁵⁸⁶.

Son olarak iptal sebeplerinin tenfiz engellerine benzer olması⁵⁸⁷, iptal davasının hakem kararının geçerliliğine ilişkin bir dava olmadığını göstermektedir. Bunun yerine iptal davasında tenfiz davasında olduğu hakem kararının tahkim yeri ülkesinin hukuk düzenine uyumlu olup olmadığına ilişkin yüzeysel bir inceleme yapılacaktır⁵⁸⁸. Bu nedenle iptal davasında verilen karar, tenfiz davasında verilen kararlar gibi yalnızca

v. Nat'l Gas Co., Case No. 19-22.932; Paris İstinaf Mahkemesi, 14.01.1997, 1997 Rev. Arb. 395, Note, Fouchard; Paris İstinaf Mahkemesi, 29.09.2005, XXXI Y.B. Comm. Arb. 629; Fransız Temyiz Mahkemesi, 1 HD., 10.03.1993, Polish Ocean Line v. Jolasry, XIX Y.B. Comm. Arb. 662, 663; Paris İstinaf Mahkemesi, 19.12.1991 Société Hilmarton Ltd v. Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV); Fransız Temyiz Mahkemesi, 1 HD., 10.06.1997, Omnium de Traitement et de Valorisation v. Hilmarton, 1997 Rev. Arb. 376. (Fransız Temyiz Mahkemesi, 9.10.1984, Société Pabalk Ticaret Limited Şirketi v. Société Norsolar. Benzer yöndeki bir ABD mahkemesi kararı için bkz. Columbia Bölge Mahkemesi, 31.07.1996, Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arab Republic of Egypt, 1996, 939 F.Supp 907, s. 908-11.

⁵⁸⁵ Fouchard, **Annulation**, s. 352.

⁵⁸⁶ Akıncı, **İptal Edilen**, s.13; Kocasakal, **Tenfiz Edilebilirlik**, s.143; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 978. Hakem kararının iptal davasında esastan denetlenerek iptal edilmesi de yerel niteliktedir, bu yüzden hakem kararının tenfizine engel teşkil etmemelidir (Born, s.3989, 3991, 3995; Kocasakal, **Tenfiz Edilebilirlik**, s.148). ABD mahkemesi *Chromalloy* olarak bilinen kararda Mısır'da Mısır hukukunun hatalı uygulandığı gerekçesiyle iptal edilen bir kararın ABD'de tenfizine karar vermiştir, ABD mahkemesine göre hakem kararının detaylı bir yargısal denetimden geçirilmesi ABD kamu düzenine aykırıdır. Columbia Bölge Mahkemesi, 31 Temmuz 1996, Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arab Republic of Egypt, 1996, 939 F.Supp 907, s. 908-11.)

⁵⁸⁷ İptal sebepleri tenfiz sebeplerine benzer hatta özdeş şekilde düzenlenmiştir (Ataman-Figanmeşe, s.35, 52-54). Bu benzerlik bir rastlantı sonucu değildir. 1958 tarihli NYS ile kabul edilen tenfiz sebepleri, sonraki tarihli Model Kanun'da örnek alınmış; sebepler arasında uyum olması hedeflenmiştir (Ataman-Figanmeşe, s.52).

⁵⁸⁸ Chantebout, s.85,93.

verildiği ülke sınırları içerisinde etkili olup, milletlerarası bir etkiye sahip olmayacaktır⁵⁸⁹.

Bu açıklamalar ışığında hakem kararının verildiği ülkede iptal edilmesi bu kararın başka ülkede tenfizini engelleyecek nitelikte değildir⁵⁹⁰. Tüm bunlar hakem kararının iptali davasının hakem kararının “geçerliliğinin tespitine” ilişkin bir dava olmadığını göstermektedir. Uyuşmazlığın esas bakımından vakıaların doğru tespit edilmesi ve maddi hukukun doğru uygulanması, bir kararın geçerliliği için önemlidir. Hukukun uygulanmasında ve vakıaların tespitinde hata yapılması kararın hukuk düzeni açısından geçersiz hale gelmesine neden olacaktır. İptal davası ise hakem kararının geçerliliğine yönelik olmayan bir dava olduğundan iptal davasında hakem kararının esas bakımından doğru olup olmadığının incelenmesine gerek olmayacaktır⁵⁹¹. Başka bir deyişle iptal davasının amacı bakımından, uyuşmazlığın esas ile hakemin vardığı neticenin ilgisizdir. Bu nedenle iptal davasının amacı, *révision au fond* yasağının bir dayanağı teşkil etmektedir⁵⁹².

⁵⁸⁹ Paris, 29.09. 2005, Direction générale de l’aviation civile de l’Emirat de Dubaï c/société International Bechtel; https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=169 (Erişim Tarihi: 10.11.2024). İptal sebeplerinin tenfiz engelleriyle özdeş düzenlenmesi iptal davasının uyumluluk için yapılan bir denetim olduğunu göstermekle birlikte her iki davanın amaçları karşılaştırdığında devletlerin tenfiz denetimini daha sıkı yapmak bakımından menfaatleri olduğu görülecektir. Çünkü iptal davasından farklı olarak tenfiz davasında hakem kararlarına tenfiz yeri hukukunda icrailik gücü verilmesi talep edilir. Tenfiz davasının sonucu tenfiz yeri ülkesinin hukuk düzeni üzerinde doğrudan sonuç doğuracaktır. Bu açıdan tenfiz yeri mahkemesinin hakem kararının istenilen nitelikte olduğunu kontrol bakımından daha fazla menfaati vardır(Gaillard, Exécution, s.673.). Bununla birlikte bir önceki başlıkta açıklandığı üzere tenfiz hakiminin hakem kararını esastan denetim bakımından bir menfaati yoktur, yapılacak inceleme maddi hukuka uygunluktan ziyade hukuk düzeni ile uyumluluğa ilişkindir (Bkz. Birinci Bölüm.II.D.2) Bu nedenle devletin menfaatinin daha az olduğu iptal davasında da hakem kararının esastan denetlenmesi bakımından haklı gerekçe yoktur.

⁵⁹⁰ Chantebout, s.91-92.

⁵⁹¹ Chantebout, s. 95, 97; Paulsson, **Exécution**, s. 637-652. (<https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn14221> (Erişim Tarihi: 10.11.2024)).

⁵⁹² Benzer şekilde tenfiz davasında da hakem kararının geçerliliğe ilişkin bir denetim yapılmadığından ve yalnızca hakem kararına icrai güç kazandırmak için bir denetim yapıldığından bahsetmiştik. Bu nedenle her iki dava bakımından esastan denetim yapılmasına gerek yoktur.

**İKİNCİ BÖLÜM *REVISION AU FOND* YASAĞI ve HAKEM
KARARLARININ ESASA UYGULANACAK HUKUKA AYKIRILIK
AÇISINDAN DENETLENMESİ**

**I. *REVISION AU FOND* YASAĞI KAPSAMINA GİRMİYEN DENETİM:
KONTROL SİSTEMİ**

A. Hakem Kararlarının Denetiminde Genel Olarak “Kontrol” Sistemi

Hakem kararlarının devlet mahkemesi tarafından denetime tabi tutulduğu iptal ve tenfiz davasının iki önemli özelliği vardır. Bunlardan ilki iptal sebepleri ve tenfiz engellerinin tahdidi olarak sayılması, başka bir deyişle incelemenin yalnızca bu sebepler üzerinden yapılmasıdır. İkincisi ise mahkemenin esastan denetim yapmasının yasak olmasıdır. Buna göre Türk hukuku dahil olmak üzere pek çok ülke hukukunda hakem kararları bakımından kontrol sisteminin yeterli olduğu düşünülmüş, *révision au fond* yasağı ile birlikte *révision* sistemi kabul edilmemiştir⁵⁹³.

Çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı şekilde incelendiği üzere *révision au fond* yasağı, hakemin vakıalara ilişkin tespitlerinin ve hukuki değerlendirmelerinin incelenmesini yasaklamaktadır. Bu bağlamda mahkemelerce iptal sebepleri veya tenfiz engelleri bakımından yapılacak incelemede hakem kararındaki herhangi bir vakıa tespitinin veya hukuki değerlendirmenin incelenmesinin mümkün olup olmayacağı sorusunun yanıtlanması gerekecektir. Bu sorgulama neticesinde böyle bir incelemenin yapılacağı tespit edilirse bu incelemenin, *révision au fond* teşkil edip etmediği ve *révision au fond* yasağına takılıp takılmayacağının da cevaplanması gerekecektir.

Yukarıda sayılan soruların cevaplanması için öncelikle bir kararın, tahdidi olarak sayılan ve sınırları belirli bazı sebepler üzerinden denetlenmesine ilişkin “kontrol

⁵⁹³ HEUZE Vincent, “Arbitrage international : quelle raison à la déraison ?”, Recueil Dalloz, 2011, S.42, s.2880-2885.

sistemi” ile *révision au fond* yasağı uyarınca tahkimse benimsenmeyen “*révision* sisteminin” kapsamlarının irdelenmesi gerekmektedir. Bunun için ilk bölümde ele alınan *révision au fond* yasağının ortaya çıktığı Fransız hukukundaki yabancı mahkeme kararlarının tenfizi sistemine ilişkin tartışmalara kısaca tekrar değinmekte yarar olacaktır⁵⁹⁴.

Fransız Temyiz Mahkemesi’nin 1819 yılında verdiği *Parker* kararı ile Fransa’da yabancı mahkeme kararlarının tenfizi denetiminde “*révision* sistemi” benimsenmiştir⁵⁹⁵. Bu sistemde denetim mahkemesi, incelediği karara konu olan uyuşmazlıkla ilgili maddi ve hukuki tüm hususları, sanki incelediği karar hiç yokmuş gibi yeniden incelemekte⁵⁹⁶ ve adeta yeniden bir yargılama yapmaktadır⁵⁹⁷. Bu incelemede denetim mahkemesi, uyuşmazlık bakımından kendisinin varacağı sonuç ile incelediği kararda varılan sonucun “aynı” olup olmadığını karşılaştıracaktır⁵⁹⁸. İncelenen kararın “şekillendirilmesini” amaçlayan *révision* sistemi, bugün Fransız hukukunda *révision-réformation* (yeniden şekillendirme, düzeltme amaçlı gözden geçirme) olarak da adlandırılmaktadır⁵⁹⁹.

Fransa’da yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde *révision* sisteminden 1964 tarihli *Munzer* kararı ile vazgeçilmiş ve “kontrol sistemine” (usûlüne) geçilmiştir⁶⁰⁰. Bugün milletlerarası tahkimde pek çok ülke hukukunda hakem kararlarının denetiminde kabul edilen *révision au fond* yasağı uyarınca *révision* sistemi yasaklanmış ve kontrol sistemi benimsenmiştir⁶⁰¹. Kontrol sisteminde hakem kararı, tahdidi olarak belirlenen sebepler üzerinden incelenmekte olup başka bir sebeple hakem kararının denetlenmesi mümkün değildir⁶⁰².

⁵⁹⁴ Detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm.I.A.2.

⁵⁹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm.I.A.2.

⁵⁹⁶ DELANOY Louis Christophe, “Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions”, *Revue de l'Arbitrage*, S.2, 2007, s.177-221, s.199, 201 ; SERAGLINI Christophe, “Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités”, *Gazette du Palais*, S.80, 2009, s.5 vd.

⁵⁹⁷ Heuzé, s.2880-2885.

⁵⁹⁸ Delanoy, s.199, 201.

⁵⁹⁹ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.407-409; JARROSSON Charles, “L’Intensité du Contrôle de l’Ordre Public”, *L’ordre Public et L’Arbitrage*, Actes du Colloque Des 15 et 16 Mars 2013, Dijon, LexisNexis, s.161-176, s. 164. Daha önce belirtildiği gibi bu denetime karşılık Türkçe olarak *revizyon sistemi* ifadesi kullanılabilir (Yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde bu kavramın kullanılmasına ilişkin bkz. Sakmar, s.60-61; Arat, 496-498). Bu yöntemin zıttı ise aşağıda detaylı olarak adlandırılacağı üzere *revision-controle* olarak adlandırılmıştır.

⁶⁰⁰ Detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm.I.A.2.

⁶⁰¹ Heuzé, s.2880-2885.

⁶⁰² Delanoy, s.201-202; Seraglini, s.5 vd.

Kontrol sistemi, denetimin amacı ve kapsamı bakımından revizyon sisteminden ayrılmaktadır. Revizyon sisteminde amaç incelenen karardaki neticenin denetim mahkemesinin varacağı netice ile aynı olup olmadığını karşılaştırmak iken, kontrol sisteminde kararın incelemeyi yapan hukuk düzeni ile “uyumlu” olup olmadığı ile sınırlı bir inceleme yapılmaktadır⁶⁰³. Denetimin kapsamı bakımından revizyon sisteminde geniş bir denetim yapılmaktayken, kontrol sisteminde belirli sebepler çerçevesinde daha dar kapsamlı bir inceleme yapılmaktadır⁶⁰⁴. İlk bölümde detaylı olarak ele alındığı üzere tenfiz ve iptal davasında amaç, tarafların hak ve menfaatlerinin korunmasından ziyade hakem kararının devletlerin hukuk düzeni ile uyumluluğunu denetlemek olduğundan⁶⁰⁵, bu davalarda kontrol sisteminin benimsenmesi mantıklı ve yeterlidir.

Kontrol sisteminde mahkeme, denetim sebepleriyle sınırlı bir inceleme yapacaktır. Ancak bu sebeplerin varlığının incelenmesi için zorunlu olması kaydıyla bu sebeplerle ilgili tüm maddi (vakıalara ilişkin) ve hukuki unsurların incelenmesi mümkün olacaktır⁶⁰⁶. Gerçekten de mahkemelerin denetim sebepleri ile sınırlı bile olsa

⁶⁰³ Munzer kararında tenfiz incelemesinin tenfiz engelleriyle sınırlı olarak yapılmasının Fransız hukuk düzeninin ve menfaatlerinin korunmasını sağlamak için yeterli olduğu, kararın esasının gözden geçirilmesine gerek olmadığı vurgulanarak tenfiz mahkemesinin denetim yetkisi ve bunun sınırları yeniden tanımlanmıştır (Detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm.I.A.2).

⁶⁰⁴ Delanoy, s.201-202; Seraglini, s.5 vd. Bu iki usûl, birbirlerini dışlamaktadır. *Révision* sistemi benimsenirse *kontrol* usulünün uygulanmasına gerek yoktur, zaten uyumsuzluk yeniden görülecektir. *Kontrol* usulünün yeterli görülerek kabul edilmesi halinde *révision* yapılmasını dışlamak gerekli ve uygun olacaktır (Heuzé, s.2880-2885).

⁶⁰⁵ Detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm.II.D.2. Aynı yönde bkz. Chantebout, s.236.

⁶⁰⁶ Tahkim hukuku bakımından bu prensip Fransız Temyiz Mahkemesinin *Plateau des Pyramides* (Mısır Piramitleri Platosu) olarak bilinen ve 1987 yılında verdiği kararda net bir şekilde ifade edilmiştir. (Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD., 1.01.1987, 84-17.274, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007017771> (Erişim Tarihi:10.10.2024)) Benzer yönde bkz. Cour d'appel de Paris, CT0051, *Société SNF SAS c/ société Cytec Industries BV*, 23.03.2006 (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006950017> (Erişim Tarihi:10.10.2024)); Seraglini, s.5 vd.; LARRIBERE Lilian, “Chronique de jurisprudence de droit de l’arbitrage, Gazette du Palais, S.36, 2022, s.11; Chantebout, s.203-204. Hakem kararının tenfizi incelemesinde mahkeme tenfiz şartları açısından yapacağı incelemede hakemin maddi ve hukuki tespitleri ile bağlı değildir. (Nomer, **Devletler Hususi**, s.572) İptal sebeplerinin var olup olmadığının tespiti ile sınırlı olmak üzere hakem kararının “esasının incelenebileceği” kabul edilmiştir. (Nomer, **Usul**, s.274) Yabancı hakem kararının tenfizine veya iptaline ilişkin bir davada bazı hallerde hakem kararının esasının denetlenmesi gerekir (Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.406-407. *Born* konuyu tenfiz incelemesinde mevcut sebepler bakımından hakemin maddi ve hukuki tespitleriyle bağlılık üzerinden ele almıştır. NYS m.V kapsamında tenfiz engelleri ile yapılacak incelemede hakemin maddi ve hukuki tespitleriyle devlet yargısı bağlı değildir; bu *de novo* (yeni baştan) denetim olarak ifade edilmektedir (Born, s.3728-3729). *Van den Berg*’e göre tenfiz incelemesinde tenfiz sebepleriyle sınırlı olmak üzere hakem kararının incelenmesi (*look into the award*, yani “*révision*”) mümkündür, bununla birlikte mahkemenin incelemesi tenfiz engellerinin mevcudiyeti ile sınırlı olmalıdır; hakemin vakıalara ve hukuka ilişkin tespitlerinin doğru olup olmadığı değerlendirilemez (Van den Berg, 1958, s.270-271). Yabancı mahkeme kararının tenfizi bakımından bkz. Mayer/Heuzé/Remy, s.273; Jeuneau,

yapacağı denetimin işlevsel olabilmesi mahkemelere böyle bir yetki verilmesi bir zorunluluktur. Aksi halde mahkemece yapılacak denetimin bir anlamı kalmayacaktır⁶⁰⁷. Bu yüzden kontrol sisteminde, denetim sebepleri ile sınırlı olmak kaydıyla yapılacak inceleme Fransız hukukunda *la révision à fin de contrôle, révision-contrôle* (kontrol amaçlı gözden geçirme) şeklinde ifade edilmiştir⁶⁰⁸.

Kontrol sisteminde denetim sebeplerinin tespiti ile sınırlı olmak üzere vakıalara ve hukuki değerlendirmelere ilişkin yapılacak inceleme *révision au fond* yasağının kapsama alanına da girmeyecektir⁶⁰⁹. Bu açıdan *révision au fond* yasağının bir istisnası olarak da nitelendirilemeyecektir. Zira gerçekten de kontrol sisteminde amaç, *révision* denetiminde olduğu gibi uyuşmazlığın esasına ilişkin hakemin verdiği kararın doğruluğunu denetlemek veya hakemin vardığı sonuç ile mahkemenin varacağı sonucu karşılaştırmak değildir⁶¹⁰. Denetim sebepleriyle sınırlı incelemenin *révision au fond* teşkil etmemesi, *révision au fond* yasağının yalnızca, mevcut denetim sebepleriyle ilgili olmayan bir incelemede devreye girebileceğini göstermektedir.

s.133;<https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY%2FINTFR%2FRUB000142%2F2024-07%2FPARA%2F194> , para.196; Ancel/Lequette, 5. Baskı, s.370; HOLLEAUX Foyer / GEOUFFRE Pradelle, Droit international privé, 1987, Masson, para 1057; Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde tenfiz sebepleriyle sınırlı olarak kararın incelenmesi ve okunması dahil denetim yapılabileceği ifade edilmiştir. (Akıncı, **Ders Kitabı**, s.194-196) Benzer görüşler için bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.75; Demir Gökyayla, **Gerekçesiz**, s. 34. Türk hukukunda yabancı mahkeme kararının tenfizinde tenfiz sebepleri bakımından kararının içeriğine bakılabileceği bunun “teknik anlamda” *révision au fond* teşkil etmediği ifade edilmiştir (Aygül, **Problemler**, s.105).

607 Yabancı mahkeme kararının tenfizi bakımından aynı düşünce için bkz. <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY%2FINTR%2FRUB000142%2F2024-07%2FPARA%2F194>, para.196, (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

⁶⁰⁸ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.407-409; Jarroson, **Contrôle**, s. 164. Daha önce belirtildiği gibi bu denetime karşılık Türkçe olarak *kontrol sistemi* ifadesi kullanılabilir (Yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde bu kavramın kullanılmasına ilişkin bkz. Sakmar, s.60-61; Arat, 496-498).

609 Heuzé, s.2880-2885; Jarrosson, **Contrôle**, s. 166; Larribère, s.11-12. *Akıncı*, yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin (bunun hakem kararlarının denetimine teşmil edilmesi mümkündür) mahkemenin denetim sebeplerini incelemek için kararı incelemesinde bir sakınca olmadığını, bu incelemenin yalnızca hüküm fıkrasına hasredilemeyeceğini, kararın farklı kısımlarının da incelenmesi veya okunmasının mümkün olduğunu, önemli olanın bu incelemenin denetim sebebiyle sınırlı olarak yapılması olduğunu belirtmektedir. Burada sınır, kararın doğruluğuna varacak şekilde bir inceleme yapılmamasıdır, asıl yasak olan şey budur (Akıncı, **Ders Kitabı**, s.195-196). *Şanlı*, kamu düzeni sebebi üzerinde böyle bir denetimin “*teknik anlamda esastan denetim*” olmadığını ifade etmektedir (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.862; Şanlı, **Akit**, s.477). Yargıtay bir kararında benzer bir denetim için *Şanlı’nın* ifadesinden yararlanmıştır (Yargıtay, HGK, E. 2011/568, K.2012/47, T.08.02.2012) Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.408. Mahkemenin denetim sebeplerine ilişkin yaptığı incelemenin hakem kararının esasını teşkil etmeyen örnek (dış) bir unsura ilişkin olması durumunda bu denetim, kararın esasına (*fond*) yönelmediğinden zaten *révision au fond* kapsamında kalmaz.

⁶¹⁰ Delanoy, s.202.

İptal veya tenfiz davasında kontrol sistemi kabul gördüğünden mahkeme, hakem kararına yönelik ileri sürülen bir itirazın herhangi bir denetim sebebinin varlığını tespit etmek için gerekli olup olmadığına bakacaktır. Eğer taraflarca ileri sürülen ve mahkemeden incelenmesi istenen itiraz, herhangi bir denetim sebebi ile ilişkili değilse örneğin hakemin hukuki değerlendirmesinde veya vakıaları tespitinde hata yaptığına (*le mal-jugé*) yönelik bir itirazsa hâkim herhangi başka bir inceleme yapmadan *révision au fond* yasağı gereği ilgili talebi reddedecektir⁶¹¹.

Tarafların yukarıdaki örnekte olduğu gibi *révision au fond* yasağı kapsamında kalan bir itirazı açıkça yapması durumunda mahkemenin işi görece kolay olacaktır. Ancak hakem kararının iptal edilmesini veya tenfiz edilmemesini isteyen taraflar, hakemin hukuki değerlendirmelerinin veya vakıa tespitlerinin mahkemece incelenmesi için bu iddialarını çoğu zaman bir denetim sebebi arkasında ileri sürmektedir. Böyle bir durumda mahkemelerce yapılması gereken, tarafların ileri sürdükleri itirazların, bir denetim sebebi kapsamında yapılmış olsa bile gerçek mahiyetinin ne olduğunu tespit etmektir. Bunun için tarafların iddiasının mahkeme tarafından incelenmesinin neye hizmete edeceğine bakılacaktır. Eğer tarafların ileri sürdüğü iddianın inceleme neticesinde *révision* sisteminde olduğu gibi hakem kararı esastan incelenmiş olacaksa ⁶¹² yani örneğin hakem kararının doğru olup olmadığı⁶¹³ veya hakemin hükme ulaşırken yaptığı akıl yürütmenin (hüküm verme, muhakeme, usamlama, argümantasyon) doğruluğu incelenecekse⁶¹⁴ bu yöndeki itirazların incelenmemesi gerekmektedir. Kapsamının belirlenmesi zor olan bu ayırım, aşağıda denetim sebepleri üzerinden somutlaştırılacaktır⁶¹⁵.

⁶¹¹ Larribère, s.11-12; Tahkim hukukunda bkz. S. Bollée, note ss Paris İstinaf Mahkemesi, 24.11.2005, S. 04/19144 : Rev. arb. 2006, s. 717. Yabancı mahkeme kararları bakımından bkz. v. L. d'Avout, note ss Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD., 14.01. 2009, S. 07-17194, Sté Agrogabon : RCDIP 2009, s. 331 vd., s. 337-338.

⁶¹² Fransız Temyiz Mahkemesi, 1.HD, 30.01.2019, 14-23.822, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000038112105> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

⁶¹³ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.408; Delanoy, s. 186-187.

⁶¹⁴ Jeauneau, s.133; BOLLÉE Sylvain, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, préf. Pierre Mayer, Economica, 2004, s.103.

⁶¹⁵ Çalışmamızın hacmini artırmamak adına tenfiz ve iptal sebepleri üzerinden tek tek inceleme yapılmayacaktır. Bunun yerine dört kategoride tenfiz ve iptalde karşılaşılabilecek sebepleri kapsayıcı bir inceleme yapılacaktır. Denetim sebepleri özelinde yapılacak incelemeye geçmeden önce bu bölümdeki amacımızın her bir denetim sebebinin ne olduğunu veya kapsamını anlatmak olmadığını belirtmemiz gerekir. Zira Türk Hukukunda iptal sebepleri ve tenfiz engelleri hakkında yeterli çalışma yapılmış olup amacımız bu denetim sebeplerinin *révision au fond* yasağı gözetilerek nasıl ele alınacağına ilişkin genel bir çerçeve çizmek olacaktır.

Mahkemece itirazın bir denetim sebebi kapsamında olduğunun tespit edilmesi halinde yapacağı incelemeyle ilgili iki konu akla gelebilecektir. Bunlardan ilki mahkemenin denetim sebepleriyle ilgili yapacağı incelemenin kapsamının ne olacağı ve mahkemenin ne kadar ileriye gidebileceğidir. Aslında bu sınırı kesin bir şekilde belirlemek mümkün değildir, gerçekten de farklı ülkelerde denetim sebepleri özelinde mahkeme içtihatlarıyla farklı anlayışlar benimsenmiştir. Örneğin sonraki bölümlerde detaylı olarak inceleneceği üzere Fransız hukukunda kamu düzeni denetiminde zaman içerisinde minimalist ve maksimalist olmak üzere iki farklı anlayış benimsenmiştir⁶¹⁶.

Denetimin kapsamı ile ilgili bir diğer konu denetimin konusuyla ilgili olacaktır. Buna göre mahkeme tarafından incelenecek vakıa ve delillerin hakem kararında yer alması gerekip gerekmediği, hakem kararı dışında kalan veya hakem önünde ileri sürülmeyen vakıa ve delillerin de incelenip incelenemeyeceği değerlendirilmelidir. Daha çok kamu düzeni kapsamında yapılacak incelemede karşılaşılabilecek bu mesele çalışmamız kapsamında kamu düzenine ilişkin bölümünde detaylı olarak ele alınacaktır⁶¹⁷.

B. Kontrol Sistemi Çerçevesinde Bazı Denetim Sebepleri

1. Hakemin Yetkisine İlişkin Denetim

Hakem kararının denetlenmesi sebepleri arasında hakemin yetkisine yönelik birden fazla sebep bulunmaktadır. Bunlar tahkim anlaşmasının varlığına⁶¹⁸, tahkim anlaşmasının kapsamına⁶¹⁹ ve tahkime elverişliliğe⁶²⁰ ilişkindir. Bu başlıkta

⁶¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.I.B.4.

⁶¹⁷ Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.I.B.4.

⁶¹⁸ UNCITRAL Model Kanunu m. 34/2/a/i’de “tahkim anlaşmasının bir tarafının temyiz kudreti olmaması veya tahkim anlaşmasının geçersiz olması”; MTK m. 15/A/1/a ve HMK m. 439/2/a’da “tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olması” iptal sebebi olarak öngörülmüştür. New York Sözleşmesi m. V/1/a’da “tahkim anlaşmasını imzalayan tarafların ehliyetsiz olması veya hükümsüz bulunması”, MÖHUK m. 62/1/e’de “tahkim anlaşmasının hükümsüz olması” ve MÖHUK m. 62/1/a’da “tahkim sözleşmesinin yapılmamış olması” tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir.

⁶¹⁹ UNCITRAL Model Kanunu m. 34/2/a/iii, MTK m. 15/A/1/e ve HMK m. 439/2/d uyarınca “hakemin tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi” iptal sebebi; New York Sözleşmesi m. V/1/c ve MÖHUK m. 62/1 uyarınca “Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşması” ise tenfiz engeli olarak öngörülmüştür.

⁶²⁰ UNCITRAL Model Kanunu m. 34/2/b/i’de “Uyuşmazlığın konusunun bu Devletin hukukuna göre tahkim yoluyla çözüme kavuşturulamaması”, MTK m. 15/A/2/a ve HMK m. 439/2/f’de “Hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması” iptal sebebi olarak öngörülmüştür. New York Sözleşmesi m. V/2/a ve MÖHUK m. 62/1/c’de uyuşmazlık konusunun tenfiz ülkesinin kanunlarına göre tahkim ile çözüme elverişli olmaması tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir.

mahkemelerce hakemin yetkisine ilişkin sebepler bakımından yapılacak denetimde, hakemin maddi ve hukuki tespitleriyle bağılı olup olmadığı ve bu denetimin kapsamının *r vision au fond* yasağı ile ilişkisi incelenecektir.

Hakemin yetkisiyle ilgili hususların tahkimin farklı aşamalarında ve hakem veya mahkeme önünde tartışılması mümkündür. Örneğin tahkime müracaat edilmeden önce veya tahkim yargılaması başladıktan sonra taraflardan birisinin mahkemeye müracaat etmesi halinde, diğer tarafın tahkim anlaşması bulunduğundan bahisle tahkim itirazında bulunabilecektir. Bu durumda mahkeme tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir inceleme yapacaktır⁶²¹. Öte yandan tahkim yargılaması başladıktan sonra taraflar hakem önünde hakemin yetkisine ilişkin itirazlarını ileri sürebilecektir⁶²². Bu durumda yetki itirazı ile karşılaşan hakem, *competence-competence* ilkesi uyarınca, yapılan itirazı kendisi ele alıp yetkisi hakkında karar verecektir⁶²³.

Hakemin yetkisine ilişkin sorunların hakem kararı verildikten sonra, iptal ve tenfiz davasında ileri sürülmesi mümkündür. Bu aşamaya gelinmeden önce genellikle taraflar yetkiye ilişkin itirazlarını hakem önünde ileri sür m ş ve hakem tarafından bu konuda *competence-competence* ilkesi uyarınca karar verilmiş olmaktadır. Ancak

⁶²¹ Tahkim ilk itirazı Türk hukukunda MTK m. 5 ve HMK m. 413'te düzenlenmiştir. Tahkim itirazı üzerine mahkemenin yapacağı denetim hakkında detaylı bilgi için bkz. SARIÖZ BÜYÜKALP Ayşe İpek, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.9, C.121, 2014, s.195-224.

⁶²² MTK m. 7/H/II ve HMK m. 422/2 uyarınca tahkimde hakemin yetkisine ilişkin itirazın en geç cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekmektedir.

⁶²³ Türk hukukunda hakemin bu yetkisi MTK m. 7/H ve HMK m. 422'de düzenlenmiştir. Bu ilke hakkında detaylı bilgi için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.272-274;  zdemir-Kocasakal, **Tahkim Anlaşması**, s.21; Sari z-Büyükalp, **Tahkim Anlaşması**, s.2018; Sari z Büyükalp, **Tahkim İtirazı**, s.204 vd.

hakemin yetkisine ilişkin verdiği karar, iptal⁶²⁴ ve tenfiz⁶²⁵ davasında mahkeme için prensip olarak bağlayıcı olmayacaktır⁶²⁶. Bu bağlamda mahkeme hakemin yetkisi hakkında yeniden (*de novo*) bir inceleme yapacak ve karar verecektir⁶²⁷. Hakemin yetkisi ve özellikle tahkim anlaşması bakımından mahkemenin yeniden bir inceleme yapmasının sebebi, tarafların tahkim iradesini gösteren tahkim anlaşmasının yokluğunda tahkimden bahsetmenin mümkün olmamasıdır⁶²⁸. Gerçekten de yetkisi olmayan bir hakem ne kendi yetkisi ne de uyuşmazlığın esası bakımından karar veremeyecektir⁶²⁹. Genel durum yukarıda ifade edildiği gibi olmakla birlikte, istisnai olarak bazı ülke hukuklarında yetkiye ilişkin hakemin kendisinin verdiği kararın iptal ve tenfiz davasında mahkemeler için bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir⁶³⁰.

Mahkemelerce hakemin yetkisine ilişkin yapılacak denetimde “yeniden” yapılacak incelemenin nasıl yapılacağı, Fransız Temyiz Mahkemesinin *Plateau des Pyramides* (Mısır Piramitleri Platosu) olarak bilinen ve 1987 yılında verdiği karar ile ortaya konulmuştur. Buna göre mahkemenin tahkim anlaşmasının varlığının değerlendirilmesi için gerekli tüm unsurları, maddi (vakıalar boyutuyla) ve hukuki

⁶²⁴ Born, s.3472 vd. Türk hukukunda MTK m. 15/A/1/d ve HMK m. 439/2/ç’de “*Hakemin hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi*” hâlinin bir iptal sebebi olarak düzenlenmesi, bu sonucu desteklemektedir. Bu yönde verilen kararlar için bkz. Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD, 06.01.1987, S. Pac. Props. Ltd v. République Arabe d’Egypte, 84-17.274, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007017771> (Erişim Tarihi: 10.10.2024); Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD, 06.10.2010, Fondation Albert Abela Family v. Fondation Joseph Abela Family, 08-20.563, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022903476/> (Erişim Tarihi: 10.10.2024); Paris İstinaf Mahkemesi, 23.02.2021, 18-03068 <https://www.courdecassation.fr/decision/export/6035a3405ca9980727950a07/1> (Erişim Tarihi: 10.10.2024); Almanya BGH, 24.07.2014 - III ZB 83/13; İngiltere: Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. v. Pakistan, [2010] UKSC 46, [2011] 1 AC 763, [26], [84]; ABD: First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan, 514 U.S. 938, 942-947 (1995).

⁶²⁵ Van den Berg, s. 312; Born, s.3728-3729, 3797-3800; Lew/Mistelis/Kröll, s.337-338; Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD, 01.06.2017, Société Egyptian General Petroleum Corporation v. Société National Gas Company, 16-13.729; **Almanya**: Bundesgerichtshof (BGH), 21 Eylül 2005, III ZB 18/05; **İngiltere**: Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs, Pakistan [2010] UKSC 46, par. 86 (U.K. S.Ct.); **ABD**: Bell v. Cendant Corp., 293 F.3d 563, 566-567 (2d Cir. 2002).

⁶²⁶ SOLOMON Dennis, “Chapter 5: Deference from National Courts to Tribunals on Issues of Jurisdiction at the Post-award Stage”, Deference in International Commercial Arbitration: The Shared System of Control in International Commercial Arbitration (Franco Ferrari and Friedrich Jakob Rosenfeld (eds), Kluwer Law International, 2023, s.93-124, s.96-97; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.104-105.

⁶²⁷ Chantebout, s.207, 208.

⁶²⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 930; Solomon, s.97-98; Paris İstinaf Mahkemesi, 07.07.1994, Uzinexportimport Co v. Attock Cement, Rev. Arb., 1995, s.107.

⁶²⁹ Tahkimde prensip olarak hakem kararının esastan denetimin yasak olması da hakemin yetkisinin mahkemece yeniden incelenmesini gerektirmektedir. Zira hakemin uyuşmazlığın esası bakımından bir karar verebilmesi başka bir deyişle *révision au fond* yasağının başlayabilmesi için öncelikle hakemin yetkili olması yani tahkim anlaşmasının var olması gerekir (Chantebout, s.213).

⁶³⁰ Alman Temyiz Mahkemesi, 24. 06. 1999, Oberlandesgericht Schleswig, 16 SchH 01/99. Benzer yöndeki kararlar için bkz. Born, s.3473, dn.313 ve s.3799, dn. 545’teki kararlar.

olarak inceleme yetkisi sınırlandırılmamıştır⁶³¹. Bu nedenle mahkemeler, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kapsamı hakkında gerekli tüm hukuki ve maddi unsurları inceleyebilecektir⁶³². Yukarıda ifade edildiği üzere⁶³³ hakemin yetkisi, denetim sebepleri arasında yer aldığından buna ilişkin yapılacak inceleme *révision au fond* yasağının kapsamında kalmayacaktır⁶³⁴. Zaten hakemin yetkisine ilişkin yapılacak inceleme genellikle hakemin uyuşmazlığın esasına ilişkin vardığı neticeye ilişkin olmadığından, esasa (*fond*) yönelik de değildir⁶³⁵.

Konuya ilişkin bir örnek vermek gerekirse, tahkim anlaşmasının “imzalı” olmadığı yönündeki bir itiraz üzerine yapılacak incelemede mahkeme, vakıalar açısından tahkim anlaşmanın yer aldığı belgede imza bulunup bulunmadığını değerlendirebilecektir. Tahkim anlaşmasının patolojik olması nedeniyle geçersiz olduğunun ileri sürülmesi halinde ise mahkeme hukuki olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyecektir. Mahkeme yetkiye ilişkin bu hususlarda hakem ile aynı neticeye varmak zorunda değildir, kendisi *révision au fond* yasağının kapsamına girmeden yeni bir inceleme yapacaktır.

Tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından mahkeme yeniden bir değerlendirme yapacak ve buna ilişkin maddi ve hukuki bir araştırma yapacaktır. Bununla birlikte tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir meselenin aynı zamanda uyuşmazlığın esasını da ilgilendirmesi durumunda, mahkemenin yapacağı denetimin kapsamında bir farklılık olup olmayacağı akla gelebilecektir⁶³⁶. Örneğin asıl

⁶³¹ Fransız Temyiz Mahkemesi, 1. HD., 01.01.1987, 84-17.274, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007017771> (Erişim Tarihi: 10.10.2024). Benzer yönde bir karar için bkz. Paris İstinaf Mahkemesi, 1.HD, 22.05.2003, SA Ess Food v. Société Caviartrade, Revue de l'Arbitrage, C.2003, S.4, 2003, s. 1252 – 1265.

⁶³² İstisnai olarak İsviçre hukukunda hakemin yetkisine ilişkin denetimde mahkemenin, hakemin vakıalara ilişkin tespitleriyle bağlı olduğu kabul edilmiştir. (İsviçre Federal Mahkemesi, 11.01.2011, DFT 4A_579/2010). Bununla birlikte mahkeme hakemin hukuki değerlendirmesi ile bağlı olmayacaktır (İsviçre Federal Mahkemesi, 27.01.2021, DFT 4A_600/2020, para. 5.1; İsviçre Federal Mahkemesi, 20.01.2010, 4A_548/2009, para. 3.1) İsviçre hukukunda vakıaların incelenmemesinin sebebi olarak bu incelemenin kararın esasına dokunabilecek olması gösterilmemiştir, zira böyle bir düşünce mevcut olmuş olsa hakemin hukuki değerlendirilmesini de kontrol edilmesine izin verilmezdi. Nitekim bu hususun asıl gerekçesi olarak, hakem kararının denetlenmesinde mahkemenin bir “istinaf mahkemesi” gibi vakıaları yeniden ele almasının tahkimin “etkinliğini” zedelemesi riski gönderilmiştir (İsviçre Federal Mahkemesi, 02.09.1993, Nat’l Power Corp. v. Westinghouse, DFT 119 II 380, 383).

⁶³³ Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.I.A.

⁶³⁴ İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında hakemin yetkisine ilişkin yapılan incelemenin *révision au fond* yasağı kapsamında kalmadığı açıkça vurgulanmıştır. (İsviçre Federal Mahkemesi, 12.10. 2023, 5A_739/2022, para.7.3.2 <https://www.bger.ch/jurisdiction-recht> (Erişim Tarihi:10.10.2024).

⁶³⁵ Solomon, s.99; Chantebout, s.213.

⁶³⁶ Born, s.3799.

sözleşmenin devri, devralan kimsenin tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığı bakımından yetkiye ilişkin bir konudur. Öte yandan sözleşmenin devri tarafların hak ve borçları açısından uyuşmazlığın esasını da ilgilendiren bir konudur. Mahkeme tarafından yapılacak incelemede asıl sözleşmenin devri meselesi tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından ele alınacak olursa, burada bir denetim sebebi kapsamında inceleme yapıldığından yukarıda açıklanan prensiplerden ayrılmayı gerektiren bir durum olmayacaktır. Başka bir deyişle mahkeme sözleşmenin devri meselesini, tahkim anlaşmasının geçerliliği ile bağlantılı olması durumunda, bununla sınırlı olarak tüm maddi (vakıalara ilişkin) ve hukuki unsurlar açısından inceleyecektir. Bu durumda bu inceleme bu inceleme *révision au fond* teşkil etmeyecektir⁶³⁷.

İngiliz mahkemesi önüne gelen bir davaya konu hakem kararında, tahkim anlaşmasının bulunduğu sözleşmeye taraf olmamasına rağmen Pakistan devleti taraf gösterilmek suretiyle karar verilmiştir. Hakem kararına konu ihtilaf bakımından Pakistan'ın sözleşmeye taraf olması hakemin yetkisiyle birlikte uyuşmazlığın esasına ilişkin bir konu olmasına rağmen İngiliz mahkemesi doğru bir şekilde bu konuyla ilintili olarak hakemin yetkisi bakımından bir inceleme yapabileceğine hükmetmiştir⁶³⁸. Öte yandan Güney Kore Yüksek Mahkemesi bir kararında sözleşmenin devrinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine etkisi meselesini, konunun hakem kararının esasıyla yakından bağlantılı olması gerekçesiyle değerlendirmemiş ve hakem heyetinin bu konudaki tespitleriyle kendisini bağlı kabul etmiştir⁶³⁹.

