



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat

Mehmet Polat Kalafatoğlu*

Öz

Milletlerarası ticaret alanında taraflar aralarındaki uyuşmazlıkları nihai bir çözüme kavuşturmak amacıyla yaygın bir şekilde milletlerarası tahkime başvurmaktadır. Hakem kararı kural olarak nihai olmakla birlikte tarafların bu karara karşı başvurabilecekleri bir kanun yolu olarak iptal davası öngörülmüştür. Çalışmamız kapsamında MTK m.15’de düzenlenmiş olan iptal davası hakkında temel yaklaşım ortaya koyulmakta ve tarafların iptal davası açma hakkından feragat imkânları incelenmektedir. Milletlerarası tahkim hukukunda iptal davası hakem kararına karşı sınırlı ve istisnai nitelikte bir kanun yoludur. MTK belli şartlarda tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebileceklerini düzenlemektedir. Ancak, feragat anlaşmasına rağmen hakem kararı Türkiye’de icra edilmek istendiğinde MTK sınırlı ve kanaatimizce yetersiz bir inceleme imkânı sunmaktadır. Çalışmamızda İsviçre ve Fransız milletlerarası tahkim hukukları incelenerek bir çözüm önerisi sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İptal davası • İptal davası açma hakkından feragat ve şartları • Hakem kararının icrası • Türk, Fransız, İsviçre Hukuku ve UNCITRAL model kanunu

Waiver of Setting Aside Action under the Turkish International Arbitration Code

Abstract

In international commerce, parties frequently use international arbitration to obtain a final decision on their dispute. In principle, the arbitral award is final. However, national laws also provide the setting aside procedure as a recourse mechanism against awards. This article analyses the main characteristics of setting aside action and parties’ right of waiver to initiate setting aside action under Article 15 of MTK (Turkish International Arbitration Code). The setting aside procedure is a limited and exceptional recourse mechanism in international arbitration law. MTK also recognizes the parties’ right of waiver of setting aside action. However, MTK offers a limited and, in our view, insufficient legal protection when parties try to enforce the award in Turkey despite the waiver agreement. In our paper, we propose a solution after studying Swiss and French international arbitration laws.

Keywords

Setting Aside Action • Waiver of Setting Aside Action and its Conditions • Enforcement of Arbitral Awards • Turkish, French, and Swiss Laws; and UNCITRAL model law

* Sorumlu Yazar: Mehmet Polat Kalafatoğlu (Dr. Öğr. Üyesi), Milletlerarası Özel Hukuk ABD, Hukuk Fakültesi, Koç Üniversitesi, Rumelifeneri Yolu, Sarıyer 34450 İstanbul, Türkiye. Eposta: mkalafatoglu@ku.edu.tr

Atrf: Mehmet Polat Kalafatoğlu, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat”, (2018) 38 PPIL 339, 368 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.2.0154>

Extended Summary

In international arbitration law, the final award has a binding effect on the parties to the dispute. However, national laws provide also the intervention of State courts at the post-award stage, namely the setting aside procedure. In modern international arbitration laws, the setting aside procedure is a limited and exceptional recourse mechanism against arbitral awards, in principle, before the courts of the seat of arbitration. Some national laws, including Turkish law, also recognize the parties' right of waiver of setting aside action under certain conditions. This article analyses main characteristics of the setting aside action and parties' right of waiver to initiate setting aside action under article 15 of the Turkish International Arbitration Code (MTK). It also undertakes a comparative law analysis with Swiss and French international arbitration laws.

The setting aside procedure is a limited and exceptional recourse mechanism against arbitral awards. In Turkish international arbitration law, it is the only way of challenging an arbitral award. The limited and exceptional nature of the setting aside action presents itself in the procedural rules, *e.g.*, short time limits to initiate the setting aside action or to decide without holding a hearing unless otherwise decided by the court, and in respect of the grounds exhaustively set out in the MTK. In this view, the setting aside action, which provides a limited review of State courts on the arbitral award, is accepted as an additional safeguard offered to the parties.

MTK follows some other examples in comparative law and recognizes the parties' right of waiver to initiate a setting aside action under certain conditions. In our paper, we first analyze the conditions of waiver and its legal effects under the MTK. The parties' right of waiver concerns the delicate relationship between the parties' autonomy of the will and the State courts' control over arbitration. In principle, the waiver is permitted in situations where the links between the parties and the seat of arbitration are weak. According to Article 15/A, parties can fully or partially waive their right to initiate a setting aside action against the award before Turkish courts. However, parties cannot waive this right when one of them is domiciled or has its habitual residence or place of business in Turkey. Additionally, this waiver should be made with an express clause either in the arbitration agreement or in writing following the signature of the arbitration agreement. Because Article 15/A requires an express and clear agreement of the parties, a general waiver clause, as drafted under Article 35(6) of ICC Arbitration Rules, should not be accepted as a valid waiver agreement.

Second, parties may contemplate enforcing the arbitral award at the seat of arbitration notwithstanding the waiver agreement. MTK Article 15/B provides that a party willing to enforce the arbitral award in Turkey should request an enforceability decision from State courts. In this case, Turkish courts shall examine the arbitral award under

two grounds of annulment: arbitrability of the dispute and violation of public policy. In this paper, the conditions of waiver agreements and their effects in Swiss and French international arbitration laws are also examined. However, when a party requests enforcement of the arbitral award within their territories despite the existence of a valid waiver agreement, Swiss and French laws consider that award as a “foreign arbitral award,” and all grounds for refusing enforcement become applicable. For instance, Article 192 paragraph 2 of the Swiss Private International Law Code explicitly states, “*If the parties have excluded all appeals against the award and enforcement of the awards is sought in Switzerland, the New York Convention of June 10, 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards shall apply by analogy.*”

Compared to Swiss and French laws, in our view, MTK offers a limited and insufficient legal protection when parties try to enforce the arbitral award in Turkey despite the waiver agreement. In this case, it is necessary to consider this arbitral award as a foreign award and submit it to the recognition and enforcement regime. This would not only protect the parties’ interests but would also ensure the protection of the seat of arbitration’s legal order.

Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat

I. Giriş ve Kapsam

Milletlerarası tahkim hukukunda, kural olarak, tarafların bir tahkim anlaşması imzalamalarıyla aralarında çıkacak veya çıkmış olan uyuşmazlık hakkındaki her türlü konu üzerinde hakemlerin karar vermeye yetkili oldukları kabul edilmektedir. Hakemlerin bu yetkisinin kapsamında kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisi (*compétence-compétence*), taraflarca kararlaştırılmamış olması halinde tahkim yerinin veya tahkim dilinin belirlenmesi gibi usuli hususlar hakkında karar verme yetkileri ve en nihayetinde taraflar arasındaki uyuşmazlığın esastan çözümü hakkında karar verme yetkisi yer almaktadır. Her ne kadar hakemlerin yetkisi kural olarak kabul edilse de tahkim yargılaması öncesinde, tahkim yargılaması sırasında ve sonrasında bazı hallerde devlet mahkemelerinin müdahalesi öngörülmüştür. Tarafların bir tahkim anlaşması imzalamış olmalarına rağmen mahkemelerin müdahalesinin öngörülmesindeki temel amaç tahkim yargılamasının etkinliğinin artırılması, tahkimin veya hakemlerin yetkilerinin doğal sınırlarına ulaşılan hallerde mahkemelerin bir yardım fonksiyonunu yerine getirmesidir. Tahkimin veya hakemlerin doğal sınırları ile esas olarak tahkimin taraf iradesine bağlı bir uyuşmazlık çözüm yolu olmasının ve hakemlerin cebri icra kuvvetini haiz olmamalarının yarattığı ve mahkemelerin müdahalesini gerektiren durumları anlıyoruz.

Milletlerarası tahkim hukukunda, kural olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında hakemlerin vermiş olduğu nihai kararın taraflar bakımından bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir. Ancak, uyuşmazlık hakkında hakemlerin nihai kararlarını vermeleri sonrasında da devlet mahkemelerinin müdahalesi öngörülmüştür. Bu müdahale hakem kararının tanıma veya tenfizi usulü olabileceği gibi hakem kararına karşı başvurulabilecek kanun yolları şeklinde de olabilir. Modern milletlerarası tahkim hukuklarında, tarafların nihai hakem kararına karşı başvurabilecekleri bir kanun yolu olarak iptal davası (*annulment, setting aside procedure, recours, le recours en annulation*) yolu düzenlenmektedir. Türk milletlerarası tahkim hukukunda da 21 Haziran 2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu¹ (MTK) kapsamına giren tahkimlerde tarafların hakem kararına karşı iptal davasına başvurabilecekleri düzenlenmektedir.

Çalışmamızın amacı öncelikle MTK m.15’de düzenlenmiş olan iptal davasına ilişkin temel prensipleri sunmak ve tarafların iptal davası açma hakkından feragat etme haklarına ilişkin detaylı bir inceleme yapmaktır². Bu inceleme kapsamında MTK m.15’te

¹ RG 05.07.2001/24453.

² Türk ve Fransız milletlerarası tahkim hukuklarında iptal davası hakkında karşılaştırmalı hukuk çalışması için bkz.: Mehmet Polat Kalafatoğlu, *Le Recours en Annulation en Matière d'Arbitrage International en Droit Français et en Droit Turc*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Paris 2008). MTK uyarınca iptal davası açma hakkından feragat hakkında sınırlı bir inceleme için aynı eserde bkz. s. 34-37.

sınırlı olarak düzenlenen hakem kararlarının iptali sebepleri incelemesi yapılmayacaktır. Çalışmamızda öncelikle modern milletlerarası tahkim hukukundaki yaklaşımlar ve MTK düzenlemesi özelinde iptal davasına ilişkin bazı temel ilkeler açıklanacaktır (II) ve sonrasında MTK’da kabul edilmiş olan iptal davası açma hakkından feragat imkânı detaylı bir şekilde ele alınacaktır (III). Kanunumuz, bazı yabancı hukuklarda olduğu gibi, taraflara belli şartlar altında iptal davası açma hakkından feragat imkânı tanımaktadır. Kanaatimizce, MTK düzenlemesi, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinin aksine, iptal davası açma hakkından feragat rağmen hakem kararının Türkiye’de icra edilmesi istendiğinde sınırlı ve eksik bir hukuki koruma öngörmektedir. Bu sebeple, iptal davası açma hakkından feragat konusu hakkında İsviçre ve Fransız hukukları ile bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapılacaktır ve en nihayetinde MTK açısından çözüm önerimiz sunulacaktır.

II. İptal Davasına İlişkin Temel Prensipler

Modern milletlerarası tahkim hukuklarındaki temel yaklaşım taraflar arasında bir tahkim anlaşması mevcutsa taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde devlet mahkemelelerinin müdahalesinin mümkün olduğunca sınırlandırılması ve mahkemelerin olası müdahalelerinin tahkim yargılamasını destekleyici bir fonksiyona sahip olmasıdır. Bu durum hiç şüphesiz uyuşmazlık hakkında karar verecek olan hakemlerin yetkilerinin artması ve genişlemesi sonucunu doğurmaktadır. Hakemlerin yetkilerinin genişlemesinin bir örneği olarak günümüzde tahkime elverişli olan uyuşmazlık çeşitlerinin giderek arttığını belirtebiliriz. Bir başka ifade ile, günümüzde milli hukuklar hakemlerin yetkilerini geniş bir şekilde kabul etmektedir, ancak bu geniş yetkiye (ve hatta bağımsızlığa) rağmen, milli hukuklar hakem kararlarına karşı tarafların başvurabilecekleri kanun yolları da öngörmektedir³. İptal davası hakem kararına karşı tarafların başvurabilecekleri bir kanun yolu çeşididir.

MTK’nin “*Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu*”⁴ başlıklı beşinci bölümünün 15. maddesi uyarınca “*hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir*”. Milletlerarası tahkim hukukunda hakemin veya hakem heyetlerinin tahkim yargılaması sırasında birçok farklı türde karar almaları söz konusudur. Bir tahkim yargılaması sırasında, hakemler geçici hukuki koruma kararları, ara kararlar, usuli kararlar veya yetkilerine ilişkin kararlar alabilecekleri gibi uyuşmazlığın esası hakkında da kararlar alacaklardır. İptal davası ise kural olarak nihai nitelikte olan hakem kararlarına karşı tarafların başvurabilecekleri bir kanun yoludur⁵. Bu sebeple, tarafların iptal davasına başvurabilmeleri için bir hakem kararının mevcut olması ve bu kararın nihai nitelikte olması aranmaktadır.

3 Gabrielle Kaufmann-Kohler, Antonio Rigozzi, *Arbitrage International, Droit et Pratique à la Lumière de la LDIP* (Weblaw 2006) 20.

4 Aygün’e göre milletlerarası tahkim hukukunda hakem heyeti ve mahkeme arasında bir hiyerarşi ilişkisi mevcut değildir. Bu sebeple, yazar, “*kanun yoluna özgü üst mahkeme incelemesine tâbi olma özelliğinin de yokluğu nedeniyle, hakem kararlarının iptali, bir kanun yolu değildir. (...) kanun yolu vasfına haiz olmayıp, bir hukuki çaredir. Bu açıklamalar ışığında, bölüm başlığının ‘hakem kararlarına karşı hukuki çare’ şeklinde değiştirilmesinde fayda vardır*” demektedir. Mesut Aygün, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu” (2007) *Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi* S.8-3 664.

5 Sébastien Besson, “Le recours contre la sentence en droit suisse” (2018) 1 *Revue de l’arbitrage* 105.

Modern milletlerarası tahkim hukukunda, hakem kararlarına karşı tarafların başvurabilecekleri bir kanun yolu olarak düzenlenen iptal davasının sınırlı ve istisnai nitelikte olması kabul edilmiştir. İptal davasının sınırlı ve istisnai niteliği dava açma süresi, yargılama şekli gibi usulî konularda kendini gösterdiği gibi iptal sebeplerinde de kendini göstermektedir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki iptal davası aşamasında Türk mahkemelerinin yapacağı incelemenin şekli ve sınırları Türkiye'nin milletlerarası alanda tercih edilen bir tahkim merkezi olması hedefini doğrudan etkileyecektir⁶. MTK 15. maddesi bu modern yaklaşımdan hareketle sınırlı ve istisnai bir kanun yolu olarak iptal davasını düzenlemektedir.

