

## Hakem Kararlarına Karşı İtiraz Hakkından Feragat

### Verzicht auf Widerspruchsrecht gegen Schiedssprüche

Araş. Gör. Dilara BAYTAROĞLU\*

#### ÖZ

*Taraflar, hakem kararlarına karşı itiraz haklarından önceden yapılan bir anlaşma ile feragat edebilir ya da bazı davranışlar sonucunda itiraz hakkından feragat edilmiş sayılabilirler. Kurumsal tahkim yargulamalarının birçoğunda, irade serbestisinin esas alınmasının bir sonucu olarak, itiraz hakkından feragat edilmesi ve buna bağlı olarak hakem kararlarının bağlayıcı etkisi mümkün kılınmıştır. UNCITRAL Model Kanununda, tahkim sözleşmesine taraflarca konulacak bir şart ile geçerli bir şekilde hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat edilebileceği belirtmiştir. Tarafların, itiraz hakkından feragat etmeleri yalnızca UNCITRAL Model Kanunu ile sınırlı olarak kalmamış; ICC, LCIA, ICSID, WIPO ve hatta DIS gibi kurumsal tahkim kurumlarının tahkim kurullarında da bir anlaşma çerçevesinde yapılması mümkün görülen bir imkân haline gelmiştir. Bu kapsamda çalışmamızda, tarafların tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararlarının bağlayıcını önceden kabul ettikleri anlaşmaların geçerliliği konusu ele alınmıştır. Hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat edilmesine ilişkin düzenlemeler öncelikle milletlerarası boyutta ele alınırken, çalışmamızın son bölümünde Türk hukukundaki hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragate ilişkin düzenlemeler Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinde yer alan "iptal davası açma hakkından feragat" ile Hukuk Muhakemeleri Kanununun 409.maddesinde yer alan "itiraz hakkından feragat" düzenlemeleri çerçevesinde incelenmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Feragat, itiraz hakkı, milletlerarası tahkim, UNCITRAL, ICC, ICSID, LCIA, DIS, WIPO.

---

\* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, [dilarabaytaroglu@gmail.com](mailto:dilarabaytaroglu@gmail.com). ORCID: 0000-0001-5714-4628.

## Waiver of Objection Against Arbitral Awards

### ABSTRACT

*The parties may waive their right to object against arbitral awards by making a prior agreement or they may be deemed to have waived the right to object as a consequence of several actions. In many of the institutional arbitration proceedings, as a result of predicating the freedom of will upon, waiving of the right to object and the consequent binding effect of arbitral awards has been made possible. In this regard, the UNCITRAL Model Law remarked that, the parties could be validly waived the right to object against the arbitrators' decision by pre-stated provision having placed in their arbitration agreement. Moreover, the waiver of the parties' right to object is not limited with the UNCITRAL Model Law; in the other arbitration rules of institutional arbitration institutions such as ICC, LCIA, ICSID, WIPO and even DIS, the waiver of the right to object has become an opportunity that seems possible to do within the scope of an arbitration agreement. In this context, in our study, the validity of the waiver of the right to object agreements, accepted by the parties in advance of the arbitral awards examined in detail. Within this scope, the regulations relating to waiver the right to object against the arbitrator's decision were analyzed in the international context initially. In our last part of study, the regulations on the waiver of the right to object against the arbitrator's decision in Turkish law are examined with "the waiver setting aside action" placed in the in the International Arbitration Act and "waiver of the right to object" in the Code of Civil Procedure.*

**Keywords:** Waiver, right of objection, international arbitration, UNCITRAL, ICC, ICSID, LCIA, DIS, WIPO.

### Giriş

Hakem kararlarına karşı tarafların itiraz haklarından feragat etmeleri, milletlerarası tahkim kurumlarının sistematiklerine dâhil olmuş imkanlardan biri olmakla birlikte, Türk hukukundaki düzenlemelerde de yer alan bir husustur. Genellikle, itiraz etmekten feragat imkânı iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, tahkim yargılamasına havale edilmiş bir uyuşmazlıkta, tarafların hakem kararlarının kesin, bağlayıcı ve doğrudan etkisini önceden kabul etmelerinde görülür. İkincisi ise, tahkim sürecince belirli bir zaman kesiti içinde usule veya sürece ilişkin aykırılıklara itiraz etmekle karşı çıkmayan tarafın itiraz hakkından fera-

gat edilmiş sayıldığı düzenlemeleridir. Çalışmamızın bütününde, tarafların itiraz hakkından önceden feragat ettiği ve itiraz hakkından feragat edilmiş sayıldığı düzenlemeler incelenmiştir.

Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde, tarafların devlet yargısına başvurulmayacağı ve tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların kesin ve bağlayıcı etkisini peşinen kabul ettikleri anlaşmanın geçerliliği konusu ele alınmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, itiraz hakkından feragatin her iki görünümü öncelikle, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu bünyesinde hazırlanan ve birçok hukuk sisteminin kodifiye çalışmalarında kılavuz görevi görmüş UNCITRAL düzenlemeleri çerçevesinde; sonrasında ise ICC, ICSID, LCIA, DIS, WIPO gibi çeşitli tahkim kurumlarının tahkim kurullarındaki düzenlemeler ekseninde incelenmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son kısmında ise, Türk hukukundaki hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragate ilişkin düzenlemeler ele alınmıştır. Bu kapsamda Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinde yer alan “iptal davası açma hakkından feragat” ile Hukuk Muhakemeleri Kanununun 409.maddesinde yer alan “itiraz hakkından feragat” düzenlemeleri gerektiği ölçüde karşılaştırmalı yapılmasına gayret edilerek açıklanmıştır.

### **I. HAKEM KARARLARININ “KESİN” VEYA “BAĞLAYICI” OLACAĞINA İLİŞKİN TARAFLARIN ANLAŞMASI**

Hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurulamayacağı, diğer bir ifadeyle, kararların kesin ve bağlayıcı etkisinin akdedilen bir tahkim sözleşmesi ile önceden kabulü, çoğu hukuk sistemlerinde, ICC, LCIA gibi milletlerarası tahkim kurumlarının tahkim kurullarında, hatta mahkemelerce de kabul edilen bir durumdur. Örneğin, Fransız Mahkemelerinin 1997 tarihli “*CIIAGI v. BAIL*” kararında, hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı olacağına ilişkin anlaşmaların, ilgili kararın verildiği andan itibaren icrai nitelik kazanacağı belirtilmiştir<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, Cilt III, 2. Bası, Wolters Kluwer Law&Business, s.3617.

Uygulamada, tarafların feragat klozlarını tercih etmeleri, genellikle hakem kararının sonrasında ek prosedürlere tabi olmaması isteklerinin bir sonucudur<sup>2</sup>.

Feragat anlaşmasının uygulamadaki bu başarısı ise, esasen 1958 tarihli New York Konvansiyonunun V/1(e)<sup>3</sup> maddesinin yorumlanması ile olmuştur. New York Konvansiyonunun ilgili maddesiyle, öngörülen yeknesak uluslararası standartlar ile tarafların hakem kararlarının bağlayıcı olacağına ilişkin anlaşmalarına etki tanınmıştır<sup>4</sup>.

Benzer bir şekilde, 2011 Fransız Medeni Usul Kanununda yer alan düzenlemeyle tarafların feragat anlaşmaları, Fransa’da yerleşim yeri bulunan taraflar da dâhil olmak üzere kabul edilmiştir<sup>5</sup>. Paris Temyiz Mahkemesinin “SARL Farmatex Teknolojileri v. Ermenistan<sup>6</sup>” uyuşmazlığına ilişkin kararında, tarafların hakem kararlarının “kesin”, “bağlayıcı” ve “derhal icra edilebilir” niteliklerini kabul eden anlaşmaların geçerli olduğu vurgulanmıştır. Mahkeme bu feragat anlaşmalarının geçerliliğini,

---

<sup>2</sup> Jennifer Kirby, “Finality and Arbitral Rules: Saying an Award is Final Does Not Necessarily Make it So”, Journal of International Arbitration, 2012, Sayı.29, s.119.

<sup>3</sup> New York Konvansiyonu, m.V/1: “*Aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf talepte bulunmaz ve zikri geçen kararın tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı önünde aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası isteği reddolunamaz:...(e) Hakem kararının taraflar için henüz mecburi olmadığı veya, bunun, verildiği memleket kanunu yahut tabi olduğu kanun yönünden yetkili bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrasının geri bırakılmış bulunduğu....*”

<sup>4</sup> Born, Commercial Arbitration, s.3619.

<sup>5</sup> Catherine Bratic, “The Parties Hereby Waive All Recouse...but Not That One” Why Parties Adopt Exclusion Agreements and Why Courts Hesitate”, [https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_dispute\\_resolution\\_international.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_dispute_resolution_international.aspx), (15.12.2018), s.4.

<sup>6</sup> SARL Farmex Tech. v Rep. Armenia, FFPMC, Cour d’appel de Paris, 3 April 2014, No. 13/22288.

yapılan tahkim sözleşmesinde feragatin ayrıca ve açıkça beyan edilmiş olmasına bağlamıştır<sup>7</sup>.

Aynı şekilde 2016 yılındaki revize hali ile "Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Rusya Federasyonu Kanunu"nda ("Russian Federation Law on International Commercial Arbitration") da, yerleşim yerlerine bağlı olarak bir sınırlama getirilmeksizin tarafların yapacakları feragat anlaşmaları geçerli olarak kabul edilmiştir<sup>8</sup>.

Genel kabulün tarafların hakem kararlarının bağlayıcılığını önceden belirleyebilecekleri yönünde olmasına rağmen, bu imkânı desteklemeyen kararlar da mevcuttur. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ("AİHM") 2016 tarihli "Tabbane v. Switzerland" davasında, hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat edilmesi AİHS'in 6/1 maddesi kapsamında değerlendirilerek, önceden yapılan feragat ilk defa adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir<sup>9</sup>.

Panama temyiz mahkemesinin 2005 tarihli bir kararında ise<sup>10</sup>, yapılan feragat anlaşmalarının tahkim yargılamasının hukuki usule aykırı yürütülmesine sebep olduğuna hükmedilmiştir<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Bratic, a.g.e, s.4 vd.

<sup>8</sup> Russian Federation Law on International Commercial Arbitration Art.40. Kanun hakkındaki açıklamalar için bkz. Bratic, Exclusion Agreements, s.4.

<sup>9</sup> Karar hakkında bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-5335030-6651343"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{), (15.12.2018). Karar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Nathalie Voser, Anya George, ECtHR: Waiver of Recourse Against International Arbitral Award Not Incompatible with ECHR, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/31/ecthr-waiver-of-recourse-against-international-arbitral-award-not-incompatible-with-echr/>, (15.12.2018); Bu konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Çalışmamızın IV. Bölümü.

<sup>10</sup> Laudo del Corte Suprema de Justicia, No. 25,508, 7 October 2005, Gaceta Oficial, 22 Mar. 2006.

<sup>11</sup> Bratic, a.g.e, s.4.

## II. UNCITRAL VE MİLLETLERARASI KURUMSAL TAHKİM DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE FERAGAT KAVRAMI

### A. UNCITRAL Tahkim Kuralları

#### 1. UNCITRAL Tahkim Kurallarına İstinaden İtirazda Bulunma Hakkından Feragat Edilmiş Sayılma Durumu

UNCITRAL 2010 Kurallarınının 32.maddesi, “itiraz hakkından feragat” (“waiver of the right to object”) konusuna ilişkindir. 32.maddeye göre, herhangi bir tarafın UNCITRAL kurallarına uymaması veya tahkim anlaşmasında öngörülen koşullardan herhangi birini yerine getirmede başarısız olmasına rağmen diğer tarafça derhal itirazda bulunulmazsa, bahsedilen taraf itiraz hakkından feragat etmiş sayılır<sup>12</sup>. Bunun istisnası, itirazda bulunmayan tarafın derhal itirazda bulunmayışının haklı nedenlerini ortaya koymasıdır. Bu durumda, itiraz hakkından feragat etmiş sayılmaya ilişkin kural uygulanmayacaktır<sup>13</sup>.

Görüldüğü üzere, itiraz hakkından feragat; 1- UNCITRAL 2010 Kurallarına uyulmaması ya da 2- tahkim anlaşmasının herhangi bir hükmüne uyulmaması hallerinde söz konusu olur. Olası feragat durumuna ilişkin bu düzenlemeyle, haklı nedenin varlığını ispat etmeksizin derhal itirazda bulunulmaması, ilgili tarafın itiraz hakkından feragat etmiş sayılmasına neden olur<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> UNCITRAL 2010, Art.32: “A failure by any party to object promptly to any non-compliance with these Rules or with any requirement of the arbitration agreement shall be deemed to be a waiver of the right of such party to make such an objection, unless such party can show that, under the circumstances, its failure to object was justified.”

