



## Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk\*

Esen Aydın<sup>1</sup>

### Öz

Çalışmamızın ilk bölümünde, yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde, tahkime tabi bir uyuşmazlığın devlet mahkemesine götürülmesi ve buna yapılan itirazlar üzerine mahkemece yapılacak olan inceleme ele alınmıştır. Davalı, esasa ilişkin açılan davada tahkim itirazı ileri sürebilir ve davacı da tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia edebilir. Söz konusu iddialar üzerine, öncelikle mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında yapacağı incelemenin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu inceleme prima facie düzeyde, sadece mevcut bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığına ilişkin olabileceği gibi, mahkeme tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını detaylı biçimde inceleyerek karara da bağlayabilir. Yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde özellik arz eden durumlar ve bu hususun incelemenin kapsamı üzerindeki etkileri çalışmamızda ele alınmıştır.

İkinci bölümde ise mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyip kararlaştıracağı hallerde incelemenin hangi hukuka göre yapılacağı değerlendirilmiştir. Yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk hususunda Türk hukukunda boşluk söz konusudur. Bu boşluğun ne şekilde doldurulabileceğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşlere yer verilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Tahkim Yeri • Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği • Tahkim İtirazı • Prima Facie İnceleme • Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk

### Review of the Validity of the Arbitration Agreements by Turkish Courts in Cases Where the Seat of Arbitration is in a Foreign Country and the Applicable Law

### Abstract

The scope of the review held by the courts in cases where a dispute subject to arbitration is brought before a court are discussed in the first part of our study, by paying particular attention to cases where seat of arbitration is in a foreign country. In the case on the merits of the dispute, the respondent can raise an arbitration objection and the claimant can assert that the arbitration agreement is invalid. Subsequent to relevant objections, first the scope of the review held by the court should be identified. The review can be prima facie, serving the purpose to determine if there is an existing arbitration agreement or the court can opt for a broad review and determine the validity of the arbitration agreement. The importance of choosing a foreign seat and the effects of this choice on the scope of the review are discussed in our study.

In cases where the court reviews the validity of the arbitration agreement, the law applicable to the arbitration agreement

\* Bu makale Doç. Dr. Faruk Kerem Giray danışmanlığında hazırlanmış ve 2018 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksel Lisans Programı kapsamında savunulup kabul edilmiş olan "Milletlerarası Ticari Tahkimde Patolojik Tahkim Şartı ve Sözleşmesi" başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

1 Sorumlu Yazar: Esen Aydın (Araş. Gör.), Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: esen.aydin@altinbas.edu.tr ORCID: 0000-0001-7384-7606

Atf: Aydın E., "Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk" (2019) 39(1) PPIL 33. <https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0017>

should be determined and this issue is discussed in the second part of our study. When the seat of arbitration is in a foreign country, there is a gap in Turkish law regarding the law applicable to the arbitration agreement. The opinions put forward in the doctrine as to how to fill this gap are evaluated.

**Keywords**

Seat of arbitration • validity of the arbitration agreement • Objection as to arbitration • Prima facie review • Law applicable to the arbitration agreement

**Extended Summary**

The subject of our study is an action brought to state courts regarding a dispute subject to arbitration and the determination of parties' objections related to arbitration. The respondent may raise an arbitration objection in the case appearing before the state court and the claimant may plead that the arbitration agreement is invalid. On these claims, it is important to determine the scope of the review to be carried out by the court. Before going into the scope of the review, it's important to address briefly the relevance of a foreign seat and its effects according to Turkish arbitration law.

An important result of the determination of a foreign state as the seat of arbitration under Turkish law is that the dispute would fall outside of the scope of the Code on International Arbitration No. 4686. However, in cases where a foreign state is designated as the seat of arbitration, the International Arbitration Code art. 5 regulating the arbitration objection will be applied to the dispute. IAC art. 5 stipulates that if an action is brought before the court in a matter which is subject to an arbitration agreement, the respondent may object to the jurisdiction of the court. The acceptance or refusal of the objection and disputes concerning the validity of the arbitration agreement are subject to the provisions of the Civil Procedure Code regarding the preliminary objections. If such objection is accepted, then the court shall dismiss the action on procedural grounds. Although it is accepted in the article that the court will dismiss the action in case of a valid arbitration agreement, detailed provisions regarding the standard of the review and the validity of the arbitration agreement are not included.

Two main opposite views have been accepted in the doctrine regarding the scope of the review. According to the first group of authors the court should, determine the validity of the arbitration agreement after a full review and in case of a valid arbitration agreement, refer the dispute to arbitration. And according to the second view, the court should only look for an arbitration agreement, thus carry out a prima facie review and in case of the existence of an arbitration agreement, refer the dispute to arbitration. In this case, the arbitral tribunal shall have the competence to decide on its own jurisdiction according to the principle of *Competence-Competence*.

It's important to determine which standard of review should be adopted by Turkish courts when the seat of arbitration is in a foreign country. UNCITRAL Model Law

art. 8, 1958 New York Convention art. II/3, Civil Procedure Law art. 422 all include the provision that unless the arbitration agreement is “*null and void, inoperative and incapable of being performed*” the dispute should be referred to arbitration. It can be deduced from the wording of these articles that the court should carry out a full review and determine the validity of the arbitration agreement. In the doctrine and in the jurisprudence of Swiss courts, it is agreed that the court should decide whether the arbitration agreement is valid in cases where the seat of arbitration is in a foreign state. It is emphasized that otherwise the principle of natural judge would be violated.

After determining the scope of the review, the law applicable to the validity of the arbitration agreement is examined in the second part of the study. According to the article 4 of the International Arbitration Code, “*The validity of the arbitration agreement is subject to the law agreed by the parties, failing such agreement to Turkish Law.*” This article provides for the law applicable to the arbitration agreement, however it cannot be applied where the seat of arbitration is in a foreign country. As there is no other rule or provision regulating the applicable law when the seat is in a foreign country, there is a legal gap in Turkish law regarding this matter.

Several views and methods have been put forward in the doctrine on how to fill the gap regarding the law applicable to the arbitration agreement. According to the first view, Article 4 of the International Arbitration Code should be applied by analogy and Turkish law should be applied to the arbitration agreement. The second view also applies Article 4 by analogy however the authors consider that the underlying principle of this article is the “seat of arbitration” and state that the law applicable should be the law of the seat. It is also argued that the applicable law can be determined by application by analogy of the article V/1/a of the New York Convention. And finally, the law applicable to the arbitration agreement can be determined according to the conflict of law rules on the law applicable to the contracts, thus article 24 of the Code on Private International Law and International Procedure Law.

In our opinion, it is possible to fill this gap with the application of the provisions of the Code on Private International Law and International Procedure Law, which contains general rules regarding the disputes including a foreign element. In cases where there is no provision in the *lex specialis*, namely the Code on International Arbitration, it is possible to refer to the aforementioned Code. Article 62/f of the Code on PIL which regulates the recognition and enforcement of foreign arbitration awards can be applied by analogy. According to this article, the law applicable to the validity of the arbitration agreement is subject to the law designated by the parties, or in the absence thereof, to the law of the place where the arbitral award is rendered. Thus, in the absence of any choice of law by the parties, the law of the seat of arbitration should apply.

## **Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk**

### **Giriş**

Milletlerarası ticari tahkime konu olan uyuşmazlıkların tahkime başvurmak istemeyen tarafça devlet mahkemesine intikal ettirilmesi sıkça rastlanan bir durumdur ve tahkime başvurmak istemeyen taraf, genellikle kendi devlet mahkemesinde uyuşmazlığın esasına ilişkin dava açmaktadır. Devlet mahkemesinde açılan bu davada davalı, taraflar arasında akdedilmiş olan geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu iddiasıyla uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesi gerektiğini ileri sürebilir. Davalının bu itirazına karşılık davacı taraf tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürerse, Türk hâkimi tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını değerlendirmelidir. Davacının tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürmesi üzerine mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamının belirlenmesi önem arz eden bir husustur; zira bu incelemenin ne şekilde ve hangi kapsamda yapılması gerektiği Türk hukukunda açıkça düzenlenmemiştir.

Doktrinde, davalı tarafından ileri sürülen tahkim itirazı ve buna karşılık davacı tarafından ileri sürülen tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiası üzerine, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini detaylı biçimde inceleyerek hükme bağlaması gerektiği ileri sürüldüğü gibi, bu halde mahkemenin sadece yüzeysel bir inceleme yaparak bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğu hallerde uyuşmazlığı tahkime sevk etmesi gerektiği de savunulmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde inceleyecek olduğumuz husus, özellikle yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde, tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine devlet mahkemeleri tarafından yapılacak olan incelemenin kapsamının doktrinde ileri sürülen görüşler uyarınca belirlenmesidir.

Devlet mahkemeleri tarafından, tahkim itirazının ve tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddialarının ileri sürülmesi üzerine yapılacak olan incelemenin kapsamı belirlendikten sonra, çalışmamızın ikinci bölümünde, yabancı devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde, devlet mahkemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini hangi hukuka göre belirleyeceği doktrinde ileri sürülen görüşler ışığında tartışılacaktır.

## I. Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim İtirazının İleri Sürülmesi ve Mahkemenin Yapacağı İncelemenin Kapsamı

### A. Genel Bilgi

Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlık söz konusu iken Türk mahkemesinde uyuşmazlığa ilişkin dava açılırsa ve davalı taraf geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu gerekçesiyle tahkim itirazında bulunursa Türk hâkimi tahkim anlaşmasının geçerliliğini ne şekilde ve hangi kapsamda incelemelidir?<sup>1</sup>

Çalışmamızın ilk bölümünde inceleyeceğimiz konu, yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırılmış olduğu uyuşmazlıklar bakımından üst paragrafta sorulmuş olan sorunun yanıtlanmasına ilişkindir. Bu bağlamda öncelikle yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırılmış olmasının Türk hukuku bakımından doğurmuş olduğu sonuçlar incelenecek; tahkim itirazının ne şekilde ileri sürülmesi gerektiğine ilişkin hükümler açıklandıktan sonra tahkim itirazı üzerine devlet mahkemelerinin yapacağı incelemeye ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler tartışılacaktır. Bu bölüm kapsamında son olarak yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamı milletlerarası sözleşmeler, UNCITRAL Model Kanun, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>2</sup> (MTK) ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>3</sup> (HMK) hükümleri dikkate alınarak belirlenmeye çalışılacaktır.