MTK m.15/A uyarınca “*Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir*”. Böylelikle, şu an itibarıyla, MTK kapsamına giren tahkim yargılamalarında tarafların hakem kararına karşı başvurabilecekleri temyiz veya yargılamanın yenilenmesi gibi başka bir kanun yolu bulunmamaktadır⁷. UNCITRAL Model Kanunu'nda da hakem kararlarına karşı sadece iptal davası açılacağı düzenlenmiştir⁸. Milletlerarası tahkim hukukunda hakem kararına karşı başvurulabilecek kanun yollarının azaltılmasındaki temel amaç taraflarca bu kanun yollarının kötüye kullanılması riskini bertaraf etmektir⁹. Ayrıca, MTK'daki bu düzenlemenin emredici niteliği sebebiyle tarafların kendi aralarında anlaşarak iptal davası haricinde bir başka veya ilave bir kanun yoluna başvurabilmelerine ilişkin yapacakları anlaşma geçerli olmayacaktır¹⁰. Örneğin, taraflar hakem kararının iptal davasına değil esastan inceleme yapmak suretiyle daha geniş bir inceleme imkânı getirecek olan temyize tabi olacağını kararlaştıramazlar¹¹. Amerikan ve Fransız hukuklarında da bu sonuç kabul edilmekle birlikte Alman hukukunda tarafların açık bir şekilde anlaşarak hakem kararının mahkemelerce daha kapsamlı bir incelemeye tabi olması konusundaki anlaşmalarının geçerli olduğu kabul edilmektedir¹².

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın etkin ve hızlı bir şekilde çözülmesi amacıyla tahkime başvurdukları fikrinden hareketle iptal davasının da hızlı, etkin ve az masraflı olarak ilerlemesi gerektiği kabul edilmektedir¹³. MTK'da 28 Şubat 2018 tarihli 7101 sayılı kanunun 53. Maddesi ile iptal davasında yetkili ve görevli mahkeme açısından

6 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (Vedat 2016) 251.

7 Akıncı (n 6) 251; Ejder Yılmaz, “Hakem Kararlarının Temyizi ve İptali”, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2009, 126; Nuray Ekşi, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme” (2003) 23 MHB 316.

8 Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (Sweet & Maxwell 2005) 270.

9 Akıncı (n 6) 256.

10 Kalafatoğlu (n 2) 27.

11 Ceyda Süral, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekamitez'e Armağan 1389.

12 Maxi Scherer, Linda J. Silberman, “Limits to Party Autonomy During the Post-Award Review Stage”, in: Franco Ferrari (Ed), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* (Juris Publishing 2016) 452 vd.

13 Kalafatoğlu (n 2) 17; Ali Yeşilırmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha 2011) 129.

yeni bir düzenleme getirilmiştir¹⁴. Kanunun m.15/A 1. fıkrası ikinci cümle uyarınca “İptal davası, 3üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür”. Böylelikle kanunun eski düzenlemesinde olduğu gibi iptal davasının öncelikle ilk derece mahkemesinde görülmesi yolu kapatılarak bölge adliye mahkemeleri yetkilendirilmiştir. Söz konusu yenilik yabancı hukuklardaki düzenlemeler ile aynı yönde ve olumlu bir gelişmedir¹⁵. Ayrıca, iptal davasının yargılama şekli açısından kanun koyucunun mümkün olduğu kadar bu davaların hızlı bir şekilde sonlandırılması amacıyla düzenlemeler yaptığı görülmektedir¹⁶. MTK m.15/A uyarınca bölge adliye mahkemesinde açılacak iptal davası “öncelikle ve ivedilikle” görülecektir. Aynı amaçla MTK m.15/A’da mahkemece aksine karar verilmedikçe iptal davasının dosya üzerinden incelenerek karara bağlanacağı düzenlenmiştir. Ancak, kanundaki bu düzenlemeye rağmen uygulamada iptal davalarının genellikle duruşmalı olarak görüldüğü belirtilmektedir¹⁷. Bu durum karar sürecini yavaşlatmakta ve kanun koyucunun iptal davasının hızlı bir şekilde karara bağlanması amacına uygun düşmemektedir.

Genel itibariyle iptal davasındaki temel amaç uyumsuzluğun esastan incelenmesi değil hakem kararının sınırlı ve istisnai bir inceleme neticesinde geçersiz kılınmasıdır. Mahkemece incelenecek olan husus tahkim yargılamasındaki bazı aykırılıklar ve hakem kararının kendisidir¹⁸. İptal davasının sınırlı ve istisnai niteliği hakem kararının iptali sebeplerinde de kendini göstermektedir. MTK m.15/A “hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir” diyerek sınırlı sayıda belirlenmiş olan iptal sebeplerini sunmaktadır. Bu düzenlemede dokuz temel iptal sebebi mevcuttur ve bu iptal sebepleri iptal davası başvurusunu yapan tarafça ispat edilecek ve mahkeme tarafından re’sen incelenecek sebepler olarak ikiye ayrılmaktadır. İptal sebeplerinin incelenmesi çalışmamızın kapsamını aşmaktadır¹⁹. MTK m.15’te iptal sebeplerinin sınırlı olarak düzenlenmesi sebebiyle mahkemelerin hakemlerce verilen kararın

14 İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun No.7101, RG 15.03.2018/30361.

15 H. Ercüment Erdem, “Amendments Introduced through Law No. 7101 on Arbitration Proceedings” (<http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/newsletter/amendments-introduced-through-law-no-7101-on-arbitration-proceedings/>) (E.T. 25/09/2018).

16 Akıncı (n 6) 319.

17 Yeşilirmak (n 13) 131.

18 Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage* (PUF 2016) 571 (L'arbitrage); Kalafatoğlu (n 2) 10; Süral (n 11) 1385.

19 İptal sebepleri açısından kapsamlı bir inceleme için: Akıncı (n 6) 266 vd.; Yeşilirmak (n 13) 122 vd.; Süral (n 11) 1392 vd.; Bilgin Tiryakioğlu, Aslı Bayata Canyaş, “Chapter 7: Challenges to Arbitral Awards”, in Ali Yesilirmak and İsmail G. Esin (eds), *Arbitration in Turkey* (Kluwer Law International 2015) 199 vd.; Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (Genişletilmiş İkinci Bası, Yetkin 2010) (Tahkim) 129 vd.; Bilgin Tiryakioğlu, “Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali”, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Eskişehir 21-22 Nisan 2016, ed. Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (Yetkin Yayınları 2016) 305 vd.; Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration, Student Version* (Oxford 2015) 581 vd.; Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International 2012) 313 vd.; Aslı Bayata Canyaş, *UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu* (Adalet 2016) 83 vd. Ayrıca, iptal sebepleri açısından Fransız ve Türk hukukları hakkında bir karşılaştırma için: Kalafatoğlu (n 2) 43 vd. HMK m.439’da hakem kararının iptali sebepleri MTK ile aynı olmakla birlikte MTK’nın aksine taraflarca ileri sürülecek ve re’sen dikkate alınacak iptal sebepleri ayrımı yapılmamıştır. Böylelikle, HMK tahkiminde mahkemenin tüm iptal sebeplerini re’sen inceleyeceği sonucuna varılabilir. Ancak, bu düzenleme mahkemelere daha kapsamlı bir inceleme imkânı sunmaktadır. Bu durumun iptal incelemesinin istisnai karakteriyle bağdaşmadığı savunulmaktadır. Süral (n 11) 1410.

içerik kontrolünü yapamayacak olduklarının kabulü gerekmektedir. Bu düzenleme uyarınca, iptal davası hakimi bir temyiz hakimi gibi hakemler tarafından verilen kararın içerik kontrolünü yapamaz, bir başka ifade ile hakemlerin vermiş olduğu kararı esastan denetleyemez²⁰. Hakem kararı üzerinde esastan inceleme yapılabilmesinin kabulü “*tahkim müessesesinin inkârı anlamına gelir*”²¹ ve “*tahkimin tarihsel gelişimi, uygulamasına ve niteliğine aykırıdır*”²². İptal davasını görececek olan mahkemelerimizin de iptal davasının sınırlı ve istisnai niteliğini göz önünde bulundurarak incelemelerini yapmaları Türkiye’de milletlerarası tahkimin daha da gelişmesine ve Türkiye’nin milletlerarası alanda tercih edilen bir tahkim merkezi haline gelmesine doğrudan olumlu etki edecektir²³.

İptal davası hakem kararları üzerinde mahkemelerin sınırlı bir şekilde inceleme yapması imkânını öngörmesi suretiyle taraflara sunulmuş olan bir çeşit ilave güvence olarak kabul edilmektedir. Yeşilirmak’ın belirttiği üzere “*iptal davasının varlığı tahkim kurumuna olan güveni artırıcı bir husustur*”²⁴. Hakem kararı taraflar açısından bağlayıcı olsa da aleyhine karar verilmiş olan taraf bu karara karşı başvurabileceği, sınırlı da olsa, bir kanun yoluna sahip olduğunu bilecektir. Bir başka ifadeyle, milletlerarası tahkim hukukunda iptal davasının öngörülmesi verilen kararın mahkemelerce tekrar incelenmesi için bir “*ikinci şans olarak değil, bir güvenlik halatı*” işlevi görmektedir²⁵. Bu bakış açısı uyarınca, iptal davası hakem kararının etkinliğini azaltan bir engel olarak değerlendirilmemekte, tahkim sırasında iyi bir yargılama yapılmasının güvencesi olarak kabul edilmektedir²⁶. Milletlerarası tahkim hukukundaki güncel yaklaşımın taraflara sunulan bu güvence ile hakem kararlarının bağlayıcı etkisinin korunmasındaki menfaat arasında bir denge kurulması yönünde olduğu belirtilmektedir²⁷.

Son olarak, iptal davasının bu işlevini ve tarafların iptal davasına olan ihtiyaçlarını ortaya koymak açısından Belçika hukukunda 1985 yılından itibaren yapılan iki değişikliğe değinmenin faydalı olacağını düşünüyoruz²⁸. Belçika hukukunda 1985 yılında getirilen bir değişiklikte şayet uyuşmazlığın taraflarının Belçika ile bir bağlantısı

20 Akıncı (n 6) 257. Y. HGK, E. 2013/13-1847, K. 2015/2020, T. 30.09.2015, www.kazanci.com (s.e.t. 17.09.2018).

21 Yılmaz (n 7) 128.

22 Yeşilirmak (n 13) 137. Benzer şekilde, Turgut Kalpsüz, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi” (2001) Milletlerarası Tahkim Semineri (Kanunun Değerlendirilmesi) 125.

23 Akıncı (n 6) 251.

24 Yeşilirmak (n 13) 122.

25 Jean-Baptiste Racine, “Propos sur l’Efficacité des Sentences Arbitrales en Droit Français après la Réforme du 13 Janvier 2011”, in *L’Arbitrage et le Juge Étatique, Etudes de Droit Comparé à La Mémoire de Guisepe Tarzia* (Bruylant 2014) 439 (Efficacité).

26 Sylvain Bollée, “Le Droit Français de l’arbitrage International après le Décret N° 2011-48 du 13 Janvier 2011”, (2011) *Revue Critique de Droit International Privé* 553, para. 26.

27 Tiryakioğlu (n 19) 301.

28 Philippe Pinsolle, “La Renonciation au Recours en Annulation en Matière d’Arbitrage International”, *Mélanges P. Mayer* (LGDJ 2015) 699 vd.; Olivier Caprasse, “Le Nouveau Droit Belge de l’Arbitrage” (2013) *Revue de l’Arbitrage* 953, par.3; Bernard Hanotiau/Guy Block, “La Loi du 19 Mai 1998 Modifiant la Législation Belge Relative à l’Arbitrage” (1998) *ASA Bulletin* Vol. 16, I. 3 532.

yok ise Belçika mahkemeleri önünde iptal davası açamayacakları düzenlenmişti. Bir başka ifadeyle, hakem kararına karşı iptal davası sadece taraflardan birinin Belçikalı veya Belçika’da yerleşik ise mümkündü. Bu yönde bir düzenlemenin amacı Belçika mahkemelerinin tahkime müdahalesini mümkün olduğunca azaltmak ve Belçika ile bağlantısı olmayan tarafları tahkim yeri olarak Belçika’yı seçmeye teşvik etmekte. Ancak, tarafların iptal davasına başvurma imkânını ellerinde tutmak istemeleri sebebiyle bu düzenleme uygulamada beklenen sonuçları vermedi. 1998 yılında yapılan bir düzenleme ile Belçika hukukunda iptal davası imkânı belli şartlar dahilinde bu davadan feragat hakkı ile birlikte geri getirildi. Kanaatimizce, bu değışiklik tarafların tahkim yeri devleti ile bir bağlantıları olmasa da kanun koyucunun tarafların menfaati doğrultusunda iptal davası *güvenlik halatımı* hazır tutmayı tercih ettiğini göstermektedir. Ancak, aşağıda detaylıca inceleneceği üzere, taraflar isterlerse iptal davası açma hakkından feragat ederek bu güvenlik önlemini kullanmamayı seçebilirler.