Yetkiye ilişkin sebepler bakımından yukarıda incelenen tahkim anlaşmasının geçerliliğinin yanında bir diğer denetim sebebi, “tahkim anlaşmasının konu bakımından kapsamına” ilişkindir. Buna göre hakem tarafından yalnızca tahkim

⁶³⁷ Benzer konularda Fransız mahkemelerinin tavrının da bu yönde olduğuna ilişkin bkz. Chantebout, s.210-211.

⁶³⁸ İngiliz Yüksek Mahkemesi, 3.10.2010, Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. v. Pakistan, [2010] UKSC 46, [2011] 1 AC 763.

⁶³⁹ Kore Yüksek Mahkemesi, 14.02.1995, Korea No. 3, Adviso N.V. v. Korea Overseas Construction Corp., Supreme Court, 93Da53054, ICCA Yearbook Commercial Arbitration, C.21, 1996, s. 612 – 616, s. 614: “The Court below noted that in this case the defendant did not argue that the arbitration agreement was void *ad initio*, but that, since the contract incorporating the arbitration agreement clause had been assigned to a third party, the assignor forfeited its right as a party to the arbitration, or the arbitration clause in the agreement was not valid between the original parties. The Court held that, in such cases, the validity of the arbitration agreement was to be judged by the arbitral tribunal, since such an issue was unavoidably tied to the merits of the arbitration.”

anlaşmasında kalan konularda karar verilebilecektir. Hakemin tahkim anlaşmasında yer almayan bir konuda karar vermesi ise “nicel” yetki aşımı teşkil edecektir.

Tahkim anlaşmasının kapsamına ilişkin bir ihtilaf olduğu durumda bu hususta ilk karar genellikle hakem tarafından verilmektedir. Bu konudaki itirazın iptal veya tenfiz davasında ileri sürülmesi durumunda mahkeme, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin yaptığı incelemede olduğu gibi hakemin verdiği kararlarla bağlı olmaksızın inceleme yapacaktır⁶⁴⁰. Öte yandan hakem tarafından hükme bağlanan uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamında kalıp kalmadığını tespit etmek için yapılacak inceleme, mevcut bir denetim sebebi kapsamında yapıldığından ve zaten hakem kararının esasına ilişkin olmadığından *révision au fond* yasağının uygulama alanına girmeyecektir.

Konuyla ilgili bir örnek vermek gerekirse bir inşaat sözleşmesinde yer alan tahkim anlaşmasında yalnızca ek işlere ilişkin alacakların tahkim yoluyla çözüleceğinin kararlaştırılması mümkündür. Bu durumda hakemin ek işlerle ilgisi bulunmayan bir konuda karar verdiği itirazının ileri sürülmesi halinde mahkeme, hakemin kararının tahkim anlaşması kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirmek için davacının taleplerini kendisi hukuki olarak nitelendirilecektir. Her ne kadar davacının taleplerinin hukuki olarak nitelendirilmesi uyuşmazlığın esasını da ilgilendirebilecek bir konu olsa da amaç hakemin yetkisini kontrol etmek olduğundan mahkemenin incelemesi *révision au fond* yasağı kapsamında kalmayacaktır⁶⁴¹.

Genel düşünce tahkim anlaşmasının konu bakımından kapsamına yönelik yapılacak incelemenin *révision au fond* yasağı kapsamında kalmayacağı olsa bir görüşe göre, bu hususta yapılacak denetimde hakem kararının esasına yönelik (*révision au fond*) bir inceleme yapılamayacaktır⁶⁴². Ancak kanatımızca bu yaklaşım

⁶⁴⁰ Van den Berg, 1958, s.312; Solomon, s.103; Fransız Temyiz Mahkemesi 1. HD, 06.07.2011, 08-12.648 (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000024331747> (Erişim Tarihi: 10.10.2024)); Alman Federal Mahkemesi, 24.07.2014 - III ZB 83/13; Paris İstinaf Mahkemesi, 1.HD, 22.05.2003, SA Ess Food v. Société Caviartrade, Revue de l'Arbitrage, C.2003, S.4, 2003, s. 1252 – 1265. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik itirazlara nazaran tahkim anlaşmasının kapsamına ilişkin itirazlarda mahkemenin yapacağı incelemede hakemin kararına daha fazla saygı gösterilecektir (Born, s.3476-3477).

⁶⁴¹ Tenfiz davası için bkz. Solomon, s.107.

⁶⁴² HAAS Ulrich / KAHLERT Heiner, “New York Convention” Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration (Frank-Bernd Weigand & Antje Baumann (ed)), 3. Baskı, OUP,

yerinde değildir. Yukarıda ifade edildiği üzere denetim sebepleri kapsamında hakemin yetkisinin tespiti için yapılan bir inceleme, *r vision au fond* yasağı kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu nedenle bu incelemenin *r vision au fond* yasağının bir istisnası olarak değerlendirilmesine de gerek yoktur. Mahkeme uyuşmazlığın esasına yönelecek olsa bile tahkim anlaşmasının kapsamını ve tarafların ileri sürdüğü ve hakemin dikkate aldığı taleplerin bu anlaşma kapsamında kalıp kalmadığını inceleyebilecektir.

Tahkim anlaşmasının kapsamına ilişkin bir diğer denetim kriteri “*hakemin yetkisini aşmasına*” iliřkindir⁶⁴³. Tahkim anlaşması kapsamında kalan konuları belirleyerek bu anlaşmasının “nicel” olarak kapsamını belirleyebilecek olan taraflar, hakemin uyuşmazlığı nasıl  zeceğini gösteren usul ve esasa ilişkin kuralları belirleyerek tahkim anlaşmasının “nitel” olarak kapsamını belirleyebilecektir⁶⁴⁴. Tarafların bu yöndeki düzenlemelerine aykırılık, “nitel” yetki aşımına sebep olacaktır. Tarafların talep etmediği bir hususta karar verilmesi, başka bir deyişle talep edilenden farklı bir şeye karar verilmesi “*extra petita*” de bu tip bir yetki aşımı olacaktır⁶⁴⁵.

Uyuşmazlığın maddi hukuk kurallarına göre üzülmesi kararlaştırılmasına rağmen hakemin dostane aracı veya hakkaniyete göre karar vermesi, tarafların açık hukuk seçimine riayet edilmemesi, hakemin taraflarca seçilen hukuku hatalı uygulaması gibi haller de yetki aşımı bakımından tartiřılmıştır⁶⁴⁶. Ancak bu konuların

2019, para 21.420. Svea  stinaf Mahkemesi ( sve ) kararında bu gerekçeye benzer şekilde yine hatalı bir gerekçeyle, tahkim anlaşmasının kapsamının yorumlanması hakem kararının esasına girmek anlamına geleceğinden bu konuda mahkeme tarafından denetim yapılamayacağına karar vermiştir (Svea  stinaf Mahkemesi, 21.03.2001, American Pacific Corporation v. Sydsvensk Produktutveckling AB (in bankruptcy), Mr. Jan Andersson,   4859-00, ICCA Yearbook Commercial Arbitration, C.27, 2002, s.551-553, 553).

⁶⁴³ MÖHUK m. 62/1/e uyarınca bu hal, “*Hakem kararının sözleşme veya şartın sınırlarını aşması*” olarak tanımlanmıştır

⁶⁴⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.482, 584. Zira hakemin yetkisi tahkim yolunu seçen taraflarca tesis edilmektedir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.485-486).

⁶⁴⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.484,487; Yargıtay, 15. HD, E.2010/7197, K.2011/2857, T.11.05.2011; Yargıtay 15. HD, 2445/4131, T. 30.4.2019. Medeni usul hukukunda (HMK m. 26) olduğu gibi tahkimde de hakemler tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır, başka bir deyişle tahkimde de “taleple bağlılık” ilkesi geçerlidir. Bu yüzden hakem tarafların taleplerini aşacak şekilde karar veremeyecektir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.486, 587, 590). Davacının 85 bin lira istediği halde 115 bin liraya hükmedilmesi, müteselsilen tahsil istenmediği halde davalıların müteselsilen ödeme yapmasına karar verilmesi yetki aşımına örnek gösterilebilecektir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.487; Yargıtay 11. HD, E.1988/7475, K.1988/5942, T.18.10.1988; Yargıtay 11. HD, E.1988/9171 K.1988/7869 T.26.12.1988; Y15HD, 2519/485, T. 08.03.1983).

⁶⁴⁶ Bu tartişmalar hakkında detaylı bilgi için bkz.  kinci Bölüm.II.

her biri *révision au fond* yasağının kapsamına girme ihtimali olan konular olduğundan bir sonraki bölümde ayrıca ele alınacaktır⁶⁴⁷.

Hakemin yetkisi kapsamında ele alınacak bir diğer denetim sebebi tahkime elverişliliklerdir. Yetkiye ilişkin diğer konularda olduğu gibi tahkime elverişlilik bakımından hakemin yaptığı tespit ve değerlendirmeler, iptal ve tenfiz davasında mahkeme için bağlayıcı olmayacak, mahkeme bu meseleyi kendisi yeniden ele alacaktır⁶⁴⁸. Tahkime elverişliliğin kamu düzeni ile yakından ilişkili olması⁶⁴⁹ ve tahkime elverişliliğin bir iptal sebebi veya tenfiz engeli olarak ele alındığı pozitif düzenlemelerde tahkime elverişliliğin denetim ülkesinin hukukuna (*lex fori*) göre belirlenecek olması bu yaklaşımı desteklemektedir⁶⁵⁰. Hakemin yetkisine ilişkin diğer sebeplerde olduğu gibi tahkime elverişliliğin denetlenmesi için mahkemenin maddi (vakıalara ilişkin) ve hukuki olarak yapacağı inceleme *révision au fond* yasağı kapsamında değerlendirilmeyecektir.

2. Usûle Aykırılık Denetimi

Tahkim yargılamasının hakemlerin seçilmesi süreci başta olmak üzere usulüne uygun yürütülmemiş olması iptal ve tenfiz davasındaki denetim sebeplerden bir diğeridir⁶⁵¹.

Hakemin seçilmesi aşamasında yapılabilecek hatalar; bu seçimin tarafların anlaşmasına veya kanuna uygun olmaması, hakemlerin sayısı, niteliği, atama usulü veya hakemlerin tarafsız ve bağımsız⁶⁵² gibi konulara ilişkin olabilecektir. Hakem

⁶⁴⁷ Sayılan hallerin veya daha sınırlı görünüm biçimlerinin yetki aşımı olarak değerlendirilmesi, mahkemenin *révision au fond* yasağına takılmadan ilgili vakıaları ve hukuki meseleleri incelemesine olanak sağlayabilecek niteliktedir.

⁶⁴⁸ Paris İstinaf Mahkemesi, 29.03.1991, Société Ganz v. SNCT, Revue de l'Arbitrage, C.1991, S.3, 1991, s.478-480; Paris İstinaf Mahkemesi, 19.05.1993, Société Labinal v. Société Mors et Westland Aerospace, Revue de l'Arbitrage, C.1993, S.4, 1993, s.645-652; Paris İstinaf Mahkemesi, 20.09.1995, Société Matra Hachette v. Société Reteitalia, Revue de l'Arbitrage, C.1996, S.1, 1996, s.87-91.

⁶⁴⁹ Huysal, s.15.

⁶⁵⁰ Bkz. Model Kanun m. 34/2/b/i, NYS m. V/2/a.

⁶⁵¹ MTK m. 15/A/1/f ve HMK m. 439/2/e'de "tahkim yargılamasının usulüne uygun yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması" bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür. Ayrıca MTK m. 15/A/1/b ve HMK m. 439/2/b'de "hakemin seçilmesine ilişkin yöntem uyulmaması" da bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür. MTK ve HMK'da iki ayrı bentte açıklanan sebeplere, Model Kanun m.34/2/a/iv, NYS m. V/1/d ve MÖHUK m.62/1/f'te tek bir bentte yer verilmiştir. MTK ve HMK'da hakemlerin seçimi yöntemine aykırılık ayrı bir iptal sebebi olarak düzenlenmişse de bu hâl aynı zamanda bir usule aykırılık olduğundan tahkim yargılamasının usule aykırı olması başlığı altında değerlendirilecektir.

⁶⁵² Hakemin bağımsız olmaması iddiasının hangi iptal sebebi kapsamında olduğu hakkında açıklamalar için bkz. Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.363.

kararının süresi içerisinde verilmemesi⁶⁵³, hakem kararının gerekli şekli şartları taşınamaması, hakem kararının gerekçesiz olması, tahkim dili ve duruşma gibi usûlî konulara aykırı davranılması tahkim yargılamasının usulüne uygun yürütülmemesine örnek olarak verilebilecek ihlallerdir.

Tahkim yargılamasının usulüne uygun yürütülmesi bakımından yapılacak kontrolde mahkeme diğer tüm denetim sebeplerinde olduğu gibi⁶⁵⁴ ilgili tüm vakıaları ve hukuki meseleleri, hakemin vermiş olduğu kararlarla bağlı olmaksızın⁶⁵⁵ ve *révision au fond* yasağının uygulama alanına girmeden inceleyebilecektir⁶⁵⁶.

Konuya bir mahkeme içtihadı üzerinden örnek vermek gerekirse Fransız Temyiz Mahkemesi, hakem heyetinin teşekkülünün usule uygun olmadığı yönünde yapılan bir itirazla karşılaştığında mahkemenin tahkim anlaşması ve tahkim kurumu tüzüğünü yorumlama yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır. Temyiz Mahkemesi bu prensip doğrultusunda yaptığı incelemede tahkim anlaşması ile tahkim kurumu tüzüğü arasında çelişkili olduğunu saptayarak, bu hükümleri yorumlaması neticesinde vardığı sonuç üzerinden hakem heyetinin seçimi meselesini denetlemiştir⁶⁵⁷. Temyiz Mahkemesi, bu kararda açıkça ifade etmemişse de *Plateau des Pyramides* (Mısır Piramitleri Platosu) olarak bilinen ve 1987 yılında verdiği kararında ifade edilen ilkeyi takip etmiş ve denetim sebebi ile ilgili tüm vakıaları ve hukuki meseleleri araştırmıştır.

Mahkeme usule ilişkin aykırılıkların incelenmesine geçmeden önce usule uygulanacak kuralları tespit etmelidir. Bunun için tarafların anlaşmasına, kurumsal bir

⁶⁵³ MTK m. 15/A/1/c ve HMK m. 439/2/c’de bir iptal sebebi olarak öngörülen “*hakem kararının süresi içerisinde verilmemesi*” de usule ilişkin bir denetim sebebidir.

⁶⁵⁴ Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.I.B.2.

⁶⁵⁵ Usule ilişkin aykırılıkların tespitinde hakemin yetkisine ilişkin denetim sebeplerinden farklı olarak hakemin vermiş olduğu karara daha fazla saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Zira uyumsuzluğun esası bakımından karar verebilmesi için hakemin yetkisinin olması ve yetkisi içerisinde hareket etmesi gerekmektedir. Bu açıdan yetkiye ilişkin denetim kritik öneme sahiptir. Öte yandan tahkim anlaşması veya ilgili kurallarda usule ilişkin düzenlemelerde bir düzenleme olmadığı veya düzenlemelerin muhtevasının yoruma açık olduğu durumda tahkimin esnek ve alternatif yapısı da dikkate alınarak usule ilişkin kararlarda hakemin takdir hakkına saygı gösterilerek mahkemelerin bu kararlara uyması (*deference*) daha doğru olacaktır (Born, s. 3907, 3909-3911, 3913-3916).

⁶⁵⁶ Hakem heyetinin teşekkülü bakımından bkz. Chantebout, s.227-229. Kaldı ki usule ilişkin yapılacak inceleme çoğu zaman hakem kararının esasına girilmesini de gerektirmeyecektir.

⁶⁵⁷ Fransız Temyiz Mahkemesi, 1.HD, 04.12.1990, ETPM v. Gas del Estado, 88-13.336 (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007099879/>) (Erişim Tarihi: 10.10.2024). Kararın yorumu için bkz. FOUCHARD Philippe, “Note - Cour de cassation (1re Ch. civile) 4 décembre 1990 - Sociétés E.T.P.M. et Ecofisa v. soci été Gas del Estado”, Revue de l'Arbitrage, C.1991, S.1, 1991, s. 81-86, s.84-85.

tahkim söz konusu ise tahkim kurumu tüzüğüne ve tahkim yeri hukukuna göre usule uygulanacak kuralları kendisi tespit edecektir. Bu kurallar tespit edildikten sonra bunlara aykırı hareket edilip edilmediği incelenecektir. Ancak her usule aykırılık bir iptal sebebi veya tenfiz engeli olarak değerlendirilemeyecektir.

Usule aykırılıkla birlikte iki hususun daha mahkeme tarafından tespit edilmesi gerekecektir. İlk olarak usule aykırılığın hakem önünde ileri sürülmüş olması ve buna rağmen tahkim yargılaması devam ederken giderilmemiş olması gerekmektedir⁶⁵⁸. İkinci olarak usule aykırılığın kararın esasına etkili olması gerekmektedir⁶⁵⁹. Buna göre usul hatası yapılmamış olsaydı uyuşmazlık için varılacak netice mevcut hakem kararında varılan sonuçtan farklı olmayacaksa, tahkim usulünde meydana gelen usul hatasının tahkim yargılamasının sonucuna etkili olmadığı kanaatine varılacaktır⁶⁶⁰. Uyuşmazlığın esasıyla ilgili olabilecek bu inceleme bir denetim sebebi için yapılması gerekli olduğundan *révision au fond* yasağı kapsamına girmeyecektir.

3. Adil Yargılanma Hakkı İhlali Bakımından Denetim

İptal sebepleri ve tenfiz engelleri arasında “ *tarafların eşitliği*”, “ *hukuki dinlenilme hakkı*”, “ *iddia ve savunmaların ileri sürülmesi hakkı*” gibi ilkelerin korunmasına ilişkin denetim sebepleri de yer almaktadır⁶⁶¹. Her ne kadar farklı

⁶⁵⁸ AKINCI Ziya, “Usul Kurallarına Aykırılık ve Dinlenilme Hakkı”, Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı (Ed. Ziya Akıncı, Yasin Ekmen), On İki Levha, 2022, s.49-64, s.61-62; Aktepe Artık, s.336-337. MTK ve HMK’da usule aykırılığın kararın esasına etkili olması gerektiği açıkça belirtilmiştir. New York Sözleşmesi ve MÖHUK hükümlerinde böyle bir şart açıkça zikredilmemişse de benzer bir şart tenfiz davası bakımından da geçerli olacaktır (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.601). Dürüstlük kuralı ve usul ekonomisi gereği tahkim yargılaması esnasında usule aykırılık olduğunu düşünen tarafın bu ihlal için gecikmeksizin hakeme başvurması gerekmektedir. Örneğin, duruşmanın çevrimiçi olarak yapılacak olmasının bir usul hatası olduğunu düşünen taraf bunu yargılama devam ederken gecikmeksizin ileri sürmelidir. Böylelikle henüz yargılama devam etmekte iken bu usule aykırılık düzeltilebilecektir. Usule aykırılığın ilk defa iptal veya tenfiz davasında ileri sürülmesi durumunda ilgili tarafın bu hususu daha önce neden hakem heyeti önünde dile getirmediğini açıklaması, bir gecikme varsa bunun kendisinden kaynaklanmadığını ispat etmesi gerekecektir. Yargılama devam ederken usul hatasının düzeltilmesi halinde usul hatası, iptal sebebi veya tenfiz engeli teşkil etmeyecektir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.495). Mahkeme vakıaları inceleyerek bu şartın yerine getirilip getirilmediğini kolaylıkla değerlendirecektir.

⁶⁵⁹ Akıncı, **Usule Aykırılık**, s.55 vd; Aktepe Artık, s.337 vd.

⁶⁶⁰ Aktepe Artık, s.337.

⁶⁶¹ UNCITRAL Model Kanunu m. 34/2/a/ii’de “ *taraflardan birine hakemin görevlendirilmesi veya tahkim işlemleri hakkında uygun bir bildirim yapılmamış veya başka bir şekilde savunma yapma imkânı tanınmamış olması*”, MTK m. 15/A/1/g’de “ *tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi*” ve HMK m. 439/2/f’de “ *tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi*” iptal sebebi olarak öngörülmüştür. New York Sözleşmesi m. V/1/b’de “ *aleyhine tenfiz kararı istenen kimsenin hakem tayininden veya hakemlik prosedüründen haberdar edilmemesi yahut bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek, imkanını elde edememiş bulunması*” ve MÖHUK m. 62/1/ç’de

kavramlarla ifade edilmiş olsa da bunların her biri esasında adil yargılanma hakkını korumak için benimsenen ilkeler olduğundan⁶⁶² tüm bu sebepler “adil yargılanma hakkı” kapsamında ele alınacaktır. Tahkimde hakem seçimi başta olmak üzere tahkim prosedüründen tarafların haberdar edilmemesi, taraflara iddia ve delillerini sunma imkânı verilmemesi veya çok kısa bir süre verilmesi gibi durumlarda adil yargılanma hakkının ihlali gündeme gelecektir.

Diğer denetim sebeplerinde olduğu gibi adil yargılanma hakkı ihlali bakımından yapılacak denetimde mahkeme, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini kontrol etmek için zorunlu olan ve bu sebeple ilgili tüm vakıaları ve hukuki meseleleri inceleyebilecektir⁶⁶³. Bu denetim *révision au fond* teşkil etmeyecektir⁶⁶⁴. Bununla birlikte, diğer denetim sebeplerinde de geçerli olduğu üzere tarafların adil yargılanma hakkı ihlali arkasında hakemin uyuşmazlığın esasına yönelik vardığı çözümün tartışılmasına yönelik çabalarına imkân verilmemelidir⁶⁶⁵. Bu yüzden adil yargılanma ihlaline gerekçe gösterilen itirazın ileri sürülmesinin asıl gayesinin ve mahkemece böyle bir inceleme yapılacak olursa bunun kapsamının ne olacağının tespit edilmesi gerekmektedir. Çalışmamız kapsamında gerçek adil yargılanma hakkı ihlalleri ile bu ihlal iddiaları arkasında hakemin uyuşmazlığa ilişkin verdiği kararın esasının mahkeme tarafından yeniden incelenmesine yönlendiren itirazları ayırt etmek için Fransız mahkemelerinin iki kararı üzerinden konu ele alınacaktır.

İlk olarak Paris İstinaf Mahkemesinde görülen bir iptal davasında davacı, hakemin başkaca bir delil bulunmamasına rağmen tanık dinlenmesi talebini gerekçesiz bir şekilde reddetmesinin adil yargılanma hakkını⁶⁶⁶ ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Paris

“taraflardan birinin hakem önünde usulüne uygun temsil edilmemesi” ile MÖHUK m. 62/1/d’de “*aleyhine tenfiz kararı istenen tarafın hakem tayininden haber edilmemesi veya iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış olması*” tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir.

⁶⁶² Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.355-356, 387; Sarıöz-Büyükalp, **Adil Yargılanma**, s.15-16.

⁶⁶³ Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.I.B.3.

⁶⁶⁴ Larribère, s.12

⁶⁶⁵ Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.I.B.3. Adil yargılanma hakkı ihlali özelinde bkz. WEILLER Laura, “Le respect du contradictoire à l’épreuve du principe de non-révision de la sentence arbitrale au fond, note sous Paris, 19 octobre 2021”, *Revue de l'Arbitrage*, C.2022, S.2, 2022, s. 733-743, s.738-739.

⁶⁶⁶ Fransız hukukunda adil yargılanma hakkına ilişkin iptal sebebi Fransız Usul Kanunu m.1520/4’te “*Le principe de la contradiction n’a pas été respecté*” olarak düzenlenmiştir. Burada geçen “*Le principe de la contradiction*” ifadesi Türkçe’ye “*karşı tarafa da söz ve dinlenilme hakkı verilmesi*” olarak çevrilebilecektir. Bununla birlikte hükümdeki ifadenin, bu ifadeye göre daha kapsamlı olan ve AİHS’de düzenlenen adil yargılanma ilkesine daha yakın olduğu ifade edilmiştir (Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.355) Bu nedenle kavram karmaşasına yol açmamak için bu terimden de “adil yargılanma hakkı” olarak bahsedilmiştir.

İstinaf Mahkemesi iptal talebinin hakem kararının esasının denetlenmesini sağlama amacı taşıdığını belirterek talebi reddetmiştir. İstinaf Mahkemesine göre “*davacı, hakemin tanık dinleme talebinin reddine karar vermesine itiraz ederek adil yargılanma hakkı ihlali kisvesi altında, iptal davasını gören mahkemenin hakemin verdiği kararı esastan incelemesini sağlamaya çalışmaktadır. Ancak iptal mahkemesinin böyle bir inceleme yapması yasak olup, mahkemenin görevi, hakem kararının doğru olup olmadığını veya hakemin muhakemesinin ve gerekçesinin uygunluğunu denetlemek değildir.*”

İstinaf Mahkemesi kararının gerekçesinde hakem kararının esasını incelemek yerine, bunlar dışında kalan iki hususu tespit etmekle yetinmiştir. İlk olarak tarafların, dilekçe teatisi aşamasında iddia ve savunmalarını sunduklarını tespit etmiştir. İkinci olarak hakem kararındaki, tanık dinlenmesi talebinin reddine ilişkin hakemin gerekçelerini içeren bölüme atıf yapmıştır. Bundan başka hakemin gerekçesinin yerinde olup olmadığı, uyuşmazlığın esası bakımından tanık dinlenmesi gerekip gerekmediği gibi bir inceleme yapmadan adil yargılanma ihlaline dayanan iptal talebini reddetmiştir⁶⁶⁷.

Yine Paris İstinaf Mahkemesi önünde görülen bir iptal davasına konu hakem kararının verildiği tahkim yargılamasında davalı duruşmanın ertelenmesi talebinde bulunmuş, hakem gecikmeye neden olacağı için talebi reddetmiştir. Bunun üzerine duruşma daha önce belirlenen tarihte yapılmış ancak davalı ve tanıkları duruşmaya katılmamış, hakem davacı tanıklarının çapraz sorguya tabi tutmuştur. Davalı, taraflardan yalnızca birinin katılımıyla duruşma gerçekleştirilerek karar verilmesinin adil yargılanma hakkının ihlal ettiği iddiasıyla iptal talebinde bulunmuştur.

İstinaf Mahkemesi, adil yargılanma hakkı ihlalinin temelini oluşturan duruşmayla ilgili vakıaları (tarafların ve hakemin buna ilişkin tutum ve davranışlarını, beyanlarını) ve hakemin duruşmanın yapılmasına ilişkin kararının gerekçelerini hakem kararı üzerinden saptamıştır. Bu konularda hakem kararında belirtilen hususları ve sunulan diğer belgeleri değerlendiren İstinaf Mahkemesi, hakemin duruşmaya

⁶⁶⁷Paris İstinaf Mahkemesi (Department 5 - Chamber 16), 14.09.2021, SA Swissavia v. SAS Airbus Helicopters, 19/19388 (<https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-sa-swissavia-sa-v-sas-airbus-helicopters-arret-de-la-cour-dappel-de-paris-tuesday-14th-september-2021>) (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

ilişkin kararını tarafları dinledikten sonra verdiği ve tarafların uyuşmazlığın esasına ilişkin yazılı tanık beyanı sunmak başta olmak üzere açıklama yapma imkânı bulduğu kanaatine varmıştır⁶⁶⁸. Bu kapsamda vakialarda bir hukuka aykırılık tespit etmeyen İstinaf Mahkemesi, hakemin kararının arkasındaki gerekçenin doğruluğuna veya yanlışlığına ilişkin bir inceleme yapmamıştır. İstinaf Mahkemesine göre “*hakem kararının iptalini isteyen tarafın hakemin duruşmayı ertelemeyerek taraflardan birinin yokluğunda karar vermesinin doğru olmadığını ileri sürmesi, aslında hakemin duruşmanın ertelenmesi talebini reddetme gerekçelerini eleştirmeyi ve böylece adil yargılanma ilkesinin ihlali kisvesi altında iptal hakimini hakem kararını gözden geçirmeye yönlendirmeyi amaçlamaktadır*”. Bu nedenle bu iptal sebebine dayanan talep reddedilmiştir⁶⁶⁹.

Bu içtihatlar da dikkate alındığında adil yargılanma hakkı kapsamında yapılacak inceleme ile *révision au fond* yasağı arasında bir ilişki kurabilmek için adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisi olan ⁶⁷⁰ hukuki dinlenilme hakkının unsurları üzerinden bir formülasyon geliştirilebilir. Bilindiği üzere hukuki dinlenilme hakkının tarafların bilgi sahibi olması, taraflara açıklama yapma ve ispat faaliyetinde bulunması imkânı verilmesi ve son olarak bu açıklamalara dikkate alınarak gerekçeli karar verilmesi şeklinde üç unsuru bulunmaktadır⁶⁷¹.

Hukuki dinlenilme hakkının unsurları üzerinden hareket edecek olursak hakem kararını adil yargılanma hakkı ihlali bakımından denetlenmesinde mahkeme, bu itiraza gerekçe gösterilen hususla ilgili tarafların bundan haberdar olup olmadığını, taraflara açıklama yapma imkânı verilip verilmediğini ve tarafların açıklamaları dikkate alınarak bir karar verilip verilmediğini (ki bunlar genellikle birtakım olay ve olgular olacaktır) inceleyecektir. Mahkeme bu incelemede hakem kararındaki tespit ve değerlendirmelerden yararlanabileceği gibi hakem kararında yer almayan bilgiler

⁶⁶⁸ Fransız hukukunda hakem kararında yer alan hakemin kişisel tespitlerinin, sahtecilik iddiası yöneltilinceye kadar delil teşkil edeceğine ilişkin prensip (Weiller, s.737-738), İstinaf Mahkemesinin bu kararını haklı kılmaktadır.

⁶⁶⁹ Paris İstinaf Mahkemesi, (Department 5 - Chamber 16) 19.10.2021, Magpower Soluções de Energia et autre v. SAS Heliotrop, 19/23071 (https://jsumundi.com/en/document/decision/fr-heliotrop-s-a-s-v-magpower-solucoes-de-energia-s-a-and-magp-inovacao-s-a-arret-de-la-cour-dappel-de-paris-tuesday-19th-october-2021#decision_18188) (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

⁶⁷⁰ Sarıöz-Büyükalp, **Adil Yargılanma**, s.158.

⁶⁷¹ Bu unsurlar HMK m.27/2’de de bu şekilde belirtilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Sarıöz-Büyükalp, **Adil Yargılanma**, s.170 vd.

bakımından, örneğin tarafların dilekçesini inceleyerek ihlal iddiasıyla ilgili tarafların beyanda bulunup bulunulmadığını inceleyebilecektir. Öte yandan tebligat evraklarından tarafların bir konu hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmediğini ve bunun zamanını tespit edebilecektir.

İleri sürülen itiraz bakımından yukarıda sayılanlardan en azından biri gerçekleşmediyse, söz gelimi itiraza konu husus bakımından taraflar haberdar edilmediyse veya taraflara açıklama imkânı verilmediyse veyahut bu konuda hakem tarafından bir karar verilmediyse adil yargılanma hakkının ihlal edildiği söylenebilecektir. Tüm bu incelemeler bir denetim sebebi özelinde yapıldığından *révision au fond* yasağı kapsamında kalmayacaktır⁶⁷².

Bir örnek üzerinden gidecek olursak hakemin tarafların ileri sürmediği bir vakıayı veya hukuk kuralını kendiliğinden, taraflara da beyanda bulunma imkânı vermeden hükme esas aldığı ve bu yüzden adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüş olduğunda mahkeme, hakem kararını inceleyerek hakemin taraflarca getirilmediği halde esas aldığı vakıa veya hukuk unsurlarını tespit edecek, bunlar için taraflara beyan hakkı verip verilmediğine bakılacaktır. Tarafların bilgilendirme ve açıklama hakkının ellerinden alınması adil yargılanma hakkı ihlali oluşturacaktır.

Mahkeme tarafından yapılacak incelemede hukuki dinlenilme hakkının unsurları bakımından bir eksiklik tespit etmezse, hakemin verdiği kararın sorgulanması anlamına gelecek şekilde bir inceleme, *révision au fond* yasağı uyarınca mümkün olmayacaktır. Paris İstinaf Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere tarafların itirazları, uyuşmazlığın çözümüne giden yolda hakemlerin usûli olanlar da dahil olmak üzere verdikleri kararların gerekçesinin doğruluğunun mahkeme tarafından sorgulanmasını hedefliyorsa bu anlamda bir inceleme yapılmayacaktır. Örneğin hakemin tanık dinletilmesi talebini veya yeni bir duruşma yapılması talebini reddetmesinin hatalı olduğu ileri sürüldüğü durumda hukuki dinlenilme hakkının unsurları açısından bir eksiklik yoksa hakemin bu yöndeki kararlarının gerekçesi denetlenemeyecektir.

⁶⁷² Kaldı ki incelenen vakıalar genellikle uyuşmazlığın esası ile ilgili olmayan vakıalardır.

Yukarıda tespit edilen ilkeler ışığında bir başka örnek üzerinden inceleme yapmak gerekirse, taraflardan birisi ihtilaf konusunun teknik boyutu olması nedeniyle hakemden bilirkişi atanmasını istediğini ancak bilirkişi ataması yapılmadığını tenfiz veya iptal davasında mahkeme önünde ileri sürdüğünde, tahkimde tarafların bu konuda bir beyanda bulunup bulunmadığı ve hakemin bu konuda bir karar verip vermediğinin incelenmesi gerekecektir. Bu inceleme neticesinde hakemin bilirkişi atanması talebi üzerine olumlu veya olumsuz hiçbir karar vermediği tespit edilirse adil yargılanma hakkı ihlali söz konusu olacaktır⁶⁷³. Ancak taraflara konuyla ilgili beyanda bulunma imkânı verildikten sonra hakem tarafından bilirkişi atanması talebinin reddine karar verildiyse, hakemin bilirkişi deliline müracaat etmeme yönündeki takdiri mahkeme tarafından değerlendirilemeyecektir⁶⁷⁴. Bu durumda mahkeme uyuşmazlığın kendi önünde görülmesi halinde vakıaların ispatı için bilirkişi deliline ihtiyaç duyulup duyulmayacağını değerlendiremeyecektir, zira bu durum *révision au fond* yasağının ihlali anlamına gelecektir.

4. Kamu Düzeni Denetimi

a) Genel Olarak Kamu Düzeni İhlali

Hakem kararlarının denetlendiği sebepler arasında “kamu düzeninin ihlali” de yer almaktadır⁶⁷⁵. Kamu düzeninin ihlali bakımından *révision au fond* yasağının uygulanmasına geçmeden önce hakem kararlarında kamu düzeni ihlallerinin neler olduğu ele alınacaktır. Hem iç hukuk hem de milletlerarası özel hukukta kullanılan kamu düzeni kavramının pozitif düzenlemelerde bir tanımı yapılmamıştır. Kavramın değişken niteliği de kesin bir tanıma ulaşmayı güçleştirmektedir⁶⁷⁶. Kamu düzeni, en genel tanımıyla “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kurallar bütünüdür”⁶⁷⁷.

⁶⁷³ Benzer şekilde Yargıtay bilirkişi incelemesi yaptırıldığı halde bu raporun taraflara tebliğ edilmediği bir tahkim yargılamasında bilirkişi raporunun tebliğ edilip edilmediğini denetleyerek hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. (Yargıtay 15.HD., 2825/5138, T. 06.09.2014).

⁶⁷⁴ Yargıtay 11. HD., E.2016/725, K.2016/7777, T. 6.10.2016.

⁶⁷⁵ UNCITRAL Model Kanunu m. 34/2/b/ii, MTK m. 15/A/2/b ve HMK m. 439/2/ğ’de “hakem kararının kamu düzenine aykırılığı” bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür. New York Sözleşmesi m. V/2/b ve MÖHUK m. 62/1/b’de de hakem kararının tenfizi istenen ülkenin kamu düzenine aykırı olması tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir.

⁶⁷⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.441, 448; Çelikel/Erdem, s.763-764; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s.688-695. Balkar Bozkurt, **Denetim**, s.397.

⁶⁷⁷ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.26.

Türk hukukunda kamu düzeni kavramı, bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında milletlerarası özel hukuku anlamında, “*Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık*” olarak tanımlanmıştır⁶⁷⁸.

İptal ve tenfiz davasında yapılacak kamu düzenine aykırılık incelemesinde esas alınan kamu düzeni, denetim mahkemesinin kamu düzeni olacaktır⁶⁷⁹. Öte yandan bu denetimlerde esas alınacak kamu düzeni anlayışı bir ülkenin iç hukukunda kabul edilen kamu düzeni anlayışı değil, milletlerarası kamu düzeni anlayışı olacaktır⁶⁸⁰. Milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni, iç hukuktaki kamu düzenine göre daha sınırlıdır⁶⁸¹. Örneğin bir ülkenin iç hukukunda kamu düzeninden kabul edilen her emredici düzenleme, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeninin kapsamına girmemektedir⁶⁸². Bu kapsamda hangi hallerin milletlerarası özel hukuk meselelerine uygulanacak kamu düzeni kavramının kapsamına girdiğini ve hakem kararındaki hangi ihlallerin kamu düzeni ihlali teşkil ettiğini belirlemek gerekecektir. Ancak

⁶⁷⁸ Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E.2010/1, K.2012/1, T. 10.2.2012.

⁶⁷⁹ İptal davası bakımından Model Kanun m. 34/2/b/ii’de iptal davasının görüldüğü tahkim yeri devletin kamu düzeninin esas alınacağı belirtilmiştir. MTK m. 15/A/2/b’de açıkça zikredilmemişse de yapılacak incelemede Türk kamu düzeninin esas alınması gerekmektedir. Tenfiz davası bakımından New York Sözleşmesi m. V/2/b’nin açık düzenlemesi gereği, tenfiz yeri ülkesinin kamu düzenine göre bir inceleme yapılmalıdır (Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.397). MÖHUK m. 62/1/b’de herhangi bir düzenleme yapılmamışsa da Türk kamu düzenine göre bir inceleme yapılması gerekir.

⁶⁸⁰ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.23-38; EKŞİ Nuray, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, Public and Private International Law Bulletin, C.40, Özel Sayı: Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, 2020, s.143-201, s.143 vd. Milletlerarası kamu düzeni kavramı ile kastedilen o devlete ait kamu düzeninin milletlerarası nitelikte olan kısımlarıdır, yoksa yine incelemeyi yapan devletin milli kamu düzeni kapsamında bir inceleme yapılacaktır (Chantebout, s.419, 425).

⁶⁸¹ İç hukuktaki her emredici düzenleme milletlerarası özel hukuk anlamında bir kamu düzeni kuralı değildir. Ayrıca iç hukuktaki kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni arasında işlev farkı bulunmaktadır. İç hukuktaki kamu düzeni kişilerin yaptıkları sözleşmede kamu düzenine aykırı hükümler kararlaştırılmasını engellerken, milletlerarası kamu düzeni yabancı hukukun kamu düzenine açıkça aykırı olan hükümlerinin uygulanmasını engelleyecek niteliktedir. (Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.36-37).

⁶⁸² Nomer, **Devletler Hususî**, s.520-521; Nomer, **Milletlerarası Usul**, s.186,187,202; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s.698; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.442-443,620-621; Akıncı, **Milletlerarası Özel**, s.211-212; GÜVEN Pelin, Tanıma-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Yetkin, İstanbul, 2013, s.131.

bunların tek tek tespit edilmesi mümkün olmayacağından aşağıda önemli bazı kamu düzeni ihlalleri sıralanacaktır⁶⁸³.

Vazgeçilmez bir usûl prensibi olan hakemlerin “tarafsızlığı ve bağımsızlığı” yükümlülüğü ihlali bazı durumlarda, örneğin bu ihlalin rüşvetle ilişkili olması gibi durumlarda kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir⁶⁸⁴. Öte yandan tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğünün ihlaliyle sınırlı olmamakla birlikte hakem kararının konusunun sonuçları itibariyle kamu düzenine aykırı olması da mümkündür. Söz gelimi rüşvet, kara para aklama, uyuşturucu ticareti, insan ticareti, terörizme destek, yasa dışı silah ticareti, kültürel varlıkların yasa dışı ticaretini içeren anlaşmaları geçerli sayan ve bunlardan doğan alacakların tahsilini öngören hakem kararları kamu düzenine aykırı olacaktır⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Kamu düzeni çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Bunlardan birinde kamu düzeni, usûli ve maddi kamu düzeni olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (Ekşi, **Kamu Düzeni**, s.154, Bayata Canyaş, s.109-110). Usûli kamu düzeni kuralları, şekli meselelere ve yargılamanın yürütülmesine ilişkin usûli meselelere ilişkindir. Maddi kamu düzeni ise, usule ilişkin olmayan toplumun temel değerlerini ve çıkarlarını koruyan, sosyal, ekonomik, siyasal ve ahlaki değerlere ilişkin kuralları ifade eder. (Detaylı bilgi için bkz. IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, Report on the public policy exception in the New York Convention, , <https://www.ibanet.org/document?id=Subcommittee-on-Recognition-and-Enforcement-of-Arbitral-Awards-Public-Policy-Oct-2015> (Erişim Tarihi:01.12.2024).Fransız hukukunda kabul edilen bir ayrım da ise kamu düzeni tüketici, işçi hakları ve adil yargılanma hakkı gibi meseleler bakımından koruyucu kamu düzeni (*l'ordre public de protection*) ve yolsuzluk, kara para aklama, ekonomilerin korunması gibi meseleleri içeren düzenleyici kamu düzeni (*l'ordre public de direction*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (AKIN Pelin, “Kamu Düzeni Kavramı ve İş Hukukundaki Yansımaları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.11, S.43, 2014, s.65-66.)