<sup>13</sup> UNCITRAL 1976 Kurallarınının 30.maddesinin karşılık gelen feragat hakkına ilişkin düzenleme, 1976 Kurallarında “kurallardan feragat” başlığı altında düzenlenmektedir. 2010 Kurallarında bu maddenin başlığı “itiraz hakkından feragat” olarak revize edilmiştir. Bkz. Ergun Özsunay, 21. Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform, (İstanbul, Vedat Kitapçılık 2014) 45; David Caron, Lee Caplan, The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary, 2006, 2. Bası, Oxford University Press, s.691.

<sup>14</sup> UNCITRAL Kurallarınının hazırlık çalışmalarında, “feragat” kavramının Kuralların sistematığına dahil edilmesine karar verilmiştir. Yedinci Sekreteryaya çalışmasında ifade edildiği üzere, model kanunda veya tahkim anlaşmasında yer

## 2- UNCITRAL Kurallarında Tarafların Her Türü Başvuru Haklarından Feragat Etmeleri

UNCITRAL 2010 Kurallarının revize çalışmalarında<sup>15</sup>, ikinci çalışma grubu tarafından sözleşmeler için model tahkim klozları eklenmiştir<sup>16</sup>. Bu klozlardan biri, tarafların hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurularına ilişkindir. Tahkime ilişkin milli hukuk düzenlemelerinin birçoğunda, hakem kararları adeta devlet mahkemeleri nezdinde verilmişçesine bir hüküm niteliğinde kabul edilmekle birlikte, hakem kararlarına karşı oldukça geniş başvuru imkânları da düzenlenmiştir. UNCITRAL bu ikili durumun iyileştirilmesini temin etmek amacıyla, tarafların hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurulmayacağını içeren anlaşmalarını, “olası feragat beyanı” (“possible waiver statement”) başlığı altında düzenlemiştir. Buna göre, eğer taraflar hakem kararlarına karşı kanun yoluna başvurma haklarından feragat etmek istiyorlarsa, şu şekilde tavsiye edilen feragat klozunu kullanarak, tahkim sözleşmelerine konulacak bir şart ile hakem kararlarının bağlayıcı ve kesin hüküm etkisini kabul edebilirler<sup>17</sup>:

---

alan usule ilişkin gerekliliklere uyulmadığında, usuli hatanın düzeltilmesi için itiraz hakkı bulunmalıdır. İtiraz hakkından feragat, belirli koşullar altında itiraz hakkının bulunmayışını ifade eden “estoppel” ilkesinin bir görünümüdür. Bkz. Tibor Varady, Waiver in Arbitral Proceedings and Limitations on Waiver, Annals FLB- Belgrade Law Review, 2009, Sayı.3, LVII, s.8.

<sup>15</sup> 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarının tahkim uyumsuzluklarının çözümündeki başarılı etkisi üzerine, “Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu” (“UNCITRAL”), öncelikle 2006 yılında Komisyona bağlı ikinci çalışma grubu ile 1976 UNCITRAL Kurallarının, temelde 1976 sistemi esas alınarak revize etmiş; daha sonra 2010 yılında UNCITRAL Tahkim Kurallarının ikinci revizyonu 2010 yılında tamamlamıştır. Bkz. Özsunay, a.g.e, s.1 vd.

<sup>16</sup> Marianne Roth, “The Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules”, 2010, Sayı 19, 1 Y.B. on Int'l Arb. s.20.

<sup>17</sup> UNCITRAL 2010 , ANNEX- Model Arbitration Clause for Contracts, Possible Waiver Statement: “If the parties wish to exclude recourse against the arbitral award that may be available under the applicable law, they may consider adding a provision

*“Taraflar, işbu sözleşme ile yürürlükteki yasalar uyarınca geçerli bir şekilde feragat edilebileceği sürece, herhangi bir mahkemeye veya diğer yetkili makamlara verilen bir hükme karşı her türlü başvuruyu hakkindan feragat ederler<sup>18</sup>.”*

Tarafların UNCITRAL 2010 Kurallarına istinaden, önceden tahkim sözleşmesine konulacak bir hükümlerle, hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurma haklarından feragat etmeleri mümkündür. Ancak bu imkân, tahkim yeri hukukunun bu şekilde yapılacak olan bir feragat beyanını geçersiz kılmamasına bağlıdır<sup>19</sup>. 1976 tarihli UNCITRAL kurallarından farklı olarak, kuralların revize çalışmaları esnasında, feragatle ilişkin genel nitelikli bir hüküm konulmasının tarafları her somut uyuşmazlık bakımından doğru yönlendirmede yetersiz kalacağı düşünülmüştür. Bu nedenle, önceden yapılan feragat anlaşmasının ek listede yer verilen bir öneri niteliğinde kalması tercih edilmiştir<sup>20</sup>.

---

*to that effect as suggested below, considering, however, that the effectiveness and conditions of such an exclusion depend on the applicable law.”*

<sup>18</sup> UNCITRAL 2010 , ANNEX- Model Arbitration Clause for Contracts, Possible Waiver Statement-Waiver: *“The parties hereby waive their right to any form of recourse against an award to any court or other competent authority, insofar as such waiver can validly be made under the applicable law. ”*

<sup>19</sup> Tahkim yeri hukuku (lex arbitri), 1923 tarihli Tahkim Klostları Hakkında Cenevre Protokolü (“The Geneva Protocol on Arbitration Clauses”)’nde taraflarca belirlenen ve tahkim sürecinin gerçekleştiği yer olarak tanımlanmıştır. Bkz. Alastair Henderson, “Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration”, 2014, Singapore Academy of Law Journal, s.890.

<sup>20</sup> UNCITRAL, “Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law”, 2010, Cilt.XLI, s.36; Hamid Gharavi/Christoph Liebscher, The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award, 2002, Kluwer Law International, s.30; Giuditta Cordero-Mos, International Commercial Arbitration, 2013, Cambridge University Press, s.105; Roth, Uncitral Arbitration s.20. Karş. UNCITRAL 1976 Kuralları m.34; UNCITRAL 1976 Kuralları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Pieter Sanders, “UNCITRAL’s Project for a Model Law on International Commercial Arbitration”, 1984, T.M.C. Asser Instituut, 1984, s.201 vd.



## B. ICC Tahkim Kuralları

### 1- ICC Tahkim Kurallarında Tarafların Her Türlü Başvuru Haklarından Feragat Etmeleri

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların ICC Tahkim Kurallarına istinaden çözümünün kararlaştırıldığı uyuşmazlıklarda, UNCITRAL Model Kanununda yer alan düzenlemelerden esinlenerek<sup>21</sup> tarafların hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat etmelerinin mümkün olduğu, iki ayrı başlık altında kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, “kararların icra edilebilirliği” başlığı altında düzenlenen, ICC Tahkim Kurallarının 35/6. madde<sup>22</sup> hükmüdür. Bu düzenlemeye göre, hakem kararları taraflar nezdinde kesin, bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilen niteliktedir:

*“Her karar taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar, uyuşmazlığı Kurallar uyarınca tahkime sunmakla, verilecek kararı derhal icra etmeyi kabul ederler ve bu tür bir feragat geçerli olarak yapılabildiği ölçüde kanuni yollara başvurma haklarından feragat etmiş sayılırlar.”*

---

<sup>21</sup> Tarafların hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat etmelerine ilişkin ICC Tahkim Kurallarında yer alan düzenlemeler 1998 yılında UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak kural metnine eklenmiştir. Bkz. Yves Derains, Eric Schwarts, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, 2005, Kluwer Law International, s.379.

<sup>22</sup> ICC Arbitration Rules, Art.35/6; “...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...”; Kurallar için bkz. ICC Arbitration Rules 2017, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/>, (14.12.2018); Belirtilen hüküm yaygın olarak kabul edilen, belirli bir zaman kesitinden sonra itiraz hakkının düşmesine ilişkin “estoppel” ilkesinin bir yansıması olarak kabul edilir. A.B.D. Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda söz konusu ilke şu şekilde ifade edilmiştir: “...tahkim yargılaması boyunca itiraz etmeksizin sürece katılan tarafın, yargılama sonucunda kendisi hakkında aleyhe verilen karara karşı itiraz hakkının kabul edilmesi kabul edilemez.” Karar hakkında bkz. Alabama Supreme Court, Reports of Cases at Law and in Equity Argued and Determined Supreme Court of Alabama, M.D.J. Slade, 1846, s. 877 vd; Derains/Schwarts, ICC Rules, s. 379.

Hükümde belirtildiği üzere, uyuşmazlıklarının ICC Tahkim Kurallarına istinaden çözümüne karar veren taraflar, yargılama sonucunda verilen kararların bağlayıcılığını peşinen kabul etmiş sayılırlar<sup>23</sup>. Hüküm ile amaçlanan, taraflardan herhangi birinin verilen hakem kararları aleyhine milli mahkemelere başvurulması ihtimalinden vazgeçme etkisinin başlangıçta oluşturulmasıdır<sup>24</sup>. Böylece uyuşmazlığın ICC tahkimine götürülmesiyle, verilen hakem kararlarına karşı tüm kanun yollarına başvurma hakkından önceden feragat etmeyi kabul etmiş olurlar<sup>25</sup>. Ancak doktrinde bu feragatin geçerliliği, tahkim yeri hukukunun hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurulmayacağına yönelik anlaşmaya izin vermesine bağlı olduğu belirtilmiştir<sup>26</sup>.

Tarafların, feragati geçerli olarak yapabildikleri ölçüde kanuni yollara başvurma haklarından feragat etmiş sayılacakları belirtilmiş ancak feragatin geçerlilik ölçüsünün ne olduğuna ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Sadece, kuralların 28/2.maddesinde, ihtiyati tedbir veya bu kararların icrasını sağlamak adına karşı devlet mahkemelerine başvurunun tahkim anlaşmasından feragat açısından yetersiz kalacağı belirtilmiştir<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Kararların bağlayıcı etkisi, sadece uyuşmazlık tarafları bakımındandır. Üçüncü kişiler, ICC hakem kararlarının bağlayıcı etkisine tabi değildir. Bkz. Michael Bühler/Sigvard Jarvin, “The Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (ICC)”, (Ed. Frank-Bernd Weigand), Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration, 2009, 2.Bası, Oxford, s.1377.

<sup>24</sup> Thomas Webster/Michael Buhler, Handbook of ICC Arbitration: Commentary, 2014, 2. Bası, Sweet&Maxwell, s.514.

<sup>25</sup> Nuray Ekşi, “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Barosu Dergisi, 2009, Cilt.67, Sayı.1, s.58.

<sup>26</sup> Derains/Schwartz, ICC Rules, s.321.

<sup>27</sup> ICC Arbitration Rules 2017 Art.28/2: “...The application of a party to a judicial authority for such measures or for the implementation of any such measures ordered by an arbitral tribunal shall not be deemed to be an infringement or a waiver of the arbitration agreement and shall not affect the relevant powers reserved to the arbitral tribunal...” Söz konusu maddenin İsviçre mahkemeleri açısından durumu

Kanaatimizce, tarafların verilen hakem kararlarının New York Konvansiyonu'na göre tenfizini veya hakem kararlarının hüküm ifade etmeyeceğini kararlaştırmak istemeleri gibi, tahkim yargılamasına ilişkin esaslı unsurların feragati geçerli olmamalıdır. Ancak hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı etkisinin bir anlaşma üzerinde temellendirilerek kabulü, zaten hükmün ve genel olarak ICC tahkiminin yapısına uygundur. Ancak tarafların feragati, ICC Tahkim Kuralları sonucunda verilen hakem kararlarının tenfizine de itiraz edilmesinin önüne geçebilir mi? Tenfiz, hukuki niteliği itibariyle doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bir dava değil, bir taleptir<sup>28</sup>. Uyuşmazlık konusunda verilen yabancı mahkeme kararına istinaden Türk mahkemelerinin önüne gelen bir tenfiz talebi, revizyon yasağı uyarınca kararın esası hakkında bir inceleme yapılmasını gerektirmez. Yani kararın doğruluğu veya yanlışlığı değerlendirilmeksizin, sadece ilgili yabancı mahkeme kararının MÖHUK'da yer alan ön ve asli şartları<sup>29</sup> taşıyıp taşımadığının tespiti yapılacaktır. Dolayısıyla, Tenfiz ha-

---

hakkında açıklamalar için bkz. Arthur Rovine, "Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation", 2007, The Fordham Papers, dpn.23; Domitille Baizeau, „Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award Rendered in Switzerland: Caveats and Drafting Considerations for Foreign Parties”, 2005, At a Glance: Int. A.L.R, s.70.

<sup>28</sup> Aynı yönde bkz. Ali Önal, "Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği", Cilt.37, Sayı.2, Public and Private International Law Bulletin, s.605.