### B. Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırılmasının Sonuçları

Devletler kendi topraklarında gerçekleştirilen milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının hukuki rejimini düzenlemek üzere milletlerarası tahkime ilişkin kanunlar çıkarmaktadır. Türk hukukunda da UNCITRAL Model Kanun ve İsviçre MÖHUK<sup>4</sup>'ünün milletlerarası tahkim bölümü esas alınarak 4686 sayılı MTK çıkarılmıştır<sup>5</sup>.

Çalışmamız kapsamında öncelikle inceleyecek olduğumuz husus tahkim yerinin yabancı bir devlet olarak belirlendiği hallerde MTK'nın uygulama alanının saptanmasıdır. Bu kapsamda tahkim yeri ile bağlantılı olarak MTK'nın uygulama alanı incelenecektir.

1 Emre Esen, 'Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi' (2011) GSÜHFD - Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan 355, 357.

2 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG: 05.07.2001/24453.

3 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG: 04.02.2011/27836.

4 Loi fédérale sur le droit international privé, 1988/1776.

5 Hatice Özdemir Kocasakal, 'Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi', Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan (Seçkin 2006) 344; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018) 643.

MTK m. 9 ile tarafların veya tarafların seçtiği tahkim kurumunun, tahkim yerini serbestçe kararlaştırabileceği kabul edilmiştir. Maddeden açıkça anlaşılacağı üzere, taraflar veya tarafların seçmiş olduğu tahkim kurumu, tahkim yerini belirleme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla MTK'da yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir.

Türk hukukunda milletlerarası tahkimi düzenleyen temel kanun olan MTK'nın uygulama alanı, kanunun ilk maddesinde açıkça belirlenmiştir. Buna göre, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında MTK hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla MTK'nın konu bakımından uygulama alanı, ilk olarak uyuşmazlığın yabancı unsur taşıması, ikinci olarak ise tahkim yerinin Türkiye olması koşullarına bağlanmıştır. Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi, tahkimin MTK'ya tabi kılınması anlamını taşımaktadır<sup>6</sup>. Sözleşme serbestisi prensibi uyarınca, tahkim yeri olarak yabancı bir ülke seçilmiş olmasına rağmen, taraflar veya hakem kurulu tarafından MTK'nın uygulanacağını kararlaştırılması halinde de MTK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

MTK kural olarak, tahkim yerinin Türkiye'de olduğu haller veya tahkim yeri yabancı devlet olsa dahi MTK'nın uygulanacağını kararlaştırıldığı haller haricinde uygulanmaz. Kuralın istinası MTK m. 1'de düzenlenmiştir. Buna göre, tahkim yeri yabancı bir devlet olarak belirlense (ve MTK'nın uygulanacağı kararlaştırılmamış olsa dahi) de MTK m. 5 ve m. 6'da yer alan hükümler uyuşmazlığa uygulanır<sup>7</sup>. MTK m. 5'te "*Mahkemede tahkim itirazı ve anlaşması*" başlığı altında tahkim itirazına ilişkin hususlar; MTK m.6'da ise "*İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz*" başlığı altında devlet mahkemeleri veya hakemler tarafından ihtiyati tedbir veya haciz kararlarının verilmesi ve ilgili hususlar düzenlenmektedir.

İfade edildiği üzere, yabancı devletin tahkim yeri olarak belirlenmesinin en önemli sonuçlarından biri MTK hükümlerinin uyuşmazlığa uygulanmayacak olmasıdır<sup>8</sup>. Zira MTK'nın uygulanabilmesi için aranan ilk şart tahkim yeri olarak Türkiye'nin belirlenmiş olmasıdır. Ancak MTK m. 1 ile tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde, mahkemede tahkim itirazını düzenleyen MTK m. 5'in uyuşmazlığa uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla tahkim yeri Türkiye dışında bir devlette olsa dahi tahkim itirazının ileri sürülmesi ve değerlendirilmesi MTK m. 5'e tabi olacaktır.

6 Doktrinde bu kuralın emredici olmadığı ve tarafların tahkim yerini Türkiye olarak belirlemekle beraber tahkime MTK'dan başka kuralların uygulanacağını da kararlaştırabileceği savunulmaktadır, bkz. Özdemir Kocasakal (n 5) 359; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 5) 651.

7 MTK m. 1: "*Bu Kanunun 5 ve 6 ncı madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır.*"

8 Belirtilen kuralın istinası tahkim yeri olarak yabancı devletin seçilmiş olduğu hallerde taraflar veya hakem kurulu tarafından MTK'nın uygulanacağını kararlaştırılmasıdır; ancak bu sık rastlanan bir durum olmadığından belirtmekle yetiniyoruz.

## C. Devlet Mahkemelerinde Esasa İlişkin Açılan Davada Tahkim İtirazının İleri Sürülmesi

### 1. Genel Olarak

Türkiye, tahkim itirazı ve tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi üzerine yapılacak olan incelemeye ilişkin çeşitli hükümler içeren ve milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen çok taraflı milletlerarası sözleşmelere taraf olmuştur. Bu sözleşmelerden ilki, Milletlerarası Ticari Tahkime Dair 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu'dur<sup>9</sup> (Cenevre Konvansiyonu). Konvansiyon, tahkim anlaşması yapıldığı esnada mutad meskenleri veya muamele merkezleri farklı âkit devletlerde bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki ticari sözleşmelerden doğan tahkimlere uygulanır. Konvansiyonun 6. maddesinde, aşağıda detaylı biçimde incelenecek olan tahkim itirazı ve buna ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir.

İkincisi, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfiz Hakkında 1958 tarihli New York Konvansiyonu'dur<sup>10</sup> (NYK). Konvansiyon, âkit devletlerden birinde verilen yabancı hakem kararlarının başka bir devlette tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. NYK ile tahkim itirazı açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber NYK m. II'de tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin özel bir hüküm öngörülmüş olup, hüküm konumuz bakımından önem arz etmektedir.

Türk hukukunun milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen temel kanunu, üst başlıkta da ifade edildiği üzere 4686 sayılı MTK'dır ve MTK m. 5'te tahkim itirazı düzenlenmiştir. Aşağıda anılan tüm hukuki düzenlemelerin tahkim itirazına ilişkin hükümleri incelenecektir.

### 2. 1961 Tarihli Cenevre Konvansiyonu Uyarınca Tahkim İtirazının İleri Sürülmesi ve İncelenmesi

1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu devlet mahkemelerinde tahkim itirazının ileri sürülmesine ilişkin bazı özel hükümler içermektedir. MTK m. 1/f. 6 ile milletlerarası sözleşmeler saklı tutulduğundan, uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından Cenevre Konvansiyonu, MTK'ya nazaran öncelikle uygulanacaktır. Dolayısıyla tahkim itirazı ve buna karşılık tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu itirazıyla ile karşılaşan Türk hâkimi, uyuşmazlığın Cenevre Konvansiyonu'nun uygulama alanı kapsamında yer alıp almadığını ve itirazın Konvansiyon kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemelidir.

9 Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kabul Tarihi: 08.05.1991, RG: 21.05.1991/20877.

10 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kabul Tarihi: 08.05.1991, RG: 21.05.1991/20877.

1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu m. 1’de Konvansiyonun uygulama alanı belirlenmiştir. Buna göre, milletlerarası ticari işlemlerden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların çözümlenmesi için yapılan veya yapıldığı sırada mutad meskenleri ya da muamele merkezleri değişik âkit devletlerde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki tahkim anlaşmalarına Konvansiyon uygulanır<sup>11</sup>. Tahkim yeri dikkate alınmaksızın tarafların iki farklı âkit devletlerde bulunması sözleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterli görüldüğünden, Konvansiyonun büyük bir önemi haiz olduğu doktrinde ileri sürülmüştür<sup>12</sup>.

Uygulama alanı belirlendikten sonra Cenevre Konvansiyonu’nun tahkim itirazına ilişkin hükümleri incelenmelidir. Cenevre Konvansiyonu m. VI/f.1 ile tahkim itirazının esasa ait savunmalardan önce veya en geç bunlarla birlikte ileri sürülmesi gerektiğini belirtilmiştir. Tahkim itirazının ne şekilde yapılacağına ilişkin Cenevre Konvansiyonu’nda daha detaylı açıklamalara yer verilmediğinden, MTK m. 5/f.1 uyarınca Konvansiyonda düzenlenmeyen hususlarda ilk itiraza ilişkin HMK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Bu noktada değinilmesi gereken önemli bir husus Cenevre Konvansiyonu m. VI/f.3 ile kabul edilen düzenlemedir. İlgili fıkra uyarınca: *“Eğer adli mahkemelere her hangi müracaat yapılmadan evvel taraflar arasındaki ihtilafın halli için hakem usulüne başlanmış ise, aynı ihtilafın halli veya taraflar arasındaki hakemlik mukavelesinin yokluğunun, hükümsüzlüğünün veya hükümden düştüğünün tespiti için kendilerine başvurulmuş Âkit Devlet adli mahkemeleri ciddî sebepler olmadıkça hakem mahkemesinin selahiyeti hakkında karar ittihazı hususunu hakem kararının verildiği ana kadar talik edeceklerdir.”*

Cenevre Konvansiyonu kapsamında, tahkim itirazı üzerine devlet mahkemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin yapacağı inceleme, tahkim yargılamasının başlatılmış olup olmaması ihtimaline göre ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. Şayet devlet mahkemesine başvurmadan önce tahkim prosedürü başlatılmışsa *“ciddi sebepler”* olmadıkça anlaşmanın geçerliliğinin hakemler tarafından değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Devlet mahkemesinin yapacağı inceleme hakem kararı verilene kadar ertelenmelidir. Aşağıda Konvansiyonun ilgili hükmü detaylı biçimde incelenecektir.