⁶⁸⁴ Nomer, **Milletlerarası Usul**, s.257-259; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.624-625; Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.355,398; Lew/Mistelis/Kröll, s.723. Bu gerekçeyle iptal edilen veya tenfizi engellenen kararların sayıca az olduğu ifade edilmektedir (Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.355, 398-399).

⁶⁸⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.446-447, 621-623; Ekşi, **Kamu Düzeni**, s.157; Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.234-235; Özdemir Kocasakal, **Sözleşmeler**, s.208; Özel, **Esas**, s.235, dn.133; Born, s.2708, 2717; Fouchard/Gaillard/Goldman, s.848; Yargıtay HGK, E.2011/568, K.2012/47, T. 8.2.2012. Bir ihtilafın konusunun vergi veya gümrük ile ilgili olması tek başına kamu düzenine aykırılık anlamına gelmez, söz gelimi vergi kaçırılmasına sebep olmayıp yalnızca vergiden sorumlu tarafın belirlenmesine ilişkin bir hakem kararı bu nedenle kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilemez (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.623; Yargıtay, HGK, E.2011/568, K.2012/47, T. 8.2.2012). Hakem kararında hükmedilen “cezaî şart” da kamu düzenine aykırılık kapsamında ele alınabilmektedir (Ekşi, **Kamu Düzeni**, s.190 vd.) Yargıtay ise sözleşmede düzenlenen cezaî şartın fahiş olup olmadığının kamu düzeninden olmadığını (Yargıtay, 11. HD., E. 2016/3303, K. 2017/1922, T. 30.3.2017), cezaî şarta ilişkin esasa uygulanacak hukukun Türk hukukundan farklı olmasının hatta emredici düzenlemelerine aykırı olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği görüşündedir (Yargıtay, 15. HD., E. 2014/2183, K. 2014/3226, T. 12.5.2014). Kanaatimizce Yargıtay’ın kategorik olarak böyle bir yaklaşımda bulunması doğru değildir, somut olayların şartları, tarafların durumu, sözleşmesel veya kanuni düzenlemedeki cezaî şarta ilişkin hükmün mahiyeti, tarafların ilgili hükmü veya kanunu seçme iradeleri, hükmedilen tazminatın meydana getirdiği sonuçlar üzerinde kamu düzeni ihlali olup olmadığının incelenmesi gerekir (Aynı yönde bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.448, 630-631).

Kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer konu da doğrudan uygulanan kurallara⁶⁸⁶ aykırılıktır⁶⁸⁷. Doğrudan uygulanan kurallar, Roma I Tüzüğünde “bir ülkenin, politik, sosyal veya ekonomik organizasyonu gibi kamusal çıkarlarının korunması için, uygulama alanına giren tüm durumlara, bu Tüzük uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun, uygulanması hayati derecede önemli olan” kurallar olarak tanımlanmıştır⁶⁸⁸. Bu tanımlamaya göre bu kuralların iki temel özelliği vardır. İlk olarak bu kurallar bireylerin menfaatinden daha çok devletlerin siyasi, sosyal ve ekonomik menfaatlerine ilişkindir. İkinci olarak bu kurallar, tüm hukuki durumlara uygulanması zorunlu olan kurallardır⁶⁸⁹.

Doğrudan uygulanan kurallara devletlerin ekonomi politikasını gerçekleştirmek için uyguladığı ithalat-ihracat rejimi, gümrük ve kambiyo düzenlemeleri, rekabet hukuku düzenlemeleri; sosyal politikalara ilişkin iş ve işçi sağlığı, kamu sağlığı, kültürel varlıklara ilişkin düzenlemeler (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu) ve devletlerin siyasal politikasına ilişkin ambargo düzenlemeleri örnek gösterilebilir⁶⁹⁰. Ayrıca zayıf olan tarafı koruma amacıyla düzenlemelerin yapıldığı iş hukuku, kira hukuku ve tüketici hukuku gibi alanlardaki düzenlemeler de doğrudan uygulanan kurallar arasında kabul edilmektedir⁶⁹¹. Hakemlerin doğrudan uygulanan kuralları uygulama yükümlülüğü olup olmadığı, böyle bir yükümlülükleri varsa hangi

⁶⁸⁶ Detaylı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s.209-210; Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.260-263 (dn.93-102).

⁶⁸⁷ Özdemir Kocasakal, **Sözleşmeler**, s.89 vd.; Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.250; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.168; TAKAVUT İbrahim Doğan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, On İki Levha, İstanbul, 2018, s.97; HUYSAL Burak, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Müdahaleci Kuralları Uygulama Yükümlülüğü”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1-2, 2011, s.129-150, s.132-133; JACQUET Jean-Michel, “La loi applicable au fond du litige dans l’arbitrage international”, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, S.1, 2011, s.195-234, s.224, 225 <https://www.ehu.eus/documents/10067636/10765866/2011-Jean-Michel-Jacquet.pdf/b25bc46d-b230-2bf5-e167-62779852da72> (Erişim Tarihi: 04.07.2024).

⁶⁸⁸ Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.225.

⁶⁸⁹ Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.225-226. Doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasından feragat edilmesi mümkün değildir (Özdemir Kocasakal, **Sözleşmeler**, s.198; Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.239).

⁶⁹⁰ Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralların kapsamı için bkz. Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.252; 805 sayılı Kanunun doğrudan uygulanan olup olmadığı için bkz. Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.78-83). Karşılaştırmalı hukukta doğrudan uygulanan kuralların kapsam için bkz. Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.260-263 (dn.93-102).

⁶⁹¹ Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.225-226; zayıf olanı korumaya yönelik kurallar Alman hukuku ve bazı hukuk sistemlerinde doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmemektedir.

ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını uygulamak durumunda oldukları ve bu kuralları ne ölçüde uygulayacakları tartışmalıdır⁶⁹².

b) Kamu Düzeni İhlallerinin Mahkeme Tarafından Denetlenmesi

İptal ve tenfiz davasında benimsenen “kontrol sisteminin” bir sonucu olarak diğer denetim sebeplerinde olduğu gibi kamu düzeni ihlalinin incelenmesi bakımından zorunlu ve ilgili tüm vakıa ve hukuk unsurları denetlenebilecektir⁶⁹³. Bu durumda *révision au fond* yasağı devreye girmeyecektir. Kontrol sisteminin genel özelliğinin bir sonucu olan bu durum, Türk hukukunda en çok kamu düzeni üzerinden vurgulanmıştır.

Türk doktrinde yabancı hakem kararlarının tenfizi bakımından *Nomer*, kamu düzenine aykırılığı, *révision au fond* yasağının bir istisnası olarak tanımlanmaktadır⁶⁹⁴. Şanlı ise kamu düzeni bakımından zorunlu olması halinde, yani başka şekilde ileri sürülen ihlal iddialarının incelenmesi mümkün değilse, kamu düzenine aykırılık için ileri sürülen itirazla sınırlı olmak üzere “*hakem kararının muhtevasına dahil muayyen hususların(vakıaların)*” incelenebileceğini ve bunun “*teknik anlamda davanın esastan incelenmesi anlamında*” olmadığını ifade etmektedir⁶⁹⁵. Akıncı, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davasında⁶⁹⁶ denetim sebepleri ile sınırlı olmak kaydıyla, kararın “hüküm” kısmı ile sınırlı olmaksızın tamamının incelenmesinin veya okunmasının

⁶⁹² Bugün hakemin doğrudan uygulanan kuralları uygulaması gerektiğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır (Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.229-230; Born, s.2720; Takavut, s.64-66; Huysal, s.134-135) Ayrıca hakemin icra edilebilir bir karar verme görevi de olması nedeniyle tahkim yeri ülkesinin ve hakem kararının tenfiz edileceği muhtemel ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alması gerektiği ileri sürülmektedir (Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.232, 238-239)

⁶⁹³ Bkz. İkinci Bölüm.I.A.

⁶⁹⁴ Nomer, **Devletler Hususi**, s.572. Yukarıda ifade edildiği üzere kamu düzeni incelemesini bir “istisna” olarak görmeye gerek yoktur, bu kontrol sisteminin hatalı anlaşılmasına yol açabilecektir. Kontrol sisteminde denetim sebepleriyle sınırlı olarak vakıalara ve hukuki meselelere ilişkin tüm unsurlar incelenebilecektir (Nitekim *Nomer* de bu görüştedir). Ancak burada *révision au fond* yasağının bir istisnasından ziyade hiç uygulanmaması (uygulanmasına yer olmaması) söz konusudur.

⁶⁹⁵ Şanlı, **Akit**, s.477. Aynı yönde bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.862. Yazarlar yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için de görüşü aynı yöndedir. Buna göre yabancı hakem kararlarının tenfizinde, kamu düzeni incelemesi için zorunlu olması halinde yani başka bir şekilde itirazın değerlendirilmesi mümkün değilse, esasa ilişkin hususların incelenebilecektir. Esastan inceleme hâkimin hukuku uygulamasının doğruluğunu kontrol etmek olup, kamu düzeni ile sınırlı bir denetim bu kapsama girmeyecektir (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.696-697).

⁶⁹⁶ Bunun hakem kararlarının denetimine teşmil edilmesi mümkündür)

mümkün olduğunu belirtmektedir. Bu incelemede yasak olan husus, kararın doğru olup olmadığına ilişkin inceleme yapılmasıdır⁶⁹⁷.

Demir Gökyayla, yabancı mahkeme kararının tenfizinde “*esasa uygulanan hukukun vazgeçilmez bir Türk hukuk prensibine*” aykırılığı söz konusu ise *révision au fond* yasağına “*katı bir şekilde bağlı kalınmaması*” gerektiğini savunmaktadır⁶⁹⁸. Bir başka görüş ise kamu düzeni incelemesinin *révision au fond* yasağını “genişlettiğini” ve bunun “*teknik anlamda davanın esastan incelenmesi anlamında*” olmadığını ileri sürmektedir⁶⁹⁹. Daha önce detaylı şekilde izah edildiği üzere⁷⁰⁰ kamu düzeni bir denetim sebebi olarak kabul edildiğinden bu sebebin incelemesiyle ilgili yapılacak zorunlu bir inceleme, *révision au fond* yasağı kapsamında kalmayacaktır. Bu nedenle bu incelemeyi *révision au fond* yasağının bir istisnası olarak tanımlamamaya da gerek olmayacaktır.

Yargıtay ise konuyla ilgili *Şanlı*’nın görüşüne atıf yaparak “*kamu düzenine aykırı olacağı ileri sürüldüğünde, mahkemenin itirazı değerlendirebilmesi için, kısmen işin esası ile ilgili inceleme ve araştırma yapması zorunludur. Aksi halde kamu düzenine aykırılık itirazını değerlendirmek mümkün değildir. Bu gibi durumlarda kamu düzenine aykırılık itirazlarının incelenmesi için, zorunlu olarak işin esası ile ilgili hususların araştırılması, teknik anlamda davanın esastan incelenmesi anlamında da değildir.*” şeklinde karar vermiştir⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ Akıncı, **Ders Kitabı**, s.195-196. *Akıncı*, kamu düzenine aykırılık için de benzer incelemenin yapılmasını desteklemektedir (Akıncı, **Ders Kitabı**, s.277 vd.).

⁶⁹⁸ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.77. Aynı yönde bkz. Özkan/Tütüncübaşı, s.210

⁶⁹⁹ DÜRÜSTKAN Seden, “Yabancı Hakem Kararlarında Kamu Düzeni Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.25, S.1, 2023, s.421-451; s.431-432. (Herhalde yazarın burada genişletmekten kastettiği, yasağın genişletilmesinden ziyade uygulamasının esnetilmesi ve kararın içeriğine bakılabilmesidir. Çünkü eserin ilerleyen bölümlerinde hakem kararının esasına girilmesinin gerekebileceği, esastan incelemeye imkân veren görüşler olduğu belirtilmektedir. Bkz. s.432,444)

⁷⁰⁰ Bkz. İkinci Bölüm.I.A.

⁷⁰¹ Yargıtay HGK., T.8.2.2012 E.2011/568 K.2012/47. Yargıtay kararı, hakem kararının denetiminde benimsenen “kontrol” sistemi çerçevesinde kamu düzeni ihlalinin incelenmesi bakımından doğru olmakla birlikte *Nomer*, bu kararda “ülkenin gümrük ve vergi mevzuatına karşı bir hile ve muvazaa teşkil ettiği” gerekçesiyle Yargıtay’ın taraflar arasındaki sözleşmenin geçerliliğini incelemesini hatalı bulmuştur (*Nomer*, **Devletler Hususi**, s.572, s.369). Kanaatimizce Yargıtay’ın doğrudan sözleşme maddesinin geçerliliği üzerinden değil hakem kararının tenfizinin sonuçları üzerinden bir değerlendirme yapması gerekirdi. Nitekim *Akıncı*’da bu karara atıf yaparak “*taraflar arasındaki anlaşmanın ve hakem kararının sonuçları itibarıyla vergi kaçırmayı, naylon fatura kesmeyi öngörmesi, gümrük vergilerinden kurtulmayı amaçlaması gibi durumlarda*” kamu düzeni ihlali olabileceğini ifade etmiştir (Akıncı, **Ders Kitabı**, s.248-250)

Hakem kararı diğer denetim sebeplerinde olduğu gibi kamu düzeni ihlali bakımından tüm unsurları bakımından incelenecektir. Öte yandan kamu düzenine ilişkin yapılacak incelemenin nereye kadar uzanacağı, bu incelemenin yalnızca hakem kararı üzerinden mi yapılacağı yoksa başkaca deliller üzerinden yapılmasının mümkün olup olmadığı denetim mahkemesi hukukunda kabul edilen anlayışa göre belirlenecektir.

Kamu düzeni incelemesi bakımından genel prensiplerden bahsetmek gerekirse hakem kararının esasına uygulanan hukukun, iptal veya tenfiz mahkemesinin hukukundan farklı olması, hatta emredici kurallarına aykırılık içermesi tek başına kamu düzeni ihlali anlamına gelmeyecektir⁷⁰². Kamu düzeni denetiminde hakem tarafından esasa uygulanan kuralların, kamu düzenine aykırı olup olmadığı veya kamu düzenine ilişkin kuralın doğru uygulanıp uygulanmadığı kontrol edilemeyecektir⁷⁰³. Bunun yerine kamu düzeni kontrolünde yalnızca hakem tarafından ilgili hukuk kurallarının uygulanması neticesinde varılan sonucun yani hakem kararının uygulanmasının doğuracağı etkinin kamu düzenine aykırı olup olmayacağı incelenecektir⁷⁰⁴. Bu açıdan hakem kararında varılan neticenin tarafların menfaatleri üzerindeki etkisi denetlenmeyecek⁷⁰⁵, yalnızca hakem kararında varılan sonuç itibarıyla denetim ülkesi kamu düzeninin etkilenip etkilenmediğine bakılacaktır⁷⁰⁶.

Kamu düzeni kavramı diğer denetim sebeplerindeki ilkelerden farklı olarak belirsiz ve yoruma açık bir yapıya sahiptir. Bu nedenle kamu düzeni incelemesinde mahkemelerin takdir yetkisi daha geniş olacaktır⁷⁰⁷. Hakem kararlarının etkinliğinin sağlanması için yapılacak denetimde “kamu düzeni” kavramının dar yorumlanması

⁷⁰² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.630-631.

⁷⁰³ Chantebout, s.402-403.

⁷⁰⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.631; Demir-Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.36-37. Yargıtay yabancı mahkeme kararının tenfizine ilişkin davada, yabancı mahkemece uygulanan maddi hukukun Türk kamu düzenine aykırılığından bahsedilemeyeceğini yalnızca kararın/hükmün tenfizi sonucunda ortaya çıkabilecek durumun kamu düzenine aykırı olup olmadığının değerlendirilebileceğine karar vermiştir (Yargıtay 18. HD, E.2014/3930, K.2014/10998, T.19.06.2014). Söz konusu karar yabancı mahkeme kararına ilişkin olsa da yabancı hakem kararları bakımından da aynı ilkenin geçerli olduğu söylenebilecektir (Chantebout, s.383-384, 406). Paris İstinaf Mahkemesi verdiği bir kararda hakem kararının kamu düzenini ihlali bakımından yapılacak incelemede tarafların haklarının ihlal edilip edilmediğinin incelenemeyeceğine, yapılacak incelemenin hakem kararında varılan netice ile sınırlı olup kararın uygulanmasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde iptal edilebileceğine karar vermiştir (Paris İstinaf Mahkemesi, 27.10.1994, *Lebanese traders v. Reynolds*, Revue de l'arbitrage, 1994, s.708).

⁷⁰⁵ Chantebout, s. 80-81, 414-416.

⁷⁰⁶ Chantebout, s.409-412.

⁷⁰⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.620; Pizzurro / García / Perla, s.92.

gerektiği kabul edilmektedir⁷⁰⁸. Bununla birlikte hakem kararına konu ihtilaf ile hakem kararını denetleyen ülke arasındaki bağlantının niteliği, kamu düzeni müdahalesinin yoğunluğu üzerinde etkili olacaktır⁷⁰⁹, bu kapsamda uyuşmazlık ile kamu düzeni denetimi yapan devlet arasında sıkı bir ilişki varsa kamu düzeni denetimi daha yoğun şekilde yapılabilecektir⁷¹⁰.

Hakem kararlarının kamu düzeni ihlali bakımından yapılacak denetimin yoğunluğu bakımından bugün maksimalist ve minimalist olmak üzere iki farklı anlayış bulunmaktadır⁷¹¹. Bu iki anlayış arasındaki değişim en net Fransız içtihatları üzerinden takip edilebileceğinden aşağıda bu kapsamda bir inceleme yapılacaktır⁷¹².

Fransız mahkemeleri 2000’li yıllarda “liberal” eğilimleri takip ederek, kamu düzeni ihlalinin bahsedebilmek için bu ihlalin “açık, etkili ve somut” (*flagrante, effective et concrète*) gerektiğine ilişkin bir ilke benimsenmiştir⁷¹³. Öte yandan Fransız mahkemeleri kamu düzeni incelemesini yalnızca hakem kararı üzerinden yapmış, “dışsal” (*extrinsèque*) bir incelemeye izin vermemiştir⁷¹⁴. Kamu düzeninin denetimine ilişkin bu anlayış “minimalist” anlayış olarak ifade edilmiştir⁷¹⁵. Kamu düzenine ilişkin minimalist anlayışın benimsendiği bu dönemde kamu düzeni ihlali iddiasının

⁷⁰⁸ Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.398-399; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s.739, dn.400; (Yargıtay HGK, E.2013/1135, K.2014/973, T. 26.11.2014).

⁷⁰⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.448; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.159.

⁷¹⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, s.996; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.282; Şit Köşgeroğlu, s.342.

⁷¹¹ Chantebout, s.387. İspanya hukukunda maksimalist anlayış benimsenmişken Almanya ve Hollanda hukukunda minimalist anlayış benimsenmiştir. (İspanya hukuku ve diğer ülke hukuklarının karşılaştırılması için bkz. JENE Miguel Gómez, *International Commercial Arbitration in Spain*, Kluwer, 2019, s.247-332). İsviçre’de hakemin yetkisine ilişkin sebepler bakımından kapsamlı bir denetime izin verilmiştir. Bu kapsamda yetkiye ilişkin sebepler bakımından mahkemenin hakemin hukuki değerlendirmesi ile bağlı olmadan bir inceleme yapacaktır. Buna karşılık benzer bir denetim anlayışı kamu düzeni için benimsenmemiştir. Bu anlamda İsviçre hukukunda minimalist anlayış benimsendiği söylenebilecektir (İsviçre Federal Mahkemesi, 12.10.2023, 5A_739/2022, para.7.3.1-7.3.2. <https://www.bger.ch/jurisdiction-recht> (Erişim Tarihi:10.10.2024). Gerçekten de İsviçre hukukunda kamu düzeni gerekçesiyle pek az karar iptal edilmektedir (Chantebout, s.419, 425).

⁷¹² Fransız hukukunda hakem kararlarının denetlenmesinde önce minimalist bir anlayış benimsenmiş iken daha sonra maksimalist anlayışa geçilmiştir.

⁷¹³ Fransız Temyiz Mahkemesi, 1.HD, 04.06.2008, SNF v. Cytec, n° 06-15.320 (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000018947552/>)

⁷¹⁴ Paris İstinaf Mahkemesi, 18.11.2004, *Thalès Air Défense c. GIE Euromissile*, n° 2002/19606; CHANTEBOUT Vincent, “Étendue du contrôle du juge sur les violations de l'ordre public par l'arbitre:enfin le revirement espéré, Dalloz actualité”, 10.05.2022, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/etendue-du-controle-du-juge-sur-violations-de-l-ordre-public-par-l-arbitre-enfin-revirement-es> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

⁷¹⁵ Chantebout, s.421-423

révision au fond yasağına herhangi bir istisna getirmediği belirtilerek nispeten dar bir inceleme yapılmıştır⁷¹⁶.

Minimalist görüşün aksine yukarıda ifade edildiği üzere kontrol sisteminde bir denetim sebebiyle ilgili yapılacak inceleme, *révision au fond* yasağı kapsamına girmeyecektir. Dolayısıyla bir ihlal iddiasının gerçekten kamu düzeni ihlali teşkil etme ihtimali varsa yani taraf menfaatinden ziyade kamusal bir menfaatin ihlali söz konusu ise böyle bir ihlal iddiası bakımından hakem kararı tüm unsurları bakımından incelenecektir⁷¹⁷. Bu açıdan minimalist anlayışın uygulanması kanaatimizce hatalı olmuştur.

Fransız doktrininde minimalist anlayış uyarınca kamu düzeni ihlalin “açık” olması şartının aranması, kamu düzeni denetiminin yeterli şekilde yapılmasına engel olacağı nedeniyle eleştirilmiştir⁷¹⁸. Zira bir ihlalin “açık” olması için bu ihlalin hakem kararının basit bir şekilde okunması halinde bile anlaşılması gerekecektir. Gerçekten de ihlal iddialarının bu denli “açık” şekilde görünmesinin aranması konunun “şekli” bir şekilde ele alınmasına neden olacaktır. Gerçekten bir ihlal durumu varsa hakem bunu kolaylıkla anlaşılacak şekilde kararına yansıttığında kamu düzeni denetiminden kaçınılmış olacaktır. Bu nedenle kamu düzeni ihlalinin özellikle ceza hukuku anlamında da bir suç teşkil eden yolsuzluk, kara para aklama, rüşvet gibi konularla ilgili olması durumunda bu yaklaşımın yetersiz kalacaktır⁷¹⁹.

Fransız Temyiz Mahkemesinin 2022 yılında verdiği *Belekon* kararı⁷²⁰ ise bir dönüm noktası olmuştur. Zira Fransız Temyiz Mahkemesi bu kararı ile 2008 yılında kamu düzeni denetiminde benimsediği “açık, etkili ve somut” testinden vazgeçerek bunun yerine “ağır, kesin ve uyumlu” (*graves, précis et concordants*) emarelerin kamu düzeni ihlali için yeterli olduğuna karar veren ve hakem kararı dışındaki unsurları da inceleyen (dışsal denetim) istinaf mahkemesi kararını onamıştır. Böylelikle kamu

⁷¹⁶ Paris İstinaf Mahkemesi, 18.11.2004, *Thalès Air Défense c. GIE Euromissile*, n° 2002/19606.

⁷¹⁷ Detaylı açıklama için bkz. İkinci Bölüm.I.A.

⁷¹⁸ Delanoy, s.177; HEUZE Vincent, “Arbitrage international: quelle raison à la déraison?”, Recueil Dalloz, 2011, S.42, s.2880-2885.

⁷¹⁹ Delanoy, s.177; HEUZE Vincent, “Arbitrage international: quelle raison à la déraison?”, Recueil Dalloz, 2011, S.42, s.2880-2885.

⁷²⁰ Fransız Temyiz Mahkemesi 1. HD, 23.03.2022, n° 17-17981, (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000045421983>).

düzeni bakımından minimalist anlayış terk edilmiş, maksimalist anlayış benimsenmiştir⁷²¹.

Belekon davasında Fransız mahkemesi tarafından ele alınan hakem kararında Letonyalı yatırımcı *Valeri Belekon*'un Kırgızistan'daki yatırımlarına el konulması nedeniyle Kırgızistan devletine karşı *Permanent Court of Arbitration* nezdinde başlattığı tahkim yargılamasında verilmiştir. İptal davasında hakem kararının *Belekon*'un suç gelirlerinin (kara paranın) aklanmasına olanak tanıdığı ve bu nedenle kamu düzenine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Paris İstinaf Mahkemesi, milletlerarası kamu düzeni ihlali teşkil edebilecek bu iddia kapsamında yapılacak incelemenin hakem önünde ileri sürülen delillerle sınırlı olmadığına ve mahkemenin hakemin maddi ve hukuki tespitleriyle bağlı olmadığına karar vermiştir⁷²². İstinaf mahkemesi, detaylı incelemesi sonucunda hakem kararının *Belekon*'un suç gelirlerini aklamasına imkân vereceğini gösteren ağır, kesin ve uyumlu emareler tespit etmiş, bu nedenle hakem kararını iptal etmiştir.

Fransız Temyiz Mahkemesi, yaptığı incelemede istinaf mahkemesinin denetiminin kapsam ve yoğunluğunu onaylamış, bu incelemenin hakem kararın konu uyuşmazlığın esasına yönelmediğini, incelemenin kamu düzeni ile uyumluluk açısından yapıldığını ifade etmiştir. Gerçekten de yapılan inceleme hakem kararına konu uyuşmazlığın esasıyla yani *Belekon*'un yatırımlarının el konulmasının hukuka ve ilgili iki taraflı yatırım anlaşmasına uygunluğun ilişkin değil, yalnızca hakem kararının tenfizinin kamu düzeni kapsamında olan “kara paranın aklanması ile mücadele” hedefine uyumlu olması sağlanmaya çalışılmıştır.

Fransız Temyiz Mahkemesi *Belekon* kararının ardından 2022 yılında verdiği *Sorelec* davasında⁷²³, tahkim yargılamasına konu uyuşmazlığın doğduğu sözleşmeye ilişkin ihalede yolsuzluk yapıldığı ve bu şekilde imzalanan sözleşmeye geçerlilik tanıyan hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Temyiz

⁷²¹ CHANTEBOUT Vincent, “Étendue du contrôle du juge sur les violations de l'ordre public par l'arbitre: enfin le revirement espéré, Dalloz actualité”.

⁷²² Paris İstinaf Mahkemesi, 21.02.2017, n° 15/01650 (jusmundi.com): “cette recherche, menée pour la défense de l'ordre public international, n'est pas limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci”.

⁷²³ Fransız Temyiz Mahkemesi 1. HD, 07.09.2022, n° 20-22.118 (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000046282281>).

Mahkemesi bu davada kamu düzeni incelemesi bakımından maksimalist denetim uygulamıştır. Temyiz Mahkemesi, hakemin yetkisi bakımından tüm unsurlarının incelenebileceğine ilişkin önceki *Plateau des Pyramides* (Mısır Piramitleri Platosu) kararına atıf yapılarak denetim sebepleri ile ilgili tüm maddi ve hukuki unsurların araştırılması bakımından bir sınırlandırma olmadığını vurgulamıştır. Kararda “açık, etkili ve somut” testi yerine ihlale ilişkin “ağır, kesin ve uyumlu” (*graves, précis et concordants*) göstergelerin kamu düzeni ihlali için yeterli olduğuna karar verilmiştir⁷²⁴.

Fransız mahkemesinin bu yeni içtihatları üzerinden Türk hukukunda, hakem kararının kamu düzeni açısından denetiminde geçerli olabilecek ve halihazırda tartışılmış bazı ilkeler çıkarılabilecektir⁷²⁵. Bu kararlar ışığında yolsuzluk, rüşvet, kara para aklama gibi kamu düzeni ihlalleri bakımından kapsamlı bir denetim yapılması mümkündür⁷²⁶. Bu konulara ilişkin ihlal iddiaları bakımından hakem kararı dışındaki bilgi ve belgeler incelenerek “dışsal” denetim yapılabilecektir⁷²⁷. Öte yandan tarafların bu inceleme için ihlal iddiasının hakem önünde ileri sürülmesi şartı da aranmayacaktır⁷²⁸.

⁷²⁴ *Sorelec* kararında yolsuzluk iddiası tahkim yargılaması devam ederken mevcut olmasına rağmen hakem önünde ileri sürülmemiştir. Bu durum yolsuzluk iddiasının kamu düzeni ihlali bakımından denetlenmesine engel olarak görülmemiştir. Benzer yönde bkz. Fransız Temyiz Mahkemesi 1. HD, 13.09.2017, n° 16-25657, 16-26445.

⁷²⁵ Çalışmamız kapsamı esastan denetimin yasak olduğu vakıa ve hukuk unsurlarından yalnızca hukuki değerlendirmelerle sınırlandırıldığından, vakıaların tespitiyle daha ilgili olan bu tartışmalar sınırlı bir şekilde incelenmektedir.

⁷²⁶ Rüşvet ve hile gibi uç durumlarda daha kapsamlı bir denetim yapılabileceğine ilişkin bkz. Balkar Bozkurt, **Bağımsızlık**, s.409;

⁷²⁷ Hakem kararının bağımsızlığı bakımından yapılacak incelemede dışsal denetim yapılabileceği ileri sürülmüştür (Şanlı, **Akit**, s. 481). Yargıtay yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde incelemenin kararın içeriği ile sınırlı olduğu yönünde kararlar vermiştir (Yargıtay 11. HD., E.2009/85, K. 2010/11230, T. 4.11.2010; Yargıtay 11. HD, E. 2007/ 9117, K. 2009/ 3863, T. 31.3.2009) Bu karar doktrinde eleştirilmiştir (Cemile DEMİR GÖKYAYLA: “Yeni Yargıtay Kararları Işığında Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2013, C. 9, S. 105-106, s. 37; Musa AYGÜL: “Yabancı Mahkeme Davalarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri (Harç-İspat yükü ve Deliller-Vasıflandırma)”, MHB, Yıl 31, S. 2, 2011, s. 89, dn. 20 ve s. 98-99.) Karşılaştırmalı hukukta yolsuzluk, rüşvet, hile/sahtekarlık gibi iddiaların varlığının yalnızca hakem kararı değil hakem kararına konu işlemler (*transactions*) bakımından incelenebileceği hakkında bkz. Terry / Sherkey / Lax / Hunter, s.112; Pizzurro/García/Perla, s.92. Bu görüşe karşılık bir Amerikan mahkemesi kararında hile (*fraud*) bakımından yapılacak incelemenin yalnızca hakem kararı bakımından yapılabileceği, ihtilafa konu sözleşmesinin hile ile edildiği iddiasının yalnızca hakem heyeti tarafından ele alınabileceğine hükmedilmiştir (Europcar Italia, S.p.a., v. Maiellano Tours, Inc., 156 F.3d 310 (2d Cir. 1998)).

⁷²⁸ Türk hukukunda iç tahkimde geçerli olan HMK m. 409’da tahkim sürecinde çeşitli ihlal iddialarının belirli süre içerisinde ileri sürülmesi aksi halde itirazdan feragat edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir (Benzer düzenleme Fransız Usul Kanunu m. 1466’da yer almaktadır) Buna göre rüşvet, yolsuzluk, kara para aklanmasına ilişkin kamu düzeni ihlali iddiaları bakımından hakem önünde ileri sürülmemiş olsa

Rüşvet, yolsuzluk ve kara para aklama kadar ciddi bir ihlal olarak gözükmese de kamu düzeni kapsamında ele alınabilecek, hakem kararında esas alınan bir belgenin sahte olduğuna ilişkin iddianın nasıl denetlenebileceğine bakmakta fayda olacaktır. Bu yönde bir itiraz yapılması durumunda kanaatimizce ikili ayrıma gitmek gerekecektir. İlk ihtimalde tahkim yargılamasında belgenin sahteliği ileri sürülmüş ve hakem tarafından bu itiraz reddedilmişse aynı sahtelik iddiasının tenfiz veya iptal davasında esastan denetlenmesi mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde hakem önünde sahteliğe ilişkin bir itiraz ileri sürmeyen tarafın haklı bir neden olmaksızın tenfiz veya iptal davasında ileri süreceği sahtelik itirazı incelenemeyecektir. İkinci ihtimalde hakem heyeti önünde sahtelik itirazı yapılmış olmasına rağmen hakemin bu itiraz bakımından herhangi bir karar vermemesi, bir inceleme yapmaması halinde adil yargılanma hakkının ihlali gündeme gelebilecektir.

II. REVISION AU FOND YASAĞI KARŞISINDA ESASA UYGULANACAK HUKUKA AYKIRILIKLARIN DENETLENMESİ

Hakem yargılama faaliyeti kapsamında tespit ettiği vakıaları hukuki olarak nitelendirmekte ve ortaya çıkan hukuki neticeye göre uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir karar vermektedir. Hakem, dostane aracı olarak hareket ettiği durumlar dışında hukuki değerlendirme faaliyetinde esasa uygulanacak hukuk olarak adlandırılan maddi hukuk kurallarını temel alacaktır. Bu kuralların taraflarca seçilmesi ve böyle bir seçim bulunmaması halinde hakem tarafından tayin edilmesi mümkündür. Çalışmamız konusu itibarıyla önemli olan soru hakemin hukuki değerlendirme faaliyetinde yapabileceği hataların iptal veya tenfiz davasında denetlenmesinin mümkün olup olmadığıdır. Konuyu incelemeye değer kılan prensip hakem kararlarının denetiminde tahdidi olarak gösterilen sebepler arasında kanun yollarında olduğu gibi “*maddi hukuka aykırılık*” gibi bir sebep bulunmaması ve *révision au fond* yasağının kabul edilmesidir. Bu itibarla hakem kararında esasa uygulanacak hukuka aykırılık olarak ifade edilebilecek kimi hallerin mahkeme tarafından denetlenmesinin mümkün olup olmadığı mevcut denetim sebepleri üzerinden ele alınacaktır.

bile mahkeme tarafından incelenmelidir. Fransız hukukunda benzer açıklamalar için bkz. Larribère, s.12; Paris İstinaf Mahkemesi, 19.10.2021, n° 19/23071.

A. Hakemin Tarafların Maddi Hukuk Seçimine Riayet Etmemesi

Tahkimde taraflara tanınan irade serbestisi kapsamında uyuşmazlığın çözümünde esas alınacak maddi hukukun yani esasa uygulanacak kuralların taraflarca seçilmesi mümkündür⁷²⁹. Bu kapsamda esasa uygulanacak hukuk seçimi, genellikle taraflar arasındaki ilişkinin doğduğu asıl sözleşmede tahkim şartında veya bu sözleşmede münferit bir hükümde yapılabilmektedir⁷³⁰. Bundan başka taraflar, tahkim yargılaması başladıktan sonra görev belgesi ile veya hakem önünde sözlü olarak esasa uygulanacak hukuku kararlaştırabilecektir⁷³¹.

Taraflar esasa uygulanacak hukuku açık veya zımni şekilde belirleyebilecektir⁷³². Tarafların yazılı veya sözlü irade beyanlarından, yorum faaliyeti yapılmasına gerek olmaksızın açık bir şekilde esasa uygulanacak hukuka yönelik seçiminin anlaşılması durumunda açık hukuk seçimi söz konusu olacaktır⁷³³. Öte yandan taraflar hukuk seçimini, zımni (örtülü) olarak da yapmış olabilir⁷³⁴. Örneğin tarafların hukuk seçimi yaptıklarına ilişkin açık bir irade beyanları bulunmasa bile sözleşme hükümleri, somut olayın şartları ve tarafların uygulamaları gibi birtakım hallerin değerlendirilmesi ile tarafların bir hukuku, esasa uygulanmak üzere seçme niyetleri olduğu anlaşılıyorsa zımni hukuk seçimi yapılmış kabul edilecektir⁷³⁵.

Taraflar esasa uygulanacak hukuk olarak bir ülkenin milli hukukunu veya milli olmayan, anasyonel hukuk kurallarını seçebilecektir⁷³⁶. Bugün pek çok devletin

⁷²⁹ Nomer, **Milletlerarası Usul**, s.239, 270; Nomer, **Devletler Hususi**, s.321 vd., Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s.406 vd.; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.121; Özel, **Esas**, s.194,197. Bu serbesti milli hukuklarda ve tahkim kurumu tüzüklerinde açıkça kabul edilmektedir. Bkz. MTK m. 12/C, Model Kanun m. 28/1, ICC Kuralları m. 21, ISTAC Kuralları m. 25.

⁷³⁰ BLESSING Marc, “Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law”, ICCA Congress Series, S.6, s.391-446, s. 395; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.122.

⁷³¹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 415; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.122.

⁷³² Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.122.

⁷³³ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.123 vd.

⁷³⁴ Türk hukukunda MTK m. 12/C’de esasa uygulanacak hukuk seçiminin açık yapılması gerektiğine ilişkin bir zorunluluk bulunmadığından zımni hukuk seçimi yapılması da mümkündür (Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.128).

⁷³⁵ Lew/Mistelis/Kröll, s. 415; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.175 vd.; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.122, 128; Özel, **Esas**, s.198. Açık hukuk seçiminin yapılmadığı durumda yalnızca bir ülkenin tahkim yeri olarak seçilmesi veya bu ülke hukukunun usule uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi, tarafların bu ülkenin maddi hukukunu esasa uygulanmak üzere seçtiği anlamına gelmeyecektir (Blessing, s.396; Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.122-123; Özel, **Esas**, s.198). Tarafların zımni iradeleri tespitinde açık olmasa bile gerçek iradelerinin tespit edilmesi gerekmektedir, bu nedenle, “sözleşme yapıldığı esnada esasa uygulanacak hukuk seçimi yapılsa hangi hukuk seçilirdi” gibi farazi bir yaklaşım uygulanmamalıdır.

⁷³⁶ Nomer, **Milletlerarası Usul**, s.270-271; Özel, **Esas**, s.197.

tahkim kanununda ve tahkim kurumlarının tüzüklerinde⁷³⁷ tarafların esasa uygulanacak hukuk seçimi yapabileceğine ilişkin hükümlerde “hukuk” kavramı yerine “hukuk kuralı” ifadesine yer verilmesi, tarafların anasyonel hukuk kurallarını seçmesini mümkün kılmaktadır⁷³⁸. Anasyonel hukuk kurallarına Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (“CISG”), *lex mercatoria*⁷³⁹, Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İlkeleri veya İslâm hukuku (Şeri hukuk, *Shariah law*) örnek gösterilebilir⁷⁴⁰.

Tarafların maddi hukuk seçimin hakem tarafından riayet edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle hakemin taraflarca seçilen maddi hukukun uyuşmazlık bakımından yeterli, bağlantılı veya adil olup olmadığını değerlendirmesi ve herhangi bir gerekçeyle taraflarca seçilen hukuku uygulamaması mümkün değildir⁷⁴¹. Bununla birlikte doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni gibi hallerde tarafların seçtiği hukukun uygulanmasının sınırlandırılması söz konusu olabilecektir⁷⁴².

Yukarıda verilen prensipler uyarınca taraflar esasa uygulanacak hukuku seçmiş olmasına rağmen hakem, bu hukuk yerine farklı bir hukuku uygulamış veya herhangi bir hukuk kuralı uygulamamış olabilir. Bu durumun iptal ve tenfiz davasında mevcut denetim sebepleri kapsamında denetlenmesinin mümkün olup olmadığını incelemek gerekecektir⁷⁴³. Bunun için tarafların esasa uygulamak için açıkça seçtiği hukuk yerine

⁷³⁷ Bkz. MTK m. 12/C, Model Kanun m. 28/1, ICC Kuralları m. 21/1, ISTAC Kuralları m. 25/1.

⁷³⁸ Özel, *Esas*, s.200. Devlet mahkemeleri önünde görülen ihtilaflarda tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak yalnızca “milli hukukları” seçebileceği kabul görmektedir. Bununla birlikte tarafların anasyonel hukuk kurallarını seçmesi halinde bu kurallar maddi hukuk kuralı olarak uygulanmayacak ancak sözleşme hükmü gibi dikkate alınacaktır. “Hukuk kurallarının” seçimine izin veren tahkim, bu anlamda devlet yargısından ayrılmaktadır (Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s.128; Özel, *Esas*, s.194). Bu özellik tahkimin bir avantajı olarak da değerlendirilebilecektir.