III. İptal Davası Açma Hakkından Feragat

Milletlerarası tahkim hukukunda hakem kararlarına karşı tarafların başvurabilecekleri bir kanun yolu olarak iptal davası öngörölmüştür. Ancak, Türk hukukunun da dahil olduğu bazı milli hukuk düzenlemelerinde belirli şartlarla tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri düzenlenmiştir. Çalışmamızın bu kısmında öncelikle iptal davası açma hakkından feragat hakkında bazı genel açıklamalar yapıp MTK’daki düzenlemeden başlayarak iptal davası açma hakkından feragatin şartları ve etkileri incelenecektir. Konumuz açısından asıl önemli olan hususunun tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmiş olmalarına rağmen hakem kararını Türkiye’de icra ettirmek istemeleri durumu olduğunu düşünöyoruz. Bu durumda, yabancı hukuklardaki düzenlemelerin aksine, MTK’da hakem kararı üzerinde gayet sınırlı bir inceleme yapılması öngörölmüştür. Bu durum bizi iptal davası açma hakkından feragatin kabul edildiği İsviçre ve Fransız hukuklarındaki düzenlemeler hakkında detaylı bir inceleme yapmaya ve bu incelemenin sonuçlarını Türk milletlerarası tahkim hukuku açısından değerlendirmeye yöneltmiştir.

1. Genel Olarak İptal Davası Açma Hakkından Feragat

Milletlerarası tahkim hukukunda hakem kararına karşı iptal davası yolunun istisnai niteliği ve sınırlı iptal sebepleri ile taraflar açısından bir çeşit güvence olarak kabul edildiğini belirtmiştik. Hakem kararının iptal edilmesi amacıyla devlet mahkemelerine başvurulmasını öngören bu güvenceye rağmen Türkiye, Arjantin, Hollanda, Fransa, İsviçre, Belçika, Peru, Rusya, İsveç ve Tunus başta olmak üzere bazı milli hukuklar belirli şartlarda tarafların hakem kararına karşı iptal davası açma hakkından feragat edebileceklerini öngörmektedir²⁹. İptal davası açma hakkından feragat tahkim hukukundaki birçok

29 Scherer, Silberman (n 12) 444 vd.; Pinsolle (n 28) 698 vd.; Redfern, Hunter (n 19) 579; Born (n 19) 335; Bayata Canyaş (n 19) 52 vd.

konuda ve tahkimin temelinde olduğu gibi tarafların irade serbestisi ile devletin tahkim üzerindeki kontrolü arasındaki ilişkiyi ilgilendirmektedir³⁰. Genel bir ifade ile, devletlerin hakem kararına karşı iptal davası açma hakkından feragati kabul etmesi milletlerarası tahkime yönelik önemli bir olgunluk göstergesi olarak görülmektedir. İptal davası açma hakkından feragat imkânı ile devlet kendi sınırları dahilinde verilen bir hakem kararının belli şartlarda kendi mahkemelerince incelenmeyebileceğini kabul etmektedir³¹.

Kural olarak bu hak sadece tahkim yeri ile taraflar veya taraflar arasındaki uyumsuzluk arasındaki bağın zayıf olduğu hallerde kabul edilmektedir. Ayrıca, tarafların tahkim yeri mahkemeleri önünde iptal davası açma hakkından feragat etmeleri sonucunda bu devlet ile zayıf bağ gösteren bu davaların mahkemelerin iş yükünü arttırması da engellenecektir ve yabancı tarafların tahkim yeri olarak ilgili devleti tercih etmeleri sağlanacaktır³². Her ne kadar milli hukuklarda iptal davası açma hakkından feragat imkânı öngörülse de tarafların yaygın bir şekilde bu haklarını kullandıklarına yönelik somut bir veriye araştırmamız kapsamında rastlanmamıştır. Aksine, bu imkânın taraflarca nadiren tercih edildiği savunulmaktadır³³.

Aşağıda inceleneceği üzere, milli hukuklar iptal davası açma hakkından feragatte açık bir irade beyanı ve yazılı şekli şartı aramaktadır. Bu şartın yanı sıra, bazı kurumsal milletlerarası tahkim kurallarında hakem kararlarının tarafları bağlayıcı ve kesin olduğu düzenlenmiştir. Tarafların aralarındaki uyumsuzluğun çözümü için bu yönde düzenlenmiş tahkim kurallarını seçmiş olmaları geçerli bir feragat olarak nitelendirilebilir mi? Örnek olarak, ICC Tahkim Kuralları m.35 fıkra 6'da hakem kararlarının tarafları bağlayıcı olduğu, tarafların bu kararı geciktirmeksizin icra edecekleri ve geçerli olarak yapılabildiği ölçüde hakem kararına karşı kanun yollarına başvurma haklarından feragat ettikleri belirtilmektedir³⁴. ICC 2012 kuralları m.34 fıkra 6'da da aynı hüküm bulunmaktaydı. Bu hüküm hakkında ICC Sekreteryası'nın hazırlamış olduğu açıklamalarda kurallarda getirilmiş olan düzenlemeye rağmen, söz konusu düzenlemenin geçerli bir feragat olup olmadığının belirlenmesinde ilgili mahkemenin milli hukukunun yetkili olacağı belirtilmektedir³⁵. Ayrıca, söz konusu düzenlemenin iptal davasından feragat imkânı tanıyan milli hukuklar uyarınca geçerli bir feragat olarak değerlendirilmesi olasılığının da düşük olduğu belirtilmektedir³⁶. Bir başka

30 Carl Ulrich Mayer, "Exclusion Agreements According to Article 192 of the Swiss PIL Act" (1999) ASA Bull. No.2, 192.

31 Pinsolle (n 28) 697.

32 Kalafatoğlu (n 2) 36; Julien Burda, "La Renonciation au Recours en Annulation dans le Nouveau Droit Français de l'Arbitrage" (2013) RTD Com. 653.

33 Christophe Seraglini, Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'Arbitrage Interne et International* (LGDJ 2013) 858.

34 ICC Tahkim Kuralları m.35 fıkra 6: "Every award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made".

35 Jason Fry, Simon Greenberg, Francesca Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* (ICC Publication 2012) 346.

36 "While Article 34(6) refers to the waiver of any form of recourse, it is unlikely to be deemed sufficient to constitute a waiver of the right to bring proceedings to set aside an award even in those jurisdictions where such a waiver is possible.", Fry, Greenberg, Mazza (n 35) 346. Aksi yönde görüşler hakkında referanslar için bkz.: Turgut Kalpöz, "Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ICC Tahkim Kaideleri ile IPL'den Esinlenen Hükümler" (2003) Milletlerarası Tahkim Semineri 32, dipnot 32 ve 33 (IPL'den Esinlenen Hükümler).

ifade ile, tahkim anlaşmasında veya seçilen kurallarda hakem kararının nihai ve bağlayıcı olduğuna ilişkin bir kaydın ve kanun yollarına başvurma hakkından feragate ilişkin genel bir hükmün olmasının feragat için yeterli sayılmayacağı savunulmaktadır³⁷. Kurumsal tahkim kurallarındaki bu çeşit düzenlemelerin, milli hukuklarda genellikle iptal davası açma hakkından feragatin açık bir şekilde yapılmış olması şartı arandığından geçerli bir feragat olarak kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Karşılaştırmalı hukukta da ağırlıklı olarak kabul edilen görüş bu yöndedir³⁸.

İptal davası açma hakkından feragat imkânının öngörülmesinde iki temel gerekçe bulunmaktadır. Bunlar ilgili devletin milletlerarası alanda tercih edilen bir tahkim merkezi olmasının sağlanması ve milletlerarası tahkimin etkinliğinin artırılmasıdır³⁹. İptal davası açma hakkından feragat edilmesiyle hakem kararı bir iptal davasına konu olmayacaktır ve bu kararının başka ülkelerde tanınması ve tenfizinin geciktirilmesi engellenecektir⁴⁰. Özellikle, MTK düzenlemesinde iptal davasının açılmasının kendiliğinden hakem kararının icrasını durduracağı da düşünürsek iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olması sadece hakem kararının icrasını engellemek veya geciktirmek amacıyla açılacak iptal davalarının önüne geçecektir⁴¹. Ayrıca, iptal davasından feragat ile birlikte genellikle tahkim yeri devleti ile herhangi bir bağı olmayan davalar hakkında, yabancı taraflar arasında ve yabancı dildeki kapsamlı dosyaların o devletin mahkemelerinin iş yükünü arttırmasının engelleneceği de savunulmaktadır⁴². Ayrıca, Ataman-Figanmeşe milletlerarası tahkim hukukunda hakem kararının tanıma ve tenfiz ülkesi mahkemeleri önündeki incelemeye ve tahkim yerinde iptal davasına konu olması sebebiyle mahkemelerce mükerrer bir kontrole konu olduğunu ve bu durumun taraflar açısından elverişsiz sonuçlar yarattığını belirtmektedir⁴³. Yazara göre, bu elverişsiz durumu ortadan kaldırmak için ya iptal veya tenfiz davalarından birinin kaldırılması önerilebilir ya da, ideal çözüm olarak, hakem kararlarını tek elden kontrol edecek bir milletlerarası mahkeme kurulabilir. Yazar ayrıca Türk hukukunda iptal davası açma hakkından feragatin kabul edilmesinin birinci öneriyi kısmen karşıladığını belirtmektedir. Bir başka ifade ile, iptal davası açma hakkından feragat ile hakem kararı üzerinde hem tenfiz mahkemelerinin hem tahkim yeri mahkemelerinin mükerrer inceleme yapması engellenecektir⁴⁴.

37 Redfern, Hunter (n 19) 579; Sural (n 11) 1387.

38 Scherer, Silberman (n 12) 446 ve dipnot 24. Karşılaştırma yapmak adına, Kudüs Tahkim Merkezi Kuralları m.35'te açık bir şekilde tarafların hakem kararına karşı temyiz ve iptal davasından feragat ettikleri belirtilmektedir: "Unless otherwise specifically provided in the Rules, by submitting the dispute to arbitration under the Rules the parties shall be deemed to have waived their right to any form of recourse, including appeal, and setting aside or annulment, before any judicial authority against any decision of an arbitral tribunal and the Court, insofar as such waiver can validly be made".

39 Kaufmann-Kohler, Rigozzi (n 3) 319; Andreas Bucher, Andrea Bonomi, *Droit International Privé* (Helbing 2013) 393; Kalafatoğlu (n 2) 36.

40 Mayer (n 30) 192; Kalafatoğlu (n 2) 35.

41 Tiryakioğlu (n 19) 304.

42 Pierre Lalive, "Le Chapitre 12 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé: l'Arbitrage International", in *Le Nouveau Droit International Privé Suisse*, ed. François Dessemontet (Lozan 1989) 231. Aynı yönde: Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 150; Ekin Tuna, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası* (Adalet 2016) 65.

43 İnci Ataman-Figanmeşe, "Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri" (2011) 31 MHB sayı 2, 63 vd.

44 Ataman-Figanmeşe (n 43) 63 vd.; Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 150.

Tarafların hakem kararına karşı başvurmak üzere kendilerine sunulmuş olan bu kararın yolu imkânından feragat edebilmeleri iptal davasının önemini azalttığı şeklinde yorumlanabilir. Racine'e göre taraflara bu hakkın tanınmış olmasının esas gerekçesi milletlerarası tahkimin devlet mahkemelerinden bağımsızlığını güçlendirmektir⁴⁵. Gaillard'a göre ise, iptal davası açma hakkından taraf iradesiyle feragat imkânının tanınması tahkim yeri mahkemelerinin hakem kararlarını kendi ilkeleri uyarınca kontrol etmesinde üstün bir gerekçe olmadığını ortaya koymaktadır⁴⁶. Her ne kadar iptal dava açma hakkından feragat imkânı bazı milli hukuklarda öngörülmüşse de uygulamada tarafların bu hakkı nadiren kullandıkları belirtilmektedir. Bu noktada, tarafların iptal davasında sınırlı bir inceleme yapılacak olsa da ve kararın iptal edilme olasılığı düşük olsa da, iptal davasına başvurma imkânını muhafaza etmeyi ilave bir güvence olarak değerlendirdikleri anlaşılmaktadır⁴⁷. Ayrıca, doktrinde bazı yazarlar iptal davası açma hakkından feragati önermemektedir. İptal davasına başvurma imkânının mevcut olması hakemleri tahkim yargılaması sırasında daha dikkatli davranmaya yöneltecektir ve iptal davası hakem kararı üzerinde sınırlı bir inceleme yapılabilmesini sağlayacaktır⁴⁸.

2. MTK Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat

MTK m.15/A'da tarafların belli şartlarda iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri düzenlenmiştir⁴⁹. 2001 yılında kabul edilen MTK ile iptal davası açma hakkından feragat imkânı tanınmış olması Türk milletlerarası tahkim hukuku bakımından taraf iradesi serbestisini öne çıkaran önemli bir yenilik olarak değerlendirilmektedir⁵⁰. Bu başlık altında ilk olarak MTK m.15/A uyarınca iptal davası açma hakkından feragatin şartları incelenecektir. Sonrasında ise, tarafların geçerli bir şekilde iptal davası açma hakkından feragat etmeleri durumunda hakem kararını Türkiye'de icra etmeye çalışmaları halinde mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamı ortaya koyulacaktır.

A. İptal Davası Açma Hakkından Feragatin Şartları

MTK m.15/A'da tarafların iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilecekleri düzenlenmiştir⁵¹. MTK'dan farklı olarak 2011 tarihli HMK'daki iç tahkim

45 Racine, *L'arbitrage* (n 18) 579.

46 Emmanuel Gaillard, "Les Principes Fondamentaux du Nouvel Arbitrage", in *Le Nouveau Droit Français de l'Arbitrage* (sous la Direction de Thomas Clay) (Lextenso 2011) (Les Principes Fondamentaux) 64.