<sup>29</sup> Ön şartlar için bkz. MÖHUK m.50; "...(1) Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. (2) Yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir..."

Asli şartlar için bkz. MÖHUK m.54; "1) Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dâhilinde verir: a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması. b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkeme-

kimi talebin konusu olan uyuşmazlığı, yabancı hakimın somut uyuşmazlığa hangi kanunu nasıl uyguladığı gibi maddi hukuk yönünden inceleyemez, sadece tenfiz şartları dahilinde bir inceleme yapar<sup>30</sup>. Dolayısıyla, Türk mahkemelerince verilen tenfiz kararının hukuki niteliği “karar” kavramının aksine, ilgilinin yabancı mahkemeden almış olduğu ilamın Türk hukukunda da icrai kabiliyetini sağlayacak bir “talep”te bulunmasıyla örtüşür. Kanaatimizce, uyuşmazlığın esasının incelenmediği bu çekişmesiz yargı talebinde taraflardan birinin itirazı, hakem kararlarının esasına karşı itiraz edilmesi ile birebir örtüşmez. Bu nedenle, tenfize itiraz edilmesi mümkün olmalıdır.

Feragatin ICC tahkim kurallarındaki teorik düzenlemesine karşılık, uygulamadaki tahkim yargılamalarının bazılarında itiraz hakkından feragati, milli mahkemeler nezdinde sağlamada yetersiz kaldığına ilişkin örnekler de mevcuttur. Örneğin, “FG Hemisphere Associates LLC. V. Kongo Cumhuriyeti” davasında, Hong Kong Yüksek Mahkemesi, 34/6

---

*since verilmiş olmaması. c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması. ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması...”.*

<sup>30</sup> Ayrıca bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 2012 yılında verdiği karar. “Tenfiz hakiminin yabancı mahkeme ilamının maddi hukuk bakımından doğruluğunu inceleme ve değerlendirme yetkisi yoktur. Bu yasak çerçevesinde, tenfiz hakiminin ilamda mevcut olan bir gerekçeyi inceleyip değerlendirmesi de söz konusu olamaz. İlamda bir gerekçenin bulunması veya bulunmaması ilamda yer alan hükmün kamu düzenine aykırılığını belirlemede önem taşımamaktadır. Anayasanın 141. maddesinin yargılama usulüne ilişkin olarak koyduğu ilkelerin, münhasıran Türk Mahkemeleri için geçerli olacağı açık ve tartışmasızdır. Yabancı mahkeme ilamının hüküm fıkrasının uygulanmasıyla, kamu düzenine aykırı sonuçları doğuracak yabancı mahkeme kararlarının tenfizi olanaklı değildir. Yabancı mahkeme kararlarının salt gerekçesinin bulunmamasının kesinleşmiş yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olmayacağı ve bu hususun 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 54/c maddesi anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık sayılmayacağına karar verilmiştir.” Y. IBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012.

hükümünün, “hakem kararına meydan okuyan bir hükümden fazlası olmadığı”na hükmedilmiştir. Mahkeme, ICC Tahkim Kuralları çerçevesinde yürütülen bir tahkim yargılamasında itirazdan feragatin kabul edilmesinin, tek başına devlet mahkemeleri nezdinde de itiraz hakkından feragat edildiği sonucunun yetersiz bir varsayım olduğunu ve bunun sadece hakem kararlarına itiraz etme hakkından feragati içeren yetersiz bir imkan olduğu görüşünü belirtmiştir<sup>31</sup>. Gerekçe olarak ise mahkeme, “Creighton Limited v. Government of the State of Qatar<sup>32</sup>” davasını göstermiştir. Bu davada, bir tahkim yargılamasının salt olarak ICC Tahkim Kuralları uyarınca yürütülmesi için yapılan başvurunun ve süreç içerisinde kullanılan itiraz hakkından feragatin, ulusal devlet mahkemesi nezdinde aynı şekilde feragat sonucunu doğurmayacağı belirtilmiştir<sup>33</sup>.

## 2- ICC Kurallarında İtiraz Hakkından Feragat Etmiş Sayılma

İtiraz hakkından feragat edilmesine ilişkin diğer bir düzenleme ise, ICC Tahkim Kurallarınının 40.maddesinde yer almaktadır. Hükme göre,

*“Bu Kurallar’ın herhangi bir hükmüne veya yargılamanın tabi olduğu kuralların herhangi birine uyulmaması halinde, hakem kurulu tarafından verilen herhangi bir talimata veya hakem kurulunun oluşması için tahkim sözleşmesinde yer alan herhangi bir şarta veya yargılamanın yönetilmesine itiraz etmeden tahkime devam eden bir taraf, itiraz etmek hakkından feragat etmiş sayılır.”*

Tarafların hangi anda itirazda bulunmaları gerektiğine ilişkin yukarıdaki belirsiz süreli düzenlemeyle<sup>34</sup>, açıklanan sebepler çerçevesinde

---

<sup>31</sup> FG Hemisphere Associates LLC. V. Democratic Republic of Congo, No.10-7040 (D.C.Cir 2011). Karar hakkındaki açıklamalar için bkz. Webster/Buhler, Handbook of ICC, s.518.

<sup>32</sup> Creighton Limited v. Government of the State of Qatar, United States Court of Appeals, District of Colombia Circuit, 02.07.1999, No.98-7063.

<sup>33</sup> Aynı yönde bkz. Orascom Telecom Holding SAE v. Republic of Chad, EWCH 1841 (Comm), 28.07.2008.

<sup>34</sup> Bir görüşe göre, itiraz hakkından feragat edilmiş sayılma anına kadar itirazda bulunulmalıdır. Bkz. Webster/Buhler, Handbook of ICC, s.608.

tahkim sürecine aykırı hareket edilmesine rağmen itirazda bulunulmaksızın yargılamaya devam edilmesi, itirazda bulunmayan tarafın itiraz hakkından feragat etmiş sayılmasına neden olur. Diğer bir ifadeyle, herhangi bir hakem kurulu talimatına veya tahkim sözleşmesinde yer alan herhangi bir şarta aykırı hareket edildiğine yönelik süresi içinde itirazda bulunulmaması, feragat edilmiş sayılma sonucunu doğurur<sup>35</sup>.

### C. ICSID Tahkim Kuralları

ICSID Tahkim Kurallarına istinaden çözümlenmesi tercih edilen yatırım uyuşmazlıklarında, tarafların hakem kararlarına karşı itiraz mekanizmalarına başvurma haklarından feragat etmeleri tartışmalı bir konudur.

ICSID sözleşmesine göre, hakem kararlarına karşı iptal başvurusunda bulunma<sup>36</sup>, tamamen tarafların iradelerine bırakılan bir başvuru imkânıdır. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde ICSID'in yargılama yetkisini kabul eden taraflar, hakem kararlarının verilmesi öncesinde ve sonrasında iptal başvurusunda bulunma haklarından feragat edebilirler<sup>37</sup>. Ancak belirtmelidir ki, hakem kararlarının verilmesinden önce iptal başvurusunda bulunma hakkından feragat konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hakem kararının verilmesinden önce iptal başvurusundan feragat mümkündür. Tarafların menfaatlerini ön planda tutan bu görüş

---

<sup>35</sup> Reiner ve Aschauer'e göre hüküm, taraflar arasındaki işbirliğinin sağlanması ve yargılamanın iyiniyet prensibi çerçevesinde yürütülmesini sağlar. Bkz. Andreas Reiner/Christian Aschauer, "ICC Rules", (Ed. Rolf Schütze), Institutional Arbitration: A Commentary, 2013, Beck/Hart, s.25 vd.

<sup>36</sup> Çalışmamızda, ICSID tahkim yargılamasının yapısına daha uygun olacağı düşüncesiyle "iptal başvurusunda bulunma hakkından feragat" kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

<sup>37</sup> Christoph Schreuer, „Belated Jurisdictional Objections in ICSID Arbitration“, s.11 vd, [https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/102\\_bel\\_jurisd\\_obj\\_icsid\\_arb.pdf](https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/102_bel_jurisd_obj_icsid_arb.pdf), (12.12.2018); Emre Koluman, "Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarına İlişkin Hakem Kararlarının İptali", Ankara 2018, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.85.

uyarınca, feragat ile taraflar iptal prosedürünün uyuşmazlığı taşıyacağı bir sonraki belirsiz aşamadan ve oluşacak masraflardan kurtarıcı etki oluşturur.<sup>38</sup>

İkinci görüşe göre ise, tarafların iptal başvurusunda bulunma hakkından feragatleri tartışmaya açıktır. ICSID sözleşmesinin 52.maddesinde yer alan, *“taraflardan biri aşağıdaki hallerden birini veya bazılarını öne sürerek, Genel Sekreterliğe yazılı başvuru ile kararın geçersiz kılınmasını isteyebilir.”* ifadesi, tarafların feragat hususundaki haklarını kullanabileceklerini gösterir. Ancak ICSID sözleşmesinin 44.maddesinde yer alan, *“hakemlik davası, taraflar başka biçimde anlaşmadıkları takdirde, bu bölüm hükümlerine ve tarafların hakeme gittikleri tarihteki hakemlik kurallarına göre yürütülür”* ifadesi ile kastedilen, dördüncü bölümün birinci kısım hükümleridir. Hâlbuki 52.madde, beşinci bölüm kapsamındadır. Bu nedenle, iptal başvurusunda bulunma hakkından feragate ilişkin açıklamalar yeterli değildir<sup>39</sup>.

Bu konudaki üçüncü ve son görüşe göre, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID tahkimine istinaden çözümünde, iptal başvurusunda bulunma hakkından feragatin karardan önce yapılması mümkün değildir. ICSID sözleşmesinin 52.maddesinde tarafların hakem kararlarının geçersiz kılınmasını isteyebilecekleri hükmü, emredici nitelik taşır. Tarafların yapacakları bir feragat sözleşmesiyle madde hükmünün önüne geçilmesi mümkün değildir<sup>40</sup>.

Bizim görüşümüze göre, tarafların iptal başvurusundan feragat etmeleri, ICSID tahkim yargılaması sistematiğine herhangi bir aykırılık

---

<sup>38</sup> Christoph Schreuer/Loretta Malintoppi/August Reinisch/Anthony Sinclair, „The ICSID Convention: A Commentary”, 2013, 2. Bası, Cambridge University Press, s.900; Georges Delaume, “Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards”, 1995, Cilt.12, Sayı.1, Journal of International Arbitration, s.11.

<sup>39</sup> Michael Reisman, „The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration”, 1990, Sayı.87, Yale Law Law Faculty Scholarship Series, s.805.

<sup>40</sup> Emmanuel Gaillard, « Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses”, 1988, Cilt.3, Sayı.1 ICSID Review Foreign Investment Law Journal, s.142.

teşkil etmez. Sözleşmenin 52.maddesiyle hakem kararlarının geçersiz kılınmasını talep etme imkânı, emredici nitelik taşıyan bir hüküm olarak değil, taraflara bahşedilen bir imkân olarak değerlendirilmelidir. ICSID tahkim mekanizmasının feragat hakkını öngörmeyecek şekilde kaleme alınmasına dair 52.maddede rastlanılan bir ifade yoktur. Kanaatimizce, hükmün kurucu unsuru tarafların menfaatidir. Taraflar, iptal başvurusunda bulunma hakkından feragatle, kendilerinin menfaatleri lehine hareket ederler. Bunun aksini kabul ederek uyuşmazlık sürecinin uzatılması yerine, tarafların iradeleri doğrultusunda oluşan belirsiz durum bertaraf edilmelidir.

İptal başvurusunda bulunma hakkından, hakem kararının verilmesi sonrasında da feragat edilmesi mümkündür. İptale ilişkin kararın taraflara tebliğ edilmesi sonrasında, iptal başvurusunda bulunan uyuşmazlık taraflarından herhangi biri, iptale esas teşkil eden bazı sebepleri ileri sürmekten vazgeçebilir<sup>41</sup>.