⁷³⁹ *Lex mercatoria* hakkında detaylı bilgi için bkz. AYOĞLU Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak LEX MERCATORIA, Vedat Yayıncılık, 2011.

⁷⁴⁰ Nomer, *Milletlerarası Usul*, s.270-271.

⁷⁴¹ Lew/Mistelis/Kröll, s.419; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 350; Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s.129; Özel, *Esas*, s.199.

⁷⁴² SILBERMAN Linda / FERRARI Franco, “Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, C.7, S..6, 2016, s.73-121, s.112; Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s.129 vd.; Özel, *Esas*, s.195. Hakem kararında kamu düzenine ve doğrudan uygulanan kurallara aykırılığın denetlenmesi hakkında bkz. İkinci Bölüm.I.B.4.

⁷⁴³ Burada incelenecek olan tarafların açık hukuk seçimi yapması halidir. Tarafların zımni hukuk seçimi mümkün olsa da bu durumda açık hukuk seçiminin aksine hakeme belirli bir takdir imkânı bırakılmış olduğundan, zımni hukuk seçimine aykırılık kanaatimizce yetki aşımı olarak değerlendirilemez.

hakemin farklı bir hukuku⁷⁴⁴ esas alması; yetki aşımı, adil yargılanma hakkının ihlali, usule aykırılık ve kamu düzeni ihlali bakımından ele alınacaktır⁷⁴⁵.

Uyuşmazlığın çözümü için hakemi yetkili kılan taraflar, hakemin görevinin kapsamını ve sınırlarını da belirleyebilecektir. Bu şekilde esasa uygulanacak hukuk seçmekle birlikte taraflar, aynı zamanda hakemin hukuki değerlendirmesi bakımından yetkisinin sınırları da belirlemiş olmaktadır. Prensip olarak tarafların açık hukuk seçimine riayet ederek bu hukuk kurallarını uygulaması gereken hakemin, taraflarca belirlenen yetkisinin sınırlarına riayet etmeyerek tarafların seçtiği hukuktan başka bir hukuku uyuşmazlığın esasına uygulaması⁷⁴⁶, yetki aşımı teşkil edecektir⁷⁴⁷.

Konuyla ilgili çeşitli ülkelerin mahkeme içtihatlarında da kabul gören bir başka görüşe göre hakemin hukuk seçimine riayet etmemesi yetki aşımı teşkil etmemektedir. Buna göre tarafların hukuk seçimine ilişkin anlaşmasının dikkate alınmaması veya bu hükmün hatalı uygulanması, taraflar arasındaki asıl sözleşmenin herhangi bir hükmünün yanlış uygulanmasından farklı değildir. Bu nedenle ihtilafın esasına ilişkin bu hataların yetki aşımı dahil olmak üzere herhangi bir tenfiz engeli veya iptal sebebi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ Hukuktan kasıt yalnızca milli hukuklar değil aynı zamanda anasyonel hukuk kurallarıdır.

⁷⁴⁵ Mısır Tahkim Kanunu m. 53/1/d uyarınca hakemin taraflarca uyuşmazlığın esasının çözümü için seçilen hukuku uygulamaması doğrudan bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. “*An arbitration award may be annulled only: ... (d) If the arbitral award failed to apply the law agreed upon by the parties to govern the subject matter in dispute.*” (https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/5/4/549_law-no-27-1994-promulgating-the-law-concerning-arbitration-in-civil-and-commercial-matters.pdf) (Erişim Tarihi: 10.10.2024). Benzer bir hüküm Ürdün Tahkim Kanunu m. 49/a/4’te de düzenlenmiştir. <https://wipo.lex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/jo/jo059en.html> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

⁷⁴⁶ Bu belirlemeden kasıt aşağıda ifade edileceği üzere hakemin kararında açıkça tarafların seçtiği A hukuku yerine B hukukunu uyguladığını veya tarafların seçtiği A hukukunu uygulamadığını belirtmesini ifade etmektedir. Hakemin A hukukunu uyguluyor gözükürken aslında A hukukunu uygulamaması aşağıda farklı bir başlıkta ele alınacaktır.

⁷⁴⁷ Silberman/Ferrari, s.115, 117 vd.; MOSS, Can An Arbitral Tribunal Disregard The Choice Of Law Made By The Parties?, Stockholm International Arbitration Review, S.1, 2005, s.1-21, s. 6 vd.; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 485-486, 585; Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.129, 143-144; Özel, **Esas**, s.216, 219; Şit Köşgeroğlu, s.362. İsveç mahkemesi hakem heyetinin hukuk seçimi maddesini uygulamaması veya kararını herhangi bir hukuka dayandırmaksızın “adalet” göre vermesinin yetki aşımı olabileceğini ima etmiştir (Svea İstinaf Mahkemesi, 15.05.2003, Czechia v. CME Czech Repub. BV, Dava No. T 8735-01).

⁷⁴⁸ Born, s.2994-2996; İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında hakemin sözleşmedeki açık hukuk seçimi hükmüne aykırı hareket etmesinin, yetki aşımı teşkil etmediğine karar vermiştir (İsviçre Federal Mahkemesi, 16.12.2009, DFT 4A_240/2009). İngiliz doktrinin aksine (MUSTILL Sir Michael J., BOYD Stewart Crauford, Law and Practice of Commercial Arbitration in England, Butterworths, 1982, s.640) İngiliz Yüksek Mahkemesinin bir kararında taraflarca seçilen hukukun uygulanmaması, iptal sebebi olarak nitelendirilmemiştir (İngiliz Yüksek Mahkemesi, B v. A [2010] EWHC 1626 (QB)) Diğer

Tarafların açık hukuk seçimine aykırılığın yetki aşımı olarak değerlendirilmesi halinde bu inceleme bir denetim sebebi kapsamında kaldığından⁷⁴⁹ *révision au fond* yasağının uygulama alanına girmeyecektir. Hakemin tarafların açık hukuk seçimine riayet etmediğinin incelenebilmesi için öncelikle tarafların açık bir hukuk seçimi yapıp yapmadığının ve hakemin uyuşmazlığın çözümü bakımından hangi hukuku uyguladığının mahkeme tarafından tespit edilmesi gerekmektedir.

Hakemin hangi hukuku uyguladığının tespiti için ilk olarak hakem kararındaki ifadelere bakılacaktır. Örneğin hakem kararında tarafların seçtiği hukuktan farklı bir hukukun uygulandığının (örneğin tarafların A hukukunu seçmesine rağmen hakemin B hukukunu uyguladığı) veya tarafların seçtiği A hukukunun uygulanmadığının açıkça belirtilmesi, hakemin yetkisi aştığı anlamına gelecektir⁷⁵⁰. Bununla birlikte hakemin açık hukuk seçimine riayet etmesi bakımından yapılacak inceleme, hakemin uyuşmazlığın esasına yönelik vardığı çözümün ve özellikle esasa uygulanacak hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının tartışılmasına izin verecek nitelikte olmamalıdır⁷⁵¹.

Öte yandan hakemlerin taraflarca seçilen hukuka ve ilgili hükümlerine atıf yapmış olması halinde yetki aşımı bakımından herhangi bir inceleme yapıp yapılamayacağının tartışılması gerekmektedir. Örneğin hakem, kararda taraflarca seçilen A hukukunu uyguladığı belirtilmiş olmasına rağmen aslında B hukukunu

kararlar için bkz. K/S A/S Bill Biakh v. Hyundai Corpn [1988] 1 Lloyd's Rep. s. 187; Bank Mellat v. GAA Development and construction Co., [1988] 2 Lloyd's Rep. s. 44, 52-3).

⁷⁴⁹ Bkz. İkinci Bölüm.I.B.1.

⁷⁵⁰ Fransız içtihatlarında bu haller yetki aşımı için yeterli görülmemektedir. Fransız içtihatlarına göre ancak açıkça hakemin kendisine verilmeyen bir yetkiyi kullandığının tespit edilmesi durumunda yetki aşımından söz edilebilecektir. (Paris İstinaf Mahkemesi, 05.03.1998, Forasol v. CISTM, Revue de l'arbitrage, 1999, s.86; Paris İstinaf Mahkemesi, 30.05.1996, Société Arabian Construction v. société Saipem, Revue de l'arbitrage, 1996, s.645; Paris İstinaf Mahkemesi, 28.02.1980, Société Mocupia v. Inveko, Revue de l'arbitrage, 1980, s.538). Fransız içtihatlarında aranan bu ağır eşik nedeniyle ancak hakem kararında açıkça, maddi hukuka göre karar vermek yerine dostane aracı olarak hareket edildiğinin belirtmesi durumunda yetki aşımı gündeme gelecektir (Chantebout, s.262).

⁷⁵¹ Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.II.A. Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.143-144,146. Tarafların açık hukuk seçimine rağmen hakemin yanlış hukuku uygulanmasının aşağıda ele alınacağı üzere *usule aykırılık* teşkil edeceği görüşünde olan Kröll, bu şekilde doğru hukukun uygulanmaması halinin doğru maddi hukukun yanlış uygulanmasından farklı ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Zira *révision au fond* yasağı uyarınca yasaklanan asıl denetim, tarafın seçtiği maddi hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının incelenmesidir. (KROLL S. M., "Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VIII: Recognition and Enforcement of Awards, par. 1061- Foreign Awards", Arbitration in Germany: The Model Law in Practice (Patricia Nacimiento, Stefan M. Kröll, et al. (eds), 2. Baskı, Kluwer Law International, 2015, s. 443-504, s.483).

uygulamış olabilir. Böyle bir ihlal iddiası üzerinden hakemin yetkisini aşmış aşmadığını tespit etmek *révision au fond* yasağı nedeniyle kolay olmayacaktır. Zira her şeyden önce hakemin bu şekilde hareket etmesinde bir haklı gerekçesi olabilir, örneğin uygulanması gereken A hukukunu (veya ilgili hükmü) somut olay bakımından kesin bir çözüm sunmadığı için uygulamamış⁷⁵², bu yüzden karşılaştırmalı hukukta B hukukundaki ilgili düzenlemeye müracaat etmiş olabilir. Bu yüzden böyle bir ihlal iddiasında hakemin ilgili hukuku uygulamama gerekçesini incelemek gerekecektir, ancak böyle bir inceleme *révision au fond* yasağı gereği prensip olarak yasaktır.

Tarafların hukuk seçimine riayet edilmemesinin bir diğer denetim sebebi olan *adil yargılanma hakkının ihlali* kapsamında değerlendirilebileceği de ileri sürülmüştür⁷⁵³. Adil yargılanma hakkının özüne ilişkin temel ilkelerden olan hukuki dinlenilme hakkı yukarıda belirtildiği üzere tarafların bilgi sahibi olunması, taraflara açıklama yapma ve ispat faaliyetinde bulunması imkânı verilmesi ve bu açıklamaların dikkate alınması ile gerekçeli karar verilmesi olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır⁷⁵⁴.

Kanaatimizce tarafların hukuk seçiminin dikkate alınmayarak başka bir hukukun uyuşmazlığa uygulanması durumunda, hukuki dinlenilme hakkının alt unsurlardan herhangi birisi doğrudan ihlal edilmeyecektir. Bununla birlikte hakemin bu durumdan tarafları önceden haberdar etmemesi veya tarafların beyanda bulunmasına imkân vermemesi açıklama ve ispat hakkına aykırılık teşkil edecektir. Öte yandan hakemin tarafların hukuk seçimine riayet etmeyerek uyuşmazlığı, tarafların seçmedikleri hatta tarafların herhangi bir ilgisinin bulunmadığı hukuku uygulaması durumunda taraflar hukuki olarak pozisyonlarını açıklamakta zorluk çekebilecektir, bu gibi hallerin sonuçlarının somut olay bazında incelenmesi gerekmektedir. Bu inceleme neticesinde seçilen hukukun uygulaması ile adil yargılanma hakkını ihlal edildiği kanaatine

⁷⁵² Paris İstinaf Mahkemesi bir kararında, Fransız hukukunda yer alan ve ihtilafa uygulanması mümkün olan hükmün somut olayda kesin bir çözüme ulaşılmasına imkân vermeyecek kadar muğlak olması nedeniyle hakem tarafından dikkate alınmamasının hakem kararı için iptal sebebi teşkil etmediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre hakemin kendisine verilen bir yetkiyi kullanmamasından ziyade verilmeyen bir yetkiyi kullanmış olması halinde yetki aşımı gerçekleşecektir (Paris İstinaf Mahkemesi, 05.03.1998, Forasol v. CISTM, Revue de l'arbitrage, 1999, s.86).

⁷⁵³ Moss, s.14 vd; Şit Köşgeroğlu, s.361, dn.109; HEINI Anton, IPRG Kommentar: Kommentar zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, Zürich, 1993, s.1563'ten *nakleden* Silberman/Ferrari, s.338.

⁷⁵⁴ Bkz. İkinci Bölüm.I.B.3.

varılırsa *r vision au fond* yasağını ihlal etmeyecek şekilde bir denetim yapılabilir ektir⁷⁵⁵.

Hakemin tarafların maddi hukuk seçimine riayet etmemesi, bazı hallerde “usule aykırılık” kapsamında ele alınmıřtır⁷⁵⁶. Ancak kanaatimizce bu ihlal iddiaları “usule aykırılık” olarak de erlendirilemeyecektir. Zira “usule aykırılık” denetimi ile korunmak istenen tahkim us l , hakem heyetinin seçimi, tahkim dili, dilekçelerin sayısı, dilekçelerin nasıl sunulacakları ve tanık dinlenilmesi gibi konulara iliřkindir⁷⁵⁷. Bu nedenle tahkim kurumu tüzüklerinde veya tahkim kanunlarında tarafların hukuk seçimi yapabileceği belirtilmişse de maddi hukuk seçimine ilişkin hükümler, taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen sözleşme hükümleri gibi uyumazlı ın esasının c z lmesine ilişkin düzenlemeler olup tahkimin usûli yönüne ilişkin de ildir⁷⁵⁸.

Tarafların hukuk seçimine riayet edilmemesinin kamu düzenini ihlal edeceği de ileri s r lm řt r⁷⁵⁹. Ancak kamu düzeni kuralları bir hukuk düzeninin temel değerlerini, ahlak ve adap anlayışını, temel adalet anlayışını, temel hak ve özgürlükleri, ülkenin sosyal, siyasal ve ekonomik rejimini koruyan kurallardır⁷⁶⁰. Bu bağlamda bir ülkenin hukuk düzeninin ve temel menfaatlerinin korunmasını hedefleyen kamu düzeni ihlalinin bir somut olayın c z m  ve tarafların menfaatinin tayin edilmesinde kullanılacak maddi hukukun uygulanmasıyla doğrudan bir bağlantısı olmayacaktır. Bu nedenle maddi hukukun uygulanmasının spesifik olarak

⁷⁵⁵ Adil yargılanma hakkı ihlali ve *r vision au fond* ilişkisi için bkz. İkinci Bölüm.I.B.3.

⁷⁵⁶ Kr ll, s.483. Moss, s.5 vd. Alman Federal Mahkemesi i  tahkim bakımından taraflarca seçilen hukukun değil başka bir hukukun uygulanmasının usule aykırılık olduğuna karar vermiştir (Alman Federal Mahkemesi, 26.09.1985- III ZR 16/84). Milletlerarası tahkim bakımından ise tarafların maddi hukuk seçimine uyulmamasının usule aykırılık teşkil etmeyeceği bununla birlikte bu ihlalin kamu düzenine aykırılık kapsamında de erlendirilebilece i belirtilmektedir. (KUHN Wolfgang, “Express and Implied Choice of the Substantive Law in the Practice of International Arbitration”, ICCA Congress Series No. 7 (Vienna 1994): Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration (in Albert Jan van den Berg (ed)), ICCA Congress Series, C. 7, 1996, s.380-390, s.388). Yine bu kapsamda tarafların maddi hukuk seçimine rağmen, hakemin buna aykırı olarak anasyonel kuralların uygulanması usule aykırılık olarak kabul edilmiştir (Moss, s.18-20). Bir Fransız İstinaf Mahkemesi kararında hakemin Hindistan hukuku yerine UNIDROIT prensiplerini uygulaması yetki aşımı olarak değerlendirilmemiştir (Paris İstinaf Mahkemesi, 25.02.2020, Prakash Steelage Ltd v. Uzuc SA).

⁷⁵⁷ Born, s.3549

⁷⁵⁸ Born, s.2830, 2996, 3919.

⁷⁵⁹ LALIVE Pierre / POUDRET Jean-Francois / REYMOND Claude, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Payot, Lozan, 1989, s. 426,431; BERGER Klaus Peter, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: Verfahrens- und materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis, De Gruyter, 1992, s.480 vd.

⁷⁶⁰ Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.I.B.4.

bir kamu düzeni kuralı veya doğrudan uygulanan kuralla kesişmesi gibi bir durum söz konusu değilse tarafların seçtiği hukuk yerine başka bir hukuk uygulanması kanaatimizce kamu düzeni ihlali teşkil etmeyecektir⁷⁶¹.

Ezcümle taraflar açık hukuk seçimi yaparak hakemin yetkisine ilişkin önemli bir belirleme yapmış olmaktadır. Taraflar esasa uygulanacak hukuku belirlerken kendilerinin aşına oldukları veya taraflar arasındaki ilişkiye benzer ilişkilerde kullanıldığı için tercih edilmiş olabilir. Öte yandan bir uyuşmazlığın çözümünde birbirinden farklı hukukların birbirinden farklı sonuçlar doğurması mümkündür. Örneğin aynı uyuşmazlık bakımından farklı hukukların uygulanmadı durumunda hükmedilecek tazminatların türü, ispat yükü, zamanaşımı süreleri değişebilecektir. Dolayısıyla tarafların kimi zaman özellikle seçerek, açıkça uygulanmasını istedikleri hukukun hiç uygulanmaması veya gerekçesiz bir şekilde farklı bir hukuk uygulanması kanaatimizce yetki aşımı teşkil edecektir.

Bunun yanı sıra tarafların seçtiği hukuku yerine tamamen farklı bir hukukun uygulanmasının, tarafların açıklama ve ispat hakkını zorlaştırdığı ölçüde adil yargılanma hakkı ihlali teşkil edecektir. Tarafların açık hukuk seçimine riayet edilmemesinin bir denetim sebebi çerçevesinde ele alınması söz konusu olacaksa buradaki denetim *révision au fond* yasağı kapsamında kalmayacaktır. Bununla birlikte tarafların bu iddiaların arkasında hakem kararının doğruluğunu veya gerekçesini sorgulatmaya çalışmasına imkân vermemek, bu anlamda öncelikle tarafların itirazlarının gerçek mahiyetinin ne olduğunu tespit önem arz edecektir .

B. Hakemin Esasa Uygulanacak Hukuku Tayin Ederken Hata Yapması

Hakemin dostane aracı olarak hareket etmesine veya hakkaniyete göre karar vermesine yönelik bir yetki verilmediği, bununla birlikte tarafların esasa uygulanacak hukuku belirlemediği⁷⁶² durumda hakem, esasa uygulanacak hukuku tayin

⁷⁶¹ Aynı yönde bkz. Born, s.2996.

⁷⁶² Yukarıda açıklandığı üzere bu konuda bir serbestiye sahip olan taraflar, esasa uygulanacak hukuk üzerinde anlaşamadıkları, bu hükümleri göz ardı etmek istedikleri veya esasa uygulanacak hukuku belirlemek suretiyle risk almaktan kaçınmak istedikleri için esasa uygulanacak hukuku belirlemiş olabilir.

edecektir⁷⁶³. Bu halde hakemin esasa uygulanacak hukuku nasıl belirleyeceği, hakemin belirleyeceği hukukun mutlaka bir milli hukuk mu olması gerektiği yoksa anasayonel hukuk kurallarının uygulanmasının talep edilmesinin mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Hakemlerin hakimlerin aksine *lex fori*’leri yoktur. Bu yüzden yabancılik unsuru bulunan bir ihtilafta hukuk seçimi yapılmadığı durumda uygulanacak hukuku tayin etmek için kendi ülkesinin (*lex fori*) kanunlar ihtilafı kurallarına müracaat eden hâkimlere benzer şekilde doğrudan bir kanunlar ihtilafı kuralına müracaat edemeyecektir⁷⁶⁴. Bu bağlamda kurumsal tahkim söz konusu ise tahkim kurumunun tüzüğünde yer alan kurallara, burada bir düzenleme yoksa veya *ad hoc* tahkim söz konusu ise tahkim yeri devletinin tahkim hukuku kurallarına göre esasa uygulanacak hukuk tayin edilecektir.

Tahkim kurumu tüzüklerinde ve ülkelerin milli tahkim kanunlarında taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı durumda hakemin esasa uygulanacak hukuku tayin etmesinde farklı yöntemler benimsenmiştir. Esasa uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan yöntemler kanunlar ihtilafı kurallarından yararlanma durumuna göre, bu kurallardan yararlanılarak esasa uygulanacak hukukun tayin edildiği dolaylı yöntem (*voie indirecte*) ve bu kurallardan yararlanmadan doğrudan maddi hukukun tayin edildiği doğrudan yöntem (*voie directe*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁷⁶⁵.

“Dolaylı yöntemde” kanunlar ihtilafı kuralları kullanılarak maddi hukuk tespit edilmektedir. Bu yöntem kapsamında kalan hallerde hakem tarafından müracaat edilecek kanunlar ihtilafı kuralları, ilgili düzenlemelerde açıkça gösterilebileceği gibi bunların tespiti de hakeme bırakılabilmektedir⁷⁶⁶. Bununla birlikte bugün pozitif düzenlemelerde hakem tarafından müracaat edilecek kanunlar ihtilafı kuralları genellikle açıkça belirtilmemektedir, dolayısıyla tarafların hakemin müracaat ettiği kanunlar ihtilafı kurallarını açıkça belirlemesi dışında “dolaylı yöntemin” bu ilk türüne uygulamada pek fazla rastlanılmamaktadır. Bunun yerine bugün dolaylı yöntem

⁷⁶³ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.131; Özel, **Esas**, s.203. Bu serbesti milli hukuklarda ve tahkim kurumu tüzüklerinde açıkça kabul edilmektedir. Örneğin bkz. MTK m. 12/C/2, Model Kanun m. 28/2, ICC Kuralları m. 21/2, ISTAC Kuralları m. 25/1.

⁷⁶⁴ Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.119-120.

⁷⁶⁵ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.132; Özel, **Esas**, s.195-196, 20.

⁷⁶⁶ Diğer kategoriler için bkz. Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.132 vd.

kapsamında kalan düzenlemelerde genellikle hakemin “uygun gördüğü” kanunlar ihtilafı kuralına müracaat edeceği düzenlenmektedir⁷⁶⁷. Bu yöntem örneği olarak Cenevre Sözleşmesi m. VII, Model Kanun m.28/2 ve İngiliz Tahkim Kanunu m. 46/3 verilebilecektir⁷⁶⁸. Bu düzenlemelerde hakemlere önemli bir serbesti tanınarak “uygun” kanunlar ihtilafı kuralının belirlenmesi tamamen hakemin takdirine bırakılmıştır⁷⁶⁹. Öte yandan bu esnek yaklaşıma rağmen hakemin böyle bir kuralın varlığı halinde bir kanunlar ihtilafı sistemine başvurması gerekecektir, başka bir deyişle bu yöntemlerde hakem herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına müracaat etmeden doğrudan maddi hukuku tayin edemeyecektir⁷⁷⁰.

“Doğrudan yöntemde” hakem, kanunlar ihtilafı sistematigine müracaat etmeden doğrudan esasa uygulanacak hukuku tayin edebilmektedir. Doğrudan yöntem, kendi içerisinde hakemin uygulanacak hukuku tayin ederken herhangi bir sınırlama öngörülme-yen düzenlemeler ile buna karşılık hakemin uygulanacak hukuku tayin ederek belirli sınırlamalara riayet etmesine ilişkin iki düzenlemeler olmak üzere iki farklı görünüme sahiptir.

Doğrudan yöntemin ilk görünüm biçiminde hakem, esasa uygulanacak hukuku herhangi bir ölçüte veya sınırlamaya tabi olmadan, kendi uygun gördüğü şekilde tayin edecektir. Bu yöntem bugün ICC Kuralları m.21/2, ISTAC Kuralları m.25/1, Fransız Usul Kanunu m. 1511’de kabul edilmiş ve hakemin “uygun gördüğü” maddi hukuku tayin edebileceği düzenlenmiştir⁷⁷¹. Doğrudan yöntemin diğer görünüm biçiminde hakem kanunlar ihtilafı kurallarına müracaat etmemekle birlikte esasa uygulanacak hukuku tamamen bir serbesti içerisinde değil, belirli ölçütlere göre tayin edebilecektir. Bu ikinci yöntem, İsviçre MÖHUK m. 187/1, Alman Tahkim Kanunu m. 1051/2 ve

⁷⁶⁷ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.134-135.

⁷⁶⁸ Model Kanun m. 28/2’de hakemin “hukuk” tayin edeceği öngörülerek “hukuk kuralları” ifadesine yer verilmemesi nedeniyle hakemin anas-yonel kuralları tayin etmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte düzenleme emredici nitelikte olmadığından tarafların hakemin yetkisini genişleterek anas-yonel kuralları tayin etmesine izin vermesi mümkündür (Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.134).

⁷⁶⁹ Cenevre Sözleşmesi m. VII bakımından aynı yönde bir görüş için bkz. Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.127

⁷⁷⁰ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s.134-135; Born, s.2841. Buna aykırılığın denetlenmesinin mümkün olup olmadığı aşağıda incelenecektir.

⁷⁷¹ ISTAC m. 25/1 ile Fransız Usul Kanunu m. 1511’de “hukuk kuralı” ibaresine yer vermek suretiyle hakemin anas-yonel hukuk kurallarını tayin etmesine imkân tanınmıştır. Buna karşılık ICC Kuralları m. 21/2’de yalnızca “hukuk” kavramına yer verilmiştir.

MTK m. 12/C/2’de⁷⁷² benimsenmiştir, bu hükümlerde hakemin uygun gördüğü maddi hukuku değil, dava ile en yakın bağlantılı maddi hukuku esasa uygulanacak hukuk olarak tayin edeceği düzenlenmiştir⁷⁷³.

Yukarıda ele alınan prensipler doğrultusunda hakemin esasa uygulanacak hukuku tayin ederken yaptığı hataların denetlenmesinin mümkün olup olmadığının *révision au fond* yasağı dikkate alınarak ele alınması gerekmektedir. Hakemin esasa uygulanacak hukuku tayin etmesine ilişkin düzenlemelere bakıldığında genel olarak tahkim sürecini kolaylaştırıcı şekilde düzenlemeler yapıldığı, hakemlere hukuk tayininden geniş bir serbesti tanındığı ve takdir yetkisi verildiği görülmektedir.

Hakemin esasa uygulanacak hukuku kendisinin uygun gördüğü kanunlar ihtilafına göre tayin ettiği veya doğrudan kendisinin uygun gördüğü esasa uygulanacak hukuku tayin ettiği durumlarda hakeme tanınan geniş takdir yetkisinin denetlenmesinin pratik bakımından fazla bir önemi olmayacaktır⁷⁷⁴. Örneğin ICC Kuralları m.21/2, ISTAC Kuralları m.25/1, Fransız Usul Kanunu m. 1511’de olduğu gibi hakemin uygun gördüğü hukuku uyguladığı durumda hakemin hukuk tayininin bir denetime tabi olmasını gerektirecek bir husus olmayacaktır⁷⁷⁵.

Hukuk tayini bakımından hakeme tam bir serbesti yerine daha az serbesti tanındığı ve seçilecek hukuka ilişkin bazı sınırlamaların getirildiği yöntemler

⁷⁷² MTK m.12/C/2’de belirtilen “uyuşmazlık ile en yakın bağlantılı devletin maddi hukukunun” tespitiinde MÖHUK m.24/4’te yer alan “sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun” ne olduğuna ilişkin düzenleme esas alınabilmektedir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.353-354).

⁷⁷³ İsviçre MÖHUK m. 187/1’de “hukuk kuralı” ibaresine yer vermek suretiyle hakemin anasyonel hukuk kurallarını tayin etmesine imkân tanınmıştır. Buna karşılık Alman Tahkim Kanunu m. 1051/2 ve MTK m. 12/C/2’de “hukuk kuralı” kavramına yer verilmeyerek bir devletin maddi hukukunun uygulanması zorunluluğu getirilmiştir. Milli hukuklardaki bu yöndeki düzenlemeler emredici nitelikte değildir. Bu nedenle örneğin kurumsal tahkime tabi bir tahkimde tahkim kurumunun kurallarının tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumda hakemin “hukuk kuralını” tayin etmesi mümkünse bu yöndeki düzenlemeler geçerli olacak ve hakemler bu yönde hukuk tayini yapabilecektir (Özel, **Esas**, s.196).

⁷⁷⁴ Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.127.

⁷⁷⁵ Fransız hukukunda hakemin hukuk seçimi yaptığı durumda hakemin bu kararının gözden geçirilemeyeceği kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak tarafların hukuk seçimi yapmayarak hakemin yapacağı hukuk seçimine güvendikleri, Fransız hukukunda bu hususta hakeme takdir yetkisi verildiği, *for*’ları olmayan hakemlerin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda olmaması gösterilmiştir (Chantebout, s.145,251; Fransız Temyiz Mahkemesi, 1.HD, 22.10.1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland v. Primary Coal Inc*, 89-21.528 (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007027310/>, Erişim Tarihi: 10.10.2024); Paris İstinaf Mahkemesi, 11.12.1997, *Cubana v. Consavio international*, *Revue de l'Arbitrage*, C.1999, S.1, 1999, s. 124 -130.

bakımından denetim yapılmasının daha fazla haklı gerekçesi olacaktır. Bu gibi hallerdeki hataları, dört başlıkta toplamak mümkündür. İlk olarak uygulanacak hukuk tayin edilirken kanunlar ihtilafı kuralına müracaat edilmesine ilişkin dolaylı yöntemin öngörüldüğü bir durumda, hakem herhangi bir kanunlar ihtilafı sistemine müracaat etmeden uygulanacak hukuku tayin etmiş olabilir. İkinci olarak yine dolaylı yöntemin benimsendiği bir durumda hakem kanunlar ihtilafı sistematığına başvurmuş, ancak bu sistematığı yanlış uygulamış ve yanlış ülke hukukuna ulaşmış olabilir. Üçüncü olarak hakemin doğrudan uygulanacak hukuku tayin edeceği doğrudan yöntemin benimsendiği bununla birlikte bu hukukun uyuşmazlıkla en yakın bağlantılı hukuk olması gerekirken hakem uyuşmazlıkla hiçbir ilgisi olmayan bir hukuku tayin etmiş olabilir. Son olarak dolaylı veya doğrudan yöntemden hangisinin uygulandığı fark etmeksizin hakem bir milli hukuk tayin etmesi gerekirken bunun yerine hukuk kuralı tayin etmiş olabilir.

Tarafların hukuk seçimi yapmadığı ve esasa uygulanacak hukukun hakem tarafından tayin ettiği durumlarda genel kabul gören görüş, hakemin hukuk tayininde yukarıda sayılan hatalı uygulamalar dahil olmak üzere yaptığı hataların yetki aşımı teşkil etmediği yönündedir⁷⁷⁶. Bunun sebebi bu hataların uyuşmazlığın esasına ilişkin olduklarının değerlendirilmesi ve *révision au fond* yasağıdır. Öte yandan yukarıda dördüncü hata türü olarak sayılan, hakemlerin bir maddi hukuk tayin etmesi gerekirken bunun yerine anasyonel hukuk kuralı tayin etmesi durumunun herhangi bir tenfiz engeli veya iptal sebebi kapsamında ele alınamayacağı kabul edilmektedir⁷⁷⁷.

Kanunlar ihtilafı kurallarından yararlanılan dolaylı yöntem kapsamında yapılacak hataların “usûle aykırılık” teşkil edip etmediği akla gelebilecektir. Bunun

⁷⁷⁶ Born, s. 3593, 3896, 4069 vd.; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.585; Özel, **Esas**, s.216, 218. Yargıtay taraflar arasındaki sözleşmede iki farklı milli hukuktan hangisinin uygulanacağını açık olmadığı bir durumda hakemin bunlar arasından bir hukuku seçerek karar vermesinin yetki aşımı olmadığına karar vermiştir (Yargıtay, 19. HD., E. 2000/7171, K. 2000/7602, T.09.11.2000) Aksi bir görüş olarak Akıncı daha eski tarihli bir makalesinde yer alan “*tarafların (...) dikkate alınacak kanunlar ihtilafı kurallarını belirlemelerinin de, tarafların hakemlere vermiş olduğu bu yetkinin nasıl kullanılacağını göstermekte, bu esaslara uyulmaması durumunda ise hakemlerin yetkilerini aşması söz konusu olmaktadır*” şeklindeki ifadesi ile tarafların hakemin hukuk tayininde dikkate almasını istediği kanunlar ihtilafı kurallarının hiç dikkate alınmaması veya bunlara aykırı davranılmasını yetki aşımı olarak değerlendirmiştir (Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.129).

⁷⁷⁷ CHUKWUMERİJE Okezie, “Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration”, *Anglo-American Law Review*, C. 23, 1994, s.274-292, s.374-275; Avusturya Yüksek Adalet Divanı, 18.11.1982, *Norsolor S.A. v. Pabalk Ticaret Ltd.*, ICCA Yearbook Commercial Arbitration, C.9, 1984, s.159-163; Paris İstinaf Mahkemesi, 13.07.1989, *Compañía Valenciana de Cementos Portland SA v. Primary Coal Inc.*, ICCA Yearbook Commercial Arbitration, C.16, 1991, s.142-144.

için öncelikli olarak kanunlar ihtilafı kurallarının, usûl kuralı olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığını incelemek gerekecektir. Eğer bu kurallar usûl kuralı olarak nitelendirilebiliyorsa bunlara aykırılık bir iptal sebebi veya tenfiz engeli olarak kabul edilebilecektir⁷⁷⁸. Ancak yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıkların hangi hukuk tarafından çözüleceğini belirlenmesine imkân tanıyan kanunlar ihtilafı kuralları, uyuşmazlığın esasını çözmeye yarayan maddi hukuk kurallarından farklı olduğu gibi devlet mahkemesinin yabancı uyuşmazlıklar bakımından yetkisine ve yabancı kararlarının icrasına ilişkin düzenlemeler içeren milletlerarası usûl kurallarından da farklıdır. Bu nedenle kanunlar ihtilafı sistemleri usul kuralı olarak değerlendirilemeyecek ve bu kurallara aykırılık usûle aykırılık kapsamında incelenemeyecektir⁷⁷⁹.

Bir önceki bölümde tarafların açık hukuk seçimine aykırılığın, doktrin ve içtihatlarda tartışmalı olmakla birlikte yetki aşımı teşkil edebileceği ve bazı hallerde adil yargılanma hakkı ihlali teşkil edebileceği sonucuna varmıştık⁷⁸⁰. Tarafların açık hukuk seçimi yaptığı hallerden farklı olarak bu bölümde, tarafların herhangi bir hukuk seçimi yapmadığı bunun yerine uygulanacak hukukun hakem tarafından tayin edildiği durumlar incelenmiştir. Bu gibi haller için tahkim kurumu tüzükleri ve tahkim kanunlarında getirilen kuralların genellikle hakeme hukuki tayini bakımından geniş bir takdir yetkisi verdiği gözetildiğinde kanaatimizce hakemlerin hukuku tayin etmesindeki hatalar yetki aşımı olarak değerlendirilemeyecektir. Gerçekten de hakemin uygulanacak hukuku tayin etmesi meselesinin, hakemin yetkisine ilişkin önemli bir unsur olduğu düşünülseydi hakeme geniş bir serbesti tanınmaz, hukukun tayini daha katı şartlara tabi tutulabilirdi. Ancak bu şekilde yapılacak düzenlemeler milletlerarası tahkimin doğasına ve sağladığı esnekliğe uygun olmadığı için bilinçli şekilde tercih edilmemiştir. Öte yandan tahkim anlaşmasında hukuk seçimi yapması mümkün olan tarafların bir hukuk seçimi yapmaması, hakemin mutlaka uygulamasını istedikleri bir hukuk olmadığını ve uygulanacak hukukun hakem tarafından tayin edilmesini tercih ettiklerini göstermektedir.

⁷⁷⁸ Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.125.

⁷⁷⁹ Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.126-127, 130-131, Kröll, s.483.

⁷⁸⁰ Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.I.B.3.

Konunun usule aykırılık çerçevesinde ele alınması da kanaatimizce mümkün değildir. Zira tahkim dili, dilekçelerin sayısı ve kapsamı, duruşma zamanı ve yeri gibi usule ilişkin konuların yanında hakemin hukuku tayin etmesi tahkim prosedürüne ilişkin bir mesele olarak değerlendirilemeyecektir. Öte yandan kanunlar ihtilafı kurallarının da usul hukuku kuralı olarak değerlendirilmemesi bu görüşü destekleyici niteliktedir. Bu açıdan hakemin hukuku tayin etmesinin ve burada yapacağı hataların *révision au fond* yasağı kapsamında kaldığı ve mahkeme tarafından herhangi bir denetim sebebi altında incelenemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

C. Hakemin Esasa Uygulanacak Hukuku Hatalı Uygulaması

İlk bölümde detaylı şekilde izah edildiği üzere hakem tarafından gerçekliği tespit edilen vakıalar, hukuk kuralları ile altlama faaliyetine tabi tutulacaktır. Altlama faaliyeti neticesinde hukuk kurallarında yer alan koşul vakıaların somut olayla eşleşmesi halinde hukuk kuralında öngörülen netice meydana gelecek ve böylece uyuşmazlık çözülmüş olacaktır⁷⁸¹. Esasa uygulanacak hukukun belirlenmesi ve tayin edilmesi aşamasında bir sorun olmasa bile hukukun uygulanmasında hakemin hata yapması mümkündür⁷⁸². Söz gelimi somut olaya uygulanacak hukuk kuralının tespitinde, hukuk kuralı doğru tespit edilmiş olsa bile bu kuralın yorumlanmasında, somut olayın hukuk kuralının koşul vakıalarıyla eşleştirilmesinde, hukuk kuralındaki hukuki sonucun çıkarılmasında hata yapılmış olabilir.

Hukukun hatalı uygulanmasına ilişkin yukarıda sayılan hallerden her biri aslında istinaf ve temyiz kanun yollarında esas alınan denetim sebepleri kapsamındadır. Buna karşılık tahkimde denetim sebepleri arasında kanuna veya sözleşmeye aykırılık bulunmadığı gibi uyuşmazlığın çözümüne yönelik hakemin hukuki değerlendirmesinin denetlenmesi *révision au fond* yasağı uyarınca yasaktır. Dolayısıyla prensip olarak esasa uygulanacak hukukun hatalı uygulanması nedeniyle hakem kararı denetlenemeyecektir.

Bununla birlikte bazı denetim sebepleri bakımından esasa uygulanacak hukukun hatalı uygulanmasının denetlenebileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Bu görüş

⁷⁸¹ Detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm.I.A.3.

⁷⁸² Çalışmamız kapsamının sınırlandırılabilmesi adına esasa ilişkin hususlarda vakıaların tespitine ilişkin hataların denetlenmesinin mümkün olup olmadığı çalışmamız kapsamı dışında bırakılmıştır.

kapsamında en sık “yetki aşımı” gerekçesiyle esasa uygulanacak hukukun hatalı uygulanmasının denetlenebileceği ifade edilmektedir. Buna göre taraflar esasa uygulanacak hukuk seçimi yaparken aynı zamanda hakeme hukuku doğru uygulaması yönünde bir görev ve yetki vermiştir, bu nedenle taraflarca seçilen hukukun hatalı uygulanması yetki aşımı teşkil edecektir.

Türk hukuku kapsamında konuyu değerlendirmeden önce, bugün yürürlükte bulunmayan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’ndaki hakem kararının iptali mekanizmasına değinmekte fayda vardır⁷⁸³. HUMK m. 533’te hakem kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabileceği düzenlenmişti. Bununla birlikte ilgili hükümde yer alan temyiz sebepleri bugünkü iptal sebepleri ile benzerlik göstermekteydi. Gerçekten de bu sebepler arasında klasik temyiz sebeplerinden olan “maddi hukuk aykırılık” gibi hakem kararının esastan denetlenmesine imkân veren bir sebep bulunmamaktaydı.