11 Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Cenevre Konvansiyonu’na taraf olan ülkeler Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belarus, Belçika, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Burkina Faso, Hırvatistan, Küba, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Macaristan, İtalya, Kazakistan, Letonya, Lüksemburg, Karadağ, Polonya, Moldova, Romanya, Rusya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, İspanya, Makedonya, Türkiye ve Ukrayna’dır.

12 Bilgehan Yeşilova, ‘Tahkim (İlk İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yetkisiyle İlgili Olarak – Mahkemelerde Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1)’ (2010) 11 DEÜHFD 739, 744. Ancak yazar Konvansiyonun 1958 tarihli New York Konvansiyonuna nazaran ikinci planda kaldığını ve daha az gündeme geldiğini belirtmektedir, Bilgehan Yeşilova, ‘1961 Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi’nin Türk Milletlerarası Tahkim Hukukundaki Yeri ve Uygulama Alanı (MTK m.I/VI)’ (2014) 3 UTDER 137, 137.



## 2. Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Tahkim İtirazının İleri Sürülmesi

MTK ile tahkim itirazına ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin hususlar, HMK'ya tabi kılınmıştır. MTK m. 5 uyarınca, “*Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.*”

Uyuşmazlığa ilişkin bir tahkim anlaşması mevcut iken taraflardan birinin Türk mahkemesine başvurması halinde karşı taraf tahkim itirazında bulunabilir ve bu itiraza HMK'nın ilk itiraza ilişkin hükümleri uygulanacaktır. HMK ile tahkim itirazı bir “*ilk itiraz*” şeklinde düzenlenmiştir. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen davacı devlet yargısına başvurursa, davalı cevap dilekçesinde uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi gerektiğini ilk itiraz olarak ileri sürmelidir<sup>13</sup>. Süresi içerisinde ileri sürülen ilk itirazı mahkeme inceler ve itirazı kabul etmesi halinde davayı usulden reddeder. Mahkeme itirazı kabul etmezse davaya devam eder ve bu karara karşı nihai kararlar birlikte kanun yoluna başvurulabilir<sup>14</sup>.

### D. Esasa İlişkin Açılmış Olan Davada Tahkim İtirazının İleri Sürülmesi Üzerine Devlet Mahkemelerinin Yapacağı İncelemenin Kapsamı

Tahkim itirazı üzerine mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin yapacağı incelemenin kapsamının belirlenmesi önem arz eder. Öncelikle mahkemenin yapacağı incelemenin türü, doktrinde ileri sürülen görüşler ışığında genel yönleriyle incelenecek; ardından MTK kapsamına girmeyen, yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırıldığı uyuşmazlıklar bakımından hangi görüşün benimsendiği açıklanacaktır.

Doktrinde, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını detaylı biçimde inceleyerek, tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmesi halinde tahkim itirazının kabulüne karar vermesi gerektiği kabul edildiği gibi<sup>15</sup>; *Competence-Competence* prensibini dikkate alan mahkemenin yüzeysel bir inceleme yaparak, ilk bakışta geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğunu görmesi halinde tahkim itirazını kabul etmesi gerektiği de savunulmaktadır<sup>16</sup>. Dolayısıyla tahkim itirazının ve buna bağlı olarak tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun ileri sürülmesi üzerine, mahkemenin yapacağı inceleme bakımından tartışma konusu olan temel mesele,

<sup>13</sup> Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay and Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (4th edn, Yetkin 2016) 298.

<sup>14</sup> ibid.

<sup>15</sup> Bkz. I.D.1.

<sup>16</sup> Bkz. I.D.2.

incelemenin kapsamının tespitidir. Mahkeme tahkim anlaşmasının geçerliliğini detaylı biçimde inceleyip karara bağlayabilir veya *prima facie* mevcut bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığını değerlendirmekle yetinebilir. Ancak doktrinde her iki görüşü harmanlayan ve bazı hallerde *prima facie* bazı hallerde ise tam inceleme yapılması gerektiğini benimseyen görüşler de mevcuttur. Aşağıda doktrinde ileri sürülen görüşler ve bunların gerekçeleri, mahkeme kararlarına da yer verilerek incelenecektir.

## 1. Devlet Mahkemesinin Tahkim Anlaşmasının Geçerli Olup Olmadığını İncelemesi

Devlet mahkemesinde esasa ilişkin açılan davada tahkim itirazının ileri sürülmüş olması halinde, bir grup yazar devlet mahkemesinin, anlaşmanın geçerli olup olmadığını tespit etmek zorunda olduğu görüşünü savunmaktadır<sup>17</sup>. Zira tahkim anlaşması geçersizse devlet mahkemesi uyuşmazlıktan el çekmeyecek, uyuşmazlığı çözümlmek için davaya devam edecektir<sup>18</sup>.

Doktrinde, tahkim itirazının ileri sürülmesini düzenleyen MTK m.5'in lafzını inceleyen yazarlar, "*tahkim itirazının kabulü halinde*" ifadesi kullanıldığından, mahkemenin geçerli, yani "*kabul edilebilir*" bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığını incelemesi gerektiği görüşünü savunmaktadır<sup>19</sup>. Bu görüş uyarınca, hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar vereceği kabul edilse dahi, karar aleyhine MTK m. 15 gereği iptal davası açılabilir. Geçerli olmayan bir tahkim anlaşmasına dayanılarak verilen karar iptal edilirse, büyük bir zaman ve para kaybı yaşanacağından mahkeme anlaşmanın geçerli olup olmadığını karara bağlamalıdır.

MTK, UNCITRAL Model Kanun esas alınarak düzenlendiğinden, kısaca Model Kanun'da tahkim itirazına ilişkin düzenlemenin ne şekilde olduğunun ve doktrinde ne şekilde yorumlandığının da değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Model Kanun m. 8/f.1 ile tahkime konu olan bir uyuşmazlık hakkında devlet mahkemelerinde dava açılması halinde, mahkeme tarafından tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya uygulanmasının mümkün olmadığını kararlaştırmadığı sürece tarafların tahkime sevk edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

17 Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard and Berthold Goldman, *On International Commercial Arbitration* (Emmanuel Gaillard and John Savage eds, Kluwer Law International 1999) 408; Julian DM Lew, Loukas Mistelis and Stefan M Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 347; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th edn, Beta 2016) 327; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat 2016) 130–131; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008) 80; Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (2nd edn, Beta 2019) 96–97; Nuray Ekşi, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları* (Beta 2004) 65; Hatice Özdemir Kocasakal, 'Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliğinin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı', *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017) 525.

18 Özel (n 17) 80.

19 Akıncı (n 17) 130; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (İzmir Güncel Hukuk Yayınları 2008) 555.

UNCITRAL Model Kanun'un ilgili hükmü kapsamında mahkemelerin tahkim anlaşmasına ilişkin yapacağı incelemenin kapsamı tartışma konusu olmuş ve doktrinde mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını karara bağlaması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür<sup>20</sup>.

Tahkim itirazı üzerine mahkemenin yapacağı inceleme ile tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını karara bağlaması gerektiğini belirten Yargıtay kararları da mevcuttur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda geçersiz tahkim anlaşmasına dayanılarak usulden red kararı verilemeyeceği belirtilmiştir<sup>21</sup>. 19. Hukuk Dairesi tarafından verilen diğer bir kararda, tahkim itirazı üzerine mahkemenin, tahkim anlaşması ile bağlı olmayan kişiler bakımından tahkim anlaşmasının geçersizliğine karar vermesi ve yargılamaya devam etmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>22</sup>.

## 2. Devlet Mahkemesinin *Prima Facie* Mevcut Bir Tahkim Anlaşması Olduğunu İncelemesi

Doktrinde, tahkim itirazı üzerine devlet mahkemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin yapacağı incelemenin *prima facie* düzeyde olması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur<sup>23</sup>.

MTK m.5'in "*Tahkim itirazının kabulü halinde mahkeme davayı usulden reddeder*" şeklinde kaleme alınması sonucu, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına karar vermesi gerektiği gibi bir izlenim oluşabileceği; ancak MTK m.7/H'de yer alan *Competence-Competence* ilkesi gereği, bu incelemenin *prima facie* geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının incelenmesinden ibaret

- 20 Howard M. Holtzmann; Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, (Kluwer 1989) Naklen: Frédéric Bachand, 'Does the Article 8 of the Model Law Call For Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction' (2006) 22 *Arbitration International* 463, 464.
- 21 Yargıtay 9 HD, 25759/109, 22.01.2007, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 09.04.2018; bkz. "*Davacı tarafın tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı itirazı üzerinde durulmamış, bu konuda davacının delilleri toplanmamıştır. Belirtmek gerekir ki, geçersiz tahkim sözleşmesinin dayanılarak görevsizlik kararı verilemez. Bu nedenle, davacı tarafın bu iddiası üzerinde durulmalı, bun konuda kanıtlar toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenmeden, görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.*"
- 22 Yargıtay 19 HD, 2654/2603, 11.03.2004, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 09.04.2018; bkz. "*Bu nedenlerle tahkim şartı, sözleşmenin tarafı olmayan davalı İ... Bankası ve M... Corp'a teşmil edilemeyeceğinden, adı geçenler hakkındaki davanın esasının incelenip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde uyuşmazlığın tahkime tabi olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*"
- 23 Esen, 'Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompeteniz-Kompetenz Prensipleri' (n 1); Ayşe İpek Saröz Büyükalp, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı İle Karşılaşan Türk Hâkiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları' (2014) 9 BAÜHFD 195, 200; Cevdet Yavuz, 'Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler', *Tasarıf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim"* (2009) 148; Ali Yeşilirmak, 'Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?' [2011] TBB Dergisi 205, 210; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin 2013) 96; Nesli Şen Özçelik, 'Resmi Yargı ve Tahkimin Aynı Aynı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2016) 36 MHB 53, 53; İlyas Gölcüklü, *Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları* (On İki Levha 2018) 114; Bachand (n 20) 466; Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, 'Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators' in Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro (eds), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards-The New York Convention in Practice* (Cameron May 2007) 260.

olması gerektiği belirtilmiştir<sup>24</sup>. *Prima facie* incelemenin milletlerarası ticari tahkimi, tarafların yargılamanın geciktirilmesi amacıyla başvurduğu stratejilerden koruduğu ve etkin bir tahkim yargılmasının gerçekleştirilmesini sağladığı savunulmaktadır<sup>25</sup>. Türk mahkemesinin tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olup olmadığını detaylı biçimde inceleyerek karara bağlaması halinde, *Competence-Competence* kuralının anlamsız kılınacağı ileri sürülmektedir<sup>26</sup>.