#### **D.LCIA Tahkim Kuralları**

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (“The London Court of International Arbitration (LCIA)”) kurallarında, tarafların hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat etmeleri açıkça düzenlenmiştir. LCIA Tahkim Kurallarının 26/8.maddesine göre, hakem kararları taraflar üze-

---

<sup>41</sup> Amco Asia Corporation ve diğerleri v. Endonezya Cumhuriyeti kararında, Endonezya, hakem heyetinin somut uyuşmazlık bakımından yargılama yetkisinin olmadığına dair iptal başvurusunda bulunma talebinden feragat ettiğini bildirmiştir. Buna karşılık Amco şirketi, talep edilen diğer iptal sebeplerinin de geçerli olduğu açıkça belirtilmediği için feragat kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Hakem heyeti, feragatin sonuçları ağır bir usuli işlem olması sebebiyle tek bir feragatin tüm taleplere yönelik olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Karar için bkz. Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Endonezia, (ICSID Case No. ARB.81/1), <https://www.itaworld.com/cases/3475>, (12.12.2018). Karar hakkındaki açıklamalar için bkz. Yalçın Torun, “Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları”, Ankara 2011, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.74.



rinde kesin ve bağlayıcı birer karar hükmündedir<sup>42</sup>. Taraflar, hakem kararlarının yerine getirilmesi için gecikmeksizin gerekli adımları atmakla yükümlüdür<sup>43</sup>. Uyuşmazlığın LCIA tahkimine istinaden çözümünü, hakem kararlarına karşı itiraz etme, kararın gözden geçirilmesi amacıyla devlet mahkemelerine veya yasal mercilere müracaat etme veya herhangi bir kanun yoluna başvurma haklarından geri dönülemez biçimde feragat etmiş sayılırlar<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> LCIA Art.26/8: *“Every award (including reasons for such award) shall be final and binding on the parties...”*

<sup>43</sup> LCIA Art.26/8: *“...The parties undertake to carry out any award immediately and without any delay (subject only to Article 27)...”* Gerekli adımların bir an önce atılması ile kastedilen LCIA Tahkim Kurallarının 27.maddesinde öngörülen süreler dahilinde hareket edilmesidir. Söz konusu maddede genel olarak 28 günlük bir süre öngörülmüştür. Bkz. LCIA Art.27.1: *“Within 28 days of receipt of any award, a party may by written notice to the Registrar (copied to all other parties) request the Arbitral Tribunal to correct in the award any error in computation, any clerical or typographical error, any ambiguity or any mistake of a similar nature. If the Arbitral Tribunal considers the request to be justified, after consulting the parties, it shall make the correction within 28 days of receipt of the request. Any correction shall take the form of a memorandum by the Arbitral Tribunal.*

27.2 *The Arbitral Tribunal may also correct any error (including any error in computation, any clerical or typographical error or any error of a similar nature) upon its own initiative in the form of a memorandum within 28 days of the date of the award, after consulting the parties.*

27.3 *Within 28 days of receipt of the final award, a party may by written notice to the Registrar (copied to all other parties), request the Arbitral Tribunal to make an additional award as to any claim or cross-claim presented in the arbitration but not decided in any award. If the Arbitral Tribunal considers the request to be justified, after consulting the parties, it shall make the additional award within 56 days of receipt of the request.*

27.4 *As to any claim or cross-claim presented in the arbitration but not decided in any award, the Arbitral Tribunal may also make an additional award upon its own initiative within 28 days of the date of the award, after consulting the parties.*

27.5 *The provisions of Article 26.2 to 26.7 shall apply to any memorandum or additional award made hereunder. A memorandum shall be treated as part of the award.”*

<sup>44</sup> LCIA Art. 26/8: *“...and the parties also waive irrevocably their right to any form of*

Buna karşılık, tarafların hakem kararlarına karşı itiraz etme haklarından zaten LCIA kuralları bağlamında feragat etmiş sayılıyor oluşunun bir istisnası bulunmaktadır. O da, uyuşmazlığa tahkim yeri hukukunun bu yönde yapılacak olan bir feragate izin vermiyor oluşudur. LCIA, hakem kararlarının kesin, bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilen etkisini, tahkim yeri hukukunun buna izin vermemesi ihtimaline kadar öngörmüştür<sup>45</sup>.

Her hukuk sistemi, tarafların hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvuru haklarından feragat etmelerine izin vermeyebilir. Özellikle, bir tahkim yargılamasının kanunlarca belirtilen esaslara uygun olarak yürütülmediği, hakem heyetinin yeterliliği veya kamu düzeni gerekçeleriyle tarafların feragat etmelerine yönelik anlaşmaları geçersiz sayılabilir<sup>46</sup>. Benzer bir şekilde, LCIA kuralları uyarınca da tarafların feragat etmiş sayılacaklarına ilişkin düzenlemeleri hükümsüz kalabilir. Örneğin, İngiliz Tahkim Kanununun (“The Arbitration Act”) 67. ve 68.maddeleri, feragat edilmesi mümkün olmayan emredici hüküm niteliğindeki düzenlemelerdir<sup>47</sup>.

Buna ek olarak kimi hukuk sistemlerinde, feragat anlaşması doğrudan geçersiz kılınmasa dahi, geçerli bir feragatin yapılması katı şartlara tabi tutulmuş olabilir. Belçika ve İsviçre örneklerinde olduğu gibi, hakem

---

*appeal, review or recourse to any state court or other legal authority...*” Ancak LCIA sistemi içerisinde hakem kurulunun kendi kararlarını usulen gözden geçirmesi mümkündür. Bkz. Martin Gusy/James Hosking/Franz Schwarz, „A Guide to the ICDR International Arbitration Rules”, 2011, Oxford University Press, para. 27.02.

<sup>45</sup> LCIA Art. 26/8: “...insofar as such waiver shall not be prohibited under any applicable law...”

<sup>46</sup> Peter Turner/Reza Mohtashami, “A Guide to the LCIA Arbitration Rules”, 2009, Oxford University Press, para.7.36.

<sup>47</sup> İngiliz Tahkim Kanununun 67. Ve 68.maddeleri, hakem heyetinin esasa ilişkin yargılama yetkisi ile kararların verilmesindeki ciddi kuralsızlık halleridir. Kanun metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf> (15.12.2018).

kararlarına karşı itiraz hakkından feragat edilmesi mümkün olmasına rağmen, yapılan feragat anlaşmasının geçerliliği, feragatin açıkça belirtilmesi haline bağlanmış olabilir. Bu hukuk sistemlerinde, yapılacak zımni feragat anlaşması hakem kararlarının doğrudan icrai etkisinin kabulüne yeterli değildir<sup>48</sup>.

### E. DIS Tahkim Kuralları

Alman Tahkim Kurumu ("Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit"), DIS Tahkim Kuralları ("DIS-Schiedsgerichtordnung")'nın<sup>49</sup> 38.maddesine göre, verilen her hakem kararı kesin ve tarafları bağlayıcı etkiye sahip olmalıdır<sup>50</sup>. Alman ZPO'nun 1055.maddesine kıyasla daha esnek bir ifadeye sahip olan bu hüküm DIS tahkim kuralları doğrultusunda çözümlenen bir uyuşmazlığın, hakem kararlarının kanun yollarına başvurulmaksızın doğrudan uygulanıp bağlayıcı etkisinin kabul edileceğine ilişkin bir feragat anlaşmasının kabulü mümkün olabilir mi? Her ne kadar DIS kurallarında, tarafların kararlarının etkisinin kesin veya bağlayıcı olması üzerinde ileriye yönelik anlaşma yapabileceklerine ilişkin bir hüküm bulunmasa da, itiraz hakkından feragatin DIS kuralları uyarınca da mümkün olduğunun kabul edilmesi doğru olur. DIS'in usul kurallarının düzenlendiği 21/3.maddesinde, kuralların düzenlemede sessiz kaldığı konularda taraflarca anlaşma yapılabileceği belirtilmiştir. Tarafların feragat iradeleri de göz önünde bulundurulduğunda, DIS tahkim kurallarında bulunan boşluğun tarafların hakem kararlarına karşı itiraz haklarından feragat iradeleri ile doldurulması mümkün olmalıdır. Bunun yanında kanaatimizce, zımni feragat, DIS Tahkim Kuralları uyarınca da, hakem kararlarının bağlayıcı etkisinin kabul edilmesi bakımından yeterli değildir; feragat iradeleri açık olmalıdır.

---

<sup>48</sup> Turner/Mohtashami, LCIA, para.7.36.

<sup>49</sup> Bundan böyle "DIS" olarak anılacaktır.

<sup>50</sup> DIS 2018, Art. 38: "Der Schiedsspruch ist endgültig und hat unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils." Karş. İçin bkz. ZPO Art.1055; Burada, Alman ZPO'nun 1055.maddesinde yer alan "hakem kararının nihai ve bağlayıcı mahkeme kararları ile eş etkiye sahip olduğu" hükmüne benzer, ancak ZPO hükmüne kıyasla daha esnek bir ifade kullanılmıştır.

Hakem kararlarına itiraz hakkından feragat hususu, Alman Medeni Usul Kanunu'nun süresi içinde itirazda bulunulmaması halinde itiraz hakkından feragat edilmiş sayılacağına ilişkin 1027.maddesinden<sup>51</sup> esinlenilerek oluşturulmuştur. DIS'in 43.maddesinde "itiraz hakkından feragat" başlığı altında düzenlenen bu hüküm ile DIS kurallarına veya tahkim yargılamasına esas teşkil eden hükümlere uyulmadığı konusunda taraflardan herhangi birinin bilgi sahibi olmasına rağmen, bir an önce ve gecikmeksizin itirazını yöneltmemesi, söz konusu hakkının kaybına yol açar<sup>52</sup>. Bu nedenle itiraz, gecikmeksizin yapılmalı veya bilinçli bir şekilde geciktirilerek yapılmamalıdır. Theune'ye göre de, 41.madde düzenlemesi ile amaçlanan tahkim yargılamasına ilişkin usul işlemlerinin aşırı gecikmeden yürütülmesini temin etmek ve tarafların yargılama sürecinin ilerlemesine mani olan davranışlarının önüne geçmektir. Bu nedenle taraflar, makul ölçünün sınırını aşmadan itirazları varsa ileri sürmelidirler<sup>53</sup>.

## F. WIPO Tahkim Kuralları

### 1- WIPO Tahkim Kurallarında Tarafların Her Türlü Başvuru Haklarından Feragat Etmeleri

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü ("World Intellectual Property Organization (WIPO)") tahkim kurallarının 66.maddesinde de, hakem karar-

---

<sup>51</sup> ZPO, Art.1027: "Ist einer Bestimmung dieses Buches, von der die Parteien abweichen können, oder einem vereinbarten Erfordernis des schiedsrichterlichen Verfahrens nicht entsprochen worden, so kann eine Partei, die den Mangel nicht unverzüglich oder innerhalb einer dafür vorgesehenen Frist rügt, diesen später nicht mehr geltend machen. Dies gilt nicht, wenn der Partei der Mangel nicht bekannt war."

<sup>52</sup> DIS 2018, Art.43: "Ist einer Bestimmung dieser Schiedsgerichtsordnung oder einer sonstigen auf das Schiedsverfahren anwendbaren Regelung nicht entsprochen worden, kann eine Partei, die einen ihr bekannten Mangel nicht unverzüglich rügt, diesen später nicht mehr geltend machen."

<sup>53</sup> Ayrıca Theune'ye göre, DIS m.41'in ifadesinde bu kurallara uyulmadığının taraflardan birinin "bilgisi dâhilinde" olduğu ifadesinin "taraflardan birinin bu durumdan farkında olması" yönünde revize edilmesi gerekir. Bkz. Ulrich Theune, "Commentary Section 41", (Ed. Rolf Schütze), Institutional Arbitration: A Commentary, 2013, Verlag C.H. Beck, s.295.

larının WIPO tahkimine götürülmesiyle kesin ve bağlayıcı etkisinin başlangıçta kabul edildiği belirtilmiştir. Taraflar, hakem kararlarına uygun hareket etmekle yükümlü olmalarıyla birlikte, uyuşmazlığa tahkim yeri hukukunun izin verdiği ölçüde, hakem kararlarına karşı itiraz etme haklarından feragat etmiş sayılırlar<sup>54</sup>.

Uyuşmazlığa uygulanan hukuk ile kastedilen, tahkim yeri hukukudur (lex arbitri). İtiraz hakkından feragat edilmesinin mümkün olup olmadığı, mümkün ise hangi aşamaya kadar mümkün olduğu bu hukuk çerçevesinde tayin edilecektir<sup>55</sup>.

## 2- WIPO Tahkim Kurallarında İtiraz Hakkından Feragat Etmiş Sayılma

WIPO kurallarından düzenlenen bir diğer konu, taraflardan birinin itiraz hakkından feragat etmiş sayılmasına ilişkindir. 60.maddede “feragat” başlığı altında düzenlenen bu hüküm ile, tahkim yargılamasında WIPO kurallarına veya tahkim sözleşmesindeki aykırılığın farkına varmasına rağmen, itirazda bulunmaksızın sürece devam eden tarafın itiraz

---

<sup>54</sup> WIPO, Art.66/a: “(a) By agreeing to arbitration under these Rules, the parties undertake to carry out the award without delay, and waive their right to any form of appeal or recourse to a court of law or other judicial authority, insofar as such waiver may validly be made under the applicable law...”