Konumuz bakımından HUMK hükümlerini önemli hale getiren, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 1994 yılında verilen ve pek çok tartışmaya sebep olan kararıdır⁷⁸⁴. Yargıtay İBK’sında hakemin taraflarca seçilen maddi hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözmesi gerektiği, özellikle taraflarca seçilen hukukun Türk hukuku olması durumunda Türk hukukuna aykırılığın yetki aşımı teşkil ettiğine karar verilmiştir. Böylelikle hakem kararının esasına girilmesi ve hakemin maddi hukuku doğru uygulayıp uygulamadığının denetlenmesi mümkün hale gelmiştir. Kararın gerekçesinde maddi hukuka aykırılığın denetlenmemesinin kanun ve sözleşme tanımamazlık anlamına geldiği, bunun hukuk devletinde kabul edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Kararın verildiği dönemde karşılaştırmalı hukukta hakem kararının esastan denetlenmesine yönelik denetim

⁷⁸³ 6100 sayılı HMK ile yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK’ta yer alan tahkime ilişkin düzenlemeler, uzun süre uygulama alanı bulmuştur. Bu kurallar MTK yürürlüğe girene kadar tahkim yeri Türkiye olan tüm tahkimler bakımından, MTK yürürlüğe girdikten sonra HMK yürürlüğe girene kadar iç tahkim bakımından uygulama alanı bulmuştur.

⁷⁸⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E.1993/4, K.1994/1, T.28.01.1994. Yargıtay Kanunu m.45/5’te yer alan “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.” düzenlemesi de verilen kararın önemini ve karar üzerindeki tartışmaları artırmıştır

mekanizmalarının kaldırılması yönünde bir anlayış mevcutken⁷⁸⁵ Yargıtay'ın bu kararı öğretide ciddi şekilde eleştirilmiş⁷⁸⁶ ve tartışmalara sebep olmuştur⁷⁸⁷.

İBK'nın dayanağı olan HUMK hükmünün, MTK ve HMK'nın yürürlüğe girmesiyle uygulama imkânı kalmamıştır. Buna rağmen hakem kararının esastan denetlenmesine ilişkin bu İBK'nın bugün iç tahkim bakımından uygulanabileceğine ilişkin bir görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşte olan *Ekşi*'ye göre taraflar uygulanacak maddi hukuku belirlemişlerse hakemlerin buna uygun karar vermesi gerekmektedir, hakemlerin taraflarca seçilen maddi hukuk kurallarından ayrılması “yetki aşımı” teşkil edecektir⁷⁸⁸. Ayrıca tarafların hukuk seçimi tahkim usulüne ilişkin olduğundan maddi hukuka aykırılık, aynı zamanda “usule aykırılık” da teşkil edecektir⁷⁸⁹.

Doktrinde bazı yazarlarca ileri sürülen bu görüşe karşılık Yargıtay'ın 1994 tarihli İBK'sının bugün uygulanması ihtimali bulunmamaktadır⁷⁹⁰. Zira İBK

⁷⁸⁵ Born, s. 3184, 3299-3301; Lew/Mistelis/Kröll, s. 673-674; The Harvard Law Review Association, “Judicial Review of Arbitration Awards on the Merits”, Harvard Law Review, C.63, S.4, 1950, s.681-703.

⁷⁸⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.51,380. Hakem kararının devlet yargısı tarafından esastan denetlenmesinin tarafların uyuşmazlığın nihai olarak hakem tarafından çözülmesi iradesiyle çeliştiği; bu denetimin tahkimi işlevsiz hale getireceği, tahkimin hızlı olma avantajını ortadan kaldıracacağı, Türkiye'deki yatırımlarda risk maliyetini artırarak yabancı yatırımcıyı kaçıracağı ileri sürülmüştür (AKINCI Ziya, "Hakem Kararlarının Doğruluğunun Denetlenmesi ve 1994 ve 2018 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararları", Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, On İki Levha, 2021, s.389-400, s.391; Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.146-147).

⁷⁸⁷ Doktrinde kararlar ilgili yapılan değerlendirmeler için bkz. Budak, s.561.

⁷⁸⁸ Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu**, s.182 vd. Yazar tarafların hukuk seçimi tahkim usulüne ilişkin olduğundan maddi hukuka aykırılığın aynı zamanda “usule aykırılık” teşkil edeceğini de savunmaktadır. Doktrinde *Yeşilirmak* da İBK'nın bugün de uygulanabileceği görüşündedir (Yeşilirmak, s.149). Karşıt görüş için bkz. Budak, s.562, dn.4. Konu 2018 tarihli bir İBK kararına ilişkin müzakerelerde gündeme gelmiştir. Farklı bir konuya ilişkin verilen kararda bazı Yargıtay üyeleri 1994 tarihli İBK'nın hakemlerin yetkisini aşmalarını düzenleyen HUMK m. 533/3'e ilişkin olduğunu, benzer hükmün HMK m. 430/2-d'de düzenlendiğini, bu nedenle 1994 tarihli İBK'nın halen geçerli olduğunu ve HMK döneminde de kabul edilebileceğini savunmuştur. Bu görüşe karşı çıkan Yargıtay üyeleri ise HMK gerekçesinde temyiz yolunun kaldırılarak yalnızca iptal davası açılabilmesi düzenlendiğinden bu görüşe karşı çıkmıştır. Ancak 2018 tarihli İBK ile bu konuda net bir karar verilmemiştir (Yargıtay, İBBGK., E. 2016/2, K. 2018/4, T. 13.04.2018). Benzer şekilde Hukuk Genel Kurulu önünde görülen bir davada karşı oyda “1994/1 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği üzere kararlaştırılan hukukun uygulanmaması açık bir kanuna aykırılık hâli ve bozma nedenidir.” ifadesine yer verilmiştir. HGK'nın çoğunlukla aldığı kararda karşı oydaki bu tespit üzerine doğrudan olumlu veya olumsuz bir değerlendirme yapılmamış, ancak kararda iptal davası bakımından hakem kararının esastan denetlenmemesi anlayışının benimsendiği belirtilmiştir (Yargıtay, HGK., E. 2023/688 K. 2023/1348 T. 21.12.2023).

⁷⁸⁹ Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu**, s.182 vd.

⁷⁹⁰ Budak, s.562, 571. Akıncı, Yargıtay Kanunu m.45 gereği İBK kararlarının mahkemeler için bağlayıcı olmasına rağmen, bu kararların yasa hükmünde olmadığını, 1994 tarihli İBK'nın HUMK m.533/3'e ilişkin olduğunu ve bu maddenin yürürlükten kaldırıldığını, HMK m.439 ile hakem kararlarına karşı temyiz yolu kaldırılarak iptal davası açılabilmesinin düzenlendiğini, İBK'dan sonra yeni bir yasal düzenleme yapılması halinde İBK'nın varlığını devam ettiremeyeceğini savunmaktadır (Akıncı, **Hakem Kararlarının Doğruluğu**, s.395,396).

verildikten sonra yürürlüğe giren MTK ve HMK ile hakem kararına karşı başvuru yolu değiştirilmiştir. Bu kanunlarda HUMK'taki temyiz yolu kaldırılmış, Model Kanun esas alınarak hakem kararlarına karşı yalnızca “iptal davası” açılabilceği düzenlenmiştir. Başka bir deyişle Yargıtay kararına konu olan hüküm yürürlükten kaldırılmış, üstelik yeni yapılan kanunlarda eski hüküm tekrar edilmemiş, HUMK'da yer alan düzenlemeden farklı bir düzenleme yapılmıştır. Öte yandan MTK ve HMK'da ihdas edilen iptal davasında hakem kararının esastan denetlenmesinin yasak olduğu, doktrin ve mahkeme içtihatlarında neredeyse istisnasız şekilde kabul edilmiştir⁷⁹¹.

Özetle yukarıda ifade edildiği üzere tarafların açık hukuk seçimine riayet edilmeyerek farklı bir hukukun uygulanması veya seçilen hukukun hiç uygulanmaması yetki aşımı teşkil etmektedir. Ancak kanaatimizce hukukun hatalı uygulanması bu durumdan farklı olarak *révision au fond* yasağı uyarınca yetki aşımı teşkil etmeyecektir⁷⁹².

Bununla birlikte hakemin kasıtlı bir hata “*l’erreur délibérée*” yaptığı durumda farklı yorumlar yapılmıştır. Örneğin hakemin esasa uygulanacak hukuk içerisinde somut olayda uygulanacak hukuk kuralını doğru bir şekilde tespit etmesine, üstelik bu kuralın somut olayda uygulanacağını açıkça belirtmesine rağmen bu kuralı belirttiği şekilde uygulamaması veya hiç uygulamaması, yetki aşımı olarak değerlendirilmiştir⁷⁹³. Ancak kanaatimizce esasa uygulanacak hukukun

⁷⁹¹ Detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm.I.B.2. *Akıncı*, hakem kararlarının mahkeme tarafından denetlenmesinin tahkimin niteliğine aykırı olduğunu, kanunda iptal sebeplerinin sınırlı şekilde sayıldığını, kararların doğruluğunun incelenmesine izin veren herhangi bir hüküm bulunmadığını, HMK m.493’un gerekçesinde hakem kararının doğruluğunun denetlenmesinin mümkün olmadığını açıkça belirtildiğini, mehz UNCITRAL Model Kanunu m.34/2/iii’ye benzer düzenleme yapan hiçbir devlette hakem kararlarının doğruluğunun denetlenecek şekilde anlaşılmadığını savunmaktadır. Benzer şekilde Yargıtay’ın da yakın tarihli kararlarında hakem kararının esastan denetlenmesine imkân vermediğini, Yargıtay’ın bu yaklaşımının doğru olduğunu kabulü halinde Türk tahkiminin 30 yıl geriye gideceğini ileri sürmüştür (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.409; Akıncı, **Hakem Kararlarının Doğruluğu**, s.396-397,399-400).

⁷⁹² Fouchard/Gaillard/Goldman, s.943; Born, s.3298-3299, 3554; Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.143-146; Özel, **Esas**, s.216; Şit Köşgeroğlu, s.373; ERTAN Kerem, Deniz Hukukunda Londra'da Tahkim, Beta, İstanbul, 2011, s.76-77; Yargıtay, 13. HD E.2019/3336, K.2019/11000, T. 07/11/2019. Akıncı'ya göre yetki aşımına yönelik denetim sebebi; hakemin talep sonucunda yer almayan bir konuda veya talep sonucunu aşacak şekilde karar vermesi veyahut tahkim şartı kapsamında kalmayan uyuşmazlık hakkında karar vermesinden ibaret olup hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı yetki aşımı kapsamında değerlendirilemez (Akıncı, **Hakem Kararlarının Doğruluğu**, s.396-397).

⁷⁹³ Fransız mahkemesi bir kararında, hakem kararında zamanaşımı kuralının tespit edilmesine rağmen bunun dikkate alınmamasını yetki aşımı olarak değerlendirmiştir (Paris İstinaf Mahkemesi, 29.01.2019, République Bolivarienne du Venezuela v. Société Rusoro Mining Limited, No. RG 16/20822, No. Portalis 35L7-V-B7A-BZ2EA, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case->

uygulanmasındaki hataların denetlenebilmesi için “kasıtlı hata yapılması” gibi yüksek eşikler aransa bile böyle bir incelemeye izin verilmesi, milletlerarası tahkimde *révision au fond* yasağının dayanakları da gözetildiğinde milletlerarası tahkim ile bağdaşmayabilecektir⁷⁹⁴.

Esasa uygulanacak hukukun hatalı uygulanmasına benzer bazı durumların ayrıca ele alınması bu hususta hakem kararının denetiminin kapsamının netleştirilmesine yardımcı olacaktır. İlk olarak hakemin hukuku resen uygulamaması ve hukuk kurallarının içeriğini tespit etmek için re’sen inceleme yapmaması herhangi bir iptal sebebi veya tenfiz engeli teşkil etmeyecektir⁷⁹⁵. İkinci olarak taraflarca ileri sürülmeyen bir hukuki sebebe dayanarak karar verilmesi halinde hakemin yetkisini aştığı kabul edilemeyecektir⁷⁹⁶. Bu durumda hakemin tarafları bilgilendirmesi ve onlara açıklama yapma imkânı vermesi gerekecektir⁷⁹⁷. Bilgilendirme yapılmazsa veya açıklama imkânı verilmezse bu durum adil yargılanma hakkı ihlali teşkil edecektir⁷⁹⁸.

[documents/italaw10298.PDF](#) .(Erişim Tarihi: 10.10.2024) Benzer düşünce için bkz. Şit Köşgeroğlu, s.377. Esasa uygulanacak hukukun uygulanırken hangi hallerin “kasıtlı hata” olarak değerlendirilebileceğinin tespitinde İngiliz hukukunda kabul edilen hakemin kararı bariz şekilde hatalı (*obviously wrong*) karar vermesi veya Amerikan hukukunda kabul edilen hukukun açıkça göz ardı edilmesi (*manifest disregard of the law*) doktrininden yararlanılabilecektir. Her iki hukuktaki bu düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.III.A.2.

⁷⁹⁴ Bununla birlikte iç tahkimde konuya farklı yaklaşılması mümkün olabileceği kabul edilmiştir (Şit Köşgeroğlu, s.379). Kanaatimizce bu durumun ayrıca tahlil edilmesi gerekmektedir. Çalışmamız kapsamında milletlerarası tahkime odaklanıldığından bu konuda detaylı bir inceleme yerine kısa bir açıklama yapılacaktır. İç tahkim bakımından esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların denetlenmesine imkân verecek bir yol açılması da tahkimin bazı özellikleriyle çelişebilecektir. Bu yüzden böyle bir denetim gündeme gelecekse bile bunun mutlak belirli durumlarla sınırlandırılması gerekecektir. Örneğin esastan denetim imkânı yalnızca, uyuşmazlığın esasına denetim mahkemesinin hukukun uygulandığı hakem kararları (Şit Köşgeroğlu, s.374-375, 378. İngiliz ve Amerikan hukukunda ele alınacak sistemler de bu ülkelerin hukuklarının uygulandığı kararlar bakımından esastan bir denetim yapılmaktadır. (Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.III.A) veya kurumsal tahkimin söz konusu olmadığı *ad hoc* tahkim neticesinde verilen hakem kararları (Şit Köşgeroğlu, s.379) ile sınırlandırılabilir. Yine esastan denetim izin verilecekse bile buna ilişkin kriter ve ilkelerin yargı içtihatlarıyla benimsenmesi sağlıklı olmayacağından, bu konu hakkında ilgili kanunlarda düzenleme yapılması ve esastan denetim imkânının yalnızca taraflarca açıkça istenmesi halinde uygulanacağını düzenlemek daha doğru olacaktır.

⁷⁹⁵ Bu durumun bir iptal sebebi teşkil etmediğine ilişkin bkz. İsviçre Federal Mahkemesi, 27.04.2005, 4P_242/2004; İsviçre Federal Mahkemesi, 15.04.2015, 4A_554/2014.

⁷⁹⁶ GÜL Mehmet Akif, New York Sözleşmesi Bağlamında Usûlî Tenfiz Engelleri, On İki Levha, 2016, s. 80.

⁷⁹⁷ Erdönmez, **Pekcanıtez Usul**, s.863-864,877; Güvenalp, s.77; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.419, 423, 506; Şit, s.211.

⁷⁹⁸ Yasan Tepetaş, s.299, s.478 vd.,501-502; Lew/Mistelis/Kröll, s. 424; AKINCI Ziya, "Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim" , Public and Private International Law Bulletin, C.40, S.1, 2020, s. 481-495, s. 491.

Üçüncü olarak hakemin karar verirken mukayeseli hukuktan yararlanması esasa uygulanacak hukukun uygulanmadığı anlamına gelmeyecektir⁷⁹⁹. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta esasa uygulanacak hukukun Türk hukuku belirlenmesine rağmen hakemin farklı ülkede kabul gören hesaplama, doktrin ve yargı kararlarını esas alması gerekçe gösterilerek hakem kararının tenfizi talebinin reddedilmesi istenmiştir. Yapılan incelemede hakemin taraflar arasındaki sözleşme, Türk hukuku ve TBK hükümlerini uyguladığı tespit edilmiş, mukayeseli hukuka atıf yapılmasının uyuşmazlığa tarafların murat ettiğinden başka bir hukuk uygulandığı şeklinde değerlendirilemeyeceği vurgulanmıştır⁸⁰⁰. Sonuç olarak taraflarca ileri sürülmediği halde yabancı hukuk kaynaklarına atıf yapılmasının tenfiz engeli olmadığına karar verilmiştir. Paris İstinaf Mahkemesi önüne gelen benzer bir uyuşmazlıkta Mısır hukuku uyarınca karar vermesi gereken hakemin Fransız hukukuna atıf yaparak karar vermesi nedeniyle iptal başvurusunda bulunulmuştur. İstinaf Mahkemesi hakem kararında Fransız hukukuna yapılan atfın Mısır hukuku hükümlerine mehz teşkil eden hükümler olduğunu ve Mısır hukukunun uygulandığını tespit ederek talebi reddetmiştir⁸⁰¹.

Dördüncü olarak esasa uygulanacak hukuk kapsamında kalmayan sözleşme hükümlerinin⁸⁰² hakem tarafından “vakıa” olarak tespit edilmesi de *révision au fond*

⁷⁹⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.586.

⁸⁰⁰ Yargıtay 11. HD., E.2015/11441, K. 2016/8701, T. 3.11.2016: “Yine mahkemeye, “...tahkim şartında uyuşmazlık hakkında Türk Hukuku'nun uygulanacağı kararlaştırılmış olup kararın özellikle 185. paragrafında ya'daki hesaplama yöntemlerine atıf yapılarak karar ve doktrininin karara esas alındığı, bu durumun taraf iradelerine aykırılık teşkil ettiği...” kabul edilmiş ise de mahkemenin kabulünün aksine hakem kararında uyuşmazlığa taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, Türk Hukuku, ağırlıklı olarak da Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmıştır. Sözleşme hükümleri uyarınca kabul edilen hesaplama yöntemi ile ilgili olarak değerlendirme yapılırken hakimin yararlandığı hukuk kaynaklarından olan doktrin, mukayeseli hukuk kuralları ve yabancı mahkeme kararlarına atıf yapılması ise hakimin somut uyuşmazlığa taraflarca kararlaştırılan hukuk kurallarından başka hukuk kuralı uyguladığı sonucunu doğurmaz. Örneğin hakem kararının 145. paragrafında, “.... İlişkileri, C. II.1987, sf. 348/349, Karahasan, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, Cilt II Beta Kitap, ... 2002 sf.441” denilmek suretiyle Türk Doktrinine atıf yapılmıştır. Yine hakem kararının 153, 154 ve 155. paragraflarında taraflar arasındaki sözleşmenin maddesi hükmü değerlendirilirken Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin Borçlar Kanunundaki karşılık hükümleri kararlaştırmalı olarak irdelenmiştir. Aynı şekilde hakem kararının 181,182 ve 183. paragraflarında mahkemenin kabulünün aksine ve Mahkemesi kararlarına atıf yapılması somut olaya Hukukunun uygulandığını göstermeyip “yardımcı hukuk kaynakları” arasında yer alan yabancı doktrin ve yabancı mahkeme kararlarından örnekler sunulması şeklinde değerlendirilmelidir.”

⁸⁰¹ Paris İstinaf Mahkemesi, 10.05.1988, Revue de l'arbitrage,1989, s.269.

⁸⁰² Model Kanunu m. 28/4 uyarınca “Her durumda, hakem heyeti sözleşme hükümlerine uygun olarak karar verecek ve işlem için geçerli olan ticari teamülleri dikkate alacaktır.” ICC Tahkim Kuralları m. 21/2 uyarınca “Hakem kurulu, varsa taraflar arasında yapılmış sözleşme hükümleri ile ilgili ticari örf ve adeti göz önünde bulundurur.” MTK m. 12/c’de Model Kanun düzenlemesinden uzaklaşmış ve

yasağı uyarınca denetlenemeyecektir. Bununla birlikte doktrinde *Akıncı*'ya göre hakemin taraflar arasındaki sözleşmenin milletlerarası ticari uygulamalara aykırı olduğu, somut olaya uygun olmadığı gibi gerekçelerle uygulanmaması veya dikkate alınmaması durumu sözleşmenin yorumlanması veya geçerliliğinin değerlendirilmesi halinden farklı olarak yetki aşımı teşkil edecektir⁸⁰³. Vakıa olarak tespiti yapılan sözleşme hükümlerinin hukuki olarak nitelendirilmesinde hata yapılmasının denetlenmesi de *révision au fond* yasağı uyarınca mümkün değildir⁸⁰⁴. Bununla birlikte bir başka görüşe göre hakemin sözleşme hükmünün yanlış yorumlanmasından farklı olarak sözleşme hükmünün niteliğinin çarpıtılmasının (*dénaturation*)⁸⁰⁵ denetim konusu yapılabileceği ileri sürülmüştür⁸⁰⁶.

Hakemin esasa uygulanacak hukuku hatalı uygulamasının “yetki aşımının” yanı sıra “kamu düzeni ihlali” teşkil edip etmediği de tartışma konusu olmuştur. Kamu düzeni ile esasa uygulanacak hukukun doğru uygulanması arasında bir ilişki olmadığı gerekçesiyle bunun mümkün olmadığı kabul edilmiştir⁸⁰⁷. Buna karşılık *Nomer*'e göre “*uygulanan maddi hukuk hakem kararındaki hükmü, sözleşmeye güven prensibi, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması gibi hukukun temel hukuk prensipleriyle uyumsuz hale getirmiş ise hakem kararının kamu düzenine aykırılığından söz*

“Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticari örf ve âdetler ile ticari teamüller de göz önünde bulundurulur” denmiştir. MTK düzenlemesi ile uygulanacak hukuk öncelikle uygulanacak, sözleşme ve ticari teamüller ICC kurallarında olduğu gibi gerektiğinde dikkate alınacaktır (Özel, *Eksi*, s.210-211; Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s.157; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.304-305. İsviçre MÖHUK m. 187’de herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden İsviçre hukukunda hakemlerin her durumda sözleşme ve ticari teamülleri uygulama yükümlülükleri olmadığı kabul edilmektedir (Özel, *Eksi*, s.210)).

⁸⁰³ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.488.

⁸⁰⁴ Paris İstinaf Mahkemesi, 1. HD., SNC Danton Défense c/ SA Cotelte Bella et Delpha, Rev. arb., 1994. s.397; Fransız Temyiz Mahkemesi, 22.10.1991, Valenciana, 1992, s.457. Bir sözleşmenin farklı ülke hukuklarında farklı şekilde yorumlanması mümkün olduğundan hakemin bir sözleşme hükmünü yanlış nitelendirmesinin mazur görülebileceği Fransız mahkeme kararlarında ifade edilmiştir.

⁸⁰⁵ Niteliğin çarpıtılması (*dénaturation*), açık bir vakıanın değerlendirilmesinde açık bir hata yapılması olarak tanımlanmaktadır. Kira sözleşmesinin satış sözleşmesi olarak nitelendirilmesi bir yorum hatası olabileceksen sözleşmede açıkça alıcının yükümlülüğü olduğu belirtilen hallerin satıcının yükümlülüğü gibi değerlendirilmesi ilgili sözleşme hükmünün anlamının çarpıtılması (*dénaturation*) olarak ifade edilmiştir (Chantebout, s.276).

⁸⁰⁶ Chantebout, s.277-278, 281-285. Fransız hukukunda ileri sürülen bu görüş Fransız mahkeme kararlarında kabul görmemiştir (Fransız Temyiz Mahkemesi, 2. HD, 17.11.1976, OCPC v. Diefenbacher, Rev. arb., 1977. s.281).

⁸⁰⁷ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.442, 445, 450, 620; Şit Köşgeroğlu, s.355-356; HWANG Michael / LAI Amy, “Do Egregious Errors Amount to a Breach of Public Policy?”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, C.71, S.1, 2005, s. 1-24, s.2: “*Temel ve ciddi hatalar içeren, tahkime olan güveni zedeleyecek kadar ağır hatalar barındıran hakem kararları, “adaletin temel kavram ve ilkeleri” ile çelişir ve bu nedenle (...) kamu düzenine aykırıdır*”. İsviçre Federal Mahkemesi, 14.11.1990, ATF 116 II 634;

edilebilir”⁸⁰⁸. Ekşi ise “*hukukun hatalı uygulanmasının kamu düzeni ihlali teşkil edecek boyutta olmasının*” bir iptal sebebi olabileceği savunmuştur⁸⁰⁹. Yargıtay ise bir dönem kararlarında kamu düzeni kavramını geniş uygulayarak hakem kararını hatalı şekilde esaslan denetlemiştir⁸¹⁰. Ancak Yargıtay daha sonra bu tutumundan vazgeçerek *révision au fond* yasağı doğrultusunda kararlar vermiştir⁸¹¹.

Kamu düzeni ihlali bakımından *doğrudan uygulanan kurallara* (müdahaleci kurallar, *lois d’application immédiate*)⁸¹² aykırılığın ayrıca ele alınması gerekmektedir⁸¹³. Hakemlerin hangi ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını, hangi seviyede uygulamakla yükümlü olduğuna ilişkin genel kabul gören bir görüş olmadığından hakemlerin kapsamı belirsiz olan bu yükümlülüklerine uyup uymadıklarının denetlenmesinin sınırlarını çizmek de zor olacaktır⁸¹⁴.

Bir görüşe göre hakem kararında doğrudan uygulanan kuralların uygulanmaması veya hatalı uygulanması, kamu düzenine aykırılık nedeniyle mahkeme tarafından denetlenebilecektir⁸¹⁵. Ancak bunun için ihlal edilip edilmediği incelenen doğrudan

⁸⁰⁸ NOMER Ergin, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı)”, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.19, S.1-2, s.555-576, s.571. Yine Türk hukukunda yabancı hakem kararının adalet ve nesafet kavramlarını ihlal etmesi bir kamu düzeni ihlali olarak değerlendirilmiştir (TANRIVER Süha, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.17, S.1-2, 2011, s.467-492).

⁸⁰⁹ Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu**, s.182. Yazar, hukukun hatalı uygulamasının ne zaman bu şekilde değerlendirilebileceğine ilişkin başka bir açıklama yapmamıştır.

⁸¹⁰ Yargıtay HGK., E. 2013/1847, K. 2015/2020, T.30.9.2015; Yargıtay HGK., E.2011/568, K.2012/47 T.8.2.2012. Yargıtay 13. HD bazı kararlarında hakem kararının temyizi denetimine varan bir inceleme yapmıştır (Yargıtay 13. HD., E. 2012/8426, K. 2012/10349, T. 17.4.2012; Yargıtay 13. HD E. 2012/8425 K. 2012/10348 T. 17.4.2012; Yargıtay 13. HD, E. 2011/19737, K. 2012/25406, T. 13.11.2012; Yargıtay 13. HD., E.2011/19737, K. 2012/25406, T.13.11.2012 , Yargıtay 13. HD, E.2012/8425, K. 2012/10348 T.17.4.2012.

⁸¹¹ Yargıtay 15. HD, E.2019/2824, K.2019/5139; Yargıtay 11.HD, E.2018/89, K.2019/5321, Yargıtay 15. HD. E.2019/2474, K. 2019/3640, T. 26.09.2019; Yargıtay 11.HD, E.2018/5640, K.2019/1252; Yargıtay 11.HD., E.2016/4931, K.2016/6886, T.22.06.2016. Türk hukukunda *révision au fond* yasağının kabul edildiğine ilişkin açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm.I.A.2

⁸¹² Doğrudan uygulanan kurallara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.I.B.4.

⁸¹³ Şit Köşgeroğlu, s.344.

⁸¹⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s.209-212; Takavut, s.96-105; Şit Köşgeroğlu, s.348-349.

⁸¹⁵ Özdemir Kocasakal, **Sözleşmeler**, s.212.

⁸¹⁵ Özdemir Kocasakal, **Sözleşmeler**, s.211; Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.259. Ancak aksi bir görüşe göre doğrudan uygulanan kurallara aykırılık bir iptal veya tenfiz sebebi olarak düzenlenmemiştir. Hakemin doğrudan uygulanan kuralı uygulayıp uygulamadığının çoğu zaman hakem kararının içeriğinden de anlaşılması mümkün olmadığından böyle bir denetime izin vermek *révision au fond* yasağı ile bağdaşmayacaktır. TAKAVUT İbrahim Doğan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, On İki Levha, 2018, s.104-105.

uygulanan kuralın koruduğu menfaatin denetim mahkemesinin kamu düzenine dahil olması gerekmektedir. Zira doğrudan uygulanan kuralın ihlaline ilişkin doğrudan bir denetim yapılamayacak, bunun yerine kamu düzeni üzerinden dolaylı bir denetim yapılacaktır⁸¹⁶. Ayrıca doğrudan uygulanan kuralın “yer” bakımından uyumsuzluk üzerinde etkili olması gerekir⁸¹⁷. Örneğin Türk rekabet hukukuna aykırı olan ancak yabancı bir ülkede gerçekleşip Türkiye ile bir ilgisi bulunmayan eylemler, Türk doğrudan uygulanan kurallarının kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Konu karşılaştırmalı hukukta özellikle Avrupa Birliği ülkelerinde rekabet hukukuna aykırılığın denetlenmesi üzerinden tartışılmıştır. Konuyla ilgili farklı ülke mahkemelerinin genel tutumu rekabet hukuku kurallarına aykırılığın kamu düzeni kapsamında ele alınamayacağı ve bu anlamda hakem kararının esastan denetlenemeyeceği yönündeydi⁸¹⁸. Bununla birlikte Alman Federal Mahkemesi 2022 yılında verdiği kararda rekabet hukuku ihlali iddiası bakımından hakem kararının esastan denetlenmesine imkân veren bir karar vermiştir⁸¹⁹.

Kanaatimizce doğrudan uygulanan kurallar ile korunan menfaat, denetim ülkesi hukuk düzeni bakımından da temel bir menfaat teşkil ediyorsa kamu düzeni üzerinden bir inceleme yapılabilecektir. Bu noktada kamu düzeni üzerinden bir inceleme yapılacağından bu ihlal iddiası için bakılması zorunlu ve gerekli hususlar açısından yapılacak inceleme *révision au fond* yasağına takılmayacaktır⁸²⁰.

⁸¹⁶ Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.259.

⁸¹⁷ Özdemir Kocasakal, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.252-253.

⁸¹⁸ İsviçre hukuku için bkz.İsviçre Federal Mahkemesi, Tensacciai S.p.A. v. Freyssinet Terra Armata S.r.l., 4P.278/2005, 8.03. 2006, ATF 132 III 389, Fransız hukukunda bkz. Paris İstinaf Mahkemesi, 18.11.2004, Thalès Air Defence v. GIE Euromissile, 751.

⁸¹⁹ Alman Federal Mahkemesi, 27.09.2022, KZB 75/21. Alman Federal Mahkemesine göre Alman rekabet hukukunun hakem tarafından yanlış uygulaması kamu düzenine aykırılık teşkil eder ve bu nedenle kamu düzeni denetimi çerçevesinde hakem kararının esastan incelenmesi gerekmektedir.

⁸²⁰ Kamu düzeni ihlali bakımından *révision au fond* yasağının uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm.I.B.4

D. Hakemin Yetkisi Olmadığı Halde Dostane Aracı Olarak veya Hakkaniyete Göre Karar Vermesi

Hakemlerin taraflarca açıkça yetkilendirilmiş olması durumunda⁸²¹ herhangi bir maddi hukuka tabi olmadan, dostane aracı (*amiable compositeur*) olarak veya hakkaniyet ve nesafet kurallarına (*ex aequo et bono*) göre karar verecektir⁸²². Bu yöntemlere hukuki bir tartışmadan ziyade, nitelik veya nicelik kontrolüne ilişkin meselelerden doğan, hakemlerin hukukçu olmadıkları görece basit ihtilaflarda müracaat edilmektedir⁸²³. Her iki yöntem bakımından⁸²⁴ hakemler, uyuşmazlığa uygulanması mümkün olan maddi hukuk kuralları uygulamaksızın ihtilafı kendi adalet anlayışlara göre çözecektir⁸²⁵.

Bu yöntemlerle ilgili çalışma konumuzu ilgilendiren temel tartışma, hakemin taraflarca açıkça yetkilendirilmediği halde dostane aracı olarak ve hakkaniyete göre karar vermesi durumunda bu hususun bir iptal sebebi ve tenfiz engeli teşkil edip etmeyeceğidir. Hakemin açıkça yetkilendirilmediği halde dostane aracı olarak ve hakkaniyete göre karar vermesi, pek çok ülke hukukunda yetki aşımı olarak kabul edilmektedir⁸²⁶. Zira hakem sözleşmeyi veya hukuk kuralını hatalı uygulamaktan farklı olarak uyuşmazlığın çözümü için yetkilendirilmediği bir usûl izlemiştir.

Bu ihlalin bir denetim sebebi kapsamında kalması nedeniyle *révision au fond* yasağı kapsamına girmeden incelenmesi mümkündür. Bu durumda mahkeme, hakemin tespit ve değerlendirmeleriyle bağlı olmadan, ihlal iddiası ile ilgili tüm maddi ve hukuki unsurları inceleyebilecektir. Mahkeme ilk olarak tarafların tahkim anlaşmasında veya başka bir şekilde hakeme dostane aracı olarak veya hakkaniyete göre karar verme yetkisi verip vermediğini inceleyecektir. Yapılan incelemede

⁸²¹ Tarafların bu konuda açık irade beyanları aranacaktır. Bu nedenle tarafların farazi veya zımni iradelerinden hareketle hakemlere böyle bir yetki verildiği sonucuna varılamayacaktır (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.355).

⁸²² Bkz. Model Kanun m. 28/3, MTK m. 12/C ve HMK m. 433/3, ICC Tahkim Kuralları m. 21/3.

⁸²³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.355, 663; Özel, **Esas**, s.211, 213.

⁸²⁴ *Ex aequo et bono* yönteminin kökeninin milletlerarası kamu hukuku olduğu, bundan başka iki kavram arasında işlev ve nitelik açısından önemli bir fark bulunmadığı belirtilmektedir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.355, dn.488).

⁸²⁵ Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.140. Bu kapsamda hakem, maddi hukuka göre geçersiz olan bir sözleşmeye bile dayanabilecektir (Özel, **Esas**, s.211) Hakemlerin bu yöntemler uyarınca ihtilafları esnek bir şekilde çözüme kavuşturması, bir avantaj olarak değerlendirilmiştir (Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.133-134).

⁸²⁶ Chantebout, s.244; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 414,487; Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.140-141; Özel, **Esas**, s.218; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s.728; Şit Köşgeroğlu, s.363.

hakeme böyle bir yetki verilmediği anlaşılırsa ikinci aşamada mahkeme hakemin uyuşmazlığın çözümüne ilişkin kararı maddi hukuk kurallarından ayrılarak verilip verilmediğini inceleyecektir.

Révision au fond yasağı uyarınca hakemin bir hukuk kuralını yanlış uyguladığına ve hiç uygulamadığına ilişkin iddiaların incelenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte bu yasağı aşmak isteyen taraflar, hakemin maddi hukuku göz ardı edip, dostane aracı olarak veya hakkaniyet göre karar verdiğini ileri sürerek hakem kararının esastan denetlenmesini sağlamaya çalışabilecektir. Bu nedenle mahkeme, tarafların itirazının incelenmesinin doğuracağı sonuçları değerlendirmeli ve hakemin hukuk kurallarını uygulaması ile hakem kararının gerekçesinin denetlenmesine imkân vermemelidir. Bu anlamda mahkemece yalnızca yüzeysel olarak, hakemin kanun ve sözleşmeden “tamamen” ayrılıp ayrılmadığını denetleyebilecektir. Aşağıda incelenecek bir Ankara Bölge Adliye Mahkemesi kararında mahkemelerin böyle bir ihlal iddiası karşısında yapacağı denetime ilişkin önemli ilkeler çıkarılabilecektir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi önünde görülen bir hakem kararının iptali davasında⁸²⁷ iptal talebinde bulunan taraf, avukatlık ücreti alacağına ilişkin verilen

⁸²⁷ “Davacı (...)HMK’nın 439/2/(e) maddesine dayanmak suretiyle, (...)hakemin taraflarca yetkilendirilmediği halde hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiğini ve bu hususun hükmün esasına etkili olduğunu, (...) ileri sürmüştür.(...) Dava konusu hakem kararı incelendiğinde; taraflar arasındaki 5.6.2012 tarihli sözleşme hükümleri, Avukatlık Kanunu, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri ile ayrıca Yargıtay içtihatları incelenmek suretiyle uyuşmazlığın irdelenip değerlendirildiği ve bunun sonucuna göre bir karar verildiği görülmektedir. O halde somut olayda hakemin, maddi hukuk kurallarına göre değil de hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiğinden söz edilemez. Aksine hakemin, uyuşmazlıkla ilgili maddi hukuk kurallarını uyguladığı, özellikle uyuşmazlığı Avukatlık Kanunu kapsamında ele aldığı, Türk Borçlar Kanunu’nun 26. ve 27. maddelerini irdelediği ve Yargıtay içtihatlarını da dikkate almak suretiyle bir karar verdiğini anlaşılmaktadır. Tüm bu nedenlerle davacının, "hakemin, taraflarca yetkilendirilmediği halde hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiğini ve bu hususun hükmün esasına etkili olduğu" konusundaki iptal sebebi yerinde görülmemiştir.

(...)Gerçekten de, iptal davasına konu olan tarihli hakem kararında, taraflar arasındaki avukatlık sözleşmesinde, verilecek hukuki yardıma karşılık olarak hem TL maktu, hem de Euro (veya taşınmaz devri öngörülen) nispi ücret belirlenmişse de, hukuki yardıma konu olan müddeabihin değerinin (.... Euro) sözleşme tarihindeki Türk Lirası karşılığı, tahkime başvuran tarafından verilen hukuki yardım ve harcanan mesai göz önüne alındığında, maktu ücret olarak kararlaştırılan 0 TL vekalet ücretinin ödenmesi gerektiği, nispi ücret adı altında belirlenen Euro vekalet ücretinin ise Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesi ile Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesi hükmü dikkate alındığında fahiş olduğu sonucuna varıldığı ve buna göre karar verildiği belirtilmiştir.

O halde hakemin, hak ve nesafet kurallarına göre değil, maddi hukuk kurallarına göre karar verdiğini anlaşılmakta olup, hakem kararında, ilgili mevzuat hükümleri ile Yargıtay içtihatları incelenip, olayla ilişkilendirildikten sonra "verilen hukuki yardım ile harcanan emek ve mesaiye göre TL ücretinin ödenmesi gerektiği, ... Euro ücretin ise fahiş olduğu" yönündeki değerlendirme de bu sonucu değiştirmez. Başka bir ifade ile, bu şekilde bir değerlendirme, hakemin, kendisine tanınan yetkinin

hakem kararında “*hakemin taraflarca yetkilendirilmediği halde hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiğini ve bu hususun hükmün esasına etkili olduğunu*” ileri sürerek “usule aykırılık” nedeniyle hakem kararının iptal edilmesini talep etmiştir. Bu itirazı ele alan Ankara BAM, hakem kararının gerekçesini inceleyerek hakemin uyuşmazlığın çözümünde taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini, mevzuattaki düzenlemeleri ve Yargıtay içtihatlarını ele aldığını tespit etmiştir. İstinaf Mahkemesi ayrıca hakemin uyuşmazlığın çözümünde yararlandığı “ilkeleri” de tespit etmiş ve sonuç olarak hakemin maddi hukuk kurallarına göre karar verdiğini tespit etmiştir.

İstinaf Mahkemesi, isabetli olarak hakem kararına konu edilen avukatlık ücret alacağına ilişkin verilen kararın ve gerekçesinin yeterli veya doğru olup olmadığını incelememiştir. Bunun yerine mahkeme hakemin maddi hukuk kurallarından ayrılmadığını tespit ettiğini belirtmiştir. Her ne kadar uyuşmazlık konusu olan avukatlık ücret alacağı ile ilgili mahkemelerin yararlanıldığı ilkelerden bahsedilmişse de bunlar yalnızca bir karşılaştırma amacıyla kullanılmıştır. Yoksa mahkeme bu ilkeler üzerinden ihtilafı yeniden ele alarak avukatlık ücretini kendisi hesaplamamıştır. Bu anlamda *révision au fond* yasağına riayet etmiştir.

Türk hukukunda olduğu gibi Fransız hukukunda da hakemin yetkilendirilmediği halde maddi hukuk kurallarını göz ardı ederek karar vermesi yetki aşımı teşkil edecektir⁸²⁸. Bu kapsamda yapılacak incelemede Fransız mahkemeleri de yukarıda yer verilen Ankara BAM kararına benzer bir yol izlemiştir. Versay İstinaf Mahkemesi önünde görülen bir iptal davasında hakemin yetkilendirilmediği halde dostane aracı olarak karar vermesi bir iptal sebebi olarak ileri sürülmüştür. Versay İstinaf Mahkemesi, hakemin uyuşmazlığa ilişkin Fransız hukukundaki ilkeleri uyguladığını

dışına çıkıp karar verdiğini göstermez. Nitekim Devlet yargısında görülen avukatlık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların maddi hukuka göre çözümünde de, “verilen hukuki yardımın niteliği”, “avukatın sarf etmiş olduğu emek ve mesai”, “kararlaştırılan ücretin fahiş olup olmadığı”, “edimler arasında dengenin mevcut olup olmadığı” gibi hususlar, avukatın hak ettiği vekalet ücretinin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Tüm bu nedenlerle davacının, “hakemin, taraflarca yetkilendirilmediği halde hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiğini ve bu hususun hükmün esasına etkili olduğunu” konusundaki iptal sebebi yerinde görülmemiştir...” (Ankara BAM 4.HD’nin (İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla), E.2018/1, K.2019/2 sayı ve T.15.05.2019 tarihli kararı, Karar metni için bkz. KURTOĞLU Tülin, “Hakem Kararlarına Karşı Açılan İptal Davaları”, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara, 2023, s.97-143, s.134-137) Karar, Yargıtay 13. HD.’nin E.2019/4214, K.2019/8518 sayı ve T.19.09.2019 tarihli kararıyla onanmıştır.