47 Racine, *L'arbitrage* (n 18) 580.

48 Kaufmann-Kohler, Rigozzi (n 3) 319.

49 Mülga HUMK m.535 uyarınca tarafların hakem kararına karşı temyiz sebeplerinden biri gerçekleşmeden temyizden feragat haklarının olmadığı kabul edilmekteydi. Yargıtay içtihadında da kabul edildiği üzere henüz doğmamış bir haktan feragat edilmesi kamu düzenine aykırı kabul edilmekteydi. Kalpsüz, "İPL'den Esinlenen Hükümler" (n 36) 31 ve Y. 2. HD, E. 16249, K.16080, T. 17.11.1970, RKD. Y.1971, S.3-4, 76. İptal davasını düzenleyen HMK m.439'da iptal davası açma hakkından feragat düzenlenmemiştir. Ancak, Budak'a göre, "iptal davası açmak hakkından önceden feragat edilemezse de, kanımca hakem kararı öğrenildikten sonra bu haktan feragat mümkündür (m.349 ve 366'ya kıyasen)", Ali Cem Budak, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri" (2012) 1 UTDER Sayı 1, 56.

50 Akıncı (n 6) 263; Kalafatoğlu (n 2) 34 vd.

51 "Taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya birkaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler".

hükümlerinde iptal davası açma hakkından feragat etme imkânı mevcut değildir. MTK düzenlemesi uyarınca, tarafların geçerli bir şekilde iptal davası açma hakkından feragat edebilmeleri için ilgili fıkra öngörülmüş olan şartları yerine getirmeleri gerekir. Taraflar kanunda belirtilen bu şartların yerine getirilmemiş olması sebebiyle iptal davası açma hakkından feragatin geçerli olmadığını iddia edebilirler. Maddede öngörülmüş olan şartları taraflara ilişkin şartlar ile feragatin şekline ilişkin şartlar olarak iki alt gruba ayırabiliriz. Bu şartların feragat anlaşmasının yapıldığı anda yerine getirilmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu tahkim yargılamasının tarafları ile Türkiye arasındaki bağın zayıf olduğu hallerde taraflara Türk mahkemeleri önünde iptal davası açma hakkından feragat imkânı tanımıştır. Kanunda tarafların “*yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında*” bulunması şartı aranmaktadır. Dolayısıyla, taraflardan birinin yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye dahilinde yer alıyorsa bu taraflar iptal davası açma hakkından feragat edemezler. Bunun yanı sıra, kanun koyucu Türkiye ile tahkim yargılaması arasındaki bağı incelerken sadece tarafların yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri şartını aramaktadır. Tarafların yerleşim yerleri Türkiye dışında ama dava konusunun Türkiye’de bulunduğu bir durumda da tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri sonucuna varmak gerekir. Kanunda tarafların yerleşim yerleri ve olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında olması aranırken iş yerlerinin bulunduğu yerden bahsedilmemiştir. Kanundaki bu hükmün amacı göz önünde bulundurularak geçerli bir feragat anlaşması olabilmesi için tüzel kişilerin iş yerlerinin de Türkiye dışında olması aranmalıdır⁵². Ancak, taraflardan birinin yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya iş yeri Türkiye dahilinde ise MTK uyarınca iptal davası açma hakkından feragat etmeleri mümkün değildir⁵³. Ekşi’ye göre “*Kanundaki bu düzenleme, kapsamına aldığı kişilere aynı şartlarla uygulanmaması sonucunu doğurmuştur*” ve “*aynı Kanun hükümlerinin kişilere göre farklı şekilde uygulanması, kanunların genelliği prensibi ve kanun önünde eşitlik esası (Anayasa md. 10) ile bağdaşmamaktadır*”⁵⁴. Kalpsüz ise “*yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye’de bulunan taraflar ise, ancak eskisi gibi, hakem kararının verilmesini müteakip iptal davası açmak hakkından feragat edebileceklerdir*” demektedir. Yazar şu hususu da ilave etmektedir: “*Maamafih bu sonuç MTK’nın 17. maddesi birinci fıkrası hükmü muvacehesinde tartışılabilir*”⁵⁵. Bu çekinceden hareketle, kanaatimizce, MTK m.17 fıkra 1 hükmü uyarınca, MTK kapsamına giren bir tahkimde iptal davası açma hakkından feragatin şartlarının sadece MTK hükümleri uyarınca belirlenmesi

52 Tiryakioğlu (n 19) 304.

53 Akıncı (n 6) 265: “*uyuşmazlık taraflarından herhangi birisinin merkezi Türkiye’de olan bir şirket olması durumunda, iptal davası açmaktan feragat etmek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, iptal davası açabilmek için her iki tarafın da yerleşim yerlerinin veya olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında bulunması gerekmektedir*”. Hakan Pekcantez, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan (On İki Levha 2017) 583.

54 Ekşi (n 7) 335.

55 Kalpsüz, “IPL’den Esinlenen Hükümler” (n 36) 31. Yazarın 2010 yılında kaleme aldığı eserinde ise şu görüşe yer verilmiştir: “*(...) yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye’de bulunan tarafların, iptal sebeplerinin gerçekleşmesi halinde sonradan yapacakları bir anlaşma ile iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri söylenebilir. Böyle bir anlaşmanın şekli, vafı ve ne zaman yapılabileceği hakkında Kanunda bir hüküm yoktur. Bu, Kanunda düzenlenen konularda aksine hüküm yoksa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağını amir 17. m.si hükmü muvacehesinde ciddi bir boşluktur.*”, Kalpsüz, Tahkim (n 19) 151.

gerekmektedir⁵⁶. Tarafların iptal davası açma hakkından hakem kararı verilmesinden sonra da feragat edebilecekleri kabul edilmektedir ve bu sebeple, tarafların yerleşim yerleri ve olağan oturma yerlerine ilişkin şartın feragat anında gerçekleşmesi gerekmektedir⁵⁷. Dolayısıyla, geçerli bir feragat olabilmesi için tahkim anlaşmasının tüm taraflarının yerleşim yerlerinin, olağan oturma yerlerinin veya işyerlerinin Türkiye haricinde olması gerekir. Bu kuraldan hareketle, tahkim anlaşması taraflarından bir tanesi bir ortak girişim (*joint venture*) ise ve bu ortak girişimin üyelerinden birinin bir Türk şirketi olması durumunda, bu şirketler arasında bir mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olacağından taraflar geçerli bir feragat yapamayacaklardır⁵⁸.

Son olarak, doktrinde, MTK m.15 hükmünün “tarafların” iptal davası açma hakkından feragat etmesini düzenlemesi sebebiyle taraflardan sadece birinin bu yönde feragatinin geçerli olmayacağı savunulmaktadır. Akıncı’ya göre, “*kanun koyucunun bu serbestinin taraflar arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılmasını murad ettiğini söylemek mümkün değildir*”⁵⁹. Süral’a göre de tek taraflı feragat geçerli değildir ve aksi bir durumun kabulü “*adil yargılanma hakkı ve tarafların eşitliği prensibini ihlal edici nitelikte olacak ve buna izin verilmesi tahkim kurumuna olan güveni zedeleyecektir*”⁶⁰.

İptal davası açma hakkından feragatin zamanlaması hakkında ise MTK m.15/A’da tarafların “*tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle*” bu haklarını kullanabilecekleri belirtilmiştir. Bir başka ifade ile, taraflar daha uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce tahkim anlaşmasının imzalanması sırasında iptal davası açma hakkından feragat ettiklerini belirtebilecekleri gibi tahkim anlaşması imzalanmasından sonra da bu haklarını kullanabilirler. Pekcanitez’e göre, bir hak doğmadan evvel o haktan feragat edilmesi kural olarak mümkün değildir ve bu sebeple, iptal davası açma hakkından feragat ancak hakem kararı verilmesinden ve iptal davası açma hakkının doğmasından sonra mümkün olabilmelidir. Ancak, MTK, yabancı hukuklardaki örneklerden de hareketle hakem kararı verilmesinden önce feragati kabul etmektedir⁶¹. Henüz hakem kararı verilmeden önce iptal davası açma hakkından feragat imkânının tanınmış olmasının Türkiye gibi tahkim kültürü oluşturmaya çalışan ülkeler açısından yarardan çok zarar doğuracağı da doktrinde savunulmuştur⁶². Sonradan yapılacak bir feragatin de ya-

56 MTK m.17 fıkra 1: “*Bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz*”.

57 Tiryakioğlu, Bayata Canyaş (n 19) 187. Taraflara ilişkin bu şartın feragat anında gerçekleşmiş olması için ayrıca bkz.: Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 153.

58 Akıncı (n 6) 265.

59 Akıncı (n 6) 263. Aynı yönde, Pekcanitez (n 53) 583; Tiryakioğlu, Bayata Canyaş (n 19) 188; Ekşi (n 7).

60 Süral (n 11) 1387.

61 Pekcanitez (n 53) 582.

62 Yeşilirmak (n 13) 132: “*Ayrıca, iptalden peşinen feragatin kabulü ile, geçerli bir tahkim anlaşması olmamasına rağmen veya tahkime elverişli olmayan bir konuda ya da tahkim konusunun kamu düzenine aykırı olması hali gibi tahkim yargılaması esnasında yapılan bir hatanın hakem kararının iptali ile düzeltilmesinin önüne geçilmiş olur: Uluslararası tahkim açısından böyle bir sonucun kabulü yerinde değildir. Özellikle Türkiye gibi tahkim kültürü oluşturmaya çalışan ve tahkime karşı olumsuz yargıların önüne geçmeye çalışan ülkeler açısından iptal hakkından peşinen feragatin yarardan çok zarar getireceği düşüncesizdiriz. Ayrıca iptal hakkından feragatin kullanıcılara tarafından ısrarla talep edildiğine ilişkin bilimsel bir veriye de sahip değiliz*”. Aynı yönde, Süral (n 11) 1387.

zılı şekilde yapılması gerekmektedir. Söz konusu yazılı şekil şartı açısından MTK m.4’teki düzenleme belirleyici olacaktır⁶³.

İptal davası açma hakkından geçerli bir şekilde feragat edilmesi için taraf iradelerinin açık bir şekilde ortaya koyulması gerekmektedir. Tarafların iptal dava açma hakkından feragat ettiklerini açık ve hiçbir tereddütte yer vermeyecek şekilde açıklamaları gerekir⁶⁴. Dolayısıyla, daha önce belirtmiş olduğumuz gibi tarafların ICC Tahkim Kuralları m.35 fıkra 6’daki gibi bir düzenlemeyi kabul etmeleri kanunda aranan açık bir beyan ile feragatin yapılması şartını yerine getirmemektedir. Doktrinde şu şekilde kaleme alınacak anlaşmaların geçerli birer feragat oluşturacağı belirtilmiştir: *“uyuşmazlık hakkında verilecek olan hakem kararı nihai ve bağlayıcı olacaktır ve taraflar mahkemelerden bu kararın iptalini istememe konusunda anlaşmıştır”* veya *“taraflar verilmiş olan hakem kararına karşı bir iptal davası açma hakkından feragat etmektedir”*⁶⁵. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 11 Mayıs 2011 tarihli bir kararında *“taraflar kanun 15/a hükmü kapsamında iptal davası açma haklarından tamamen koşulsuz ve gayrikabili rücu şekilde feragat ederler”* şeklinde kaleme alınmış bir feragat anlaşması tarafların yerleşim yerlerinin Türkiye’de bulunması sebebiyle geçersiz kabul edilmiştir⁶⁶. Ekşi’ye göre tarafların aralarındaki anlaşmada hakem kararının bağlayıcı olacağını ve bu karara karşı kanun yollarına başvurmayacaklarını kararlaştırmaları geçerli bir feragat olarak kabul edilmelidir. Ancak, yazara göre taraflar sonradan yeni bir anlaşma yaparak bu konuda değişiklik yapabilirler⁶⁷. Kanaatimizce, taraflar feragat anlaşmalarında ismen iptal davasını belirtmeseler de hakem kararına karşı devlet mahkemeleri önünde mevcut bulunan tüm kanun yollarına başvurmak haklarından – dolayısıyla iptal davasını da kapsayacak şekilde - feragat ettiklerine dair açık beyanlarının da geçerli bir feragat olarak kabul edilmesi gerekir.

Ayrıca, taraflar dilerlerse iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilirler veya MTK m.15’de yer alan iptal sebeplerinden bazılarında dolayı iptal davası açma hakkından kısmen feragat edebilirler. Tarafların iptal davası açma hakkından kısmen feragat etmiş olmaları halinde, feragat edilen iptal sebebine dayanan bir iptal davası açılmışsa bu iptal davasının reddedilmesi gerekmektedir⁶⁸.

63 Akıncı (n 6) 266. Tiryakioğlu, Bayata Canyaş (n 19) 188.

64 Akıncı (n 6) 266; Tiryakioğlu, Bayata Canyaş (n 19) 187; Tiryakioğlu (n 19) 304.

65 Tiryakioğlu, Bayata Canyaş (n 19) 187.

66 Y. 15. HD, E. 2010/7197, K. 2011/2857, T. 11.05.2011: *“alt yüklenici genel sözleşmesinin 12. maddesinin e bendinde “taraflar kanun 15/a hükmü kapsamında iptal davası açma haklarından tamamen koşulsuz ve gayrikabili rücu şekilde feragat ederler” hükmüne yer verilmiş ise de. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesinin A fıkrasının 5. bendi uyarınca, tarafların tahkim anlaşmasına koyacakları bir beyanla iptal davası açma haklarından feragat edebilmeleri için “her iki tarafın yerleşim yerleri veya olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında” bulunması şart olup, sözleşme ve dosya kapsamından tarafların yerleşim yerlerinin Türkiye olduğu anlaşıldığından, sözleşmede kararlaştırılan iptal davası açma hakkından feragata ilişkin düzenlemenin bağlayıcılığının bulunmamasına, mahkemece bu konunun da red gerekçesi yapılması doğru değilse de, bu yanlışlığın sonuca etkili olmamasına göre davacıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir”*, www.kazanci.com (s.e.t. 17.09.2018).