<sup>55</sup> Bu konuda ortaya çıkabilecek bir soru, 66.maddeye istinaden devlet mahkemelerine başvurulmasından feragat, her hukuk sistemi için yeterli olabilecek midir? Bu soruya verilecek yanıt, her hukuk sistemi için farklılık arz etmektedir. Örnek olarak İsviçre için bunun yeterli olmadığını söyleyebiliriz. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (“Swiss PIL Act”)’nin 192/1.maddesine göre, ancak yerleşim yeri mutad meskeni veya kuruluş yeri İsviçre’de bulunmayan tarafların hakem kararlarına karşı itiraz haklarından feragati geçerlidir. Swiss PIL Act, Art.192/1: “Where none of the parties has its domicile, its habitual residence, or a place of business in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or in a subsequent agreement in writing, exclude all setting aside proceedings, or they may limit such proceedings to one or several of the grounds listed in Article 190, paragraph 2...” Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Alejandro Garcia, “Commentary on WIPO Arbitration Rules”, 2017, WIPO ADR, para.66.3.

hakkından feragat edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir<sup>56</sup>. Bu düzenleme ile tıpkı, diğer kurumsal tahkim düzenlemelerinde de olduğu gibi, belirli bir zaman dilimi içinde itirazda bulunmayan uyuşmazlık taraflarının feragat hakkının ortadan kalkacağına işaret edilmiştir.

### III. TÜRK HUKUKUNDA HAKEM KARARLARINA KARŞI İTİRAZ HAKKINDAN FERAGAT İMKÂNI

#### A. Milletlerarası Tahkim Kanununda İptal Davası Açma Hakkından Feragat

##### 1.Genel Olarak

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15.maddesine göre, "taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler." 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>57</sup> ile getirilen bu önemli yenilik uyuşmazlık taraflarına, hakem kararlarına karşı kanun yoluna başvurma hakkından vazgeçme konusunda bir serbesti tanımıştır<sup>58</sup>.

Taraflar, yapacakları feragat ile verilen hakem kararlarının kesin, doğrudan uygulanabilen nitelikte ve verildiği andan itibaren iptal davası açmaksızın bağlayıcı olacağı hususunu kabul edebilirler. Bu çerçevede verilen hakem kararları, iptal davası açma süresini beklemeye gerek olmaksızın hüküm anından itibaren icrai nitelik kazanır. Anlaşmazlık ise, belirli bir zaman kesiti içinde çözümlenmiş olur<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> WIPO, Art.60: "A party which knows that any provision of these Rules, any requirement under the Arbitration Agreement, or any direction given by the Tribunal, has not been complied with, and yet proceeds with the arbitration without promptly recording an objection to such non-compliance, shall be deemed to have waived its right to object."

<sup>57</sup> Bundan sonra MTK olarak anılacaktır.

<sup>58</sup> Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2020, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, s.263; Caner Bulur, "Milletlerarası Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası", İzmir 2004, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.99.

<sup>59</sup> Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 263; Bulur, İptal Davası, s.100.

İptal davası açmaktan feragat edilmesi, kısmen veya tamamen olabilir. İptal davası açmaktan “tamamen” feragat edilmesi, tarafların hakem kararlarına karşı iptal davası prosedürünü hiçbir şekilde başlatamayacakları anlamındadır. “Kısmen” feragat etme ise, tarafların bir veya bir kaç iptal sebebinden dolayı iptal davası açma hakkından feragat edebilmesidir. Bu durumda, feragat edilmeyen kısım için iptal sebepleri dâhilinde bir iptal davası açılabilir.

Kısmen veya tamamen yapılan feragat, başlangıçta akdedilen tahkim sözleşmesine konulan bir hükümlerle olabileceği gibi, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü esnasında iptal davası açma hakkı bakımından da gündeme gelebilir. Her ne kadar MTK m.15 hükmüyle, feragatin hangi süre dâhilinde yapılabileceği konusunda açık bir düzenleme getirilmemiş, sadece iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edilebileceği düzenlenmiş olsa da, her iki durumun feragat hakkını kullanmaya elverişli olduğu yönünde yorumlamak gerekir<sup>60</sup>. Burada önem arz eden ve öncelikle tartışılması gereken nokta, iptal davası açma hakkından feragat edilmesine ilişkin anlaşmanın geçerliliğidir.

## **2.İptal Davası Açma Hakkından Feragat Hususundaki Anlaşmanın Geçerliliği**

### **a. Feragatin Açık Bir İrade Beyanıyla Yapılması Gerekliliği**

İptal davası açma hakkından feragat edilmesine ilişkin taraf anlaşmasının geçerli olabilmesi, MTK'nın 15.maddesinde tarafların, “...*tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle...*” yapılmasına bağlı tutulmuştur. Buna göre, tarafların iptal davasından feragat etmesi için birinci koşul, irade beyanının “açık” olmasıdır. Açık irade beyanı, iradenin belirli bir yönde açığa vurulduğunun yorum yapılmasına gerek kalmaksızın doğrudan anlaşılması halini ifade

<sup>60</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz. Akıncı Milletlerarası Tahkim, 266; Ceyda Süral, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, 2015, Cilt.16, Özel Sayı: 2014, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı: 2014, s.1387; İrmak Aslan, “Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Hakem Kararlarının İptali”, Kıbrıs 2012, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.20.

eder<sup>61</sup>. Hakem kararlarının, salt olarak bağlayıcılığını ve kesin hüküm etkisini belirten ifadeler feragat olarak anlaşılabilir<sup>62</sup>. Tarafların iptal davasından feragat hususundaki iradelerinin herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek şekilde, doğrudan doğruya anlaşılabilir olması gerekir. Verilen hakem kararının sadece kesin ve bağlayıcı nitelikte olduğunun yazılması ya da hakem kararlarını mutlak suretle bağlayıcı kabul eden hükümlere atıf yapılması yeterli değildir<sup>63</sup>. Yine feragat, örtülü irade beyanıyla da yapılamaz. Örtülü irade beyanı, “iradenin varlığını gösteren davranışı” ifade eder<sup>64</sup>. Eğer, doğrudan doğruya herhangi bir yoruma ihtiyaç göstermeksizin hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvuru haklarından feragat anlaşılıyorsa örtülü bir feragat beyanından bahsedilir. Ancak feragat konusunda, tarafların hakem kararlarına karşı iptal davası açmaktan feragat konusundaki iradelerinin ne zaman açık veya ne zaman örtülü olacağı konusunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Kanaatimizce, geçerli bir feragatin yapılması, feragatin doğrudan doğruya anlaşılabilir olmasına bağlıdır. Bu açıklık, feragatin şüpheye yer vermeyecek şekilde yapılmasını gerektirir. Bu doğrultuda, açık irade beyanının yazılı olarak ifade edilmesiyle kesinlik sağlanabilir. Tahkim sözleşmesinde, hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı etkisinin kararlaştırıldığına ve hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvuru haklarından feragat ettiklerine dair sözleşme hükmü koyulabilir. Tahkim sözleşmesine eklenecek açık bir feragat klozunun eklenmesi, feragatin geçerliliğini mümkün kılabilir.

---

<sup>61</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, 2017, Yenilenmiş, Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası.'dan 7. Tıpkı Bası., İstanbul, Filiz Kitabevi, s.143. Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2020, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 17. Bası, Beta, s. 42; Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, (Çev. Cevat Edege), 1983, Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları, s.149.

<sup>62</sup> Cemal Şanlı, “Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, 2019, 7.Bası, Beta, s. 350-351.

<sup>63</sup> Süral, *Hakem Kararlarının İcrası*, s.1387.

<sup>64</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2017, 22. Bası, Yetkin Yayınları, s.135; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s.144 vd; Nomer, *Genel Hükümler*, s.42 vd.



### **b. Feragat Anlaşmasının Yazılı Olma Gerekliliği**

İkinci koşul, iptal davasından feragat hususundaki anlaşmanın yazılı olmasıdır. Kanun, hakem kararlarına karşı iptal davası açma hakkından feragat etme söz konusu ise, feragat beyanının yazılı olarak bildirileceğini düzenlemiştir. Ancak belirtilmelidir ki, tarafların akdedilen tahkim anlaşmaları çerçevesinde iptal davasından feragat edileceğini kararlaştırmaları durumunda, tahkim şartı veya sözleşmeleri<sup>65</sup> zaten yazılı şekle tabi olduğu için, feragat beyanı da aynı şekle tabi olarak iletilecektir. “Yazılı şekil şartı” konusundaki referans noktası, MTK’nın 4.maddesi olmalıdır. Buna göre, geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlı tutulmuştur<sup>66</sup>.

### **3. Milletlerarası Tahkim Kanununda Öngörülen Sınırlamaların İptal Davası Açma Hakkından Feragat Bağlamındaki Rolü**

#### **a. Henüz Doğmamış bir Hakkın Doğumundan Önce Feragat ve MTK Kapsamındaki Sınırlamalar Çerçevesinde Değerlendirilmesi**

Taraflardan birinin, tahkim yargılaması sürecinde iptal davası açma hakkından feragat etmesi, bir hakkın doğumundan önce feragatin mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirir. Türk hukukunda,

---

<sup>65</sup> MTK m.4/1: “Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyumsuzlukların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir.”

<sup>66</sup> MTK m.4/2: “Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, telek, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.”

Medeni Kanunumuzun 23.maddesi uyarınca; “...kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz...”. Hükümün, yalnızca hak ve fiil ehliyetine yönelik özgürlüklere ilişkin değil, aynı zamanda kişilik haklarına ilişkin temel bir hüküm niteliğinde olduğu dikkate alındığında, bir haktan feragat de dahil olmak üzere kişilik haklarının konu olduğu her hukuki işlemin sınırı bu temel hüküm esas alınarak belirlenecek ve doğmamış bir haktan feragat edilmeyeceği temel olarak kabul edilebilecektir<sup>67</sup>. Benzer bir şekilde HMK'nın 349.maddesi doğrultusunda da, “istinaf yoluna başvurma hakkından feragat” edilme konusu düzenlenmiş; davanın taraflarının istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edebilmeleri için, ilâmın kendilerine tebliğ edilmiş olması koşulu öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle de, bir hak doğmadan önce haktan feragat edilemeyeceği, yani vazgeçilemeyeceğinin kabul edildiği söylenebilir<sup>68</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki tahkim yargılamalarında da kanunda, ileride detaylıca açıklayacağımız MTK'daki düzenlemede olduğu gibi açık bir hüküm ile düzenlenmediği için iptal davası açma hakkından peşinen feragat edilmesi HMK anlamında da mümkün değildir<sup>69</sup>.

Bunun yanında, Yargıtay'ın farklı tarihlerde verdiği kararlarında da, bir haktan peşinen vazgeçilemeyeceği, hakkın doğumundan önce feragatin mümkün olmadığı kabul edilmiştir<sup>70</sup>. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 1997 yılında verdiği kararda, “...doğmamış haktan peşinen

---

<sup>67</sup> İbrahim Ercan/İbrahim Özbay, “Medeni Usul Hukukunda Kanun Yollarından Feragat”, EÜHFD, C.X, S.3-4, 2006, dpn.41.

<sup>68</sup> HMK m.349; “(1) Taraflar, ilâmın kendilerine tebliğinden önce, istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edemez. (2) Başvuru yapıldıktan sonra feragat edilirse, dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmez ve kararı veren mahkemece başvurunun reddine karar verilir. Dosya, bölge adliye mahkemesine gönderilmiş ve henüz karara bağlanmamış ise başvuru feragat nedeniyle reddolunur.”

<sup>69</sup> Hakan Pekcanitez, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun'unun Tahkime İlişkin Hükümleri”, IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye, s.81; Mesut Aygün, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu, Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2007, s. 686.

<sup>70</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2004/6611, K.2004/14120, T.11.10.2004; Yargıtay

*feragat edilemeyeceği yolundaki evrensel hukuk ilkesi gözden kaçırılarak....dava hakkında feragat...*” edilmesinin doğru bulunmadığına hükmedilmiştir<sup>71</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1993 yılında verdiği bir kararda ise, doğmamış haktan feragatin hukuki sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir<sup>72</sup>.

MTK’nın 15.maddesinde ise, doğmamış haktan feragat edilemez prensibine istisnai bir düzenleme getirilerek, milletlerarası ticari ilişkilerin kolaylaştırılması ve ticari ihtiyaçların karşılanması amacı doğrultusunda<sup>73</sup>, kısmen veya tamamen iptal davasından feragat edilmesi her somut uyuşmazlık bakımından koşulsuz bir şekilde düzenlenmemiş, bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur<sup>74</sup>. İlgili madde hükmünde yer alan ilk sınırlama; “...yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar...” hakkındadır. Ancak söz konusu kişiler, MTK kapsamında iptal davasından feragat edebilecek kişiler arasında kabul edilmiştir. Benzer bir düzenleme İsviçre Milletlerarası Hukuk Kanununun 192.maddesinde<sup>75</sup> yer almaktadır. Burada yer alan düzenlemeye göre de,

---

15. Hukuk Dairesi, E.2006/1819, K.2007/2112, T.04.04.2007; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E.2003/1076, K.2003/2320, T.24.02.2003; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2003/14034, K.2003/13734, T. 09.09.2003; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/20800, K. 2016/21631, T.06.12.2016; Yargıtay HGK, E.2013/8-185 E., K.2013/1601, T.21.09.2012.