⁸²⁸ Chantebout, s.244.

tespit ederek iptal talebini reddetmiştir⁸²⁹. Benzer bir iptal sebebinin ileri sürüldüğü bir davada Paris İstinaf Mahkemesi, hakemin kararını hukuka uygun olarak gerekçelendirdiğini, gerekçelendirmesinde “hakkaniyet” gibi bir kavrama atıf yapmadığını tespit ederek iptal talebini reddetmiştir⁸³⁰. Fransız mahkemeleri tarafından yapılan incelemelerde hakem kararının hukuka uygun olup olmadığı veya hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı incelenmemiştir. Bunun yerine hakemin uyuşmazlığı çözerken neyi esas aldığına bakılarak, yetkisi içerisinde hareket edip etmediği denetlenmiştir. Fransız mahkemeleri bu şekilde *révision au fond* yasağının kapsamına girmeyen bir denetim yapmıştır⁸³¹.

Sonuç olarak hakemlerin yetkisi olmamasına rağmen dostane aracı olarak veya hakkaniyete göre karar verdiği ileri sürüldüğünde mahkeme hakemin uyuşmazlığı neye göre çözdüğünü tespit etmelidir. Eğer hakemin maddi hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözdüğü anlaşılırsa yetki aşımından söz edilemeyecektir. Buna karşılık hakem maddi hukuk kurallarından yararlanmadan hakkaniyet vb. kavramlara göre bir karar vermişse yetki aşımı söz konusu olacaktır. Bu inceleme “yetki aşımı” denetimi kapsamında yapıldığından *révision au fond* teşkil etmeyecektir. Bununla birlikte her halükârda mahkeme, hakemin uyuşmazlığın çözümünde esas aldığı kuralların doğru veya yeterli olup olmadığını, ayrıca hakemin vardığı sonucun doğru olup olmadığını inceleyemeyecektir.

III. ESASA UYGULANACAK HUKUKA AYKIRILIKLARIN DENETLENMESİNE YÖNELİK YAKLAŞIMLAR

Çalışmamızda Türk Hukukunda kabul edilen kontrol sistemi bağlamında hakem kararlarındaki esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların denetiminin mümkün olup olmadığı incelenmiştir. Öte yandan kontrol sisteminden farklılaşan alternatif yaklaşımlar da mevcuttur. Bu yaklaşımlar çalışmamız muhtevasını aşmakla birlikte özellikle esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların denetiminde esnekliğin mümkün olup olmadığını göstermek amacıyla bunlara kısaca değinilecektir.

⁸²⁹ Versay İstinaf Mahkemesi, 13.07.1994, Société Samu Auchan c/ société Boulogne distribution, Rev. arb., 1995. s.495. Benzer yönde bkz. Paris İstinaf Mahkemesi, 28.02.1980, Société Mocupia c/ société Inveko; Paris İstinaf Mahkemesi, 03.06.1993, Société Echo c/ Cogedep, 1995. s.469.

⁸³⁰ Paris İstinaf Mahkemesi, 28.02.1980, Société Mocupia c/ société Inveko; Paris İstinaf Mahkemesi, 03.06.1993, Société Echo c/ Cogedep, 1995. s.469.

⁸³¹ Chantebout, s.243-244.

Bu bağlamda ilk olarak hakem kararlarını esasa uygulanacak hukuka aykırılık bakımından denetlenmesine imkân veren ülke hukukları incelenecek, ikinci olarak denetiminin kapsamının değiştirilmesinde tarafların rolü değerlendirilecektir.

A. Hakem Kararlarının Esasa Uygulanacak Hukuka Aykırılık Bakımından Denetlenmesine İmkân Veren Ülkeler

Günümüzde bazı ülke hukuklarında hakem kararlarının maddi hukuka aykırılık bakımından denetlenmesi mümkündür. Model Kanun hükümlerinin esas alınmadığı ülkelerdeki bu imkân, doğrudan kanuni düzenlemelerden veya mahkeme içtihatlarından kaynaklanmaktadır. Öte yandan bazı ülke hukukları maddi hukuka aykırılık denetimini milletlerarası ve iç tahkim ayrımı yapmaksızın mümkün kılarken bazı ülke hukukları sadece iç tahkimde bu denetimi öngörmüştür.

Hakem kararlarının esasa uygulanacak hukuka aykırılık bakımından denetimine imkân veren pek çok ülke hukuku mevcuttur⁸³². Ancak çalışmamız kapsamında ekonomik güçleri nedeniyle tahkim hukukunda etkili olmaları ve Kıta Avrupa'sından ayrılarak farklı bir bakış açısı sunmaları nedeniyle İngiliz ve ABD hukuku; MÖHUK ve MTK'ya mehaz olması açısından İsviçre hukuku ve *révision au fond* yasağının ortaya çıktığı ülke olması nedeniyle Fransız hukuku ele alınmaktadır.

Esasa uygulanacak hukuka aykırılık denetiminin kanuni düzenlemeden kaynaklandığı hukuka örnek olarak İngiliz hukuku, mahkeme içtihatlarından kaynaklandığı hukuka örnek olarak ABD hukuku, milletlerarası ve iç tahkimde farklı düzenlemeler öngören ülkelere örnek olarak İsviçre ve Fransız hukukları incelenecektir.

⁸³² Çalışmamız kapsamında değinilen ülke hukukları için bkz. Birinci Bölüm.I.B.2.

1. İngiliz Hukukunda Hakem Kararındaki “Hukuki Sorunların” Temyizi

İngiltere milletlerarası ticaret ve milletlerarası tahkim açısından önemli bir ülkedir. İngiltere’de bulunan *The London Court of International Arbitration* (“LCIA”) tahkim merkezi olarak, Londra ise tahkim yeri olarak sıklıkla tercih edilmektedir⁸³³. İngiltere’de yerel tahkim kanunu birden fazla kez değişmiştir, günümüzde yürürlükte olan kanun 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu’dur (*English Arbitration Act*)⁸³⁴. 1996 İngiliz Tahkim Kanunu’nda pek çok ülkenin aksine Model Kanun esas alınmamıştır. Bununla birlikte Model Kanun’daki temel ilkeler benimsenmiştir⁸³⁵.

İngiliz Tahkim Kanunu’nda hakem kararına karşı başvurulabilecek üç farklı yol düzenlenmiştir. Bunlardan ilki hakemin yetkisine ilişkin itirazlara yönelik (*substantive jurisdiction*) düzenlemeyi içeren İngiliz Tahkim Kanunu m.67’dir. Ciddi usule aykırılıklara (*serious irregularity*) ilişkin başvuru imkânı İngiliz Tahkim Kanunu m.68’te düzenlenmiştir. Son olarak İngiliz Tahkim Kanunu m.69 ile hakem kararında hukukun doğru uygulanmadığı iddiasıyla devlet mahkemesine müracaat edilmesi imkânı düzenlenmiştir. Çalışmamız kapsamında hakem kararlarının esasa uygulanacak hukuka aykırılık bakımından denetlenmesine imkân veren ve m.69’da yer alan “hukuki sorunların temyizi” yolu incelenecektir⁸³⁶.

⁸³³ WELSH Angeline, “England & Wales, Arbitration Country Guide, IBA Arbitration Committee, 2018, s.3.

⁸³⁴ Ayrıca 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanununda milletlerarası ve iç tahkim ayrımı bulunmamaktadır. English Arbitration Act 1996, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> (Erişim Tarihi: 10.10.2024). Çalışmamız kapsamında İngiliz Hukukunda tahkime yönelik yaklaşımın nasıl değiştiği tarihsel olarak ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm.II.C.1. 30 Kasım 2021 tarihinde Birleşik Krallık Hukuk Komisyonu tarafından, 1996 Tahkim Kanununu gözden geçirileceği duyurulmuştur. Ancak 1996 Tahkim Kanunu halen yürürlüktedir. (<https://www.lawcom.gov.uk/law-commission-to-review-the-arbitration-act-1996/> Erişim Tarihi: 10.10.2024).

⁸³⁵ REID Alan S., “The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the English Arbitration Act: Are the Two Systems Poles Apart?”, *Journal of International Arbitration*, C.21, S.3, s.227-238, s.228; Born, s.94; Artık, s. 68.

⁸³⁶ 1996 İngiliz Tahkim Kanunu m.67 ve 68’de öngörülen iki başvuru yolu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Artık, s.70-74; OKUMUŞ Nagehan, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali*, On İki Levha, İstanbul, 2021, s.28-31. Yine İngiliz hukukunda farklı bir hukuki mekanizma olarak İngiliz Tahkim Kanunu’nun “*Determination of preliminary point of law*” başlıklı 45. maddesi uyarınca tahkim yargılaması devam ederken belirli hukuki sorunlar hakkında mahkemeye başvurulması mümkündür. m. 45/1 uyarınca “*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, mahkeme, tahkim sürecinde taraflardan birinin başvurusu üzerine (diğer taraflara bildirimde bulunarak), bir veya daha fazla tarafın haklarını önemli ölçüde etkilediğine kanaat getirdiği herhangi bir hukuki sorunu değerlendirebilir.*” İngiliz Tahkim Kanunu m. 45/2 uyarınca böyle bir başvurunun yapılabilmesi için a) Tüm tarafların mutabakatının olması veya b) Mahkemenin (i) Sorunun değerlendirilmesinin

1996 İngiliz Tahkim Kanunu m.69 uyarınca hakem kararlarındaki maddi hukuk hataları temyiz incelemesine tabi tutulabilecektir. Ancak temyiz incelemesinin yapılması sıkı şartlara bağlanmıştır. 69. maddenin 1. fıkrası uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan herhangi biri (diğer tarafa ve hakem heyetine bildirimde bulunmak kaydıyla) hakem kararından kaynaklanan bir hukuki sorun (*question of law arising out of an award made in the proceedings*) hakkında mahkemeye başvurabilecektir⁸³⁷.

İlgili hükmün “aksinin kararlaştırılabileceği” açıkça belirtildiğinde bu temyiz başvurusun ilişkin düzenlemeler emredici nitelikte değildir⁸³⁸. Bu nedenle taraflar temyiz yoluna başvurulması imkanından feragat edebilecektir. Bununla birlikte taraflar arasında bu temyiz başvurusundan feragate ilişkin açık bir anlaşma bulunmamasına rağmen hakem kararının “gerekçesiz” olacağına ilişkin bir anlaşma da bu başvuru imkânından feragat edildiği anlamına gelecektir. Bununla birlikte tahkim anlaşmasında hakem kararının nihai, kesin veya bağlayıcı olduğuna ilişkin ifadeler bu başvurudan feragat için yeterli değildir⁸³⁹. Öte yandan tarafların bu ve benzeri kanun yollarından feragati içeren tüzüğe sahip tahkim kurumlarını⁸⁴⁰ seçmesi halinde İngiliz Tahkim Kanunu m. 69’daki temyiz hakkından feragat ettikleri kabul edilecektir⁸⁴¹.

maliyetlerde önemli tasarruf sağlayacağı (ii) Başvurunun gecikmeden yapıldığı kanaatine varması halinde izin vermesi neticesinde yapılabilir. İngiliz Tahkim Kanunu m. 45/3 uyarınca değerlendirilmesi istenen hukuki sorun (the question of law to be determined) ve tarafların onayı yoksa mahkemenin neden incelemesi gerektiğine ilişkin gerekçelere yer verilmelidir. Madde 45/4 uyarınca mahkemeye müracaat edilmesi tahkim yargılamasını durdurmaz. Çalışmamızın kapsamı nihai hakem kararının denetimi olduğundan m.45’te öngörülen düzenleme ele alınmayacaktır.

⁸³⁷ İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/4 uyarınca temyiz izni başvurusunda (*an application for leave to appeal*), incelenmesi istenen hukuki sorun belirlenmeli ve temyiz izni verilmesi gerektiği iddia edilen gerekçeler belirtilmelidir. Temyiz izni başvurusu üzerine mahkeme, İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/5 uyarınca kural olarak dosya üzerinden karar verecektir.

⁸³⁸ Born, 3641; Ertan, s.77; Artık, s.70; Okumuş, s.32.

⁸³⁹ İngiliz Yüksek Mahkemesi, 07.08.2009, Shell Egypt West Manzala GmbH v. Dana Gas Egypt Ltd, EWHC 2097 (Comm), para.36; İngiliz Yüksek Mahkemesi, 09.03.2006, Essex County Council v. Premier Recycling Ltd [2006] EWHC 3594 (TCC).

⁸⁴⁰ Örneğin bkz. ICC Tahkim Kuralları m.35/6 veya LCIA Tahkim Kuralları m. 26/8.

⁸⁴¹ ICC kuralları kapsamında tahkime gitmenin temyiz hakkından feragat anlamına geldiği hakkında bkz. İngiliz Yüksek Mahkemesi, 15.09.2016, Essar Oilfields Servs. Ltd v. Norscot Rig Mgt Pvt Ltd [2016] EWHC 2361, para.4 (Comm). LCIA Kuralları kapsamında tahkime gitmenin temyiz hakkından feragat anlamına geldiği hakkında bkz. İngiliz Yüksek Mahkemesi, 22.07.2015, C v. D1 [2015] EWHC 2126, para.76 (Comm).

İlgili temyiz başvurusu yalnızca İngiliz hukukuna (vakıalara değil) ilişkin sorunlara uygulanacaktır⁸⁴². Bunun sebebi “*hukuki sorun*”un (*question of law*) tanımına yer verilen İngiliz Tahkim Kanunu m. 82/1’deki düzenlemedir. Bu hükme göre hukuki sorun; (a) İngiltere ve Galler’deki bir mahkeme için, İngiltere ve Galler hukukuna ilişkin bir sorun (b) Kuzey İrlanda’daki bir mahkeme için, Kuzey İrlanda hukukuna ilişkin bir sorun anlamına gelecektir. Dolayısıyla İngiliz Tahkim Kanunu m. 69’daki temyiz yoluna başvurulabilmesi için tahkim yargılamasında esasa uygulanacak hukukun İngiliz ve Galler hukuku (*law of England and Wales*) veya Kuzey İrlanda hukuku (*law of Northern Ireland*) olması gerekmektedir⁸⁴³. Üstelik İngiliz Tahkim Kanunu’nun kapsamını belirleyen 2. maddesi göz önüne alındığında bu temyiz yoluna başvuru için tahkim yerinin İngiltere, Galler veya Kuzey İrlanda olması gerekecektir⁸⁴⁴.

İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/2 uyarınca temyiz incelemesi yapılabilmesi için bu konuda tüm tarafların anlaşması veya böyle bir anlaşma olmaması halinde mahkemeden izin alınması gerekmektedir. Bu kapsamda mahkeme temyiz incelemesine geçmeden önce temyizcinin mümkün olup olmadığını ön sorun olarak değerlendirecektir⁸⁴⁵. Mahkemenin temyiz başvurusuna izin verebilmesi için m.69/3’te sayılan koşulların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Buna göre a) içerik denetimi yapılması istenilen husus, bir veya daha fazla tarafın haklarını önemli ölçüde etkilemelidir, b) içerik denetimi yapılması istenilen husus, hakem tarafından değerlendirilmiş olan bir mesele hakkında olmalıdır, c) nihai hakem kararında yer alan vakıalara ilişkin tespitler çerçevesinde i) nihai hakem kararı bariz şekilde hatalı (*obviously wrong*) olmalıdır veya ii) mesele genel olarak kamusal anlamda önemli ise nihai hakem kararının doğruluğu o mesele konusunda en azından açıkça ciddi şüphe (*serious doubt*) içermelidir, ve son olarak d) tarafların meselenin hakem tarafından çözümü konusunda anlaşmış olmasına rağmen, o meselenin hâkim tarafından çözümü

⁸⁴² İngiliz Yüksek Mahkemesi, 5.11.2010, Guangzhou Dockyards Co. Ltd v. ENE Aegiali I, EWHC 2826, par.34; İngiliz Yüksek Mahkemesi, 1.06.2001, Reliance Indus. Ltd v. Enron Oil & Gas India Ltd [2002] 1 All ER 59 (Comm).

⁸⁴³ Born, s.3644; Blackaby/Partasides/Redfern, s.395; İngiliz Yüksek Mahkemesi, 16.12. 2010, Schwebel v. Wolf Schwebel [2010] EWHC 3280, par.14.

⁸⁴⁴ İngiliz Yüksek Mahkemesi, 10.10. 2017, Shipping & Transport Pte Ltd v. Space Shipping Ltd [2017] EWHC 2808, par.38 (Comm); İngiliz Yüksek Mahkemesi, 16.12. 2010, Schwebel v. Wolf Schwebel [2010] EWHC 3280 (TCC).

⁸⁴⁵ Artık, s.74.

adil ve uygun olmalıdır. Bu şartların yerine gelmesi halinde mahkeme temyiz izni verecektir⁸⁴⁶.

Görüldüğü üzere mahkemelerin temyize izin verebilmesi için bile oldukça yüksek bir eşik belirlenmiştir⁸⁴⁷. İngiliz yargı kararlarında böyle bir yüksek eşiğin tarafların iradelerine saygı duymak ve haksız temyiz taleplerin önüne geçmek amacıyla getirildiği ifade edilmektedir⁸⁴⁸. Temyize izin verilebilmesi için en önemli kriter, üçüncü sırada sayılan hakemin hukuki soruna ilişkin kararının bariz şekilde hatalı olması veya en azından ciddi şüphe içermesine ilişkindir⁸⁴⁹. Bariz şekilde hatalı bir karardan bahsedilebilmek için kararın “önemli bir zihinsel sapma içermesi” veya “makul bir açıklaması olmayan bir sonuca ulaşması” gerekmektedir⁸⁵⁰. “Ciddi şüphe” testinde “açıkça yanlış” kriterine göre daha alçak bir eşik aranmakla birlikte hukuki sorunun kamusal anlamda da önemli olması gerekmektedir, dolayısıyla yalnızca davanın taraflarını ilgilendiren hukuki meseleler bu kapsamda değerlendirilemeyecektir⁸⁵¹.

Her ne kadar İngiliz Tahkim Kanunu uyarınca hukuki sorunların temyizi mümkün olsa da İngiliz mahkemeleri temyiz izni için yapılan başvuruları katı bir şekilde değerlendirmektedir⁸⁵². Örneğin 2018 yılında yayımlanan resmi istatistiklere göre sınırlı sayıda davada m.69 uyarınca izin verilmiştir. Temyize izin verilen davaların da az bir kısmında temyiz başvuru kabul edilmiştir⁸⁵³.

⁸⁴⁶ 1996 İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/6 uyarınca temyiz izni başvurusu sonucunda verilen kararın Court of Appeal’de temyiz edilmesi için mahkemeden izin alınması gerekmektedir.

⁸⁴⁷ Artık, s.76; İngiliz Yüksek Mahkemesi, 10.04.2019, Eleni Shipping Limited v Transgrain Shipping B.V., 2019 EWCH 910Comm.

⁸⁴⁸ İngiliz Yüksek Mahkemesi, 19.04.2005, Surefire Sys. v. Guardian ECL Euro. Ltd [2005] EWHC 1860 (QB); 24.11.1997, İngiliz Yüksek Mahkemesi, Egmatra AG v. Marco Trading Corp. [1999] 1 Lloyd’s Rep. 862, 865 (QB).

⁸⁴⁹ İngiliz Yüksek Mahkemesi, 1.06.2001, Petroships Pte Ltd of Singapore v. Petec Trading & Inv. Corp. of Vietnam, The Petro Ranger [2001] 2 Lloyd’s Rep. 348 (QB) (*mahkeme bariz hukuk hatalarını inceleyebilir*).

⁸⁵⁰ İngiliz Yüksek Mahkemesi, 10 11. 2011, HMV UK Ltd v Propinvest Friar Ltd Partnership [2011] EWCA Civ 1708; [2012] 1 Lloyd’s Rep. 416.

⁸⁵¹ Yang/Li/Li; “Overview of Arbitral Appeals on Questions of Law: Under Section 69 of the UK Arbitration Act and Implications on Award Enforcement in Hong Kong” <https://www.dlapiper.com/en-gb/insights/publications/2024/04/overview-of-arbitral-appeals-on-questions-of-law-under-section-69> (Erişim Tarihi: 08.07.2024).

⁸⁵² Born, s.3643-3644; Şit Köşgeroğlu, s.331; Lew/Mistelis/Kröll, s.678-679.

⁸⁵³ 1996 İngiliz Tahkim Kanunu m. 69 hükmüne dayanılarak, 2015 yılında yapılan 60 başvurudan 20’sinde mahkeme tarafından izin verilmiş; bunlardan da yalnızca 4 başvuruda temyiz talebi kabul edilmiştir. 2016 yılında 46 izin verilmiş; ancak hiçbir talep kabul edilmemiştir. 2017 yılında ise, 56 başvurudan 10’unda izin verilmiş ve sadece bir başvuruda talep kabul edilmiştir. İlgili raporda dikkat

Mahkemenin izin talebini kabul etmesi ve hakem kararının temyiz incelemesine tabi tutulması durumunda hakem kararının esası, hukuki değerlendirmeler yönünden denetlenecek, başka bir deyişle “hukukilik denetimi” yapılacaktır⁸⁵⁴. Bu denetim, şüphesiz bir *r vision au fond* teşkil edecektir⁸⁵⁵. Temyiz incelemesinde hakemin vakıalara ilişkin tespitlerinin incelenmesi ise mümkün değildir⁸⁵⁶. Zira İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/3’te temyiz başvurusuna yapılacak incelemede hakem kararındaki vakıalara ilişkin tespitler (*the findings of fact in the award*) esas alınarak inceleme yapılacağı belirtilmiştir, buna göre vakıalar temyiz incelemesine tabi tutulmayacak, aksine hakemin vakıa tespitleri mahkemenin hukuk kuralının uygulanması bakımından yapacağı denetime esas alınacaktır. Mahkemenin hakem kararında atıf yapılanlar dahil olmak üzere ele alınacak hukuki sorunla ilgili belgeleri inceleyebilecektir⁸⁵⁷.

İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/7 uyarınca temyiz incelemesi neticesinde hakem kararı; a) onaylanabilir, b) değiştirilebilir, c) kısmen veya tamamen düzeltilmesi için hakem heyetine geri gönderilebilir, d) tamamen veya kısmen iptal edebilir. Ayrıca Tahkim Kanunu m. 69/8 uyarınca verilen karar yalnızca mahkemenin iznine tabi olarak temyiz edilebilecektir. Bunun için mahkemenin “*sorunun genel önem taşıdığına ya da başka bir özel nedenden ötürü Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal) tarafından ele alınması gerektiğine*” kanaat getirmesi gerekmektedir. Öte yandan temyiz incelemesinde mahkemeler genellikle hakem kararını iptal etmek yerine yeniden değerlendirmek üzere hakem kuruluna geri g ndermektedir⁸⁵⁸.

 eken bir diğer istatistik ise tarafların temyiz başvurusuna izin istemesinden itibaren izin başvurusu hakkında karar verilmesi arasında geçen s renin ortalama 93 gün olmasıdır. Bu da zaten sınırlı şekilde ele alınan, kabulü için zor şartlar öngörülen bu temyiz yoluna yönelik ilk aşama olan izin başvurusunun s ratlı bir şekilde sonlandırıldığını, hakem kararının bağlayıcılığının sekteye uğratılmasını ve tarafların haksız yere bu yola başvurarak kararın tenfizini geciktirmesini engelleyecek niteliktedir. Commercial Court Users’ Group, “Meeting Report”, 13.03.2018, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/04/commercial-court-users-group-report.pdf> . (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

⁸⁵⁴ Yeşilirmak, s.152; Born, s.3347-3349; Pizzurro/García /Perla, s.77.

⁸⁵⁵ Chantebout, s.329; şit K şgeroğlu, s.331.

⁸⁵⁶ Born, s.3347-3349; Chantebout, s.326, dn.1451. İngiliz Yüksek Mahkemesi, 5.10.1010, Guangzhou Dockyards Co. Ltd v. ENE Aegiali I [2010] EWHC 2826, par.30 (Comm).

⁸⁵⁷ Born, s.3347-3349; Ertan, s.78.

⁸⁵⁸ Commercial Court Users’ Group, “Meeting Report”, 01.02.2024, https://www.judiciary.uk/wpcontent/uploads/2024/03/14.448_JO_Commercial_Court_Report_2223_WEB.pdf (Erişim Tarihi: 10.10.2024). Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (House of Lords, 30.06.2005, Lesotho Highlands Dev. Auth. v. Impregilo SpA [2005] UKHL 43, par. 26; Artık, s.76, Ertan, s.79.

Sonuç olarak İngiliz hukukunda hakem kararlarına karşı hakemlerin hukuki hataları nedeniyle temyiz imkânı getirilmesi hakem kararlarının bağlayıcılığını sağlamaya çalışan diğer ülke hukukları dikkate alındığında oldukça farklı ve iddialı gözükmektedir. Ancak rakamlar bu iddialı yöntemin pek fazla kullanılmadığını göstermektedir, zira İngiliz Mahkemeleri tahkim yanlısı bir tavır sergileyerek hakem kararlarının maddi hukuka aykırılık bakımından incelenmesini sıkı denetime tabi tutmaktadır.

2. Amerikan Hukukunda Hukukun Açıkça Göz Ardı Edilmesi Doktrini

Amerika Birleşik Devletleri'nde ("ABD") tahkime ilişkin eyaletler düzeyinde kanuni düzenlemeler mevcut olmakla birlikte federal anlamda tahkime ilişkin düzenlemeler, 1925 yılında yürürlüğe giren Federal Tahkim Kanununda (*The Federal Arbitration Act*, "FAA") yer almaktadır⁸⁵⁹. Bu kanun; milletlerarası ve iç tahkim bakımından bir ayırım yapılmaksızın uygulanmaktadır⁸⁶⁰.

FAA'nın 9 ilâ 11. bölümlerinde (*section*) hakem kararlarının mahkemeler tarafından denetlenmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Amerikan hukukunda hakem kararlarına karşı başvurulabilecek "iptal davası" yolu (*vacating the award*), FAA Bölüm 10'da düzenlenmiştir. Buna göre (i) hakem kararının hile, rüşvet veya usulsüz araçlarla elde edilmesi; (ii) hakem kararının, hakemlerin açık bir şekilde taraflı davranması ya da görevini kötüye kullanarak karar verilmiş olması; (iii) hakemlerin; duruşmanın ertelenmesi için yeterli bir neden gösterilmesine rağmen, bu talebi reddetmesi veya uyuşmazlıkla ilgili esaslı bir delili incelememesi veya taraflardan birinin haklarını esaslı bir şekilde zarar veren diğer davranışlarda bulunmaları; (iv) hakemlerin yetkilerini aşmaları veya hakemlerin kusurlu olarak uyuşmazlığın esası hakkında karar vermemeleri durumlarında hakem kararları iptal edilebilecektir.

⁸⁵⁹ <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title9&edition=prelim> (Erişim Tarihi: 08.08.2024). Federal Tahkim Kanunu'nun yanı sıra Federal Medeni Usul Kuralları (*Federal Rules of Civil Procedure* "FRCP") bulunmaktadır. Federal Medeni Usul Kuralları yalnızca Federal Tahkim Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde uygulanacaktır. <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure> (Erişim Tarihi: 08.08.2024). Öte yandan Federal Tahkim Kanunu eyaletler düzeyindeki kanuni düzenlemelere göre öncelikli olarak uygulanmaktadır. (Özbay, Temyiz, s.109). FAA'dan sonra mahkeme içtihatlarında tahkime yönelik olumlu bir bakış açısı gelişmiştir. Çalışmamız kapsamında ayrıntılı değerlendirmelerimiz için bkz. Birinci Bölüm.II.C.2.

⁸⁶⁰ Fouchard/ Gaillard/ Goldman, s. 83.

Sayılan iptal sebepleri arasında hakem kararının içeriğinin denetlenmesine açıkça imkân veren bir sebep bulunmamaktadır⁸⁶¹. Buna rağmen mahkeme içtihatlarında hakem kararlarının esastan denetlenmesine yönelik hukukun açıkça göz ardı edilmesi doktrini (*manifest disregard of the law*) ortaya atılmıştır⁸⁶². Bu doktrin mahkemeler tarafından yeknesak bir şekilde uygulanmamıştır. Ancak uzun yıllar dar ve sınırlı alanlarda uygulanmaya devam etmiş, böylece hakem kararları esastan denetlenmiştir⁸⁶³.

Amerikan mahkemesi kararlarında bu doktrinin kabul edilmesine neden olan karar 1953 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Wilko v. Swan*, kararıdır⁸⁶⁴. Kararda aslında bu doktrinden açıkça bahsedilmemiştir. Karar metninde yalnızca “*Hakemlerin hukuka ilişkin yorumunun, [hukukun] açıkça göz ardı edilmesi haricinde, federal mahkemelerde yorum hatası gerekçesiyle yargı denetimine tâbi olmadığı*” ifadesine yer verilmiştir⁸⁶⁵. Bu ifadenin mefhumu muhalifinden hakem kararının prensip olarak hukuka uygunluk denetimine tabi tutulamayacağı, bununla birlikte “hukukun açıkça göz ardı edilmesi” durumunda hakem kararının *révision* denetimine tabi tutulabileceği anlaşılmaktadır⁸⁶⁶.

Amerikan mahkemelerinde “hukukun açıkça göz ardı edilmesi” doktrinine ilişkin yeknesak bir uygulama benimsenmemiştir. Gerçekten de bazı Amerikan mahkemeleri *Wilko v. Swan* kararında yer alan “bir cümle” üzerinden böyle bir çıkarım yapmanın doğru olmadığını belirtmiş, bazı Amerikan mahkemeleri ise böyle

⁸⁶¹ Chantebout, s.330; Hanotiau/Caprassé, s.54.

⁸⁶² Bu doktrinin hakem kararlarında uygulanması yargı kararlarında olduğu kadar öğretide de tartışılmalıdır. (Gelandier, s.632-638; Born, s.3634, Şit Köşgeroğlu, s.333). Bu ilkenin New York Sözleşmesine tabi olarak tenfiz edilmek istenen hakem kararlarının tenfizde dikkate alınmayacağı belirtilmektedir (Chantebout, s.337-339).

⁸⁶³ Amerikan ikinci Bölge Temyiz Mahkemesi, 22.12.1986, Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Bobker, 808 F.2d 930, 933-34 (2d Cir. 1986); Amerikan ikinci Bölge Temyiz Mahkemesi, 24.06.2003, Duferco Int'l Steel Trading v. T. Klaveness Shipping AS, 333 F.3d 383, 389-90 (2d Cir. 2003); Amerikan ikinci Bölge Temyiz Mahkemesi, 29.03.2026, Kuruwa v. Turner Constr. Co., 645 F.App'x 9, 10 (2d Cir. 2016).

⁸⁶⁴ 346 U.S. 427, 436-37 (U.S. S.Ct. 1953); Karar metni için ayrıca bkz. <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/us-rep346/usrep346427/usrep346427.pdf>. (Erişim Tarihi: 08.08.2024). Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TOMPKINS J. J., “Manifest Disregard of the Law”: The Continuing Evolution of an Historically Ambiguous Vacatur Standard, Dispute Resolution International, C.12, S.2, 2018, s.145-160, s. 146-148.

⁸⁶⁵ “*the interpretations of the law by the arbitrators, in contrast to manifest disregard are not subject, in the federal courts, to judicial review for error in interpretation.*” Karar metni için ayrıca bkz. <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/us-rep346/usrep346427/usrep346427.pdf>. (Erişim Tarihi: 08.08.2024).

⁸⁶⁶ Born, s.3634; Chantebout, s.330-331.

bir ilkenin gerekliliğini sorgulamıştır⁸⁶⁷. Öte yandan bu doktrinin kabulü halinde bunun ayrı bir iptal sebebi mi olduğu yoksa mevcut iptal sebepleriyle birlikte mi değerlendirilmesi gerektiği de tartışılmıştır⁸⁶⁸.

Yeknesak uygulaması bulunmayan “hukukun açıkça göz ardı edilmesi” doktrinine ilişkin ABD Temyiz Mahkemesi’nin 2008 yılında verdiği *Hall Street Associates LLC v. Mattel, Inc.* kararı bu doktrin bakımından şüphe oluşmasına sebep olmuştur⁸⁶⁹. “Hukukun açıkça göz ardı edilmesi” doktrinini ele alan Temyiz Mahkemesi, kararında FAA’de sayılan iptal sebeplerinin sınırlı sayıda olduğunu ve Temyiz Mahkemesinin *Wilko v. Swan* kararında yeni bir iptal sebebi oluşturma amacı gütmenden Bölüm 10’daki iptal sebeplerine genel olarak atıf yapmış olabileceğini belirtmiştir⁸⁷⁰. Öte yandan ABD Temyiz Mahkemesi daha yakın tarihli bir başka kararında “hukukun açıkça göz ardı edilmesi” doktrinini hakkında açık bir karar vermemiş, bu ilkeyi inkâr etmeden *varlığı şüpheli* olan bu doktrinin kabul edilmesi halinde bile somut ihtilaf bakımından hukukun açıkça göz ardı edilmediğine karar vermiştir⁸⁷¹.

Hall Street kararı sonrası farklı mahkemeler hukukun açıkça göz ardı edilmesi doktrinini hakkında farklı kararlar vermiştir. Bazı mahkemeler bu doktrinin *Hall Street* kararı ile kaldırıldığını⁸⁷², bazı mahkemeler ise *Hall Street* kararına rağmen de bu

⁸⁶⁷ *Baravati v. Josephthal, Lyon & Ross*, 28 F.3d 704, 706 (7th Cir. 1994); *Rostad & Rostad Corp. v. Inv. Mgt & Research, Inc.*, 923 F.2d 694, 697 (9th Cir. 1991). Öyle ki öğretilde böyle bir gerekçeyle çok az kararın iptal edildiği, hatta *Supreme Court of the United States*’ın hiçbir kararı olmadığı belirtilmektedir. (Chantebout, s.340.).

⁸⁶⁸ Born, s.3341. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi’nin 1985 yılında verdiği *Thomas v. Union Carbide Agric. Prods. Co.* kararında [(*Thomas v. Union Carbide Agric. Prods Co.*, 473 U.S. 568, 601 (1985))] hukukun açıkça göz ardı edilmesini hakemlerin yetkilerini aşmaları olarak değerlendirdiği, bağımsız bir iptal sebebi olarak kabul etmediği görülmektedir.

⁸⁶⁹ *Hall St. Assocs., LLC v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (U.S. S.Ct. 2008).

⁸⁷⁰ Chantebout, s.340.

⁸⁷¹ *Stolt- Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp*, 130 S. Ct. 1758, 2010. Aslında kararda kullanılan ifadeler hukukun açıkça göz ardı edilmesi doktrinin varlığı üzerinde şüpheleri artırmıştır. (Blackaby/Partasides/Redfern, s.594).

⁸⁷² Örneğin Amerikan Temyiz Mahkemesinin beşinci, sekizinci ve on birinci daireleri hukukun açıkça göz ardı edilmesi doktrinine *Hall Street* kararından sonra iptal sebebi olarak dayanılamayacağına karar vermektedir. *Dream Medical Group, LLC v. Old S. Trading Co*, 2023 WL 2366982, s.3 (5th Cir.); *Original Appalachian Artworks, Inc. v. JAKKS Pac, Inc.*, 718 F.App’x 776 (11th Cir. 2017); *Med. Shoppe Int’l, Inc. v. Turner Invs., Inc.*, 614 F.3d 485, 489 (8th Cir. 2010).

doktrinin geçerli olduğunu ve hakem kararlarının iptali için dikkate alınabileceğini savunmuştur⁸⁷³.

Gelinen noktada içtihatlarda bu doktrinin varlığı kesin bir şekilde kabul edilmemiştir. Bununla birlikte bu doktrinin kabul edildiği durumlarda bile hukukun açıkça göz ardı edildiğinin söylenebilmesi sıkı şartlara tabidir ve bunlar ancak istisnai durumlarda ortaya çıkabilecektir⁸⁷⁴. Gerçekten de böyle bir ihlalin gerçekleşebilmesi için hakemin hukuki değerlendirmesinde yapacağı herhangi bir hata yeterli olmayacaktır. Bunun için hakemin hatasının belli bir ağırlıkta olması, basit olmaması, açık ve aşikâr olması gerekmektedir⁸⁷⁵. Başka bir deyişle hakemin ihlal edilen kuralı bilmesine rağmen bu kuralı kasıtlı olarak ihlal etmesi veya açık bir şekilde göz ardı etmesi gerekmektedir⁸⁷⁶. Hatanın nitelikli bir kimse tarafından kolaylıkla algılanabilir olması hatanın açık olduğunu ve kuralın hakem tarafından bilinçli şekilde göz ardı edildiği anlamına gelecektir⁸⁷⁷.

Amerikan hukukunda konuyla ilgili önemli bir içtihatla, hakem kararlarında hukukun açıkça göz ardı edildiğinin kabul edilmesi için iki aşamalı bir test uygulanmıştır. Buna göre ilk olarak göz ardı edildiği iddia edilen hukuk kuralının somut olaya açık ve net şekilde uygulanabilecek olması gerekmektedir. İkinci olarak hakemin bu hukuk kurallarının açıkça farkında olmasına rağmen bunları dikkate almamış olması gerekmektedir⁸⁷⁸. Örneğin bir Amerikan mahkemesi, hakemin somut

⁸⁷³ Örneğin Amerikan Temyiz Mahkemesinin ikinci, dördüncü ve dokuzuncu daireleri hukukun açıkça göz ardı edilmesi doktrini Hall Street kararından sonra da uygulamaya devam etmiştir. *Comedy Club, Inc. v. Improv W. Assocs.*, 553 F.3d 1277, 1290 (9th Cir. 2009); *Frye v. Wild Bird Ctrs. of Am., Inc.*, 714 F. App'x 211, 213 (4th Cir. 2017); *Zurich Am. Ins. Co. v. Team Tankers AS*, 811 F.3d 584, 589 (2d Cir. 2016).

⁸⁷⁴ Born, s. 3343-3344; Pizzurro/García/Perla, s.81; Chantebout, s.330; Şit Köşgeroğlu, s.336. Buna karşılık Amerikan mahkemelerinin yapacağı incelemenin daha geniş kapsamlı olarak hakemin tüm hukuki değerlendirmelerin içerecek şekilde yapılması gerektiği yönünde bir görüş de ileri sürülmektedir (MCCONNAUGHAY P., "The Risks and Virtues of Lawlessness: A "Second Look" at International Commercial Arbitration", *Northwestern University Law Review*, C.93, S.2, 1999, s. 453-523). Ancak bu şekilde geniş kapsamlı bir inceleme tahkimin temel özelliklerine ve tahminin taraflara sağladığı avantajlara ters düşecektir (Born, s.3344; Hall Street kararında da benzer bir riskten bahsedilmiştir. *Hall St. Assocs., LLC v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (U.S. S.Ct. 2008))

⁸⁷⁵ *Chelsea Grand, LLC v. N.Y. Hotel & Motel Trades Council, AFL-CIO*, 729 F.App'x 33, 36 (2d Cir. 2018); *Jones v. Dancel*, 792 F.3d 395, 402 (4th Cir. 2015).

⁸⁷⁶ *Kropke v. Dunbar*, 766 F.App'x 497, 500 (9th Cir. 2019); *Bangor Gas Co, LLC v. H.Q. Energy Serv. Inc.*, 695 F.3d 181, 187 (1st Cir. 2012).

⁸⁷⁷ *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Bobker*, 808 F.2d 930, 933 (2d Cir. 1986); *Amway Global v. Woodward*, 2010 WL 3927661, (E.D. Mich.).

⁸⁷⁸ *Telenor Mobile Commc'ns AS v. Storm LLC*, 584 F.3d 396, 408 (2d Cir. 2009); *TicketOps Corp. v. Costco Wholesale Corp.*, 2022 WL 2800826, (9. Cir.) ; Ayrıca hukukun açıkça göz ardı edildiği, bu

olaya uygulanacak zamanaşımı hükmünü detaylı bir şekilde tespit etmesine rağmen hakkaniyet gerekçesiyle bu hükmü uygulamaması nedeniyle hakem kararında hukukun açıkça göz ardı edildiğini tespit etmiş ve hakem kararını iptal etmiştir⁸⁷⁹.

Hukukun açıkça göz ardı edilmesi doktrini, hakem kararının esastan denetlenmesine imkân vermekle birlikte⁸⁸⁰, hakem kararındaki vakıalara ilişkin tespit ve değerlendirmeler ile hakemin sözleşmeye ilişkin yorumlarının denetlenmesine imkân vermemektedir⁸⁸¹. Öte yandan bu doktrin, yalnızca uyuşmazlığın esasına Amerikan hukukunun uygulandığı durumda devreye girecektir⁸⁸². Bu doktrinin uygulanmasından feragat edilmesi bakımından tarafların yapacakları anlaşmayla bu doktrinin uygulanmasını engelleyemeyeceği⁸⁸³, tahkim kurumu tüzüklerinde yer alan feragatlerin de geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁸⁸⁴.