67 Ekşi (n 7) 335.

68 Akıncı (n 6) 262.

Sonuç olarak, MTK aşağıda incelenecek olan bazı yabancı hukuklardaki düzenlemeler gibi iptal davası açma hakkından feragati kabul etmiş ve bazı şartlara tabi kılmıştır. İptal davası açma hakkından feragat ile taraflar tahkim yeri ülkesinde hakem kararına karşı kanun yoluna başvurma imkânından kural olarak feragat etmiş olacaklardır ve aynı zamanda New York Sözleşmesi uyarınca başka bir ülkede bu kararın tanıma veya tenfizinin reddi sebeplerinden bir tanesi de doğal olarak ortadan kalkmış olacaktır.

B. İptal Davası Açma Hakkından Feragate Rağmen Hakem Kararının Türkiye’de İcra Edilmek İstenmesi

MTK uyarınca taraflar geçerli bir şekilde iptal davası açma hakkından feragat ettiklerinde taraflardan birinin Türk mahkemeleri önünde iptal davası açması halinde bu dava feragat nedeniyle reddedilmelidir⁶⁹. Ancak, iptal davası açma hakkından feragate rağmen lehine karar verilen taraf bu kararı Türkiye’de icra ettirmek isteyebilir. MTK m.15/B⁷⁰’deki düzenleme sebebiyle lehine karar verilmiş olan taraf bu kararı Türkiye’de icra ettirmek isterse mahkemeye başvurup bir icra edilebilirlik belgesi alması gerekecektir. Bu durumda, mahkeme söz konusu hakem kararı üzerinde re’sen incelenen iptal sebepleri olan tahkime elverişlilik ve kamu düzenine aykırılık yönünden inceleme yapacaktır. Bir başka ifade ile mahkemenin bu aşamada yapacağı inceleme MTK m.15’de yer alan mahkemenin re’sen inceleyeceği iptal sebepleri ile sınırlandırılmıştır. Eğer hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varılırsa veya ilgili uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olduğu anlaşılırsa mahkeme hakem kararının icrası talebini reddedecektir⁷¹.

Doktrinde iptal davası açma hakkından tamamen feragat edilse bile bu durumda re’sen incelenecek iptal sebeplerinden feragatin mümkün olmadığı görüşünün savunulduğu anlaşılmaktadır. Bu görüş uyarınca, taraflar kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik iptal sebeplerine dayanarak iptal davası açma hakkından feragat edemezler. Bir başka ifade ile taraflar sadece mahkemelerce re’sen incelenmeyecek iptal sebepleri açısından feragatte bulunabilirler. Eğer bir iptal davası açılırsa mahkeme re’sen inceleyeceği bu iptal sebeplerini inceleyebilecektir. Bu görüş uyarınca, ayrıca, tarafların iptal davası açma hakkından tamamen feragat etmeleri halinde ve taraflardan birinin hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belgeyi talep etmemesi halinde, mahkemenin re’sen inceleyeceği bu iptal sebeplerini inceleme fırsatı

69 Pekcanitez (n 53) 582.

70 “İptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi sırasında (A) fıkrasının 2 nci bendinin (a) ve (b) alt bent hükümleri mahkemece re’sen dikkate alınır. Bu hâlde mahkemece aksine karar verilmedikçe, inceleme dosyası üzerinden yapılır”.

71 Pekcanitez (n 53) 588; Akıncı (n 6) 264.

olmayacaktır⁷². Bir başka görüş ise, tarafların iptal davası açma hakkından tamamen feragat etmeleri halinde hiçbir surette iptal davası açamayacaklarını ancak mahkemenin re'sen inceleyeceği iptal sebeplerinden feragat edilmesinin mümkün olmadığını ve bu sebepler açısından incelemenin kararın icra edilebilmesine dair belge verilmesi aşamasında yapılacağını belirtmektedir⁷³.

Kanaatimizce, iki farklı durumun birbirinden ayrılması gerekmektedir. İlk olarak, MTK'da iptal davası açma hakkından iptal sebepleri arasında bir ayırım yapılmadan tamamen feragat edilebilmesi kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin amacı Türkiye ile tahkim yerinin Türkiye'de olmasından başka bağlantısı olmayan uyuşmazlıklarda hakem kararının etkinliğinin artırılmasıdır. Böylelikle, taraflar iptal davasının sonucunu beklemeden başka ülkelerde bu kararın tanınmasını veya tenfizini talep edebilir. Tarafların iptal davası açma hakkından tamamıyla feragat etmeleri halinde, bu feragate rağmen bir iptal davası açılırsa, ki davacı bu davada hakem kararının kamu düzenine aykırılığını veya uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığını iddia edebilir, bu iptal davasının feragat sebebiyle reddilmesi gerekir. Kanun koyucu, MTK m.15'deki şartların gerçekte gerçekleşmiş olması sebebiyle ve hakem kararı ile Türkiye arasındaki bağın zayıf olması sebebiyle bu karar üzerinde kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik incelemesi yapma ihtiyacı bile görmüştür. Bir başka ifade ile, bu kararın Türkiye'de icra edilmeyeceği varsayıldığından karar üzerinde bir inceleme yapılmayacaktır. İkinci durum ise, tarafların iptal davası açma hakkından geçerli bir şekilde feragat etmiş olmalarına rağmen, lehine karar verilen tarafın bu hakem kararını Türkiye'de icra ettirmek istemesidir. Bu durumda, artık Türkiye'de icra edilmek isteyen bir hakem kararı olduğundan başlangıçta mevcut olmadığı varsayılan sıkı bağlantı kurulmuş olacak ve mahkeme yukarıda belirtmiş olduğumuz re'sen incelenecek iptal sebepleri ile sınırlı bir inceleme yapacaktır.

Sonuç olarak, MTK m.15/B uyarınca iptal davası açma hakkından feragat edilmesine rağmen hakem kararının Türkiye'de icra edilmek istenmesi halinde mahkeme kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik ile sınırlı bir inceleme yapacaktır. Bir başka ifade ile, aleyhine karar verilen tarafın diğer iptal sebeplerine dayanarak bu hakem kararının icrasını engelleme imkânı bulunmamaktadır. Bu aşamada, sorulması gereken soru, MTK'da benimsenen bu sınırlı incelemenin taraflar açısından yeterli seviyede bir hukuki koruma sağlayıp sağlamadığıdır. Bu sorunun cevaplanmasında yabancı hukuklarda iptal davası açma hakkından feragati kabul eden düzenlemelerin incelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

72 "Parties cannot waive their right to file a setting aside action on grounds concerning public policy and arbitrability, grounds taken into consideration by the court ex officio. Parties are only entitled to waive their right to request setting aside with respect to grounds that are not considered by the court ex officio (see, Article 15A(2)(1)). Hence, waiver as to grounds considered by the court ex officio will be disregarded by the court where an application to set aside is made and the court will examine whether the dispute is arbitrable under Turkish law and whether the arbitral award is in accordance with Turkish public policy. (...) Therefore, where the parties have fully waived their right to file a setting aside action and the parties have not applied to the court for the issuance of a certificate to the effect that the award may be executed, the court would not in such a case be able to analyse whether or not the setting aside grounds considered ex officio by the courts are present". Tiryakioğlu, Bayata Canyaş (n 19) 188.

73 Akıncı (n 6) 263.

3. Karşılaştırmalı Hukukta İptal Davası Açma Hakkından Feragate İlişkin Yaklaşımlar

Çalışmamızın bu kısmında iptal davası açma hakkından feragate ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımları inceleyeceğiz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, karşılaştırmalı hukukta iptal davası açma hakkından feragat yaygın bir şekilde kabul edilmemiştir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, Türkiye, Arjantin, Hollanda, Fransa, İsviçre, Belçika, Peru, Rusya, İsveç ve Tunus başta olmak üzere bazı milli hukuklar belirli şartlarda tarafların hakem kararına karşı iptal davası açma hakkından feragat edebileceklerini öngörmektedir. Ancak, bu örnekler haricinde iptal davası açma hakkından feragati öngörmeyen veya kabul etmeyen milli hukuklar vardır. Özellikle UN-CITRAL Model Kanun'da iptal davası açma hakkından feragat düzenlenmemiştir.

Çalışmamızda yabancı hukuk örneklerinden İsviçre ve Fransız hukuklarını inceleyeceğiz. Bu iki hukuktaki iptal davası açma hakkından feragat hükümlerini incelememizin sebebi feragatin şartlarını belirlemek ve özellikle iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen hakem kararının yine aynı ülke sınırları içerisinde icra edilmek istenmesi halinde mahkemelerin yapacağını kontrolün sınırlarını ortaya koymaktır. Bu inceleme neticesinde MTK düzenlemesinin bu iki hukuka göre gayet sınırlı ve taraflar için yetersiz bir hukuki koruma sunduğu anlaşılacaktır.

A. İsviçre Hukukunda Feragatin Şartları ve Hakem Kararının İsviçre'de İcrasının İstenmesi Durumu

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHUK)'nun uygulama alanına giren bir tahkimde, kanunun 190. maddesi tarafların hakem kararına karşı Federal Mahkeme önünde kanun yoluna başvurabileceklerini öngörmektedir⁷⁴. Kanunda iptal davası terimi yerine ana başlık olarak kanun yolu terimi tercih edilmiştir. Kanunun 192. maddesinin birinci fıkrası⁷⁵ uyarınca, tarafların belli şartlar altında hakem kararına karşı kanun yoluna başvurma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilecekleri belirtilmiştir⁷⁶. İsviçre hukukunda iptal davası açma hakkından feragatin şartları aşağıda detaylı olarak incelenecektir. Bu şartları incelemeden evvel, iptal davası açma hakkından feragat hakkı ile adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişkiye değinmek faydalı olacaktır.

74 Kaufmann-Kohler, Rigozzi (n 3) 302 vd. ; François Knoepfler, Philippe Schweizer, *Précis de Droit International Privé Suisse*, (Staempfli 1990) 238; Bernard Dutoit, *Droit International Privé Suisse, Commentaire de la Loi Fédérale du 18 décembre 1987* (Helbing 2001) 591 vd.; Bucher, Bonomi (n 39) 393; Lalive (n 42),224 vd.; Elliott Geisinger, Alexandre Mazuranc, "Chapter 11: Challenge and Revision of the Award", in Geisinger E. and Voser N. (eds), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* (Kluwer Law International 2013) 223 ve 255.

75 İsviçre MÖHUK m.192 fıkra 1: "If none of the parties have their domicile, their habitual residence, or a business establishment in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent written agreement, waive fully the action for annulment or they may limit it to one or several of the grounds listed in Art. 190(2)".

76 İsviçre hukukunda iptal davası açma hakkından feragat hakkında detaylı inceleme için: Domitille Baizeau, "Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192 [Waiver of annulment]", in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (Kluwer Law International 2013) 283.

İsviçre hukukunda, tarafların iptal davası açma hakkından feragate ilişkin sözleşme serbestisini tanıyan 192. madde hükmü ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.6 fıkra 1’de güvence altına alınan adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişki ilginç bir içtihadı konu olmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi 4 Ocak 2012 tarihli ve 4A_238/2011 sayılı kararında, tarafların iptal davası açma hakkından geçerli bir şekilde feragat ettiklerine ve taraflara tanınan bu imkânın AİHS m.6 fıkra 1’de yer alan adil yargılanma hakkını ve mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir⁷⁷. Açmış olduğu iptal davası geçerli bir feragat anlaşmasının varlığı sebebiyle reddedilen taraf bu karar üzerine adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olması sebebiyle 2 Temmuz 2012 tarihinde İsviçre aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM) bir başvuru yapmıştır. AİHM 1 Mart 2016 tarihli kararında tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmelerine ilişkin İsviçre MÖHUK m.192 hükmünün AİHS m.6’yı ihlal etmediğine hükmetmiştir⁷⁸. Mahkemeye göre, tarafların hakem kararının iptali için devlet mahkemelerine başvurabilmelerinden feragat etmelerine imkân sağlayan bu hüküm İsviçre’nin uluslararası bir tahkim merkezi olması meşru amacına hizmet etmektedir ve aynı zamanda tarafların sözleşme özgürlüğüne saygı göstermektedir. Böylelikle, iptal davası açma hakkından feragat edilmesiyle hakem kararına karşı Federal Mahkeme’ye başvurma imkânının ortadan kalkması adil yargılama ve mahkemeye erişim hakkı açısından orantısız bir sınırlama olarak nitelendirilemez. Bu sebeple, davacının adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır⁷⁹.

İsviçre MÖHUK m.192 fıkra 1’de iptal davası açma hakkından feragatin şartları düzenlenmektedir. Bu şartlar, taraflar açısından ve feragat anlaşmasının geçerliliği açısından şartlar olarak iki gruba ayrılmıştır. İlk olarak, geçerli bir feragat söz konusu olabilmesi için tarafların İsviçre’de yerleşim yerlerinin, mutad meskenlerinin veya tüzel kişiler açısından şirket merkezinin veya şubelerinin bulunmaması gerekir⁸⁰. Taraflar ile İsviçre arasında bir bağ bulunmamasına ilişkin bu şartın feragat anında aranması gerektiği kabul edilmektedir⁸¹. Ayrıca, İsviçre’de şirket merkezi bulunmayan bir yabancı şirketin İsviçre’de bağlı şirketleri bulunması durumunda, bağlı şirketlerin

77 İsviçre Federal Mahkemesi 4 Ocak 2012 tarihli ve 4A_238/2011 kararı (2012) ASA Bull. 2, 369, www.bger.ch (s.e.t. 17/09/2018); Geisinger, Mazuranc (n 74) 255; Sébastien Besson, “Part I Salient Features and Amenities of Chapter 12 PILS”, in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013) 36 (Chapter 12 PILS).