<sup>71</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.1997/4264, K.1997/7002, T. 14.10.1997.

<sup>72</sup> Yargıtay HGK, E.1992/16-759, K.1993/132, T. 31.03.1993.

<sup>73</sup> Maxi Scherer/ Linsa Silberman, Limits to party Autonomy at the Post Award Stage, Limits to party Autonomy in International Commercial Arbitration, Ed. By. Franco Ferrari, Juris, 2016, s.441 vd.

<sup>74</sup> Önceden feragat imkânıyla hakem kararının verildiği zamanda, iptal davası açmak için öngörülen 30 günlük süre olmaksızın kararın icra edilebilir olacağı ve dolayısıyla uyuşmazlığın daha hızlı bir şekilde çözümlenmesine hizmet edeceği yönünde bkz. Akıncı, Tahkim, s.263.

<sup>75</sup> PILA Art.192: “(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 Article 190(2).

ancak yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da işyeri İsviçre dışında bulunan taraflar hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurma haklarından feragat edebilirler<sup>76</sup>. Ancak, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 192. maddesi hükmü uyarınca, taraflardan birinin ya da her ikisinin de yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri İsviçre’de ise, tarafların iptal davası açma hakkından peşinen feragat etme imkanı bulunmaz. Bunun nedeni ise, hükmün emredici niteliğinden kaynaklanır. Aksi bir durum İsviçre kamu düzenine aykırılık oluşturur<sup>77</sup>.

Türk hukuku bağlamında MTK’da yer alan 15.madde hükmü de aynı şekilde, iptal davasından feragat hususundaki iradenin sadece yabancı ülkede yerleşen veya oturan kimselerin kullanabileceği bir hak olduğunu düzenlemiştir; ancak tek taraflı feragatin mümkün olup olmadığı ile buna bağlı olarak, tek bir tarafın yerleşim veya oturma yerinin Türkiye dışında bulunması durumunda ne olacağı konularını tartışmaya açık bırakmıştır.

İptal davası açma hakkından feragat, MTK’nın 15.madde ifadesi çerçevesinde uyuşmazlık taraflarından birinin kullanılabileceği bir hak niteliğinde midir? Tarafların, kısmen veya tamamen iptal davası açma

---

(2) *If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards applies by analogy.*”

<sup>76</sup> İsviçre Tahkim Birliği (“ASA”)’nin 192.madde hakkındaki yorumuna göre, feragat hakkındaki bu sınırlamalar İsviçre Yüksek Mahkemesinin iş yükünün azaltılması amacıyla konulmuş ancak tamamen çağ dışı bir hükümdür. Bkz. (Çevrimiçi), <https://www.arbitration-ch.org/asset/b8e06a96acaa7fccd3dd2262e4b5b31f/ASA%20Comments%20Chapter%2012%20PILA.pdf>, (06.01.2019), s.20.

<sup>77</sup> Kemal Dayınlarlı, “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Usulünde İptal Davası Açma Hakkından Peşinen Vazgeçme Mümkün Müdür?”, s.4, (Çevrimiçi), <https://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/4686-sayili-milletlerarasi-tahkim-kanunu.pdf>, (18.04.2022)’den naklen, Bernard Dutoit, International Privé Suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Bale et Francfort-sur-le-Main 1996, s.514.

hakkından feragat etmeleri, tarafların mutlak şekilde birlikte kullanacakları bir hak niteliğinde olmalıdır. Maddenin “taraflar” kelimesi ile ilgili ifadesi, feragatin bir sözleşme ile yapılabileceği olarak anlaşılmalı, taraflardan herhangi biri tarafından iptal davası açmadan feragat edilebileceği ekseninde yorumlanmamalıdır. Kanaatimizce, iptal davası açma hakkından tek taraflı feragat, hakem kararlarının bağlayıcılığı yönünden pratik anlamda bir sonuç doğurmaz. Çünkü hakem kararlarının doğrudan uygulanabilen niteliğinin kabulü her iki tarafın karşılıklı rızası ile mümkün olur. İşte bu nedenle feragat hakkı her iki tarafın birlikte kullanabileceği bir hak olarak kabul edilmelidir. Taraflar, iptal davası açmadan feragat hususunu, tahkim şartı ya da önceden akdedilen bir tahkim sözleşmesinde belirtebilirler. Bunun yanında, sonradan yapacakları bir anlaşma ile de iptal davası açmaktan feragat edebilmeleri mümkündür.

İptal davası açma hakkından feragat edebilecek olan kişilerin, sadece yerleşim veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında olan taraflar olacağı düzenlenmiştir. İptal davası açmadan feragat ilişkin MTK’da yer alan bu sınırlama tek bir uyuşmazlık tarafı için mi öngörülmüştür? İptal davası açma hakkından tek başına feragat edilmesi pratik anlamda bir sonuç vermeyeceği için, feragat beyanında bulunan her iki tarafın da yerleşim veya olağan oturma yerinin Türkiye’de bulunmaması gerekir. Bu kapsamda, her bir tarafın yerleşim veya olağan oturma yeri dikkate alınacaktır. Yerleşim veya olağan oturma yeri Türkiye’de bulunan tarafların, hakem kararlarının mahiyetini kesin ve doğrudan uygulanabilen nitelikte olduğunun, kanun nezdinde tarafların açık iradesi göz ardı edilerek kabul edilmemesi ve buna bağlı olarak Türk mahkemelerinin hakem kararlarını denetleyebilmesi feragat açısından kabul edilmemelidir. Böyle bir durumda, uyuşmazlık taraflarının karşılıklı feragat iradesi göz ardı edilmiş olur. Yapılan feragat anlaşması, irade serbestisi kapsamında kabul edilmeli ve yerleşim ya da olağan oturma yerlerinin Türkiye’de bulunmasına bakılmaksızın, taraflar iptal davasından feragat edebilmelidirler.

MTK’nın 15.maddesi, iptal davası açma hakkından feragat edilmesinin yanında, feragatin mümkün olmadığı iptal sebeplerini de düzenlemiştir. Bu sebeplerin varlığı, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınmakla birlikte, tek tarafın veya her iki tarafın feragat etmesi önemsizdir. Zira, tarafların iptal davası prosedürünü başlatma iradeleri kanunen

geçersiz kılınmıştır. Hükmün ikinci bendinin a ve b bentlerine göre, "...a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı...b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu"<sup>78</sup>...” hal-lerde hakem kararı iptal edilir. İptal davası açmaktan feragat edilen hal-lerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi, MTK'nın söz konusu alt bentleri uyarınca hakim tarafından kendiliğinden gözetilir.

### **B. Hukuk Muhakemeleri Kanununda İtiraz Hakkından Feragat**

Türk hukukunda milli tahkime<sup>79</sup> konu olan uyuşmazlıklarda, itiraz etme hakkından feragat<sup>80</sup>, HMK'nın 409.maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre,

*“Tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme veya tahkim sözleşmesine uyulmaz ise ilgili taraf bu aykırılığa itiraz edebilir. İlgili taraf, aykırılığı öğrendiği tarihten itibaren iki hafta veya hakemlerin bu konuda kararlaştırdıkları süre içinde itiraz etmeden tahkime devam ederse, itiraz hakkından feragat etmiş sayılır.”*

---

<sup>78</sup> Kararın kamu düzenine aykırılığının tespitinde, verilen hakem kararının uygulanması ile ortaya çıkan sonuç dikkate alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Kamu düzeni kriteri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2020, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, s.653 vd; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2020, 16. Bası, Beta, s.752 vd.

<sup>79</sup> Milli tahkim için bkz. HMK m. 407:“(1) Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.”

<sup>80</sup> İtiraz hakkından feragat kuralının kaynağını, Roma hukukundaki “contra factum proprium”, Anglo-Amerikan hukukunda ise “estoppel” ilkeleri oluşturur. Bu ilkelere göre, uyuşmazlık taraflarının bildiği veya bilmesi gerektiği usule ilişkin itirazların ileri sürülmesi birer yükümlülüktür, bunların yerine getirilmemesi itiraz hakkından feragat edildiği sonucunu doğurur. Bkz. Hakan Pekcanitez/Ali Yeşilirmak, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2017, 15. Bası, Oniki Levha Yayıncılık 2017, s.2617.

Hüküm, itiraz hakkını tahkim yargılamasına uygulanacak emredici olmayan kurallara<sup>81</sup> veya tahkim sözleşmesinin herhangi bir hükmüne uyulmamasına bağlamıştır. Nitekim ilgili maddenin gerekçesinde, “*maddede, tahkime uygulanacak emredici mahiyette olmayan kurallara veya tahkim sözleşmesinin herhangi bir hükmüne, tahkim yargılaması esnasında uyulmaz ise ilgili tarafa bu aykırılığa itiraz etme hakkı...*” tanındığı belirtilmiştir<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Emredici kurallara uyulmaması halinde de itiraz hakkının mevcut olduğuna ilişkin açıklamalar hakkında bkz. Pekcanitez, Yeşilirmak, (n.66) , dpn.63’den naklen Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, Yetkin Yayınları, s.1188-1189.

<sup>82</sup> Aynı yönde bkz. Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim, 2013, Beta, s.200; Pekcanitez’e göre, bahsedilen hüküm ve şartlar emredici nitelikte değildir. Bunun nedeni, itiraz hakkından feragatin, aykırılığın öğrenildiği tarihten itibaren iki haftalık bir itiraz süresi öngörülmesidir. Eğer hüküm, emredici nitelikte olsaydı, itiraz bir süre sınırına bağlı olmaksızın her zaman yapılabilirdi. Bkz. Pekcanitez, Yeşilirmak, Usul, s.2616; Bu sürenin hakemlerin kararlaştırdığı bir süre olarak belirlenmesi de mümkündür. Ancak her hâlükârda, belirlenen süre makul olmalı ve iyiniyet prensibine aykırı olmamalıdır. Kanunen veya hakemlerce belirlenen süreye uyulmaması itiraz hakkının kaybına yol açar, bu yönü itibariyle öngörülen süre hak düşürücüdür. açıklamalar için bkz. Mustafa Kılıçoğlu, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, Legal, s.1453; Ömer Uğur Gençcan, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013, Yetkin Yayınları, s.1353. Benzer bir düzenleme, 2013 tarihli Avusturya Tahkim Kanununda (“SchiedsRÄG”) yer almaktadır. Kanunun 579. maddesine göre, kanun hükümlerinin ihlal edilmesi veya tahkim sözleşmesinin gereklerinin henüz yerine getirilmemesine rağmen, tahkim yargılamasına itiraz etmeksizin katılan uyuşmazlık tarafı, itiraz etme hakkından feragat etmiş sayılır. SchiedsRÄG 2013 § 579: “*Hat das Schiedsgericht einer Verfahrensbestimmung dieses Abschnitts, von der die Parteien abweichen können, oder einem vereinbarten Verfahrenserfordernis des Schiedsverfahrens nicht entsprochen, so kann eine Partei den Mangel später nicht mehr geltend machen, wenn sie ihn nicht unverzüglich ab Kenntnis oder innerhalb der dafür vorgesehenen Frist gerügt hat.*” Avusturya Tahkim Kanunu ile ilgili detaylı açıklamalar hakkında bkz. Manfred Heider/Alice Fremuth –Wolf, “Vienna International Arbitral Centre (VIAC)”, (Ed. Joe Tirado), International Arbitration, 2015, 2. Bası., Global Legal Group, s.26-37; Stefan Riegler/Alexander Petsche/

HMK’da yer alan itiraz hakkından feragat, hükmü hakemlerin verdiği karara istinaden bir üst yola başvurma hakkından feragati mi, yoksa taraflarca tahkim yargılamasına aykırı taraf davranışına karşı yapılan itirazı mı ifade etmektedir? Her ne kadar ilgili madde hükmü, hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat etmiş sayılacağını açık bir ifade ile belirtmemiş olsa da, bunun hakem kararları için de HMK’nun 439.madde hükmüne kıyasen iptal davası açmaktan feragat edileceğine ilişkin bir üst kavram altında düzenlendiğini kabul etmek gerekir<sup>83</sup>. Diğer yandan, tahkim sözleşmesine uymayan bir uyuşmazlık tarafı olsa dahi, tahkim yargılamalarında aslolan unsurun irade serbestisi olduğu unutulmamalıdır. Her şeyden önce, HMK kapsamında iptal davası açmaktan feragat edilemeyeceğinin kabulü, tarafların menfaati ile ters düşer. Bu nedenle, tahkim yargılamaları bakımından, tahkim sözleşmesine<sup>84</sup> koyulacak bir hüküm veya daha sonradan akdedilecek ayrı bir sözleşme ile hakem kararlarına karşı iptal davası açma hakkından feragat edebileceği kabul edilmelidir

#### IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDE HAKEM KARARLARINA KARŞI İTİRAZ HAKKINDAN FERAGAT İMKANI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>85</sup>, “Hakansson and Stureson v. Sweden<sup>86</sup>” davasında, tarafların hakem kararlarına karşı itiraz haklarını

---

Alice Freumuth-Wolf/ Christoph Liebscher, „**Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure**”, 2007, New York, Juris Publishing Inc., s.31-38.