Dolayısıyla *prima facie* incelemeyi kabul eden görüşün ana gerekçesi MTK m.7/H ile *Competence-Competence* prensibinin kabul edilmiş olmasıdır. Bu hükümlerle hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği düzenlenmiştir.

*Competence-Competence* prensibinin benimsenmiş olması yanı sıra, mülga HUMK'ta yer alan bir düzenleme ve bu düzenlemenin doğurduğu sorunlar da *prima facie* inceleme görüşüne temel oluşturmuştur. Türk hukukunda MTK'nın yürürlüğe girmesinden önce milletlerarası tahkimi düzenleyen temel kaynak olan 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu<sup>27</sup> (HUMK) m.519'da "*Bir nizaın hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece seri usulü muhakeme ile hallolunur.*" şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Uyuşmazlığın hakemler vasıtasıyla çözümlenip çözümlenemeyeceği ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının incelenmesi, ilgili hüküm ile devlet mahkemelerinin yetkisine bırakılmıştı. HUMK m.519'da yer alan düzenleme, tahkimin, sürat bakımından resmi yargının gerisinde kalmasına neden olduğu ve tahkim yargılmasını uzatmak suretiyle sabote etmek isteyen kişiler için adeta bir araç işlevi gördüğü gerekçeleriyle doktrinde eleştirilmiş<sup>28</sup> ve nitekim ilgili hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. MTK ile *Competence-Competence* prensibinin kabul edilmiş olması olumlu bir gelişme olarak görülmekte ve HUMK m.519'da yer verilen kuralın doğurmuş olduğu olumsuz etkileri ortadan kaldıracağı kabul edilmektedir<sup>29</sup>.

MTK m.5'te yer alan düzenlemenin kaynağı olan UNCITRAL Model Kanun m.8 uyarınca, devlet mahkemesi tarafından tahkim anlaşmasının *prima facie* düzeyde incelenmesi gerektiği de doktrinde savunulmaktadır. *Prima facie* incelemenin Model Kanun'un temel yapısına ve benimsemiş olduğu ilkelere daha uygun olduğu belirtilmektedir<sup>30</sup>.

24 Esen, 'Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi' (n 1) 377; Selin Ece Tekin, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2019) 163.

25 Bachand (n 20) 466.

26 Gölcüklü (n 23) 114.

27 Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Kabul Tarihi: 18.06.1927, RG: 04.07.1927/622, 623, 624.

28 Emre Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili* (Beta 2008) 69–70.

29 ibid.

30 Bachand (n 20) 465.

Bunun yanı sıra HMK m.413/f.1’de tahkim itirazı üzerine mahkemenin yapacağı inceleme bakımından tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değilse tahkim itirazının kabul edileceği açıkça kabul edilmiş olup; MTK m. 5’te ise sadece tahkim itirazının kabulü halinde davanın usulden reddedileceği düzenlenmiştir. HMK’da yer alan hükümden, hâkimin tahkim itirazını incelerken, tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olup olmadığını detaylı biçimde araştırması ve neticeye bağlaması gerektiği anlamı çıkarılırken; MTK’da tahkim anlaşmasının geçerliliğinin incelenmesine ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır<sup>31</sup>.

Bu görüş uyarınca, *Competence-Competence* ilkesi dolayısıyla mahkemenin tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine *prima facie* bir inceleme yapması gerektiği savunulmaktadır. Kanaatimizce bu noktada dikkate alınması gereken önemli bir husus *Competence-Competence* ilkesinin doğurmuş olduğu sonuçların incelenmesidir. Karşılaştırmalı hukukta, bu ilkenin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki farklı etkisi olduğu kabul edilmektedir<sup>32</sup>.

*Competence-Competence* ilkesinin olumlu etkisi, tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlığın tahkime intikal ettirilmesi ve karşı tarafın hakemlerin yetkisine itiraz etmesi üzerine, itirazın hakemler tarafından incelenebileceğine ilişkindir. Hakem veya hakem heyeti, tahkim yargılaması başladıktan sonra kendi yetkilerine itiraz edilmesi halinde bu itirazı bizzat inceleyip sonuca bağlayabilecektir<sup>33</sup>.

İlkenin olumsuz etkisi ise devlet mahkemelerinin, tahkim anlaşması ile yetkili kılınan hakem veya hakem heyetinden önce tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyemeyeceğine ilişkindir. Olumsuz etki kabul edildiği takdirde, hakemler kendi yetkileri hakkında “*ilk sözü*” söyleme hakkına sahip olacaktır<sup>34</sup>. Önemle belirtilmesi gereken husus, hakemlerin ilk sözü söyleme hakkına sahip olmasının, devlet mahkemelerinin “*son sözü*” söyleyeceği gerçeğini değiştirmemesidir. İptal davası veya tanıma tenfiz aşamasında devlet mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyecektir; bu inceleme hakem kararının verdiği ana kadar ertelenmektedir<sup>35</sup>.

Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 1448 ile *Competence-Competence* ilkesinin olumsuz etkisi Fransız hukukunda açıkça kabul edilmiştir. Fransız HMK m. 1448 uyarınca, tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlık devlet mahkemelerinde

31 Süheyla Balkar Bozkurt, ‘Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları’ (2015) 10 BAÜHFD 120, 200.

32 Gaillard and Banifatemi (n 23) 258; Özdemir Kocasakal (n 17) 525; Yeşilova, ‘Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yetkisiyle İlgili Olarak – Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m.5/1)’ (n 12) 744; Sariöz Büyükalp (n 23) 204; Fouchard, Gaillard and Goldman (n 17) 407.

33 Emmanuel Gaillard, ‘L’effet Négatif de La Compétence-Compétence’, *Etudes de procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret* (Stämpfli Verlag AG 1999) 390.

34 Gaillard and Banifatemi (n 23) 260; Tekin (n 24) 127.

35 Gaillard and Banifatemi (n 23) 260.

dava konusu yapılırsa ve uyuşmazlık tahkime intikal ettirilmişse mahkeme yetkisizlik kararı verir. Uyuşmazlık henüz tahkime intikal ettirilmemişse mahkeme, tahkim anlaşmasının *açıkça* hükümsüz veya uygulanmasının imkânsız olmadığı hallerde de yetkisizlik kararı vermelidir. Dolayısıyla Fransız hukukunda, uyuşmazlıkların hâlihazırda tahkime götürülmüş olduğu hallerde, devlet mahkemesi tahkim anlaşmasının varlığına veya geçerliliğine ilişkin herhangi bir inceleme yapmadan yetkisizlik kararı vermelidir. Uyuşmazlık henüz tahkime götürülmemişse, devlet mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerli veya uygulanmasının mümkün olup olmadığını *prima facie* inceler.

Türk hukukunda HMK m. 422 ve MTK m. 7/H ile *Competence-Competence* ilkesinin olumlu etkisi açıkça kabul edilmiştir. Ancak Fransız hukukunda olduğu biçimde ilkenin olumsuz etkisinin açıkça kabul edildiğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, *Competence-Competence* ilkesinin olumsuz etkisinin Türk hukukunda açıkça kabul edilmediği ileri sürülmekte ve dolayısıyla mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik yapacağı incelemenin kapsamının iki farklı ihtimale göre değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>36</sup>. Yazarlara göre, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin mahkemelerde *prima facie* incelenebilmesi için *Competence-Competence* ilkesinin olumsuz etkisi kabul edilmiş olmalıdır. *Competence-Competence* ilkesinin olumsuz etkisinin kabul edilebilmesi için ise, uyuşmazlığın hâlihazırda tahkime götürülmüş olması şartı aranmaktadır. Dolayısıyla devlet mahkemesine başvuru yapılmadan önce uyuşmazlığın tahkime götürülmüş olması halinde, *Competence-Competence* ilkesinin olumsuz etkisi kabul edilebilir ve devlet mahkemesi sadece *prima facie* inceleme yaparak tahkim anlaşmasının mevcudiyetini karara bağlar<sup>37</sup>.

Doktrinde devlet mahkemesinin yapacağı incelemenin *prima facie* olması gerektiğini kabul etmekle birlikte, tahkim anlaşmasının yokluğuna ve geçersizliğine ilişkin iddiaların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır<sup>38</sup>. Bu görüş uyarınca, tahkim anlaşmasının yokluğuna ilişkin bir iddia ileri sürüldüğünde, mahkemenin anlaşmanın varlığını veya yokluğunu tespit edecek bir inceleme yapması gerektiği belirtilmektedir. Taraflardan birinin tahkim yargılamasına rıza göstermemiş olması, tahkim anlaşmasının yokluğuna ilişkin sebep olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla mahkeme, tarafların tahkim iradesini incelemeli; taraflardan birinin tahkime rıza göstermediği sonucuna varırsa tahkim anlaşmasının yokluğu gerekçesiyle davayı esastan incelemelidir. Ancak tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin bir iddia söz konusu olduğunda mahkeme *prima facie* bir inceleme yapmakla yetinmelidir. Yazarın görüşüne göre, başlangıçta “*var*” olup sonradan geçersiz hale

36 Özdemir Kocasakal (n 17) 527; Nazlı Töre, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı, Geçerliliği ve Etkileri* (Turhan 2019) 88–89.

37 Özdemir Kocasakal (n 17) 527; Töre (n 36) 89.

38 Erkan (n 23) 96.

gelmesi söz konusu olan tahkim anlaşmaları *Competence-Competence* kuralı gereği hakemlerce değerlendirilmelidir<sup>39</sup>.