78 AİHM, Tabbane İsviçre’ye karşı, 1 Mart 2016, Başvuru numarası 41069/12. Karar hakkında detaylı inceleme için bkz.: Marte Knigge, Pauline Ribbers, “Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?” (2017) 34 *Journal of International Arbitration* I. 5, 775; José A. Rueda García, J. A., Marco Vedovatti, “The European Court of Human Rights Endorses the Parties’ Voluntary Waiver of the Right to Annul an Award in the Seat of Arbitration (Apropos Tabbane v. Switzerland)” (2016) 26 *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje* 87.

79 AİHM, Tabbane İsviçre’ye karşı, 1 Mart 2016, Başvuru numarası 41069/12: “36. *Compte tenu de ce qui précède, la restriction du droit d’accès à un tribunal a poursuivi un but légitime, à savoir la mise en valeur de la place arbitrale suisse, par des procédures souples et rapides, tout en respectant la liberté contractuelle du requérant, et ne saurait être considérée comme disproportionnée. Dès lors, le droit du requérant d’accès à un tribunal n’a pas été atteint dans sa substance même*”.

80 Dutoit (n 74) 605.

81 Lalive (n 42) 230; Manuel Arroyo, “Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 191 [Finality, challenge: competent judicial authority]”, in Manuel Arroyo (ed)”, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013) 271; Geisinger, Mazuranc (n 74) 255; Baizeau (n 76) para. 9.

bağımsız tüzel kişiliğe sahip olması sebebiyle ana şirketin feragat anlaşması yapabileceği savunulmaktadır⁸².

İkinci olarak, tarafların bu kanun yolundan feragat edebilmeleri için “açık bir beyan ile” iradelerini ortaya koymaları gerekir. Bu açık irade beyanı tahkim anlaşması imzalanması sırasında tahkim anlaşması içerisinde yapılabileceği gibi yazılı olmak şartıyla sonradan da yapılabilir. Ancak, bu feragatin hakem kararının tebliği tarihine kadar yapılabileceği kabul edilmektedir⁸³. Bu noktada Dutoit, İsviçre MÖHUK m.192’nın sadece hakem kararı öncesinde yapılan feragati düzenlendiğini belirtmekte ve hakem kararı tebliğ edildikten sonra da tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebileceklerini ancak bu durumda ilgili maddedeki şartları yerine getirmelerinin gerekmediğini belirtmektedir⁸⁴. Ayrıca taraflar iptal davası açma hakkından tamamıyla feragat edebilecekleri gibi sadece bazı iptal sebeplerinden de feragat edebilirler.

İsviçre hukukunda açık irade beyanının ne şekilde yapılması gerektiği İsviçre Federal Mahkemesi önünde bir dizi içtihadı konu olmuştur. Genel itibarıyla, feragatin açık ve kesin bir şekilde yapılması gerekmektedir ve dolayısıyla tarafların hakem kararına saygı duyacakları ve bu kararı yerine getireceklerine ilişkin bir kayıt veya ICC Kuralları m.35 fıkra 6’da olduğu gibi dolaylı bir feragat iddiası İsviçre hukuku açısından yeterli olmayacaktır⁸⁵. Ancak, Baizeau’ya göre, tarafların tahkim anlaşması metninde açık bir şekilde ICC m.35 fıkra 6 gibi feragati öngören bir maddeyi belirtmiş olmaları geçerli bir feragat olarak kabul edilmelidir⁸⁶.

Feragat anlaşmasının geçerliliği Federal Mahkeme önünde bir dizi içtihadı konu olmuştur. Genel olarak, İsviçre Federal Mahkemesi şu şekilde kaleme alınan feragat anlaşmalarını geçerli kabul etmiştir⁸⁷: “*taraflar hakem heyetinin yetkisine itiraz etmeyeceklerdir* (kısmi feragat)”; “*taraflar hakem kararına karşı tüm olağan ve olağüstü kanun yollarından feragat ederler*”; “*hakem kararı hiçbir kanun yoluna konu olamaz*”; “*taraflardan hiçbiri hakem kararına karşı herhangi bir mahkeme önünde herhangi bir itiraz hakkına sahip olmayacaktır*”; “*taraflar hakem tarafından yapılan herhangi bir değerlendirme veya verilen hakem kararına karşı iptal davası veya başka herhangi bir usul ile itirazda bulunmayacaklardır*”. Federal Mahkeme 17 Ekim 2017 tarihli bir kararında hakem kararlarının “*herhangi bir mahkeme önünde bir itiraz (“appeal”) konu olmayacaktır*” şeklinde kaleme alınmış bir feragat anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir⁸⁸. Federal mahkeme bu kararında, mahkemenin

82 Geisinger, Mazuranic (n 74) 255.

83 Kaufmann-Kohler, Rigozzi (n 3) 316; Bucher, Bonomi (n 39) 393.

84 Dutoit (n 74) 605. Aynı görüşte, Mayer (n 30) 199.

85 Federal Mahkeme Karar No: 131 III 173, 4 Şubat 2005. Kaufmann-Kohler, Rigozzi (n 3) 316; Geisinger, Mazuranic (n 74) 256; Besson, “Chapter 12 PILS”, (n 77) 36; Dutoit (n 74) 605; Bucher, Bonomi (n 39) 393; Mayer (n 30) 199.

86 Baizeau (n 76) para. 18.

87 Federal Mahkemenin içtihadı hakkında detaylı analiz için: Baizeau (n 76) para. 29 vd.

88 İsviçre Federal Mahkemesi 17 Ekim 2017, Karar no: 143 III 589. İlgili feragat anlaşması şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Awards rendered in any arbitration hereunder shall be final and conclusive and judgment thereon may be entered into any court having jurisdiction for enforcement thereof. There shall be no appeal to any court from awards rendered hereunder*”, www.bger.ch (E.T. 17/09/2018).

geçmiş içtihadını ortaya koyduktan sonra, itiraz, başvuru veya temyiz anlamına gelebilecek “*appeal*” tabirinin, feragat anlaşmasının diğer unsurları ile birlikte yorumlanması neticesinde, genel anlamda kanun yollarına başvuru olarak kabul edilmesi gerektiğini ve dar anlamda bir temyiz başvurusu anlamına gelmediğini belirtmiştir. Bu sebeplerle, tarafların geçerli bir şekilde hakem kararına karşı kanun yolundan feragat ettikleri sonucuna varmıştır.

Geisinger ve Mazuranic’e göre iptal davası açma hakkından feragat etmek isteyen taraflar açısından en güvenli yol, her ne kadar İsviçre Federal Mahkemesi içtihadına göre böyle bir zorunluluk olmasa da⁸⁹, tarafların İsviçre MÖHUK m.190 ve/veya m.192’ye açık bir gönderme yaparak iptal davasından feragat ettiklerini belirtmeleridir⁹⁰. Aynı tavsiye elbette MTK m.15 uyarınca feragat anlaşması açısından da yerinde olacaktır.

Tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmiş olmaları hakem kararının iptalini elde etme imkânından feragat edilmiş olması anlamına gelir. Örneğin, tarafların İsviçre MÖHUK m.190’da yer alan iptal sebeplerinin hepsinden feragat etmesi halinde, hakem kararının kamu düzenine aykırılığı iddiasında bile, bu sebeplere dayanılarak hakem kararının iptali için Federal Mahkeme’ye başvurulamayacaktır⁹¹. Ancak, iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen bu kararın İsviçre’de icra edilmek istenmesi halinde 192. maddenin ikinci fıkrası⁹² mahkeme tarafından nasıl bir inceleme yapılacağını düzenlemektedir⁹³. Bu düzenlemeye göre hakem kararının İsviçre’de icra edilmesi istendiğinde sanki icrası istenen İsviçre dışında verilmiş yabancı bir hakem kararıymışçasına New York Sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Her ne kadar ikinci fıkrada, iptal davasından tamamıyla feragat edilmesi halinde ve bu kararın İsviçre’de icrası istendiğinde New York Sözleşmesi’nin kıyasen uygulanacağı belirtilmişse de bu noktada kanunda düzeltilmesi gereken bir tutarsızlık olduğu ve kısmî feragat halinde de feragat edilmiş iptal sebebi hakkında Sözleşme’de yer alan tanıma ve tenfiz reddi sebebinin kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁹⁴. İsviçre doktrinindeki bu eleştirilerden hareketle, MTK hazırlanırken İsviçre MÖHUK m.192 fıkra 2 hükmü kısmen feragat halini de kapsayacak şekilde Türk hukukuna aktarılmıştır⁹⁵.

Bir başka ifade ile, tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmelerine rağmen hakem kararını İsviçre’de icra ettirmek istediklerinde aleyhine karar verilen taraf

89 İsviçre Federal Mahkemesi 17 Ekim 2017, Karar no: 143 III 589, www.bger.ch (E.T. 17/09/2018).

90 Geisinger, Mazuranic (n 74) 256; Baizeau (n 76) para. 15.

91 Baizeau (n 76) para. 36.

92 İsviçre MÖHUK m.192 fıkra 2: “*If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and if the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention of June 10, 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards applies by analogy*”.

93 Kaufmann-Kohler, Rigozzi (n 3) 315; Dutoit (n 74) 606; Bucher, Bonomi (n 39) 394; Lalive (n 42) 231; Mayer (n 30) 207; Geisinger, Mazuranic (n 74) 257; Baizeau (n 76) para. 38 vd.

94 Dutoit (n 74) 606; Baizeau (n 76) para. 42.

95 Kalpsüz, “İPL’den Esinlenen Hükümler” (n 36) 33: “*Aynı ihtiyaç Türk Hukuku için de söz konusu olduğu için, İsviçre’de IPL’nin 192. maddesi 2. fıkrasına yapılan tenkitler nazara alınarak III. Taslakta hüküm, hukuki çarelere müracaattan kısmen feragat olunması haline de teşmil edilmek suretiyle iktibas olunmuştur*”.

New York Sözleşmesi m.V'deki tanıma ve tenfiz reddi sebeplerine başvurabileceklerdir. Besson ise, New York Sözleşmesi'ne yapılan bu atıfla, ilginç bir şekilde, İsviçre MÖHUK'daki iptal sebepleriyle New York Sözleşmesi'ndeki tanıma ve tenfiz reddi sebepleri kıyaslandığında hakem kararının iptal davasına göre daha kapsamlı bir denetime tabi olacağını belirtmektedir⁹⁶.

Sonuç olarak, İsviçre MÖHUK'unda getirilen bu feragat düzenlemesinin milletlerarası tahkim hukukunun gereksinimlerine ve gerekli olan liberalizme uygun olduğu savunulmaktadır⁹⁷. Tahkim anlaşmasının taraflarının İsviçre ile bağlantıları olmaması halinde açık bir beyanla yazılı olarak iptal davası açma hakkından feragat edebileceklerdir. Bu feragat rağmen hakem kararının İsviçre'de icrasının istenmesi halinde sanki yabancı bir hakem kararının tanıma veya tenfizi söz konusuymuşçasına New York Sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

B. Fransız Hukukunda Feragatin Şartları ve Hakem Kararının Fransa'da İcrasının İstenmesi Durumu

Fransız milletlerarası tahkim hukukunda iptal davası sadece Fransa'da verilmiş hakem kararlarına karşı tarafların başvurabilecekleri bir kanun yoludur. Fransız milletlerarası tahkim hukukunda 2011 yılında yapılan reform öncesinde, kanunda düzenlenmiş olan kanun yollarının kamu düzeni niteliği sebebiyle, tarafların iptal davasından feragat etmeleri imkânı mevcut değildi⁹⁸. Ancak, yabancı hukuklardaki feragat imkânından esinlenerek 2011 yılında iptal davası açma hakkından feragat Fransız milletlerarası tahkim hukukunda da kabul edildi⁹⁹. Ancak, Türk hukuku ve İsviçre hukuku aksine, Fransız milletlerarası tahkim hukukunda iptal davası açma hakkından kısmen feragat imkânı tanınmamıştır¹⁰⁰. Racine'e göre, iptal davası açma hakkından feragat imkânı hakem kararlarının etkinliği artırmak amacıyla getirilmiştir ve böylelikle hakem kararı ile bu kararın verildiği ülkenin hukuk sistemi arasındaki bağın kesilmesi sağlanmıştır¹⁰¹.

Fransız Medeni Usul Kanunu (MUK) m. 1522 fıkra 1 uyarınca, taraflar “*özel bir anlaşma*” ile “*açık bir şekilde*” her aşamada iptal davasından feragat edebilirler¹⁰². Ka-

96 Besson, “Le Recours” (n 5) 118.

97 Lalive (n 42) 231.

98 Mathieu de Boisséon, *Le Droit Français de l'arbitrage Interne et International* (July 1990) 822; Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Traité de l'Arbitrage Commercial International* (Litec 1996) 930; Kalafatoğlu (n 2) 28.

99 Fransız milletlerarası tahkim hukukunda iptal davasından feragat hakkında detaylı inceleme için bkz.: Bernard Audit, B., Louis d'Avout, *Droit International Privé* (Economica 2013) 1095; Gaillard, “Les Principes Fondamentaux” (n 46) 63; Jérôme Ortscheidt, Christophe Seraglini, “La Nouvelle Articulation des Recours en Arbitrage International”, in *Le Nouveau Droit Français de l'Arbitrage (sous la Direction de Thomas Clay)* (Lextenso 2011) 201 vd.; Eric Loquin, *L'Arbitrage du Commerce International, Pratique des Affaires* (July 2015) 418 (Arbitrage); Racine, *L'arbitrage* (n 18) 578 vd.; Racine, “Efficacité” (n 25) 438; Seraglini, Ortscheidt, (n 33) 856 vd.