Sonuç olarak ABD hukukunda yargı kararları ile tarihsel olarak hakem kararlarının esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların denetlenmesine yönelik bir yaklaşım geliştirilmişken gelinen noktada bu incelemeye yönelik ciddi şüphelerin olduğu görülmektedir. Bu doktrinin istisnai olarak uygulanmasının kabul edildiği yargı kararlarında da sıkı şartlara tabi tutulduğu, herhangi bir hukuk hatasının doğrudan bu kapsamda değerlendirilmediği görülmektedir.

3. İç Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuka Aykırılıkların Denetlenmesine İmkân Veren Ülkeler

Çalışmamız kapsamında milletlerarası tahkimden farklı olarak iç tahkimde hakem kararlarının esasa uygulanacak hukuka aykırılıklar bakımından denetlenmesini mümkün kılan ülkelerden olan Fransız ve İsviçre Hukuku da kısaca incelenecektir.

iddiaı ileri süren tarafça ispatlanmalıdır. (Born, s.3344; *Westerbeke Corp. v. Daihatsu Motor Co. Ltd*, 304 F.3d 200, 209 (2d Cir. 2002); *Zurich Am. Ins. Co. v. Team Tankers AS*, 2014 WL 2945803.).

⁸⁷⁹ *Mangan v. Owens Truckmen, Inc.*, 715 F. Supp. 436 (E.D.N.Y. 1989).

⁸⁸⁰ *Nicholls v. Brookdale Univ. Hosp. & Med. Ctr.*, 204 F.App'x 40, 43 (2d Cir. 2006); *Success Sys. Inc. v. Maddy Petroleum Equip., Inc.*, 316 F.Supp.2d 93, 98 (D. Conn. 2004).

⁸⁸¹ *PDV Sweeny, Inc. v. ConocoPhillips Co.*, 670 F.App'x 23, 24 (2d Cir. 2016); *Major League Baseball Players Ass'n v. Garvey*, 532 U.S. 504, 510 (U.S. S.Ct. 2001).

⁸⁸² Born, s.3344; benzer yaklaşım için bkz. *Chantebout*, s.138-139, 332; Şit Köşgeroğlu, s.336.

⁸⁸³ *Zurich Am. Ins. Co. v. Team Tankers AS*, 811 F.3d 584, 591 (2d Cir. 2016); *Beckley Oncology Assocs, Inc. v. Abumasmah*, 2019 WL 2721146, 4 (S.D. W. Va.).

⁸⁸⁴ Born, s. 33444; *Iran Aircraft Indus. v. Avco Corp.*, 980 F.2d 141, 146 (2d Cir. 1992). Öte yandan tarafların sözleşmelerinde mahkeme tarafından hukukun açıkça göz ardı edilip edilmediğini denetlenmesine yönelik hüküm koyabileceği ifade edilmektedir (*Chantebout*, s.339).

Révision au fond yasağının ortaya çıktığı ülke olan Fransa’da milletlerarası ve iç tahkim olmak üzere iki farklı tahkim rejimi bulunmaktadır⁸⁸⁵. Hem iç tahkime ve milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeler Fransız HMK’sında (*Code de Procédure Civile Française*, NCPC) yer almaktadır⁸⁸⁶. Bununla birlikte Fransız NCPC m.1442 ila m.1503’te iç tahkim (*l’arbitrage interne*), m.1504 ila m.1527’de ise milletlerarası tahkime (*l’arbitrage international*) ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

NCPC m.1504’te milletlerarası ticari menfaatleri içeren tahkimlerin “milletlerarası tahkim” olduğu belirtilmektedir. Milletlerarası hakem kararlarına karşı başvuru yolları, NCPC m. 1518 ilâ m. 1520’de düzenlenmiştir. Model Kanuna paralel olarak NCPC m. 1518 uyarınca Fransa’da verilen milletlerarası hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilir, bu davada inceleme konusu yapılacak iptal sebepleri NCPC m. 1520’de “sınırlı sayıda” sayılmıştır⁸⁸⁷. Fransız hukukunda iç hakem kararlarına karşı başvurulabilecek yollar ise NCPC m.1489 ila m.1503’te düzenlenmiştir. Buna göre hakem kararlarına karşı iptal davasına (NCPC m.1491-1493), istinaf yoluna (NCPC m.1489-1490) ve yargılamanın yenilenmesi yoluna (NCPC m.1501-1503) başvurulabilmektedir⁸⁸⁸.

Çalışmamızın konusu itibarıyla hakem kararlarının esasa uygulanacak hukuka aykırılık bakımından denetlenmesine imkân veren, iç hakem kararlarına karşı gidilebilecek istinaf (*l’appel*) yolu ele alınacaktır. NCPC m. 1489’e göre taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece iç hakem kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulamayacaktır. Maddenin mefhumu muhalifinden tarafların hakem kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilmesi konusunda anlaşmalarının mümkün olduğu anlaşılmaktadır⁸⁸⁹. Buna göre Fransız Hukukunda iç tahkim açısından iptal davası esas

⁸⁸⁵ Çalışmamız kapsamında Fransız hukukunda tahkime yönelik yaklaşım değişimleri ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm 1.II.C.1.

⁸⁸⁶ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/ (Erişim Tarihi: 10.08.2024).

⁸⁸⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s.68; Aktepe Artık, s.87.

⁸⁸⁸ Sayılan sebeplerin Türk hukukunda HMK m.443’te düzenlenen yargılamanın iadesi sebepleri ile benzerlik taşıdığı ifade edilmektedir (Yeşilirmak, s.154).

⁸⁸⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s.678; Şit Köşgeroğlu, s.328.

olmakla birlikte istinaf yolunun istisnai bir yol olarak taraflarca seçilmesine imkân verilmiştir⁸⁹⁰.

İptal davasında hakem kararının esastan denetlenmesi yasak olmasına⁸⁹¹ karşılık iç hakem kararlarının istinaf incelemesinde, mahkeme kararlarının istinaf incelemesine benzer şekilde hakem kararı vakıa ve hukuk denetimine tabi tutulacak, esastan denetlenebilecektir⁸⁹². Öte yandan istinaf incelemesi neticesinde hakem kararının iptali davasında olduğu gibi hakem kararının iptaline karar verilebilecekken, iptal davasından farklı olarak NCPC m. 1490/1 uyarınca istinaf denetiminde, halükârda normalde hakemin sahip olduğu yetkinin sınırlarını aşmamak kaydıyla hakem kararı düzeltilebilecektir (*la réformation*).

Fransız hukukuna benzer şekilde İsviçre’de milletlerarası tahkime ve iç tahkim ilişkin iki farklı tahkim rejimi bulunmaktadır. İsviçre hukukunda milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeler, 1987 yılında yürürlüğe giren İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda⁸⁹³ (*Loi fédérale sur le droit international privé, LDIP; Swiss Private International Law Act, PILA*) m. 176 ilâ m.194’te düzenlenmiştir. Milletlerarası nitelikte olmayan (iç) tahkime ilişkin kurallar ise İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanununun (*Code de Procédure Civile Suisse, CPCS*) 353. vd. maddelerinde düzenlenmiştir⁸⁹⁴.

PILA m. 190 uyarınca milletlerarası tahkim kararlarına karşı başvurulabilecek tek yol iptal davasıdır. Milletlerarası nitelikteki hakem kararlarının denetiminde iptal

⁸⁹⁰ Aktepe Artık, s.85. Fransız hukukunda taraflar iç hakem kararlarına karşı istinaf (l’appel) yoluna başvurulmasını kararlaştırabilir. Bu açıdan denetim kapsamının genişletilmesi daha çok milletlerarası hakem kararları açısından gündeme gelmiştir. Paris İstinaf Mahkemesinin kararları ile ilk dönem şekillenen içtihatlarda denetim kapsamının genişletilmesine izin verilmemekle birlikte hakem kararına karşı istinaf (l’appel) yoluna başvurulmasını öngören tahkim şartının ve buna dayalı verilen hakem kararlarının geçersiz olduğuna karar verilmiştir (Chantebout, s.364-365). Ancak Fransız doktrininde bu sebeple tahkim şartının ve hakem kararının geçersiz kabul edilmesi eleştirilmiştir; bunun üzerine Paris İstinaf Mahkemesi içtihadını değiştirmiş, milletlerarası hakem kararlarına karşı esastan denetime izin verilmemekle birlikte bunu öngören tahkim şartının geçerli olduğuna karar vermiştir (Chantebout, s.366-367).

⁸⁹¹ Born, s.3352; Blackaby/Partasides/Redfern, s. 592-593; Hanotiau/Caprassé, s.58-59, 62 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm 1.I.A.2.

⁸⁹² Şit Köşgeroğlu, s.329.

⁸⁹³ Loi fédérale sur le droit international privé, <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html> (Erişim Tarihi: 10.08.2024).

⁸⁹⁴ Code de Procédure Civile Suisse, CPCS); <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/publiservice/zivilprozessrecht.html> (Erişim Tarihi : 10.10.2024)

sebepleri sınırlı sayıda olup hakem kararlarının esastan denetlenmesi mümkün değildir⁸⁹⁵.

İç tahkimde verilen hakem kararlarına karşı CPCS m. 389'da İsviçre Federal Mahkemesi'ne itiraz (başvuru) yolu (*Recours au Tribunal federal; Objection to the Federal Supreme Court*) öngörülmüştür⁸⁹⁶. Hakem kararına karşı itiraz sebepleri CPCS m. 393'te sayılmıştır. Bu sebepler arasında (e) bendinde “*hakem kararının, dosyada mevcut olan vakıalara açıkça aykırı tespitlere dayanması veya açıkça hukuka veya hakkaniyete aykırı olması nedeniyle keyfi olması*” bir itiraz sebebi olarak gösterilmiştir. Bu itiraz sebebi uyarınca yapılacak inceleme doktrinde “keyfilik” (*arbitraire*) denetimi olarak adlandırılmıştır⁸⁹⁷. Bu sebeple yapılacak incelemede “hukuka aykırılık” denetleme yapılması mümkün olduğundan çalışmamız kapsamında incelenecektir.

Bu bent kapsamında yapılacak “keyfilik” denetiminde mahkeme hükmünde gösterilen üç durumdan birinin mevcut olup olmadığını araştıracaktır. Bu hallerden ilki hakem kararında dosyada mevcut olan vakıalara açıkça aykırı tespitlerin bulunması durumudur. Bu durumun gerçekleşmesi için vakıalara ilişkin tespitinin dosyadaki delillere göre hatalı olması ve aynı zamanda bu hatalı tespitin hakem kararı üzerinde etkili olması gerekmektedir⁸⁹⁸. İç tahkimde bu itiraz sebebi uyarınca *révision au fond* yasağı ile yasaklanmış olan hakemin esas bakımından vakıa tespiti değerlendirilmiş olmaktadır.

Hakem kararının “keyfi” olduğunu gösteren ikinci hal, hakem kararında açık hukuka aykırılık bulunması durumudur. Bu halin tespiti için mahkemece hukukilik denetimi yapacaktır. Bununla birlikte hukukun açıkça ihlal edilmiş olması için hakem kararında bir hukuk hatası bulunması yeterli değildir, bu hatanın ciddi ve ağır olması

⁸⁹⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, 03.02.2011, ATF 4_386/2010; İsviçre Federal Mahkemesi, 14.10., 1990, ATF 116 II 634.

⁸⁹⁶ Taraflarca kararlaştırmış olması halinde CPCS m.390 uyarınca hakem kararına karşı kanton mahkemesine (*cantonal court*) de başvuru yapılabilecektir. CPCS m. 394 uyarınca mahkeme tarafları dinledikten sonra hakem kararını belirli bir süre içerisinde düzeltmesi veya tamamlaması için hakem heyetine gönderebilecektir. CPCS m. 395 uyarınca kararın geri gönderilmemesi veya geri gönderilmemesine rağmen düzeltilmesi halinde hakem kararı iptal edilebilecektir.

⁸⁹⁷ Aktepe Artık, s.105; Chantebout, s.343.

⁸⁹⁸ Dosyada vakıa tespitinin doğru olup olmadığına esas teşkil edecek belgelerin yoruma açık olmayan yazılı belgeler olduğu; bilirkişi raporu, uzman görüşü, tanık ifadesi gibi takdiri delillerin bu kapsamda esas alınamayacağı belirtilmektedir (Chantebout, s.343-344).

ayrıca hakem kararının sonucuna etkili olması gerekmektedir⁸⁹⁹. Örneğin bir kanun hükmünün yoruma açık olması halinde bu hükmün yanlış uygulanması açık hukuka aykırılık hali teşkil etmeyecektir. Benzer şekilde içtihatlar aykırılık da açık hukuka aykırılık hali kapsamında değerlendirilmemektedir⁹⁰⁰.

Keyfilik denetimi kapsamında incelenecek son hal, hakem kararının hakkaniyete (*l'équité*) aykırı olmasıdır. Bu sebep uyarınca hakemin dostane aracı olarak hareket ettiği durumlarda verdiği kararın temel adalet duygusunu ihlal etmesi halinde hakem kararı hakkaniyete aykırı ve “keyfi” kabul edilecektir⁹⁰¹.

İsviçre hukukunda iç tahkimde verilen hakem kararlarına karşı itiraz sebepleri kapsamında kabul edilen keyfilik denetimi uyarınca hakem kararının esas bakımından denetlenmesi mümkündür. Zira bu bent kapsamında hakemin vakıalara ilişkin tespitleri ve hukuki değerlendirmeleri incelenebilmektedir. Bu denetim ile birlikte taraflara açık hukuka aykırılıklara karşı bir itiraz imkânı getirilmek istenmiştir⁹⁰². Bununla birlikte İsviçre mahkemeleri bu denetimi dar bir şekil yorumlamakta, bu bent kapsamında yapılan itirazları istisnai olarak kabul edilmektedir⁹⁰³.

B. Hakem Kararlarının Esasa Uygulanacak Hukuka Aykırılık Bakımından Denetlenmesinde Tarafların Rolü

Bir önceki bölümde hakem kararlarının esasa uygulanacak hukuka aykırılık bakımından denetlenmesine imkân veren ülkelerdeki kanuni düzenlemeler ve mahkeme içtihatları incelenmiştir. Bunun yanında tarafların kendi iradeleriyle hakem kararının denetimi kapsamını belirleyip belirleyemeyeceği ve özellikle hakem kararının esastan denetlenmesine imkan verecek şekilde bir düzenleme yapmasının mümkün olup olmadığının incelenmesinde fayda olacaktır.

⁸⁹⁹ İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 131 I 45 E; 112 Ia 350 E. 2b; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 4A 424/2011 E. 10. 1; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 115 Ia 400 E. 3b. Bu anlamda İsviçre mahkemeleri, “açık hukuka aykırılık” kriterini katı bir şekilde yorumlanmaktadır.

⁹⁰⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, 17.04. 1990, Hilmarton Ltd. ile Omnium de Traitement v. Valorisation S.A., BGE 116 II 634, 636; İsviçre Federal Mahkemesi, 1967, ATF 93 I 284.

⁹⁰¹ Chantebout, s.346.

⁹⁰² İsviçre Federal Mahkemesi, 30.09.1981, ATF 107; İsviçre Federal Mahkemesi, 1976, ATF 102 Ia 505; Aktepe Artık, s.107.

⁹⁰³ İsviçre Federal Mahkemesi, 22.01.2008, ATF 134 III 186, 187; İsviçre Federal Mahkemesi, 14.05. 2001, ATF 127 III 279; İsviçre Federal Mahkemesi, 9.11.1990, ATF 116 II 721, 72; İsviçre Federal Mahkemesi, 07.04.1989, ATF 115 II 102,105.

Hakem kararlarının esasa uygulanacak hukuka aykırılık bakımından denetlenmesinde tarafların rolüne ilişkin bu bölümde öncelikle hakem kararının denetim mekanizmasının kapsamının “daraltılmasının” mümkün olup olmadığı incelenecektir. Bu kapsamda denetim mekanizmasının tamamen veya belirli sebepler bakımından kaldırılması ihtimali incelenecektir. Bu incelemeden sonra çalışma konumuzla yakından ilgili olan hakem kararının denetiminin kapsamının genişletilmesi ve bu kapsamda esasa uygulanacak hukuka aykırılığı kapsayacak şekilde bir denetim bakımından tarafların rolü ele alınacaktır⁹⁰⁴.

1. Hakem Kararlarının Denetim Kapsamının Taraflarca Sınırlandırılması

Tarafların tahkimde en önemli beklentisi, uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin bir karar verilmesi ve bu kararın gecikmeksizin icra edilebilmesidir. Bu kapsamda taraflar hakemin verdiği kararın iptal edilmesini engellemek, bu şekilde aynı uyuşmazlık bakımından tekrar bir yargılama yapılmasını ve ayrıca verilen kararın gecikmesini engellemek isteyecektir. Uyuşmazlığın hakem yoluyla çözülmesini seçen tarafların denetim mekanizmalarından kısmen veya tamamen feragat edip edemeyeceği, hakem kararının mahkemece denetlenmesini engelleyip engelleyemeyeceği tartışma konusu olmuştur⁹⁰⁵.

Tahkim hukuku bakımından ilk dönemlerde hakem kararlarına karşı öngörülen yollardan feragatin mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Ancak daha sonra bazı ülkelerin öncülüğünde tahkimde iptal davasından feragat imkânı tanınmıştır⁹⁰⁶. MTK ile birlikte Türk hukukunda iptal davasından feragat izin verilmiştir⁹⁰⁷. Bununla

⁹⁰⁴ Çalışmamız kapsamında bu mesele, pozitif düzenlemelerde hakem kararlarının esastan denetimi için anlaşma yapmalarına imkân verilmediği durumlarda tarafların sözleşme ile denetim kapsamını genişletip genişletemeyecekleri çerçevesinde incelenmektedir. Zira pozitif düzenlemelerde taraflara verilen imkanlar bir önceki bölümde ele alınmıştır. Bazı ülkelerin mevzuatlarında tarafların anlaşmaları ile hakem kararlarının esasının denetlenebilmesine izin vermektedir. Hong Kong Tahkim Yönetmeliği, m. 81(2)(c) <https://www.elegislation.gov.hk/> (Erişim Tarihi: 15.10.2024), İsrail Tahkim Kanunu, m. 29B(a) <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2016/10/Israel-Arbitration-Law.pdf> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

⁹⁰⁵ Akıncı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.120.

⁹⁰⁶ Fransız hukukunda CPC m.1522/1’de milletlerarası hakem kararlarına karşı iptal davasından feragat edilebileceği düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda LDIP m.192/1 uyarınca iptal davasından feragat mümkündür. Tahkim kurumu kurallarında da feragat düzenlenmiştir.

⁹⁰⁷ MTK ile taraflara iptal davası bakımından feragat hakkı tanınmasının önemli yeniliklerden birisi olduğu ifade edilmektedir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.396). HMK’da iptal davası bakımından

birlikte iptal davasında feragat için belirli şartlar aranmış, genellikle tahkim yeri devletin uyuşmazlık veya taraflar ile sıkı bağlantısı olmadığı durumlarda iptal davasında feragat edilebileceği düzenlenmiştir. Örneğin Türk hukukunda iptal davasından feragat edilebilmesi için MTK m. 15/A uyarınca tarafların “yerleşim yerleri veya olağan oturma yerlerinin” Türkiye dışında bulunması gerekmektedir⁹⁰⁸.

MTK uyarınca iptal davasından feragat için birtakım geçerlilik koşulları bulunmaktadır. Buna göre iptal davasından feragatin “açık” bir irade beyanıyla ve “yazılı” şekilde yapılması gerekmektedir. Ayrıca feragat iradesinin tereddütsüz olarak anlaşılması gerekmekte olup örtülü irade beyanıyla iptal davasından feragat edilmesi mümkün değildir⁹⁰⁹.

2. Hakem Kararlarının Denetim Kapsamının Esasa Uygulanacak Hukuka Aykırılığı Kapsayacak Şekilde Genişletilmesi

Tahkim yargılamasında taraflar bazen hakemlerin hata yapabileceği endişesiyle veya bazı ek güvenceler elde etmek kaygısıyla mahkemelerin hakem kararı üzerindeki denetim kapsamının genişletilmesini istemekte ve bu yönde anlaşmalar yapmaktadır. Tahkim hukukunda tarafların bu yönde yapacakları anlaşmaların geçerliliği tartışma konusu olmuştur.

feragate ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Yargıtay’ın 13.04.2018 tarihli içtihadı birleştirme kararı uyarınca HMK’daki iptal davasına ilişkin düzenlemenin emredici olduğu, bundan feragatin mümkün olmadığı söylenebilecektir (Yargıtay İBBGK., E. 2016/2, K. 2018/4, T. 13.04.2018).

⁹⁰⁸ Maddenin açık lafzından Türkiye’de merkezi bulunan şirketlerin iptal davasından feragat etmesi mümkün değildir (Yargıtay 15.HD, E.2010/7197, K.2011/2857, T.11.05.2011; Yargıtay 15. HD., E. 2010/7197 K. 2011/2857, T. 11.05.2011).

⁹⁰⁹ MTK m. 4/2 uyarınca tahkim şartının yazılı olması gerektiği belirtildiği gibi MTK m. 15’te sonradan yapılan feragatlerin de yazılı şekilde olması gerektiği belirtildiğinden feragat ancak yazılı şekilde yapılması halinde geçerli olacaktır. MTK m. 4/2’de tahkim şartının yazılı şekilde yapılmasına ilişkin hükmün iptal davasından feragat için aranan şekil şartı bakımından da uygulanması gerekir. Buna göre “*taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması*” halinde yazılılık şekil şartının yerine getirildiği söylenebilecektir (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.207-211, s.397). Tarafların tahkim şartında iptal davasından feragat ettiklerini belirtmeleri mümkün olmakla birlikte tahkim şartının imzalanmasından sonra da iptal davasından feragat edilmesi mümkündür. Ancak Türk hukukunda ve Yargıtay kararlarında kabul gören “doğmamış haktan feragat edilemez” ilkesi gereği MTK hükmünün lafzına rağmen hakem kararı verilmeden önce iptal davasından feragat edilemeyeceği de savunulmuştur. (Nomer, **Milletlerarası Usul**, s.14; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.400-401).

Türk Hukukunda da tarafların anlaşarak denetim kapsamını genişletemeyeceği başka bir ifadeyle tarafların esasa uygulanacak hukuka uygunluk bakımından hakem kararlarının denetlenmesini sağlayamayacağı kabul edilmektedir⁹¹⁰. Türk hukukunda milletlerarası tahkimde hakem kararına karşı iptal davasını düzenleyen MTK m.15/A hükmü emredici niteliktedir. Hükmün emredici olması nedeniyle taraflar hakem kararların karşı müracaat edilecek, iptal davasına alternatif veya iptal davasına ek bir başvuru yolu kararlaştıramayacaktır, bu yüzden bu yönde yapılan anlaşmalar da geçersizdir⁹¹¹. Taraflar yeni veya ilave başvuru yolu ihdas edemeyecekleri gibi mevcut iptal sebeplerinden farklı bir sebeple hakem kararının iptal edileceğine yönelik bir anlaşma da yapamayacaktır⁹¹².

Türk hukukunda iç tahkimde iptal davasında tarafların esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların denetlenmesini kararlaştırmasının mümkün olması hususunda Yargıtay'ın 13.04.2018 tarihli İBK yol gösterici olacaktır. Karara konu ihtilafa HMK yürürlüğe girmeden önce akdedilen tahkim sözleşmelerine istinaden verilen hakem kararlarına HMK hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır. Yargıtay İBK'sında hakem kararının HMK yürürlüğe girdikten sonra verilmiş olması nedeniyle hakem kararına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği, HMK uyarınca iptal davası açılabilmesine karar verilmiştir⁹¹³.

Kararda konumuz bakımından önemli olan nokta ise tarafların iptal veya temyiz konusunda uygulanacak kanunu seçme özgürlüğü bulunmadığı ve taraf iradesinin HMK m.424 uyarınca HMK'daki emredici kurallarla sınırlı olduğunun vurgulanmasıdır⁹¹⁴. Dolayısıyla bu karar gereği HMK m. 439'da yer alan iptal davası

⁹¹⁰ SÜRAL Ceyda, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2015, s. 1377- 1411, s. 1389; Kalafatoğlu, s.344; Kanun yollarının ancak kanunla tesis edilmesi mümkün olduğundan taraflarca kanun yolu tesis edilmeyecek olması da bu düşünceye gerekçe gösterilebilecektir (Nomer, **Milletlerarası Usul**, s.14).

⁹¹¹ Sural, s.1389; Kalafatoğlu, s.344.

⁹¹² Tiryakioğlu/Canyaş, s.190, 210; Işık, s.335; Yılmaz, **Hakem Kararlarının Denetimi**, s. 1812-1813.

⁹¹³ Yargıtay, İBBGK., E. 2016/2, K. 2018/4, T. 13.04.2018. İçtihadı birleştirme kararı öncesinde karara konu hukuki sorun hakkında Yargıtay kararlarında görüş ayrılıkları bulunmaktaydı. Örnek kararlar için bkz.: Yargıtay, 11.HD., E. 2012/7084, K.2013/21572, T. 28.11.2013 ; Yargıtay, 13. HD., E. 2014/13805, K.2014/39497, T. 11.12.2014 ve E. 2011/19737, K.2012/25406, T.13.11.2012; Yargıtay 15. HD., E.2013/2388, K.2014/113, T. 09.01.2014.

⁹¹⁴ "HMK öncesinde yapılan tahkim sözleşmesinde taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde HUMK uygulanacaktır şeklinde konulan bir hükmü, kanunun öngörmediği geçiş hükmü, taraf iradeleri ile getirilemez. Taraflar tahkim şartında, tahkimin açıkça HUMK'na göre yapılacağını

hükümünün de emredici nitelikte olduğu ifade edildiğinden iptal davasının kapsamı tarafların anlaşmasıyla genişletilemeyecektir⁹¹⁵. Benzer şekilde bir Ankara BAM kararında tahkimin hukuki niteliği gereği tarafların anlaşmaları ile mahkemenin hakem kararı üzerindeki denetiminin kapsamının genişletilemeyeceği yönünde karar verilmiştir⁹¹⁶.

Karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören görüş, tarafların yapacakları anlaşma ile denetim kapsamını genişletemeyecekleri yönündedir⁹¹⁷. Hakem kararlarının hukuki değerlendirmeler bakımından esastan denetlenmesine imkân veren İngiltere’de bir İngiliz Yüksek Mahkemesi kararında tarafların anlaşması neticesinde mahkemenin hakem kararındaki vakıaları esastan denetlemesinin mümkün olup olmadığını incelenmiştir. Mahkeme, İngiliz Tahkim Kanunu m.69 uyarınca hukuki sorunların denetlenmesi konusunda tarafların anlaşabileceklerinin düzenlendiğini buna karşılık vakıaların konusunda yapılan anlaşmaların geçerli olmadığına karar vermiştir⁹¹⁸.

Karşılaştırmalı hukukta ABD hukukunda konuya ilişkin farklı yönde kararlar verilmiştir⁹¹⁹. Bu kapsamda konuyla ilgili detaylı tartışmaların yapıldığı ABD içtihatlarından konuyla ilgili, farklı yöndeki iki karar üzerinden bir inceleme yapılacaktır. İncelenecek iki karardan ilki mahkemelerin denetim yetkisinin taraflarca

belirtmiş olsalar bile HMK yürürlüğe girdikten sonra verilen hakem kararları HUMK'na değil, HMK'na tabi olmalıdır. Zira taraflara iptal veya temyiz konusunda uygulanacak kanunu seçme özgürlüğü verilmemiştir. Böyle bir durumda HUMK hükümleri taraf anlaşması olarak uygulanacak ancak hakem kararı HMK'na göre iptal davasına tabi olacaktır. Taraf iradesi, Kanun'un tahkim kısmındaki emredici kuralları ile sınırlıdır (HMK md.424).” Yargıtay, İBBGK., E. 2016/2, K. 2018/4, T. 13.04.2018.

⁹¹⁵ Kalafatoğlu, s.350-351.

⁹¹⁶ Ankara BAM 4.HD (İlk Derece Mahkemesi sıfatıyla) E.2019/1, K.2021/5, T.30.6.2021.

⁹¹⁷ Kalafatoğlu, s.344; Scherer/ Silberman, s.452 vd.; Chantebout, s.139. Bu yönde Fransız mahkeme kararları için bkz.: Fransız Temyiz Mahkemesi, 1.HD., 6.04.1994, 1995 Rev. Arb. 263; Paris İstinaf Mahkemesi, 23.05. 1991, 1991 Rev. Arb. 661; Paris İstinaf Mahkemesi, 12.12. 1989, 1990 Rev. Arb. 863. Bu yönde İsviçre mahkeme kararları için bkz.: İsviçre Federal Mahkemesi, 15.10. 2001, 20 ASA Bull. 321, 326 vd. (2001). Aksi görüşte olan *Born’a* göre kanun yolu denetimi düzeyinde olsa bile denetim kapsamının taraflarca genişletilmesi mümkün olmalıdır. Zira tarafların bu yöndeki anlaşması, taraf özerkliğine uygun ve tarafların yargısal korumalarını artıran bir niteliğe sahip olacaktır. Kanunlarda aksine açık bir düzenleme yoksa taraflar denetim sebeplerini genişletebilecektir. (Born, s.3673-3674)

⁹¹⁸ İngiliz Yüksek Mahkemesi, 5.10.2010, Guangzhou Dockyards Co. Ltd v. ENE Aegiali I [2010] EWHC 2826, par.30 (Comm).

⁹¹⁹ Mahkemelerin hakem kararlarını esastan denetlemesine imkân veren taraf anlaşmalarının geçerli olduğuna hükmeden yargı kararları için bkz.: Amerikan Temyiz Mahkemesi, 2002, Harris v. Parker College of Chiropractic, 286 F.3d 790, 792-93 (5th Cir. 2002); Amerikan Temyiz Mahkemesi, 1997, Syncor Int'l Corp. v. McLeland, 120 F.3d 262 (4th Cir. 1997) Mahkemelerin hakem kararlarını esastan denetlemesine imkân veren taraf anlaşmalarının geçersiz olduğunu hükmeden yargı kararları için bkz.: Amerikan Temyiz Mahkemesi, 2003, Kyocera Corp. v. Prudential-Bache Trade Servs, Inc., 341 F.3d 987, 1000 (9th Cir. 2003); Amerikan Temyiz Mahkemesi, 2001, Bowen v. Amoco Pipeline Co., 254 F.3d 925, 932 (10. Cir. 2001).

geniştirilmesinin mümkün olmadığına ilişkin ABD Federal Mahkemesinin *Hall Street* kararı⁹²⁰ olacaktır. İncelenecek ikinci karar, ilk karara karşıt olarak tarafların hakem kararının denetlenmesi kapsamını genişletilebilmesinin mümkün olduğu ilişkin Teksas Yüksek Mahkemesinin *Nafta* kararı⁹²¹ olacaktır.

Hall Street kararına konu olayda taraflar tahkim anlaşmasına, hakemin hukuku hatalı uygulaması durumunda hakem kararının mahkeme tarafından iptal edebileceğine ilişkin bir hüküm eklemiştir. İlk derece yargılamasında hakemin hukuki hatası nedeniyle karar iptal edilmiştir. Daha sonra uyuşmazlık önüne gelen Amerikan Federal Mahkemesi tahkim anlaşması ile mahkemeye hakemin hukuki hatalarını denetleme yetkisinin verilip verilemeyeceğini değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme, FAA’de hakem kararlarının denetlenmesine ilişkin sebeplerinin sınırlı sayıda ve istisnai nitelikte olduğuna, aynı zamanda bu hükümlerin emredici olması nedeniyle tarafların anlaşmasıyla değiştirilemeyeceğine karar vermiştir⁹²². Federal Mahkemesi kararının gerekçesinde FAA’nin tahkimin teşvik edilmesi için kararların esastan denetimini yasaklayan hükümler getirdiğine vurgu yapmıştır⁹²³.

İkinci ele alacağımız karar olan Teksas Yüksek Mahkemesi’nin *Nafta* kararında *Hall Street* kararından farklı bir sonuca ulaşılmıştır⁹²⁴. Kararda taraflar tahkim anlaşmasına hakemin eyalet ve federal hukuka aykırı karar verme yetkisi olmadığına ilişkin bir ifade eklemiştir. Uyuşmazlık önüne gelen Texas Yüksek Mahkemesi, tarafların tahkim anlaşmasıyla mahkemelerin hakem kararlarını daha geniş kapsamda incelemesini sağlayıp sağlayamayacakları değerlendirmiştir. Texas Yüksek Mahkemesi, tahkimin her şeyden önce bir sözleşmeden kaynakladığına ve ABD hukukunun geniş bir sözleşme özgürlüğü tanıyarak bu özgürlüğü koruduğuna vurgu yapmıştır. Mahkeme sözleşme özgürlüğünün ve tahkimde taraf iradesinin bir sonucu olarak tarafların hakemin yetkilerini belirleyebileceklerine ve tarafların hakem

⁹²⁰ Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, 25.03.2008, Hall St. Assocs., LLC v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576 (U.S. S.Ct. 2008), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/552/576/> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

⁹²¹ Teksas Yüksek Mahkemesi, 13.05.2011, Nafta Traders, Inc. v. Quinn, 339 S.W.3d 84 (Tex. 2011), <https://casetext.com/case/nafta-traders-inc-v-quinn> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

⁹²² Hall St. Assocs., 552 U.S., par. 586.

⁹²³ Hall St. Assocs., 552 U.S., par. 587.

⁹²⁴ FAA ile Texax Tahkim Kanunu birbirine oldukça benzemektedir. Texas Arbitration Act , <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/CP/htm/CP.171.htm> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

kararının yargısal denetimini sözleşme ile genişletebileceklerine karar vermiştir⁹²⁵. Karara göre tarafların tahkimi seçme iradesine saygı gösterildiği gibi denetimin kapsamını genişletme yönündeki anlaşmalarına da saygı gösterilmelidir.

Kanaatimizce bu meselenin tahkim ve hakem kararlarının niteliği ile denetim mekanizmasının amacı bağlamında ele alınması gerekmektedir. Çalışmamız kapsamında tahkim ve hakem kararlarının niteliği ile denetim mekanizmasının amacına ilişkin *révision au fond* yasağının dayanakları bölümünde detaylı inceleme yapıldığından burada konuyla ilgili görüşümüzün açıklanması için yalnızca temel noktalara değinilecektir⁹²⁶.

Öncelikle taraflar hakem kararları üzerindeki mahkeme denetimi kapsamının iki farklı şekilde genişletilmeye çalışılması mümkündür. İlk olarak taraflar hakem kararlarının kanun yolu denetimine tabi olacağına yönelik bir anlaşma yapabilir. İkinci olarak hakem kararının kanun yolu denetimine tabi olacağına ilişkin bir düzenleme yapılmadan, hakem kararının mahkeme önünde esastan denetlenmesine imkân veren sebepler çerçevesinde inceleneceği kararlaştırılabilir.

İlk ihtimal bakımından tahkim anlaşması ile hakem kararı verildikten sonra devlet yargısına başvuru imkânı getirilecek olursa bu durumda tahkim iradesi açık ve net olmadığından bu sürecin tahkim olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁹²⁷. Gerçekten de Türk Hukukunda da böyle bir durumda tahkim iradesi açık olmadığından tahkim şartı patolojik olarak kabul edilmektedir⁹²⁸. Dolayısıyla tarafların tahkim anlaşması ile hakem kararlarının kanun yoluna tabi olduğuna karar vererek denetim kapsamını genişletmesi mümkün değildir.

⁹²⁵ Nafta Traders, Inc. v. Quinn, 339 S.W.3d 84, par. 95. ABD Hukukunda farklı eyaletler arasında benzer yönde kararlar mevcuttur: Connecticut Temyiz Mahkemesi, 2018, Toland v. Toland, 182 A.3 d 651, 658 (Conn. Ct. App. 2018); New Jersey Temyiz Mahkemesi, 2007, Hogoboom v. Hogoboom, 924 A.2d 602, 606 (N.J. Super. Ct. 2007).

⁹²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Bölüm 1.II.

⁹²⁷ Born, s.278-279,300.

⁹²⁸ SARIÖZ-BÜYÜKALP İpek, “Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması” Kavramları”, DEÜHFD, C. 6, Özel Sayı 2014, s.2015-2061, s.2034. “Taraflar arasında kararlaştırılan, tahkim şartı, taraflara hakemden sonra mahkemeye gitme yetkisi vermekle, uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmemekle geçersiz bulunmaktadır” (Yargıtay, 11. HD., E. 2003/1050, K. 2003/3012, T. 31.03.2003).

İkinci ihtimal olan tarafların kanun yolu denetimine tabi olduğuna karar vermeden hakem kararlarının esastan denetlenmesine imkân veren sebepleri kararlaştırdığı durumda mesele ilki kadar net değildir. Burada hakem kararının yargısal karakterini hatırlamakta fayda vardır. Yukarıda detaylı şekilde incelendiği üzere hakem kararları yargısal karakterinin gereği bağlayıcıdır ve *res judicata* etkisine sahiptir⁹²⁹. Bununla birlikte hakem kararının esastan denetlenmesi durumunda hakem kararı uyuşmazlığın esası hakkında nihai ve bağlayıcı olmayacak, uyuşmazlıkla ilgili asıl nihai ve bağlayıcı kararı denetleyen merci vermiş olacaktır⁹³⁰.

Esastan denetim imkânının varlığı uyuşmazlığa ilişkin hakemin çözümünün bağlayıcı olarak kabul edilmesine engel olacaktır, gerçekten de taraflardan birisi basitçe bu karara karşı kanun yoluna veya iptal davasına başvurursa kararın taraflar üzerindeki zorunlu etkisini ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla tarafların anlaşma ile hakem kararlarının esastan denetlenmesine karar vermesi hakem kararlarının niteliği ve tahkimin niteliği ile bağdaşmayacaktır. Öte yandan iptal davasının amacı itibarıyla hakem kararının geçerliliğini kontrol etmeyi hedeflememesi, hakem kararının doğru olup olmadığının incelenmesine gerek olmadığını göstermektedir. Bu nedenle de tarafların anlaşarak denetim kapsamını genişletmesi denetim mekanizmasının amacı ile bağdaşmayacaktır⁹³¹.

⁹²⁹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s.12; Jarrosson, s.265.

⁹³⁰ Craig, s.187; Born, s.3426-3428; Chantebout, s.177; Erdoğan, s.118-119; Umar, s.1246.

⁹³¹ Chantebout, s. 95, 97; Paulsson, **Exécution**, s. 637-652. (<https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn14221> (Erişim Tarihi: 10.10.2024)).

SONUÇ

Çalışmamızda milletlerarası tahkimde tenfiz ve iptal davasında hakem kararlarının esastan denetlenmemesine ilişkin *révision au fond* yasağının kapsamı, dayanakları tespit edilerek bu prensibin hakem kararlarının denetimindeki pratik etkisi ele alınmıştır. *Révision au fond* yasağına ilişkin genel bir incelemeden sonra bu yasağın kapsamında bulunan iki unsurdan birisi olan hakemin hukuki değerlendirmeleri üzerinden bir incelemeye geçilmiştir. Bu kapsamda mahkemelerin *révision au fond* yasağı karşısında hakem kararlarının esasa uygulanacak hukuka aykırılık bakımından denetlenmesinin mümkün olup olmadığı incelenmiştir.

Çalışmamız Türk hukuku temelinde yapılmış olmakla birlikte Türk hukukunda *révision au fond* yasağının kapsamı ve dayanakları üzerine pek fazla inceleme yapılmamış olması nedeniyle karşılaştırmalı hukuka müracaat edilmiştir. Bu doğrultuda *révision au fond* yasağı kavramının ortaya çıktığı Fransız hukuku başta olmak üzere çeşitli ülke hukuklarında doktrin ve mahkeme kararları ele alınmıştır. *Révision au fond* yasağı teorik çerçevesinin ele alındığı ilk bölümde daha çok Fransız hukukundaki tartışmalara, yasağın pratikteki etkisinin ele alındığı ikinci bölümde Fransız hukuku yanında İsviçre, İngiliz ve ABD hukuku kaynaklarına da müracaat edilmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünde ilk olarak *révision au fond* yasağının kavramsal çerçevesi, kapsamı ve uygulama alanı ortaya konulmuştur. Daha sonra bu prensibin tahkim hukukunda kabul edilmesinin sebebi; tahkimin hukuki niteliği ile tarihsel gelişimi ve hakem kararlarının hukuki niteliği ile denetlenmesi mekanizmalarının üzerinden aranmıştır. Bu kapsamda tahkimin hukuki niteliğine ilişkin görüşlerin tek başlarına tahkimin hukuki niteliğini bile açıklamaktan uzak olduğu, bu anlamda bu görüşlerin *révision au fond* yasağının dayanağı teşkil etmediği tespit edilmiştir.