Türk hukukunda *prima facie* inceleme görüşünün benimsendiği yargı kararları da mevcuttur. Yargıtay 15. HD tarafından verilen bir kararda hem devlet mahkemelerini hem de tahkimi yetkilendiren bir tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hakemler tarafından değerlendirilmesi gerektiği; bu hususta mahkemelerin yetkili olmadığı hükme bağlanmıştır<sup>40</sup>. Benzer şekilde, Yargıtay 15. HD tarafından verilen diğer bir kararda hem devlet mahkemelerini hem de tahkimi yetkilendiren tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hakem veya hakemler tarafından değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiş ve dava usulden reddedilmiştir<sup>41</sup>.

### 3. Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğinin İncelenmesi

Yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlenmesinin önemli sonuçlarından biri, uyuşmazlığın MTK'nın uygulama alanı dışında kalmasıdır. Ancak yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde dahi tahkim itirazını düzenleyen MTK m. 5 uyuşmazlığa uygulanacaktır. Bu maddede tahkim itirazının kabulü halinde mahkemenin davayı usulden reddedeceği düzenlenmiş olmakla birlikte tahkim itirazının ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ne şekilde inceleneceğine ilişkin detaylı hükümler düzenlenmemiştir.

Taraflardan birinin tahkime konu uyuşmazlığın esası hakkında Türk mahkemelerinde dava açması ve davalının bu davada tahkim itirazını ileri sürmesi üzerine mahkeme tahkim itirazını değerlendirip sonuca bağlayacaktır. Yukarıda detaylı biçimde açıklandığı üzere mahkemenin bu incelemeyi yaparken başvurabileceği iki temel yöntem söz konusudur. Mahkeme ya mevcut bir tahkim anlaşması bulunduğunu *prima facie* inceleme yaparak belirlemeli ya da geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğunu kapsamlı bir inceleme yaparak tespit etmeli ve davayı usulden reddetmelidir.

Devlet mahkemesinde tahkime konu uyuşmazlığın esası hakkında dava açılması ve davalının bu davada tahkim itirazı ileri sürmesi üzerine mahkemenin yapacağı incelemenin *prima facie* düzeyde olması gerektiğini ileri süren görüşün temel gerekçesi Türk hukukunda MTK m. 7 ile *Competence-Competence* ilkesinin kabul edilmiş olmasıdır. Ancak yabancı devletin tahkim yeri olarak belirlenmiş olduğu

39 ibid.

40 Yargıtay 15 HD, 2145/4389, 27.06.2007; Nuray Ekşi, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları (On İki Levha 2009) 54–58.

41 Yargıtay 15. HD, 3330/4607, 01.07.2014, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 07.04.2017; bkz. “Dava dilekçesinde, sözleşmede uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kabul edilmiş ise de, ihtilaf halinde Bursa mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili bulunduğu, tahkim iradesi açık ve kesin olmadığından sözleşmelerdeki tahkim şartının geçersiz olduğu, uyuşmazlığa genel mahkemelerde bakılması gerektiği ileri sürülmüştür. Sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olup olmadığına karar verme yetkisinin görevli ve yetkili hakem kuruluna ait olduğu gözetilmelidir.”

hallerde uyumsuzluk MTK'nın uygulama alanı dışında kalacağından MTK m. 7'nin uyumsuzluğa uygulanması mümkün değildir. Zira kanunda açıkça söz konusu halde sadece MTK m. 5 ile MTK m.6'nın uygulanabileceği belirtilmiştir.

Bu aşamada incelenmesi gereken en önemli husus Türk hukukunda herhangi bir başka kanun, milletlerarası sözleşme veya sair mevzuat ile *Competence-Competence* ilkesinin kabul edilmiş olup olmadığının değerlendirilmesidir. Zira hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirme hususundaki yetkisi MTK'da bu ilkenin açıkça kabul edilmiş olması ile ilişkilendirilmiştir.

### a. 1961 Tarihli Cenevre Konvansiyonu'nun İlgili Hükümleri

MTK m. 1/f. VI ile Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler saklı tutulmuştur. Dolayısıyla tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine yapılacak olan incelemenin kapsamı hususunda 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nun hükümlerinin incelenmesi önem arz etmektedir.

1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu m. IV/f. 3: “*Eğer adli mahkemelere her hangi müracaat yapılmadan evvel taraflar arasındaki ihtilaflın halli için hakem usulüne başlanmış ise, aynı ihtilaflın halli veya taraflar arasındaki hakemlik mukavelesinin yokluğunun, hükümsüzlüğünün veya hükümden düştüğünün tespiti için kendilerine başvuru olan Âkit Devlet adli mahkemeleri ciddi sebepler olmadıkça hakem mahkemesinin selahiyeti hakkında karar ittihazi hususunu hakem kararının verildiği ana kadar talik edeceklerdir.*” şeklinde kaleme alınmıştır.

Hükümde, tahkim yargılaması başladıktan sonra tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin devlet mahkemeleri tarafından yapılacak olan incelemenin “*ciddi sebepler olmadıkça*” hakem kararının verildiği ana kadar erteleneceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla Konvansiyonun ilgili hükmü uyarınca, uyumsuzluk tahkime intikal ettikten sonra, devlet mahkemesinde tahkim itirazının ileri sürülmesi halinde mahkeme, kapsamlı bir denetim gerçekleştirmeyecektir. Maddenin “*ciddi sebepler*” ifadesi kullanılarak düzenlenmiş olması sonucu, doktrinde Cenevre Konvansiyonu ile *prima facie* incelemenin kabul edildiği ileri sürülmektedir<sup>42</sup>.

Mahkemelerin yapacağı incelemeye ilişkin özel hükümler içeren 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu öncelikle değerlendirilmelidir. Uygulama alanına giren hususlarda, MTK m. 1/f. 6 uyarınca Konvansiyon hükümlerinin saklı tutulduğu ve öncelikle uygulanması gerektiği açıktır. Üst başlıkta incelendiği üzere, derdest bir tahkim yargılamasının bulunduğu hallerde, Konvansiyon mahkemelerin yapacağı incelemeyi *prima facie* düzeye indirgemıştır. Konvansiyon kapsamına giren uyumsuzluklar bakımından, uyumsuzluğun tahkime intikal ettirilmiş olduğu hallerde,

42 Fouchard, Gaillard and Goldman (n 17) 408; Yeşilova, ‘Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yetkisiyle İlgili Olarak – Mahkemelerde Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1) (n 12) 757.



devlet mahkemelerinin *prima facie* inceleme yapması gerektiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırıldığı hallerde, uyuşmazlık Cenevre Konvansiyonu'nun uygulama alanına giriyorsa, uyuşmazlığın tahkime intikal ettirilmiş olması koşuluna bağlı olarak mahkemenin yapacağı inceleme *prima facie* seviyede olmalıdır.

Uyuşmazlık tahkime intikal ettirilmemişse incelemenin ne şekilde yapılacağına ilişkin ise Konvansiyonda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. İlgili hükmün karşıt anlamından uyuşmazlık tahkime intikal ettirilmemişse devlet mahkemesinin *prima facie* inceleme yapamayacağı ve tahkim anlaşmasının geçerliliğini detaylı biçimde inceleyip hükme bağlaması gerektiği sonucu çıkarılabilecektir.

### **b. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İlgili Hükümleri**

Türk hukukunda 6100 sayılı HMK m. 422 ile hakemin veya hakem kurulunun, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği düzenlenmiştir. Ancak anılan hüküm iç tahkime ilişkin hususları düzenlediğinden, tahkim yerinin yabancı bir devlette bulunması üzerine uygulanamayacaktır.

MTK m. 5 ile tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, HMK'nın ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbi kılınmıştır. Maddede HMK'ya yapılan atf HMK m. 116-117'de yer alan ilk itiraza ilişkin hükümleri kapsamaktadır. Ancak HMK m. 413'te yer alan ve tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılması halinde, karşı tarafın tahkim ilk itirazında bulunabileceğini ve bu durumda tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul edeceğine ilişkin düzenlemeyi kapsamamaktadır. Zira HMK'nın "Tahkim" başlıklı bölümünde yer alan kurallar, HMK m. 407 gereği MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır.

Bazı Yargıtay kararlarında görüldüğü gibi<sup>43</sup>, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlığa HMK hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilirse, tahkim itirazını düzenleyen HMK m. 413 uyarınca tahkim anlaşması hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkemenin tahkim itirazını kabul edeceği düzenlenmiştir. Doktrinde, ilgili hüküm uyarınca tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine mahkemenin yapması gereken incelemenin tam inceleme olduğu ve tahkim anlaşmasının geçersiz olup olmadığının karara bağlanması gerektiği savunulmaktadır<sup>44</sup>.

43 Yargıtay 11 HD, 4088/3972, 04.03.2013, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 27.05.2019.

44 Balkar Bozkurt (n 31) 195.

### c. New York Konvansiyonu'nun İlgili Hükümleri

Türkiye'nin taraf olduğu ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen 1958 tarihli New York Konvansiyonu da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Adından da anlaşılacağı üzere NYK ile hakem kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlemektedir; dolayısıyla inceleme konumuz bakımından henüz tanıma ve tenfiz aşamasına gelmiş bir hakem kararı mevcut olmadığından Konvansiyonun uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Her ne kadar sözleşme esasen tanıma ve tenfize ilişkin hükümler içerse dahi tahkim yerinin yabancı bir devlette bulunduğu hallerde tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin hususlar bakımından Konvansiyonun uygulanması gerektiği NYK m.II/f.3'te açıkça kabul edilmiştir<sup>45</sup>. NYK ile tahkim yerinin yabancı bir devlette bulunduğu hallerde NYK m. I'ın kıyas yoluyla uygulanması suretiyle tahkim anlaşmasına ilişkin hususların NYK kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>46</sup>.