100 Racine, *L'arbitrage* (n 18) 579; Burda (n 32) 653.

101 Racine, “Efficacité” (n 25) 438. Aynı yönde, Seraglini, Ortscheidt (n 33) s858.

102 Fransız MUK m.1522: “*Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation. Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520. L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur. La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement*”.

nundaki “*özel bir anlaşma*” şartından, tarafların açık bir şekilde iptal davası açma hakkından feragat ettiklerini ortaya koyan bir anlaşmanın varlığı aranmaktadır¹⁰³. Fransız hukukunda, kurumsal tahkim kurallarında yer alan ve genel bir ifadeyle hakem kararlarının taraflar üzerinde bağlayıcı olduğu ve tarafların feragat edebilecekleri kanun yollarından feragat ettiklerine dair düzenlemelerin kanunda yer alan “*özel bir anlaşma*” şartını yerine getirmeyeceği kabul edilmektedir¹⁰⁴. Aynı yönde görüş bildiren Seragli-ni, tahkim anlaşmasında yer alan ve tarafların hakem kararına karşı kanun yollarından feragat ettiklerine dair kayıtların mahkemelerce dar yorumlaması gerektiğini ilave etmektedir¹⁰⁵. Ayrıca, Gaillard’a göre, tarafların tüm kanun yollarından feragat ettiklerini öngören bir tahkim anlaşması imzalamaları ve özellikle iptal davasını belirtmemeleri kanunda yer alan bu şartı yerine getirmeyecektir¹⁰⁶. Loquin’e göre de tarafların açık bir şekilde iptal davası açma hakkından feragat ettiklerini belirtmeleri gereklidir¹⁰⁷. Son olarak, Pinsolle’e göre tarafların özel olarak Fransız MUK m.1522’yi belirtmelerine gerek yoktur ancak tarafların yeterli ölçüde bir kesinlikle iptal davası açma hakkından feragat ettiklerini belirtmeleri gerekir ve bu şartın sınırlarının belirlenmesinin mahkemelere düşecektir¹⁰⁸. Sonuç olarak, iptal davası açma hakkından feragatin açık ve herhangi bir tereddütte yer vermeyecek bir şekilde kaleme alınması gerekir. Fransız doktrinindeki genel yaklaşım feragat anlaşmalarının dar yoruma tabi tutulmasıdır.

Paris İstinaf Mahkemesi 3 Nisan 2014 tarihinde vermiş olduğu bir kararında şu şekilde kaleme alınmış bir anlaşmanın kanunda yer alan şartları yerine getirmediğine hükmetmiştir: “*DAB kararı nihai, bağlayıcı ve taraflar arasında tamamıyla ve hemen icra edilebilir olacaktır, taraflar bu karara karşı herhangi bir yargı organı, mahkeme veya hakem heyeti önünde herhangi bir temyiz ve/veya itirazda bulunamazlar (meğer ki DAB yargılaması ile ilgili olarak cezai veya benzeri müdahaleler ispat edilmesin)*”. Paris İstinaf Mahkemesine göre iptal davası açma hakkından feragat açık bir şekilde iptal davasını hedef almalıdır ve bu şekilde kaleme alınmış genel nitelikli bir anlaşma maddesi yeterli olmayacaktır. Ayrıca, tarafların koymuş olduğu çekince sadece belli iptal sebeplerini kapsamaktadır ve Fransız MUK m.1522’nin kısmen feragate izin vermemesi sebebiyle ilgili feragat anlaşmasının geçerli olmadığına hükmedilmiştir¹⁰⁹.

Bunun yanı sıra, Fransız hukukunda iptal davası açma hakkından feragat için bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Taraflar dilerlerse tahkim anlaşmasının imzalanması sırasın-da veya sonrasında bu haklarını kullanabilirler¹¹⁰. İptal davası açma hakkından feragatin

103 Gaillard, “Les Principes Fondamentaux” (n 46) 63, dipnot 43; Racine, *L’arbitrage* (n 18) 579.

104 Audit, d’Avout (n 99) 1095; Pinsolle (n 28) 704.

105 Seragli-ni, Ortscheidt (n 33) 860.

106 Gaillard, “Les Principes Fondamentaux” (n 46) 63, dipnot 43. Aynı yönde: Bollée (n 26) para.26.

107 Loquin, *Arbitrage* (n 99) 418. Aynı yönde, Racine, *L’arbitrage* (n 18) 579.

108 Pinsolle (n 28) 704.

109 SARL Farmex Technologies v. République d’Arménie, Foreign Financing Projects Management Center of the Ministry of Finance (FFPMC), Court of Appeal of Paris, 3 Nisan 2014, (2015) *Revue de l’Arbitrage* 110.

110 Racine, *L’arbitrage* (n 18) 579.

tarafklar açısından şartlarına geldiğimizde, MTK'daki ve İsviçre hukukundaki düzenleme- nin aksine Fransız hukukunda tarafların veya uyuşmazlığın Fransa ile bir bağının olması iptal davası açma hakkından feragati engelleyen bir sebep değildir¹¹¹. Taraflar açısından herhangi bir şartın aranmaması Fransız hukukunda Fransız Yargıtay'ının vermiş oldu- ğu “hakem kararı hiçbir devlet yargı sistemi ile bağlı olmayan bir uluslararası yargı kararındır”¹¹² şeklindeki içtihadının ve *délocalisé* veya yersizleştirilmiş tahkim anlayışının kabul edildiği şekilde yorumlanmıştır¹¹³. Bir başka ifade ile, taraflardan biri Fransa'da yerleşik olsa bile, taraflar iptal davası açma hakkından feragat edebilirler.

Fransız hukukunda 2011 yılında getirilen bu düzenlemenin temel mantığı hakem ka- rarı üzerinde hiçbir incelemenin yapılmaması değil yapılacak esas incelemenin kararın icra edileceği devletin mahkemeleri önünde yapılmasıdır¹¹⁴. İptal davası açma hakkın- dan feragat edilmesi ile hakem kararına karşı doğrudan iptal davası açılması mümkün olmasa da, dolaylı bir kanun yolu olarak, bu kararın Fransa'da icra edilmesinin engel- lenebilmesi öngörülmüştür¹¹⁵. İsviçre hukukunda olduğu gibi Fransız hukukunda da hakem kararının iptal davası açma hakkından feragate rağmen Fransa'da icra ettirilmek istenmesi halinde Fransız mahkemelerine bir inceleme imkânı tanınmıştır. Bu yaklaşım aslında tahkimin bağımsızlığı veya yersizleştirilmiş tahkim yaklaşımından hareketle, devletin kendi sınırlı dahilinde icra edilecek bir hakem kararı ile kendi sınırları dahilinde verilmiş bir hakem kararından daha çok ilgilendiğini ortaya koymaktadır¹¹⁶.

Feragat anlaşmasına rağmen lehine karar verilen tarafın hakem kararını Fransa'da icra etmek adına mahkemeden bir icra edilebilirlik (*exequatur*) kararı alması gerekir. İcra edilebilirlik kararı alınması sonrasında, Fransız MUK m.1522 fıkra 2 uyarınca, aleyhine karar verilen taraf bu karara karşı bir temyiz başvurusunda bulunabilir. Bu durumda, mahkeme Fransız MUK m.1520'de yer alan sebeplerle bu temyiz incele- mesini yapacaktır. Belirtmek gerekir ki kanununun 1520. maddesinde yer alan sebep- ler hem Fransa'da verilen hakem kararlarına karşı iptal sebepleridir hem de Fransız MUK m.1525'in yaptığı gönderme ile Fransa dışında verilmiş hakem kararlarının tanı- ma ve tenfizinin reddi sebepleri olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar Fransa New York Sözleşmesi'ne taraf olsa da milli hukukundaki daha lehte hükümler sebebiyle New York Sözleşmesi uygulanmamaktadır. Böylelikle, iptal davası açma hakkından feragat

111 Taraflar açısından bu şartın aranmamasının eleştirisi için bkz.: Ortscheidt, Seraglini (n 99) 207; Loquin, *Arbitrage* (n 99) 418.

112 “La sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées”, Cour de cassation (Ch.civ. 1re), 29 Haziran 2007, Société Putrabali Adyamulia c/ Société Rena Holding et Société Mnoqutia Est Epices (2007) Revue de l'arbitrage 507, not E. Gaillard.

113 Loquin, *Arbitrage* (n 99) 418; Ortscheidt/Seraglini (n 99) 202.

114 Emmanuel Gaillard, Pierre de Lapasse, “Le Nouveau Droit de l'Arbitrage Interne et International” (2011) Dalloz 175, para. 41. Pinsolle (n 28)705; Eric Loquin, “La Réforme du Droit Français Interne et International de l'Arbitrage”, (Réforme) (2011) RTD Com. 255 para. 134.

115 Racine, *L'arbitrage* (n 18) 580.

116 Racine, “Efficacité” (n 25) 440; Emmanuel Gaillard, *Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitrage International* (Martinus Nijhoff 2008) 56 (Aspects Philosophiques).

yapılmışsa Fransız hakiminin *exequatur* kararı sonrasında bu karara karşı sanki yabancı bir hakem kararı söz konusuymuşçasına bir inceleme yapacağı anlaşılmaktadır¹¹⁷. Bollée ise, Fransız hukukunda getirilen bu yeni düzenlemenin sonuç itibariyle hakem kararı üzerindeki incelemeyi kaldırmadığını veya azaltmadığını belirtmektedir. Yazara göre, bu düzenleme sadece hakem kararına karşı kanun yoluna başvurmak isteyen tarafın kendi inisiyatifi ile önceden harekete geçme imkânını elinden almıştır. Bu tarafın hakem kararına karşı kanun yoluna başvurabilmesi için davayı kazanan tarafın öncelikle mahkemeye başvurup *exequatur* kararı alması gerekmektedir¹¹⁸.

Bir başka ifade ile, taraflardan biri Fransız olsa bile, Fransa’da verilmiş bu hakem kararının Fransız hukuk sistemi ile asıl irtibatını kurması bu kararın Fransa’da icra edilmek istenmesi anında gerçekleşecektir ve bunun haricinde Fransız mahkemesi sadece tahkim yargılaması sırasında bir destek fonksiyonunu yerine getirecektir¹¹⁹. Loquin’e göre de Fransız hukukunda iptal dava açma hakkından feragatin tanınması sebebiyle tarafların sadece Fransız hukukunun ve mahkemelerinin tahkim yargılaması sırasında sunduğu destek sebebiyle tahkim yeri olarak Fransa’yı tercih etmeleri teşvik edilmektedir¹²⁰.

4. MTK Kapsamında İptal Davası Açma Hakkından Feragate Rağmen Hakem Kararının Türkiye’de İcra Edilmek İstenmesi Durumunda İlave Hukuki Koruma İhtiyacı

Yaptığımız inceleme neticesinde, devletlerin milli hukuklarında iptal davası açma hakkından feragati öngörmeleri ile birlikte kendi sınırları dahilinde verilen bir hakem kararını incelemeyecekleri sonucuna varılabilir. Ancak, hakem kararı üzerinde inceleme yapılmamasının sınırı hakem kararının o ülkede icra edilmek istenmesidir¹²¹. İncelemiş olduğumuz, MTK, İsviçre hukuku ve Fransız hukuku düzenlemelerinde belli şartlarla tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri ama tarafların hakem kararını tahkim yeri ülkesi sınırlarında icra etmek istediklerinde o devlet mahkemelerinin belli bir kontrol yapacağı öngörülmüştür. Türk hukukunda bu kontrol mahkemenin re’sen inceleyeceği iptal sebepleri ile sınırlanmışken İsviçre ve Fransız hukukunda tüm tanıma ve tenfiz reddi sebepleri ile bir inceleme yapılacaktır. Dolayısıyla, bu noktada Türk hukukunun İsviçre ve Fransız hukukuna göre daha sınırlı bir kontrol ve hukuki koruma öngördüğü anlaşılmaktadır.

UNCITRAL Model Kanunu’nda iptal davası açma hakkından feragatin öngörülmemiş ama İsviçre hukukunda bu düzenlemenin öngörülmüş olması sebebiyle ve

117 Gaillard, “Les Principes Fondamentaux” (n 46) 63.

118 Bollée (n 26) para.26. Ayrıca, yazara göre, bu düzenleme tahkimde davası reddedilen ve hakem kararını iptalini elde edip yeni bir tahkim yargılaması başlatmak isteyen taraf açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecektir.

119 Gaillard, “Les Principes Fondamentaux” (n 46) 67.

120 Loquin, *Arbitrage* (n 99) 418.

121 Pinsolle (n 28) 697.

MTK'nın müzakere kayıtlarından anlaşıldığı üzere, kanunumuza bu hüküm İsviçre hukuku düzenlemesinden hareketle getirilmiştir¹²². Her ne kadar İsviçre MÖHUK m.192 fıkra 1 hükmü neredeyse aynen kanunumuza alınmış olsa da m.192'nin 2. fıkrasının MTK'ya tam olarak eklenmediği görülmektedir. MTK'daki bu farklı düzenleme neticesinde iptal davası açma hakkından geçerli bir şekilde feragat eden tarafların, sonradan hakem kararını Türkiye'de icra etmek istediklerinde sadece MTK m.15/B'de belirtilmiş olan ve mahkemenin re'sen dikkate alacağı tahkime elverişlilik ve kamu düzenine aykırılık incelemesinin yeterli seviyede bir koruma sağlamadığı kanaatindeyiz. Kalpsüz MTK'daki bu eksikliği şu şekilde yorumlamaktadır: “öyle zannediyorum ki, bu, anlaşma ilgili hükmün öneminin tam olarak kavranmamış olmasından ileri gelmiştir. (...) Hal böyle iken Kanunda hukuki çarelere başvurmadan feragat halinde kararın Türkiye'de her türlü yargı denetiminden muaf olarak kesinleşmesi ve infaz olunması sonucunu doğuracak şekilde III. Taslağın, IPL'nin 192. maddesi 2. fıkrasından iktibas olunan 32. maddesi IV fıkrası 2. cümlesinin metinden tamamen çıkarılması büyük bir hata olmuştur. Bu eksikliğin uygulamada feragat hükümlerinin iktibas olunduğu İsviçre Kanununda benimsenen esasa uygun olarak yorumlanması yolu ile doldurulmasının isabeti bir hal çaresi olacağına inanıyorum”¹²³.