<sup>83</sup> Taraflar, ilgili maddeye göre, hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açabilir. HMK m.439/1: “*Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür...*”

<sup>84</sup> HMK m.412/1:“*Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümü için hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.*”

<sup>85</sup> Bundan böyle “AİHM” olarak anılacaktır.

<sup>86</sup> “Hakansson and Stureson. v. Sweden” (Application no. 11855/85); Karar



dan önceden yapacakları bir anlaşma ile feragat edebileceğini, ancak geçerli bir feragatin bazı özelliklere tabi olarak yapılabileceğini belirtmiştir. Bu karara göre, geçerli bir feragatin yapılması öncelikle her iki tarafın feragat gösterdikleri rızaya, bu rızalarının açık ve hukuka uygun olması kriterlerine bağlıdır. Bunun yanında, yapılan feragatin, kamu düzenini ihlal etmemesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>87</sup>.

AİHM 2016 tarihli "Tabbane v. İsviçre" davasında, hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragati ilk defa AİHS'in 6/1 maddesi kapsamında değerlendirmiş ve önceden yapılan bu tür feragatin adil yargılanma hakkına aykırı olabileceği kanaatine varmıştır<sup>88</sup>.

2 Temmuz 2012 tarihinde İsviçre Temyiz Mahkemesi'nin verdiği karar üzerine AİHM'e taşınan bu uyuşmazlık hakkında temyiz mahkemesi, "hakem kararlarının nihai ve bağlayıcı olacağı, hiçbir tarafın verilen hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurmayacağı" hükmünü içeren anlaşmanın, geçerli olduğunu ve hakem kararlarına karşı her türlü başvuru hakkından feragatin yapılabileceğine hükmetmiştir<sup>89</sup>.

---

metni için bkz. (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-45462&filename=001-45462.pdf&TID=ihgdqbxnfi>, (04.01.2019).

<sup>87</sup> Niek Peters, "The Fundamentals of International Commercial Arbitrations", 2017, Maklu, s.31; Catherine Kunz, „Waiver of Right to Challenge an International Arbitral Award is not Incompatible with WCHR: Tabbane V Switzerland", 2016, European International Arbitration Review 2016, s.125 vd.

<sup>88</sup> Karar hakkında bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-5335030-6651343"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{), (15.12.2018). Karar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Nathalie Voser/Any George, ECtHR: "Waiver of Recourse Against International Arbitral Award Not Incompatible with ECHR", <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/31/ecthr-waiver-of-recourse-against-international-arbitral-award-not-incompatible-with-echr/>, (15.12.2018).

<sup>89</sup> Sebastiano Nessi, "Arbitration, Human Rights and Due Process: Recent Developments in Switzerland", 2016, Thomson Reuters Arbitration Blog, (Çevrimiçi), <http://arbitrationblog.practicallaw.com/arbitration-human-rights-and-due-process-recent-developments-in-switzerland/>, (04.01.2019).

AİHM ise, feragatin yasal ve açık bir şekilde yapılması gerektiğini ancak hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvuru hakkından tarafların önceden feragat etmelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin<sup>90</sup> 6/1.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile bağdaşmadığına hükmetmiştir. Verilen 1 Mart 2016 tarihli kararda AİHM, ilk defa AİHS m.6/1 çerçevesinde mahkemelere erişim hakkının mutlak olmadığını, akit devletlerin bu hakkı bir dereceye kadar meşru amaçlar doğrultusunda sınırlandırabileceğini belirtmiştir<sup>91</sup>. AİHM'e göre bu anlamda mahkemeye başvuru, milli mahkemelere başvuru anlamında anlaşılması da şart değildir<sup>92</sup>.

Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemeleri yerine tahkim yargılamasını, daha önce "Deweer v. Belgium"<sup>93</sup> ve "Osmo Swovaniemi and Others v. Finland"<sup>94</sup> davalarında da belirtildiği üzere, AİHS m.6/1 hükmüne aykırılık oluşturmaksızın tercih edebilirler<sup>95</sup>. Bu davalarda, eğer ilgili haktan feragat, açık ve şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde, haktan feragat imkanını kullanan tarafa yine feragat edilen hak ile orantılı asgari güvenceler sunulması halinde yapılabileceği belirtilmiştir<sup>96</sup>.

---

<sup>90</sup> Bundan böyle "AİHS" olarak anılacaktır.

<sup>91</sup> Tabbane v. Switzerland, para.24.

<sup>92</sup> Tabbane v. Switzerland, para.25.

<sup>93</sup> AİHM, Deweer'in talebini, bu konuda AİHS çerçevesinde gereken tüm güvencelerin sağlandığı adil bir yargılamadan feragat etmesi, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Mahkeme, adil yargılanma hakkına ilişkin AİHS 6/2. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bkz. Deweer v. Belgium, Application no. 6903/75, para.54.

<sup>94</sup> Mahkeme yaptığı değerlendirmede, taraflardan birinin feragatini, adil yargılanma hakkı kapsamında bir ilke olarak kabul edilebilir bulmuştur. Bkz. Suovaniemi and Others v. Finland, Application no. 31737/96.

<sup>95</sup> Tabbane v. Switzerland, para.25.

<sup>96</sup> Bkz. Suovaniemi and Others v. Finland; "According to the Convention organs' established case-law, the waiver of a right guaranteed by the Convention - insofar as it is

Ancak somut uyuşmazlıkta AİHM'e göre öncelikle "Tabbane v. Switzerland" davasının konusunu oluşturan uyuşmazlıkta, sözleşme serbestisi çerçevesinde gönüllü olarak feragate yönelik bir tahkim klozu koyularak AİHS m.6/1'in sağladığı garanti niteliğindeki hükme ilişkin haklarından mahrum kalınması tercih edilmiştir. Tabbane ise, yaptığı AİHM başvurusunda, PILA 192/1. Maddenin AİHS'in 6/1.maddesi ile uyumlu olmadığı iddiasında bulunmuştur.

Mahkeme burada, birkaç farklı noktadan incelemeler yapmıştır: Bunlardan ilki, tahkim yargılamasının devlet mahkemelerine erişim hakkının istisnası olduğunun değerlendirmesidir. Bu kapsamda AİHM, mahkemeye erişim hakkının, salt olarak devlet mahkemesine erişim hakkı anlamına gelmediğini belirtmiştir. Bunun bir sonucu olarak ise, tarafların uyuşmazlıklarının çözümünde devlet yargısına başvurma hakkından, tahkim lehine feragat etmeleri adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet veren bir konu olarak değerlendirilmemiştir<sup>97</sup>. Buna ek olarak mahkeme, yaptığı ilk değerlendirmede adil yargılanma hakkını ihtiyari tahkim bakımından tarafların her zaman AİHS tarafından güvence altına alınan haklarından, tarafların bu yöndeki özgür iradeleri dahilinde ise feragat etme hakkına sahip olduklarını belirtmiştir.

İkinci değerlendirme ise, hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragatin açık ve anlaşılır olup olmadığının değerlendirilmesidir. Mahkeme, bu değerlendirmenin sonucunda *hiçbir tarafın hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvuramayacağı*" ifadesini taşıyan tahkim klozunun, feragatin açık bir şekilde yapıldığı kanaatine varmıştır<sup>98</sup>. AİHM, feragatin

---

*permissible - must be established in an unequivocal manner (see, Eur. Court HR, Oberschlick v. Austria judgment of 23 May 1991, Series A no. 204, p. 23, §51, and Pfeifer and Plankl v. Austria judgment of 25 February 1992, Series A no. 227, p. 16, § 37). Moreover, in the case of procedural rights a waiver, in order to be effective for Convention purposes, requires minimum guarantees commensurate to its importance."*

<sup>97</sup> Tabbane v. Switzerland, para.49; Benzer bir şekilde bkz. Deweer v. Belgium, para.49.

<sup>98</sup> Tabbane v. Switzerland, para.30.

önemi ile orantılı bir şekilde yapılan tahkim yargılamasında asgari güvencelerin sağlandığını tespit etmiştir<sup>99</sup>.

Üçüncü olarak mahkemenin uyuşmazlığı incelediği diğer bir nokta, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (“PILA”)’nın 192.maddesinin<sup>100</sup>, AİHS m.6/1 ile uyumlu olup olmadığı hususudur. AİHM, hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvuruya ilişkin 192.maddede yer alan sınırlamaların, İsviçreli kanun koyucu tarafından meşru bir amaç doğrultusunda, PILA’nın daha esnek ve hızlı prosedürlere sahip olması ve tercih edilen bir tahkim yeri merkezi haline getirilmesi amacıyla koyulduğu kanaatine varmıştır. Mahkemenin yapmış olduğu tüm bu değerlendirmeler, belirtilen davalarda geliştirilen içtihatlardan farklı olarak ilk defa, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiş ve feragat ilişkin klotun AİHS m.6/1 ile uygunluğu incelenmiştir. Mahkeme bakımından hakem kararlarının bağlayıcı etkisinin önceden kabulüne ilişkin feragat anlaşmalarının geçerliliği; tarafların feragati özgür iradeleri dâhilinde, kanuna uygun ve açık yapmış olmalarına bağlıdır. Bu düşünceler ışığında AİHM, PILA’nın 192. maddesinde yer alan mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasının, tarafların sözleşme özgürlüğüne saygı gösteren esnek prosedürlere sahip bir düzenleme olduğuna karar vermiştir. Diğer

---

<sup>99</sup> Mahkeme, başvuranın tahkim yeri olarak Cenevre’ye rıza göstermesi, seçtiği hakemin atanmış olması olgularının yanında yargılama sürecinin başvuranın argümanlarının dinlendiği ve usulüne uygun şekilde yürütülen bir süreç olmasını göz önüne almıştır. Verilen kararın gerekçeli olması, uyuşmazlıkla ilgili tüm konuların dikkate alınması da asgari güvencelerin sağlandığı hususunda AİHM kararında etkili olmuştur. Bkz. *Tabbane v. Switzerland*, para.31.

<sup>100</sup> PILA Art.192: “(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 Article 190(2).*

(2) *If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards applies by analogy.*”

yandan düzenlemenin, tarafların sözleşme özgürlüğü ile orantılı olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak mahkeme, PILA düzenlemesinin Tabbane'nin mahkemeye erişim hakkının özüne zarar vermediğı sonucuna varmıştır<sup>101</sup>.

Bizim görüşümüze göre, burada esas alınması gereken "özgür irade" kriteridir. Her somut uyuşmazlık bakımından tarafların tartışmasız bir şekilde feragat iradelerinin ortaya koyulmasından bahsedilebiliyorsa, feragat ilişkili tahkim klotu da adil yargılanma hakkına aykırı sayılmamalıdır. Ancak taraflardan herhangi birinin, hakem kararlarına karşı herhangi bir kanun yoluna başvuramayacağına ilişkin açık bir beyana rastlanılmıyorsa, AİHS m.6/1 çerçevesinde yapılan feragat, adil yargılanma hakkına aykırı bulunmalı ve nitekim yapılan anlaşma geçersiz sayılmalıdır.

### **Değerlendirme ve Sonuç**

Çalışmamızın konusunu, tarafların hakem kararlarına karşı itiraz haklarından önceden yapılan bir anlaşma ile feragat etmeleri ve buna bağılı olarak itiraz hakkından feragat edilmiş sayılma sonucunu doğuran davranışlar oluşturmaktadır. İrade serbestisinin asıl olduğu tahkim yargılamaları bakımından, itiraz hakkından feragat edilerek hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı etkisinin kabulü, birçok tahkim kuruluşunun kurullarında kabul edilen bir durumdur. Feragat anlaşması olarak tanımlanan bu tasarruf, genel olarak taraflara verilen kararın herhangi bir kanun yoluna müracaat etmeksizin kesinleşmesi ve icra kabiliyeti kazanması sonucunu doğurur.