NYK m.II/f.3 ile “*Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder.*” şeklinde bir hüküm kaleme alınmıştır. İlgili hüküm uyarınca, tahkim anlaşması kapsamına giren bir uyuşmazlığın devlet mahkemesinde dava edilmesi halinde, mahkemenin anlaşmanın “*hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe*” uyuşmazlığı tahkime intikal ettirmesi gerektiği düzenlenmiştir.

İlgili hükümde tahkim anlaşmasının geçersiz, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olduğunu tespit etmedikçe, mahkemelerin uyuşmazlıkları tahkime intikal ettirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla mahkemelerin tahkim anlaşmasını detaylı biçimde inceleyerek tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin tespitte bulunması gerektiği madde metninden anlaşılmaktadır. Ancak doktrinde NYK m. II/f.3 hükmünün, devlet mahkemesinin *prima facie* inceleme yapmasına engel olmadığı, hatta *prima facie* incelemenin milletlerarası tahkimin gerekliliklerine daha uygun olduğu da savunulmaktadır<sup>47</sup>. Bu hüküm kapsamında inceleme yapan mahkemelerin “tahkim yargılaması lehine” karar vermesi gerektiği de belirtilmektedir<sup>48</sup>.

Kanaatimizce yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlenmesi halinde MTK m.7/H'te düzenlenen *Competence-Competence* ilkesinin uygulanması mümkün

45 Albert van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (Kluwer Law and Taxation 1981) 57–58; Lew, Mistelis and Kröll (n 17) 347; Yeşilova, ‘Tahkim (İlk İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yetkisiyle İlgili Olarak – Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m.5/1)’ (n 12) 771; Balkar Bozkurt (n 31) 198; Esen, ‘Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensipleri’ (n 1) 378; Yeşilirmak (n 23) 210.

46 van den Berg (n 45) 57.

47 ibid 155; Gaillard and Banifatemi (n 23) 258.

48 Sariöz Büyükalp (n 23) 204.

olmayacak ve tahkim itirazı üzerine mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyip karara bağlaması gerekecektir. Nitekim doktrinde *prima facie* incelemeyi savunan bir yazar da tahkim yerinin yabancı bir devlette olması halinde *prima facie* inceleme kuralına istisna getirilebileceğini kabul etmektedir<sup>49</sup>.

Tahkim yerinin Türkiye olduğu ve MTK kapsamında değerlendirilecek olan uyumsuzluklar bakımından *Competence-Competence* ilkesi açıkça uygulama alanı bulacağından bu ilkenin olumsuz etkisinin Türk hukukunda kabul edilip edilmeyeceği tartışma konusu olabilir ve *prima facie* inceleme görüşü benimsenebilir. Ancak yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde; yukarıda incelenen MTK m.5, HMK m. 422, NYK m. II/f.3 hükümleri ile birlikte UNCITRAL Model Kanun m. 8'in lafzı dikkate alındığında hepsinde, tahkim anlaşmasının "*hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit edilmedikçe*" tahkim itirazının kabul edileceğine ilişkin benzer hükümlere yer verilmiştir. Kanaatimizce tüm bu kanun ve milletlerarası sözleşmelerde yer alan benzer hükümler ışığında, MTK m.7'de yer alan *Competence-Competence* prensibinin de uygulanamayacağı dikkate alınırsa, yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırılması halinde, mahkemede tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine mahkemeler tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyerek hükme bağlamalıdır<sup>50</sup>. Tahkim anlaşması geçersizse mahkeme esas hakkında açılan davaya devam etmeli, tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmedilmesi halinde ise mahkeme usulden red kararı vermelidir.

Bu yaklaşım, İsviçre hukukunda kabul edilmiştir<sup>51</sup> ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda görülmektedir. *Compagnie de Navigation v MSC* davasında Federal Mahkeme, tahkim yerinin İsviçre dışında yabancı bir devlette bulunması halinde, mahkemede ileri sürülen tahkim itirazı ve tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiası üzerine tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının detaylı biçimde incelenmesi gerektiğini karara bağlamıştır<sup>52</sup>.

Mahkeme kararında bu görüş birkaç gerekçeye dayandırılmıştır. Bu gerekçelerden ilki sadece *prima facie* inceleme yapılması suretiyle doğal hâkim ilkesinin ihlal

49 Bachand (n 20) 474.

50 Aksı yönde bkz. Sarıöz Büyükalp (n 23) 212. Yazar tahkim yeri dışındaki mahkemelerde yapılacak olan incelemenin kesinlikle *prima facie* düzeyde olması gerektiğini ileri sürmektedir. Zira tahkim yeri dışındaki devlet mahkemesinin iptal prosedüründe anlaşmanın geçerliliğini inceleme imkânı bulunmayacaktır.

51 Stavros Brekoulakis, 'The Negative Effect of Compétence Compétence: The Verdict Has to Be Negative' (2009) 2 Austrian Arbitration Review 237, I.D <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1414325](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414325)>; Gaillard and Banifatemi (n 23) 262; Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (n 19) 552-553; Tekin (n 24) 135.

52 *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal Fédéral Suisse, 16 Ocak 1995, BGE 121 III 38. [http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice\\_display&id=564](http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=564), 30.04.2019. Tahkim yerinin İsviçre olduğu hallerde *prima facie* inceleme yapılabileceğine ilişkin olarak, *Fondation M v Banque X*, Tribunal Fédéral Suisse, 29 Nisan 1996, ATF 122 III 139, [http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice\\_display&id=911](http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=911)

edilmesinin önüne geçilmesidir<sup>53</sup>. Kendisine başvuru mahkemenin sadece sınırlı bir inceleme yaparak yetkisiz olduğuna karar vermesi halinde bu ilkenin ihlal edilebileceği, dolayısıyla tahkim yerinin İsviçre dışında bulunduğu hallerde mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında tam inceleme yapma yetkisinin elinden alınamayacağı belirtilmiştir. Tahkim yerinin yabancı bir devlette olduğu hallerde, İsviçre mahkemelerine başvuru hakkı olan bir kişinin, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiasını İsviçre mahkemeleri huzurunda öne sürmesi halinde, mahkemelerin anlaşmanın geçerliliğini detaylı biçimde inceleyerek karara bağlaması gerektiği belirtilmektedir. Zira tahkim yeri İsviçre dışından olduğundan, İsviçre’de bir tenfiz davası açılmaması ihtimalinde, İsviçre mahkemeleri tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin başkaca inceleme yapma fırsatı bulamayacaktır. *Competence-Competence* ilkesi kabul edilmiş olsa da sonraki aşamada hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin vermiş olduğu kararın devlet mahkemeleri tarafından denetleneceği kararda vurgulanmıştır<sup>54</sup>. Bu nedenle, İsviçre’de dava açma hakkı olan bir kişinin, İsviçre mahkemelerinde iddialarının detaylı biçimde incelemesi gerektiği ve dolayısıyla mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini detaylı biçimde incelemesi gerektiği ifade edilmiştir.

Kararda belirtilen diğer bir gerekçe ise NYK m. II’de öngörülen kuralın tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin incelenmesi hususunda mahkemelere tam inceleme yetkisini vermesidir. NYK m. II uyarınca mahkemelerin tahkim anlaşmalarının geçerli olup olmadığını detaya girerek incelemesi gerektiği belirtilmiştir<sup>55</sup>.

## II. Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

### A. Genel Bilgi

Tahkim itirazı ileri sürüldüğünde Türk mahkemeleri tarafından tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında yapılacak olan incelemenin niteliğine ve kapsamına değindikten sonra tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuka da değinilmelidir. *Prima facie* inceleme yapacak olan mahkeme tarafından uygulanacak hukukun belirlenmesine gerek olmamasına rağmen, mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyip karara bağlayacağı hallerde, anlaşmaya uygulanacak hukukun belirlenmesi son derece önemlidir. Mahkeme, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tespit ettikten sonra, anlaşmanın geçerliliğini bu hukuka göre inceleyecektir.

53 Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA, 43: “that the cantonal authority had not disregarded the guarantee of a natural judge ... by only conducting a *prima facie* assessment of the action to declare the arbitration clause void”

54 Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA, 41, para. b

55 Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA, 42, para. son.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleyen kurallar MTK'da düzenlenmiştir. Türk hâkimi tarafından MTK'nın uygulama alanına giren bir tahkim anlaşmasının geçerliliğinin incelenmesi gerektiğinde hâkim, MTK m.4/f.3'ü<sup>56</sup> dikkate almalıdır. MTK m.4/f.3 uyarınca, öncelikle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçip seçmediğine bakılır. Şayet taraflar, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmışsa uyuşmazlığa seçilen hukuk uygulanır. Dolayısıyla asıl sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapıldıysa, seçilen bu hukuk tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından doğrudan uygulanamayacaktır. MTK m.4'te açıkça belirtildiği üzere, tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde ise tahkim anlaşmasının geçerliliğine Türk hukuku uygulanır.

İlk bölümde ifade edildiği üzere, MTK'nın uygulama alanı yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklarla sınırlıdır. Tahkim yerinin yabancı bir devlet olarak belirlendiği hallerde MTK m.4 hükmü uygulanamayacaktır. Türk hukukunda tahkim yerinin yabancı devlet olduğu hallerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku düzenleyen başka bir kural da mevcut değildir<sup>57</sup>.

Doktrinde, anılan halde tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun ne şekilde belirleneceğine ilişkin dört farklı görüş ileri sürülmüştür. Çalışmamızın ikinci bölümünde MTK kapsamında yer almayan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceğine ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler, milletlerarası konvansiyonlar da dikkate alınarak incelenecektir.

## **B. Cenevre Konvansiyonu Hükümlerine Dayanarak Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi**

Kanaatimizce, MTK kapsamına girmeyen bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde anlaşmaya uygulanacak hukuk belirlenirken, 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu hükümleri öncelikle incelenmelidir. Uyuşmazlık Konvansiyonunun uygulama alanına giriyorsa, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, Konvansiyon hükümleri esas alınarak belirlenmelidir<sup>58</sup>.