Révision au fond yasağının temeli; tahkimin tarihsel gelişimi içerisinde hakem kararlarını denetleyen devletlerin tahkime yönelik tutum değişikliklerinin arkasında yatan sebepler üzerinden incelenmiştir. Bu kapsamda tarafların tahkimin risklerini kabul ettiği görüşü, tahkimin niteliğine duyulan güven ve devletlerin liberal politikaları açısından *révision au fond* yasağının dayanağı aranmıştır. “Tarafların tahkim riskini kabul ettiği” görüşünün tahkim karşıtı arkaik bir temeli bulunduğu, taraflar açısından üçüncü kişiler olan hakemlerin yapacakları hataların sorumluluğunun taraflar üzerine bırakılmasının tahkimin bir adalet arama yolu olma özelliğiyle bağdaşmadığı için *révision au fond* yasağının bir dayanağı olmadığı sonucuna varılmıştır. Öte yandan tahkimin niteliğine duyulan güven üzerinden hakem kararının esas bakımından denetlenmemesi açıklanamayacaktır. Zira bu yönde yapılacak bir açıklama devletlerin kendi yargılarına güvenmediği gibi bir sonuç doğurabileceği gibi, ne kadar nitelikli olursa olsun hakemin hata yapması ihtimalini göz ardı etmek anlamına gelecektir. Son olarak devletler birtakım ekonomik ve liberal politikalar kapsamında hakem kararlarının denetiminin kapsamını sınırlandırmaktadır. Bununla birlikte böyle ekonomik bir husus *révision au fond* yasağına gerekçe gösterilemeyecektir. Zira bu durumda ihtilafların maddi gerçeğe ve hukuka uygun şekilde çözülmesinin ekonomik gerekçeler karşısında feda edildiği düşüncesi oluşacaktır, ancak bu adaletin tesisini amaçlayan tahkimin amaçlarıyla bağdaşmayacaktır.

Révision au fond yasağı hakem kararının niteliği üzerinden de incelenmiştir. Hakem kararları yargısal karakterleri gereği bağlayıcılık ve *res judicata* etkisine sahiptir. Hakem kararlarının esastan denetlenmesine imkân verilmesi uyuşmazlığa ilişkin hakemin çözümünün nihai ve bağlayıcı olarak kabul edilmesine engel olacaktır. Zira taraflardan birisinin “basitçe” hakem kararına karşı esastan denetime imkan veren kanun yoluna veya iptal davasına başvurması halinde hakem kararının bağlayıcılığı, zorunlu etkisi ortadan kalacaktır. Bu durumda nihai ve bağlayıcı karar denetim mahkemesi tarafından verileceğinden hakem kararı verildiği anda *res judicata* etkisine sahip olamayacaktır. Tüm bunlar hakem kararının yargısal niteliğinin *révision au fond* yasağının varlık sebebini açıkladığını göstermektedir.

Tahkimde *révision au fond* yasağının temeli son olarak hakem kararının denetlenmesi mekanizmalarının amaçları ve kapsamı bağlamında ele alınmıştır.

Burada yapılan incelemede devletlerin kamu düzeni, doğrudan uygulanan kurallar ve zayıf tarafın korunmasını gerektiren durumlar dışında, bir özel hukuk uyuşmazlığına ilişkin özel kişiler olan hakemler tarafından verilen hakem kararlarında kendi milli hukuklarının ve yabancı hukukların doğru uygulanması bakımından özel bir menfaati olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu anlamda devletlerin egemenlikleri kapsamında hakem kararında hukukun doğru uygulanmaması bakımından menfaati olmaması *révision au fond* yasağının bir dayanağı olarak tespit edilmiştir. Tenfiz ve iptal davası bakımından yapılan incelemede bu davalarda yapılan denetimin hedefinin, hakem kararının denetim mahkemesinin hukuk düzeni (kamu düzeni) ile uyumlu (*compatible*) olup olmadığını incelemekten ibaret olduğu tespit edilmiştir. Bu yüzden denetim mekanizmaları, uyuşmazlığın esası ile hakemin vardığı netice bakımından “ilgisizdir”. Dolayısıyla denetim mekanizmalarının amacı hakem kararının esastan denetlenmesi yasağını haklı kılmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ilk olarak *révision au fond* yasağı kapsamına girmeyen denetim mekanizması olarak “kontrol sistemi” (*le système du contrôle*) ele alınmıştır. Kontrol sisteminde amaç *révision* denetiminde olduğu gibi uyuşmazlığın esasına ilişkin hakemin doğru bir karar verip vermediğini denetlemek veya hakemin vardığı sonuç ile mahkemenin varacağı sonucu karşılaştırmak değildir. Kontrol sisteminde hakem kararı, tahdidi olarak sayılan ve sınırları belirli bazı sebepler üzerinden denetlenmektedir. Bu denetim sebeplerinin tespiti için vakıalara ve hukuki değerlendirmelere ilişkin yapılacak incelemenin *révision au fond* yasağının uygulama alanına girmediği, bu yüzden *révision au fond* yasağının bir istisnası olarak da nitelendirilemeyeceği tespit edilmiştir. Bu genel tespitlerden sonra kontrol sistemi çerçevesinde kabul edilen bazı denetim sebepleri tek tek ele alınarak yapılacak denetimin kapsamı incelenmiştir.

Kontrol sistemine ilişkin yapılan incelemeden sonra *révision au fond* yasağı karşısında hakem kararında esasa uygulanacak hukuka aykırılık olarak ifade edilebilecek kimi hallerin mahkeme tarafından denetlenmesinin mümkün olup olmadığı incelenmiştir. Bu incelemede esasa uygulanacak hukuka aykırılık halleri olarak hakemlerin tarafların seçtiği maddi hukuka riayet etmemesi, hakemin esasa uygulanacak hukuku tayin ederken hata yapması, hakemin esasa uygulanacak hukuku

hatalı uygulaması ve hakemin yetkisi olmadığı halde dostane aracı olarak ve hakkaniyete göre karar vermesi durumları üzerinden bir inceleme yapılmıştır.

Esasa uygulanacak hukuka aykırılık kapsamında ilk olarak tarafların açık hukuk seçimi yaptığı durumda hakemin bu seçime riayet etmemesi ele alınmıştır. Tarafların açıkça uygulanmasını istediği hukuk yerine hakemin açıkça farklı bir hukuk uygulaması veya seçilen hukuku uygulamamasının yetki aşımı teşkil ettiği, taraflarca seçilen hukuk yerine başka bir hukukun uygulanmasının tarafların açıklama ve ispat hakkını kullanmalarını zorlaştırması halinde adil yargılanma hakkının ihlal edileceği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle tarafların açık hukuk seçimine riayet edilmemesi, belirli denetim sebepleri kapsamında kaldığında mahkemenin incelemesi *révision au fond* yasağı kapsamında kalmayacaktır. Ancak her halükârda mahkemenin tarafların bu iddiaların arkasında hakem kararının doğruluğunu veya gerekçesini sorgulatmaya çalışmasına imkân vermemesi, bunun için öncelikle tarafların itirazlarının gerçek mahiyetinin ne olduğunu tespit etmek gerekmektedir.

Esasa uygulanacak hukuka aykırılık teşkil eden bir diğer hâl olarak tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumlarda hakemlerin esasa uygulanacak hukuku tayin ederken hata yapması ihtimali ele alınmıştır. Tahkim kurumu tüzükleri ve tahkim kanunlarında meselenin hakeme oldukça geniş bir takdir yetkisi verilerek çözümlenmeye çalışıldığı tespit edilmiştir. Bu anlamda hakemin esasa uygulanacak hukuku tayin etmesinin yetkisinin önemli bir unsuru olarak değerlendirilmediği kanaatine varılmıştır. Öte yandan tahkim anlaşmasında hukuk seçimi yapmasının önünde bir engel bulunmayan tarafların, hukuk seçimini hakeme bıraktıkları durumunda hakemden mutlaka uygulamasını istedikleri bir hukuk olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde hakemin hukuk tayininde hata yapması, yetki aşımı veya başka bir iptal sebebi/tenfiz engeli teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla bu hatalar *révision au fond* yasağı gereği denetlenemeyecektir.

Hakemin esasa uygulanacak hukuku hatalı uygulaması ihtimalinde baskın görüş, bu durumun yetki aşımı veya bir başka denetim sebebi bakımından ihlal teşkil etmediği yönündedir. Buna göre *révision au fond* yasağı hakem kararının hukuken doğru olup olmadığına ilişkin bir denetim yapılamayacaktır. Azınlıkta kalan görüşe göre istisnai

olarak hukukun uygulanması bakımından hakemin kasıtlı bir hatasının (*l'erreur délibérée*) aynı zamanda adaletsizliğe de yol açması yetki aşımı kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak kanaatimizce ne kadar yüksek bir eşik belirlenirse belirlensin milletlerarası tahkimde esastan denetime imkân verecek bir düzenleme tahkimin niteliği ile bağdaşmayabilecektir. İç tahkim bakımından konunun ayrıca ele alınması mümkündür, bu ise ayrı bir çalışma gerektirmektedir.

Çalışmamız kapsamında son olarak esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların denetlenmesine yönelik yaklaşımlar, buna imkân veren ülke hukukları ile tarafların rolü bağlamında değerlendirilmiştir. Hakem kararının esastan denetlenmesine imkân veren ülke hukukları kapsamında İngiliz Hukukunda hukuki sorunların temyizi imkânı ile Amerikan Hukukunda hukukun açıkça göz ardı edilmesi doktrini incelenmiştir. Öte yandan hakem kararlarının esasa uygulanacak hukuka aykırılık bakımından denetlenmesinde tarafların rolü açısından, tarafların hakem kararlarının denetim kapsamını genişletme yönünde anlaşma yapmalarının tahkim ve hakem kararlarının niteliği ile denetim mekanizmasının amacıyla bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

Nihayetinde çalışmamız kapsamında *révision au fond* denetiminin kapsamını, *révision au fond* yasağının ne olduğu, bu prensibin hakem kararlarının denetimi bakımından kabul edilmesinin sebepleri ele alınmış, konuya ilişkin teorik bir çerçeve çizilmiştir. Daha sonra hem tenfiz hem de iptal davası bakımından benimsenen kontrol sisteminde yapılacak denetimin ne olduğu belirli denetim sebepleri üzerinden ele alınmıştır. Sonrasında *révision au fond* yasağı karşısında esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların denetlenmesinin mümkün olup olmadığı incelenmiştir. Bu çalışma kapsamı dışında bırakılan ve kısa bir değerlendirme yapmakla yetinilen iç tahkimde esasa uygulanacak hukuka aykırılıkların denetlenmesi meselesi ayrı bir çalışmaya konu edilebilecektir. Benzer şekilde çalışmamız kapsamı dışında bırakılan hakemin vakıalara ilişkin tespitleri bakımından ilerleyen çalışmalarda bunun *révision au fond* yasağına rağmen denetlenmesinin mümkün olup olmadığı incelenebilecektir.

KAYNAKÇA

AKINCI Ziya, "Hakem Kararlarının Doğruluğunun Denetlenmesi ve 1994 ve 2018 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararları", Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, On İki Levha, 2021, s.389-400.

AKINCI Ziya, "Milletlerarası Tahkim ve Kesin Hüküm Yetkisi", Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2019, s. 437-448.

AKINCI Ziya, "Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim", Public and Private International Law Bulletin, C.40, S.1, 2020, s. 481-495.

AKINCI Ziya, "Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Yayınları, C.XVIII, S.4, 1996, s. 93-109.

AKINCI Ziya, "Usul Kurallarına Aykırılık ve Dinlenilme Hakkı", Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı (Ed. Ziya Akıncı, Yasin Ekmen), On İki Levha, 2022, s.49-64.

AKINCI Ziya, "Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi", İzmir Barosu Dergisi, S. 2, 1994, s.9-21.

AKINCI Ziya, Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri, 1.Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2023.

AKINCI Ziya, Milletlerarası Özel Hukuk (Ders Kitabı), Vedat, İstanbul, 2020.

AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, Vedat, İstanbul, 2021.

AKINCI Ziya, Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1994.

AKIN Pelin, "Kamu Düzeni Kavramı ve İş Hukukundaki Yansımaları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.11, S.43, 2014, s.65-66.

AKKAYA Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin, 2009.

ALANGOYA Yavuz, Medeni Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınevi, İstanbul, 1973.

ANCEL Bertrand / LEQUETTE Yves, Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5e éd., Dalloz, 2006.

ANSAY Sabri Şakır, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s.425

ARAT Tuğrul, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.1, 1964, s.421-527.

ARISOY A. Selman, “Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulamasının Temeli: Vakıalar, Vakıaların Önemi, Vakıaların Çeşitli Yönlerden Sınıflandırılması ve Vakıaların Tespiti”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C.77, S.1, 2019, s.1-49.

ARTIK Sezin Aktepe, Medeni Usul Hukukunda Hakem Kararlarının İptali Sebepleri (HMK m.439), On İki Levha, 2023.

ATALAY Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001.

ATAMAN FİGANMEŞE İnci, “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni-MHB, C.31, S.2, 2011, s.35-81.

AUBRY Charles / RAU Charles-Frédéric, Cours de Droit Civil Français: d'Après La Méthode de Zachariae, Tome XII, 5. Baskı, Marchal et Billard, 1922.

AUDIT Bernard / D'AVOUT Louis, "Droit international privé", 8.Baskı, LGDJ, 2018.

AYDOĞMUŞ Ayşe Yasemin, Seri Tahkim Yargılaması ve Güncel Uygulamaları, Public and Private International Law Bulletin, C.41, S.1, s.287-327.

AYOĞLU Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak LEX MERCATORIA, Vedat Yayıncılık, 2011.

BALCI Muharrem, İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim, Danışman Yayınları, 1999.

BALKAR BOZKURT Süheyla, "Milletlerarası Tahkime Konu Uyuşmazlıklarda Hakemlerin Geçici Koruma Tedbirlerine Hükmedebilme Yetkisi ve Imperium Kavramı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2017, s. 259-293.

BALKAR BOZKURT Süheylâ, “Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.129-130, s.123 vd.

BALKAR BOZKURT Süheylâ, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü, On İki Levha, İstanbul, 2016.

BALKAR Süheyla, “AİHM Kararları Işığında AİHS md. 6 ve Tahkim”, BUHFD, C.17, S.209, s.683-722.

BALKAR Süheyla, “Online Tahkim”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 2004, S. 1, s.463-497.

BALLADORE-PALLIERI Giorgio, “L'Arbitrage privé dans les rapports internationaux”, Recueil des Cours, C.51, 1935, s.285-403.

BATIFFOL Henri / LAGARDE Paul, Droit International Privé, Bd. II, 7. Aufl., Paris 1983.

BAYATA CANYAŞ Aslı, UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu, Adalet, Ankara, 2016.

BERGER Klaus Peter, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: Verfahrens- und materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis, De Gruyter, 1992.

BERGER KP, “The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective”, 12 Ford. Int'l L.J, C.605, 1989, s.606-657.

BERKİ Şakir. “Devletler Hususî Hukukunda Tabiiyet, Yabancıların Hukuku Kanunlar İhtilafı ve Yargılama Usulünün Tatbiki Prensipleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 1950, s.218-249.

BINDER Peter, International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, 4. Edition, The Netherlands: Kluwer Law International, 2019, s.445-447.

BİLMEN Ömer Nasuhi, Hukuki İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, Enes Sarmaşık Yayınları, C. 8, İstanbul, 2010.

BLACKABY Nigel / PARTASIDES Constantine / REDFERN Alan, Redfern and Hunter on International Arbitration, 7th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2022.

BLESSING Marc, “Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law”, ICCA Congress Series, S.6, s.391-446.

BOLAYIR Nur, Medeni Usul Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi, On İki Levha, 2019.

BOLLÉE Sylvain, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, préf. Pierre Mayer, Economica, 2004.

BORN Gary, International Commercial Arbitration, 3. Edition, Netherlands: Kluwer Law International, 2021.

BOUHENIC Marcel-Gérard, “Le repli par les juridictions étatiques de leur jurisdiction”, Droit. Université Paris-Saclay, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021, <https://theses.hal.science/tel-03624019/>.

BRYAN A. Garner (Ed.), Black's Law Dictionary, St. Paul, Minn., West Group, 9. Baskı, 2009.

BUDAK Ali Cem, “Hakem Kararları Maddi Hukuka Aykırılık Sebebiyle İptal Edilebilir Mi? - Hakem Kararlarının İptali Müessesesinin Tarihi Kökeni”, Public and Private International Law Bulletin, C.40, S.1, 2020, s.557-572.

BUDAK Ali Cem, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2012, s.31-60.

CAN Mehmet Çelebi, “Tahkim Kararlarının İstinaf Denetimi”, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara, 2023, s.79-95.

CARBONNEAU T., Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration, 2d ed., Juris Pub Inc., 2005.

CHANTEBOUT Vincent, Le principe de non révision au fond des sentences arbitrales, Université Panthéon-Assas (Paris II): Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007.

CHUKWUMERIE Okezie, “Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration”, Anglo-American Law Review, C. 23, 1994, s.274-292.

COHEN Jules Henry, Commercial arbitration and the law, D.Appleton, 1918.

CRAIG William Laurence, “Uses and Abuses of Appeal from Awards”, Arbitration International, C.4, S.3, 1988, s.174-227.

ÇELİKEL Aysel / ERDEM Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.

DELANOY Louis Christophe, “Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions”, Revue de l'Arbitrage, S.2, 2007, s.177-221.

DEMİR GÖKYAYLA Cemile, “Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk”, Public and Private International Law Bulletin, C.40, S.2, 2020, s.729-773.

DEMİR GÖKYAYLA Cemile, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, 1. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2001,

DEMİRARSLAN Haydar, “Türk Devletler Hususi Hukukunda Kazai Salâhiyet”, Adalet Dergisi, C: 43, S: 1, 1952, s.29-63, s.51

DEMİRKOL Berk, “Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk”, Galatasaray Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.

DEMOSTHENES, Demosthenes Against Meidias, Androtion, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton, translated by J.H. Vince, M.A. London: William Heinemann Ltd; Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1935.

DEYNEKLİ Adnan, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı, 2014, s.105-122.

DOĞAN Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

EKŞİ Nuray, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, Public and Private International Law Bulletin, C.40, Özel Sayı: Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, 2020, s.143-201.

EKŞİ Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2019.

EKŞİ Nuray, Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2015.

EKŞİ Nuray, Türkiye’de Kurumsal Tahkim, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2020.

EKŞİ Nuray, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2020.

ERDEM Bahadır, “İptal Davalarında Kamu Düzenine Aykırılık”, ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2014, s.109-119.

ERDOĞAN Ersin, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, 2. Baskı, Yetkin, 2020.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin, İstanbul, 2019.

ERTAN Kerem, Deniz Hukukunda Londra’da Tahkim, Beta, İstanbul, 2011.

Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, s.27, para. 15 (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf)

FADLALLAH Ibrahim, “Société SNF v. Société Cytec Industries BV, Cour de Cassation (1re Ch. civile), Not Indicated, 4 June 2008”, Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage, S. 3, 2008, s. 473-485.

FOUCHARD Ph., “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, Rev. Arb, S.3, 1997, s.329-352.

FOUCHARD Philippe / GAILLARD Emmanuel / GOLDMAN Berthold, International Commercial Arbitration, Emmanuel Gaillard and John Savage (Eds.), Kluwer Law International, 1999.

FOUCHARD Philippe, “Note - Cour de cassation (1re Ch. civile) 4 décembre 1990 - Sociétés E.T.P.M. et Ecofisa v. société Gas del Estado”, Revue de l'Arbitrage, C.1991, S.1, 1991, s. 81-86

GAILLARD Emmanuel / SIINO Benjamin, "Enforcement under the New York Convention", Global Arbitration Review- The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards, London: Law Business Research, 2023.

GAILLARD V. E., "L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine", Journal du Droit International, C.125, S.3, 1998, s.645-670.

GELANDER Jessica L., "Judicial Review of International Arbitral Awards: Preserving Independence in International Commercial Arbitrations", Marquette Law Review, C.80, S.2, 1997, s.625-652.

GÉRARD Cornu (ed.) (Association Henri Capitant), Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 7. Baskı, 2006.

GERBAY R., "Is the End Nigh Again? An Empirical Assessment of the "Judicialization" of International Arbitration", American Journal of International Arbitration, C. 25, S. 2, 2014, s. 223-247, s.223, dn.2, s.227, 230.

GHARAVI H., The International Effectiveness of The Annulment of An Arbitral Award, Kluwer Law International, 2002.

GOODE Roy, "The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration", Arbitration International, C.17, S.1, 2001, s. 19-40.

GÖZLER Kemal, "Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.56, S.2, 2007, s.45-61.

GÜL Mehmet Akif, New York Sözleşmesi Bağlamında Usûlî Tenfiz Engelleri, On İki Levha, 2016.

GÜRDOĞAN Burhan, "Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.11, S.3, 1956, s.258-285.

GÜVEN Pelin, Tanıma-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Yetkin, İstanbul, 2013.

HAAS Ulrich / KAHLERT Heiner, "New York Convention" Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration (Frank-Bernd Weigand & Antje Baumann (ed)), 3. Baskı, OUP, 2019.

HEUZE Vincent, "Arbitrage international : quelle raison à la déraison ?", Recueil Dalloz, 2011, S.42, s.2880-2885.

HEUZÉ Vincent, "La morale, l'arbitre et le juge", Revue de l'Arbitrage, C.1993, S.2, 1993, s.179-198.

HOLLEAUX Foyer / GEOUFFRE Pradelle, Droit international privé, 1987, Masson. HUYSAL Burak, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Müdahaleci Kuralları Uygulama Yükümlülüğü", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1-2, 2011, s.129-150.

HUYSAL Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat, 2010.

HWANG Michael / LAI Amy, “Do Egregious Errors Amount to a Breach of Public Policy?”, Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, C.71, S.1, 2005, s. 1-24.

JACQUET Jean-Michel, “La loi applicable au fond du litige dans l’arbitrage international”, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, S.1, 2011, s.195-234.

JARROSSON Charles, “L’Intensité du Contrôle de l’Ordre Public”, L’ordre Public et L’Arbitrage, Actes du Colloque Des 15 et 16 Mars 2013, Dijon, LexisNexis, s.161-176.

JARROSSON Charles, La notion d’arbitrage, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris,1987.

JEAUNEAU Adeline, L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne: essai de systématisation Droit, Université Panthéon-Sorbonne- Paris I, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015, Erişim Adresi: <https://www.lgdj.fr/l-ordre-public-en-droit-national-et-en-droit-de-l-union-europeenne-9782275062235.html>.

KALPSÜZ Turgut, “Hakem Kararlarının Milliyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.9, S.3,1978, s.601-633.

KALPSÜZ Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Yetkin, 2. Baskı, Ankara, 2007.

KANTOR Elizabeth, “Law Commission Review of the Arbitration Act: Substantive Changes to Appeals and Challenges?” , Kluwer Arb. Blog, 15.03.2022, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/03/15/law-commission-review-of-the-arbitration-act-substantive-changes-to-appeals-and-challenges/> Erişim Tarihi: 15.10.2024.

KARAN Hakan, “Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel’e Armağan, İzmir, 2001, s.201-229.

KLEİN Frédéric-Edouard, Considérations Sur L’arbitrage En Droit International Privé, Bale, 1955.

KORAL Rabi, “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”, İÜHFD, C.48, S.1-4, 1982-1983, s.75-98.

KORAL Rabi, Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınevi, İstanbul,1958.

KORAL Rabi, Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.1, 1947, s.193-218.

KROLL S. M., “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VIII: Recognition and Enforcement of Awards, par. 1061 – Foreign Awards”, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (Patricia Nacimiento, Stefan M. Kröll, et al. (eds), 2. Baskı, Kluwer Law International, 2015, s. 443-504.

KUHN Wolfgang, “Express and Implied Choice of the Substantive Law in the Practice of International Arbitration”, *ICCA Congress Series No. 7* (Vienna 1994): *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration* (in Albert Jan van den Berg (ed)), *ICCA Congress Series, C. 7*, 1996, s.380-390.

KURTOĞLU Tülin, “Hakem Kararlarına Karşı Açılan İptal Davaları”, *Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı*, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara, 2023, s.97-143.

KURU Baki, “İSTİNAF Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), Yetkin, 2016.

KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6 Cilt), Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.

KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, “Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)”, *Batider*, C.19, S.3, 1998, s.137-150.

LAINE A. A., “De l'execution en france des sentences arbitrales entrangeres”, *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, C.26(7-10), 1899, s.641-654.

LALIVE Pierre / POUDRET Jean-Francois / REYMOND Claude, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lozan, 1989.

LALIVE Pierre, “Irresponsibility in International Commercial Arbitration”, *Asia Pacific Law Review*, C.7, S.2, s.161–176.

LALIVE Pierre, “Sur L'irresponsabilité Arbitrale”, *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, 1999, s.419-435.

LANDROVE Juan Carlos, *European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration An Etat des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature*, *Human Rights at the Center*, Zürich, 2006, s. 73-101, s. 92, http://www.landrove.ch/pdf/ECHR_2006_Landrove (Erişim Tarihi: 20.10. 2024).

LARRIBERE Lilian, “Chronique de jurisprudence de droit de l’arbitrage”, *Gazette du Palais*, S.36, 2022.

LASTENOUSE P., “Why Setting Aside An Arbitral Award Is Not Enough to Remove It from the International Scene”, *J. Int’l Arb.*, C.16(2), 1999, s.25-47.

LEW Julian D. M. / MISTELIS Loucas A. / Kröll Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.

LEW Julian D.M., “Achieving The Dream: Autonomous Arbitration”, *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, C.16, 2007, s. 455-485.

LEW Julian D.M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*, Oceana Publications, New York, 1978.

LOQUIN Eric, “3. La sentence arbitrale : L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré - Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence”, *Revue de l'Arbitrage / Comité Français de l'Arbitrage*, C.1990, S.2, 1990, s. 427-464.

Louis Christophe DELANOY: “Le Contrôle de L’Ordre Public Au Fond Par Le Juge de L’Annulation: Trois Constats, Trois Propositions”, *Rev. Arb.* 2007, s.177.

LOUSSOUARN Yvon / BOUREL Pierre / DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, *Droit international privé*, 10. Baskı, DALLOZ, Paris 2013.

MANN F.A., “Private Arbitration and Public Policy”, *Civil Justice Quarterly*, C.4, 1985, s.257-267.

MANN FA, “Lex Facit Arbitrum”, *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1967, s.157-183.

MAYER Pierre / HEUZÉ Vincent / REMY Benjamin, *Droit International Privé*, 12. Baskı, LGDJ, 2019.

MCCONNAUGHAY P., “The Risks and Virtues of Lawlessness: A “Second Look” at International Commercial Arbitration”, *Northwestern University Law Review*, C.93, S.2, 1999, s. 453-523.

MERLIN Philippe-Antoine, “Recueil Alfabétique des Questions de Droit”, *Questions de Droit Jugement*, XIV, 4. Baskı, Tarlier, Brüksel, 1829, ss.139-150.

MOSS G., “Can An Arbitral Tribunal Disregard The Choice Of Law Made By The Parties?”, *Stockholm International Arbitration Review*, S.1, 2005, s.1-21.

MOTULSKY Henry, *Ecrits*, Tome II, *Etudes et notes sur l’arbitrage*, Dalloz, 1974.

MOURRE Alexis / BROZOLO Luca Radicati, “Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, C. 23, S.2, s.171-188.

NADELMANN Kurt H.; “Recognition of Foreign Money Judgments in France”, *The American Journal of Comparative Law*, C. 5, S.2, Spring 1956, s.248–256.

NAZİKOĞLU Işık, “Yabancı Memleket Mahkemelerinden Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VII, S.3-4, 1950, s.468-500.

NOMER Ergin / EKŞİ Nuray / ÖZTEKİN GELGEL Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt 1, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.

NOMER Ergin, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı)”, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.19, S.1-2, s.555-576.

NOMER Ergin, Davada Yabancı Kanun, Fakülteler Matbaası, 1972.

NOMER Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 23. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.

NOMER Ergin, Milletlerarası Usûl Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.

Note, Judicial Review of Arbitration Awards on the Merits, Harv. L. Rev., C.63, 1950, s. 681-690.

OCAKÇIOĞLU İ., “Yabancı Mahkeme İlâmlarının ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi”, Adalet Dergisi, C.49, S.7, 1958, s.452-459.

OKUMUŞ Nagehan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali, On İki Levha, İstanbul, 2021.

OPPETIT Bruno, Théorie de l’arbitrage, Presses Universitaires de France-PUF, 1998.

OPPETIT Bruno, “Justice étatique et justice arbitrale”, Études offertes à P Bellet, Litec 1991, s.415-425.

ÖZBAY İbrahim / KORUCU Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444), Adalet, 2016.

ÖZBAY İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Erzincan Binali Yıldırım Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.3-4, 2006, s.459-475.

ÖZBAY İbrahim, “Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi”, Prof.Dr.Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2003, s.281-304.

ÖZBAY İbrahim, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin, Ankara, 2004.

ÖZBEK Mustafa Serdar, “İptal Edilen Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi”, Yargıtay Dergisi, C.47, S.2, 2021, s.409-450.

ÖZDEMİR KOCASAKAL H., “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Tenfiz Edilebilirliği”, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler, İstanbul, 2018, s.139-148.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “Doğrudan Uygulanan Kuralların Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Üzerindeki Etkileri”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, On İki Levha, İstanbul, 2021, s.223-267.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.30, S.1-2, 2010, s.27-62.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pecshtein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı, Public and Private International Law Bulletin, Cilt: 40, Sayı: 1, s. 79-123.

ÖZEKES Muhammet, Temel Hukuk Bilgisi, On İki Levha, İstanbul, 2023.

ÖZEL S., “Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eds. Bilgin Tiryakioğlu / Mesut Aygün / Ali Önal / Kübra Altıparmak / Cansu Kaya, Yetkin, 2016, s.423-488.

ÖZEL Sibel / ERKAN Mustafa / PÜRSELİM Hatice S. / KARACA Hüseyin. A., Milletlerarası Özel Hukuk, On iki Levha, İstanbul, 2022.

ÖZEL Sibel, “Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanan Hukuk”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, On İki Levha, İstanbul, 2021, s.193-222

ÖZEL Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal, 2008.

ÖZKAN Işıl / TÜTÜNCÜBAŞI Uğur, Uluslararası Usul Hukuku, 2. Baskı, Adalet, İstanbul, 2020.

PARK W., “Judicial Controls in the Arbitral Process”, Arbitration International, C.5, S. 3, 1989, s.230-279.

PARK W.W, “Amending the Federal Arbitration Act”, Amer. Rev. Int. Arb., C.13, 2002, s.75.

PARK William W. / JAN Paulsson, “The Binding Force of International Arbitral Awards”, Virginia Journal of International Law, C.23, 1983, s.253-286.

PARK William W., “Why Courts Review Arbitral Awards” in Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel (Eds.), Carl Heymanns Verlag, Köln, 2001, s.595-606.

PAULSSON J, “Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters”, 32 Int'l & Comp. L.Q., C.32, 1983, s.53-59.

PAULSSON J., “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin”, Int'l & Comp. L.Q., C.30, 1981, s.358-387.

PAULSSON J., “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding A Local Standard Annulment”, ICC Ct. Bull., C. 9(1), 1998, s. 14.

PAULSSON J., "May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics", *Arb. Int'l*, C.14, 1998, s.227-230.

PAULSSON J., "Rediscovering the N.Y. Convention: Further Reflections on Chromalloy", *Mealey's International Arbitration Report*, C.12(5), 1997, s.20-29.

PAULSSON J., "The Case for Disregarding LSAs (Local Standard Annulments) Under the New York Convention", *American Review of International Arbitration*, C.7(2), 1996, s.99-114.

PEKCANITEZ Hakan / ÖZEKES Muhammet / AKKAN Mine / TAŞ KORKMAZ Hülya, *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku (3 Cilt)*, 15. BasKı, On İki Levha, İstanbul, 2017.

PETROCHILOS G., *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, 2004.

PILLET Antoine, *Traité pratique de droit international privé*, 2d. ed., Grenoble: Allier, 1924.

PIZZURRO Joseph D. / GARCÍA Robert B. / PERLA Juan O, "Substantive Grounds for Challenge", *Global Arbitration Review- The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*, Rowley J. W. (Gn. Ed.), Law Business Research, London, 2019, s.85-97.

RAU Alan Scott, "The Culture of American Arbitration and the Lessons of ADR", 40 *Tex. Int'l L.J.*, C.40, S.1-6, 2005, s.449-509.

REDFERN A. / HUNTER M. / SMITH M. et al. , *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 1994.

REID Alan S., "The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the English Arbitration Act: Are the Two Systems Poles Apart?", *Journal of International Arbitration*, C.21, S.3, s.227-238.

REISMAN W., *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration*, Duke University Press Books, 1992.

ROEBUCK Derek / FUMICHON Bruno de Loynes, *Roman Arbitration*, Oxford: Holo Books, Arbitration Press, 2004.

ROEBUCK Derek, "The Myth of Judicial Jealousy", *Arbitration International*, C.10, S. 4, 1994, s.395-406.

ROEBUCK Derek, *Ancient Greek Arbitration*, Holo Books, 2018.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, *L'arbitrage : Nature Juridique, Droit Interne et Droit International Privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.

SAKMAR ATÂ, *Le Nouveau Droit International Privé Turc*, Recueil des cours, C. IV, S.223, 1990, s.303-416.

SAKMAR Ata, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, İ.Ü.Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

SAMUEL Adam, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study Of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S., and West German Law*, Schulthess Polygraphischer Verlag: Zürih, 1989.

SANCAK Yusuf / KIYAK Emre , “Günümüz Türkçesiyle Mecelle’nin On Altıncı Kitabı Kitâbü’l Kazâ (Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S.2, 2014, s.45-105.

SANDERS Peter, “New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *Netherlands International Law Review*, C.6, S.43, 1955, s. 100-112.

SARIOZ BÜYÜKALP Ayşe İpek, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.9, C.121, 2014, s.195-224.

SARIOZ BÜYÜKALP İpek, *AIHS ve AIHM Kararlarının İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, On İki Levha, İstanbul, 2018.

SARIOZ-BÜYÜKALP İpek, “Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması” Kavramları”, *DEÜHFD*, C.6, Özel Sayı, 2014, s.2015-2061.

SAUSER-HALL M.G., “L’arbitrage en droit international privé”, *Institut De Droit International Annuaire*, Tome 44, Schmidt Periodicals GmbH, 1952, s. 469-650.

SCHIITTHOFF C.M, “Finality of arbitral awards and judicial review”, *Contemporary Problems in International Arbitration*, Springer, Dordrecht, 1987, s.230-237.

SERAGLINI Christophe, “Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités”, *Gazette du Palais*, S.80, 2009.

SEROZAN Rona, *Serozan Hukukta Yöntem – Mantık*, On İki Levha, İstanbul, 2024.

SILBERMAN Linda / FERRARI Franco, “Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, C.7, S.6, 2016, s.73-121.

SOLOMON Dennis, “Chapter 5: Deference from National Courts to Tribunals on Issues of Jurisdiction at the Post-award Stage”, *Deference in International Commercial Arbitration: The Shared System of Control in International Commercial Arbitration*

(Franco Ferrari and Friedrich Jakob Rosenfeld (eds), Kluwer Law International, 2023, s.93-124.

SÖĞÜT İpek Sevda, Roma Hukukunda Tahkim, On İki Levha, İstanbul 2011.

SURVILLE F., “Jurisprudence Française en Matière de Droit International”, Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, C.29, 1900, s.129-157.

SÜRAL Ceyda, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2015, s. 1377-1411.

ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN FİGANMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2023.

ŞANLI Cemal, “New York Konvansiyonuna Göre Hakem Kararlarının Kesinleşmesi Sorunu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.14, s.1-2, 1994, s.91-97.

ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araş. Enst.Yayınları, Ankara, 1986.

ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, II Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983.

ŞANLI Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2023.

ŞENSÖZ Ebru / ŞERMET Begüm, “Fransız Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2011/1, s.653-690.

ŞİT KÖŞGEROĞLU Banu, “İptal Davasında Esasa Uygulanacak Hukuk”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, On İki Levha, İstanbul, 2021, s.315-387.

TAKAVUT İbrahim Doğan, Milletlerarası Taicari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, On İki Levha, 2018.

TANRIVER Süha, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.17, S.1-2, 2011, s.467-492.

TARMAN Zeynep Derya, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, BATİDER, C.XXVI, S.1, 2010, s. 143-168.

TARMAN Zeynep Derya, “İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, TBB Dergisi, S.90, 2010, s.123-133.

TARMAN Zeynep Derya., “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Sıklıkla Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 2023, s.73-86.

TEKİNALP G., Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Baskı, Vedat, İstanbul, 2020.

TERRY J. / SHERKEY E. / LAX R. / HUNTER C., “Substantive Grounds for Challenge”, Challenging and Enforcing Arbitration Awards Guide, 3d Ed., Law Business Research, 2023.

The Harvard Law Review Association, “Judicial Review of Arbitration Awards on the Merits”, Harvard Law Review, C.63, S.4, 1950, s.681-703.

TI Edward, “Why Egregious Errors of Law May Yet Justify A Refusal of Enforcement Under the New York Convention”, Singapore Journal of Legal Studies, S.592, 2009, s.592-617.

TİRYAKİOĞLU Bilgin / BAYATA CANYAŞ Aslı, “Chapter 7: Challenges to Arbitral Awards”, Arbitration in Turkey, Kluwer Law International, 2015, s.183-211.

TOMPKINS J. J., “Manifest Disregard of the Law”: The Continuing Evolution of an Historically Ambiguous Vacatur Standard, Dispute Resolution International, C.12, S.2, 2018, s.145-160.

U.N. Economic and Social Council, Summary Record of Seventeenth Meeting of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration, U.N. Doc. E/CONF.26/SR.17, 1958, https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=3409 (Erişim Tarihi: 20.08.2024)

UMAR Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin, 2014.

VAN DEN BERG Albert J., “Should Setting Aside of the Arbitral Awards be Abolished?”, ICSID Review, C.29, S.2, 2014, s.263-288.

VAN DEN BERG Albert J., “When Is An Arbitral Award Non-Domestic Under the New York Convention of 1958?”, Pace L. Rev, C.6, 1985-1986, s.25-65.

VAN DEN BERG Albert Jan, “Enforcement of Annuled Awards?”, The ICC Int. Court of Arb. Bulletin November, C.2, 1998, s.15-21.

VAN DEN BERG Albert, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation, Kluwer Law International, 1994.

VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS Julie, “L'arbitrage dans la Grèce antique-Epoques archaïque et classique”, Revue de l'Arbitrage, C.2000, S.1, s.9-26.

VON MEHREN Robert B., "From Vynior's Case to Mitsubishi: The Future of Arbitration and Public Law," Brooklyn Journal of International Law, C.12, 1986, s.583-605.

WAINCYMER Jeffrey Maurice, "Approaches to Evidence and Fact Finding", Procedure and Evidence in International Arbitration, Kluwer Arbitration, 2012, s.743-824.

WEILL L., Les sentences arbitrales en droit international privé, Librairie de la Société du recueil J.B. Sirey, & du Journal du Palais, Paris, 1906.

WEILLER Laura, "Le respect du contradictoire à l'épreuve du principe de non-révision de la sentence arbitrale au fond, note sous Paris, 19 octobre 2021", Revue de l'Arbitrage, C.2022, S.2, 2022 , s.733-743.

WELSH Angeline, "England & Wales, Arbitration Country Guide, IBA Arbitration Commitee, 2018.

WOLAVER EARL S., "The Historical Background of Commercial Arbitration", University of Pennsylvania Law Review, C.83, 1934, s.132.

YEĞENGİL Rasih; Tahkim, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1974.

YEŞİLIRMAK Ali, "Tahkimde İçerik Denetimi", Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara, 2023, s.145-155.

YEŞİLOVA Bilgehan, "Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler", TBB Dergisi, S.76, 2008, s.83-164.

YEŞİLOVA Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008.

YILDIRIM M. Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı, İstanbul, 1990.

YILMAZ Ejder, "Hakem Kararlarının Denetimi", Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2009.

YÖNEY Can, Yabancı Hukukun Uygulanması, On İki Levha, İstanbul, 2018.

ZAVODNA Martina, The European Convention on Human Rights and Arbitration, Brno, 2013.

ZIMMERMANN Reinhard, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, 1996.

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Ahmet Arif YAZICILAR
Tez Başlığı : Hakem Kararlarının Esasa Uygulanacak Hukuka Uygunluk Açısından Denetlenmesi Bağlamında Révision Au Fond Yasağı
Savunma Tarihi : 11 / 12 / 2024
Danışman : Prof. Dr. Süheyla BALKAR

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-SOYADI

İmza

Prof. Dr. Ziya AKINCI

Prof. Dr. Süheyla BALKAR

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe İpek SARIÖZ BÜYÜKALP

Prof. Dr. Ulun AKTURAN
Enstitü Müdürü