Hakem kararlarının bir anlaşma ile mutlak suretle uygulanır nitelik kazanması tartışmalı bir konudur. Tarafların, itiraz hakkından feragat etmeleri hususu başta UNCITRAL olmak üzere ICC, LCIA, ICSID, WIPO ve hatta DIS tahkim kurullarında bir anlaşma çerçevesinde yapılması mümkün görülen bir imkândır. Hatta UNCITRAL, 2010 yılındaki revize çalışmalarının sonucunda, hakem kararlarının doğrudan uygulanır nite-

---

<sup>101</sup> Tabbane v. Switzerland, para.36.

liğinin tahkim sözleşmesine konulacak bir şart ile geçerli bir şekilde feragat edilebileceği sürece herhangi kanun yoluna her türlü başvuru hakkından feragat edebileceklerini belirtmiştir.

Çalışmamız kapsamında incelenen tahkim kurumlarının kuralları da UNCITRAL düzenlemesi ile aynı yönde olmakla birlikte, hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat edilemeyeceği kanaatine varılan mahkeme kararları da mevcuttur. AİHM içtihatlarına konu olmuş 2016 tarihli bir kararda, itiraz hakkından feragat hususu adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiş ve feragat ilişkili bir anlaşma yapmalarının doğru olmadığına hükmedilmiştir. Bizim görüşümüze göre, tahkim yargılaması gibi iradi serbestinin hakim olduğu bir sürecin adil yargılanma hakkını ihlal etmesi gerekçesiyle mümkün olmadığı kabul edilmemelidir. Feragat anlaşmasına bağlı olarak, kanun yollarına başvurulmaması açısından savunma haklarının ihlal edildiği veya taraflardan birinin itiraz hakkından mahrum kaldığını söylemek doğru değildir. Her iki tarafın kendi iradeleri ile akdettikleri bir anlaşma salt olarak adil yargılanma hakkının ihlalini tesis etmez. AİHS m.6/1'in ihlali feragat anlaşması ile değil, tahkim sürecine ve usulüne etki eden savunma haklarına uyulmaması gibi başkaca faktörlerin varlığı halinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden bahsedilmesi gerekir. AİHM'in "Tabbane v. İsviçre" davası için de aradığı "özgür irade" kriteri burada esas alınmalıdır. Tarafların eğer, açıkça hakem kararlarına karşı itiraz haklarından feragat ettiklerine ilişkin bir beyana rastlanılabiliyorsa bu durum AİHS m.6/1'de yer alan adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmemeli, ancak açık ve kesin bir ifade bulunmuyorsa adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kanaatine varılmalıdır.

Bizim kanaatimize göre, tarafların hakem kararlarının verilmesine yönelik önceden fakat ileriye yönelik yapacakları feragat anlaşmaları, her şeyden önce irade serbestisinin asıl unsur olduğu tahkim yargılamaları bakımından kabul edilmelidir. Aleyhine hakem kararı verilen taraf için, devlet mahkemelerine başvurma hakkından feragat edilmesi, irade serbestisi kapsamında değerlendirilmeli ve savunma hakkından mahrum kalındığı anlamına gelecek şekilde yorumlanmamalıdır. Ancak taraflardan birinin adil olmayan koşullar altında aleyhine bir hakem ka-

rarının verildiği, savunma haklarına veya silahların eşitliği ilkesine uyulmadığı hallerde AİHS m.6 çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Akşinin kabulü, tarafların iradeleri hilafına hareket edilmesi anlamına gelir. Hakem kararlarının doğrudan etkisinin kabulü, tahkim yargılama sürecini ihlal eden nitelikte de değerdir. İrade serbestisinin bir görünümü olarak feragat anlaşmaları kanaatimizce, tahkim sisteminin özüne uygundur.

Türk hukukunda ise, itiraz hakkından feragat imkânı iki farklı yerde karşımıza çıkmaktadır. Yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamalarında MTK'nın 15.maddesine göre, taraflar iptal davası açma hususundan önceden feragat edebilirler. Milli tahkime ilişkin HMK'nın 409.madde hükmünde ise, itiraz hakkından feragat hususu açıkça düzenlenmemiştir. Ancak kanaatimizce, tarafların feragate ilişkin iradelerinin varlığından söz edilebiliyorsa burada da itiraz hakkından feragatin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir.

Çalışmamızda feragat anlaşması ile eş zamanlı olarak incelenen diğer bir konu, taraflardan birinin itiraz hakkından feragat edilmiş sayılmasına ilişkindir. Genel olarak, tahkim sürecindeki usule veya karşı uyuşmazlık tarafının uygunsuz davranışlarına belirli bir sürede itiraz etmeyen taraf, itiraz hakkından feragat etmiş sayılır. İyiniyet prensibinin bir görünümü olarak kabul edilen yaptırım niteliğindeki bu hüküm, tahkim sürecine aykırılıkları belirli bir zaman kesiti ile sınırlamış olmaktadır.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Die Parteien können auf ihr Widerspruchsrecht gegen Schiedssprüche mit vorheriger Vereinbarung verzichten, oder es kann davon ausgegangen werden, dass sie aufgrund bestimmter Handlungen auf das Widerspruchsrecht verzichtet haben. Aufgrund der in den meisten institutionellen Schiedsverfahren zugrunde gelegten Willensfreiheit wird auf das Widerspruchsrecht verzichtet und dementsprechend die Bindungswirkung der Schiedssprüche ermöglicht. In diesem Zusammenhang hat UNCITRAL erklärt, dass auf das Widerspruchsrecht gegen Schiedssprüche durch eine von den Parteien in der Schiedsvereinbarung zu stellende Bedingung verzichtet werden kann. Der Verzicht auf das Widerspruchsrecht der Parteien wurde nicht nur auf UNCITRAL beschränkt, sondern ist auch zu einer Möglichkeit geworden, die im Rahmen einer Vereinbarung in den Schiedsordnungen institutioneller Schiedsinstitutionen wie ICC, LCIA ICSID WIPO und sogar DIS. In diesem Zusammenhang wird in unserer Studie die Gültigkeit der Vereinbarungen diskutiert, die die Parteien zuvor für die im Ergebnis des Schiedsverfahrens ergangenen Schiedssprüche als verbindlich akzeptiert haben. Während die Regelungen zum Verzicht auf die Berufung auf die Schiedssprüche vor allem auf internationaler Ebene diskutiert werden, werden im letzten Teil unserer Studie die Regelungen zum Verzicht auf die Berufung auf die Schiedssprüche im türkischen Recht, die Verzicht auf Nichtigkeitsklage in Artikel 15 des Internationalen Schiedsgesetzes und in Artikel 409 der Zivilprozessordnung wurden geprüft.*

### KISALTMALAR

ADR: Alternative Dispute Resolution

dpn: dipnot

ÇEV: Çeviren

ICC: International Chamber of Commerce

ICDR: International Centre of Dispute Resolution

para: paragraf

s.: sayfa

vd.: ve devamı

Y.B: Year Book



**KAYNAKÇA**

- AKINCI Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- ASLAN Irmak: Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Hakem Kararlarının İptali, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kıbrıs, 2012.
- AYGÜN Mesut: Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu, Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2007.
- BAIZEAU Domitille: Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award Rendered in Switzerland: Caveats and Drafting Considerations for Foreign Parties, *At a Glance: Int. A.L.R.*, 2005.
- BORN Gary: *International Commercial Arbitration*, 2. Bası., Wolters Kluwer Law&Business, 2009.
- BRATIC Catherine : The Parties Hereby Waive All Recouse...but Not That One” Why Parties Adopt Exclusion Agreements and Why Courts Hesitate, (Çevrimiçi),[https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_dispute\\_resolution\\_international.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_dispute_resolution_international.aspx), (15.12.2018).
- BULUR Caner : Milletlerarası Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2004.
- BÜHLER Michael/ JARVİN Sigvard: *Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration*, 2.Bası, Oxford, 2009.
- CARON David/ CAPLAN Lee: *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2. Bası, Oxford University Press, 2006.
- CORDERO-MOS Giuditta : *International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2013.
- ÇELİKEL Aysel/ ERDEM Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, Beta, 2020.
- DAYINLARLI Kemal: 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Usulünde İptal Davası Açma Hakkından Peşinen Vazgeçme Mümkün müdür?, (Çevrimiçi), <https://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/4686-sayili-milletlerarasi-tahkim-kanunu.pdf>, (18.04.2022).

- DELAUME Georges: Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards, *Journal of International Arbitration*, Cilt.12 Sayı.1, 1995.
- DERAINS Yves/ SCHWARTS Eric: *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, 2005.
- EKŞİ Nuray: Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt.67, Sayı.1, 2009.
- EREN Fikret : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası., Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- GAILLARD Emmanuel: Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Cilt.3, Sayı.1, 1988,
- GARCIA Alejandro: *Commentary on WIPO Arbitration Rules*, WIPO ADR, 2017.
- GENÇCAN Ömer Uğur: *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- GHARAVI Hamid/ LIEBSCHER Christoph :*The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, Kluwer Law International, 2002.
- HEIDER Manfred/ FREMUTH- WOLF Alice: *International Arbitration*, 2. Bası, Global Legal Group, 2015.
- HENDERSON Alastair : *Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration*, Singapore Academy of Law Journal, 2014.
- KILIÇOĞLU Mustafa : *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi*, Legal, İstanbul 2012.
- KIRBY Jennifer : *Finality and Arbitral Rules: Saying an Award is Final Does Not Necessarily Make it So*, Sayı.29, *Journal of International Arbitration*, 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip : *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, Yenilenmiş, Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası'dan 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- KOLUMAN Emre: *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarına İlişkin Hakem Kararlarının İptali*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.

- KUNZ Catherine: Waiver of Right to Challenge an International Arbitral Award is not Incompatible with WCHR: *Tabbane V Switzerland*, *European International Arbitration Review*, 2016.
- NOMER Haluk N. : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 17. Bası, Beta, İstanbul 2020.
- ÖNAL Ali : Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği, *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt.37, Sayı.2.
- ÖZEL Sibel : Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması, *MÜHF-HAD*, Cilt.23, Sayı.1, 2017.
- ÖZSUNAY Ergun: *21. Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- PEKCANİTEZ Hakan: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun'unun Tahkime İlişkin Hükümleri, IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye, 2011.
- PEKCANİTEZ Hakan/ YEŞİLIRMAK Ali: *Medeni Usul Hukuku*, 15. Bası., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- REINER Andreas/ ASCHAUER Christian: *Institutional Arbitration: A Commentary*, Beck/Hart, 2013.
- REISMAN Michael: The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration, *Yale Law Faculty Scholarship Series*, Sayı. 874, 1990.
- RIEGLER Stefan/ PETSCHER Alexander/ FREMUTH-WOLF Alice/ LIEBSCHER Christoph: *Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure*, New York, Juris Publishing Inc., 2007.
- ROTH Marianne: The Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, 1 *Y.B. on Int'l Arb.* Sayı.19, 2010.
- ROVINE Arthur: *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers, 2007.
- SANDERS Pieter: *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, T.M.C. Asser Instituut, 1984.
- SCHERER Maxi/ SİLBERMANN Lisa: Limits to party Autonomy at the Post Award Stage, Limits to party Autonomy in International Commercial Arbitration, Ed. By. Franco Ferrari, Juris, 2016.

- SCHREUER Christoph: Belated Jurisdictional Objections in ICSID Arbitration, (Çevrimiçi), [https://www.univie.ac.at/int-law/pdf/102\\_bel\\_jurisd\\_obj\\_icsid\\_arb.pdf](https://www.univie.ac.at/int-law/pdf/102_bel_jurisd_obj_icsid_arb.pdf), (12.12.2018).
- SÜRAL Ceyda: Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.16, Özel Sayı: 2014, 2015.
- ŞANLI Cemal : *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7.Bası, Beta, 2019.
- ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020.
- THEUNE Ulrich : *Institutional Arbitration: A Commentary*, Verlag C.H. Beck, 2013.
- TORUN Yalçın: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- TURNER Peter/ MOHTASHAMİ Reza : *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2009.
- UNCITRAL: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, Cilt.XLI, 2010.
- UMAR Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- VARADY Tibor: Waiver in Arbitral Proceedings and Limitations on Waiver, *Annals FLB- Belgrade Law Review*, Sayı.3, LVII, 2009.
- VON TUHR Andreas : *Borçlar Hukuku*, (Çev. Cevat Edege), Cilt.1-2, Yargıtay Yayınları 1983.
- VOSER Nathalie/ GEORGE Anya : ECtHR: Waiver of Recourse Against International Arbitral Award Not Incompatible with ECHR, (Çevrimiçi), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/31/ecthr-waiver-of-recourse-against-international-arbitral-award-not-incompatible-with-echr/>, (15.12.2018).
- WEBSTER Thomas/ BUHLER Michael : *Handbook of ICC Arbitration: Commentary*, 2. Bası, Sweet&Maxwell, 2014.