Cenevre Konvansiyonu m. 6/f.2 ile: “*Âkit devlet mahkemelerinin bir hakemlik anlaşmasının mevcudiyeti veya muteberliği hakkında karar vermeleri gerektiği zaman [...]:*

- a) *Tarafların hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanuna;*
- b) *Bu bapta anlaşmada sarahat yoksa hakem kararının verileceği memleket kanununa;*

56 TMK m.4/f.3: “...Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir[....]”

57 Şanlı (n 17) 325.

58 Cenevre Konvansiyonu'nun uygulama alanına ilişkin bkz. Birinci Bölüm II.A.

*c) Taraflar hakemlik arilaşmasını tabi kıldıkları kanun hakkında sakıt kalmışlar ve meseleye adli mahkemece el koyduğu zaman hakem kararının nerede verileceği tayin edilemiyor ise ise el koyan mahkemenin kanunlar ihtilafı kaidesi gereğince selahiyetli olan kanun hükümlerine göre, karar vereceklerdir.”* şeklinde bir kanunlar ihtilafı kuralı kabul edilmiştir. Dolayısıyla Konvansiyon kapsamına giren uyuşmazlıklarda, tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyecek olan mahkeme bu hükmü dikkate almalıdır.

Cenevre Konvansiyonu m.6/f.2 ile tahkim anlaşmasının geçerliliğinin, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere belirledikleri hukuka; hukuk seçimi yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna, tahkim yeri de belirlenemiyorsa incelemeyi yapan mahkemenin bulunduğu devletin kanunlar ihtilafı kurallarına tabi olduğu kabul edilmiştir.

Dolayısıyla MTK kapsamına girmeyen ancak Cenevre Konvansiyonu kapsamında bulunan bir uyuşmazlık söz konusu ise, tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde, tahkim yeri hukuku dikkate alınarak tahkim anlaşmasının geçerliliği karara bağlanmalıdır. Tahkim yeri tespit edilemiyor ise Türk hâkimi kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak meseleyi çözüme kavuşturmalıdır.

### **C. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4/f.3'te Yer Alan Kural Vasıtasıyla Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi**

Yabancılık unsuru içeren, tahkim yerinin Türkiye olmadığı ve taraflarca veya hakemlerce MTK'nın uygulanacağıın kararlaştırılmadığı anlaşmalar MTK'nın uygulama alanı dışında kalmaktadır. Ancak bir grup yazar MTK m.4/f.3'te belirlenen kuralın, MTK kapsamı dışında kalsa dahi tahkim anlaşmasının geçerliliğine kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>59</sup>. İlgili hükümde tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmadığı hallerde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine Türk hukuku uygulanacağı kabul edilmiştir.

Yazarlar MTK m.4/f.3'ün uygulanacağını kabul etmiş olsalar da öne sürdükleri gerekçeler birbirinden farklıdır. İlk görüş uyarınca, kanunun herhangi bir kıstasa yer vermeden hukuk seçimi yapılmayan hallerde Türk hukukunun uygulanacağını öngörmüş olması dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerliliğinin Türk hukukuna göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir<sup>60</sup>.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak kanunlar ihtilafı kurallarına başvuru yapılmaksızın doğrudan Türk hukukunun belirlenmiş olması, MTK'ya dayanan tahkim usulünün Türkiye'de yürütüleceği mantığına dayanmaktadır<sup>61</sup>.

59 Özel (n 17) 81; Cemal Şanlı, *Hukuki Mütalaaların* (Adalet 2016) 916; Şanlı (n 17) 325; Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 5) 631; Emre Esen, 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2017) 6 UTTER 75, 94.

60 Özel (n 17) 81.

61 Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, 'Uluslararası Tahkimde "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkânsız Olması" Kavramları' (2015) 16 Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan – DEÜHFD 2015, 2028.

Dolayısıyla ilgili hüküm MTK'nın tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklar bakımından uygulanacağı ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yerine tabi olacağı mantığına dayanılarak hazırlanmıştır. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukukuna tabi kılınmalıdır ve MTK da esasen bu kuralı benimsemiştir. Kanaatimizce tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde MTK m.4/f.3 vasıtasıyla Türk hukukunun uygulanması hükmün koyuluş amacına aykırı olacaktır.

İkinci görüş uyarınca ise MTK'nın uygulama alanı dışında kalan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine uygulanacak hukuk açısından bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmekte ve bu kanun boşluğunun MTK m.4/f.3 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması gerektiği savunulmaktadır<sup>62</sup>.

Doktrinde, MTK m.4/f.3'te yer alan kuralın kıyasen uygulanması gerektiğini savunan bir yazar, bu kuralın esasen MTK'nın Türkiye'nin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde uygulanmak üzere kurgulandığını; dolayısıyla ilgili fıkrada "tahkim yeri" esasının kabul edildiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, MTK m.4/f.3 tahkim yeri esasına dayanılarak düzenlendiğinden tahkim yerinin yabancı devlette olduğu hallerde, bu maddede kabul edilen "tahkim yeri" esası uygulanarak kanun boşluğu doldurulmalıdır<sup>63</sup>.

### **D. New York Konvansiyonu Hükümleri Vasıtasıyla Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi**

MTK kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun NYK hükümleri uyarınca belirlenmesi gerektiği de doktrinde savunulmaktadır<sup>64</sup>. NYK bağlamında tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, tanıma tenfiz talebinin reddini düzenleyen NYK m.V/f.1/b.(a) hükmünde gösterilmiştir<sup>65</sup>. İlgili hüküm uyarınca tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka, hukuk seçimi yapılmadıysa tahkim yeri hukukuna göre geçerli olmalıdır. Bu hüküm Türk mahkemeleri önünde tanıma veya tenfiz talep edildiğinde uygulanır; dolayısıyla hüküm, hakem kararı verildikten sonra devreye girer.

Hakem kararı verilmeden önce, tahkime konu bir uyuşmazlığın Türk mahkemeleri önünde ileri sürülmesi halinde ise NYK m.II/f. 3 hükmü uygulama alanı bulacaktır<sup>66</sup>.

62 Şanlı (n 17) 326; Şanlı (n 59) 916; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 5) 631; Esen, 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (n 59) 94. Esen tarafından MTK kapsamına girmeyen anlaşmaların esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun iki farklı şekilde belirlenebileceğini belirtmiştir. Yazara göre ilk seçenek kıyas yoluyla MTK m.4/f.3'ün uygulanmasına dayanır; ikinci seçenek ise MTK'nın özel kanun, MÖHUK'un genel kanun kabul edilmesi ve MTK'nın öngörmediği hususlara MÖHUK hükümlerinin uygulanmasıdır. Yazarın benimsemiş olduğu ikinci seçenek aşağıda incelenecektir.

63 Esen, 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (n 59) 94.

64 Yeşilirmak (n 23) 210; Sarıöz Büyükalp (n 61) 2028; Tekin (n 24) 204.

65 Sarıöz Büyükalp (n 61) 2028.

66 van den Berg (n 45) 57.

İlgili hükümde uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir kurala yer verilmemiş sadece geçerli bir tahkim anlaşması ile karşılaşan mahkemenin uyuşmazlığı tahkime sevk etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Doktrinde, NYK m. V/f.1/ b.(a)'da yer alan kanunlar ihtilafı kuralının kıyas yoluyla NYK m. II/f.3'e uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>67</sup>. Dolayısıyla MTK kapsamı dışında kalan tahkim anlaşmalarının geçerliliğini, NYK m. V/f.1/b.(a) uyarınca belirlenecektir.

NYK m.V/f.1/b.(a)'ya dayanan bu görüş uyarınca, tahkim anlaşmasının geçerliliği tarafların seçtiği hukuka, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde tahkim yeri hukukuna göre belirlenmelidir. Tarafların tahkim yerini belirlememiş olması halinde ise tahkim anlaşmasının esasına hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen hukukun, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun veya tahkim yargılamasından etkilenecek devlet hukuklarının uygulanması önerilmektedir<sup>68</sup>. Yazar, bu ihtimalde hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına başvurarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlemesi gerektiğini savunmaktadır<sup>69</sup>. Dolayısıyla tahkim yerinin taraflarca kararlaştırılmadığı hallerde Türk hâkimi, 5718 sayılı MÖHUK<sup>70</sup> hükümlerini uygulayarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlemelidir. MÖHUK uyarınca bu hukukun ne şekilde belirleneceği ise takip eden başlıkta detaylı biçimde incelenecektir.

### E. MÖHUK Hükümleri Vasıtasıyla Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

MTK kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun MÖHUK hükümleri uygulanarak da belirlenebileceği doktrinde ileri sürülmüştür<sup>71</sup>. Bu görüş uyarınca MTK'yı özel kanun, 5718 sayılı MÖHUK'u ise genel kanun niteliğinde kabul etmek suretiyle, özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Dolayısıyla ilgili görüş uyarınca Türk hâkimi, tahkim anlaşmasının geçerliliğine, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m. 24'ü uygulayacak<sup>72</sup> ve tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde objektif bağlama kuralı

67 ibid 126–127.

68 Frank-Bernd Weigand, *Practitioner's Handbook on International Arbitration* (Verlag CH Beck 2002) 450.

69 Sarıöz Büyükalp (n 61) 2030. Yazara göre, MTK'nın uygulama alanına girmeyen ve NYK kapsamında uygulanacak hukukun tespit edilemediği hallerde, hâkimin kendi hukukunu uygulamaktan başka bir seçeneği kalmamıştır. Yazar, tahkimin esasına uygulanacak hukukun doğrudan tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanamayacağını aksi halde "tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesinden bağımsızlığı" ilkesinin ihlal edileceği görüşündedir.

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

71 Esen, 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (n 59) 95.

72 ibid; Sarıöz Büyükalp (n 61) 2031. Sarıöz Büyükalp, New York Konvansiyonu uyarınca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirleneceğini kabul etmiş olsa da, tahkim yerinin belirli olmadığı hallerde hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulaması gerektiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla yazarın görüşü bu bağlamda incelenecektir.



uygulama alanı bulacaktır<sup>73</sup>. MÖHUK m.24/f.4 ile belirlenen objektif bağlama kuralı uyarınca: “*Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.*”

Doktrinde, tahkim anlaşmasının karakteristik edim borcunu yalnızca tek tarafa yükleyen bir borç olmaması<sup>74</sup> sebebiyle maddenin ikinci cümlesinde belirlenen karinenin uygulanamayacağı; ilk cümlede belirtilen sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun karinelere bağımsız biçimde tespit edilerek uygulanması gerektiği belirtilmiştir<sup>75</sup>. Karşıt görüşteki bir yazar ise, bu halde MÖHUK m.24/f.4’te yer alan objektif bağlama kuralının uygulanamayacağı kanaatindedir<sup>76</sup>.