MTK, İsviçre ve daha yeni tarihli Fransız hukuku düzenlemesine göre, hakem kararının feragate rağmen Türkiye'de icra edilmek istenmesi halinde daha sınırlı bir inceleme öngörmüştür. İptal davası açma hakkından feragatin temelinde tarafların tahkim yeri ile bağlarının olmaması ve bu sebeple hakem kararı üzerinde asıl incelemenin, şayet olacaksa, tenfiz ülkelerinde olması mantığı yer almaktadır. Ancak, feragate rağmen ilgili hakem kararı tahkim yeri ülkesinde icra edilmek istenirse tahkim yeri ile başlangıçta öngörülme-yen kuvvetli bir bağ oluşacaktır. Bu durumda, tahkim yeri mahkemelerinin de her tenfiz yeri mahkemesi gibi hakem kararı üzerinde bir inceleme yapmasının tarafların menfaatinin korunması ve tahkim yeri devletinin hukuk düzeninin korunması açısından gerekli olduğu kanaatindeyiz. MTK'da öngörüldüğü gibi, hakem kararı üzerinde sadece kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik ile sınırlı bir incelemenin yapılması aleyhine karar verilen taraf açısından yeterli seviyede bir koruma oluşturmamaktadır. Karşılaştırmalı hukuktaki çözümler de bu görüşümüzü desteklemektedir. Yabancı doktrinde savunulduğu üzere, iptal davası açma hakkından feragate rağmen hakem kararının o devletin sınırları dahilinde icra edilmek istenmesi halinde bu karar bir yabancı hakem kararıymış gibi değerlendirilecek ve tanıma veya tenfiz incelemesine tabi tutulacaktır¹²⁴. İptal davası açma hakkından feragat ile taraflar ilgili hakem kararına karşı başvurabilecekleri bir kanun yolundan feragat etmektedir. Bunun gerekçesi olarak tahkim yeri ile taraflar ve uyuşmazlık arasındaki bağın zayıf olması öne sürülmektedir. Bir başka ifade ile, bu kararın tahkim yeri ülkesinde icra edileceği

122 Kalpsüz, “IPL'den Esinlenen Hükümler” (n 36) 32.

123 Kalpsüz, “IPL'den Esinlenen Hükümler” (n 36) 33.

124 Scherer, Silberman (n 12) 448.

öngörölmemektedir. Böylelikle, hakem kararını iptal etme imkânı ortadan kalkacaktır. Ancak, lehine karar verilen taraf bu kararı Türkiye’de icra ettirmek istediğinde başlangıçta zayıf olarak gözükene bağ daha kuvvetli hale gelecektir. Bu durumda, iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen karşı tarafın bu kararın icrasına karşı koyabilmesi imkânı da öngörölmelidir.

Sonuç olarak, MTK kapsamındaki bir hakem kararına karşı tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmeleri ve yine de hakem kararını Türkiye’de icra etmek istemeleri halinde karşılaştırmalı hukuktaki örneklerde olduğu gibi hakem kararı üzerinde daha kapsamlı bir inceleme imkânı tanınmalıdır. Böyle bir düzenleme tarafların menfaatinin ve tahkim yeri devletinin hukuk düzeninin korunması açısından gereklidir. Yapılması gereken, icrası talep edilen hakem kararını yabancı bir hakem kararıymış gibi değerlendirmek ve yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi rejimine tabi tutmaktır.

Sonuç

Milletlerarası tahkim hukukunda tarafların hakem kararına karşı başvurabilecekleri iptal davası kural olarak sınırlı ve istisnai nitelikte bir kanun yoludur. İptal davasının sınırlı ve istisnai niteliği iptal davası usulüne ilişkin düzenlemelerde kendini gösterdiği gibi iptal sebeplerinde de mevcuttur. MTK m.15’de belirtildiği gibi iptal davası “öncelikle ve ivedilikle” görülür ve aksine karar verilmedikçe “dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır”. Uygulamada iptal davalarının kural olarak duruşmasız görülmesi kanunun amacına uygun olacaktır. Ayrıca, kanunda iptal sebepleri sınırlı bir şekilde sayılmıştır ve mahkemeler hakem kararı üzerinde bir esastan inceleme yapamazlar.

Genel itibariyle iptal davası hakem kararına karşı devlet mahkemelerinin sınırlı bir inceleme yapabilmesi sebebiyle tahkime başvuran taraflar için ilave bir güvence olarak değerlendirilmektedir. Ancak, günümüzde iptal davası açma hakkından feragat imkânını tanıyan milli hukukların bulunması iptal davasının öneminin azaldığı şeklinde yorumlanabilir. Ancak, milletlerarası tahkim uygulamasında tarafların iptal davası açma hakkından feragat imkânını yoğun bir şekilde kullanmamaları iptal davasının önemini halen koruduğunu göstermektedir.

MTK, karşılaştırmalı hukukta mevcut bulunan diğer örnekleri gibi, tarafların belli şartlarda iptal davası açma hakkından feragat edebilmelerini kabul etmektedir. Feragat anlaşması açık ve tereddütte yer vermeyecek şekilde kaleme alınmalıdır. Kanatimizce, taraflar feragat anlaşmalarında ismen iptal davasını belirtmeseler de tereddütte yer vermeyecek şekilde hakem kararına karşı devlet mahkemeleri önünde mevcut bulunan tüm kanun yollarına başvurma haklarından feragat etmeleri geçerli bir feragat olarak kabul edilmelidir. Taraflar feragat anlaşmalarının geçerliliği açısından herhangi bir risk almamak için doğrudan iptal davasından feragat ettiklerini pek tabii belirtebilirler.

Ancak, iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen hakem kararının Türkiye’de icra edilmek istenmesi durumunda, kanaatimizce, MTK düzenlemesi mahkemeler tarafından sınırlı ve taraf menfaatlerini yeterli ölçüde korumayan bir inceleme öngörmektedir. Bu durum tarafların feragat haklarını kullanmamaları sonucunu doğuracaktır. İsviçre ve Fransız hukuku açısından yapmış olduğumuz inceleme bu görüşümüze desteklemektedir. Bu hukuklarda iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen hakem kararı tahkim yeri olan Fransa veya İsviçre’de icra edilmek istendiğinde hakem kararı üzerinde tüm tanıma ve tenfiz reddi sebepleri açısından bir inceleme yapılacağı düzenlenmiştir. Sonuç olarak, iptal davası açma hakkından feragat rağmen hakem kararının Türkiye’de icra edilmesi talep edildiğinde artık bu hakem kararını yabancı bir hakem kararıymış gibi değerlendirmek ve yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi rejimine tabi tutmak yerinde bir çözüm olacaktır.

Kaynakça / References

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (Vedat 2016).
- Arroyo M, “Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 191 [Finality, challenge: competent judicial authority], in Manuel Arroyo (ed)”, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013), 265.
- Ataman-Figanmeşe İ, “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrolde Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri” (2011) 31 MHB sayı 2, 35.
- Audit B, d’Avout L, *Droit International Privé* (Economica 2013).
- Aygün M, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu” (2007) *Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi* S.8-3, 661.
- Baizeau D, “Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192 [Waiver of annulment]”, in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013), 283.
- Bayata Canyaş A, *UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu* (Adalet 2016).
- Besson S, “Part I Salient Features and Amenities of Chapter 12 PILS”, in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013) 27 (Chapter 12 PILS). -- “Le recours contre la sentence en droit suisse” (2018) 1 *Revue de l’arbitrage*, 99 (Le recours).
- Binder P, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (Sweet & Maxwell 2005).
- de Boissésou M, *Le Droit Français de l’arbitrage Interne et International* (Joly 1990).
- Bollée S, “Le Droit Français de l’arbitrage International après le Décret N° 2011-48 du 13 Janvier 2011”, (2011) *Revue Critique de Droit International Privé* 553.
- Born G B, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International 2012).
- Bucher A, Bonomi A, *Droit International Privé* (Helbing 2013).
- Budak A C, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri” (2012) 1 *UTTDER* Sayı 1, 31.

- Burda J, “La Renonciation au Recours en Annulation dans le Nouveau Droit Français de l’Arbitrage” (2013) RTD Com. 653.
- Caprasse O, “Le Nouveau Droit Belge de l’Arbitrage” (2013) Revue de l’Arbitrage 953.
- Dutoit B, *Droit International Privé Suisse, Commentaire de la Loi Fédérale du 18 décembre 1987* (Helbing 2001).
- Ekşi N, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme” (2003) 23 MHB 295.
- Erdem E, “Amendments Introduced through Law No. 7101 on Arbitration Proceedings” (<http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/newsletter/amendments-introduced-through-law-no-7101-on-arbitration-proceedings/>).
- Fouchard Ph, Gaillard E, Goldman B, *Traité de l’Arbitrage Commercial International* (Litec 1996).
- Fry J, Greenberg S, Mazza F, *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration* (ICC Publication 2012).
- Gaillard E, *Aspects Philosophiques du Droit de l’Arbitrage International* (Martinus Nijhoff 2008) (Aspects Philosophiques).
- “Les Principes Fondamentaux du Nouvel Arbitrage”, in *Le Nouveau Droit Français de l’Arbitrage* (sous la Direction de Thomas Clay) (Lextenso 2011) (Les Principes Fondamentaux).
- Gaillard E, de Lapasse P, “Le Nouveau Droit de l’Arbitrage Interne et International” (2011) Dalloz 175.
- Rueda García J A, Vedovatti M, “The European Court of Human Rights Endorses the Parties’ Voluntary Waiver of the Right to Annul an Award in the Seat of Arbitration (Apropos Tabbane v. Switzerland)” (2016) 26 Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje 87.
- Geisinger E, Mazuranc A, “Chapter 11: Challenge and Revision of the Award”, in Geisinger E. and Voser N. (eds), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* (Kluwer Law International 2013) 223.
- Hanotiau B, Block G, “La Loi du 19 Mai 1998 Modifiant la Législation Belge Relative à l’Arbitrage” (1998) ASA Bulletin Vol. 16, I. 3 528.
- Holtzmann H M, Neuhaus J E, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (Kluwer Law International 1989).
- Kalafatoğlu M P, *Le Recours en Annulation en Matière d’Arbitrage International en Droit Français et en Droit Turc*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Paris 2008.
- Kalpsüz T, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi” (2001) Milletlerarası Tahkim Semineri 107 (Kanunun Değerlendirilmesi).
- “Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ICC Tahkim Kaideleri ile IPL’den Esinlenen Hükümler” (2003) Milletlerarası Tahkim Semineri 16 (IPL’den Esinlenen Hükümler).
- *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (Genişletilmiş İkinci Bası, Yetkin 2010) (Tahkim).
- Kaufmann-Kohler G, Rigozzi A, *Arbitrage International, Droit et Pratique à la Lumière de la LDIP* (Weblaw 2006).
- Knigge M, Ribbers P, “Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?” (2017) 34 Journal of International Arbitration I. 5, 775.
- Knoepfler F, Schweizer Ph, *Précis de Droit International Privé Suisse*, (Staempfli 1990).
- Lalive P, “Le Chapitre 12 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé: l’Arbitrage International”, in *Le Nouveau Droit International Privé Suisse*, ed. François Dessemontet (Lozan 1989) 209.
- Loquin E, “La Réforme du Droit Français Interne et International de l’Arbitrage” (2011) RTD Com. 255 (Réforme)

- *L'Arbitrage du Commerce International, Pratique des Affaires* (July 2015) (Arbitrage).
- Marquais O, "Les Impacts de l'Addendum de l'Article 35 du Règlement d'Arbitrage de la CCI sur les Délais du Recours en Annulation, en Droit Suisse, Anglais et Français" (2015) *Revue de l'arbitrage* 781.
- Mayer C U, "Exclusion Agreements According to Article 192 of the Swiss PIL Act" (1999) *ASA Bull. No.2* 191.
- Ortscheidt J, Seraglini Ch, "La Nouvelle Articulation des Recours en Arbitrage International", in *Le Nouveau Droit Français de l'Arbitrage (sous la Direction de Thomas Clay)* (Lextenso 2011) 189.
- Pekcanitez H, "Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası", *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017) 569.
- Pinsolle Ph, "La Renonciation au Recours en Annulation en Matière d'Arbitrage International", *Mélanges P. Mayer* (LGDJ 2015) 697.
- Racine J-B, "Propos sur l'Efficacité des Sentences Arbitrales en Droit Français après la Réforme du 13 Janvier 2011", in *L'Arbitrage et le Juge Étatique, Etudes de Droit Comparé à La Mémoire de Guiseppa Tarzia* (Bruylant 2014) 433 (Efficacité).
- *Droit de l'arbitrage* (PUF 2016) (L'arbitrage).
- Redfern A, Hunter M, Blackaby N, Partasides C, *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration, Student Version* (Oxford 2015).
- Scherer M, Silberman L, "Limits to Party Autonomy During the Post-Award Review Stage", in: Franco Ferrari (Ed), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* (Juris Publishing 2016) 441.
- Seraglini Ch, Ortscheidt J, *Droit de l'Arbitrage Interne et Internationale* (LGDJ 2013).
- Süral C, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası", (2014) 16 *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 1377.
- Tiryakioğlu B, "Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali", *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Eskişehir 21-22 Nisan 2016, ed. Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (Yetkin Yayınları 2016) 301.
- Tiryakioğlu B, Bayata Canary A, "Chapter 7: Challenges to Arbitral Awards", in Ali Yesilirmak and Ismail G. Esin (eds), *Arbitration in Turkey* (Kluwer Law International 2015) 183.
- Tuna E, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası* (Adalet 2016).
- Yeşilirmak A, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha 2011).
- Yılmaz E, "Hakem Kararlarının Temyizi ve İptali", *Milletlerarası Tahkim Semineri*, Ankara 2009 107.