Milletlerarası ticari tahkim hukukunda tahkim yerinin taşıdığı önem vurgulanarak, tahkim anlaşması bakımından en sıkı ilişkili hukukun tahkim yeri olarak belirlenmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür<sup>77</sup>.

Tahkim yerinin yabancı bir devlette olduğu hallerde yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık söz konusudur. Dolayısıyla tahkim yerinin yabancı bir devlette olduğu hallerde tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk bakımından MTK’da bir hüküm yer almadığından, 5718 sayılı MÖHUK hükümlerine gidilmesi söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda doktrinde yapılan özel kanun-genel kanun ayrımı kabul edilmelidir. Özel kanun olan MTK’da uygulanacak hukuka ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından MÖHUK hükümlerinde başvurulabilir.

MÖHUK m. 24’te yer alan kanunlar ihtilafı kuralına başvurmak mümkün olduğu gibi kanaatimizce bu noktada MÖHUK m.62/f.(e)’de düzenlenen kuralın da tahkim itirazı aşamasında kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağı da değerlendirilmelidir. MÖHUK m. 62/f.(e) ile “*Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise*” mahkemenin yabancı hakem kararının tenfizini reddedeceği düzenlenmiştir. MÖHUK m. 24’e başvurulması halinde, karakteristik edim

73 Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 373; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016) 304; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 328; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 5) 274.

74 Şanlı (n 59) 913.

75 Esen, ‘Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği’ (n 59) 95–96; Sarıöz Büyükalp (n 61) 2031.

76 Şanlı (n 59) 912–914.

77 Esen, ‘Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği’ (n 59) 96.

borçlusunun tespit edilememesi sonucu, yukarıda yer verilen tartışma doğrultusunda objektif bağlama kuralının uygulanamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla genel kanun olarak kabul ettiğimiz MÖHUK m. 62/f.(e)'de yer alan kuralın alternatif olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine kıyasen uygulanması mümkün kabul edilmelidir.

İlgili maddeyle tahkim anlaşmasının geçerliliği tarafların seçtiği hukuka, hukuk seçimi yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna tabi kılınmıştır. MÖHUK m. 62/f.(e)'de yer alan hüküm milletlerarası usul hukukuna ilişkin bir kural olarak ve hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında karşımıza çıkıyor olsa da kıyasen tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında da uygulanabilmelidir. Zira yukarıda incelendiği üzere, NYK m. II/f.3 ile NYK m. V/f.1/b.(a) arasındaki benzer bir ilişki doktrinde kabul edilmiştir<sup>78</sup>. NYK kapsamında, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, NYK m. V/f.1/b.(a)'da yer alan ve esasen tenfiz koşulu olarak öngörülen: “*tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka, hukuk seçimi yapılmadıysa tahkim yeri hukukuna göre geçerli olması*” kuralı uyarınca belirlenmektedir.

### Sonuç

Çalışmamızın konusu yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde, tahkime tabi uyuşmazlık hakkında devlet mahkemesinde dava açılmasıdır. Davalı bu davada tahkim itirazı ileri sürebilir ve davacı da tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia edebilir. Söz konusu iddialar üzerine, öncelikle mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir.

Yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlenmesinin en önemli sonucu, uyuşmazlığın MTK'nın uygulama alanı dışında kalmasıdır. Ancak yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde dahi tahkim itirazını düzenleyen MTK m. 5 uyuşmazlığa uygulanacaktır. Bu maddede tahkim itirazının kabulü halinde mahkemenin davayı usulden reddedeceği düzenlenmiş olmakla birlikte tahkim itirazının ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ne şekilde inceleneceğine ilişkin detaylı hükümlere yer verilmemiştir.

Doktrinde tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini detaylı biçimde inceleyerek hükme bağlaması gerektiği ileri sürüldüğü gibi, mahkemenin *prima facie* bir inceleme yaparak bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğu hallerde uyuşmazlığı tahkime sevk etmesi gerektiği de savunulmaktadır. Yani tahkim itirazını değerlendiren mahkeme, tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından tam inceleme veya *prima facie* inceleme yapma yolunu seçecektir. *Prima facie* inceleme görüşünün dayanağı ise MTK m.7/H ile *Competence-Competence* kuralının kabul edilmiş olmasıdır.

78 Bkz. Bölüm II-D.

MTK m. 5, HMK m. 422, NYK m. II/f. 3 hükümleri ile birlikte UNCITRAL Model Kanun m. 8'in lafzı dikkate alındığında hepsinde, tahkim anlaşmasının “*hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğu tespit edilmedikçe*” tahkim itirazının kabul edileceğine ilişkin benzer hükümlere yer verilmiştir. Kanaatimizce tüm bu kanun ve milletlerarası sözleşmelerde yer alan benzer hükümler ışığında, MTK m. 7'de yer alan *Competence-Competence* prensibinin de uygulanamayacağı dikkate alınır, yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırılması halinde, mahkemede tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine mahkemeler tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyerek hükme bağlamalıdır. Doktrinde ve İsviçre mahkemelerinin uygulamasında da tahkim yerinin farklı bir devlette bulunduğu hallerde mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını karara bağlaması gerektiği kabul edilmiş; aksi halde doğal hâkim ilkesinin ihlal edileceği vurgulanmıştır.

Tahkim yerinin yabancı bir devlette olduğu hallerde, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyip karara bağlaması gerektiği sonucuna vardıldıktan sonra, çalışmanın ikinci bölümünde bu incelemenin hangi hukuka göre gerçekleştirilmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

Tahkim yerinin yabancı bir devlet olarak belirlendiği hallerde, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin bir kural öngören MTK m.4 hükmü uygulanmayacaktır. Türk hukukunda tahkim yerinin yabancı devlet olduğu hallerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir başka düzenleme de mevcut değildir. Çalışmamızın ikinci bölümünde MTK'nın kapsamında yer almayan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceğine ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler, milletlerarası konvansiyonlar da dikkate alınarak incelenmiştir.

MTK'nın özel kanun kabul edilmesi ve MTK'da hüküm bulunmayan hallerde genel kanun kabul dilen MÖHUK hükümlerinin uygulanması ile kanundaki boşluk doldurulabilecektir. Kanaatimizce MÖHUK m.62/f.(e)'de tanıma ve tenfize ilişkin düzenlenmiş olan kural, tahkim itirazı aşamasında kıyas yoluyla uygulanmalıdır. İlgili maddeyle tahkim anlaşmasının geçerliliği tarafların seçtiği hukuka, hukuk seçimi yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna tabi kılınmıştır.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

### Kaynakça/References

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat 2016)

Bachand F, 'Does the Article 8 of the Model Law Call For Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction' (2006) 22 *Arbitration International* 463

Balkar Bozkurt S, 'Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları' (2015) 10 *BAÜHFD* 120

- Brekoulakis S, 'The Negative Effect of Compétence Compétence: The Verdict Has to Be Negative' (2009) 2 Austrian Arbitration Review 237 <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1414325](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414325)>
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017)
- Ekşi N, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları* (Beta 2004)
- , *4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları* (On İki Levha 2009)
- , *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (2nd edn, Beta 2019)
- Erkan M, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin 2013)
- Esen E, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili* (Beta 2008)
- , 'Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi' [2011] GSÜHFD - Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan 355
- , 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2017) 6 UTTDER 75
- Fouchard P, Gaillard E and Goldman B, *On International Commercial Arbitration* (Emmanuel Gaillard and John Savage eds, Kluwer Law International 1999)
- Gaillard E, 'L'effet Négatif de La Compétence-Compétence', *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret* (Stämpfli Verlag AG 1999)
- Gaillard E and Banifatemi Y, 'Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators' in Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro (eds), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards-The New York Convention in Practice* (Cameron May 2007)
- Gölcüklü İ, *Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları* (On İki Levha 2018)
- Lew JDM, Mistelis L and Kröll SM, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003)
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017)
- Özçelik NŞ, 'Resmi Yargı ve Tahkimin Ayır Ayır ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2016) 36 MHB 53
- Özdemir Kocasakal H, 'Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi', *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan* (Seçkin 2006)
- , 'Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliğinin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı', *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017)
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008)
- Pekcanitez H, Atalay O and Özkes M, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (4th edn, Yetkin 2016)
- Şanlı C, *Hukuki Mütalaalarım* (Adalet 2016)
- , *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th edn, Beta 2016)
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018)
- Sarıöz Büyükalp Aİ, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı İle Karşılaşan Türk Hâkimin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları' (2014) 9 BAÜHFD 195

- , ‘Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkânsız Olması” Kavramları’ (2015) 16 Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan – DEÜHFD 2015
- Tekin SE, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2019)
- Tekinalp G and Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016)
- Töre N, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri* (Turhan 2019)
- van den Berg A, *The New York Arbitration Convention of 1958* (Kluwer Law and Taxation 1981)
- Weigand F-B, *Practitioner’s Handbook on International Arbitration* (Verlag CH Beck 2002)
- Yavuz C, ‘Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler’, *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”* (2009)
- Yeşilirmak A, ‘Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?’ [2011] TBB Dergisi 205
- Yeşilova B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (İzmir Güncel Hukuk Yayınları 2008)
- , ‘Tahkim (İlk İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yetkisiyle İlgili Olarak – Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m.5/1)’ (2010) 11 DEÜHFD 739
- , ‘1961 Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi’nin Türk Milletlerarası Tahkim Hukukundaki Yeri ve Uygulama Alanı (MTK m.I/VI)’ (2014) 3 UTDER 137

